

Anais de Artigos Completos - Volume 10 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO
VII CIDHCoimbra 2022
VOLUME 10**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasília / Edições Brasil
2023**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2023

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VII CIDHCoimbra 2022

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabeth David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: Antonio Cesar Galhardi, João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo, Glauca Maria Rizzati Aguiar e Ana Paula Rossetto Baldo.

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as editoras, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VII CIDHCoimbra 2022 -
Volume 10 / César Augusto R. Nunes et. al. (org.) [et al.] – Campinas
/ Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2023.

402 p. Série Simpósios do VII CIDHCoimbra 2022

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-032-0

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VII CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

11 a 13 de Outubro de 2022 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 10 - Composição dos Simpósios:

Simpósio n.º 106 EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS Coordenadores: Cristiane Aparecida Stoeberl e Sandro Gorski Silva
Simpósio n.º 109 DIREITOS HUMANOS, ÉTICA, PREVENÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO Coordenadores: Jaqueline Maria Ryndack e Luiz Fernando Obladen Pujol
Simpósio n.º 110 LAWFARE COMO ARMA JURÍDICO-MIDIÁTICA QUE AFRONTA O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: OPERAÇÃO LAVA JATO NO BRASIL E CASOS SIMILARES Coordenadores: Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa e Eliara Santana
Simpósio n.º 113 O DIREITO HUMANO À SAÚDE NO CONTEXTO DA PANDEMIA Coordenadores: Fernanda de Oliveira Sarreta e Janise Braga Barros Ferreira
Simpósio n.º 115 O BIODIREITO EM FACE DOS DIREITOS HUMANOS NA ERA TECNOLÓGICA Coordenadores: Michely Vargas Del Puppo Romanello e Jose Geraldo Romanello Bueno
Simpósio n.º 122 SISTEMAS DE SEGURIDADE E SEGURO SOCIAL GLOBAIS EM TRANSFORMAÇÃO Coordenadores: Eliane Romeiro Costa e Osvaldo Ferreira de Carvalho
Simpósio n.º 123 JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO, RESPONSABILIZAÇÃO JURÍDICA E PÓS-PANDEMIA: A NECESSIDADE DE RESPOSTAS ATUALIZADAS ÀS NOVAS FORMAS DE VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS Coordenadores: Dailor dos Santos e Jânia Maria Lopes Saldanha
Simpósio n.º 124 (I)LEGALIDADE E AS LUTAS POR DIREITOS HUMANOS Coordenadores: André Luiz Olivier da Silva e Fernanda Frizzo Bragato

Simpósio n.º 128

**PRINCÍPIOS DE DIREITOS HUMANOS NORTEADORES À
IDENTIFICAÇÃO E REPRESSÃO DAS CONDUTAS ANTSSINDICAIS NO
DIREITO BRASILEIRO**

Coordenadores: Ivani Contini Bramante e Lílíam Regina Pascini

ISBN: 978-65-5104-032-0

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VII CIDHCOIMBRA 2022:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes; Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin; Mestre Alexandre Sanches Cunha; Mestre Orquídea Massarongo-Jona

SUMÁRIO

A Violência Laboral Através das Condutas de Assédio Moral e a Responsabilidade da Empresa	10
Claudia Maria Petry De Faria	
Direitos Humanos e Empresas: discurso de ódio e repercussões no contrato de trabalho.....	20
Mariana Evelin da Silva Leal	
Empresas e Direitos Humanos: promoção da equidade racial no Caso Magazine Luiza.....	28
Fabio Henrique Oliveira da Cruz	
Empresas Transnacionais e Trabalho Escravo Contemporâneo: análise dos cinco anos da lei francesa do dever de vigilância.....	41
Lucas Reis da Silva	
Justiça Organizacional e Compliance Empresarial: a proteção dos Direitos Humanos sob a ótica da Governança Corporativa.....	54
Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira e Alexander Haering Gonçalves Teixeira	
LGPD e GDPR: transferências internacionais de dados pessoais.....	65
Rebeca de Aguilar Pereira Neves	
Trabalho Escravo no Brasil e os Possíveis Contornos de Uma Legislação de Devida Diligência em Direitos Humanos	77
Beatriz Flügel Assad e Gabriel Bittencourt Bodemuller de Oliveira	
A Cassação de Mandato Eletivo Por Quebra de Decoro Parlamentar: a “exceção normativa” na sua formatação <i>in concreto</i> e as implicações na proteção dos Direitos Humanos e políticos	87
Larissa de Moura Guerra Almeida	
O ODS 16: retrocessos na luta anticorrupção e no combate ao crime organizado no contexto brasileiro.....	102
Ana Luiza Almeida Ferro	
Combate À Corrupção e Violação do Estado Democrático de Direito: <i>Lanfare</i> e Perpetuação da Cultura Patrimonialista no Estado Brasileiro.....	116
Amanda Caroline Santos Woida	
O Lawfare Indireto na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal	126
Gilberto Marcos Martins	

Lawfare Para o Impeachment: as violações de direitos civis e políticos no Caso Rodrigo Neves/Niterói.....	139
Patrick Scalco e Carol Proner	
<i>Lawfare</i> Nunca Mais: movimento de reconstrução das bases democráticas do Estado de Direito no Brasil.....	152
Cleide Martins Silva	
“ <i>Contact-Tracing</i> ” e Covid-19: efetividade?	166
Juliana Falci Sousa Rocha Cunha	
O Federalismo Cooperativo na Proteção à Saúde Durante a Pandemia de Covid-19: análise do julgamento da ADI nº 6.341.....	176
João Victor Carloni de Carvalho	
Envelhecimento, Proteção Social e a Intersetorialidade das Políticas Sociais (Saúde e Assistência Social) Para a População Idosa: os casos do Brasil e da Espanha....	188
Andréia Aparecida Reis de Carvalho Liporoni	
Odontologia Para Pessoas em Situação de Rua: a formação como caminho de colaboração e equidade em saúde.....	202
Ana Elisa Rodrigues Alves Ribeiro	
População em Situação de Rua e o Direito à Saúde no Cenário Pandêmico.....	211
Laís Caroline Neves	
Unicità’ e Rispetto Della Persona Umana Tra Sviluppo Tecnologico e Diritti Inviolabili	224
Paolo Ciocia	
A Vida no Processo Digno: o início e a partida.....	232
Ana Paula Brandão Mainent e Yasmim Guimarães Pucci	
Controle de Natalidade e Planejamento Familiar Diante da Dignidade Humana	240
Pablo Henrique Faria Oliveira	
CRISPR-CAS9 e Direitos Humanos: a preservação da diversidade em face da biotecnologia genética.....	254
Julia Gandin Araujo e Júlia Andrade de Castro	
Sistema de Pensões Chileno: Forma Jurídica e Lutas Sociais.....	264
Deise Lilian Lima Martins	
Limites da Atuação Estatal Brasileira em Tempos de Pandemia: uma análise crítica a partir dos Direitos Fundamentais.....	278
Amábily Mattner Mello	

Morrer de Morte Evitável: cor e raça como fator de letalidade na pandemia do covid-19 No Brasil	291
Magali Zilca de Oliveira Dantas	
As Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos Como Fundamento à Descriminalização do Aborto	304
Larissa de Oliveira Fogaça	
Discriminação Racial Contra os Povos Indígenas: uma análise sobre o racismo institucional e estrutural na garantia de Direitos Humanos pelo estado brasileiro....	318
Gabriela Milani Pinheiro	
Esterilização Cirúrgica Voluntária: Perspectivas de uma Reforma Salutar na Lei de Planejamento Familiar	331
Maria Laura Maciel Fernandez	
Feminismo Branco, Mulheres Pretas e Mulheres Indígenas - a ausência de discursos e a supressão de direitos.....	342
Luciane Toss	
A Liberdade Sindical e a Contratualização da Greve: Contribuições a Partir da Crítica da Forma Jurídica	351
Regiane de Moura Macedo	
As Convenções Internacionais e a Repressão às Condutas Antissindicais nos Casos Submetidos ao Comitê de Liberdade Sindical da OIT.....	362
Fernanda Aparecida Gonçalves Perregil	
Condutas Antissindicais: Respostas do Poder Judiciário Brasileiro e Português Para Identificá-las e Reprimi-las	370
Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro	
Direito Fundamental à Associação Sindical e as Lesões à Liberdade Sindical	381
Vauzedina Rodrigues Ferreira	
Teletrabalho e Seus Mecanismos Antissindicais no Direito Brasileiro: análise sob os Direitos Humanos Fundamentais Sociais e sua evolução histórica. riscos e perspectivas.....	391
Erazê Sutti	

A VIOLÊNCIA LABORAL ATRAVÉS DAS CONDUTAS DE ASSÉDIO MORAL E A RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

Claudia Maria Petry De Faria

Doutora em Qualidade Ambiental (Universidade Feevale 2016); Mestre em Letras, Cultura e Regionalidade (Universidade de Caxias do Sul, 2006); Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Universidade do Vale dos Sinos, 1981); Advogada, sócia do Escritório Petry de Faria Advogados

Resumo:

A conceituação de assédio moral, bem como o reconhecimento da existência deste nas relações laborais tem se mostrado como uma das temáticas mais difíceis junto ao Poder Judiciário. O tema, embora seja tão antigo quanto o próprio Direito do Trabalho, apenas a pouco tempo tem assumido relevância juntos aos Tribunais. Justificável a dificuldade pois o assédio, via de regra, não é realizado de maneira visível, sendo quase sempre às escuras. Consiste em uma conduta abusiva (caracterizada pela ação ou pela omissão do assediador) e repetitiva contra um determinado trabalhador ou contra um grupo de trabalhadores, causando-lhe(s) prejuízo psicológico e/ou físico, ofendendo a sua dignidade, trazendo deterioração ao ambiente laboral. Considerando a função social do contrato, a qual tem por pilar mestre a dignidade do trabalhador através do fornecimento de um meio ambiente digno, com observância dos direitos fundamentais e sociais garantidos, é necessário observar tanto as relações individuais, quanto nas demais relações que permeiam o exercício do trabalho que, a empresa, individual ou coletiva, ao contratar o trabalhador, além do aspecto produtivo que lhe é inerente, deve conceder um ambiente laboral que permite o exercício desta dignidade, o exercício da condição de cidadão. A inobservância, a omissão quanto as práticas assediadoras por parte do(s) empregado(s) ou do(s) empregador(es) implicará em responsabilização civil, além de possibilitar ao trabalhador a rescisão indireta do contrato de trabalho. O estudo é relevante para a compreensão do assédio moral, responsabilidade empresarial e das práticas preventivas, sendo utilizado método exploratório e bibliográfico, através de pesquisa em doutrinas e decisões judiciais pertinentes.

Palavras-chave: Assédio moral; Empresa; Direito do trabalho; Dignidade; Cidadania

Conceito e tipologia

O assédio moral é a expressão que traduz um comportamento degradante do ambiente de trabalho, provocado por uma ou mais pessoas contra um colega, um superior ou um subalterno, com objetivos torpes como, por exemplo, provocar constrangimentos, ofender a integridade física e psicológica do assediado. Tão antigo quanto o próprio trabalho, o assédio moral vem ganhando publicidade e relevância, posto que há uma maior preocupação social com a saúde do trabalhador e com o meio ambiente do trabalho.

Há variada denominação para o assédio moral, conforme a temática se apresenta em diversos países. Assim, é possível encontrar a expressão *Mobbing*, frequentemente utilizada na Alemanha, Escandinávia e Itália, *Bullying* e mais recentemente *Stalking*, nos Estados Unidos e na Inglaterra, *Acoso*, na Espanha e em outros países de língua latina, *Harcèlement Moral*, na França, *Murabachibu* no Japão. A leitura a ser extraída desta profusão de nomenclaturas é a existência dos mesmos problemas nos ambientes laborais, independente da organização social, política e cultural do Estado.

Reginald Felker relata ter sido o

etólogo Lorenz, em 1961, estudando o comportamento de grupos de animais aterrorizando um animal, muitas vezes de porte maior; depois, em 1972, Heinemann o utilizou ao descrever o comportamento de um grupo de crianças investindo contra uma criança isolada.

O fato do assédio moral no trabalho é antiquíssimo, mas sua inserção no mundo jurídico é recente. Após os trabalhos do alemão, radicado na Suécia, Heinz-Leymann, a partir de 1984, os médicos do trabalho e os juristas passaram a se ocupar do fenômeno que hoje está aflorando as legislações, jurisprudência e doutrina de inúmeros países do Mundo Civilizado (ou pelo menos que se tem como tal). (Felker, 2006, p. 171)

A psicóloga Marie-France Hirigoyen foi uma das precursoras no estudo do tema, conceituando o assédio moral como “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima do trabalho” (Hirigoyen, 2002, p.17). Trata-se, portanto, de atitudes que podem ser reconhecidas como violência psicológica ou terrorismo psicológico.

Do conceito acima, são extraídas as características que compõe a conduta assediadora: a) no mínimo dois sujeitos - ativo e passivo; b) conduta abusiva, omissiva ou comissiva; c) repetição ou sistematização; d) afronta a dignidade psíquica ou física do(s) indivíduo (s); e) colocação em risco do emprego ou afetação do meio ambiente do trabalho.

Em relação aos sujeitos, é possível afirmar ser necessário, ao menos duas pessoas, as quais estarão no polo ativo, na condição de assediador e outra que estará no polo passivo, como assediado. Tal situação, entretanto, não é

única, eis que resta admitida existência de assédio moral coletivo, quando um grupo assedia um trabalhador. O assédio moral, contudo, comporta outras classificações: assédio interpessoal e assédio organizacional; assédio vertical (ascendente e descendente) e assédio horizontal.

O assédio interpessoal, via de regra, tem alvos e objetivos específicos. Costumeiramente ocorre em dois indivíduos ou, ainda, entre um grupo (como assediador) e um indivíduo (como assediado), com o objetivo de humilhar a parte mais fraca da relação afim de que este venha a pedir demissão, sujeitar-se a realizar tarefas não condizentes com a sua qualificação. O objetivo tem sido prejudicar o assediado, no exercício de suas tarefas e em seu meio ambiente de trabalho.

O assédio organizacional, por vez também denominado, assédio moral institucional ou coletivo, embora possa ter práticas similares aquelas do assédio interpessoal, vai mais longe, pois atinge o coletivo de trabalhadores e, em diversos momentos, pode ser confundido com práticas meramente de organização. Na verdade, são condutas reiteradas e abusivas visando manipular os trabalhadores, o que torna mais difícil a sua identificação. Nesta senda, encontram-se a estipulação abusiva de metas e a consequente punição pelo não cumprimento, controle de utilização de banheiros, obrigação de participação em cultos dentro da empresa, no horário de trabalho, entre outras condutas.

Quanto a verticalidade do assédio moral, este pode ser realizado de maneira ascendente ou descendente, dependendo da posição em que estiverem o assediador e o assediado. Será vertical ascendente quando o assediador estiver subordinado ao assediado, superior hierárquico. Será considerado assédio moral vertical descendente, quando for praticado pelo superior hierárquico do assediado ou assediados, conforme a relação concreta.

Por sua vez, o assédio moral horizontal é aquele que ocorre entre colegas, ou seja, entre pessoas da mesma hierarquia, sem subordinação. Ainda é possível fazer referência ao assédio moral misto, quando estiverem presentes tanto a modalidade vertical quanto horizontal.

Independente da condição em que estão os participantes desta nefasta situação, as condutas do assediador ferem os direitos de personalidade, a dignidade humana e os direitos humanos do trabalhador. Diante de tão grave violação, é necessário identificar algumas condutas do assediador, como será feito a seguir.

Assediador e assediado: perfil e condutas

Entre as características do assédio moral, e na ausência de um conceito único, importa mencionar que o agente assediador adota condutas comissivas ou omissivas, infligindo ao assediado, momentos de tensão, angústia e sofrimento. Há uma desestabilização da vítima, que ocasiona, além dos sintomas já mencionados, fadiga física e mental, alijando-o do processo produtivo.

O assediador, seja o empregador, seja o colega, tem uma personalidade

perversa e pode ser classificado, segundo Felker como

- o instigador - coloca sua criatividade em busca de formas para aterrorizar a vítima.
- o casual - manifesta-se a partir de evento ocasional; bem sucedido procura eternizar o conflito, passando a agredir, permanentemente a vítima.
- o colérico - intolerante e mal-humorado, exterioriza seus problemas com agressões constantes.
- o megalômano - mantém um senso de grandiosidade de sua pessoa, que considera de um valor imensurável.
- o frustrado - a inveja e o ciúme dos outros infernizam sua existência, alimentando seu poder de destruição.
- o crítico - critica muito mas não apresenta soluções. E se alguém as apresenta, rejeita-as.
- o sádico - sente prazer em manter um clima de pressão constante a seu redor.
- o puxa-saco - leão frente aos subordinados, vira ovelha frente aos superiores. Sua ambição faz com agrida quem considera capaz de obstar sua ascensão.
- o tirano - assedia a vítima pelo gosto de humilhá-la. Sua falta de confiança em si mesmo gera uma crueldade no trato com os demais.
- o aterrorizado - vive em estado de pânico considerando que possa perder o cargo ou ser substituído na função. Torna-se extremamente agressivo frente a qualquer desconfiança de perigo.
- o invejoso - uma inveja crônica e profunda invade sua existência.
- o carreirista - não manifesta o menor escrúpulo em barrar o caminho dos outros para subir na carreira. Não só trata de subir como de fazer com os outros desçam.
- o pusilânime - não age às claras. Age sorrateiramente, pois tem medo de arcar com as consequências de sua conduta. (Felker, 2006, p. 185)

Diferente do assediador, a vítima, o assediado tem personalidade completamente distinta podendo ser reconhecido com aquele trabalhador prestativo, criativo, perfeccionista, que não se coaduna com uma política que agride a dignidade humana. Também, podem ser vítimas de assédio moral, trabalhadores que exercem posições de liderança, seja junto aos colegas, seja no exercício de atividade sindical, bem como aqueles que estão em uma faixa etária superior a 45 anos, pois podem ser considerados menos produtivos ou resistentes as mudanças. (Alkimin, 2006, p. 46)

Em relação as condutas tipificadas como assédio moral, não há um rol taxativo, pois poderá o assediador promovê-las ou abster-se propositalmente, uma vez que o objetivo é desestabilizar a vítima, afastando-a do ambiente laboral. Podem, entretanto, ser consideradas as seguintes condutas: a) degradação intencional das condições de trabalho, através de ausência de informações, críticas reiteradas e sem fundamento, atribuição de tarefas incompatíveis com a função exercida ou qualificação exigida para sua realização, não

fornecimento de EPI, ambiente físico laboral inadequado propositalmente, exclusão de cursos de qualificação ou promoções; b) isolamento social caracterizado pela ausência e, até mesmo, proibição de contato com os colegas, seja durante o horário de serviço, seja por ocasião dos intervalos intrajornais ou em eventos sociais; c) afronta a dignidade do trabalhador através de comentários sobre estado físico (gordofobia, por exemplo), deficiência física, gestos inapropriados, palavras sarcásticas, irônicas ou de desprezo, desqualificação diante de colegas e/ou superiores; d) violência física ou sexual, identificada através de agressão física, gritos e assédio sexual.

Denise Maria Schelleberger Fernandes refere que é bastante comum a confusão entre assédio sexual e assédio moral, pois o primeiro pode servir de “estopim para o assédio moral, o que pode ocorrer como forma de retaliação da pessoa assediadora não correspondida, que tem seu poder desafiado.” (Fernandes, 2017, p. 162).

Legislação

Até o momento, não há uma legislação nacional tratando especificamente acerca do Assédio Moral no trabalho. Embora a competência para legislar sobre Direito do Trabalho seja privativa da União de acordo com o artigo 22, I, da Carta Magna, Estados e Municípios tem estabelecido normatizações próprias visando orientar e coibir a prática do assédio moral nas atividades públicas.

A Constituição Federal de 1988, entretanto, elevou a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho à condição de princípios fundamentais (Art.1º, III e IV). Indo além, também a Carta Magna proibiu que qualquer pessoa seja submetida a um tratamento desumano e degradante (Art. 5º, III).

O Decreto nº9.571/2018, ao seu turno, estabelece diretrizes nacionais sobre empresas e direitos humanos, com ênfase no sentido de orientação e observação dos direitos humanos. A Lei nº 11.948/2009 proíbe a concessão de empréstimos pelo BNDES às empresas que tenham condenação pela prática de assédio moral.

A Portaria nº 3214/78, em sua Norma Regulamentadora 17 trata da matéria especificamente para os trabalhadores em tele-atendimento/telemarketing, vedando a prática ou utilização de métodos que venham a configurar assédio moral, tais como exposição pública de avaliação de desempenho, competições dentre os profissionais, entre outros.

A legislação trabalhista consolidada também adota medidas para evitar as ocorrências de assédio, embora não declarada expressamente. Assim, é possível verificar através da leitura do artigo 483 da CLT que o empregado poderá requerer judicialmente a extinção do contrato laboral caso o empregador a) exija serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes, ou alheios ao contrato; b) venha tratá-lo com rigor excessivo;

c) permita que corra perigo manifesto de mal considerável; d) não cumpra as obrigações contratuais; d) pratique ou permita que seus prepostos cometam atos lesivos da honra e da boa fama, inclusive contra seus familiares ou, ainda, provoquem ofensas físicas; e) reduza o trabalho afetando a importância salarial.

A CLT, ainda, proíbe alterações contratuais que, mesmo com a concordância do empregado, venha a ocasionar prejuízos a este. A medida é bastante salutar, tendo em vista que o contrato de trabalho é bastante semelhante a um contrato de adesão, o que dificulta a oposição do empregado frente a uma situação desfavorável.

No Congresso Nacional Brasileiro, a preocupação com o assédio moral é latente, como pode ser constatado através dos diversos projetos de lei que, direta ou indiretamente, enfrentam a temática. O excesso de alterações, entretanto, não tem facilitado a aprovação dos projetos de lei. No âmbito internacional, a Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº 190, também se refere ao assédio moral reconhecendo como uma violência no mundo do trabalho.

No preâmbulo da C190, há o reconhecimento do “direito de todas as pessoas a um mundo de trabalho livre de violência e assédio, incluindo a violência e o assédio com base no gênero”, e “que a violência e o assédio no mundo do trabalho podem constituir uma violação ou abuso dos direitos humanos, e que a violência e o assédio são uma ameaça à igualdade de oportunidades, são inaceitáveis e incompatíveis com o trabalho decente, [...]”

No atual momento, os países estão sendo pressionados globalmente ratificarem a C190, inserindo-a no ordenamento jurídico nacional, como mais uma medida legal para evitar as práticas de assédio moral. Apesar das normas jurídicas mencionadas, entretanto, está com o empregador a grande responsabilidade sobre o meio ambiente do trabalho, o qual deve ser saudável e organizado, evitando o adoecimento físico e psicológico do trabalhador.

Responsabilidade da empresa

A Constituição Federal de 1988, ao dispor que “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 (art. 225),” em leitura complementar a disposição contida no artigo 200, VIII, reconhece a necessidade de proteger o meio ambiente, “nele compreendido o do trabalho”¹. Há, na verdade, um conjunto de artigos constitucionais protegendo o meio ambiente do trabalho, como, por exemplo, o artigo 7º, XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, hi-

1 Brasil. Constituição Federal. Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 20.11.2022.

giene e segurança) e XXVII (proteção em face da automação, na forma da lei). Para Gustavo Filipe Barbosa Garcia,

Tais disposições fundamentam o *sistema jurídico de tutela do meio ambiente do trabalho*, reconhecido pela Constituição da República, em seu artigo 200, inciso VIII, e que, como já mencionado, integra o meio ambiente em sentido global (art. 225 da CF/1988); a par disso, estão incluídas no importante rol dos *direitos humanos e fundamentais* (art. 5º, §2º, da CF/1988), aspecto este também reconhecido no âmbito internacional. (Garcia, 2021, p. 22)

Do legado constitucional exsurge o Decreto nº9571/2018 - Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos, o qual tem como eixos norteadores: a) obrigação estatal com a proteção dos direitos humanos na atividade empresarial; b) responsabilidade da empresa com os direitos humanos; c) acesso aos mecanismos de reparação e remediação para aqueles que, nesse âmbito, tenham seus direitos afetados; d) a implementação, o monitoramento e a avaliação das Diretrizes. Imperioso destacar, na mencionada legislação, o artigo 6º, o qual determina ser responsabilidade da empresa não violar os direitos de sua força de trabalho, de seus clientes e das comunidades, mediante o controle de riscos e o dever de enfrentar os impactos adversos em direitos humanos com os quais tenham algum envolvimento e, principalmente as disposições contidas nos incisos IX e X. No inciso X caberá ao empregador comunicar internamente que os colaboradores estão proibidos de adotarem práticas que violem os direitos humanos, sob pena de sanções internas. Em complementação, através do inciso X. caberá a empresa orientar os colaboradores, os empregados e as pessoas vinculadas à sociedade empresária a adoção de postura respeitosa, amistosa e em observância aos direitos humanos.

A responsabilidade do empregador, entretanto, já existia sob a ótica legal, tendo em vista as disposições constantes no Código Civil, (legislação aplicada subsidiariamente) especialmente nos artigos 186,187 e 927, os quais contém previsão acerca da responsabilização civil quando o agente comete ato ilícito decorrente de ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, que venha a violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral (art. 186). Na mesma linha, “comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.” (Art. 187).

O artigo 932 do Código Civil expressamente, em seu inciso III reconhece a responsabilização do empregador pelos atos realizados, inclusive pelos empregados, serviços e prepostos no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele, independente de culpa, com a possibilidade de ação de regresso em face daqueles diretamente responsáveis (Art. 933). A existência de canais de denúncia na empresa (*whistleblowing*) não afasta a responsabilidade do empregador (PINHEIRO, Iuri. LIMA SILVA, Fabricio.BOMFIM, Volia, 2021, p. 657)

A responsabilização do empregador também poderá ocorrer na esfera criminal, caso ocorram agressões físicas, humilhações, nos termos do Código Penal Brasileiro, artigos 129, 138 e 139. No que tange especificamente a trabalhadora do sexo feminino, houve alteração da legislação penal para incluir o crime de violência psicológica, nos termos do artigo 147-B.

Na hipótese de que o assédio moral venha a provocar afastamento do trabalhador, com o encaminhamento ao Instituto Nacional de Seguro Social, será considerado como doença ocupacional, passível, também de indenização de natureza civil, independente da verba paga pelo Órgão Previdenciário. Deve ser ressaltado, ainda, o reconhecimento pacífico na jurisprudência brasileira quanto a possibilidade de que o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social, em ação de regresso, buscar os valores que despendeu com o Segurado afastado por acidente de trabalho e suas equiparações (Arts. 19, 20 e 21 da Lei nº 8213/91).

O assédio moral, portanto, carece de uma maior e mais específica legislação, mas, continua sendo responsabilidade do empregador a adoção de medidas para evitar a sua ocorrência.

Considerações finais

No Século XXI, o homem se dirige a lugares nunca antes imaginado. Utiliza recursos tecnológicos que permitem a comunicação independente da distância, mas ainda, incredulamente, convive com práticas laborais anteriores a Revolução Industrial, remontando a Era Escravagista. A busca pela melhor produtividade, sem dúvida, tem caráter positivo e se constitui em objetivo claro daquele que pretende empreender.

O assédio moral, entretanto, não se coaduna com os princípios e valores fundamentais da existência humana. As práticas aqui mencionadas são meramente exemplificativas, mas deveriam ser coibidas, posto que o trabalhador tem direitos que são inerentes a sua condição de ser humano. É preciso ressignificar o trabalho, concedendo ao trabalhador uma condição digna que perpassa o meio ambiente físico. Um trabalhador doente, em decorrência do assédio moral, importa em um meio ambiente não sadio que, cedo ou tarde, contaminará outros trabalhadores.

O empregador, portanto, deverá contribuir decisivamente com condutas antecipatórias a qualquer possibilidade de assédio moral. Entre as alternativas para o empregador, está a formalização de um canal de denúncias que investigue, com rigor, criação de código de condutas que seja discutido entre os trabalhadores. Assume também importante e destacado papel nesta visão preventiva, a participação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes, que poderá contribuir com palestras e treinamentos. Todas estas medidas poderão integrar um Programa de Compliance Trabalhista, cujo resultado será um ambiente de trabalho sadio e produtivo.

O Poder Legislativo, bem como o Poder Judiciário, entretanto, não po-

dem se furtar as suas responsabilidades, quais sejam legislar e julgar diante das ações de assédio moral. Neste aspecto, impor ao trabalhador o ônus de provar que está sendo assediado, é desumano. Tal qual o Código de Defesa do Consumidor determina a inversão do ônus da prova nas relações de consumo, considerando justamente a fragilidade do consumidor, também nas ações que envolvam assédio moral, deverá haver a inversão do ônus probatório. É a forma, ainda que simples, de equiparar a relação laboral já judicializada. A sociedade que permite, seja por ação ou por omissão, o assédio moral contribui para a violência e o adoecimento social.

Referências

ALKIMIN, Maria Aparecida. **Assédio Moral na Relação de Emprego**. Curitiba: Juruá, 2006

BRASIL. **Decreto nº 9571/2018**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9571.htm. Acesso em 20.11.2022

BRASIL. **Decreto-lei nº 2848/1940. Código Penal**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 20.11.2022

BRASIL. **Decreto-lei nº 5452/43. Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em 20.11.2022

BRASIL. **Lei nº 8213/91**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm. Acesso em 20.11.2022

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406compilada.htm. Acesso em 19.11.2022

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso e. 20.11.2022

FELKER, Reginald. **O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações do trabalho: frente á doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: LTr, 2006

FERNANDES, Denise Maria Schellenberger. **Assédio Sexual nas Relações de Trabalho: um olhar a partir da teoria crítica dos direitos humanos**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio Ambiente do Trabalho: direito, segurança e saúde no trabalho**. 8.ed. Salvador: JusPodvium, 2021

HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral**. Tradução Rejane Janowitz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/genericdocument/wcms_729459.pdf. Acesso em 27.11.2022

PELI, Paulo. TEIXEIRA, Paulo. **Assédio Moral: uma responsabilidade corporativa**. São PAULO: Icone, 2006

PINHEIRO, Iuri. LIMA SILVA, Fabricio.BOMFIM, Volia. **Manual do Compliance Trabalhista**. 2ed. Salvador: JusPodvium, 2021.

DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS: DISCURSO DE ÓDIO E REPERCUSSÕES NO CONTRATO DE TRABALHO

Mariana Evelin da Silva Leal

Pesquisadora da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela mesma Universidade. Pós-graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Advogada de direitos humanos e do trabalho

Resumo:

O artigo traz a análise acerca dos impactos e sanções que podem ser causadas no contrato de trabalho quando constatado discurso de ódio praticado por empregado (a), sobretudo em redes sociais. São quatro os principais fatores que deram impulso à análise, quais sejam: (i) é crescente a utilização do argumento de livre manifestação do pensamento, sem observância dos limites do direito de liberdade de expressão; (ii) a percepção da existência de uma falsa sensação de anonimato e/ou impossibilidade de punição pelos atos praticados via Internet; (iii) há um Tratado Internacional vinculante sobre Direitos Humanos e Empresas com *draft* em fase avançada de aprovação; e (iv) é inegável e relevante o papel das empresas em uma sociedade capitalista de produção na agenda atual de direitos humanos. Revela o presente artigo que, na prática, a jurisprudência vem enfrentando o tema em casos levados ao judiciário trabalhista, inclusive com fundamentação no pouco difundido Decreto brasileiro nº 9.571/18, que promove os Princípios Orientadores sobre Direitos Humanos e Empresas da Organização das Nações Unidas.

Palavras-chave: Direitos Humanos e empresas; Discurso de ódio; Contrato de trabalho; Jurisprudência.

Com a expansão acelerada da globalização na década de 90 e a constatação de diversas violações de direitos humanos praticadas por empresas que passaram a atuar por meio de filiais em países com níveis menores de regulamentação - como foi o caso do vazamento do gás metila pela holandesa Shell na região habitada pelo povo Ogoni, na Nigéria - a Organização das Nações Unidas entendeu que deveria pautar o assunto de forma mais categórica.

Assim, em 2005, o então secretário-geral da ONU e laureado com nobel

da paz, Dr. Kofi Annan, nomeou John G. Ruggie, professor da Universidade de Harvard, como representante especial no tema para cumprimento de um mandato de dois anos, que, ao final, acabou perdurando por seis e resultou no trabalho amplamente conhecido como “Princípios Orientadores”.

Foram 31 os padrões internacionais reunidos e detalhados em questões de “direitos humanos e empresas” pelas Nações Unidas. O documento é caracterizado pelo direito internacional como *soft law*, todavia, como decorrência encontra-se em avançado andamento sobre o mesmo tema um Tratado Internacional, este sim, com efeito vinculante, mas ainda pouco conhecido pelos atores empresariais.

Feitas estas breves notas introdutórias sobre o assunto, nas quais certamente já podemos identificar que as empresas possuem papel relevante na agenda de direitos humanos e serão fiscalizadas e cobradas por isto pela comunidade internacional, avancemos para o conceito de *discurso de ódio* que, inspirada por artigo de Gilberto Schafer, defino como a manifestação de ideias preconceituosas dirigidas a estigmatizar sujeitos e/ou grupos historicamente vulneráveis, visando estimular a ideia de segregação e, até mesmo, aniquilação das reais personalidades e culturas dessas pessoas.

Aqui, já é possível traçarmos uma linha paralela com o direito do trabalho. Isso porque, de acordo com Mauricio Godinho Delgado, esse ramo específico do direito possui função civilizatória, agindo como principal canal de transmissão do espírito e avanços democráticos experimentados na sociedade política para o interior da sociedade civil, espalhando-se para o universo das empresas e demais instituições privadas com seus estabelecimentos, escritórios e demais módulos de estruturação e atuação.

No sistema capitalista em que o mundo se relaciona economicamente, é notório e legítimo que as empresas procurem aumentar seus ganhos. Para isso, se reciclam em termos de posicionamento no mercado e, muitas vezes, utilizam-se de estratégias de publicidade que visam o alcance de determinados públicos que estejam em foco na sociedade por algum motivo histórico ou ocasional.

A luxuosa marca Balenciaga, por exemplo, lançou em 2021 uma coleção com mensagens sobre a liberdade sexual¹. A Adidas lança todos os anos um pacote da coleção *pride*, em homenagem a diversidade².

Sendo a promoção e inclusão de grupos vulneráveis genuinamente o motivo impulsionador de tais estratégias, com planejamento, acompanhamento e compliance responsáveis, e não mera distorção de pauta sensíveis para fins estritamente comerciais, não haveria qualquer problema.

O fato é que empresas inegavelmente majoram seus ganhos quando atingem grupos específicos, os quais, justamente em razão do apelo de va-

1 <https://www.inverse.com/input/style/balenciaga-gay-hoodie-gap-logo-pride-collection>. Acesso em 20/11/22.

2 <https://www.hypeness.com.br/2021/05/adidas-aposta-em-originalidade-em-tenis-que-celebram-o-mes-do-orugulho-lgbt>. Acesso em 20/11/22.

lores, costumam se transformando em clientes com alto grau de fidelização. É o que aconteceu, por exemplo, no caso em que um consumidor frequente da Coca-Cola verificou que um empregado daquela corporação transnacional que tanto se diz aliada na causa LGBTQIAP+³, postou o seguinte comentário em uma rede social no ano de 2015 sobre os integrantes da comunidade vulnerável citada: “gostaria de matá-los, arrancar suas cabeças e deixar jorrar sangue”, de modo que realizou uma denúncia formal em um dos canais da empresa.

Realizada uma investigação interna, a empregadora entendeu que a conduta do empregado foi contrária ao código de ética e aos valores da empresa e causou uma exposição negativa da marca, rompendo, assim, a confiança existente entre as partes, motivo pelo qual aplicou-lhe a demissão por justa causa, o que significa que o agressor em questão deixou de receber importantes parcelas rescisórias e de seguro social quando da dispensa motivada.

O caso foi levado ao judiciário trabalhista, pois, segundo o empregado que proferiu o discurso de ódio, ele apenas “participa de fóruns de discussão nas redes sociais para expor seus pontos de vista e opiniões” e, assim, estaria amparado pelo direito fundamental à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, CF/88). Tanto o magistrado de 1ª instância quanto o colegiado do Tribunal, entretanto, ratificaram como correta a aplicação da modalidade em que se deu a extinção do contrato laboral, sendo julgada improcedente a ação⁴.

De acordo com as lições de Ingo Wolfgang Sarlet, há casos em que o próprio preceito fundamental não comporta certa conduta ou modo de exercício, de tal sorte que existem determinadas situações que não integram o âmbito de proteção do direito fundamental, exigindo-se, direta ou indiretamente, um fundamento constitucional para isto, como é o caso do princípio da dignidade da pessoa humana, principal fundamento do direito geral de livre desenvolvimento da personalidade e que abarca amplamente a proteção à autodeterminação sexual.

Para fins de proteção pelo Estado, vale lembrar que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil por intermédio do Decreto 678/92, estabelece em seu art. 1º que “os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”.

É incontroverso que o Estado sempre foi historicamente responsável

3 Links: <https://www.coca-colacompany.com/news/coca-cola-fosters-inclusive-lgbtq-community> / <https://www.youtube.com/watch?v=zZRY0juhAbI> / Coca-Cola: <https://www.clubedecriacao.com.br/ultimas/love-can/>. Acessos em 18/11/2022.

4 O número dos autos do processos tramita em segredo de justiça, mas informações podem ser obtidas pelo link: <https://fetraconspar.org.br/index.php/noticias/noticias/19456-empregado-da-coca-cola-recebe-justa-causa-por-comentario-homofobico>. Acesso em 18/11/2022.

pela proteção dos direitos humanos. Os princípios orientadores de Ruggie não parecem pretender minimizar essa obrigação. O cumprimento da função social da propriedade é direito concernente a toda a sociedade, e o Poder Judiciário tem o dever de exigir a responsabilidade social empresarial.

Como já vimos, a compreensão moderna acerca da atuação das empresas em decorrência do fenômeno da globalização fez emergir uma necessária readequação nos modelos de gestão e, assim, nesse contexto, surge a governança corporativa como forma de proteção de todas as partes interessadas, inclusive a própria sociedade. O americano Robert Monks, formado pela Universidade de Harvard e conhecido como “pai da governança” desde a década de 90, criticava a omissão dos acionistas “que apenas se preocupavam com a manutenção de seus privilégios”, passando a ser expoente defensor da necessidade de uma mudança real de tal postura, propugnando união para tornar as corporações mais responsáveis.

A adoção de programas de governança tem um grande impacto no fortalecimento da imagem e reputação das empresas, pois passam maior credibilidade e, conseqüentemente, agregam valor ao negócio. Dentre os benefícios de implementação de um Programa de Integridade (PI), o Guia de Compliance do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) destaca (1) o benefício reputacional que inspira confiança de investidores; (2) a conscientização de empregadas (os) para que sejam capazes de identificar questões sensíveis e violações à leis; e (3) a redução de custos e contingências, evitando multas, publicidade negativa, indenizações, impedimento de acesso a recursos públicos ou licitações, etc.

A decisão proferida em 2021 nos autos do processo trabalhista nº 0021488-58.2017.5.04.0008, considerada verdadeiro precedente para as (os) pesquisadoras (es) de direitos humanos e empresas, em que a empregadora Dell foi condenada no valor de 10 milhões de reais a título de dano moral coletivo com fundamento no documento das Nações Unidas, é exemplo disso.

Para o objetivo do presente trabalho, focado na responsabilidade social das empregadoras sobre condutas violadoras de direitos humanos por seus (as) empregados (as), se faz oportuno salientar o seguinte trecho do acórdão: “Como restou comprovado na ONU, ao motivar a estruturação dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos em 2011, a partir dos estudos do professor estadunidense John Ruggie, consolidados no tripé proteger, respeitar, reparar, as empresas violam Direitos Humanos e cabe aos Estados coibir essa conduta, protegendo e fazendo cumprir os Direitos Humanos, garantindo a adequada reparação quando ocorra seu desrespeito”.

O mencionado julgamento ainda fez constar o Decreto brasileiro 9571/2018, que regula as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos para médias e grandes empresas, incluídas as empresas multinacionais com atividades no país, como “constituído de um moderno instrumento de democratização e humanização do capitalismo, inaugurando, no Brasil, a fase do chamado capitalismo regulatório (*regulatory capitalism*), mediante o qual

a operação das empresas se subordina à indispensável adequação da atividade econômica à lei, em busca de uma globalização socialmente sustentável”⁵.

Nesse sentido, importante destacar que o Decreto 9571/18 possui *status* de norma constitucional, em consonância com os §§2º e 3º do art. 5º da Constituição Federal de 1988, por versar sobre Direitos Humanos e Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos ratificados pelo Brasil.

Os códigos de ética também revelam-se grandes aliados das empresas no assunto. As investigações internas e aplicações de medidas punitivas pelas empregadoras estão diretamente relacionadas as apurações de desconformidades, sendo certo que um código, com critérios precisos, evita que haja qualquer tratamento discriminatório, falhas ou desvio de finalidade pelas empresas em relação à conduta esperada de seus (as) empregados (as).

O Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC), no documento intitulado “Compliance à luz da Governança Corporativa”, ressalta que: “o código de conduta é a expressão dos princípios éticos e valores da organização, devendo comunicar com clareza as diretrizes e orientar a atuação de todos (...). Representa a formalização das expectativas a respeito do comportamento dos sócios, administradores, colaboradores, fornecedores e demais partes.

Os empregadores estão respaldados pelo art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), que prevê que constituem justa causa para fins de rescisão do contrato de trabalho o *ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa* ou de *indisciplina*, por exemplo. Ademais, em qualquer contrato de trabalho existem deveres que, embora não estejam expressamente regulamentados por um código, devem ser observados, tal como um modelo de conduta social que respeite a confiança e os interesses depositados.

O impedimento de prolação de discurso de ódio, seja por vídeo, imagem, pessoalmente, via mídias sociais ou outro meio de comunicação, é expectativa razoável gerada sobre qualquer empregado (a), em harmonia com o patamar civilizatório da humanidade que alcançamos enquanto sociedade ao longo da afirmação histórica dos direitos humanos, principalmente após o fim das hostilidades da Segunda Guerra Mundial.

Ora, se para a decepção de muitos, durante o julgamento não era possível enxergar qualquer traço diabólico ou demoníaco em Eichmann, um dos homens responsáveis pela logística de deportações em massa dos judeus para campos de extermínio, assim como nenhum ódio particular dele pelo povo judeu, a pessoa que propaga discurso de ódio ciente e com intenção deve ser duramente penalizada, para que não sejamos novamente omissos em relação à *banalidade do mal* identificada por Hannah Arendt.

Para o direito do trabalho, o poder empregatício possui diferentes feições, sendo que uma delas é o de fiscalização, conferindo ao empregador a prerrogativa de controle das atividades de seus (as) empregados (as). Outra

5 [https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021488-58.2017.5.04.0008/2#a657279-TRT-4\(trt4.jus.br\)](https://pje.trt4.jus.br/consultaprocessual/detalhe-processo/0021488-58.2017.5.04.0008/2#a657279-TRT-4(trt4.jus.br)). Acesso em 20/11/2022.

que merece destaque é o do poder disciplinar, que assegura ao empregador o direito de impor sanções aos trabalhadores (as) com o objetivo de garantir o bom funcionamento da organização, coibindo-se desvios de conduta que possam vir a ser praticados. Esses poderes, que decorrem da lei, estão intrinsecamente ligados ao bom desempenho de programas de compliance ou integridade.

Liberdade de expressão é também ter responsabilidade na opinião, nesse sentido, a doutrina constitucionalista de Fábio P. de Almeida Hirsch nos alerta sobre a existência não apenas de direitos fundamentais, mas também de *deveres* fundamentais. Enquanto os primeiros são as normas que tutelam pretensões dos indivíduos para o fim de compensar sua proteção quando ocorrem abusos por parte do Estado ou de outros particulares, os *deveres* fundamentais são imperativos de conduta que impõe a cada indivíduo obrigações de fazer, não fazer e tolerar com o objetivo de permitir a melhor coesão social possível.

Os deveres fundamentais podem ser explicados como deveres para com a comunidade. Focam na viabilização dos direitos subjetivos individuais e até coletivos, não na perspectiva egoística, de exclusiva proteção do sujeito de prejuízo ou custo a ser suportado pela coletividade em geral. Trata-se do equilíbrio necessário entre o exercício de prerrogativas pessoais fornecidas pelo conjunto de direitos fundamentais e a prática dos objetivos gerais no seio da sociedade.

São exemplos de deveres fundamentais o de solidariedade, previsto no art. 3º da CF/88, que constitui um dos objetivos da República Federativa do Brasil, e o de tolerância (pluralismo político), no sentido de aceitar e conviver com o que é diferente de sua própria realidade, em consonância com o art. 1º, § único, inciso V da Carta Magna.

O dever de não praticar discurso de ódio certamente encontra respaldo constitucional e em documentos internacionais, devendo ser tolhido com medidas assertivas pelas empregadoras, incontroversamente responsáveis em tema de direitos humanos em decorrência da evolução da pauta nas Nações Unidas, sob pena de exposição negativa de marca perante os (as) consumidores (as), o mercado e, ainda, no que se refere ao âmbito judicial.

Conclusão

O tema “direitos humanos e empresas” foi pautado pela Organização das Nações Unidas de forma mais contundente a partir dos anos 90, em decorrência do crescimento exponencial da globalização e, conseqüentemente, da atuação de empresas transnacionais e respectivas violações graves que estas estavam praticando em termos de direitos humanos em países subdesenvolvidos. Foram, assim, fixados padrões internacionais no assunto por meio dos chamados “Princípios Orientadores de Ruggie”, documento de *soft law* que confere responsabilidade às empresas na matéria.

A ideia central é no sentido de que há necessidade da construção de um

marco normativo, com efeito vinculante, que possa proteger efetivamente os direitos humanos em contexto de atividades empresariais por todo o globo. Por enquanto, um Tratado Internacional sobre direitos humanos e empresas já foi desenhado e segue em avançado trâmite.

O presente artigo buscou investigar se, como empregadoras, as empresas também devem monitorar e impedir ofensas de direitos humanos praticadas por seus (as) empregados (as) à terceiros, especialmente em questões que envolvam o *discurso de ódio* proferido em desfavor de minorias, ainda que por meio de redes sociais pessoais.

Foi levada em consideração para essa análise o fato de que as empresas, ao adotarem, acertadamente, programas de governança com intenção de impacto no fortalecimento da imagem e reputação, sobretudo quanto à diversidade e inclusão, passam maior credibilidade ao mercado e, consequentemente, agregam valor ao negócio e majoram lucros.

Da análise de duas importantes e recentes decisões prolatadas em diferentes processos trabalhistas no Brasil, é possível verificar que (1) há amparo legal à empregadora que aplica medidas punitivas aos seus (as) empregados (as) quando verificados atos de discurso de ódio, sendo que documentos elaborados internamente, tais como códigos de ética ou conduta, são interessantes aliados em relação às expectativas de comportamentos durante o liame empregatício para além dos muros das empresas, pois empregados (as) podem ser enxergados, ainda que involuntariamente, como vozes dos valores das marcas que trabalham em suas redes sociais pessoais; e (2) embora pouco difundida, a fundamentação baseada nos Princípios Orientadores de Ruggie e no decreto brasileiro que apresenta as diretrizes sobre direitos humanos e empresas para condenação de cias violadoras desses direitos já é uma realidade que tende e evoluir, posto que o Tratado Internacional vinculante caminha a passos largos.

Vimos que não existem apenas *direitos* fundamentais, como o de liberdade de pensamento e expressão, mas também *deveres* fundamentais que objetivam melhor coesão social e progresso da humanidade em relação aos direitos de terceira dimensão, os quais abrangem ideais de fraternidade e solidariedade, historicamente construídos após os horrores das guerras e do holocausto.

Caracterizado ato de indisciplina ou ofensa incompatível com a conduta da atividade exercida, vindo o (a) empregado (a) a desconsiderar sua responsabilidade funcional, agindo de forma deliberada em desconformidade com as normas gerais legais e empresariais de conduta, capazes de abalar irremediavelmente a fidúcia necessária à manutenção do vínculo empregatício, tem-se por correto o enquadramento de medidas punitivas, tais como advertências, suspensões ou demissões por justo motivo.

Referências

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras.

Tradução José Rubens Siqueira, 1999.

COMPARATO, Fábio K. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho** / Mauricio Godinho Delgado, Gabriela Neves Delgado. São Paulo: LTr, 2015.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. **Direitos fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao art. 5º da Constituição Federal de 1988**. Belo Horizonte: Dialética, 2020.

PINHEIRO, Iuri. **Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2020.

RUGGIE, John Gerard. **Quando negócios não são apenas negócios**. São Paulo: Planeta Sustentável. Tradução Isabel Murray, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva-Jur, 2022.

SCHAFER, Gilberto. **Discurso de ódio: da abordagem conceitual ao discurso parlamentar**. Brasília Revista de Informação Legislativa, 2015.

EMPRESAS E DIREITOS HUMANOS: PROMOÇÃO DA EQUIDADE RACIAL NO CASO MAGAZINE LUIZA

Fabio Henrique Oliveira da Cruz

Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direito

Resumo:

Nas últimas décadas, graças à organização e pressão de movimentos negros, foram instituídos marcos regulatórios e referenciais que estimulam a promoção da equidade racial e a valorização dos direitos humanos no mercado de trabalho. Diante desse cenário empresas têm adequado suas políticas visando corrigir erros sociais históricos e estudos dessa área se mostram relevantes. O presente trabalho se propõe a analisar em que medida o programa de *trainee* do Magazine Luiza está em consonância com marcos regulatórios para a promoção dos direitos humanos nas empresas e possui como objetivos específicos descrever o panorama geral da desigualdade racial no Brasil, como também apresentar os principais marcos regulatórios que promovem a equidade racial em nosso território. Após análise a partir da metodologia hipotético-dedutiva chegou-se ao entendimento de que a empresa está fundamentada no ordenamento jurídico, assim como nos marcos referenciais tanto nacionais, como internacionais sobre direitos humanos e empresas, dos quais o Brasil é signatário.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Ações afirmativas; Equidade racial; Marcos regulatórios; Magazine Luiza.

Introdução

Dentro desses quatro séculos de escravidão no Brasil os negros resistiram, seja pela insubordinação, pela insurreição ou pela fuga para os chamados quilombos. A resistência ganhou força e espaço e um projeto de abolição lenta e gradual foi promovido: a lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871, a conhecida Lei do Ventre Livre; a lei n. 3.270, de 28 de setembro de 1885, também chamada Lei Saraiva-Cotegipe ou Lei dos Sexagenários; e por fim a lei nº 3.353 de 13 de maio de 1888, a Lei Áurea.

A libertação dos negros desse regime de opressão deixou de lado qual-

quer tipo de reparação e apenas lançou essas pessoas à mercê da própria sorte, ou seja, não houve nenhuma política de inserção social, o que fez com que os negros fossem jogados à margem da sociedade. Agravando ainda mais essa situação, teorias racistas ganharam uma “roupagem” intelectual no século XIX, quando o movimento, que ficou conhecido como Darwinismo Social, tentou aprofundar a crença de que os negros eram biologicamente inferiores aos brancos. Nesse sentido, as teorias raciais procuravam explicar o desenvolvimento dos povos através das diferenças étnicas e geográficas. Essas teorias não encontraram bases científicas que as embasassem, mas se mostraram um saber justificador, que, nesse sentido, procuravam estabelecer verdades universais, mas, na realidade, estavam apenas servindo como instrumento de racionalização dos interesses da classe branca dominante.

Diante dessas teorias racistas e também, com o intuito de suprir a escassez de mão de obra, o governo brasileiro deu início a um projeto de branqueamento da população através da imigração européia. Milhares de imigrantes italianos, alemães, ucranianos, poloneses entre outros foram atraídos para o Brasil, onde fundaram núcleos de povoamento em que muitos se dedicavam à produção cafeeira que liderava a economia brasileira no final do século XIX e início do século XX.

Nas primeiras décadas do século XX, diante de uma sociedade brasileira em que mais da metade era negra ou mestiça, afirmar as teorias de “inferioridade racial” era comprometer a credibilidade do país. Por essa e outras razões o discurso racista tradicional foi progressivamente abandonado, ganhando assim espaço para ideias que exaltavam miscigenação e criavam o conceito de democracia racial. Teóricos renomados como Sérgio Buarque de Holanda e Gilberto Freyre, sendo que este último, em sua obra *Casa-grande e Senzala*, publicado pela primeira vez em 1933, romantizou e enalteceu essa miscigenação:

Todo brasileiro, mesmo o alvo, de cabelo louro, traz na alma, quando não na alma e no corpo [...], a sombra, ou pelo menos a pinta, do indígena ou do negro. [...] A influência direta, ou vaga e remota, do africano. Na ternura, na mímica excessiva, no catolicismo em que se deliciam nossos sentidos, na música, no andar, na fala, no canto de ninar menino pequeno, em tudo que é expressão sincera de vida, trazemos quase todos a marca da influência negra (FREYRE, 2006, p. 367).

Gilberto Freyre tenta atribuir um caráter nobre à miscigenação, descrevendo-a como a base da identidade nacional brasileira. Dessa forma a teoria da democracia racial ajudou a mascarar a realidade brasileira, onde as relações étnicas e sociais transbordavam de dinâmicas racistas e opressivas.

Diante deste processo histórico e social e do mito da democracia racial, solidificou-se na sociedade brasileira o preconceito em relação aos negros e mestiços que aliado às condições financeiras se tornou barreira extremamente árdua de ser transpassada para a ascensão econômica e social. Mas nas últimas

décadas, graças principalmente à organização e luta de movimentos negros, e, como consequência disso, a instituição de marcos regulatórios e referenciais a situação tem mudado aos poucos.

A resistência ao racismo fez com que fosse promulgado a lei nº 1.390, de 3 de julho de 1951, que ficou conhecida como Lei Afonso Arinos que enquadrava atos racistas como contravenção. Mesmo sendo uma lei considerada amena, abriu espaço para o avanço do movimento antirracista. Mas foi somente com a Constituição de 1988 que o racismo ganhou peso e se tornou crime inafiançável e imprescritível. Mesmo com uma legislação mais contundente o preconceito ainda sobrevive em nossa cultura e sociedade mesmo que de forma disfarçada. A maioria dos brasileiros não se vê como racista, mas os dados do IBGE sobre a desigualdade racial que aqui serão apresentados mostram um país que ainda demanda muita resistência, políticas afirmativas, legislação mais incisiva e políticas públicas, por essa razão, estudos nesta área se mostram extremamente relevantes.

À vista desse cenário, o presente trabalho se propõe a discutir em que medida o programa de trainee do Magazine Luiza está em consonância com marcos regulatórios para a promoção dos direitos humanos nas empresas e possui como objetivos específicos descrever o panorama geral da desigualdade racial no Brasil, como também apresentar os principais marcos regulatórios que promovem a equidade racial em nosso território, bem como analisar o caso do programa de trainee do Magazine Luiza e trazer as discussões em torno do mesmo. A metodologia utilizada foi a hipotético-dedutiva através da análise de fontes primárias e reportagens sobre o caso Magazine Luiza, assim como dados do IBGE e fontes secundárias que tratam sobre a desigualdade racial do povo negro no Brasil. O trabalho parte da hipótese de que o programa de trainee da empresa aqui referida está alicerçada em valores constitucionais de justiça e igualdade, no ordenamento jurídico brasileiro e em marcos regulatórios sobre direitos humanos e empresas.

A desigualdade racial no Brasil

O Brasil apresentou em 2020 uma população de cerca de 211,8 milhões de habitantes, como aponta o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (GUIMARÃES, 2020). 55,8% da população se declara negra¹, segundo a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua do IBGE, deses, 9,3% se declaram pretos e 46,5% pardos (IBGE, 2019). O censo brasileiro apresenta a classificação em cinco categorias, sendo essas: branco, preto, pardo, indígena ou amarelo. É importante destacar que o Brasil apresenta um conceito de raça alusivo à cor de pele e traços físicos e não à ancestralidade, por essa razão a classificação remete a grupos de cor e não a grupos raciais (HERINGER, 2002).

1 As populações preta e parda são agregadas na categoria negra pelo IBGE e também por inúmeros pesquisadores, pois entende-se que ambos possuem ascendência africana

A desigualdade social no Brasil reflete em todas as áreas da vida impactando de maneira geral o povo negro. No mercado de trabalho não é diferente, pois os negros, mesmo sendo a maior parte da mão de obra no país totalizando 57,7 milhões de pessoas contra 46,1 milhões de pessoas brancas, ainda se mantém na liderança entre os desocupados (64,2%) e subutilizados (66,1%), de acordo com o relatório Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil do IBGE (2019) referente ao ano de 2018. Mesmo se analisarmos sob a ótica do nível de instrução educacional, os negros ainda se mantêm em posição desfavorável em relação aos brancos, ou seja, a subutilização e desocupação ainda são mais expressivas entre o povo negro. Se compararmos a Taxa composta de subutilização, segundo o nível de instrução entre negros e brancos vemos claramente a situação de desigualdade racial no Brasil: na categoria “Sem instrução ou fundamental incompleto”, brancos representam 22,4% e negros 32,9%, já na categoria “Fundamental completo ou médio incompleto”, brancos representam 26,0% e negros com 35,8%, na categoria “Médio completo ou superior incompleto”, brancos representam 19,1% e negros 26,6%, e na última categoria “Superior completo ou mais”, brancos representam 11,5% e negros 15,0. Dessa forma, podemos constatar que há desvantagem desse grupo mesmo se averiguarmos o recorte por nível de instrução.

O relatório do IBGE também analisou os rendimentos do trabalho e o resultado se manteve no mesmo padrão da série histórica, ou seja, os brancos apresentam um rendimento superior aos negros. Em 2018, o rendimento mensal dos brancos foi 73,9% superior aos dos negros. Sendo assim, pessoas ocupadas brancas receberam cerca de R\$ 2.796 contra R\$ 1.608 de pessoas negras. A análise do rendimento por hora seguiu a mesma linha, onde brancos receberam cerca de R\$ 17,0 por hora e negros cerca de R\$10,1. Essa discrepância se apresenta em todos os níveis educacionais da população, até mesmo nos mais elevados nos quais pessoas brancas ganham cerca de 45% a mais do que negros com o mesmo alto nível educacional.

Os dados de 2018 do IBGE também apresentam a predominância de brancos em cargos gerenciais, sendo 68,6% contra 29,9% de negros. E quanto mais bem remunerados os cargos gerenciais menor é a ocorrência de negros: os dados apresentam uma decrescente constante onde no último quinto (o IBGE apresenta uma divisão em cinco categorias crescentes de rendimento), ou seja, o quinto mais bem remunerado, a presença de negros é de apenas 11,9% diante 85,9% de brancos².

À vista dessas informações, percebe-se que a situação do negro no Brasil foi e ainda é desfavorável, mesmo diante de tantos avanços no decorrer da história o negro se encontra em situação desigual perante o branco. Além de

2 Importante lembrar que esses dois dados não apresentam o resultado de 100% na soma-tória, pois o censo brasileiro apresenta a classificação em cinco categorias, sendo essas: branco, preto, pardo, indígena ou amarelo. E aqui, como já mencionado anteriormente, foi realizado a junção de pretos e pardos na categoria negros.

preconceitos raciais, o povo afro-descendente também sofre preconceitos de classe, haja vista a predominância dos negros nas classes menos abastadas. Em relação a isso, Darcy Ribeiro afirmou: “O fato de ser negro ou mulato, entretanto, custa também um preço adicional, à crueza do trato desigualitário que suportam todos os pobres, se acrescentam formas sutis ou desabridas de hostilidade” (RIBEIRO, 2015, p. 217). Diante desse cenário que se mantém é importante a existência e permanência de políticas públicas e de programas também no setor privado para promover a equidade racial no Brasil.

Importantes marcos regulatórios para a promoção da equidade racial no mercado de trabalho

O Brasil possui uma conjuntura histórica e social que favorece a desigualdade racial em nossa sociedade. Mesmo após diferentes governos ainda permanecem interesses de diversos grupos para naturalizar a discriminação racial e tentar caracterizar o racismo como mito. Em contrapartida também temos avanços e rupturas importantes que abrem espaço para o combate ao racismo e que favorecem a equidade social. O debate sobre a promoção dos direitos humanos, e, mais especificamente, sobre a promoção da equidade racial vem ganhando força nas últimas décadas no Brasil, principalmente após o fim da ditadura militar e o retorno da democracia. A Constituição de 1988, chamada de Constituição Cidadã pelo deputado federal Ulysses Guimarães, foi um marco importante que garantiu direitos essenciais.

A promoção dos direitos humanos impacta todas as áreas da sociedade, e uma delas é o mercado de trabalho no qual, como visto anteriormente, se apresenta uma relevante desigualdade social entre o povo negro. Hélio dos Santos enumera três tipos básicos de discriminação que os negros sofrem no mercado de trabalho:

Discriminação ocupacional, que parece querer questionar a capacidade do negro para executar determinadas tarefas mais complexas. [...] a antiga discriminação salarial, que, além de utilitária, no fundo embute a ideia de que o trabalho do negro não vale tanto quanto o dos demais. [...] a discriminação pela imagem. A empresa, aqui, busca manter aquilo que ela considera sua imagem ideal (GONÇALVES, 2006, p. 20).

Alguns marcos regulatórios tratam especificamente do combate ao racismo e da desigualdade de raça no mercado de trabalho. Na sequência, serão mencionados os seguintes marcos:

A Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR) foi estabelecida através do decreto nº 4.886, de 20 de novembro de 2003 tem como objetivo geral a “redução das desigualdades raciais no Brasil, com ênfase na população negra” (BRASIL, 2003). Apresenta também como norteadores os princípios de transversalidade, descentralização e gestão democrática e além disso propõe ações com o objetivo de incentivar as empresas, como a ado-

ção de políticas de cotas no mercado de trabalho; adoção de programas de diversidade racial nas empresas; capacitação e créditos especiais para apoio ao empreendedor negro.

O Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial (Fipir), foi promovido pela Secretaria de Política de Promoção da Igualdade Racial do governo federal e da Fundação Friedrich Ebert, ou FES/ILDES entre os anos de 2003 e 2004. Tem como objetivo geral a promoção de ações contra as desigualdades raciais tendo como base as esferas federal, estadual e municipal, mas também agentes sociais, “entre os quais se incluem as empresas” (SILVA; PARRA, 2011, p. 59). Nesse sentido, o fórum estabelece parâmetros para as políticas públicas para a promoção da equidade racial (BORGES, 2004, p. 12).

A terceira edição do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3), instituído pelo decreto nº 7.037 de 21 de Dezembro de 2009 e atualizado pelo Decreto nº 7.177, de 12 de maio de 2010 apresenta seis eixos orientadores e vinte e cinco diretrizes que promovem o respeito aos direitos humanos, sendo a diretriz de número nove a que se relaciona ao combate às desigualdades estruturais tendo como primeiro objetivo estratégico a “igualdade e proteção dos direitos das populações negras, historicamente afetadas pela discriminação e outras formas de intolerância” (PNDH-3, 2010, p. 7). No objetivo estratégico para a promoção do trabalho decente, uma das ações programáticas é a de enfrentar as desigualdades salariais baseadas em raça.

O PNDH-3 se mostra relevante quando apresenta metas de curto e médio prazo, além de ações claras que atingem diversas esferas das relações sociais. O programa visa estruturar e consolidar os direitos previstos tanto na Constituição de 1988, como também em tratados internacionais dos quais o Brasil é adepto. Nesse sentido tem como objetivo central a efetivação da cidadania, além da redução de desigualdades e preconceitos de toda e qualquer ordem.

O Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 2010, é um dos principais instrumentos normativos que promove a igualdade racial. Tem como principal objetivo “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica” (BRASIL, 2010). É importante mencionar que o estatuto inclui até empresas e organizações privadas no incentivo a adoção de medidas que combatam a desigualdade racial:

Art. 39º O poder público promoverá ações que assegurem a igualdade de oportunidades no mercado de trabalho para a população negra, inclusive mediante a implementação de medidas visando à promoção da igualdade nas contratações do setor público e o incentivo à adoção de medidas similares nas empresas e organizações privadas.

§ 1º A igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra (BRASIL, 2010).

No dia 21 de novembro de 2018 foi estabelecido através do decreto nº 9.571 as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Essas diretrizes determinam deveres ao Estado e às empresas de médio e grande porte, como também multinacionais que desenvolvem atividades no Brasil. Esse decreto se mostra extremamente relevante, pois está em sintonia com a tendência mundial de combate à discriminação social e racial e o respeito às diferenças no mercado de trabalho, estimulando assim a valorização dos direitos humanos pelas empresas.

É de relevância mencionar que o decreto nº 9.571 segue os três pilares dos Princípios Orientadores da ONU, apresentado em junho de 2011, sobre Empresas e Direitos Humanos desenvolvidos pelo Representante Especial do Secretário-Geral das Nações Unidas John Ruggie que são: Proteger a obrigação dos Estados de proteger os direitos humanos; Respeitar a responsabilidade das empresas de respeitar os direitos humanos; Reparar a necessidade de que existam recursos adequados e eficazes, em caso de descumprimento destes direitos pelas empresas (KWEITEL, 2012).

Nesse sentido, podemos ver diversos marcos referenciais importantes, tanto nacionais, como internacionais, dos quais o Brasil é signatário, que normatizam as relações entre empresas e direitos humanos e que promovem a equidade racial em um contexto de latente desequilíbrio.

A promoção da equidade racial no programa de *trainees* do Magazine Luiza

A empresa Magazine Luiza abriu, em setembro de 2020, um programa para *trainees* somente para pessoas negras, segundo a própria rede de lojas este é o primeiro programa do tipo voltado 100% para negros (TRAINEE 2021 MAGALU, 2020). O programa terá início em janeiro de 2021 e terá duração de 12 meses, sendo que nos 6 primeiros meses os candidatos selecionados irão fazer um rodízio entre áreas para ter um entendimento geral das atividades da companhia. Os participantes também realizarão estágios nas lojas da rede, imersão nas áreas de negócios, participarão na elaboração de projetos estratégicos, terão aulas de língua inglesa e durante todo o processo os participantes receberão mentoreamento de líderes de dentro do Magazine Luiza. Esse programa para *trainees* é organizado em parceria com o Comitê de Igualdade Racial, a organização Indique Uma Preta e a Universidade Zumbi dos Palmares.

O objetivo da empresa é “trazer mais diversidade racial para os cargos de liderança da companhia, recrutando universitários e recém-formados de todo Brasil, no início da vida profissional” (MAGAZINE LUIZA ABRE..., 2020). A empresa justifica, em seu manifesto para o programa de *trainees*, que o projeto é uma forma de promover a equidade racial entendendo o contexto histórico brasileiro de escravidão que permeia seus reflexos ainda nos dias atuais:

[...] Todos sabemos sobre o passado ancestral da população negra no Brasil, a escravidão por décadas foi uma história que deixou reflexos sociais que distanciam, excluem e anulam pessoas negras de oportunidades e essas marcas podem ser sentidas em todos os espaços. Precisamos caminhar juntos nesse processo histórico que só pode ser reparado quando entendemos o impacto do que é estrutural e hoje queremos derrubar essa barreira de forma saudável através da oportunidade repaginando essa história com responsabilidade. [...] Queremos alcançar a verdadeira equidade através da riqueza que existe na diversidade (TRAINEE 2021 MAGALU, 2020).

Nas redes sociais a Magazine Luiza também justificou sua ação afirmando que “atualmente, temos em nosso quadro de funcionários 53% de pretos e pardos. E apenas 16% deles ocupam cargos de liderança. Precisamos mudar esse cenário” (BARRUCHO, 2020).

O anúncio do programa gerou considerável repercussão na imprensa e reação na sociedade que se manifestaram tanto contra, como a favor do projeto. Os deputados Carlos Jordy (PSL-SP) e Daniel Silveira (PSL-RJ), se pronunciaram nas redes sociais que entrariam com uma ação contra o Magazine Luiza, afirmando que a empresa estaria cometendo um ato de racismo (BARRUCHO 2020). O presidente da Fundação Cultural Palmares, Sérgio Camargo, foi na mesma linha e argumentou que a decisão da empresa seria racismo escancarado (SÉRGIO CAMARGO DEFENDE..., 2020).

A juíza do TRT-3 (Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais), Ana Luiza Fischer Teixeira de Souza Mendonça criticou em rede social: “Discriminação na contratação em razão da cor da pele: inadmissível” (BARRUCHO, 2020), e argumentou dizendo que “Na minha Constituição, isso ainda é proibido” (SANTOS, 2020).

No final do mesmo mês do anúncio da rede varejista a Defensoria Pública da União entrou com uma ação contra o programa de *trainees*. O autor da ação, o defensor público federal Jovino Bento Júnior alega que embora “a inclusão social de negros e de qualquer outro grupo é desejável, contudo não pode ocorrer às custas do atropelo dos direitos sociais dos demais trabalhadores” (BENTO JÚNIOR, 2020, p. 38) e mais adiante argumenta no documento que “o anúncio para o Programa de Trainee exclusivo para candidatos autodeclarados negros é certamente uma estratégia de marketing empresarial [...] MARKETING DE LACRAÇÃO” (BENTO JÚNIOR, 2020, p. 43). A ação pede indenização por danos morais coletivos no valor de dez milhões de reais “considerando-se a violação de direitos de milhões de trabalhadores (discriminação por motivos de raça ou cor, inviabilizando o acesso ao mercado de trabalho)” (BENTO JÚNIOR, 2020, p. 53).

Em repúdio à ação do defensor público federal Jovino Bento Júnior, onze defensoras e defensores públicos federais, componentes do Grupo de Trabalho Políticas Etnorraciais da Defensoria Pública da União, emitiram uma nota técnica declarando que “a posição externada pelo referido membro

da DPU não reflete a missão e posição institucional da Defensoria Pública da União quanto a defesa dos direitos dos necessitados. Mais que isso, contraria os direitos do grupo vulnerável cuja DPU tem o dever irrenunciável de defender” (DPU, 2020).

O Ministério Público Federal por meio do Grupo de Trabalho Combate ao Racismo e Promoção da Igualdade Racial, também emitiu uma nota pública explicando que “ações afirmativas como a adotada pela empresa Magazine Luiza encontram fundamento e validade, tanto no âmbito teórico do direito, quanto na dura realidade social brasileira, de discriminação institucionalizada contra diversos grupos sociais” (MPF, 2020). E sobre as diversas alegações públicas de que o programa de *trainee* seria uma prática de racismo o MPF afirmou que “não é possível confundir com racismo medidas destinadas a reparar distorções e desigualdades sociais e demais práticas discriminatórias adotadas, nas esferas pública e privada, durante o processo de formação social do Brasil” (MPF, 2020).

Uma nota também foi publicada pelo próprio Ministério Público do Trabalho (MPT) onde sustentou “a importância das ações afirmativas destinadas à promoção da igualdade de oportunidades, ao enfrentamento ao racismo e à promoção da igualdade racial no mercado de trabalho” (BARRUCHO, 2020).

Diante da constatação de um quadro de funcionários de maioria negra, mas com poucas pessoas desse grupo na liderança, a empresa decidiu criar um programa de *trainees* específicos para negros. A proposta se mostra em consonância com marcos regulatórios para a promoção dos direitos humanos em empresas que propõem ações afirmativas com o objetivo de redução das desigualdades sociais e raciais, como o Estatuto da Igualdade Racial, Lei nº 12.288, de 2010 que em seu inciso 1 estabelece que “a igualdade de oportunidades será lograda mediante a adoção de políticas e programas de formação profissional, de emprego e de geração de renda voltados para a população negra” (BRASIL, 2010) ou como no PNDH-3 que em um de seus objetivos estratégicos para a promoção do trabalho decente afirma a importância de ações programáticas para se enfrentar as desigualdades salariais baseadas em raça.

Nesse sentido, não se sustentam afirmações de que a medida da empresa estaria cometendo racismo ou racismo reverso ao implementar essa política de promoção de equidade racial em seu quadro de funcionários, pois como afirma Djamilia Ribeiro: “é ilógico acreditar em racismo reverso pois se trata de uma falta de entendimento do que é o racismo como um sistema de opressão [...] para haver racismo, é preciso haver relações de poder” (BARRUCHO, 2020). A nota do MPF também argumenta na mesma linha ao afirmar que “constitui evidente equívoco interpretativo atribuir conotação racista a medidas episódicas que pretendem corrigir desigualdades seculares, em cenário de racismo estrutural praticado em face da população negra” (MPF, 2020).

Uma questão que se mostra de extrema relevância no projeto da empre-

sa aqui analisada é que o programa de treinamento é para formar profissionais negros para cargos de liderança para as mais altas posições no quadro de funcionários da empresa. Esse programa não é apenas um programa de estágio para funções ordinárias da rede de lojas, mas um programa que visa treinar negros que estarão em funções de gestão com altos salários, se comparados com os demais do quadro de funcionários internos da empresa. Como mencionado anteriormente, os dados do IBGE mostram que nos cargos gerenciais mais bem remunerados a presença de brancos e negros se mostra abissal, sendo de 85,9% e 11,9%, respectivamente. À vista desses dados, o programa de *trainee* do Magazine Luiza não visa apenas a promoção da equidade racial em cargos mais comuns, mas visa promoção de equidade nos cargos de liderança que apresentam as melhores remunerações.

Medidas que promovem a equidade racial se mostram necessárias para a promoção da mesma, pois não é possível enfrentar essa questão se mantendo estável, inoperante ou ausente, mas somente com ações afirmativas que promovam a equidade, assim como estimulam as leis nº 12.711/201220 e nº 12.990/201421. O Supremo Tribunal Federal também já se posicionou em alguns momentos sobre ações afirmativas, como na ADPF 186 e na ADC 41, onde julgou constitucionais e ressaltou a importância que essas medidas têm para superar “distorções sociais historicamente consolidadas” (BRASIL, 2014).

No dia 22 de setembro de 2020, o Ministério Público do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região considerou a inexistência de irregularidade no programa de *trainee* e indeferiu um pedido de instauração de inquérito civil público. Assim como a Procuradoria Regional do Trabalho da 10ª Região que decidiu, no dia 13 de outubro de 2020, pela improcedência e extinção de um processo.

Conclusão

Neste trabalho foi levantado no primeiro capítulo dados importantes que mostram a desigualdade social entre o povo negro no Brasil. Os dados mesmo apresentando melhorias no decorrer dos anos ainda estão longe de representar uma sociedade justa e igualitária. O povo negro ainda enfrenta inúmeras dificuldades em razão da concepção que foi criada no decorrer da história que incute uma visão depreciativa do negro. Alinhado a isso o negro ainda se encontra, em sua maioria, em uma situação de vulnerabilidade social que somado ao preconceito racial se mostram barreiras de difícil transposição e que resultam em um tratamento de hostilidade, como afirmou Darcy Ribeiro (2015, p. 217). Os dados do IBGE mostram que os negros, mesmo sendo maioria na sociedade, ocupam menos cargos em comparação com os brancos. Esses dados se agravam para os cargos de maior remuneração. À vista dessas informações, confirma-se que o negro sofre uma precodiscriminação tripla, como afirmou Hélio dos Santos (GONÇALVES, 2006, p. 20), sendo elas dis-

criminação ocupacional, discriminação salarial e a discriminação pela imagem.

Como forma de reverter essa situação foram criados marcos regulatórios, sendo alguns abordados no segundo capítulo, como a Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial (PNPIR); o Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial (Fipir); a terceira edição do Programa Nacional dos Direitos Humanos (PNDH-3); o Estatuto da Igualdade Racial; e as Diretrizes Nacionais sobre Empresas e Direitos Humanos. Esses instrumentos se mostram de grande relevância para orientar tanto o setor público, como o privado a incutirem em suas políticas os valores dos direitos humanos. São pontos de referência que trazem um importante norte para urgentes mudanças sociais.

No terceiro capítulo foi apresentado e analisado o caso do programa de *trainees* do Magazine Luiza, também foi exposto a reação de autoridades e de órgãos públicos, como a Defensoria Pública da União, o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho. A análise teve como objetivo principal averiguar em que medida o programa de trainee do Magazine Luiza está em consonância com marcos regulatórios para a promoção dos direitos humanos nas empresas. E, com base na análise, pôde-se constatar que o programa da empresa se enquadra em uma ação afirmativa incentivada pelo ordenamento jurídico e pelos marcos regulatórios e visa combater a situação de desigualdade racial, primeiro dentro da empresa, e como consequência na sociedade, sendo infundadas as acusações de prática de racismo, como afirmou o Ministério Público do Trabalho da Procuradoria Regional do Trabalho da 2ª Região, como também o da 10ª região.

À vista do cenário brasileiro, políticas de afirmação e de equidade social e racial são extremamente relevantes para a mudança de conjuntura e promoção de igualdade como demanda a nossa Constituição. Aristóteles traz um pensamento relevante para essa análise quando sustenta que “a igualdade parece ser a base do direito, e o é efetivamente, mas unicamente para os iguais e não para todos. A desigualdade também o é, mas apenas para os desiguais”³. Rui Barbosa trabalhou a mesma ideia quando declarou que “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”⁴. Em outras palavras, precisamos tratar os iguais com igualdade e os desiguais de maneira desigual para assim promover a igualdade.

Diante do contexto histórico e social do Brasil, além do contexto de desigualdade no quadro interno, que a própria empresa constatou, as ações afirmativas promovidas pela rede Magazine Luiza são basilares para se atingir padrões de equidade social e de raça e estão em sintonia com nosso orde-

3 ARISTÓTELES. A Política. Disponível em: <https://mega.nz/folder/88FV_CbqK#Heay0BIZ_CI-A29h_Jjs0uLA>. Acesso em: 12 jan. 2021, p. 111

4 BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997, p. 26.

namento jurídico, assim como os marcos referenciais tanto nacionais, como internacionais, sobre direitos humanos e empresas, dos quais o Brasil é signatário.

Referências

ARISTÓTELES. A Política. Disponível em: <<https://mega.nz/folder/88FVCbqK#Heay0BIZCI-A29hJjs0uLA>>. Acesso em: 12 jan. 2021.

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARRUCHO, Luis. Magazine Luiza: dar vagas só para negros é 'racismo reverso'? . BBC News, 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54252093>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

BENTO JÚNIOR, Jovino. Ação civil pública. Número do documento: 20100423413497700000023743233. Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://pje.trt10.jus.br/primeirograu/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

BORGES, Rosane da Silva (org.). Fórum Intergovernamental de Promoção da Igualdade Racial: ação integrada entre governos e sociedade civil. SEPIR - Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial Fundação Fredrich Ebert - FES/ILDES. São Paulo, 2004.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. ATOS QUE INSTITUÍRAM SISTEMA DE RESERVA DE VAGAS COM BASE EM CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL (COTAS) NO PROCESSO DE SELEÇÃO PARA INGRESSO EM INSTITUIÇÃO PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. DF, 26 abr. 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/acordao-adpf-186-cotas-raciais.pdf>>. Acesso em 10/01/2021.

BRASIL. Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010. Estatuto da Igualdade Racial, Brasília, DF, Jul de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/lei/l12288.htm>. Acesso em 10, janeiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 4.886, de 20 de novembro de 2003. Política Nacional de Promoção da Igualdade Racial - PNPIR, Brasília, DF, Nov de 2003. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4886.htm>. Acesso em 10, janeiro de 2021.

DEFENSORIA PÚBLICA-GERAL DA UNIÃO. NOTA TÉCNICA Nº 3 - DPGU/SGAI DPGU/GTPE DPGU. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/wp-content/uploads/2020/10/478966113-Grupo-DPU.pdf>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. São Paulo: Global, 2006.

GONÇALVES, Benjamin S. (org.). O compromisso das Empresas com a Promoção da Igualdade Racial. São Paulo: Instituto Ethos, 2006. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/wp-content/uploads/2012/12/09.pdf>>. Acesso em 13, janeiro de 2021.

GUIMARÃES, Carlos Alberto. IBGE estima população do país em 211,8 milhões de habitantes. Agência IBGE Notícias, 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/28676-ibge-estima-populacao-do-pais-em-211-8-milhoes-de-habitantes#:~:text=O%20pa%C3%ADs%20chegou%20a%20211,IBGE%20para%20os%205.570%20munic%C3%ADpios>>. Acesso em: 12, janeiro de 2021.

HERINGER, Rosana. Desigualdades raciais no Brasil: síntese de indicadores e desafios no campo das políticas públicas. Cad. Saúde Pública vol.18 suppl. Rio de Janeiro 2002. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2002000700007>. Acesso em 12, janeiro de 2021.

IBGE. Estudo Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil. 2019. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101681_informativo.pdf>. Acesso em: 13, janeiro de 2021.

KWEITEL, Juana. Empresas e Direitos Humanos: Parâmetros da ONU para Proteger, Respeitar e Reparar. São Paulo: Conectas, 2012. Disponível em <<https://www.conectas.org/publicacoes/download/empresas-e-direitos-humanos-parametros-da-onu>>. Acesso em 10, janeiro de 2021.

Magazine Luiza abre programa de trainee apenas para candidatos negros. Poder 360, 2020. Disponível em <<https://www.poder360.com.br/economia/magazine-luiza-abre-programa-de-trainee-apenas-para-candidatos-negros/>>. Acesso em 10, janeiro de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PROCURADORIA FEDERAL DOS DIREITOS DO CIDADÃO. NOTA PÚBLICA PFDC-GT1-002/2020. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pfdc/manifestacoes-pfdc/notas-publicas/nota-publica-pfdc-gt1-002-2020>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

PROGRAMA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS (PnDH-3). Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília: SDH/Pr, 2010.

RIBEIRO, Darcy. O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Global, 2015.

SANTOS, Rafa. Trainee para negros é constitucional e não é enquadrado em lei contra o racismo. CONJUR, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-23/programa-trainee-exclusivo-negros-constitucional>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

Sérgio Camargo defende post de Bia Kicis com piada racista: “Ótimo meme”. UOL, 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2020/09/28/presidente-da-fundacao-palmares-defende-post-racista-de-bia-kicis.htm>>. Acesso em 14, janeiro de 2021.

SILVA, Ana Letícia; PARRA, Mariana. Empresas e Direitos Humanos na Perspectiva do Trabalho Decente: Marco de Referência. São Paulo: Instituto Ethos, 2011

TRAINEE 2021 MAGALU. 99jobs.com, 2020. Disponível em <<https://www.99jobs.com/magazine-luiza/jobs/93594-trainee-magalú-2021?preview=true>>. Acesso em 10, janeiro de 2021.

EMPRESAS TRANSNACIONAIS E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: ANÁLISE DOS CINCO ANOS DA LEI FRANCESA DO DEVER DE VIGILÂNCIA

Lucas Reis da Silva

Doutorando e mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Bacharel em Direito e em História pela Universidade Federal de Ouro Preto. Auditor-Fiscal do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego

Resumo:

Na França, foi aprovada, em 2017, a Lei n.º 2017-399 sobre o dever de vigilância das empresas controladoras - as beneficiárias finais da cadeia de valor. Aplica-se a empresas e grupos que, com sede na França, empreguem mais de 5.000 trabalhadores por dois anos consecutivos ou que, mesmo com sede fora do território francês, operem naquele país e contem com mais de 10.000 empregados. Tais empresas ou grupos devem estabelecer, publicar, respeitar e avaliar um Plano de Vigilância que comporte toda sua cadeia de fornecimento, sob pena de responsabilidade. Este plano pode contribuir com o enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo e sua ocorrência em redes, em cadeias de valor. Entretanto, cinco anos após sua aprovação, algumas empresas ainda não cumprem formalmente todas as obrigações previstas na lei. Caminhos de progresso ainda estão abertos para sua aplicação de forma efetiva. Em 2019, a “Total” foi a primeira empresa a arcar com o peso da lei sobre o dever de vigilância das multinacionais, em vigor desde março de 2017. Em 2021, o grupo de supermercados Cassino (que administra, entre outros, a rede “Pão de Açúcar” no Brasil) foi processado pelos mesmos motivos. O objetivo do presente artigo é avaliar a aplicação e o alcance da lei francesa do dever de vigilância e compreender sua efetividade e os desafios que a ela se impõem. A partir de casos concretos, busca-se compreender de que maneira a lei do *devoir de vigilance* pode impactar o combate ao trabalho escravo no Brasil.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Empresas transnacionais; Trabalho escravo contemporâneo; Cadeias de fornecimento; Dever de vigilância.

Introdução

Na primeira metade do século XX, os principais atores capazes de violar

direitos humanos eram os Estados Nacionais. Já na segunda metade, especialmente a partir da década de 1970, a globalização redesenhou a geopolítica do poder e fez com que as grandes empresas transnacionais passassem a figurar, potencialmente, como sujeitos de agressão a esses direitos. Segundo Zubizarreta, esse fenômeno modificou o desenho das relações internacionais impactando a soberania dos Estados em três dimensões: no marco das intervenções humanitárias, no direito internacional, e na relação com as empresas transnacionais (ZUBIZARRETA, 2009). A globalização criou uma relação desproporcional entre o poder das empresas transnacionais de um lado e a pequena possibilidade de responsabilização destas por danos ocasionados aos direitos humanos, o que fomenta o debate tanto no âmbito das Nações Unidas quanto fora dela a respeito da necessidade de normatização desse tema (HOMA, 2016).

Se há uma enorme e reconhecida disparidade entre a possibilidade de agressão aos direitos humanos por parte das empresas, devido ao seu enorme poderio econômico e à falta de normatização quanto ao tema a fim de responsabilizá-las por eventuais danos, ainda mais evidente fica a omissão normativa quando a ofensa a tais direitos se dá no decorrer na cadeia de fornecimento das empresas e não necessariamente no vínculo estabelecido com a empresa principal, a beneficiária final do produto desta cadeia. A insuficiência de mecanismos e instrumentos de responsabilização das empresas por violações a direitos humanos são, portanto, potencializados, quando se trata de extensas cadeias de produção e fornecimento.

Ao buscar responsabilizar as grandes empresas multinacionais crimes ambientais ou irregularidades trabalhistas ocorridas ao longo de uma cadeia de valor, a legislação francesa pode representar uma vitória contra a impunidade das empresas transnacionais. Nesse sentido, esse ensaio busca, ainda que de forma sucinta, apresentar o *“devoir de vigilance”* como alternativa que pode inspirar soluções práticas de superação deste problema que ultrapassem suas fronteiras.

Aprovada pelo parlamento francês em 2017, essa lei possui cinco anos de vigência. Cinco anos depois de sua aprovação, algumas empresas ainda não cumprem formalmente todas as obrigações previstas na lei. Duas empresas já foram processadas, na França, com fundamento na lei do dever de vigilância. O presente artigo tem, por objetivo, avaliar, a partir de estudos de casos concretos, a aplicação e o alcance da lei francesa do dever de vigilância e compreender sua efetividade e os desafios que a ela se impõem. A partir da análise desses casos concretos, busca-se compreender de que maneira o ordenamento jurídico francês e a lei do *devoir de vigilance* podem impactar o combate ao trabalho escravo no Brasil.

A lei francesa do dever de vigilância

A Lei Francesa, promulgada em 27 de março de 2017, institui o dever

das chamadas “empresas mãe”, as beneficiárias finais de uma cadeia de produção, de exercerem vigilância em todo o processo produtivo, desde a extração da matéria prima ou o fornecimento de insumos, até a entrega do produto ao consumidor final.¹ Ela cria a obrigação de que as empresas controladoras, aquelas que possuem a “batuta” do processo produtivo, estabeleçam um “plano de vigilância” em toda sua cadeia de valor, detalhando medidas adequadas de identificação de riscos a fim de impedir violações graves a direitos humanos, liberdades fundamentais, saúde e segurança dos trabalhadores e de populações afetadas por suas atividades, e ao meio ambiente. Além da elaboração do plano de vigilância, as grandes empresas se tornam responsáveis também pela sua execução. Sendo assim, as empresas multinacionais, as que auferem maior lucro com a organização da produção em cadeia mediante contratações e subcontratações de produtos ou serviços na forma de contratos de terceirização, quarteirização ou de contratos estáveis de fornecimento de produtos ou serviços, tornam-se responsáveis pela vigilância não só dos riscos potenciais de suas próprias atividades, como também dos riscos gerados pelas atividades de seus subcontratados e fornecedores.

Essa lei foi resultado de uma ampla e intensa mobilização do movimento dos trabalhadores, representados por todas as centrais sindicais da França, em conjunto com entidades e organizações de defesa do meio ambiente. Ela nasce de uma forma bastante inovadora. Com relação ao dever de vigilance², “il s’agit d’une innovation politique radicale ou la loi est co-produite avec la société civile, et qui donne un rôle potentiel à une palette d’acteurs bien plus large que les seuls pouvoirs publics” (PETITJEAN, 2019, p. 85).

Chamada também de “Lei Rana Plaza”, este apelido remete ao acidente ocorrido na cidade de Bangladesh, na Índia, em 2013, quando um edifício com este nome, onde laboravam mais de cinco mil trabalhadores do setor têxtil - a grande maioria terceirizados de marcas famosas como a Benetton, Primark e H&M - desmoronou, levando à morte 1138 pessoas.³

Esta lei prevê que o “plano de vigilância” obrigatório para empresas com mais de 5 mil empregados, com sede na França, ou para aquelas com mais de 10 mil empregados, que operem na França mas com sede em outro país. O cálculo do número de empregados deve levar em consideração o grupo empresarial, ou seja, deve-se considerar o número total dos empregados envolvidos nas atividades da própria empresa ou de suas subsidiárias diretas ou indiretas.

De acordo com o governo francês, cerca de cento e cinquenta grandes empresas multinacionais na França serão alcançadas por essa obrigação e es-

1 Trata-se da lei n° 2017-399 de 27 de março de 2017, disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/affich/Texte.do?cid/Texte=JORF_TEXT0000_34290626&categorieLien=id

2 Tradução livre: Trata-se de uma inovação política radical em que a lei é coproduzida com a sociedade civil e que confere um papel potencial a um leque de atores muito mais amplo do que apenas o poder público.

3 Notícia disponível em https://lentreprise.lexpress.fr/rh-management/droit-travail/loi-rana-plaza-que-signifie-le-devoir-de-vigilance-pour-les-entreprises_1881915.html

tima-se que o impacto dessa legislação deverá transpor as fronteiras daquele país (LEGIFRANCE, 2017). Além da obrigação envolver empresas transnacionais que operam em todo o globo, com possíveis impactos em outros países onde operam, a discussão já começa a ser colocada em pauta por outros Estados na União Europeia.

Alterações legislativas nesse sentido são positivas, pois além de colocarem o tema na ordem do dia, visam adaptar as legislações locais à nova realidade social que se percebe no mundo do trabalho. É fato que violações aos direitos humanos se dão, atualmente, não apenas no vínculo direto entre empregador e empregado. A globalização cria uma nova realidade de potenciais crimes contra o meio ambiente e irregularidades trabalhistas que podem ocorrer não apenas na relação contratual direta entre a empresa multinacional, mas podem se dar ao longo de toda a cadeia de produção e fornecimento. A compreensão de que, em uma economia global que tende a intensificar a terceirização e pulverizar ainda mais as cadeias de fornecimento, as violações aos direitos podem se dar em toda a cadeia produtiva, implica a necessidade de se encontrarem mecanismos para combater tal violação que se adaptem a essa nova realidade. Atribuir responsabilização àqueles que mais lucram com essas violações representa não apenas uma forma de repressão, mas também de prevenção dessa prática.

As operações das grandes empresas transnacionais se constituem de extensas cadeias de fornecimento de produtos, serviços e subcontratações. Consequentemente, as potenciais agressões ao meio ambiente ou ao direito dos trabalhadores se espraiam por todos os continentes do globo. É de fundamental importância que as legislações internas dos países se adaptem a essa realidade e encontrem mecanismos de responsabilização adequados, também em nível global. Isso porque a responsabilidade das empresas multinacionais “depende em grande parte da configuração do Direito doméstico, na medida em que incumbe aos Estados criar normas jurídicas que viabilizem investigações, processamento, julgamento e exigência de reparação” (OSLEN e PAMPLONA, 2019, p. 131).

Muito se discute a respeito da necessidade de um tratado internacional que delinhe de forma uniforme a responsabilização das grandes empresas transnacionais (COHEN, 2011, p. 146). Paralelamente à importância de se discutir uma legislação internacional que dê conta dessa tarefa, “*each nation-state has broad authority to exercise extraterritorial criminal and civil jurisdiction to enforce international law*” (MEYER e HATHAWAY, 2012, p. 2). Nesse sentido, a lei que institui o dever de vigilância na França se apresenta como uma alternativa importante a nortear o enfrentamento desse hiato de responsabilidade.

O quadro que se apresenta é o seguinte. Grandes marcas de empresas do setor têxtil, como a Zara, M. Officer, Booksfield, beneficiando-se, por meio de suas cadeias de produção, de trabalho em condições análogas às de escravo praticado no Brasil; a empresa Coca Cola, auferindo lucros com as atividades de fornecedores que exploravam trabalho escravo de imigrantes

africanos ilegais na Calábria, na costa da Itália; Philip Moris, multinacional do setor de tabaco, dona de marcas famosas como a Marlboro, flagrada explorando o trabalho infantil de mais de setenta crianças em suas plantações no Cazaquistão; Victoria Secret, acusada de empregar mão de obra de crianças sob coação e abusos físicos em Burkina Fasso; a mineradora BHP Billiton, envolvida também na tragédia de Mariana, em Minas Gerais, em 2015, que também contaminou o rio Suriname, impactando diretamente a vida dos povos indígenas da etnia Kaliña e Lokono, que viviam da pesca; Odebretch, uma gigante do ramo da construção civil, envolvida em desastres ambientais durante a construção da usina de Jirau, em Rondônia, em 2008, e da usina de Belo Monte, no Pará, em 2012. Esses casos são apenas uma pequena amostra, a título meramente exemplificativo, de uma prática disseminada de violações a direitos ambientais e trabalhistas ao longo da cadeia de produção de grandes empresas transnacionais. Entre todos esses casos, e inúmeros outros não citados, há um elemento em comum: as grandes empresas, as que controlam o processo produtivo, ao estabelecerem subcontratações na forma de terceirizações e quarterizações, ou contratos para fornecimento de insumos, produtos ou serviços, pretendem terceirizar, também, a responsabilidade pelas violações ocorridas em sua cadeia de valor. A despeito de ditarem o ritmo da produção, a qualidade e o preço dos produtos a serem fornecidos ou serviços realizados e lucrarem sobremaneira com violações ocorridas em suas cadeias, elas fecham os olhos para tais irregularidades. Agem sob evidente “cegueira deliberada”.

O que essa lei francesa requer das empresas é a prática da “*due diligence*”, ou seja, do dever de cuidado em toda sua cadeia, a fim de se evitarem as violações a direitos humanos na relação entre elas e seus parceiros comerciais estáveis. Se as grandes empresas do setor têxtil podem ditar o ritmo de produção de seus fornecedores e controlar a qualidade e a quantidade dos produtos fornecidos por suas contratantes, não há motivos para que não possam controlar as condições do exercício laboral a que elas submetem seus empregados. É exatamente aí que reside a importância do dever de vigilância instituído pela legislação francesa em análise. Ela cobra das grandes empresas que desenvolvam políticas de prevenção a violações a direitos humanos e chama à responsabilidade àquelas que têm condições concretas de evitá-los ou repará-los. Se bem aplicada, pode representar uma verdadeira vitória contra a impunidade das empresas transnacionais. Do mesmo modo, será mais eficiente na medida em que mais países atentem para a importância dessa lei e tragam o debate a respeito da responsabilização das grandes empresas para a ordem do dia. E isso é responsabilidade dos trabalhadores, por meio de suas organizações sindicais, das universidades, dos centros de pesquisas, das organizações não governamentais e das entidades que lutam pela defesa do meio ambiente e do trabalho decente.

A primeira empresa processada com base na lei do dever de vigilância: O Caso “Total”

A Total SA foi a primeira empresa a ser processada na França com base na lei francesa 2017-399 por violações a direito ambiental na Uganda. O processo foi movido em 23 de Outubro de 2019 pela associação Survie, Friends of the Earth France e outras 4 ONG ugandesas: Africa Institute for Energy Governance (AFIEGO), CRED, National Association of Professional Environmentalists (NAPE) e Navigators of Development Organization (NAVO-DA).⁴

As organizações argumentaram que, sob a nova lei de vigilância da França, os projetos petrolíferos da Total em Uganda e na Tanzânia não cumpriram as obrigações legais da empresa de evitar violações de direitos humanos e danos ambientais. Isso porque a lei do dever de vigilância responsabiliza legalmente as empresas-mãe de corporações transnacionais com sede na França por seus impactos em todo o mundo.

No final de junho de 2019, as seis entidades haviam notificado o gigante petrolífero francês para revisar seu plano de vigilância e sua implementação efetiva em relação a um megaprojeto petrolífero do qual é o principal operador em Uganda. As associações consideraram que não houve qualquer desenvolvimento positivo do plano de vigilância em decorrência da notificação.

Segundo a ONG Survie, “os impactos desastrosos deste projeto já são sentidos cruelmente por os milhares de pessoas cujas terras e casas são tomadas, pela excepcional biodiversidade desta região de Uganda”⁵. As Organizações Não Governamentais denunciam que a construção de um oleoduto gigante deve ameaçar ecossistemas e desalojar dezenas de milhares de pessoas.

A Corte de Cassação, o mais alto tribunal da França, no dia 15 de dezembro de 2021, analisou questões processuais em favor das organizações não governamentais. As partes discutem questões processuais há dois anos. As autoras alegaram que seu caso deveria ter sido julgado por um tribunal civil, enquanto a Total defendia que o fosse por um tribunal comercial. Em janeiro de 2020, o tribunal civil de Nanterre decidiu que a disputa era da competência dos tribunais comerciais. Em outubro de 2020, o Tribunal de Apelação de Versalhes confirmou a decisão de primeira instância a respeito da competência. As ONGs recorreram ao Tribunal de Cassação que reconheceu que as autoras possuem “*droit d’option*”, ou seja, o direito de escolher se o litígio será decidido por um tribunal civil ou comercial porque são requerentes não comerciais. Os demandantes serão agora ouvidos sobre o mérito no tribunal civil de Nanterre.⁶

4 Disponível em <https://reporterre.net/Le-projet-petrolier-de-Total-en-Afrique-de-l-Est-au-tribunal>

5 Disponível em <https://www.amisdelaterre.org/communique-presse/loi-devoir-de-vigilance-premiere-saisine-dun-tribunal-francais-pour-le-cas-de-total-en-ouganda/>

6 Disponível em <https://www.jurist.org/news/2021/12/french-high-court-rules-proce->

O Caso Grupo Casino

Povos indígenas da Amazônia colombiana e brasileira e ONGs dos Estados Unidos e da França moveram ação judicial contra o gigante varejista Casino, em 03 de março de 2021 por venda de produtos (carne bovina) relacionados ao garimpo ilegal de terras e ao desmatamento ilegal.⁷

Segundo informações que constam no relatório produzido pelo Centro de Análise de Crimes Climáticos (CCCA) para este caso, a empresa multinacional comprou regularmente carne bovina de três abatedouros de propriedade da empresa JBS. Tais abatedouros abasteceram gado de 592 fornecedores responsáveis por pelo menos 50 mil hectares de desmatamento entre 2008 e 2020. A área desmatada é maior do que cinco vezes maior a cidade de Paris⁸.

Os autores do processo são a Coordenação das Organizações Indígenas da Amazônia Brasileira (COIAB), a Organização Nacional dos Povos Indígenas da Amazônia Colombiana (OPIAC), a Federação dos Povos Indígenas do Pará (FEPIPA), a Federação dos Povos e Organizações Indígenas do Mato Grosso (FEPOIMT), a Comissão Pastoral da Terra (CPT), Canopée, Envol Vert, FNE, Mighty Earth, Notre Affaire à Tous e Sherpa.⁹

Além do desmatamento, a empresa também é demandada por violações aos direitos dos povos indígenas em decorrência do desmatamento. De acordo com as ONGs, há provas de que as terras tradicionais do povo Uru Eu Wau Wau, no estado de Rondônia, foram invadidas por fazendas de gado que forneciam carne bovina ao supermercado Pão de Açúcar do Grupo Casino. A ação também busca responsabilizar a empresa por manter relações comerciais com grupos que exploram o garimpo ilegal na Amazônia.¹⁰

Os autores da ação exigem que a rede de supermercados implemente um maior controle na sua cadeia de abastecimento para garantir a identificação específica da origem da carne comercializada e pedem, ainda, uma indenização de 3,25 milhões de euros (quase R\$ 22 milhões) por danos ambientais, além de 10 mil euros (cerca de R\$ 67 mil) por danos morais a cada uma das 11 organizações afetadas.¹¹

Um grupo da Articulação dos povos Indígenas do Brasil (APIB) esteve presente na capital francesa no dia 09 de junho de 2022 para para participar das mobilizações pela responsabilização do grupo Casino e de lá seguiu

dural-victory-for-civil-organizations-in-total-uganda-oil-case/

7 Disponível em <https://www.business-humanrights.org/fr/latest-news/devoir-de-vigilance-le-groupe-casino-mis-en-demeure-pour-son-appvisionnement-en-boeuf-en-colombie-et-au-br%C3%A9sil/>

8 Relatório completo disponível em https://climatecrimeanalysis.org/uploads/1/0/0/9/100934400/casino_case_-_english.pdf

9 Disponível em <https://www.ecodebate.com.br/2021/03/03/indigenas-da-amazonia-processam-grupo-casino-na-justica-francesa/>

10 Disponível em <https://www.dw.com/pt-br/ind%C3%ADgenas-processam-rede-francesa-por-desmatamento-na-amaz%C3%B4nia/a-56770383>

11 Disponível em <https://www.business-humanrights.org/pt/últimas-notícias/brasil-indígenas-processam-rede-francesa-casino-por-desmatamento-na-amazônia-empresa-nega-acusações/>

viagem para Bruxelas, onde se reuniu com comissão do parlamento europeu para tratar da proibição de importação de commodities relacionadas ao desmatamento.¹²

A primeira audiência do processo que organizações indígenas e ambientalistas brasileiras e internacionais movem na França contra o varejista francês Casino, presente no Brasil pelo Grupo Pão de Açúcar, com base na lei do dever de vigilância, ocorreu no dia 09 de junho de 2022, em Paris. A Justiça de Paris propôs uma tentativa de conciliação entre as partes. Embora iniciado em Saint Etienne, sudeste da França, onde está localizada a sede do Grupo Casino, em março de 2021, o caso já foi enviado ao Tribunal Judicial de Paris, que ofereceu mediação como forma de resolução do conflito.¹³

Importância da articulação em nível internacional

No que concerne à aplicação da lei, as associações envolvidas no processo contra a Total procuram moldar o espaço informacional em torno da empresa de forma colaborativa. Em primeiro lugar, as associações ugandenses mencionadas acima repassam informações, pesquisam e coletam os depoimentos das vítimas e os enviam de volta às associações envolvidas nos processos judiciais e produtores de conhecimento. Também produzem relatórios de informação a respeito da atuação local da empresa. Já as associações francesas se encarregam da realização do embate no campo do poder judiciário. As ONGs francesas e ugandenses se ligam através das associações internacionais a que pertencem ou através de associações parceiras ou de seus órgãos financiadores. Enquanto as associações ugandenses são as principais produtoras de conhecimento a respeito das atividades e das violações da TOTAL SA, publicando muitos relatórios a respeito das atividades da empresa, as ONGs francesas são responsáveis pelo processo judicial (BUHOT, 2020, p. 2).

Além desses dois grupos de associações - aquelas com sede na Uganda e aquelas com sede na França - Philippe Buhot aponta ainda a atuação de outras entidades. São aquelas que não participam dos procedimentos, mas que estão engajadas ou não nas mesmas lutas contra outras empresas. Elas contribuem em suas áreas de atuação e de fato participam na formação de mentes.

No caso da Total, podemos citar a OXFAM, que ofereceu, em outubro de 2020, um estudo de caso sobre o aspecto tributário do projeto e em setembro de 2020 um relatório sobre os impactos dos projetos da Total nos direitos humanos, além da FIDH (Federação Internacional para os Direitos Humanos), que produzirá um relatório em dezembro de 2020 sobre um assunto idêntico. (BUHOT, 2020, p. 4)

As diversas associações também se reúnem para produzir relatórios

12 Disponível em <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/julgamento-inedito-contravarejista-casino-por-desmatamento-no-brasil-avanca-na-franca/undefined>

13 Disponível em <https://www.village-justice.com/articles/asymetrie-information-equilibre-charge-preuve,43385.html>

conjuntos. O que se observa no curso do processo contra a Total SA é um movimento internacional mais amplo de associações que há muito denunciam o poder e os delitos das multinacionais em geral e das grandes petrolíferas em particular. O argumento hoje se baseia no impacto de suas atividades no clima e nos direitos humanos. Assim, as ações contra a Total contam com o apoio de um certo número de organizações internacionais que se combinam em projetos orientados, como o projeto “Fossil Free Politics”, que visa questionar o poder político das grandes petrolíferas (BUHOT, 2020, p. 4).

Com relação ao processo contra o grupo Casino, a ação foi proposta por onze entidades ambientalistas de diversos países, especialmente do Brasil, da Colômbia e da França, e por grupos indígenas do Brasil e da Colômbia. Nesse caso, também foi possível constatar uma intensa cooperação em nível internacional.

Os relatórios, que ligam a cadeia de abastecimentos do grupo Casino com três fazendas estabelecidas dentro da terra indígena em Rondônia, estão embasados em documentos públicos do governo brasileiro e indicam que a rede adquiriu gado criado ilegalmente através de frigoríficos controlados pela JBS. Esses relatórios foram produzidos pelo Centro para Análises de Crimes Climáticos (CCCA - Center for Climate Crime Analysis -, na sigla em inglês), que investigou a origem do desmatamento e calculou os danos sociais, culturais e de saúde causados pela agropecuária extensiva dentro da terra indígena em Rondônia. O levantamento contabilizou um rebanho de 25.482 animais mantidos ilegalmente dentro de uma área de mais de 13,4 mil hectares desmatados.

Com fundamento em diversas bases de dados, como, por exemplo, nos dados de monitoramento de desmatamento, do Cadastro Ambiental Rural (CAR) e das Guias de Transporte Animal (GTA), o relatório do CCCA aponta que as áreas de pasto no interior da TI Uru-Eu-Wau-Wau que abasteceram a cadeia de suprimentos do Grupo Casino contribuíram diretamente no desmatamento de 50.000 hectares de floresta na Amazônia, “desmatamento equivalente a cinco vezes o tamanho da cidade de Paris”.¹⁴ Em um segundo momento, a investigação se concentrou na Terra Indígena Uru-Eu-Wau-Wau (TIUEWW) que tem sido desmatada para pecuária, onde a cadeia de suprimentos do Grupo Casino contribuíram diretamente no desmatamento de 5.686 hectares.

Enquanto o CCCA produziu o relatório ambiental, o CSF (Conservation Strategy Fund) produziu o relatório econômico, onde demonstra que o grupo francês provocou um dano material estimado em R\$ 282,4 milhões aos povos Oro Win, Amondawa, Jupaú, e indígenas em isolamento, no total de 54,3 milhões de euros, além dos danos imateriais: perda demográfica, diminuição das chances de autodeterminação dos povos, diminuição dos serviços

14 Disponível em https://climatecrimeanalysis.org/uploads/1/0/0/9/100934400/casino_case_-_english.pdf

ecossistêmicos, até o risco de extinção de grupos inteiros.¹⁵

No início de maio de 2022, os povos Juapau e Amondawa, através da Associação Indígena Uru-eu-wau-wau, enviaram documento ao Ministério Público de Rondônia e ao Presidente da Funai denunciando a negligência com relação à defesa dos direitos dos povos indígenas, ao risco de invasões e mais desmatamento, à ausência de providências da Frente de Proteção Etnoambiental (FPE) Uru-eu-wau-wau e da Coordenação Regional da Funai.

É possível constatar também, no caso Casino, uma rede intensa de cooperação de ambientalistas e de organizações não governamentais brasileiras, francesas e colombianas, além de entidades que lutam pelos direitos dos povos indígenas e suas organizações. A ação que busca responsabilizar o grupo francês por possíveis danos ambientais e violações de direitos de povos indígenas e comunidades tradicionais no Brasil e na Colômbia. A ação, portanto, foi movida por uma coalizão de organizações brasileiras, francesas e colombianas.

Um sumário executivo dos relatórios foi lançado no dia 31 de maio, em Paris e contou com a participação das lideranças indígenas brasileiras Alice Pataxó e Tejubi Uru-Eu-Wau-Wau. Os documentos foram entregues à Justiça francesa e juntados ao processo que já investiga o Grupo Casino pela venda de carne associada ao desmatamento e à violação dos direitos de povos tradicionais no Brasil e na Colômbia.¹⁶

Anne Duthilleul e Matthias de Jouvenel, a pedido do Ministério da Economia e Finanças da França produziram um relatório que avalia a implementação da lei relativa ao dever de vigilância das empresas controladoras da cadeia de produção.¹⁷ Os autores observam pontos positivos na lei, especialmente quando comparada com outras políticas de “*soft law*”, como a Responsabilidade Social Empresarial. Entretanto, aponta também fraquezas com relação à aplicação da lei¹⁸.

Les faiblesses de la loi résident dans la compréhension encore floue et inégalement partagée du devoir de vigilance, sa lisibilité et sa visibilité insuffisantes dans le rapport de gestion déjà touffu, le niveau de détail pertinent, un mécanisme d’alerte qui se cherche encore, et un dialog à enforcer avec les organisations syndicales et encore plus avec les ONG.¹⁹

15 Disponível em <https://infoamazonia.org/en/2022/05/31/rastreamento-aponta-gado-ilegal-em-terra-indigena-vai-para-prateleiras-do-assai-e-pao-de-acucar/>

16 Idem

17 Disponível em https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf?v=1620744564

18 Disponível em https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/devoirs-vigilances-entreprises.pdf?v=1620744564 p. 8

19 Tradução livre: As fragilidades da Lei residem no entendimento ainda vago e desigualmente partilhado do Dever de Vigilância, na sua insuficiente legibilidade e visibilidade no já denso Relatório de Gestão, no nível de detalhe relevante, num mecanismo de alerta que ainda se procura e num diálogo ser fortalecido com os sindicatos e ainda mais com as ONGs.

Ou seja, para os autores do relatório, a lei em análise apresenta a compreensão vaga a respeito do conteúdo do “dever de vigilância”. Essa é considerada uma das fragilidades da lei, que deve ser superada a partir do diálogo com as ONGS e com as organizações sindicais. Ou seja, nesse relatório, uma ação coordenada entre as entidades, inclusive para se determinar o conteúdo do “dever de vigilância” é necessária para superar a “fraqueza” da lei, referente ao seu conteúdo.

Conclusão

Tem-se discutido cada vez mais, no âmbito internacional, a relação entre empresas e violações aos direitos humanos, tendo em vista o potencial nocivo que os grandes conglomerados econômicos oferecem à sociedade em contraposição à falta de mecanismos jurídicos com competência suficiente para evitar ou até mesmo reparar os danos. Em 2011, foi criado, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, o Grupo de Trabalho sobre Empresas e Direitos Humanos (BUSINESS HUMAN RIGHTS, 2011) que, desde então, tem produzido estudos técnicos e relatórios a respeito do tema. Empresas transnacionais têm faturamento maior do que o Produto Interno Bruto (PIB) de muitos países e o potencial nocivo de algumas atividades empresariais tem crescido exponencialmente nas últimas décadas.

A Organização Não Governamental britânica Global Justice Now realizou, em outubro de 2018, uma classificação que compara o orçamento anual dos países do globo com a renda dos negócios das principais empresas transnacionais. Segundo esse estudo, entre as 100 (cem) entidades econômicas do mundo, 69 (sessenta e nove) são empresas e apenas 31 (trinta e um) são países. A título exemplificativo, de acordo com essa lista, caso a rede norte-americana de supermercados Walmart fosse um Estado, ela ocuparia a décima colocação, atrás apenas dos Estados Unidos, China, Alemanha, Japão, França, Reino Unido, Itália, Brasil e Canadá (GLOBAL JUSTICE NOW, 2018). Tudo isso redesenhou uma nova geopolítica de poder no âmbito internacional, fazendo com que os estados e suas legislações não fossem suficientes para proteger suas populações, especialmente aquelas mais vulneráveis, de ações atentatórias aos direitos humanos por parte das grandes empresas, que não restringem suas atividades às fronteiras estatais, mas estabelecem relações comerciais estáveis, de fornecimento de produtos, serviços, matérias primas e mão de obra, concomitantemente, em diversos continentes do planeta. Sendo essa a nova realidade, e considerando a inexistência de um tratado internacional a reger a responsabilidade das grandes empresas por violações a direitos trabalhistas e ambientais em sua cadeia, é necessário que os ordenamentos jurídicos de cada país assumam a árdua tarefa de normatizar o tema.

Depois de muita mobilização de organizações do movimento ambientalista e de centrais sindicais, com o apoio amplo da sociedade civil, foi isso o que fez o parlamento francês ao aprovar a lei 399-2017, que instituiu o dever

de vigilância das grandes empresas transnacionais em toda sua cadeia de produção. Na luta contra a impunidade das empresas multinacionais, essa lei deve servir como inspiração para a construção do debate em outros países e, dessa maneira, funcionar como uma luz no fim do túnel contra violações a direitos humanos por parte das empresas transnacionais.

Entretanto, desde o ano de sua aprovação, apenas dois casos foram levados ao poder judiciário francês com base nesta lei: o caso Total e o caso Casino, ambos analisados no curso deste artigo.

Em ambos os casos analisados, foi possível perceber que se trata de violações a direitos ambientais e direitos dos povos indígenas. Nenhum deles tratou a respeito de submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea na cadeia de produção de empresas transnacionais. Foi possível constatar também que em ambos os casos, o processo judicial decorreu de uma intensa articulação de lideranças ambientalistas, ONGs relacionadas à proteção ambiental e organizações de povos indígenas. E sempre a partir de uma articulação internacional.

Diante do que se constatou, a fim de que a lei francesa 2017-399 seja também um instrumento de combate ao trabalho escravo contemporâneo nas cadeias de valor das grandes empresas transnacionais, é possível perceber a urgente necessidade de articulação, em nível internacional, de organizações não governamentais, sindicatos e outras entidades que lutam contra a escravidão contemporânea. Considerando a reconfiguração do sistema produtivo em cadeias de valor que se espalham ao redor do globo e a utilização de mão-de-obra escrava ao longo dessas cadeias de produção, é forçoso concluir que a resistência a essa violação também deve se dar em nível global. E não mais apenas circunscrita às fronteiras dos Estados Nacionais. Dessa maneira, a lei francesa 2017-399 pode vir a ser um importante instrumento de combate ao trabalho escravo no Brasil e no mundo.

A articulação de entidades em nível internacional é importante para que o conteúdo do “dever de vigilância” fique estabelecido de forma mais objetiva e também para que a lei francesa inspire diversos países a estabelecerem legislações que tratem da responsabilidade das grandes empresas transnacionais por violações a direitos humanos e e, em especial, por submissão de trabalhadores a condições de escravidão contemporânea, em toda sua cadeia de produção.

Referências

BUHOT, Philippe. *Total et le devoir de Vigilance: un exemple de manoeuvre d'encercllement cognitif réussie*. Disponível em https://www.egc.fr/sites/egc.fr/files/media_files/Total%20et%20le%20devoir%20de%20vigilance.pdf

BUSINESS HUMAN RIGHTS. **Grupo de trabalho das nações unidas sobre empresas e direitos humanos - mandato**. [s.d.]. Disponível em: <<https://www.business-humanrights.org/pt/onu-e-organizações-internacionais/a-onu-e-as-organizações-intergovernamentais/organização-das-nações-unidas-onu/grupo-de->

trabalho-da-onu-sobre-empresas-e-direitos-humanos>. Acesso em: 27 fev. 2020.

COHEN, M. **Between offenders and victims: the civil dimension of universal jurisdiction**. Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos, v. 11, n. 11, p. 141-153, 2011.

GLOBAL JUSTICE NOW. **Lista das entidades econômicas**. [s.d]. Disponível em: <https://docs.google.com/spreadsheets/d/12Jdgaz_qGg5o0m_6NCU_L9otur_2x1Y5NgbHL_26c4rQM/edit#gid=1364122473>. Acesso em: 3 mar. 2020.

HOMA, **Centro de Estudos de Direitos Humanos e Empresas (Org.)**. **Editorial**. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas*. V. 01. Juiz de Fora: Homa, 2016.

LEGIFRANCE. Le service public de la diffusion du droit. **Observations du gouvernement sur la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**. 2017. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=B2D28DE85CE9CF83AF74562A77E49AF8.tplg_fr33s_3?cid=Texte=JORFTEXT000034290672&dateTexte=29990101>. Acesso em: 11 abr. 2020.

MEYER, J. A.; HATHAWAY, O. A. **Supplemental Brief of Yale Law School Center for Global Legal Challenges as Amicus Curiae** in Support of Petitioners. Supreme Court of The United States. *Esther Kiobel et al. v. Royal Dutch Petroleum Co. et al.*, jun. 2012. p. 2. Disponível em: <http://documents.law.yale.edu/kiobel-v-royal-dutch-petroleum-yale-law-school-center-global-legal-challenges-amicus-curiae-brief-so>.

OLSEN, Ana Carolina Lopes; PAMPLONA, Danielle Anne. **Violações a direitos humanos por empresas transnacionais na América Latina: perspectivas de responsabilização**. Revista *Direitos Humanos e Democracia*, Ano 7 n° 13, Jan./Jun. 2019. Disponível em <http://dx.doi.org/10.21527/2317-5389.2019.13.129-151>

PETTITJEAN, Olivier. **Devoir de Vigilance: une victoire contre l'impunité des multinationales**. Éditions Charles Léopold Mayer, 2019, Paris.

ZUBIZARRETA, Juan Hernandez. **Las empresas transnacionales frente a los derechos humanos: historia de una asimetría normativa**. De La responsabilidade social corporativa a las redes contrahegemónicas transnacionales. Madrid: Hegoa, 2009.

JUSTIÇA ORGANIZACIONAL E COMPLIANCE EMPRESARIAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS SOB A ÓTICA DA GOVERNANÇA CORPORATIVA

Maria Fernanda Augustinhak Schumacker Haering Teixeira

Doutoranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Advogada

Alexander Haering Gonçalves Teixeira

Mestre em Direito pelo Centro Universitário Internacional Uninter. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná. Advogado. Assessor de apoio para assuntos jurídicos da 5ª Região Militar

Resumo:

Esta pesquisa tem por objetivo geral analisar a proteção dos direitos humanos no âmbito da governança corporativa, com enfoque no compliance empresarial e na justiça organizacional. O escopo desta pesquisa analisa, previamente, a governança corporativa e a sua definição. Feito esse estudo prévio, a pesquisa passa então a analisar o Compliance empresarial inserido no contexto da governança corporativa. O instituto da governança corporativa é o responsável por gerir o relacionamento entre todos os interessados pela sociedade empresarial, sejam eles internos ou externos, e seu foco principal vai muito além da previsão normativa, pois visa a boa reputação, a garantia pela integridade e a longevidade do negócio. Já o compliance empresarial tem por objetivo garantir a conformidade com as leis e regulamentos internos e externos, a fim de que seja desenvolvida uma cultura ética no ambiente corporativo, pautada no respeito às regras, na prevenção de riscos e na transparência. Contudo, sem a presença da ética empresarial, o conjunto das boas práticas de governança pode se revelar insuficiente para coibir desvios comportamentais e danos à sociedade empresarial, aos sócios e colaboradores. Neste cenário, surge a importância, então, da análise do instituto da justiça organizacional no ambiente corporativo, a qual é pautada na percepção do indivíduo sobre o que é justo ou injusto no contexto laborativo. A justiça organizacional deve respeitar os direitos humanos a medida em que protege a diversidade existente entre os colaboradores. Trata-se o presente estudo de análise empírico-teó-

rica, com a utilização de metodologia qualitativa.

Palavras-chave: Governança Corporativa; Compliance; Justiça organizacional; Direitos Humanos.

Introdução

A Governança Corporativa é o sistema que controla uma empresa e representa uma estrutura com práticas, regras e processos que a regem para que possa alcançar os seus objetivos e seus negócios sejam exitosos.

O equilíbrio dos diversos interesses envolvidos em uma Companhia advém da Governança Corporativa, que assim preserva o valor da empresa, garante a sua longevidade e mantém a boa imagem reputacional. Ao adotarem a Governança Corporativa, as empresas objetivam garantir um crescimento saudável, longínquo, valor econômico e atender a todos os interesses e dos seus *stakeholders*.

A Governança Corporativa não foca apenas em seguir o que está disposto nas leis, mas também se preocupa em criar um ambiente para atingir uma boa reputação para que possa garantir a integridade e longevidade do negócio. A ideia principal é desenvolver a cultura da ética, do respeito as regras, prevenir riscos e assim valorizando a transparência do negócio.

É neste contexto da Governança Corporativa que ganha relevo a ideia de Justiça Organizacional no ambiente empresarial, em que além de cumprir as normas jurídicas, a empresa também se preocupa com o resultado das trocas sociais no ambiente de trabalho.

Assim, ao entender a importância da Justiça Organizacional no ambiente corporativo, os empregadores não só tratarão melhor os seus colaboradores, mas ganharão a sua confiança e lealdade, e acima de tudo respeitarão os Direitos Humanos.

Governança Corporativa

A Governança Corporativa pode ser definida como conjunto de mecanismos internos e externos que visam harmonizar a relação entre todos os interessados. Os mecanismos internos desta relação abrangem a atuação do Conselho de Administração, a remuneração dos gestores e a posse de ações por parte dos executivos. Os mecanismos externos estendem-se sobre a obrigatoriedade da divulgação de informações periódicas sobre a companhia, presença de um mercado de aquisição hostil e a existência de um mercado de trabalho competitivo¹.

1 SILVEIRA, A. M. Governança Corporativa, Desempenho e Valor da Empresa no Brasil. São Paulo: Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002. 152p. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 18 out. 2022

Os mecanismos de governança são reflexos do ambiente institucional financeiro e legal do Estado e influencia o sistema de Governança Corporativa, modelando a formação do mercado de capitais e do grau de proteção dos investidores², nos casos de empresas que possuem capital aberto negociado em bolsa de valores.

A Governança Corporativa no Brasil passou a ter notoriedade com as mudanças ocorridas na estrutura socioeconômica nos anos noventa, quando ocorreu a abertura da economia brasileira no exterior, o aumento dos investimentos externos no país, o crescente número de acesso das companhias brasileiras ao mercado externo, o processo de privatização e o Plano Real³.

As intensas modificações de cenário motivaram a redução da participação direta do Estado na economia, na abertura do mercado e na estabilidade econômica aumentando a competitividade das empresas nacionais. Além disso, as modificações desencadearam a necessidade por financiamentos nos mercados internacionais, levando as empresas a adotarem melhores práticas de governança corporativa com objetivo de reduzir os custos de captação dos recursos⁴.

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa - IBGC recomenda algumas práticas para o aprimoramento da governança corporativa, com intuito de preservar e otimizar o valor da organização, facilitando o acesso ao capital e contribuindo para a longevidade da empresa. Estas práticas estão descritas no “Código de Melhores Práticas de Governança Corporativa”.

O Código do IBGC (2009) aborda a composição e independência do conselho como melhores práticas de governança corporativa. Para a Comissão de Valores Mobiliários - CVM (2010) governança corporativa é o conjunto de práticas que protege todas as partes interessadas visando otimizar o desempenho das empresas, e assim facilitar o acesso ao capital. As boas práticas garantem que o retorno dos investimentos será igualmente aproveitado por todos. A CVM analisa como principais aspectos da governança a transparência, a igualdade de tratamento dos acionistas e a prestação de contas.

Lethbridge descreve o sistema de governança corporativa como um conjunto de instituições, regulamentos e convenções culturais que tratam das relações, muitas vezes conflituosas, entre gestores e acionistas, ou entre outros grupos com interesses. O crescimento da participação dos investidores no mercado de capitais tem colaborado para o aumento da amplitude nas dis-

2 SILVEIRA, A. M. Governança Corporativa, Desempenho e Valor da Empresa no Brasil. São Paulo: Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002. 152p. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 18 out. 2022.

3 CARVALHAL-DA-SILVA, A. L. Governança corporativa, valor, alavancagem e política de dividendos das empresas brasileiras. Revista de Administração, São Paulo, v.39, n.4, p.348- 361, 2004

4 LEÃO, A. S. B. Determinantes de governança corporativa no Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração). Faculdade de Economia e Finanças IBMEC: Rio de Janeiro, 2010.

cussões desta temática, pois os favorece em virtude de obter maior segurança em seus investimentos⁵.

Compliance

O mecanismo de integridade traduz o almejado cumprimento integral das normas e códigos vigentes na organização. Pode-se, por isso, entender que o *compliance* é um conjunto de ações em que pessoas, dentro de uma empresa, buscam fazer o que é certo. Para tanto, usam-se diversos instrumentos e treinamentos, para inculcir, dentro da cultura da empresa, valores adequados ao cumprimento da lei e da conduta ética⁶. Nesse sentido:

Compliance é um conjunto de medidas internas que permite prevenir ou minimizar os riscos de violação às leis decorrentes de atividade praticada por um agente econômico e de qualquer um de seus sócios ou colaboradores. Por meio dos programas de compliance, os agentes reforçam seu compromisso com os valores e objetivos ali explicitados, primordialmente com o cumprimento da legislação. Esse objetivo é bastante ambicioso e por isso mesmo ele requer não apenas a elaboração de uma série de procedimentos, mas também (e principalmente) uma mudança na cultura corporativa. O programa de compliance terá resultados positivos quando conseguir inculcir nos colaboradores a importância em fazer a coisa certa.⁷

Vale lembrar que essas ações devem ser trabalhadas em conjunto com todos os colaboradores da empresa, de modo que coexista tanto entre os executivos, quanto entre todos os demais empregados. Tal programa baseia-se na primazia de prevenir, detectar e punir, de modo a minimizar os possíveis riscos e danos e a criar uma cultura corporativa⁸. Segundo Zenkner⁹:

O fato é que, mais recentemente, diante dos escândalos mundiais de corrupção em sequência, o interesse do setor privado em enfrentar abertamente o problema se tornou mais do que um mero sinal de

5 LETHBRIDGE, E. Governança corporativa. **Revista do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social**. v. 4, n. 8, p. 209-231, dez. 1997.

6 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo (SP): IBGC, 2017, s/p. [texto eletrônico *online*].

7 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia 'Programas de Compliance'**: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. (Coordenação) Vinícius Marques de Carvalho; Eduardo Frade Rodrigues. Brasília (DF): Ministério da Justiça, jan. 2016, p. 9.

8 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, **Guia 'Programas de Compliance'**, orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. (Coordenação) Vinícius Marques de Carvalho; Eduardo Frade Rodrigues. Brasília (DF): Ministério da Justiça, jan. 2016, p. 9.

9 ZENKNER, M. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. In: PAULA, M. A. B.; CASTRO, R. P. A. (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89- 119. ISBN 978-85-450-0473-8.

boa vontade de empresas comprometidas - transformou-se em um fator essencial do ponto de vista de gestão de riscos empresariais e, em alguns casos, até questão de sobrevivência das companhias, dada a maior possibilidade de detecção e punição da corrupção por parte das autoridades públicas.

Dessa forma, o sucesso dos programas de compliance deve-se tanto à conscientização da sociedade por mudança - e, com isso, as empresas devem acompanhar a evolução dos tempos -, como também, a necessidade de gerência dos riscos empresariais, caso queiram permanecer no mercado, ante os grandes episódios envolvendo escândalos de corrupção. Assim, pode-se perceber que a instauração de programas de compliance torna-se primordial para as empresas que queiram competir lealmente, no mercado¹⁰.

Nesse contexto de mudança, o modelo de negócio que sobreviverá no futuro próximo consistirá naquele que preze por um modo organizacional que busque uma clara política interna de enfrentamento à corrupção, segundo a qual sejam criados, espontaneamente, rígidos mecanismos de controle interno e de combate às práticas desvirtuadas, ainda que tal não advenha como imposição legislativa¹¹.

O programa de compliance tem, como berço, os Estados Unidos, após o advento de uma sucessão de grandes casos de corrupção envolvendo empresas norte-americanas. De modo inequívoco, a economia estadunidense baseia-se na premissa do livre mercado e, por isso, para que houvesse pleno desenvolvimento do liberalismo econômico, foi necessária a criação de normas que objetivassem a proteção desse mercado, de modo igualitário, em todo o mundo¹².

Após alguns escândalos envolvendo episódios de corrupção, como o famoso caso “Enron”, em 2001, os norte-americanos perceberam que não mais podiam contar tão somente com os esforços estatais, para que uma empresa fosse livre de qualquer tipo de irregularidade¹³.

Pilares do compliance

O programa de *compliance* é composto de nove pilares, descritos a seguir: suporte da alta administração, avaliação de riscos, Código de Conduta e Políti-

10 INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Compliance à luz da governança corporativa**. São Paulo (SP): IBGC, 2017, s/p. [texto eletrônico *online*].

11 ZENKNER, M. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. *In*: PAULA, M. A. B.; CASTRO, R. P. A. (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89- 119. ISBN 978-85-450-0473-8.

12 GONSALES, Alessandra. **Compliance: a nova regra do jogo**. 1. ed. São Paulo (SP): Legal, Ethics and Compliance (LEC) Editora / Pauligrafia Gráfica e Editora, 2016, p. 5.

13 GONSALES, Alessandra. **Compliance: a nova regra do jogo**. 1. ed. São Paulo (SP): Legal, Ethics and Compliance (LEC) Editora / Pauligrafia Gráfica e Editora, 2016, p. 13-14.

ca de *Compliance*, controles internos, treinamento e comunicação, canais de denúncia, investigações internas, diligência devida (*due diligence*) e monitoramento e auditoria.

Para a eficácia do programa de *compliance*, tem-se, como primordial, o suporte da alta administração da empresa, o que se demonstra pelo cumprimento efetivo, por parte do alto escalão da organização, dos padrões éticos da empresa, não se mostrando suficiente que dirigentes e ocupantes de posições hierárquicas superiores, dentro da organização empresarial, apenas declarem concordarem eles com a adoção do programa. É fundamental que estas pessoas vivam, efetivamente, a realidade do *compliance* e vivenciem os valores da organização, no dia a dia da empresa. Nesse sentido, é válido ressaltar as palavras de Wagner Giovanini:¹⁴

Se [o programa de *compliance* da empresa] não for iniciado pelas camadas mais elevadas da companhia, certamente estará fadado ao insucesso. Numa empresa, não existe o sucesso “parcial” desse programa. É preciso buscá-lo como um todo. [...] Assim, a expressão “*tone from the top*” ou “*tone at the top*” representa o apoio e o engajamento pessoal da alta direção da organização, desde o seu mais alto nível de hierarquia.

Em seguida à efetivação de todos os pilares acima mencionados, torna-se necessária uma maneira de verificar se todas as engrenagens do programa de integridade estão funcionando de forma correta. Para tanto, surge a necessidade da implementação de auditorias e de monitoramentos que verifiquem e documentem o funcionamento do *compliance*, dentro da própria empresa.

Dessa forma, com toda a documentação da efetividade do programa, torna-se mais fácil, posteriormente, comprovar a eficiência do *compliance* e eximir a empresa de qualquer responsabilidade de que, porventura, seja acusada.¹⁵ Cumpre salientar que todos os pilares mencionados servem para a efetivação da Lei n. 12.846/2013¹⁶. Tal diploma legal originou-se dos episódios de corrupção de âmbito nacional e internacional e dos tratados de que foi o Brasil signatário, além de prover dos anseios da população.

Referida Lei entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014¹⁷, com o propósito de, primeiramente, honrar as obrigações assumidas pelo Brasil, perante

14 GIOVANINI, Wagner. **Compliance total**. A importância dos mecanismos de integridade e sistemas de compliance. Porto Alegre (RS): Compliance Total, 2022, s/p. [texto eletrônico online], p. 53.

15 SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado**: um guia simples e direto sobre programas de compliance. Createspace Independent Publishing Platform, 2016, pp. 64-65 [recurso eletrônico].

16 BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

17 CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. “Quando a Lei Anticorrupção entrou em vigor?”. In: **Perguntas frequentes**: Lei Anticorrupção - Aspectos gerais. Brasília (DF), 2022, s/p. [texto eletrônico online].

a comunidade internacional, e, em segundo lugar, suprimir as lacunas existentes na legislação brasileira. O diploma, também conhecido como “Lei Anticorrupção Empresarial”, ou, ainda, como “Lei da Empresa Limpa”, adquiriu popularidade após os protestos contra a corrupção no ano de 2013. Apesar do engajamento da população nessa ocasião, este não foi o motivo da existência da lei, a qual já estava em tramitação no Congresso Nacional, desde meados de 2010, em decorrência das pressões externas sofridas pelo País¹⁸.

Implementação do programa de compliance

Uma vez passada a conceituação, objetivos, pilares, estruturas básicas e análise de caso sobre compliance, chega a vez de trabalharmos rumo à implementação do sistema em uma empresa.

Lógico que serão necessários instrumentos formais, como código de ética da empresa, as ferramentas de gestão (missão, visão valores), porém lidamos também com outros processos como comportamentos, cultura entre outros.

Sobre isso Letícia Ribas Sugai Rocha menciona¹⁹:

Implementar um “sistema” de compliance dependerá, portanto, do desenvolvimento e aplicação dos instrumentos formais, mas também de intervenções comportamentais (ou culturais). Isso significa que, por mais que as políticas, procedimentos e demais documentos tenham sido desenvolvidos prevendo as principais situações de risco às quais a empresa possa estar exposta, enquanto os envolvidos não se convencerem da real importância dessa iniciativa, os resultados serão tímidos e pouco expressivos.

Marcelo de Aguiar Coimbra e Vanessa Alessi Manzi mencionam em seu manual basicamente que de início a empresa deverá elaborar, com base em sua identidade, cultura, realidade, atividade, campo de atuação e local de operação um programa, o qual deverá ser implementado em todas as entidades que a organização participa ou possui algum tipo de controle ou investimento²⁰. Vale lembrar ainda a elaboração de políticas ou Código de Ética, treinamentos, órgãos/comitê específico, disseminação da cultura de compliance, revisão periódica, incentivos, bem como a criação de canal confidencial ou ouvidorias para eventuais denúncias.

18 MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção**. São Paulo: Saraiva Jur, 2015, p. 79.

19 ROCHA, Letícia Ribas Sugai. **Desmistificando a implementação de um sistema de compliance**. Curitiba, 2018, p. 4. Disponível em: <http://veritaz.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ebook-compliance-AF-260618.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

20 COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 20-21.

Justiça organizacional como proteção dos Direitos Humanos

A ideia de Justiça organizacional encontra-se no dia a dia das empresas e muitos diretores, gestores e colaboradores não percebem, porque faz parte das atividades básicas de qualquer ambiente empresarial e pode ser percebido no processo de seleção de pessoas, política salarial, promoção de cargos e funções, mudança organizacional e avaliação de desempenho.

Ela pode ser conceituada como “resultado das trocas sociais e contratuais, no contexto do trabalho, e se verifica no campo das percepções. O indivíduo julga o tratamento recebido como mais ou menos justo, conforme a avaliação que ele faz entre as suas expectativas e as informações e os sentidos que capta do ambiente organizacional²¹.

A Justiça Organizacional costuma ser estudada em quatro dimensões: Justiça Distributiva, Justiça Informacional, Justiça Interpessoal e Justiça Processual. Todas as dimensões devem ser observadas pelos dirigentes e gestores das empresas, mas é na Justiça Distributiva e na Justiça Interpessoal que ficam mais evidentes a observância dos Direitos Humanos²².

De modo geral, a Justiça Organizacional quando observada nas empresas costuma construir confiança, fomenta comportamento de cidadania organizacional dos seus colaboradores e pesquisas demonstram a melhora o desempenho do trabalho, haja vista que a manutenção de um ambiente injusto pode representar ameaças potenciais de conflito, atitudes negativas e atos contraproducentes²³.

A justiça distributiva pode ser entendida como aquela sendo alcançada quando os colaboradores percebem que seus esforços e as recompensas são avaliadas igualmente²⁴. A Justiça Interpessoal pode ser entendida como a percepção de respeito em seu tratamento, ou seja, os funcionários são tratados com cortesia e respeito pela diretoria, gestores e os próprios colaboradores no cotidiano²⁵.

21 RIBEIRO, José Adauto; BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt. Comprometimento e justiça organizacional: um estudo de suas relações com recompensas assimétricas. **Revista Psicologia, ciência e profissão**, 30(1), p. 4-21, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/77fS3zg4MC4CvPTLGZMDLPQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

22 DA SILVA BARBOSA DE SOTOMAYOR, Ana Maria. Avaliação de desempenho e compromisso organizacional: a perspectiva da justiça organizacional. **Revista Universo Contábil**, [S.l.], v. 3, n. 3, p. 87-100, jan. 2008. ISSN 1809-3337. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/universocontabil/article/view/600>. Acesso em: 21 out. 2022.

23 ASSMAR, Eveline Maria Leal; FERREIRA, Maria Cristina; SOUTO, Solange de Oliveira. Justiça organizacional: uma revisão crítica da literatura. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, 18(3), p. 443-453, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/BfL8JyN6LP7PtYWMGy98h9G/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 out. 2022.

24 YEAN, Tan Fee; YUSOF, Ab Aziz. Organizational justice: a conceptual discussion. **Procedia-Social and Behavioral Sciences**, 219, p. 798-803, 2006. Disponível em: <https://cyberleninka.org/article/n/652827/viewer>. Acesso em: 21 out. 2022.

25 YEAN, Tan Fee; YUSOF, Ab Aziz. Organizational justice: a conceptual discussion. **Procedia-Social and Behavioral Sciences**, 219, p. 798-803, 2006. Disponível em: <https://>

Será quando a empresa discutirá a implantação da Governança Corporativa e do *Compliance* que deverá ser dada a devida importância às premissas básicas da Justiça Organizacional, porque deverá estar presente em todos os já referidos para que possa ser efetiva. Afinal, será no cotidiano que será verificada a presença ou não da Justiça Organizacional como parte integrante da Governança Corporativa de uma empresa e será nos pilares do programa de compliance que será verificada a sua presente.

Desta maneira, observa-se que a Justiça Organizacional não implica somente em benefícios para a empresa, a medida em que seus *stakeholders* passarão a enxergar com outros olhos no ambiente de negócios, mas também para os seus colaboradores que serão tratados com dignidade e terão seus Direitos Humanos observados e respeitados.

Considerações finais

A Governança Corporativa é considerada comumente um dos mecanismos mais utilizados para inibir fraudes, desenvolver a reputação e melhorar a imagem de que goza perante a sociedade. Via de regra, uma empresa com um bom programa de Governança Corporativa costuma proteger o direito dos seus sócios e acionistas com processos para evitar ato ilegal. Também se verifica a presença de mecanismos de proteção de todos os interessados e mecanismos de informação para todos participem do processo de governança.

Desta maneira, a simples adoção de programas de integridade não é suficiente para a proteção dos Direitos Humanos, havendo a necessidade de os programas de Governança Corporativa observarem as quatro dimensões da Justiça Organizacional para que possam, de fato, afirmar que respeitam seus funcionários.

Referências

ASSMAR, Eveline Maria Leal; FERREIRA, Maria Cristina; SOUTO, Solange de Oliveira. Justiça organizacional: uma revisão crítica da literatura. **Psicologia: Reflexão e Crítica**, 18(3), p. 443-453, 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/BfL8JyN6LP7PtYWMGy98h9G/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

CARVALHAL-DA-SILVA, A. L. Governança corporativa, valor, alavancagem e política de dividendos das empresas brasileiras. *Revista de Administração*, São Paulo, v.39, n.4, p.348- 361, 2004.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; MANZI, Vanessa Alessi (Coord.). **Manual de**

cyberleninka.org/article/n/652827/viewer. Acesso em: 21 out. 2022.

Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia ‘Programas de Compliance’:** orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de *compliance* concorrencial. (Coordenação) Vinícius Marques de Carvalho; Eduardo Frade Rodrigues. Brasília (DF): Ministério da Justiça, jan. 2016.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO. “Quando a Lei Anticorrupção entrou em vigor?”. *In: Perguntas frequentes: Lei Anticorrupção - Aspectos gerais.* Brasília (DF), 2022, s/p. [texto eletrônico *online*].

DA SILVA BARBOSA DE SOTOMAYOR, Ana Maria. Avaliação de desempenho e compromisso organizacional: a perspectiva da justiça organizacional. **Revista Universo Contábil**, [S.l.], v. 3, n. 3, p. 87-100, jan. 2008. ISSN 1809-3337. Disponível em: <https://proxy.furb.br/ojs/index.php/universocontabil/article/view/600>. Acesso em: 21 out. 2022.

GIOVANINI, Wagner. **Compliance total.** A importância dos mecanismos de integridade e sistemas de compliance. Porto Alegre (RS): Compliance Total, 2022, s/p. [texto eletrônico online].

GONSALES, Alessandra. **Compliance:** a nova regra do jogo. 1. ed. São Paulo (SP): Legal, Ethics and Compliance (LEC) Editora / Pauligrafia Gráfica e Editora, 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA (IBGC). **Compliance à luz da governança corporativa.** São Paulo (SP): IBGC, 2017, s/p. [texto eletrônico *online*].

LEÃO, A. S. B. Determinantes de governança corporativa no Brasil. Dissertação (Mestrado em Administração). Faculdade de Economia e Finanças IBMEC: Rio de Janeiro, 2010.

LETHBRIDGE, E. Governança corporativa. **Revista do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.** v. 4, n. 8, p. 209-231, dez. 1997.

MARINELA, Fernanda; PAIVA, Fernando; RAMALHO, Tatiany. **Lei Anticorrupção.** São Paulo: Saraiva Jur, 2015.

RIBEIRO, José Aduino; BASTOS, Antônio Virgílio Bittencourt. Comprometimento e justiça organizacional: um estudo de suas relações com recompensas assimétricas. **Revista Psicologia, ciência e profissão**, 30(1), p. 4-21, 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/77fS3zg4MC4CvPTLGZMDLPQ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

ROCHA, Letícia Ribas Sugai. **Desmistificando a implementação de um sistema de compliance.** Curitiba, 2018, p. 4. Disponível em: <http://veritaz.com.br/wp-content/uploads/2018/06/ebook-compliance-AF-260618.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

SERPA, Alexandre da Cunha. **Compliance descomplicado:** um guia simples e direto sobre programas de compliance. Createspace Independent Publishing Platform, 2016, pp. 64-65 [recurso eletrônico].

SILVEIRA, A. M. Governança Corporativa, Desempenho e Valor da Empresa no Brasil. São Paulo: Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2002. 152p. Disponível em: <http://www.teses.usp.br>. Acesso em: 18 out. 2022

YEAN, Tan Fee; YUSOF, Ab Aziz. Organizational justice: a conceptual discussion. **Procedia-Social and Behavioral Sciences**, 219, p. 798-803, 2006. Disponível em: <https://cyberleninka.org/article/n/652827/viewer>. Acesso em: 21 out. 2022.

ZENKNER, M. O papel do setor privado na promoção da integridade nos negócios. *In*: PAULA, M. A. B; CASTRO, R. P. A. (Coord.). **Compliance, gestão de riscos e combate à corrupção: integridade para o desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89- 119. ISBN 978-85-450-0473-8.

LGPD E GDPR: TRANSFERÊNCIAS INTERNACIONAIS DE DADOS PESSOAIS

Rebeca de Aguiar Pereira Neves

Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Positivo, Curitiba-Paraná. Bacharel em Direito - Centro Universitário de Brasília.

Resumo:

Trata-se de um estudo sobre a transferência de dados pessoais no âmbito internacional, levando-se em conta o direito fundamental de proteção dos dados pessoais de pessoas naturais, abrangidos pela Lei Geral de Proteção de Dados, lei brasileira nº 13.709, de 14.08.2018, a qual abarca todo o território brasileiro, e o *General Data Protection Regulation*, regulação europeia nº 2016/679, de 27.04.2016, de alcance em 28 países da Europa e mais 3 países do Espaço Econômico Europeu, no caso, Noruega, Islândia e Liechtenstein. As publicações de ambas as leis ocorreram diante da necessidade de se corrigir o constante abuso do uso de dados pessoais de pessoas naturais pelos diversos agentes de tratamento. As leis referenciadas são regramentos jurídicos que tratam sobre o direito de proteção de dados de seu titular, cuja base principiológica é o direito da privacidade previsto nos sistemas jurídicos brasileiro e europeu. Justifica-se o estudo do tema em razão das negociações comerciais internacionais compartilharem dados pessoais de pessoas naturais no momento da realização da operação comercial, sendo obrigadas a cumprir com os ditames legais da proteção de dados pessoais de cada país envolvido. O objetivo do estudo é exemplificar uma operação internacional na qual conceitua uma transferência de dados pessoais de pessoas naturais, de modo a demonstrar os pontos de convergência e divergência da aplicação de ambos os diplomas legais. Para conclusão é necessário verificar se ambos os ditames legais cumprem o papel de proteger os dados pessoais de seu titular.

Palavras-chave: LGPD; GDPR; Transferências internacionais; Proteção de dados; Direito fundamental.

Aspectos introdutórios

O presente artigo tem por objetivo a realização de estudo sobre as transferências internacionais de dados pessoais de pessoas naturais abrangidas na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e no *General Data Protection Regu-*

lation (GDPR), estabelecendo os seus pontos de semelhanças e divergências na aplicação de ambos os ditames legais em uma operação comercial internacional. Como, também, identificar se a proteção de dados pessoais no sistema jurídico do Brasil e da Europa convergem para o mesmo ponto, qual seja, a preservação do direito fundamental do titular de dados pessoais.

Iniciando-se com um breve comentário acerca de cada normativo.

Salienta-se que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) (legislação brasileira) está em vigor desde agosto de 2020 com o escopo de regular as atividades de entidades que armazenam ou tratam os dados pessoais dos cidadãos; ao passo que o *General Data Protection Regulation* (GDPR) (legislação europeia) está em vigor desde maio de 2018 com a finalidade de proporcionar aos titulares de dados pessoais o poder de aceitar ou não que entidades possam dispor de seus dados pessoais. Ou seja, ambos os normativos garantem a proteção de dados pessoais de pessoa natural.

O GDPR tem um alcance territorial que envolve 28 países da União Europeia e mais três países do Espaço Econômico Europeu, no caso, Noruega, Islândia e Liechtenstein, sendo aplicada independentemente da nacionalidade do titular dos dados pessoais ou do local de sua residência.

A LGPD é de aplicação no território brasileiro, visando dispor sobre o tratamento de dados pessoais por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado. Tem como objetivo proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

A LGPD foi inspirada pelo GDPR, cujos debates em torno dos assuntos abordados no Regulamento são oriundos dos anos 90, com a edição da Diretiva 95/46/CE da Comunidade Europeia, principal documento acerca da proteção da privacidade do ser humano no âmbito internacional. Por conta disso, o GDPR é um diploma legal mais completo e detalhista do que a lei brasileira.

Nesse viés, o regime regulatório da transferência internacional de dados da LGPD é um dos pontos em que mais se nota a influência nítida da Diretiva Europeia 95/46/CE, do Parlamento Europeu. Contudo, apesar do GDPR ter revogado a Diretiva, àquele não alterou ou inovou com relação aos apontamentos feitos pela Diretiva acerca da transferência internacional de dados pessoais.

Conforme a Comissão Especial da Câmara dos Deputados que proferiu Parecer para o Projeto de Lei 4.060/2012, que alterou a Lei 12.965/2014, intitulada de Marco Civil da Internet, a qual disciplina o uso da Internet no Brasil, sendo antecessora a edição da LGPD, asseverou que o propósito do legislador brasileiro, ao adotar de forma semelhante às regras do GDPR e do direito europeu, era para que o Brasil se tornasse um parceiro interessante aos países signatários do GDPR do ponto de vista comercial, especialmente no setor de TIC (Tecnologia da Informação e Comunicações).

Isto se justifica porque com base no artigo 45 do GDPR, a Comissão

Europa possui o poder de determinar se um país de fora da União Europeia oferece um nível adequado de proteção de dados pessoais, considerando a legislação nacional do país ou a celebração de acordos internacionais. Neste caso, o país classificado como grau adequado poderá receber fluxos de dados pessoais oriundos da União Europeia sem qualquer restrição.

Atualmente são 14 países e localidades considerados pela União Europeia como adequados para a transferência internacional de dados, são eles: Suíça, Canadá, Argentina, Guernsey, Ilha de Man, Jersey, Ilhas Faroé, Andorra, Israel, Uruguai, Nova Zelândia, Japão, Reino Unido e Coreia do Sul.

Na América Latina, a Argentina, no ano de 2003, por meio da Decisão de número 2003/490/CE, da Comissão Europeia, foi o primeiro país latino-americano a conseguir reconhecimento da União Europeia de país de nível adequado para a realização de transferências internacionais de dados. O segundo país latino-americano considerado seguro para o tratamento de dados pessoais coube ao Uruguai, no ano de 2012, nos termos da Decisão de número 2012/484/UE, também da Comissão Europeia.

O Brasil, no entanto, ainda não faz parte do grupo de países latino-americanos que são considerados países com nível adequado para transferências internacionais de dados pessoais de pessoas naturais, em razão da LGPD estar em fase de implementação.

Transferências internacionais de dados pessoais

Com base no artigo 5º, inciso XV, da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), extrai-se o conceito de transferências internacionais de dados pessoais, no âmbito do território brasileiro, que consiste em uma transferência de dados pessoais para país estrangeiro ou organismo internacional do qual o país seja membro.

Por seu turno, o *General Data Protection Regulation* (GDPR) assevera, em seu artigo 44, que qualquer transferência de dados pessoais que venha a ser objeto de tratamento, após transferência para um país terceiro ou uma organização internacional, somente se realizar-se-á se forem atendidas todas as condições definidas e estabelecidas no GDPR.

Da leitura de ambos os dispositivos anteriormente citados, pode-se concluir que a conceituação de transferência internacional de dados pessoais adotada pela LGPD é a mesma definida no GDPR, qual seja: transferência para um país terceiro ou organismo internacional.

Vale mencionar, ainda, o entendimento da Autoridade de Proteção de Dados pessoais do Reino Unido, o *Information Commissioner's Office* (ICO), que em seu Guia para o *General Data Protection Regulation* (GDPR), disponibilizado no site oficial da autoridade de proteção de dados, distingue transferências internacionais de dados de trânsito de dados. Ressalta-se que se os dados pessoais são apenas encaminhados eletronicamente para um país fora do Reino Unido, mas para uma sede ou filial da mesma empresa, não se configura uma

transferência internacional de dados; contudo, as restrições de transferência internacional de dados seriam aplicadas se o envio dos dados pessoais for para outra empresa ou grupo econômico.

Para tanto, cita-se o seguinte exemplo: determinada empresa brasileira (100%) possui o seu servidor alocado no exterior por estratégia tecnológica e vantagem competitiva; assim, se houver a troca de dados por e-mails entre os diversos departamentos da empresa no Brasil, passando os dados momentaneamente pelo servidor situado fora do Brasil, não é considerado transferência internacional de dados para o país de localização do servidor, pois trata-se apenas de mera questão de infraestrutura tecnológica. Por outro viés, se esta mesma empresa enviar um e-mail para outras empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico, sediadas em outros países, haverá a caracterização da transferência internacional.

Em suma: os dados pessoais enviados por um determinado controlador ou responsável pelo tratamento para sua empresa, sediada em um terceiro país, não caracteriza transferência internacional de dados, mas, apenas, trânsito de dados pessoais, conforme advertido pelo Guia do GDPR disponibilizado pelo ICO. Ao passo que, o envio de dados pessoais, no âmbito internacional, entre distintas empresas, as quais fazem parte do mesmo grupo econômico, configura uma transferência internacional de dados.

Nesse sentido, seguindo o exemplo supracitado, o simples compartilhamento de base de dados de Recursos Humanos entre empresas do mesmo grupo econômico configura uma operação de transferência internacional de dados pessoais.

Hipóteses legais de transferências internacionais de dados

Neste tópico, analisar-se-á as hipóteses legais de transferências internacionais de dados pessoais no âmbito da LGPD e do GDPR.

Importante destacar que, tanto a LGPD, quanto o GDPR, limitam as hipóteses para a transferência de dados internacionais, pois a regra é a da não possibilidade de compartilhamento de dados no âmbito internacional, adotando a lógica da interpretação mais protetiva ao titular dos dados pessoais, devendo os artigos 33 da LGPD e 44 a 46 do GDPR serem interpretados de forma taxativa.

Hipóteses legais da LGPD

A LGPD definiu as hipóteses legais de transferências internacionais de dados pessoais em seu artigo 33, o qual passa-se a examinar.

O inciso I do artigo 33 da LGPD autoriza a possibilidade de transferência internacional de dados pessoais para países ou organismos internacionais que proporcionem um grau de proteção de dados pessoais adequado ao previsto na LGPD. No entanto, para configuração desta hipótese legal de transferência de dados, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados brasilei-

ra (ANPD) deverá analisar, com base nos requisitos do artigo 34 da LGPD, o nível de adequação dos países estrangeiros. Ou seja, o reconhecimento de nível adequado, pela ANPD, ao país de envio de dados pessoais, é requisito legal indispensável para a validade de uma transferência internacional de dados para um país terceiro ou organismo internacional.

Nesse viés, é nítida a influência do GDPR nas regras postas pela LGPD, pois a Comissão Europeia já reconheceu 14 países e localidades adequados para a transferência de dados pessoais no âmbito de aplicação do GDPR, exatamente como foi atribuída à ANPD no Brasil.

O inciso II do artigo 33 da LGPD autoriza a transferência internacional de dados pessoais quando o controlador oferecer e comprovar garantias de cumprimento dos princípios, dos direitos do titular e do regime de proteção de dados previstos na LGPD, na forma de cláusulas contratuais específicas para determinada transferência, cláusulas-padrão contratuais, normas corporativas globais e selos, certificados e códigos de conduta regularmente emitidos.

Cabe esclarecer que as hipóteses aludidas acima deverão ser especificadas e disciplinadas pela ANPD, autoridade competente para estruturar modelos de cláusulas padrões para a relação controlador-operador, e controlador-controlador, com a finalidade de subsidiar a legitimidade da transferência para um país terceiro, tal como foi realizada pela Comissão Europeia no âmbito de aplicação do GDPR.

O inciso III do artigo 33 da LGPD enuncia que ocorrerá transferência internacional quando for necessária para a cooperação jurídica internacional entre órgãos públicos de inteligência, de investigação e de persecução, de acordo com os instrumentos de direito internacional.

Com base neste inciso, garante-se aos serviços públicos de inteligência, investigação e persecução a continuidade de suas atividades, sem qualquer tipo de restrição às transferências de dados.

O inciso IV do artigo 33 da LGPD autoriza a transferência quando for necessária para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro. Trata-se da preservação do direito à vida e da integridade física estabelecidos no artigo 5º da Constituição Federal do Brasil.

O inciso V do artigo 33 da LGPD confere à ANPD a possibilidade de autorizar a transferência internacional de dados de forma genérica; contudo, a hipótese somente tem validade para situações excepcionais que não são consideradas transferências habituais.

O inciso VI do artigo 33 da LGPD destaca a transferência quando resultar em compromisso assumido em acordo de cooperação internacional. Mesmo entendimento do inciso III, do artigo 33.

O inciso VII do artigo 33 da LGPD autoriza a transferência quando for necessária para a execução de política pública ou atribuição legal do serviço público. Base legal vinculada à atividade da Administração Pública.

O inciso VIII do artigo 33 da LGPD autoriza a transferência quando o

titular tiver fornecido o seu consentimento específico e em destaque para a respectiva transferência, com informação prévia sobre o caráter internacional da operação, distinguindo esta de outras finalidades.

À vista disso, o consentimento específico do titular de dados pessoais legitima a transferência internacional. No entanto, o consentimento deverá cumprir todos os requisitos mencionados no artigo 5º, XII, da LGPD, que determina o consentimento como uma manifestação livre, informada e inequívoca para uma finalidade determinada.

Ressalta-se que o GDPR determina que o consentimento para a transferência internacional de dados somente se configura em casos excepcionais que são consideradas transferências ocasionais. Em contrapartida, a LGPD não apresenta nenhuma ressalva relacionada a esse tema.

Por fim, o inciso IX do artigo 33 da LGPD autoriza a transferência quando necessário para atender às hipóteses previstas nos incisos II, V e VI, do artigo 7º da referida lei.

Cabe esclarecer que as hipóteses mencionadas no artigo 7º, inciso IX, são: para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados; e para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral.

Entende-se que as hipóteses citadas são semelhantes às derivações de transferências internacionais de dados ocasionais apresentadas no artigo 49 do GDPR.

Hipóteses legais do GDPR

No âmbito da União Europeia, o GDPR estabelece as hipóteses legais de transferência internacional de dados pessoais no seu Capítulo V, artigos 44 ao 50, devendo ser respeitadas as demais disposições, conforme artigo 44 do GDPR.

Conforme o artigo 45 do GDPR, a primeira possibilidade de transferência internacional de dados para um país terceiro ou organismo internacional é quando a Comissão Europeia tiver decidido que o país terceiro, um território ou um ou mais setores específicos desse país terceiro, ou a organização internacional em causa, assegurar um nível de proteção adequado. Nesta transferência não se exige uma autorização específica.

Ao avaliar a adequação do nível de proteção do país terceiro, a Comissão deverá levar em conta os elementos elencados no próprio artigo 45 do GDPR.

Na ausência de decisão de adequação nos termos do artigo 45 do GDPR, os responsáveis pelo tratamento ou subcontratantes podem transferir os dados pessoais para um país terceiro ou uma organização internacional se tiverem apresentado garantias adequadas, e na condição de os titulares dos da-

dos gozar de direitos oponíveis e de medidas jurídicas corretivas eficazes, nos termos do artigo 46 do GDPR.

Ressalta-se que podem ser previstas as garantias adequadas do artigo 46 do GDPR, sem requerer nenhuma autorização específica de uma Autoridade de Proteção de dados, por meio de: instrumento jurídico vinculativo e com força executiva; por regras societárias vinculativas; por cláusulas-padrão de proteção de dados adotadas pela Comissão Europeia ou por uma autoridade de supervisão; por um código de conduta aprovado; ou por um mecanismo de certificação aprovado.

Afora isso, o artigo 49 do GDPR, estabelece que na falta de uma decisão de adequação nos termos do artigo 45 do GDPR, ou de garantias adequadas conforme o artigo 46 do Regulamento, as transferências internacionais serão efetuadas por derrogações para situações específicas, nos termos do artigo 49 do GDPR, sendo necessária a verificação de uma das condições elencadas no referido artigo.

As condições elencadas no artigo 49 são: consentimento explícito do titular à transferência, informado dos possíveis riscos; quando a transferência for necessária execução de contrato entre o titular dos dados e o responsável pelo tratamento ou de diligências prévias à formação do contrato, a pedido do titular; quando a transferência for necessária para a celebração ou execução de um contrato, celebrado no interesse do titular dos dados, entre o responsável pelo tratamento e outra pessoa singular; quando a transferência for necessária por importante por razões de interesse público; quando necessária para o estabelecimento, exercício ou defesa de reivindicações legais; quando necessária para proteger interesses vitais do titular dos dados ou de terceiros; e autorização específica para quando a transferência for realizada a partir de um registo acordado que, nos termos do direito europeu, ofereça informações ao público e se encontre aberto à consulta do público em geral ou a qualquer pessoa que tenha um interesse legítimo, mas apenas na medida em que as condições de consulta estabelecidas no direito europeu se encontrem preenchidas no caso fático.

Vale mencionar que quando uma transferência internacional não se enquadrar nos termos dos artigos 45 e 46 do GDPR e não for aplicável nenhuma das derrogações do artigo 49 do GDPR, a transferência para um país terceiro ou uma organização internacional só pode ser efetuada se não for repetitiva; se englobar apenas um número limitado de titulares de dados; se for necessária para interesses legítimos, perseguidos pelo responsável pelo tratamento, que não sejam substituídos pelos interesses ou direitos e liberdades do titular dos dados; e se o responsável pelo tratamento avaliar todas as circunstâncias que envolvem a operação, fornecendo salvaguardas adequadas em relação à proteção de dados pessoais. O responsável pelo tratamento deve informar a Autoridade Nacional e informar o titular dos dados da transferência e dos interesses legítimos.

Divergência entre a aplicação das hipóteses legais da LGPD e do GDPR

A ideia aqui é trazer a diferença de aplicação das hipóteses legais de transferências internacionais de dados postas na LGPD, com abrangência no território brasileiro, e do GDPR, no território europeu.

No GDPR, as hipóteses legais de transferências internacionais de dados baseadas no consentimento, na execução de contrato, no interesse público/política pública e no exercício regular de direitos são consideradas exceções e somente poderão ser utilizadas para legitimar uma transferência esporádica, ou seja, estão limitadas às transferências internacionais ocasionais e não repetitivas. Atente-se, ainda, que no âmbito da União Europeia, o nível de adequação definido pela Comissão Europeia e as garantias do artigo 46 do GDPR prevalecem com relação às demais hipóteses legais de transferência.

Em contrapartida, no âmbito do Brasil, o legislador não estabeleceu uma hierarquia entre as hipóteses legais de transferências internacionais de dados previstas no artigo 33 e seus incisos da LGPD. Caso adotasse a mesma lógica do GDPR, a decisão de adequação de segurança de cada país terceiro, emitido pela ANPD, e as garantias contratuais previstas no artigo 33, inciso II, da LGPD, seriam superiores e deveriam ser adotadas em detrimento dos demais incisos estabelecidos no artigo 33, sendo, nos termos do GDPR, denominadas de derrogações específicas.

Caso prático de não caracterização de transferência internacional de dados pessoais

Para melhor interpretação das disposições da LGPD e do GDPR, faz-se necessário entender o que configura um tratamento de transferência internacional de dados pessoais de pessoa natural.

Cita-se, por oportuno, entendimento europeu exarado no caso fático do Tribunal de Justiça Europeu, sob o número Processo C-101/01, referenciado como processo-crime *Bodil Lindqvist vs. Aklagarkammaren i Jonkoping*, de 6 de novembro de 2003, relativo à abrangência do conceito de transferência de dados a partir do contexto fático que envolvia o acesso à página da Internet hospedada em países de fora do território europeu.

Importante salientar que apesar do caso supra ter sido julgado à luz da Diretiva 95/46/CE, revogada pelo GDPR, o seu entendimento permanece válido, pois o Regulamento pouco inovou com relação à transferência internacional de dados pessoais.

As situações fáticas do caso citado, ocorreram no final de 1998, quando Bodil Lindqvist, catequista da paróquia de Alsedá na Suécia, criou a partir de seu computador pessoal, página na Internet com a finalidade de facilitar aos paroquianos a preparação para a crisma.

A página da Internet continha dados pessoais de 18 (dezoito) colegas

paroquianos de Bodil Lindqvist, incluindo, nome completo, número de telefone, descrição de suas funções, hábitos da vida cotidiana e referência à situação familiar.

Saliente-se que Bodil L. não informou aos seus colegas da existência de referida página na Internet e tampouco obteve qualquer consentimento destes para o tratamento de seus dados pessoais.

Na exordial do caso, ora relatado, foi arguido que ao se considerar a natureza técnica da operação efetuada ou o objetivo do tratamento realizado em que dados pessoais foram inseridos em uma página da Internet, acessíveis a pessoas de um país terceiro, teria havido a constituição de uma transferência internacional de dados na acepção do artigo 25 da Diretiva, posto que as informações postadas na página da Internet poderiam ser consultadas, a qualquer instante, por um número indefinido de pessoas e de diferentes localidades.

Em sua defesa, Bodil Lindqvist argumentou que a página da Internet não incluía mecanismos técnicos para o envio automático de informações dos paroquianos a pessoas que não tinham deliberadamente acessado a referida página, como forma de descaracterizar a transferência internacional.

Em suas razões de decidir o Tribunal de Justiça Europeu exarou que a Diretiva 95/46/CE não definiu em seu artigo 25 ou em qualquer outra disposição legal o conceito de transferência de dados pessoais para um país terceiro.

Entretanto, o Tribunal de Justiça Europeu acatou a defesa apresentada entendendo que dados pessoais que são enviados para o computador de determinada pessoa situada em um país terceiro, provenientes de outra pessoa que os coletou em site da Internet, não caracteriza transferência internacional entre as pessoas envolvidas.

Cabe ressaltar que a Diretiva 95/46/CE não contém qualquer disposição relativa à utilização da Internet. Em sendo assim, ao se considerar o nível de evolução da Internet à época da edição da Diretiva, não se pode presumir que o legislador teve a intenção de incluir no conceito de transferência de dados, a hipótese do caso em voga, em que dados, em uma página de Internet, são coletados e enviados para pessoas de países estrangeiros.

Para melhor entendimento do caso, faz-se necessário citar a fundamentação do Tribunal de Justiça Europeu:

“Se o artigo 25 da Directiva 95/46 fosse interpretado no sentido de que existe uma «transferência para um país terceiro de dados» cada vez que são carregados dados de carácter pessoal numa página Internet, essa transferência seria necessariamente uma transferência para todos os países terceiros onde existem os meios técnicos necessários para aceder à Internet. O regime especial previsto no capítulo IV da referida directiva tornar-se-ia, necessariamente, no que respeita às operações na Internet, um regime de aplicação geral. Com efeito, desde que a Comissão verificasse, em aplicação do artigo 25, n.º 4, da Directiva 95/46, que um país terceiro não assegura um nível de protecção

adequado, os Estados-Membros seriam obrigados a impedir qualquer colocação na Internet de dados de carácter pessoal.”

Nesse sentido, o artigo 25 da Diretiva 95/46/CE deve ser interpretado no sentido de que as operações realizadas por Bodil Lindqvist não constituem em si mesmas uma transferência internacional de dados pessoais.

Portanto, a coleta de dados, em um Estado-Membro, por meio de simples acesso à página da Internet e o reenvio destes dados a terceiros em outro Estado-Membro ou em país de terceiro, não são considerados transferência internacional de dados na acepção da Diretiva 95/46/CE.

Levando-se em conta, conforme alhures exposto, que o GDPR adotou o entendimento da Diretiva e a LGPD, por sua vez, incorporou as regras do GDPR, conclui-se que o entendimento do Tribunal de Justiça Europeu também pode se aplicado ao GDPR e a LGPD.

Conclusão

A hipótese, ora abordada, é um bom exemplo para melhor entender o conceito de transferência internacional de dados pessoais no âmbito do direito europeu (GDPR) e do direito brasileiro (LGPD).

Cabe ressaltar que o GDPR, inspirado na Diretiva 95/64/CE, e a LGPD, inspirada no GDPR, adotam o mesmo conceito para o tema transferência internacional de dados, qual seja: transferência para um país terceiro ou organismo internacional. Portanto, a conceituação de transferência internacional de dados adotada pela LGPD é a mesma definida no GDPR.

Pelo estudo aqui realizado resta perceptível a preocupação, tanto no direito brasileiro, quanto no direito europeu, da necessidade de se proteger o direito fundamental da privacidade do titular dos dados pessoais em uma transferência internacional de dados.

Neste sentido, os artigos 33 da LGPD e 44 a 46 do GDPR, em consonância, limitam as hipóteses para a transferência internacional de dados, já que a regra geral é a da não possibilidade de compartilhamento de dados no âmbito internacional, adotando a lógica jurídica da interpretação mais restritiva da norma em favor da pessoa natural, titular dos dados pessoais.

Contudo, existe um ponto de divergência entre as legislações citadas, que apesar de ambas limitarem e especificarem às hipóteses de transferências internacionais de dados, no direito europeu, diferentemente da LGPD, o nível de adequação definido pela Comissão Europeia e as garantias do artigo 46 do GDPR prevalecem com relação às demais hipóteses legais de transferência. Na LGPD o legislador não estabeleceu nenhuma hierarquia entre as hipóteses legais de transferências internacionais de dados previstas no artigo 33 e seus incisos, sendo, portanto, um ponto de discordância entre os dois diplomas legais.

O caso prático apresentado teve por objetivo demonstrar que o conceito de transferência internacional de dados, não se confunde com o mero

trânsito de dados, quando os dados, apesar de circularem por localidades diferentes do local de sua coleta, não são transferidos para terceiros. No estudo empírico trazido, apesar dos dados terem sido repassados para terceiros, estes dados já estavam disponíveis na Internet, sendo de fácil acesso a qualquer pessoa e de qualquer lugar, o que descaracteriza, por conseguinte, a transferência internacional de dados.

De acordo com o estudo realizado, além da limitação das hipóteses válidas de transferências internacionais de dados previstas no GDPR e na LGPD, o conceito de transferência internacional de dados também deve ser interpretado de maneira restritiva, pois mero trânsito de dados ou dados já disponíveis na Internet, não caracterizam transferência internacional de dados.

Por fim, cabe frisar que as disposições do GDPR e da LGPD são meios eficazes para a proteção dos dados pessoais de pessoas naturais, pois primam pela preservação do direito fundamental da liberdade e privacidade do ser humano em âmbito internacional.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 4060, de 13 de junho de 2012**. Dispõe sobre a proteção de dados pessoais e altera a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=548066>. Acesso em: 08. nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08. nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm. Acesso em: 08. nov. 2022.

IT Governance Privacy Team. **EU General Data Protection Regulation (GDPR) An Implementation and Compliance Guide**. 3. ed. Cambridgeshire: It Governance Privacy Team, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **Comentários ao GDPR**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. **LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados Comentada**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

REINO UNIDO. ICO. Information Commissioner's Office. **Guide to the General Data Protection Regulation (GDPR)**. Disponível em: <https://ico.org.uk/media/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr-1-1.pdf>. Acesso em: 08. nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Decisão da Comissão de 30 de junho de 2003 (2003/490/CE)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003D0490&from=ES>. Acesso em: 08. nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Decisão de Execução da Comissão de 21 de agosto de 2012 (2012/484/UE)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

PT/ TXT/ PDF/?u ri=CELEX: 32012D0 484& from=EN. Acesso em: 08. nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Outubro de 1995**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ PT/ TXT/ PDF/?u ri=CELEX: 31995L 0046& from=PT>. Acesso em: 11. nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de abril de 2016**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ PT/ TXT/ PDF/?u ri=CELEX: 32016 R0679& from=PT>. Acesso em: 08. nov. 2022.

TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL E OS POSSÍVEIS CONTORNOS DE UMA LEGISLAÇÃO DE DEVIDA DILIGÊNCIA EM DIREITOS HUMANOS

Beatriz Flügel Assad

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná e membro da
Clínica de Direitos Humanos da mesma instituição

Gabriel Bittencourt Bodenmuller de Oliveira

Mestrando pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Pontifícia Universidade
Católica do Paraná, e também membro da Clínica de Direitos Humanos desta
instituição

Resumo:

O presente artigo se utilizou da metodologia bibliográfica-documental e da abordagem hipotético-dedutiva para atestar se uma eventual legislação de devida diligência brasileira deveria levar em conta a realidade do país a respeito de trabalho escravo, com especial ênfase às dificuldades de seu combate no ramo agropecuário. A hipótese levantada foi a de que, por ser diferente de outros contextos de legislações de devida diligência em direitos humanos, a realidade do país deve ser alvo de detida análise sobre o ainda existente trabalho escravo para que seja efetiva. Para sua comprovação, foi apresentada a figura da devida diligência em direitos humanos como ferramenta garantidora da observância, por empresas, destes direitos no curso de suas atividades. Na sequência, foi traçado um panorama da realidade brasileira acerca do trabalho escravo, com pesquisas nacionais e internacionais apontando que apesar de sua existência em áreas urbanas e rurais, e de ser mais frequente em cidades, o trabalho escravo em meio rural é de fiscalização particularmente difícil, e tende a ser forçado a pessoas em fragilidade social, como migrantes, pessoas pobres ou com baixa escolaridade, e em trabalhos eminentemente manuais e de baixa complexidade do setor agropecuário. Após, foi avaliada a potencial relevância e eficácia da devida diligência em direitos humanos no combate à esta realidade brasileira, bem como o formato sob o qual deveria ser recepcionada pelo ordenamento jurídico doméstico. Concluiu-se pela confirmação da hipótese, e pela necessidade de uma legislação de devida diligência em direitos humanos que seja apropriada à realidade combate ao trabalho escravo agrope-

cuário no Brasil.

Palavras-chave: Brasil; Trabalho escravo; Agropecuária; Devida diligência; Direitos Humanos.

Considerações iniciais

A estrutura de proteção jurídica da dignidade atribuída a todos os humanos - os direitos humanos (Ramos, 2019, p. 140) - foi erigida sobre um sistema que os protegia frente à ação estatal, mitigando a soberania dos países, para que não pudessem violar certos direitos básicos, por meio de modelos internacionais de consenso e proteção dos direitos humanos. Este modelo foi estruturado desta maneira precisamente por este seu aspecto internacional - interações entre nações - resultando nos Estado-nação como únicos atores possíveis quanto à responsabilização por violação destes direitos (Fachin *et al*, 2016; Moraes e Pamplona, 2018), visto que eram os únicos agentes ambos responsáveis e capazes de gerenciar a vida de seus cidadãos a tal nível.

Em que pese os desenvolvimentos mais recentes do direito internacional, reconhecendo ainda outras entidades, a exemplo de órgãos internacionais, como também sendo sujeitos de direito internacional, ainda outros agentes têm sido apontados como tão relevantes que os Estados na violação direta ou indireta de direitos humanos, devido à sua crescente influência no dia a dia da sociedade moderna e seu poder sobre a mesma: as empresas (Lopes, 2014; Piovesan e Gonzaga, 2019); em especial no que concerne às dificuldades de sua responsabilização frente eventuais violações (Moraes e Pamplona, 2018; Ramos, 2020, p. 446) pois, em contrapartida à sua influência social a nível global, não são sujeitos passíveis de responsabilização internacionalmente por violações de direitos humanos (Pamplona, 2019).

Cabe, assim, pensar em qual remédio seria capaz de solucionar tal lacuna no aparato internacional protetivo dos direitos humanos. Diversas soluções têm sido discutidas, incluindo jurisdições universais, tratados internacionais vinculantes a empresas, ou responsabilizações em cadeia (Olsen e Pamplona, 2019), todas com suas dificuldades de implementação ou até mesmo limitações estruturais que poderiam impedir sua plena efetividade.

Um outro possível modelo de respeito e responsabilização pela não adequação a padrões de proteção de direitos humanos é a implementação da devida diligência em direitos humanos (United Nations, 2011). O instituto, apresentado pelos Princípios Orientadores das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos, pode ser entendido como um processo ininterrupto de prevenção de violações e de reparação daquelas que já ocorreram, se mostrando como ferramenta garantidora da observância, por empresas, dos direitos humanos no curso de suas atividades (United Nations, 2011).

A devida diligência em direitos humanos foi reconhecida pelas Nações

Unidas e pela sociedade internacional como capaz de prevenir e solucionar casos de desrespeito aos direitos humanos no curso de atividades empresariais, esclarecendo, também, as responsabilidades dos Estados e das empresas (United Nations, 2020). Tanto é que a própria ONU, após a adoção dos Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos em 2011, redigiu e publicou uma série de documentos versando sobre o instituto da devida diligência em direitos humanos (United Nations, 2011; United Nations, 2012; United Nations, 2020; United Nations, 2020).

Assim, o presente trabalho é fruto de pesquisa bibliográfica e documental (Cervo, Bervian e da Silva, 2007, p. 60) que busca atestar, pela abordagem hipotético-dedutiva (Mezzaroba e Monteiro, 2005, p. 68-70), a necessidade de que uma legislação de devida diligência em direitos humanos brasileira leve em conta a realidade do país a respeito da existência de trabalho escravo, a exemplo do ramo agropecuário.

A hipótese inicial foi a de que a realidade brasileira, por ser diferente dos contextos de outras legislações de devida diligência em direitos humanos, deve ser alvo de detida análise sobre o ainda existente trabalho escravo no país, para que seja efetiva. Por isto, o objetivo geral selecionado foi o de averiguar se o trabalho escravo rural seria um componente pertinente à eventual legislação.

Devida diligência em Direitos Humanos e o trabalho escravo no setor agropecuário brasileiro

Apesar do seu reconhecido potencial - resguardadas, é claro, as eventuais e pertinentes críticas a métodos de autoregramento de empresas -, e diferentemente do observado em países como França (République Française, 2017), Inglaterra (United Kingdom, 2015) e Holanda (Nederland, 2019), o instituto da devida diligência em direitos humanos ainda não foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Este procedimento, se e quando implementado, teria a capacidade de aumentar a efetividade do respeito dos direitos humanos por empresas, seja por tornar claras as obrigações e expectativas às empresas em relação ao tema, seja pela criação de um genuíno dever legal, ou pela imposição da obrigação vinculante pelas vias judiciais (United Nations, 2011). No entanto, sua efetividade também estaria condicionada a outro aspecto, não só sua exigibilidade judicial: o quão apta a norma estaria à realidade brasileira (Legrand, 2018).

Cumprir dizer, elementos históricos, econômicos, sociais, culturais e linguísticos devem ser observados quando da recepção do instituto da devida diligência em direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro (Legrand, 2018). Como se trata de uma ferramenta fruto de um contexto e Direito estrangeiros, inerentemente diversos daqueles do Brasil, é necessário, assim, pensar em maneiras de implementar a devida diligência em direitos humanos de forma que haja compatibilidade entre o instituto e o sistema jurídico, e que

haja completa adequação à realidade do país (Legrand, 2018). Afinal, uma - eventual - legislação brasileira, deveria ser apropriada ao próprio Brasil e suas circunstâncias materiais.

Ante o exposto e, de forma mais específica, caso uma eventual legislação nacional sobre devida diligência em direitos humanos para empresas pretenda-se efetiva à realidade do país, deve levar em conta a ainda existente operação de trabalho em condições análogas à escravidão. Mais do que isso, é preciso cautela quando da implementação do instituto, eis que somente se houver harmonia entre a realidade brasileira e uma legislação de devida diligência em direitos humanos, esta será eficaz no combate ao trabalho escravo.

O trabalho escravo, ou análogo à escravidão, é aquele realizado de maneira forçada - sob pena de sanção - ou exaustiva que exceda os limites de um trabalho aceitável, de maneira degradante ao trabalhador, ou condicionando sua remuneração, subsistência ou liberdade de locomoção à realização do trabalho; e e mais frequentemente - embora não exclusivamente - aplicado por empresas do setor privado (OIT, s.d).

Embora a luta para a abolição da escravidão seja muitas vezes entendida como um evento histórico já passado, a realidade é a de que as condições de trabalho escravo ainda existem em todas as áreas do globo (Hodal, 2019) - com a significativa diferença de que, ao menos, hoje em dia a prática é quase que universalmente repudiada e institucionalmente proibida e perseguida. Ainda assim, da mesma maneira que a população humana agora é a maior de todos os tempos, a população de escravos também o é, apesar da luta contra esta violação dos direitos humanos mais básicos das pessoas.

Desta forma, a realidade é que o trabalho escravo persiste também no país, e a luta contra este sendo um objetivo e esforço particularmente notável e - infelizmente, devido à sua necessidade - consistente, com órgãos especializados para tal; ainda a respeito do trabalho análogo à escravidão no país, estudos apontam que sua maior concentração, em números absolutos e nos últimos anos, existe em centros urbanos e majoritariamente também para trabalho em procedimentos fabris (OIT e Ministério Público do Trabalho, s.d), muito provavelmente devido à transição populacional para cidades, que concentram a maioria da população do país.

No entanto os mesmos estudos apontam que, em um comparativo de todo o período estudado desde 1995, são frequentes os eventos de descoberta de situações consistentes de trabalho escravo conexas ao no setor agropecuário - frise-se evento, em oposição à quantidade de pessoas envolvidas; mais pessoas sofrem disso em cidades, mas mais eventos separados são identificados no campo -, em especial em trabalhos de baixa complexidade ou difícil automação, com os setores bovino e açucareiro (OIT e Ministério Público do Trabalho, s.d).

Estas pesquisas apontam ainda que este tipo de trabalho escravo ocorre com maior frequência nas regiões norte e nordeste do país (OIT e Ministério Público do Trabalho, s.d), possivelmente devido à menor concentração po-

pulacional e urbana, ou até às históricas menores atenção e dedicação dadas a esta região do país por parte dos governos nacionais.

O trabalho escravo no geral também é marcado pela tendência de afetar pessoas prévia e múltiplas vezes fragilizadas, como pessoas pobres, jovens adultos, migrantes internos ou internacionais, pessoas analfabetas ou de baixa escolaridade (OIT e Ministério Público do Trabalho, s.d), mas estas circunstâncias são especialmente frequentes no trabalho escravo no setor agropecuário. Isso, somado à sua predominância em áreas distantes de centros urbanos - justamente por se tratar do setor agropecuário, uma prática inerentemente conexas ao meio rural -, e por isso mais distantes dos aparatos de fiscalização, tornam a fiscalização ainda mais difícil.

Embora imensos esforços nacionais e internacionais sejam depreendidos, a própria natureza criminosa do trabalho escravo, e do trabalho escravo em áreas rurais, em um país tão grande quanto o Brasil, tornam difíceis quaisquer processos de combate à prática. Estas características somadas - do trabalho escravo afetar pessoas já fragilizadas, ou ocorrer distante de postos de fiscalização, em áreas isoladas - tornam ainda mais difícil o dever de eliminá-las. E precisamente por isso que processos autônomos e contínuos de prevenção e reparação por violações de direitos humanos - como a proposta devida diligência em direitos humanos - poderiam aumentar a efetividade da proteção dos trabalhadores contra estes abusos.

Como descrito, o trabalho escravo é internacional e nacionalmente repudiado e perseguido; no entanto, o Estado brasileiro, que já tem dificuldades estruturais de lidar com toda sua extensão territorial e população, demanda esforços ainda mais intensos e complexos em se tratando da persecução de crimes, que são naturalmente praticados de forma a evitar a atenção das estruturas estatais.

O fato de pessoas vitimadas pelo crime de trabalho escravo com frequência sofrerem de múltiplas outras fragilidades torna ainda mais difícil que disponham de ferramentas para solicitarem auxílio ou proteção, ou que ao menos a circunstância de violação de direitos seja identificada como ilegítima por terceiros ou até pelos órgãos competentes - ou, pior ainda, torna mais prováveis falhas na aplicação do Direito e conseqüente proteção dos direitos humanos.

Por isto mesmo que as práticas de devida diligência em direitos humanos para empresas, se devidamente implementadas e cumpridas por estas, teriam a conseqüência óbvia de proteção dos direitos humanos contra o trabalho escravo ou forçado. Mas, além disso, a existência de deveres legais juridicamente vinculantes e exigíveis, bem como aparatos pré-estabelecidos e já organizados de acompanhamento e verificação de violações, poderiam facilitar a implementação e exigência, ambos por empresas privadas e órgãos públicos de controle e verificação, do cumprimento destas proteções e de responsabilização e eventual reparação.

Situações minimamente semelhantes de acordos prévios com entidades

fiscalizadoras já são utilizadas, e parecem tornar em alguma medida mais eficazes os esforços fiscalizatórios. Um exemplo disso - guardadas as devidas proporções e diferenças - é o chamado “TAC da carne” ou programa “carne legal”. Neste episódio, o Ministério Público Federal realizou termos de ajuste de conduta - TACs - com empresas do ramo de abate bovino para estabelecer critérios obrigatórios de respeito ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas e à erradicação do trabalho escravo - bem como a estruturação de métodos de fiscalização para estas empresas em específico, e as severas consequências caso o acordo não fosse cumprido (Ministério Público Federal, s.d).

Se práticas como esta já estão em uso e parecem ter alguma efetividade no Brasil, e reforçam a necessidade de particular cuidado com a operação de entidades privadas e o uso do trabalho escravo no setor agropecuário, a elaboração de uma legislação nacional clara, uniforme e obrigatória a respeito de devida diligência em direitos humanos - caso tivesse especial cuidado na tratativa do trabalho escravo neste setor econômico - poderia facilitar e preventivamente organizar sistemas de fiscalização e responsabilização a respeito do tema no país.

Cumprir mencionar ainda que o instituto da devida diligência em direitos humanos possui como característica a cíclica e completa análise da cadeia de produção, combatendo não só violações já existentes aos direitos humanos, mas também prevenindo e mitigando possíveis e futuras violações. Se presta o instituto, portanto, a remodelar de forma integral a maneira como as empresas encaram o seu impacto e a sua responsabilidade perante os direitos humanos no curso de suas atividades. E é justamente esse o diferencial do instituto da devida diligência em direitos humanos se comparado a outras formas de responsabilização de empresas por violações: as empresas podem ser responsabilizadas não só pelas violações, mas também pela não adoção de processos cíclicos e contínuos de devida diligência. É um alargamento do rol de responsabilidades.

Embora a consequência de eventual implementação de legislação neste sentido provavelmente não seja a eliminação por completo do trabalho escravo no país, sua diminuição já é objetivo suficiente, funcionando para tornar mais efetivo o aproveitamento dos direitos acordados como mínimos e inerentes a todas as pessoas. Mesmo a mera diminuição da prática já seria, por si só, uma vitória conquistada.

E é precisamente porque uma normativa destas teria o condão de tornar mais efetiva, e em consequência, contribuir com a luta para a erradicação de trabalhos forçados no país, é que argumenta-se que legislações a respeito do tema deveriam se adequar à realidade do país, e levar em conta suas características e lutas próprias.

Conclusão

Os direitos humanos necessitam de aplicabilidade para que de fato pro-

tejam as pessoas humanas a que se propõem. Para que exista aplicabilidade material desses direitos, foi estruturado um modelo que mitigaria a soberania das entidades unicamente poderosas e capacitadas, à época, de discutí-los e implementá-los, bem como violá-los: os Estados. Da mesma maneira que os direitos humanos - assim como o Direito em geral - dependem de sistema de operabilização, o aproximado inverso é verdade, de que os sistemas precisam continuamente atualizar seu escopo e base teórica para cumprir seus objetivos ao longo das mudanças da história. Daí surge a problemática da realidade material - de que empresas afetam os direitos humanos - *versus* a estrutura formal como está posta - de que tão somente Estados são responsáveis e responsabilizável por direitos humanos.

Desta maneira, um ponto possível de resolução - ou, ao menos, melhoria - dos problemas concernentes à não obrigatoriedade de respeito e a impossibilidade de responsabilização de empresas em relação aos direitos humanos (Fachin *et al*, 2016; Moraes e Pamplona, 2018), seria a devida diligência em direitos humanos obrigatória no tema, implementada por legislação nacional. Uma codificação do tema tornaria sua aplicação mais simples e clara, com a definição dos parâmetros esperados, e mais efetiva, com a exigibilidade legal e judicial da aplicação destes mesmos parâmetros pelas empresas.

Na mesma medida em que deveriam ser debatidas novas soluções para os novos desenvolvimentos a respeito de quem são os sujeitos responsabilizável por violações de direitos humanos, devem também ser debatidas novas legislações, quando são importadas de contextos e realidades diferentes, para que se adequem ao país em que pretendem ser implementadas.

Por isto uma lei que viesse a lidar com o assunto também deveria, se pretende ser efetiva à realidade do país, levar em conta esta realidade e se moldar de maneira a melhor enfrentá-la (Legrand, 2018), para que fosse realmente compatível com o país, e genuína expressão de sua própria experiência sócio-histórica, e não mera importação de ferramenta jurídica estrangeira, levando em conta circunstâncias que lhe sejam particulares, a exemplo de seu combate ao trabalho escravo.

Este trabalho forçado e coagido, que viola alguns dos princípios e valores de direitos humanos mais básicos, e que geralmente afeta pessoas em situações pré-existentes de insegurança, é mais frequentemente usado por entidades privadas, e é de fiscalização e responsabilização particularmente difíceis quando operado no setor agropecuário - devido às suas características rurais e que acentuam ainda mais as fragilidades pré-existentes das pessoas comumente afetadas (OIT e Ministério Público do Trabalho, s.d; OIT, s.d).

O Estado, na tentativa de facilitar e tornar mais efetivo o combate a esta prática, tem inclusive utilizado de acordos que facilitam e tornam mais claras as obrigações e responsabilidades de empresas que se utilizam desta forma de trabalho (Ministério Público Federal, s.d).

Por todo o exposto, o presente trabalho serve para identificar a realidade e persistência do trabalho escravo no país, em especial no que diz respei-

to a este trabalho no setor agropecuário, bem como suas características. Por isso, aparenta confirmada a hipótese; de fato, a realidade brasileira difere de outros contextos no que diz respeito ao trabalho forçado, e esta constatação aponta na necessidade de que uma eventual legislação de devida diligência em direitos humanos deve levar a realidade do próprio país em conta para que seja verdadeiramente efetiva, e caso se propusesse a melhor reger a operação de empresas do setor que usem de trabalho forçado, seria capaz de imprimir maior efetividade no combate a estas práticas, e no aproveitamento genuíno dos direitos humanos de sua população.

Referências

ASSIS, Vinicius de; PAMPLONA, Danielle Anne. Princípios orientadores das Nações Unidas e a complexidade de proteção e respeito aos direitos humanos no combate ao trabalho escravo no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.14, n.1, 1o quadrimestre de 2019. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica.

BRASIL, Ministério do Trabalho. **Radar SIT - Paineis de Informações e Estatísticas da Inspeção do Trabalho no Brasil**. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar>.

CANTÚ RIVERA, Humberto; LÓPEZ, Miguel Barbosa. La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial. 3 jul. 2020. **Diálogo Derechos Humanos**. Disponível em: [La Unión Europea y su camino hacia una ley sobre debida diligencia empresarial \(dialogoderechoshumanos.com\)](http://LaUniónEuropea.org).

CERVO, A. L.; BERVIAN, P; DA SILVA, R. **Metodologia Científica**. Pearson, São Paulo, 6ª. ed., 2007.

FACHIN, M. G; *et al.* **Ponto cego do direito internacional dos direitos humanos: uma superação do paradigma estatocrêntrico e a responsabilidade internacional de empresas violadoras de direitos humanos**. Homa Publica - Revista Internacional de Direitos Humanos e Empresas, v. 1, n. 1, p. e:004, 30 nov. 2016. Disponível em: <https://periodicos.ufjf.br/index.php/HOMA/article/view/30423>.

HODAL, Kate. **One in 200 people is a slave. Why?**. The Guardian, fev. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/news/2019/feb/25/modern-slavery-trafficking-persons-one-in-200>.

LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Tradução de Daniel W. Hachem. São Paulo, Editora Contracorrente, 2018.

LOPES, Raphaela de Araujo Lima. **A responsabilização de Empresas Transnacionais por violações a Direitos Humanos sob a perspectiva do Direito Internacional**, In: Encontro Nacional do CONPEDI, XXIII, 2014, Florianópolis, CONPEDI, págs. 123 a 138. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufsc/livro.php?gt=53>.

MARTIN-ORTEGA, Olga. **Human Rights Due Diligence for Corporations: From Voluntary Standards to Hard Law at Last?**. Netherlands Quarterly of Human Rights, v. 32, n 1, 2014.

MEZZAROBA, O.; MONTEIRO, C. S. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. Saraiva, 5ª ed., 2005.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Carne Legal**. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/am/carne-legal>.

MORAES, Patricia Almeida de; PAMPLONA, Danielle Anne. **Violação de direitos humanos por multinacionais: a atuação dos estados e das empresas**. Revista Direito Empresarial (Curitiba), v. 15, p. 173-194, 2018.

NEDERLAND, MINISTER VOOR BUITENLANDSE HANDEL EN ONTWIKKELINGSSAMENWERKING. **Wet zorgplicht kinderarbeid**. Disponível em: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2019-401.html> .

OLSEN, Ana Carolina; PAMPLONA, Danielle Anne. **Violações a Direitos Humanos por empresas transnacionais na América Latina: Perspectivas De Responsabilização**. Revista Direitos Humanos e Democracia, v. 7, n. 13, p. 129-151, 13 set. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/direitoshumanosedemocracia/article/view/8496>.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **O trabalho forçado no Brasil**. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/WCMS_393066/lang-pt/index.htm.

OIT, Organização Internacional do Trabalho; Brasil, Ministério Público do Trabalho. **Smartlab - Observatório da erradicação do trabalho escravo e tráfico de pessoas no Brasil**. Disponível em: <https://smartlabbr.org/trabalhoescravo>.

PAMPLONA, Danielle Anne. **Um projeto comum para América Latina e o impacto das empresas em direitos humanos**. Revista Brasileira de Políticas Públicas (RBPP), v. 9, p. 287, 2019.

PIOVESAN, Flávia Cristina; GONZAGA, Victoriana. **Empresas e direitos humanos: desafios e perspectivas à luz do direito internacional dos direitos humanos**. R. Trib. Reg. Fed. 1a Região, v. 31, n. 1. Brasília, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 7. ed., 2020.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre**. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORF-TEXT000034290626/> .

UNITED KINGDOM. **Modern Slavery Act 2015**. Section 54. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/part/6/enacted> .

UNITED NATIONS. **Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework**. 2011. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf.

UNITED NATIONS. **Mandatory Human Rights Due Diligence Regimes Some Key Considerations**. OHC. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Key_Considerations.pdf.

UNITED NATIONS. **The corporate responsibility to respect human rights: An Interpretive Guide. Office of the Right Commissioner, HR/PUB/12/02.** 2012. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/publications/hr.puB.12.2_en.pdf.

UNITED NATIONS. **UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies.** OHC. 2020. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf.

A CASSAÇÃO DE MANDATO ELETIVO POR QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR: A “EXCEÇÃO NORMATIVA” NA SUA FORMATAÇÃO *IN CONCRETO* E AS IMPLICAÇÕES NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E POLÍTICOS

Larissa de Moura Guerra Almeida

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC Minas. Doutoranda em Direito (Constitucionalismo Democrático), PUC Minas. Bolsista CAPES PROEX/Taxa (Cód. Financiamento 001). Mestre *cum laude* e Especialista em Direito Público, PUC Minas. Advogada e Professora de Direito Constitucional, Administrativo e Eleitoral

Resumo:

O presente artigo visa tecer reflexões sobre o decoro parlamentar, que, pelo discurso da ética e da moralização da política, tem motivado a instauração de processos político-administrativos, levando à cassação de mandato eletivo, que consubstancia o exercício e efetivação de direitos políticos constitucionalmente previstos, e, por via de consequência, direitos humanos. A conceituação do decoro parlamentar *in concreto* e diversificada, elaborada pelas Casas Legislativas em processos internos de investigação e disciplinares, sequer com contornos especificados em lei, leva a uma “exceção normativa”, em que se subtrai direitos políticos fundamentais via atos subjetivos de uma autoridade, sob o discurso da moralização política que urge ao combate à corrupção. Haja vista a não definição legal do conceito de decoro parlamentar, que é restritamente submetido ao crivo político e subjetivo das mesmas autoridades que procederão ao julgamento do suposto infrator, resta caracterizado um estado de exceção no Estado Democrático de Direito, à luz da teoria de Giorgio Agamben, autorizando-se a cassação de um direito político constitucional a partir de preceitos subjetivos dos próprios julgadores definidos em concreto - o que se mostra incompatível ao ideal democrático perseguido na contemporaneidade.

Palavras-chave: Decoro parlamentar; Ética na Administração Pública; Cassação de mandato eletivo; Estado de exceção; Direitos Humanos e políticos.

Introdução

O advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) imprimiu um ideal democrático, emancipando, de uma forma ou de outra, a participação popular, bem como estabelecendo diretrizes normativas a regerem e limitarem a atuação dos agentes políticos, como a ética e o princípio da moralidade administrativa.

Indubitavelmente, a ética, mormente pelo princípio da moralidade administrativa, tem norteado as decisões e as condutas a serem adotadas no âmbito da Administração Pública, seja internamente nas instituições públicas seja, principalmente, quanto aos agentes políticos a ingressarem no mandato e aos que se encontram em exercício.

Nos últimos anos, a exigência por uma conduta proba e idônea por parte dos agentes políticos adquiriu tal relevância que alterou a realidade social, modificando o papel dos órgãos e das instituições fiscalizadoras do Estado, culminando em um cenário de combate exacerbado à corrupção e à improbidade administrativa - o que se observa, entre outros, da descrença popular nas instituições e nos agentes públicos, da visível atuação do Ministério Público, das transformações promovidas pela chamada Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010) e dos paradigmáticos processos político-administrativos instaurados nas casas legislativas federais, que chegam a considerar circunstâncias ocorridas anteriores ao exercício do mandato como causas que afetam o decoro parlamentar.

Na seara de processos político-administrativos instaurados perante o Poder Legislativo, há um esforço argumentativo em se enquadrarem na violação do decoro parlamentar fatos e atos ocorridos anteriormente e alheios ao exercício do mandato eletivo, traduzindo a relevância que adquiriu a ética na Administração Pública, enquanto condição de ingresso e manutenção no cargo político, visto que os eleitos encontram na lei o seu limite e lhes é atribuída a responsabilidade por seus atos.

A possibilidade de controle e fiscalização, mediante processo político-administrativo que venha a resultar em perda de mandato em face de agente político, com base na quebra de decoro parlamentar, tem despertado a necessidade de reflexão no cenário brasileiro. Se, por um lado, a postura de grande parte dos agentes políticos não tem atendido às expectativas sociais no cumprimento de seus deveres legais; por outro, até que ponto o Legislativo se utiliza do decoro parlamentar para legitimar o controle e a perda de um mandato eletivo, especialmente quando se trata da averiguação da prática de irregularidades perpetradas por seus membros ou pelo chefe do Poder Executivo, imputando falta de ética e ofensa à moralidade administrativa?

Observa-se no cenário político nacional e mundial se difundir um movimento para se afastar da esfera pública políticos ímprobos e não detentores de idoneidade, sendo considerada ainda sua vida pregressa. Assim, propõe-se tecer breves reflexões quanto a conceituação de institutos jurídicos não me-

diante a atividade legislativa primária (lei em sentido formal), mas principalmente por atos regulamentares ou sequer por qualquer espécie normativa, tão somente estabelecendo critérios de julgamento no bojo de um processo, com normas procedimentais criadas pelas autoridades julgadoras, de efeitos concretos, para tolher direitos humanos.

A partir de pesquisa bibliográfica, cujo método dedutivo fundamenta a análise, desde legislações à literatura jurídica, analisar-se-á a relevância na proteção dos direitos humanos, em especial os direitos políticos dos exercentes de mandato eletivo, face à temeridade de preceitos subjetivos na elaboração do que seja decoro parlamentar e, conseqüentemente, a sua violação. Isso permite à autoridade legislativa amoldar o critério de julgamento a pensamentos e circunstâncias políticas, sob a roupagem do combate à corrupção e resgate da moralidade administrativa. Discurso como este aproxima agendas de estados totalitários, segundo Giorgio Agamben em *Estado de Exceção* (2004), possibilitando o sobrestamento de uma garantia até mesmo constitucional (direito de exercer um mandato para o qual foi democraticamente eleito) via subjetividade empregada no conceito de decoro parlamentar para a cassação de um mandato eletivo.

Ética e política: impressões de Giorgio Agamben e a ética na Administração Pública no Brasil

Desde Sócrates a Immanuel Kant (RUSSELL, 2015; ROHLF, 2016) - filósofos de grande importância para o pensamento contemporâneo -, a ética desempenha papel relevante na análise do pensar e do agir humano e, logo, também na política e no direito. Se a ética é pensada a partir do homem, este - sendo o “animal político” que busca na comunidade o alcance de sua completude, segundo Aristóteles (ARISTÓTELES, 2005; CHAUI, 2010, p. 172) -, para o convívio em sociedade, depende de leis e ordem para a coexistência pacífica, sendo reproduzidos no direito os valores éticos e morais caros à coletividade, cujos preceitos devem guiar a política.

No que toca à política, a ética se relaciona ao empenho na realização do bem comum. No entendimento dos filósofos clássicos, o estudo de ambas não era dissociado, embora atualmente prepondera a visão de política ligada às relações de poder, mais como meio do que como fim em si mesmo, distante de qualquer consideração de natureza ética. Ainda assim, a ética guarda relação com as questões políticas e o bem da coletividade, o que afeta a esfera pública e orienta as decisões daqueles que se encontram investidos de poder e autoridade.

No Brasil, tendo em vista o cenário de escândalos de corrupção, improbidade administrativa, extorsão, ineficiência, entre outras mazelas que permeiam as instâncias governamentais, a ética tem tangenciado os espaços da Administração Pública. Ela assume posição de destaque na verificação dos serviços públicos, bem como da atuação dos agentes públicos em geral, no

que diz respeito aos princípios fundamentais que regem a esfera pública, definidos e invocados pela Carta Política - a qual ampara os valores morais da boa conduta no trato da coisa pública, como se observa nos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, esculpidos no artigo 37 da CRFB/1988 (BRASIL, 1988).

Em face do contexto político-social, a ética está mais do que nunca presente nos debates a respeito do comportamento humano e nos seus reflexos na esfera pública, sendo seu estudo necessário em decorrência da necessidade de as pessoas orientarem seu comportamento de acordo com a nova realidade que se vislumbra diariamente na vida social.

É cediço que o ser humano não é um mero cumpridor de normas ou etiquetas sociais, e a ética busca alcançar a razão de ser dos comportamentos, para assim norteá-los. Quanto à política, considerando que cabe ao homem praticá-la, relaciona-se com a ética pelo uso do poder.

Neste ponto, Giorgio Agamben faz incursões pertinentes, precipuamente quando os indivíduos projetam no coletivo as suas aspirações e expectativas, e esperam daqueles investidos de autoridade um comportamento com reflexo do bem comum - o que Kant já pontuava (RUSSEL, 2015, p. 612-613). Para Agamben (2008), no que diz respeito à ética, o agir para as pessoas depende de um sistema de preceitos e crenças prefixado, e, assim, agiria bem apenas quem tem uma série de princípios com que se deve conformar, nos moldes do modelo kantiano, que define a ética como dever de obedecer a uma lei.

A ética, construída por uma sociedade com base nos valores históricos e culturais, ainda que forneça tais valores sociais para o direito (visto que antecede qualquer lei ou código), com ele não se confunde, pois não implica culpa ou responsabilidade, algo que é da alçada do direito (AGAMBEN, 2008). Tal incursão de Agamben (2008) fornece uma consideração importante: diante da confusão entre categorias éticas e categorias jurídicas, o que opera sobre o cotidiano e se identifica como culpa, responsabilidade, inocência, absolvição etc., trata-se de formas normativas de a moral recair sobre a conduta do sujeito, a partir do que o direito estabelece.

Logo, descortina-se a possibilidade de se enxergarem o direito e a exceção a ele: havendo o predomínio da norma sobre a ética, caso o enunciado normativo se encontre aberto ou apresente conceitos não estritamente definidos, é dada ao intérprete a faculdade de aplicar a norma, conforme sua própria ética. Assim, a ética não significaria obedecer a um dever, mas inserir no processo argumentativo o que se acredita, o que se pensa ou o que se diz - uma relação entre subjetividade e ética. Em um cenário político, cuja grande preocupação se desloca para os agentes políticos eleitos e ao uso indevido do poder, além das distorções causadas pela priorização de interesses particulares em detrimento de um interesse público, tal lógica se torna perniciosa.

Em termos de Brasil, no âmbito da Administração Pública, a ética tem se manifestado pela incidência dos princípios constitucionais, mormente a

moralidade administrativa, atrelada às concepções de lealdade, honestidade e boa-fé com a coisa pública, abrangendo não apenas os servidores públicos, mas principalmente a conduta dos agentes políticos exercentes de mandato eletivo, que se tornam o alvo do controle social. Dessa forma, ante a descrença nas instituições públicas em decorrência da má atuação de muitos agentes políticos (corrupção, improbidade administrativa, desvio de recursos públicos), a ética passa a ser vista como um dos caminhos importantes para a retomada da credibilidade da Administração Pública.

Estando diretamente relacionada com a conduta dos agentes políticos que exercem o *mínus* público democraticamente conferido, a ética na Administração Pública preceitua que tais indivíduos devem agir conforme um padrão ético, exibindo valores morais como a boa-fé e outros princípios necessários para uma vida saudável no seio da sociedade. Isso porque, uma vez eleito para um cargo público, a sociedade deposita no eleito a confiança e espera que ele cumpra um padrão ético.

De igual forma, os agentes políticos e os servidores públicos devem assumir o compromisso de promover a igualdade social, de lutar para a criação de empregos, de desenvolver a cidadania e de robustecer a democracia. Para tanto, devem estar preparados para pôr em prática certas virtudes que beneficiem o país e a comunidade em nível social, econômico e político.

Em se tratando de ética e moralidade na esfera pública, impõe-se a reivindicação de um grau de generalidade, segundo o qual o julgamento decorrente do controle da atuação do agente público resulte de critérios objetivos e públicos, e não de um ato individual e privado (ainda que se manifeste em um órgão colegiado).

Sabe-se que ao agente público, máxime ao agente político, não é permitido atuar, desprezando o elemento ético de sua conduta. Conquanto como membro da Administração Pública venha a estar em linha tênue com a legalidade, os valores morais e os padrões éticos alocados no tempo e no espaço do meio social em que está inserido nortearão a prática dos atos administrativos no trato da coisa pública.

Nesse sentido, a ética não apenas orienta a atuação dos agentes públicos, como torna-se imperativo ser cumprida, sob pena de perda da função pública e suspensão dos direitos políticos. A exemplo, tem-se a configuração da prática de ato de improbidade administrativa, por violação dos princípios da Administração Pública (artigo 11, Lei Federal nº 8.429/1992); o crime de prevaricação, por ofensa ao princípio da impessoalidade (artigo 319, Decreto-Lei nº 2.848/1940, Código Penal), vez que o agente viola seu dever funcional para satisfazer interesse pessoal; e, no plano do Poder Legislativo, a falta ou a quebra de decoro parlamentar, por conduta incompatível com a dignidade do cargo ou da Casa Legislativa - objeto de estudo desta pesquisa.

Contudo, afora a ética permear o decoro parlamentar, sendo, inclusive, argumento para fundamentar padrões de conduta a serem avaliados pela Casa Legislativa a qual pertença o parlamentar, respaldando a cassação de mandato

eletivo que a desrespeite, o instituto do decoro não é delimitado estritamente na legislação brasileira, tratando-se de conceito aberto e abstrato, que carece de determinação quando da análise de um caso concreto, em que se permite o uso do instituto como mecanismo de estado de exceção.

O decoro parlamentar e o Estado de Exceção

O debate em torno da ética na política é recorrente em contextos de denúncias de corrupção e irregularidades em meio à esfera pública. Nessas ocasiões, a discussão sobre ética e, mais frequentemente, ética parlamentar se insatura em meio à assimetria política, de condutas ou de opiniões, dos membros do Legislativo. O agir eticamente no âmbito da Administração Pública, em senso comum, implica na boa conduta dos agentes públicos de forma digna e coerente com seus cargos e funções, distinguindo-se os interesses particulares dos coletivos, em especial pela separação entre a pessoa e o cargo que exerce.

Ainda que a ética não seja o decoro propriamente dito, este se vale de conceitos e princípios éticos para estabelecer padrões de comportamento esperados dos parlamentares, compatíveis com a dignidade do Poder Legislativo, fazendo-se imprescindível uma reflexão ética em dispositivos concretos da vida política. Nesse aspecto, a concepção ética passaria aos contornos do “dever ser”, visto que o decoro parlamentar seria uma conduta a ser assumida por todos aqueles na condição de exercê-lo, em que cada indivíduo teria de apresentar um sujeito moral portador de direitos e deveres.

A linguagem jurídica não muito se distancia do sentido denotativo, tendo as Constituições brasileiras incorporado o sentido ao significado normativo, conferindo ao decoro uma roupagem constitucional, no que tange ao Poder Legislativo. Em se tratando de decoro parlamentar, o vocábulo associa-se ao comportamento, vale dizer, seriedade na conduta e respeito às boas maneiras junto ao Parlamento. Assim, pode-se extrair que o ato indecoroso, incompatível com o decoro parlamentar, é aquele cuja natureza viola o padrão ético e os valores morais da coletividade, vindo a comprometer a visão que o corpo social faz do Poder Legislativo. Nesse raciocínio, a prática de condutas impróprias por parlamentares, além das consequências imediatas para o próprio indivíduo, carrega como efeito colateral dano direto à imagem do Parlamento.

O instituto do decoro parlamentar não é algo tão remoto no direito brasileiro, tendo sido inserido no Texto Constitucional a partir de 1946 (VILLA, 2011, p. 63), e, posteriormente, nos Códigos de Ética e Decoro Parlamentar das casas legislativas, com o intuito de minimamente impedir condutas consideradas incompatíveis com o cargo exercido, perante valores e posturas necessários aos parlamentares para exercício do mandato eletivo.

No entanto, por inexistir os contornos e limites à definição do instituto - já que o ordenamento jurídico não traz a sua definição específica - o decoro parlamentar tem seu conteúdo semântico construído *in concreto* pelos próprios julgadores daqueles que irão se submeter ao processamento de perda de man-

dato eletivo.

Em sua obra *Estado de exceção* (2004), Agamben perpassa sua análise desde os governos ditatoriais até os denominados Estados democráticos, examinando o estado de exceção no Senado Romano, na Revolução Francesa, na Primeira e na Segunda Guerras Mundiais, e por fim nos eventos do 11 de Setembro de 2001 nos Estados Unidos da América. Com isso define o estado de exceção como um paradigma de governo na política contemporânea, “como um patamar de indeterminação entre democracia e absolutismo” (AGAMBEN, 2004, p. 13).

Agamben desenvolve uma reflexão a respeito do espaço, que pode direcionar as ações, tendo como objetivo a garantia dos direitos, pelo Estado, e a política (espaço que dirige essas ações para essa garantia de direitos). Com base nas concepções de Carl Schmitt e de Walter Benjamin sobre estado de exceção, direito e violência, Agamben salienta a dificuldade em se construir o conceito de estado de exceção. E inicia assim suas reflexões com o regime nazista de Adolf Hitler, que, vestido de legalidade ao assumir como chefe de governo nos termos da Constituição de Weimar, determinou a suspensão da aplicação de disposições constitucionais, por meio de decreto - o que instaura uma espécie de limbo, na medida em que, na vigência da Constituição, tem-se um sobrestamento da ordem jurídica vigente, instalando-se um regime de exceção (AGAMBEN, 2004, p. 12-13).

Agamben segue demonstrando que o estado de exceção tem se tornado uma realidade paradigmática para a compreensão de uma série de práticas político-governamentais, em um primeiro momento, sob o argumento da excepcionalidade, mas que gradualmente são utilizadas como regra, configurando o que o autor denomina de “estado de exceção permanente”. Quando a exceção se torna regra, oportuniza-se o alcance à vida nua, a vida humana exposta ao constante risco da vulnerabilidade, produto das intervenções e da lógica do poder soberano que, em verdade, investe sobre ela e a determina desde a origem (AGAMBEN, 2004, p. 18).

Ao realizar o resgate histórico do conceito de estado de exceção, Agamben, no capítulo segundo, “Força de *teĩ*” (tachado no original), destaca a contradição em torno da palavra “lei”, indicando que, no estado de exceção, a força existe a partir da suspensão da aplicação do direito. Ou seja, a norma se aplica à exceção, não se aplicando.

Partindo-se das contribuições de Jacques Derrida, no livro *Força de lei: o fundamento místico da autoridade* (2010), em que indaga sobre o sentido místico da autoridade, na qual “as leis são respeitadas não por sua justiça, mas porque são leis” (DERRIDA, 2010, p. 21), tem-se que as leis são cumpridas em razão do “crédito que repousa sobre o caráter místico de sua autoridade” - o que faz com que, constantemente, os governantes, em especial os autoritários, busquem o fundamento da legalidade para legitimar os atos de violência pelo direito. Ou seja, a legalidade se traduz automaticamente por legitimidade. E ordem se traduz por normalidade, por aquilo que se acata e aceita, sem se

questionar.

Em meios a essas linhas, Derrida entende que a história da fundação do direito é um ato de linguagem e, portanto, uma camada textual interpretável e moldável pela história do direito. E, como texto, passível de desconstrução (DERRIDA, 2010, p. 26). O direito se funda por um ato de força; estabelece-se como um pacto de forças políticas dominantes, sendo tanto uma força autorizada quanto a autorização da força. Logo, diante de um cenário em que há a suspensão do direito sem prejuízo de sua existência, mas que os atos são praticados em caráter excepcional, com respaldo na própria lei, tem-se um espaço vazio de direito, “um não lugar absoluto” (AGAMBEN, 2004, p. 79).

Ao conceber uma relação entre o direito e a violência, Agamben constata que a lei, uma vez criada com o fito de conter a violência, traz em seu cerne a possibilidade de suspensão dos direitos legalmente assegurados, admitindo uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna estrutura jurídico-política imposta ou mesmo estabelecida, com permissão da própria sociedade, em face do conteúdo da norma constitucional vigente.

Por conseguinte, a suspensão do direito, a despeito de pressupor uma situação provisória e temporária, viabiliza um estado de exceção permanente. Isso porque o próprio estado de direito ampara a supressão de direitos em determinadas situações assim entendidas como fora da normalidade, dado que a interpretação da norma é entregue ao intérprete, que pode, na vigência de uma ordem jurídica, determinar qual o direito a ser ou não aplicado - em que se observa que o estado de exceção se encontra introyetado mesmo nos Estados democráticos.

Diante disso, a imprecisão do conceito de decoro parlamentar, cuja violação é causa de cassação de mandato eletivo, permite aos membros em exercício do Poder Legislativo amoldar o critério de julgamento a pensamentos e circunstâncias políticas subjetivas, sob o argumento de combate à corrupção e da necessidade de se afastar do Poder Público aqueles que não detêm idoneidade administrativa. A definição em concreto de decoro parlamentar entrega ao parlamentar intérprete o papel de estabelecer os contornos de incidência da norma, bem como da sanção diante do seu descumprimento. Como dito, se a norma não define a sua própria aplicação, confere-se ao intérprete tal tarefa, entregando-lhe a decisão, um espaço de arbítrio, presente no processo subjetivo de interpretação, visto que nem o intérprete nem a linguagem gozam de neutralidade estrita - o que resulta na disfuncionalidade do conceito em se ajustar às eventuais pretensões dos membros da Casa Legislativa, a fim de alicerçar decisões com argumentos não propriamente técnicos.

A postura das Casas Legislativas, diante às denúncias e aos processos político-administrativos de parlamentares processados e julgados por fatos anteriores ao exercício do mandato eletivo, demonstra o risco de o critério de julgamento ser elaborado em concreto pelos próprios julgadores. A falta de decoro parlamentar é elevada ao mais alto grau, firmando-se o entendimento no sentido de serem possíveis a investigação, o processamento e o julgamento

de parlamentar por fato anterior à posse do mandato eletivo, podendo vir a resultar na sua perda.

Tal “legalidade autoritária”, legitimada pela persecução de processos político-administrativos previstos em lei e em códigos de ética e decoro parlamentar, torna o combate à corrupção e à improbidade administrativa pauta permanente do Estado, ditando o sistema de governo. Nisso, a exceção se torna a regra: um dispositivo, previsto para situações de irregularidade, como o controle pelo decoro parlamentar, passa a ser instrumento incisivo de fiscalização constante, tendo sua formatação a partir do caso em concreto. Isso permite manter a união entre a carência da autoridade pela norma para validá-la ou suspendê-la e a necessidade da norma por uma autoridade para ser aplicada pelo controle da instância legislativa ao arbítrio de um grupo dominante, o qual é fortalecido pela possibilidade de ilimitadas candidaturas dos mesmos agentes políticos autorizadas pelo sistema eleitoral, o que contribui para o enfraquecimento do Poder Legislativo, diante da descrença popular resultante da má atuação de agentes políticos inidôneos.

Considerações finais: a definição em concreto do critério de decoro parlamentar e o estado de exceção velado na legalidade do processo político-administrativo

Nos moldes republicanos imprimidos na Constituição de 1988, a regra é a de que os mandatos democraticamente conferidos nas urnas cheguem a termo pelo decurso dos quatro anos. Logo, a cassação e a extinção desses mandatos eletivos somente poderão advir em situações excepcionalíssimas, por se tratar de direito político atrelado à capacidade eleitoral passiva dos cidadãos, ou seja, de ser eleito.

Sendo o decoro parlamentar construído a partir da conduta incompatível com a dignidade e a honra do Poder Legislativo, a definição em concreto permite alto grau de discricionariedade política por parte dos membros do Parlamento, que poderão dispor de certa liberdade na conceituação do instituto, de acordo com o que, em “juízo político”, seja considerado ato indecoroso.

Nesse cenário, para fins de investigação e decretação de perda do mandato por quebra do decoro parlamentar, o critério de julgamento é construído segundo a subjetividade dos próprios julgadores. À luz da teoria exposta por Agamben (2004), isso se traduz em um instrumento de estado de exceção inserido no estado de direito, o qual ampara a supressão de direitos em determinadas situações entendidas como fora da normalidade - no caso, a necessidade de se expurgar da comunhão parlamentar e do âmbito de convívio do Poder Legislativo aquele que apresenta comportamento indigno e desrespeitoso ao *mínus* público exercido pelo Parlamento -, suspendendo-se a legalidade de preexistência de critérios objetivos, para enquadramento aberto em “quebra de decoro parlamentar”.

Note-se, portanto, ser inconcussa a possibilidade de se investigar, processar e julgar parlamentares por fato anterior ao mandato eletivo - até mesmo fato que não guarde relação com o mandato, bastando que seja ilícito tanto no momento em que fora praticado quanto ao tempo de ciência e averiguação pelo Legislativo -, com instauração de processo político-administrativo por falta de decoro parlamentar, vindo a culminar na perda do mandato, ante a não apresentação de condutas condigna e idônea exigidas para o exercício do cargo político.

Todavia, ainda que o decoro parlamentar esteja envolto da ética e da moralidade administrativa, e sua definição se dê em concreto, sua concepção não pode se atrelar a subjetividades dos membros do Poder Legislativo, a ponto de restar sob o poderio de um grupo dominante a sujeição daqueles que democraticamente lhes foram conferidos mandatos.

Ressalta Aragão (2007), ainda, a similaridade do decoro parlamentar com a probidade administrativa, atinente à Administração Pública, destacando que o decoro parlamentar, como instituto constitucional, “prescreve que este não pode sobrepor interesses pessoais aos do Congresso Nacional; que não pode se prevalecer de sua posição para obter vantagens lícitas ou não” (ARAGÃO, 2007, p. 65).

Apesar da concessão do mandato eletivo se dar mediante a participação popular pelo processo eleitoral, as causas de perda e extinção do mandato parlamentar não envolvem a deliberação popular, perfazendo-se pela democracia representativa, ou seja, de forma indireta. Desse modo, são os próprios parlamentares que hão de promover a representação da sociedade, a elaboração da legislação nacional e o controle e a fiscalização das instituições e órgãos públicos.

A despeito de haver parlamentares que, de fato, praticaram irregularidades graves e que, por vezes, tais condutas também se configuraram crimes, não se pode admitir que um instrumento criado pelo Texto Constitucional, para a proteção de uma das funções mais relevantes do Estado materializada no Poder Legislativo, venha a ser utilizado de forma a subsidiar perseguições políticas, dada à abertura do conceito de decoro parlamentar. Isso porque não se pode olvidar que a perda de mandato por conduta incompatível com o decoro parlamentar (artigo 55, inciso II, §1º, CRFB/1988) é hipótese excepcional, e em todo e qualquer processo interpretativo, sobretudo em institutos em que a norma permite abertura (como é o caso do decoro parlamentar), há parcela de apreciação individual e de arbitrariedade.

No aspecto interpretativo, Tércio Sampaio Ferraz Júnior (2003), ao tratar dos métodos e tipos dogmáticos de interpretação, ressalta que, nas situações em que se têm conceitos valorativos que carregam certa imprecisão, como é o caso do decoro parlamentar, faz-se necessária interpretação histórica, sociológica e evolutiva, cujo processo possibilita, “por via interpretativa, conferir-se ao conceito um contorno genérico” (FERRAZ JÚNIOR, 2003, p. 282-283).

O processo político-administrativo a ser instaurado para fins de aplicação de penalidade a atos atentatórios e incompatíveis ao decoro parlamentar não pode ser meio de violação do princípio da presunção de inocência expressamente prescrito no inciso LVII do artigo 5º da Constituição de 1988, já que a má-fé e o dolo, por trás da prática do ato sob investigação, devem ser devidamente comprovados.

Em vista da imprecisão do conceito de decoro parlamentar, casos de cassação de mandato eletivo têm se baseado na subjetividade e no interesse dos membros do Poder Legislativo. Em concreto, eles constroem ao seu arbítrio o que seja a conduta não condizente com a dignidade da Casa, alcançando fatos da vida pregressa do parlamentar e admitindo a instauração de processo político-administrativo por fatos anteriores e alheios ao exercício do mandato. Isso, sem dúvida, pode ser considerado um indicador de crise, já que as candidaturas ao Poder Legislativo são ilimitadas, levando à caracterização de um grupo dominante que controla as decisões políticas, o que favorece os aliados e persegue opositores. Isso, se pensado no contexto do Legislativo Federal, em que se reúne um maior número de congressistas, mas que se acredita - embora não se tenha optado em acrescer à análise as esferas estadual e municipal, pela extensão e complexidade que a pesquisa demandaria - que o cenário se agrave no âmbito das Assembleias Legislativas e, notadamente, nas Câmaras Municipais (onde, na grande maioria dos municípios, sequer existe um processo ético-disciplinar propriamente nos regimentos internos a ser observado).

Denúncias e processos político-administrativos de parlamentares processados e julgados por fatos anteriores ao exercício do mandato eletivo - sejam eles ocorridos em legislatura anterior, sejam eles anteriores à própria vida parlamentar do indivíduo -, demonstram o risco de o critério de julgamento ser elaborado em concreto pelos próprios julgadores - casos em que a falta de decoro parlamentar é elevada ao mais alto grau. Essa situação firma o entendimento no sentido de ser possível a investigação, o processamento e o julgamento de parlamentar por fato anterior à posse do mandato eletivo, podendo vir a resultar na sua perda, por razões retiradas de sua vida pregressa ao Parlamento.

O decoro parlamentar não é apenas oposto àquele que já está incurso em conduta indecorosa, mas especialmente se impõe aos parlamentares que realizam o controle e a fiscalização de seus pares, mediante o processo político-administrativo pensado no Código de Ética e Decoro Parlamentar das Casas Legislativas. No entanto, a observância estrita dos procedimentos nele previstos, à vista de que o controle jurisdicional, na maior parte dos casos, limita-se ao exame de legalidade e atendimento ao devido processo, acaba por legitimar motivações rasas, desprovidas de argumentação jurídica plausível a justificar a perda de um mandato eletivo.

A “legalidade autoritária” incutida na tramitação dos processos ético-disciplinares, descritos nos regimentos internos e nos códigos de ética e deco-

ro parlamentar, torna o combate à corrupção e à improbidade administrativa pauta permanente do Estado, ditando o sistema de governo. Cabendo ao Estado soberano legislar e definir as condutas a serem cumpridas e as posturas a serem evitadas pelos indivíduos, a definição concreta do decoro parlamentar enseja indeterminações no âmbito político-jurídico. Isso permite aos membros em exercício do Poder Legislativo, ao averiguarem eventual ofensa à dignidade e à honra da Casa Legislativa, amoldarem o critério de julgamento a pensamentos e circunstâncias políticas, sob a roupagem da legalidade do processo político-administrativo.

Com efeito, se a regra é a de que os mandatos democraticamente conferidos pelas eleições têm o seu término natural ao fim de quatro anos, a exceção, por lógica, é a perda do mandato eletivo antes desse prazo. Por conseguinte, a perda do mandato por quebra de decoro parlamentar é exceção à regra constitucional de manutenção dos parlamentares em exercício dos mandatos para os quais foram eleitos.

Entretanto, com a abertura do conceito e a definição em concreto do decoro parlamentar, a exceção se torna a regra: um dispositivo, previsto para situações de irregularidade, passa a ser instrumento incisivo de fiscalização constante ou de retaliação em resposta a ataques internos entre os parlamentares. E sua formatação se dá a partir do caso em concreto - o que permite estabelecer um liame entre a carência da autoridade pela norma para validá-la ou suspendê-la e a necessidade da norma por uma autoridade para ser aplicada.

Apesar de o estado de exceção pressupor a excepcionalidade, de acordo com Agamben, no decorrer do tempo, o que era um mecanismo de resposta a ameaças externas e se conformou como instrumento de contenção de crises (políticas e econômicas) torna-se atualmente um amálgama, em que o estado de exceção é inserido no estado de direito, fazendo com que situações excepcionais passem a ser recorrentes. Desse modo, o exercício da “força-de-*ter*” no estado de exceção não determina ou mantém o direito, mas o preserva pela suspensão, impondo-o pela exceção. Num cenário em que há a suspensão do direito sem prejuízo de sua existência, mas em que os atos são praticados em caráter excepcional, lastreados pela lei, tem-se um espaço vazio de direito, “um não lugar absoluto” (AGAMBEN, 2004, p. 79). Ou melhor, criam-se espaços vazios que, por vezes, são espaços de ilegalidades, dentro da própria legalidade.

Desse modo, desencadeia-se um esvaziamento do conteúdo tutelado pela norma. Isso, por meio da reiterada provocação do órgão ético-disciplinar, atrai a subjetividade para a investigação de condutas indecorosas pela jurisdição legislativa, ao arbítrio de um grupo dominante, fortalecido pela possibilidade de ilimitadas candidaturas parlamentares autorizadas pelo sistema eleitoral, contribuindo para o enfraquecimento do Poder Legislativo e para seu descrédito perante a sociedade.

Ainda que muitos dos parlamentares representados tenham praticado

condutas incompatíveis ou atentatórias ao decoro parlamentar, com a definição em concreto do instituto, haverá uma margem de parlamentares investigados por quebra de decoro, com potência em se tornar, como definido por Agamben, *Homo Sacer* (2002). Isso porque, em um cenário de crise, o combate à corrupção e à improbidade administrativa na Administração Pública é o combustível que se basta a justificar a instauração de processos, para fins de investigação e apuração de irregularidades.

O parlamentar que vier a ser alvo de investigações pelo respectivo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar estará cercado pela “legalidade autoritária” do processo político-administrativo, no qual os membros parlamentares do Conselho de Ética possuem livre convencimento para delimitar o que, em “juízo político”, configura comportamento incompatível com o decoro parlamentar, cujos contornos são definidos pelos próprios julgadores.

A construção em concreto e diversificada de um conceito aberto de decoro parlamentar, bem como de sua ofensa, acaba por autorizar pelo direito aqueles que detêm, segundo Agamben, o “poder soberano”, rotulando os “inimigos” da ordem jurídica e do Estado, captando a vida nua e enquadrando a vida política, uma vez que a vida pregressa do parlamentar também é passível de análise pela Casa Legislativa. Esse fato revela um sistema de repressão, acompanhado de eventuais perseguições políticas, sob o manto da legalidade e da necessidade de legitimar o discurso moralizador da Administração Pública, mas em flagrante atentado a direitos humanos, de matiz democrática como o são os direitos políticos. Pois, tal construção em concreto e diversificada tem velado um sistema de repressão, que protege aliados e persegue opositoristas, com a possibilidade de processos sumários que atropelam qualquer garantia jurídica, ao sabor das conveniências políticas, vez que o mérito da decisão política se vê afastado do controle jurisdicional, que se limita ao exame de legalidade, ao argumento de se evitar a ingerência entre os poderes, uma vez que se trata de questão *interna corporis*, de competência do Poder Legislativo.

O cenário político-democrático deflagrado pela Constituição de 1988 oferece meios de defesa e manutenção da soberania popular, permitindo que os membros do Legislativo venham a investigar e apurar denúncias apresentadas à Casa. A legislação democrática prevê mecanismos de defesa da população, em caso de sua vontade não se manifestar nos intentos de seus candidatos eleitos, promovendo cada vez mais o papel da ética e da cidadania na atuação dos agentes políticos. Ao cumprir seu *mister* em averiguar os fatos narrados em denúncia, o Legislativo exerce uma das prerrogativas legais instituídas para salvaguarda da soberania popular.

Ainda que a democracia representativa arme os membros do Legislativo para fiscalizar os atos e a conduta dos agentes políticos, com a possibilidade de revisão da vontade manifesta nas urnas, por meios dos processos político-administrativos, o enquadramento de condutas em hipótese de quebra de decoro parlamentar não pode constituir uma fenda no sistema democrático.

Mesmo se tratando de um conceito impreciso, o decoro parlamentar deve se valer de critérios minimamente objetivos, para permitir a retirada de investidores daqueles que não demonstrem idoneidade condizente com o cargo eletivo. É evidente que o escrutínio da soberania popular não pode impedir que o Legislativo venha a investigar seus agentes políticos, uma vez que tal impedimento implicaria em violação do sistema democrático, o que significaria dizer que, uma vez eleito, o exercício do mandato estaria sujeito às intemperes do parlamentar, obstada a perda da posse do mandato em caso de ilegalidade. O decoro parlamentar está permeado de ideais moralizadores da política, para fins de combate à corrupção e à improbidade administrativa nas instâncias governamentais, mas não se pode olvidar, na defesa da soberania popular e dos princípios constitucionais republicanos, os direitos humanos e políticos democraticamente consagrados.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I*. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção [Homo sacer II]**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha [Homo sacer III]**. Tradução de Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2005.

ARAGÃO, João Carlos Medeiros. **Ética e decoro parlamentar no Brasil e nos EUA: integração dos instrumentos de controle para mudança social**. 2. ed. Brasília: Entrelivros, 2007.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 48. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 20 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 2 ago. 2019.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 maio 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp-64compilado.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei Complementar Federal nº 135, de 04 de junho de 2010. Altera a Lei Complementar no 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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 7 jun. 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp135.htm. Acesso em: 20 ago. 2022.

BRASIL. Lei Federal nº 8.429, de 02 de junho de 1992. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 jun. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8429.htm. Acesso em: 2 ago. 2022.

CHAUI, Marilena. **Convite à filosofia**. 14. ed. São Paulo: Ática, 2010.

DERRIDA, Jacques. **Força de lei**: o fundamento místico da autoridade. 2. ed. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PLATÃO. **A República**. Org. Daniel Alves Machado. Brasília: Editora Kiron, 2012.

ROHLF, Michael. Immanuel Kant. **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. First published Thu May 20, 2010; substantive revision Mon. Jan 25, 2016. Disponível em: <https://plato.stanford.edu/entries/kant/#MorFre>. Acesso em: 2 ago. 2022.

RUSSELL, Bertrand. **História da filosofia ocidental**. Tradução de Hugo Langone. 2. ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2015. *E-book*.

VILLA, Marco Antônio. **A história das Constituições brasileiras**: 200 anos de luta contra o arbítrio. São Paulo: Leya, 2011.

O ODS 16: RETROCESSOS NA LUTA ANTICORRUPÇÃO E NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO NO CONTEXTO BRASILEIRO

Ana Luiza Almeida Ferro

Membro do Ministério Público (Brasil), Doutora e Mestra em Ciências Penais (Universidade Federal de Minas Gerais), Pós-Doutora em Derechos Humanos (Universidad de Salamanca), docente e membro da European Society of International Law e da Academia Brasileira de Direito

Resumo:

Este artigo procura oferecer uma visão geral sobre os marcos legislativos na história da luta anticorrupção no Brasil, isto é, a Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa - LIA), a Lei Complementar n.º 135, de 2010 (Lei da Ficha Limpa), a Lei n.º 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa) e a Lei n.º 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), sobre os escândalos denominados “mensalão” e “petrolão” e sobre a atual inadequação do sistema jurídico brasileiro para o alcance satisfatório do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16, nos termos da Agenda 2030, especificamente no tocante ao combate eficaz ao crime organizado e à corrupção, apontando alguns dos recentes retrocessos legislativos e jurisprudenciais nesse campo, a partir da tentativa de destruição ou enfraquecimento do legado da Operação Lava-Jato e de outras iniciativas na linha anticorrupção, sob o prisma do Direito internacional, particularmente à luz das normas ínsitas na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional - Convenção de Palermo (2000) e na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

Palavras-chave: Crime organizado; Corrupção; Brasil; Operação Lava-Jato; ODS 16.

Introdução

Cessada a vigência dos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio - ODM em 2015, foi celebrado o acordo governamental alvo da Resolução A/RES/70/1, da Assembleia Geral das Nações Unidas, exatamente sob a liderança da ONU, envolvendo seus 193 Estados-Membros e a sociedade civil, para a elaboração de um novo plano de ação, intitulado Agenda 2030, exibin-

do 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável - ODS. Tais objetivos constituem um apelo às nações para que desenvolvam esforços em prol da eliminação da pobreza e da fome, proteção do meio ambiente e do clima, promoção da educação de qualidade, da inovação, da igualdade de gênero, do trabalho decente e do binômio consumo e produção responsáveis, garantia de usufruto de paz, saúde, bem-estar e prosperidade. Dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o de número 16 é deveras oportuno no atinente à necessidade de combate ao crime organizado e à corrupção: “Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à Justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis”.¹

Representa o crime organizado uma espécie de macrocriminalidade, de alcance transnacional e, crescentemente, mundial, que vulnera bastante - em decorrência de sua estruturação empresarial, de seu poder de intimidação e, mormente, de sua capacidade de ligação estrutural ou funcional com o Poder Público e penetração no sistema econômico - o direito humano à segurança, em suas várias dimensões, reconhecidas pela ONU, não se limitando à violação do direito a políticas de segurança pública. Enfatiza Raúl Cervini que a criminalidade organizada configura *todo un sistema económico clandestino, con un producto bruto y unas ganancias netas que sobrepasan el producto nacional bruto de muchos países*.² O direito à segurança pessoal está enquadrado no rol dos direitos humanos (art. 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos e art. 9º, item 1, do Pacto Internacional sobre os Direitos Cíveis e Políticos). Também a segurança é um direito fundamental social, nos termos do Direito pátrio (artigos 5º, *caput*, e 6º, da Constituição Federal).

O crime organizado, alvo da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, 2000, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12.03.04, seguindo o Decreto Legislativo nº 231, de 29.05.03, no Brasil), e a corrupção, objeto específico da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003, promulgada pelo Decreto nº 5.687, de 31.01.06, seguindo o Decreto Legislativo nº 348, de 18.05.05, no âmbito brasileiro), violam a ordem jurídica, minam o regime democrático e lesam direitos humanos, como o referente à segurança, além de interesses sociais, em evidente prejuízo à formação ou manutenção de sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável e à edificação de instituições eficazes.

Este artigo, guiado pelo método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica, pretende oferecer uma análise sobre a atual inadequação do sistema ju-

1 Ver NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16. Paz, Justiça e instituições eficazes. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 17 fev. 2021.

2 CERVINI, Raúl. Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 246.

rídico brasileiro para o alcance satisfatório do ODS 16, no prazo previsto na Agenda 2030, especificamente no relativo ao controle eficaz do crime organizado e da corrupção, apontando alguns dos recentes retrocessos legislativos e jurisprudenciais nesse campo, a partir da tentativa de destruição ou enfraquecimento do legado da Operação Lava-Jato e de outras iniciativas na linha anticorrupção, sob o prisma do Direito internacional.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16

Tal é o teor do ODS 16, em seu *caput* e subitens:

Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

16.1 Reduzir significativamente todas as formas de violência e as taxas de mortalidade relacionada em todos os lugares.

16.2 Acabar com abuso, exploração, tráfico e todas as formas de violência e tortura contra crianças.

16.3 Promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

16.4 Até 2030, reduzir significativamente os fluxos financeiros e de armas ilegais, reforçar a recuperação e devolução de recursos roubados e combater todas as formas de crime organizado.

16.5 Reduzir substancialmente a corrupção e o suborno em todas as suas formas.

16.6 Desenvolver instituições eficazes, responsáveis e transparentes em todos os níveis.

16.7 Garantir a tomada de decisão responsiva, inclusiva, participativa e representativa em todos os níveis.

16.8 Ampliar e fortalecer a participação dos países em desenvolvimento nas instituições de governança global.

16.9 Até 2030, fornecer identidade legal para todos, incluindo o registro de nascimento.

16.10 Assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais.

16.a Fortalecer as instituições nacionais relevantes, inclusive por meio da cooperação internacional, para a construção de capacidades em todos os níveis, em particular nos países em desenvolvimento, para a prevenção da violência e o combate ao terrorismo e ao crime.

16.b Promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.³

Vários dos subitens enumerados pressupõem, direta ou indiretamente, em tributo ao princípio da eficácia, o enfrentamento do crime organizado e do crime de colarinho branco.

Desafortunadamente, apesar de alguns progressos relevantes em áreas

3 NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 17 fev. 2021.

sensíveis, a Agenda 2030 não tem avançado a contento no mundo, tendo a situação conhecido um atraso ainda mais significativo com a deflagração da pandemia do novo coronavírus. E o Brasil é um destaque negativo em vários objetivos, como no caso do combate à criminalidade.⁴

A importância do combate à corrupção e ao crime organizado

A Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, aprovada pela Assembleia-Geral em 30.10.03, expressa clara preocupação “pelos vínculos entre a corrupção e outras formas de delinquência, particularmente o crime organizado e a corrupção econômica, incluindo a lavagem de dinheiro”, bem como “pelos casos de corrupção que penetram diversos setores da sociedade”, podendo “comprometer uma proporção importante dos recursos dos Estados” e ameaçando “a estabilidade política e o desenvolvimento sustentável dos mesmos”, e pela conclusão de que “a corrupção deixou de ser um problema local para converter-se em um fenômeno transnacional que afeta todas as sociedades e economias”.

A corrupção, em qualquer de suas modalidades, é um dos mais graves fenômenos criminais, com alto potencial de nocividade social. Assim se manifestam Joaquín Merino Herrera e Francisco Javier Paíno Rodríguez:

Pero de todos estos delitos, el más grave por su significado y por su potencial lesividad es la corrupción. La corrupción non solo supone el favorecimiento de la inmediata actividad delictiva. La corrupción carcome los propios cimientos del ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO; permite un acceso desigual a los servicios que debe proporcionar el Estado, socava la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas y en los servicios que presta, detrae recursos destinados a la ciudadanía y al mantenimiento de la sociedad y el Estado en favor de unos pocos. La corrupción generalizada desestabiliza el sistema financiero y político de un Estado, convirtiendo a las organizaciones criminales que controlan la corrupción en los auténticos estamentos de poder, con lo que finalmente anula el auténtico significado de la democracia.⁵

Ademais, a corrupção termina por ocasionar profundas fraturas na coesão do tecido social, desta maneira debilitando a consciência coletiva, pelo triunfo da impunidade, podendo conduzir ao estado de anomia durkheimiano, porquanto, se “é normal que haja crimes, é normal que sejam punidos”, de modo que qualquer “afrouxamento anormal do sistema repressivo tem por efeito estimular a criminalidade e lhe conferir um grau de intensidade anormal”.⁶

4 Ver MATTAR, Helio. O árduo caminho rumo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Folha de S. Paulo*. 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helio-mattar/2021/02/o-arduo-caminho-rumo-aos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel.shtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

5 MERINO HERRERA, Joaquín; PAÍNO RODRÍGUEZ, Francisco Javier. *Lecciones de criminalidad organizada*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016. p. 155.

6 DURKHEIM, Emile. *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad. de Monica Stahel. São Paulo:

Lembremos que a própria organização criminosa apresenta, como uma de suas principais marcas, a conexão de ordem estrutural ou funcional com o Poder Público ou com algum(ns) de seus representantes, notadamente por meio da corrupção,⁷ inegável fator distintivo no universo da criminalidade. Salientando a dificuldade no concernente à definição da criminalidade organizada, Winfried Hassemer opina pelo emprego dessa expressão apenas “quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais”, acrescentando que é a “corrupção da persecução penal estatal por meios criminosos, a exemplo de práticas mafiosas, que de uma forma inédita nos sobressaltam profundamente”.⁸

Daí a importância de autênticos movimentos anticorrupção, com o crescente aumento dos esforços mundiais, voltados para o robustecimento das instituições, da democracia e de seus princípios mais prezados, como o da igualdade formal e, principalmente, material, assim como para a proteção dos direitos humanos fulminados pelas práticas venais.

O cenário brasileiro em relação à promoção do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16

O Direito anticorrupção no Brasil já rendeu frutos promissores, recomendando o prosseguimento dos esforços. Alocados no Código Penal pátrio e na legislação extravagante, existem vários tipos penais descrevendo condutas de corrupção. São eles a concussão, a corrupção passiva, a prevaricação, o tráfico de influência, a corrupção ativa, a corrupção ativa em transação comercial internacional, a exploração de prestígio, a corrupção eleitoral, a corrupção passiva contra a ordem tributária, a fraude à licitação, dentre outros.

Prevalece, no Direito brasileiro, o posicionamento doutrinário de que a vantagem obtida pelo corrupto não necessita ser inevitavelmente de caráter patrimonial, podendo implicar benefício sentimental, sexual, nepotista, eleitoral, somente para mencionar alguns dos mais comuns. No final, em todas essas hipóteses, é a mesma a ofensa ao precioso bem jurídico da moral administrativa.

No Brasil, há quatro marcos legislativos na luta anticorrupção: a) a Lei n.º 8.429, de 02.06.92, ou Lei de Improbidade Administrativa - LIA; b) a Lei Complementar n.º 135, de 2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa; c) a Lei n.º 12.846, de 01.08.13, precisamente chamada Lei Anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa, regulamentada em 2015; e d) a Lei n.º 12.850, de

Martins Fontes, 2000. p. 473.

7 Ver FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009. p. 494-499; FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850*, de 02 de agosto de 2013. Curitiba: Juruá, 2014. p. 28-30.

8 HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n.5, p. 58-59, jan./mar. 1994.

02.08.13, denominada Lei das Organizações Criminosas.

Essas leis, sobretudo as derradeiras, foram respostas legislativas, há muito reclamadas, a um contexto de anos seguidos de domínio da impunidade no relativo a graves escândalos de corrupção no Brasil, tendo como protagonistas proeminentes autoridades dos poderes públicos das esferas municipal, estadual e federal e altos funcionários de órgãos públicos e de algumas das principais empresas públicas e particulares brasileiras.

Trata a primeira lei dos atos que representam improbidade administrativa, caracterizados pelo enriquecimento ilícito, pelo prejuízo ao erário e ou pela violação dos princípios da Administração Pública. Tem o agente público corrupto como foco.

A segunda lei, que modificou a Lei Complementar n.º 64, de 1990 (Lei de Inelegibilidade), regulamenta restrições à elegibilidade, com o fim de defender a probidade administrativa e a legitimidade das eleições, recusando a condenados em decisões de órgão judicial colegiado a possibilidade de serem eleitos para cargos políticos.

Cuidou a terceira lei da responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela perpetração de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira. Promoveu a harmonização da legislação pátria com os tratados internacionais anticorrupção de que o Brasil é signatário, como o *Global Pact*, da Organização das Nações Unidas (ONU), e outros celebrados no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) e da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Já a quarta lei entregou ao Direito brasileiro o tão aguardado tipo penal da organização criminosa. Todavia, não se restringiu à definição, inclusive típica, da organização criminosa, porque também dispôs sobre a investigação e os meios de consecução da prova, centrando atenção nos instrumentos da colaboração premiada (ou delação premiada, segundo o ponto de vista), da ação controlada, da infiltração de agentes e do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, sobre ilícitos penais correlatos e, finalmente, sobre o procedimento criminal aplicável.

Na história recente do país, dois escândalos de corrupção, em especial, pelas dimensões que adquiriram, pelos enormes prejuízos causados, pela posição socioeconômica ou condição política de muitos dos envolvidos e pela reação veemente de indignação despertada no seio da sociedade civil, da mídia e das instituições, vieram a emblemar a relevância da luta anticorrupção: o do “mensalão”, denominação atribuída ao esquema de corrupção política por meio de compra de votos de parlamentares do Congresso Nacional, ocorrido entre 2005 e 2006, que deu origem à Ação Penal n.º 470, movida pelo Ministério Público Federal perante o Supremo Tribunal Federal, e o do “petrolão”, denominação referente ao esquema de corrupção e desvio de fundos executado inicialmente na Petrobras, principal empresa estatal brasileira, com numerosos desdobramentos, envolvendo representantes de diversos partidos políticos e empresários, alvo da icônica Operação Lava Jato, a partir de 2014,

considerada a mais ampla e aprofundada investigação de corrupção e lavagem de dinheiro já deflagrada no Brasil,⁹ compreendendo diversas etapas e fundamentando inúmeras ações penais propostas pelo Ministério Público Federal perante a Justiça Federal do Paraná e, posteriormente, perante juízos federais sediados em outros estados e o próprio Supremo Tribunal Federal, a evocar os propósitos e a trajetória da famosa *Operazione Mani Pulite* (Operação Mãos Limpas), desencadeada na Itália na década de 90.¹⁰

Os resultados da Operação Lava-Jato são impressionantes, particularmente na apelidada “República de Curitiba”, onde tudo teve início: 130 denúncias apresentadas, 179 ações penais, 174 condenados em primeira e segunda instâncias, 209 acordos de colaboração, 17 acordos de leniência e 79 operações apenas na primeira instância em Curitiba; 56 denúncias oferecidas, 56 ações penais, 41 condenados em primeira e segunda instâncias, 37 acordos de colaboração, três acordos de leniência e 39 operações na primeira instância no Rio de Janeiro; nove denúncias apresentadas, nove ações penais, quatro condenados em primeira e segunda instâncias, 10 acordos de colaboração, dois acordos de leniência e seis operações na primeira instância em São Paulo; 980 processos distribuídos, 453 manifestações em *habeas corpus* e 44 apelações julgadas no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (segunda instância); duas denúncias oferecidas, 48 denunciados, 554 processos distribuídos, 325 manifestações em *habeas corpus*, 136 manifestações em apelações e uma apelação julgada no Tribunal Regional Federal da 2ª Região (segunda instância); 49 manifestações em *habeas corpus*, duas ações penais e sete denunciados no Superior Tribunal de Justiça; e 71 inquéritos, 45 denúncias apresentadas e 126 denunciados no Supremo Tribunal Federal.¹¹ Eventuais equívocos de atuação ou estratégia não justificam a demonização da histórica operação.

Mas o cenário atual no Brasil não apenas é adverso à própria sedimentação dos frutos da Operação Lava-Jato, que tantos ganhos trouxe ao país e tantas expectativas gerou no meio social, rompendo com a velha lógica de tradicional impunidade dos criminosos de colarinho branco, em especial os situados nos degraus mais altos da elite política e econômica.¹² É adverso à

9 “A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate à corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. [...] Estima-se que o volume de recursos desviados dos cofres públicos esteja na casa de bilhões de reais. Soma-se a isso a expressão econômica e política dos suspeitos de participar dos esquemas de corrupção investigados.” BRASIL. MPF - Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Operação Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 20 fev. 2021.

10 Ver STERLING, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997. p. 76; e CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. p. 65.

11 Ver BRASIL. MPF - Ministério Público Federal. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 20 fev. 2021.

12 “Exaltada e criticada, a Lava-Jato não provocou só polêmicas, mas trouxe resultados concretos. Quebrou a máxima de que criminosos de colarinho branco não vão para a cadeia [...]. Também expôs a relação promíscua entre grandes empresas e partidos políticos. De quebra, recuperou 4,3 bilhões de reais por meio de 209 acordos de colaboração e dezesseis

própria luta anticorrupção e contra o crime organizado e às suas conquistas dos últimos anos no país, as quais, infelizmente, conheceram significativos retrocessos a partir, mormente, de 2019.

Os retrocessos no combate à criminalidade organizada e à corrupção

Consideramos como inequívocos retrocessos no combate ao crime organizado e à corrupção, dentre outros, mormente nas searas legislativa, processual e jurisprudencial:

a) a afirmação, em março de 2019, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, por apertada maioria (6 a 5), da posição de que é da Justiça Eleitoral a competência para julgar delitos comuns, como a corrupção e a lavagem de dinheiro, em conexão com os eleitorais,¹³ na contramão do sólido entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, provocando o deslocamento de casos da Operação Lava-Jato da Justiça Federal para a Justiça Eleitoral, de modo a criar uma espécie de “novo foro privilegiado” e a prejudicar a celeridade nas fases inquisitiva e judicial,¹⁴ pois, em comparação com a Justiça Federal, aquela não tem vocação e estrutura para a apreciação e o julgamento de casos, muitas vezes complexos, envolvendo crimes estranhos à sua natureza;

b) a edição da Lei nº 13.869 (Lei de Abuso de Autoridade), de 05.09.19, com dispositivos contendo conceitos vagos e indeterminados (tipos penais abertos), em nítida violação aos princípios constitucionais da legalidade, da taxatividade e da reserva legal, causando insegurança jurídica, pela chamada criminalização da hermenêutica jurídica, características que revelam o seu cunho revanchista por parte da classe política, de forma a inibir a atuação de magistrados, membros do *parquet* e policiais, sem equivalente positivação dos abusos de autoridade perpetrados por políticos, em comprometimento dos recentes avanços no combate à corrupção;¹⁵

c) a modificação, em novembro de 2019, pelo Plenário do Supremo Tri-

sete de leniência.” CAMPOS, João Pedroso de. O fim de um modelo. *Veja*, São Paulo, v. 54, n. 5 (2.724), p. 43, 10 fev 2021.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. 14 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 20 fev. 2021.

14 Ver GOMES, Luiz Flávio. Duro golpe na Lava-Jato: Justiça Eleitoral vira “novo foro privilegiado” da impunidade dos corruptos. *Jusbrasil*. 19 mar. 2019. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/687335011/duro-golpe-na-lava-jato-justica-eleitoral-vira-novo-foro-privilegiado-da-impunidade-dos-corruptos>. Acesso em: 20 fev. 2021.

15 Ver SOUZA, Carola Maciel de. A nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica. *Revista Âmbito Jurídico*. 1 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

bunal Federal, por apertada maioria (6 a 5), de entendimento firmado pelo próprio Pretório Excelso em 2016, voltando a não admitir a execução da pena após a condenação em segunda instância, sob o argumento de violação ao princípio da presunção de inocência, gerando insegurança jurídica e prejudicando recentes conquistas na luta contra a impunidade, especialmente de criminosos de colarinho branco;¹⁶

d) a desfignação do Pacote Anticrime originalmente apresentado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro ao Congresso Nacional, com a rejeição de algumas de suas principais propostas (o acordo de *plea bargain*, a determinação da prisão para cumprimento de pena após a condenação em segunda instância, a ampliação do Banco Nacional de Perfis Genéticos para casos de delitos dolosos, dentre outras) e a inclusão de dispositivos estranhos ou até eventualmente deletérios ao fim de combate à criminalidade organizada e à corrupção, como a criação da obsoleta figura do juiz das garantias, em prejuízo à celeridade processual, a alteração das regras da colaboração premiada, de maneira a reduzir as hipóteses de benefícios para o colaborador e impedir a decretação de medidas com alicerce somente nas declarações deste, e a imposição ao magistrado da revisão da necessidade de manutenção da decretação da prisão preventiva a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal (art. 316, § único, do CPP), o que serviu de base para a soltura pelo STF, por exemplo, de André do Rap, um dos líderes da perigosa organização criminosa Primeiro Comando da Capital (PCC),¹⁷ resultando na edição da Lei nº 13.964, de 24.12.19, concebida para “aperfeiçoar” a legislação penal e processual penal;

e) o desmantelamento da Operação Lava-Jato, com a gradativa extinção de todas as suas unidades, sem que promissoras frentes de investigação tenham sido esgotadas;¹⁸

f) a validação, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, novamente por maioria de votos, da anulação de quatro processos da Operação Lava-Jato contra o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, determinada pelo Ministro Edson Fachin, sob o controverso fundamento de incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba,¹⁹ em favor do reconhecimento da competência da Justiça Federal do Distrito Federal, contrariando entendimentos de segunda instância firmados ao longo dos últimos anos, a causar uma colossal insegurança jurídica e favorecer a prescrição destes, e ensejando a possibilidade de fazer vingar

16 Ver BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. 7 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso em: 20 fev. 2021.

17 Ver ANDRÉ do Rap: os 5 passos até a soltura do traficante e os obstáculos para prendê-lo novamente. *BBC News*. Brasil. 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54549497>. Acesso em: 20 fev. 2021.

18 Ver CAMPOS. O fim de um modelo. *Veja*, p. 43.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF confirma anulação de condenações do ex-presidente Lula na Lava Jato. 15 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261&ori=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.

precedente para a anulação de várias outras ações penais, além da declaração de suspeição, não menos polêmica, do ex-magistrado e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Fernando Moro no caso do triplex do Guarujá, promovida pela Segunda Turma do STF, por estreita maioria, a partir, principalmente, de provas cabalmente ilícitas, alvo de investigação da Operação Spoofing;

g) a alteração da Lei n.º 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), mediante a Lei n.º 14.230, de 25.10.21, no tocante, por exemplo, à exigência de dolo para a responsabilização dos agentes públicos por atos de improbidade administrativa e à imposição de rol taxativo das hipóteses configuradoras de violação a princípios da Administração Pública, constituindo inovações que dificultam a condenação do agente ímprobo, antes inexistentes.

Ora, tais medidas e fatos contrariam o espírito da norma insculpida no art. 9º da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo, 2000), promulgada, no Brasil, pelo Decreto nº 5.015/2004.

As medidas antes elencadas, mesmo quando ironicamente chamadas de iniciativas anticrime, ao invés de favorecerem eficazmente a integridade e a prevenção, detecção e punição da corrupção dos agentes públicos em solo pátrio ou de garantirem a atuação, de feição eficaz, das autoridades da área da persecução e do julgamento de casos penais e de improbidade administrativa, na prevenção, detecção e repressão da corrupção de agentes públicos, geram insegurança jurídica, ensejam entraves à celeridade, eficácia e efetividade do processo legal, sob justificativas pretensamente garantistas, e promovem a inibição da atividade de membros do *parquet*, magistrados, policiais, auditores e outros profissionais, eventualmente levando à criminalização do próprio exercício da hermenêutica jurídica, tendo como consequência maior a facilitação da impunidade.

Na realidade, há de ser combatido o que Douglas Fischer chama de “garantismo hiperbólico monocular”,²⁰ com inspirada percepção do cenário processual e propriedade terminológica, em prol da afirmação de um garantismo penal integral, explicado nestes termos pelo magistrado Vlamir Costa Magalhães:

Assim, no contexto do garantismo penal integral, a adaptação da clássica teoria garantista ao vigente Estado constitucional democrático de direito traz, como seu principal reflexo, a imposição de que a tutela penal venha a ser aplicada não só com vistas à proteção da liberdade individual, mas também como instrumento de resguardo de outras categorias de direitos fundamentais titulados pela coletividade, nota-

20 Ver FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? *In*: CALABRISHI, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 48. O autor emprega a expressão para se referir à desproporcionalidade ínsita na tese propugnada pela corrente garantista segundo a qual somente direitos fundamentais individuais merecem receber proteção por norma penal.

damente os direitos sociais e difusos envolvidos pela ordem econômico-social desenhada pela Constituição Federal.²¹

Todavia, não é este garantismo penal pleno que tem triunfado amiúde no Brasil. Como nota o mesmo Vlamir Magalhães, “no cotidiano da jurisdição criminal brasileira, tem ocorrido frequentemente uma cega e mecanizada importação da tese garantista”, de forma que as ideias contidas no garantismo penal “têm sido muito mais citadas do que efetivamente estudadas e conhecidas a fundo, inclusive pela parcela da jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros, que têm aplaudido e fomentado o denominado ‘garantismo à brasileira’”, voltado “predominantemente aos crimes do colarinho branco, ao passo que, para os delitos comuns, resta o incremento do rigor penal”.²²

Destarte, não caminha bem o Brasil hodierno no atinente ao atendimento satisfatório do ODS 16, em relação aos seus diversos aspectos, fazendo-se mister a reversão desse quadro legislativo, doutrinário, jurisprudencial e político adverso, no prazo previsto na Agenda 2030, objetivando o combate eficaz e efetivo ao crime organizado e à corrupção nestas plagas. A campanha sistemática, empreendida com o apoio de parte significativa da mídia, contra a atuação de membros do Ministério Público, do Poder Judiciário e da Polícia no contexto da Operação Lava-Jato, centrada em supostas mensagens inadequadas trocadas por alguns de seus integrantes, de autenticidade não atestada, ilicitamente obtidas, além da carência de evidências de qualquer real ocorrência de conluio, inverte a lógica do processo penal, procurando desmoralizar e criminalizar a atividade do investigador, do acusador e do julgador, o que somente favorece a impunidade de saqueadores do dinheiro público.

A Operação Lava-Jato, não obstante pontuais falhas de atuação - que em nada comprometem o conjunto da obra -, representou e ainda representa a maior e mais bem-sucedida investigação de corrupção e lavagem de dinheiro jamais levada a cabo no Brasil, ostentando expressivo número de condenações mantidas em segunda instância, a testemunharem que a regra sempre foi a observância do devido processo legal e do respeito ao contraditório e à ampla defesa. E foi um instrumento eficaz na recuperação de verbas públicas sistematicamente desviadas, pelo uso eficiente da ferramenta da colaboração premiada, dentre outras.

A luta anticorrupção, por outro lado, não se limita às searas policial e judicial, impondo-se, por exemplo, a necessidade da promoção de uma ampla reforma política que melhore o sistema de representação popular e favoreça a redução da corrupção e de uma reforma que enfrente os problemas relacionados a um sistema jurídico demasiado formalista e burocratizado, bem como da valorização da educação como uma das maiores armas na formação de cidadãos avessos a práticas corruptas e corruptoras e do rechaço da concepção

21 MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185, dez. 2010.

22 *Ibidem*, p. 188-189.

nitidamente funcionalista da corrupção como um mal necessário no complexo universo dos negócios e nos limitadores círculos da burocracia.

Considerações finais

Infelizmente, a despeito de alguns marcos legislativos, na luta anticorrupção, estabelecidos a partir da década de 90 e, mais intensamente, a partir de 2013, o Brasil se encontra distante de uma implementação satisfatória do ODS 16. Mais grave, o trem brasileiro saiu dos trilhos a partir, maiormente, de 2019, quando teve início uma série de retrocessos nos campos legislativo, jurisprudencial e político.

Os esforços de prevenção e repressão contra o crime organizado e a corrupção, nas mais diversas áreas, em defesa da probidade administrativa e sob o marco do respeito às garantias processuais e aos princípios constitucionais, na esteira de um autêntico garantismo penal, de cunho integral, são incompatíveis com a manutenção dos retrocessos legislativos, jurisprudenciais e políticos recentemente verificados no Brasil e devem ser apoiados por reformas no âmbito político-eleitoral e estar ligados a continuadas ações no campo educacional.

O combate à corrupção é interesse de toda a sociedade, pois a corrupção gradativamente erode os pilares democráticos, infringe princípios constitucionais e lesa direitos humanos relacionados à segurança, em qualquer de suas dimensões, além de estimular a perpetuação da desigualdade social. Daí a importância da Operação Lava-Jato, com suas virtudes e defeitos, cujo legado não deve ser renegado ou perdido em nome de um garantismo desmedido e inconsequente, que somente enxerga direitos individuais, mesmo que fundamentais, mas não absolutos à luz da Carta Magna, ou, pior ainda, quando brandido no interesse inconfessável de favorecimento da impunidade de criminosos de colarinho há muito conspurcado.

Referências

ANDRÉ do Rap: os 5 passos até a soltura do traficante e os obstáculos para prendê-lo novamente. *BBC News*. Brasil. 14 out. 2020. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-54549497>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. MPF - Ministério Público Federal. Caso Lava Jato. Operação Lava Jato. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário do STF reafirma competência da Justiça Eleitoral para julgar crimes comuns conexos a delitos eleitorais. 14 mar. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=405834>. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF decide que cumprimento da pena deve começar após esgotamento de recursos. 7 nov. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>. Acesso

em: 20 fev. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF confirma anulação de condenações do ex-presidente Lula na Lava Jato. 15 abr. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=464261&ori=1>. Acesso em: 23 abr. 2021.

CACIAGLI, Mario. *Clientelismo, corrupción y criminalidad organizada*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1996. (Cuadernos y debates, 60).

CAMPOS, João Pedroso de. O fim de um modelo. *Veja*, São Paulo, v. 54, n. 5 (2.724), p. 42-43, 10 fev 2021.

CERVINI, Raúl. Aproximación conceptual y enfoque analítico del crimen organizado. In: GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime organizado: enfoques criminológico, jurídico (Lei 9.034/95) e político-criminal*. 2ª ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DURKHEIM, Émile. *O suicídio: estudo de sociologia*. Trad. de Monica Stahel. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *Crime organizado e organizações criminosas mundiais*. Curitiba: Juruá, 2009.

FERRO, Ana Luiza Almeida; PEREIRA, Flávio Cardoso; GAZZOLA, Gustavo dos Reis. *Criminalidade organizada: comentários à Lei 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Curitiba: Juruá, 2014.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 25-48.

GOMES, Luiz Flávio. Duro golpe na Lava-Jato: Justiça Eleitoral vira “novo foro privilegiado” da impunidade dos corruptos. *Jusbrasil*. 19 mar. 2019. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/687335011/duro-golpe-na-lava-jato-justica-eleitoral-vira-novo-foro-privilegiado-da-impunidade-dos-corruptos>. Acesso em: 20 fev. 2021.

HASSEMER, Winfried. Segurança pública no Estado de direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 2, n. 5, p. 55-69, jan./mar. 1994.

MAGALHÃES, Vlamir Costa. O garantismo penal integral: enfim, uma proposta de revisão do fetiche individualista. *Rev. SJRJ*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 29, p. 185-199, dez. 2010.

MATTAR, Helio. O árduo caminho rumo aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. *Folha de S. Paulo*. 8 fev. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/helio-mattar/2021/02/o-arduo-caminho-rumo-aos-objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel.shtml>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MERINO HERRERA, Joaquín; PAÍNO RODRÍGUEZ, Francisco Javier. *Lecciones de criminalidad organizada*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016.

NAÇÕES UNIDAS. BRASIL. Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 16. Paz, Justiça e instituições eficazes. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>.

Acesso em: 17 fev. 2021.

SOUZA, Carola Maciel de. A nova Lei de Abuso de Autoridade: a insegurança jurídica gerada pelo uso de conceitos jurídicos indeterminados e pela criminalização da hermenêutica jurídica. *Revista Âmbito Jurídico*. 1 jun. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-nova-lei-de-abuso-de-autoridade-a-inseguranca-juridica-gerada-pelo-uso-de-conceitos-juridicos-indeterminados-e-pela-criminalizacao-da-hermeneutica-juridica/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

STERLING, Claire. *A máfia globalizada: a nova ordem mundial do crime organizado*. Tradução de Alda Porto. Rio de Janeiro: Revan, 1997. Título do original americano: *Thieves' world*.

COMBATE À CORRUPÇÃO E VIOLAÇÃO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: *LAWFARE* E PERPETUAÇÃO DA CULTURA PATRIMONIALISTA NO ESTADO BRASILEIRO

Amanda Caroline Santos Woida

Advogada. Formada em Direito (Centro Universitário Bauru - ITE). Pós-graduada em Direito do Estado (Universidade Estadual de Londrina - UEL, Brasil)

Resumo:

Neste artigo, a autora analisa os prejuízos do combate à corrupção quando este se dá por meio do uso estratégico do direito para fins de perseguição política e de interesses políticos e pessoais - processo conhecido como *lawfare* - ponderando se o jogo do “vale tudo”, sob o pretexto da “guerra contra a corrupção”, inibe ou contribui para a manutenção da própria cultura da corrupção no Estado Brasileiro. Inicialmente, será abordado o conceito de patrimonialismo e sua influência na formação do Brasil, buscando compreender o aspecto cultural do Estado brasileiro que tem permitido, até os dias atuais, a perpetuação da cultura da corrupção. Posteriormente, partindo do conceito de corrupção, será feita breve explanação sobre o conceito de *lawfare* e de suas três dimensões estratégicas: (i) a geográfica, que se refere à escolha da jurisdição; (ii) o armamento, que abrange a escolha da lei; (iii) as externalidades utilizadas no percurso, como as mídias e as redes sociais em geral. Por fim, será produzida breve análise dos prejuízos do *lawfare* para o Estado democrático de direito, mediante a exposição das violações de direitos humanos que ocorrem no contexto da referida prática, bem como se o uso do direito para fins externos ao processo judicial, notadamente para perseguição política e promoção de interesses políticos e pessoais de agentes do Estado, ao invés de combater a corrupção, não colabora para o perpetuamento de sua prática, como tem ocorrido em países periféricos, caso do Brasil.

Palavras-chave: *Lawfare*; Corrupção; Patrimonialismo; Mídias; Democracia.

Introdução

É sabido os prejuízos da corrupção para o sistema político e econômico de um país. A corrupção fragiliza o processo eleitoral, o desenvolvimen-

to econômico e social e, ainda, a própria democracia. Mas é legítimo que na busca pelo combate à corrupção utilize-se da máxima “os fins justificam os meios”?

Os últimos acontecimentos políticos no Brasil evidenciaram a importância do Estado Democrático de Direito. O sistema normativo, além de trazer segurança jurídica, garante ao indivíduo a sua proteção contra ilegalidades e arbitrariedades estatais.

Os fatos ocorridos durante a operação Lava Jato e as posteriores denúncias acerca das ilegalidades cometidas, desde a competência para julgamento de fatos envolvendo o ex-presidente Luís Ignácio Lula da Silva, culminaram na anulação de seu julgamento e no reconhecimento da suspeição do ex-juiz federal responsável pelo caso.

Com tais decisões, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, de um lado restou a amargura da derrota da narrativa da esperança simbolicamente construída por apoiadores do protagonismo excessivo exercido pelos agentes dos órgãos do sistema de justiça nacional na apuração de crimes de corrupção. Do outro lado, a fragilização do Estado democrático de Direito que, sob a bandeira dessa justa causa e da ordem e da moralidade, teve direitos humanos, garantias constitucionais e princípios democráticos violados, colocando em xeque, quiçá, a credibilidade das próprias instituições democráticas responsáveis por combater tais crimes, no caso, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

É certo que o combate à corrupção se constitui em uma das atuações mais importantes das Instituições democráticas, devendo ser executado de forma constante e meticulosa pelos serviços de monitoramento e controle, respeitados, entretanto, os parâmetros da imparcialidade, da sobriedade e da justeza normativa e procedimental, não podendo se transformar na causa de vida de agentes públicos interessados em perseguir opositores, travestidos de cavaleiros da justiça.

Assim, o presente artigo buscará refletir sobre essa questão, enfatizando a importância do combate à corrupção de acordo as leis para preservação do Estado democrático de Direito, da democracia e das próprias Instituições responsáveis por esse mister.

O patrimonialismo no estado brasileiro

O termo “patrimonialismo” teve sua origem com o sociólogo Max Weber (1864-1920). Pode ser definido como o poder de um grupo privilegiado (estamento) que se apropria de bens e do espaço público como se este fosse privado. Em sua obra Economia e sociedade (*Wirtschaft und Gesellschaft*), de 1999, Weber compreende tal fenômeno a partir da análise da ligação direta entre obediência e ordem e dominação e poder. Para ele, o poder corresponderia ao desejo do outro de impor sua vontade, enquanto a dominação seria a forma pela qual aquele que recebe a ordem a aceita e a cumpre, formando

uma relação de dominação baseada na desigualdade existente entre dominador e dominado.

Raymond Aron (2000, p. 496) destaca os tipos de dominação explicitados por Weber, quais sejam: dominação racional, tradicional e carismática, da seguinte maneira:

Racional é a dominação fundamentada na crença na legalidade da ordem e dos títulos dos que exercem a dominação. Tradicional é a dominação fundamentada na crença do caráter sagrado das tradições antigas e na legitimidade dos que são chamados pela tradição a exercer a autoridade. Carismática é a dominação que se baseia na devoção fora do cotidiano, justificado pelo caráter sagrado ou pela força heroica de uma pessoa e da ordem revelada ou criada por ela.

Na dominação tradicional, a obediência ao senhor decorre de sua própria dignidade. A vontade do senhor é norma, independentemente de estar certa ou errada, e se baseia naquilo que ele acredita, a partir do seu ponto de vista pessoal e particular. Por sua vez, a relação na dominação tradicional é construída por meio de favores, das relações pessoais e até mesmo na dependência econômica entre senhor e súdito. Nesta relação de dependência entre senhor e súdito, os últimos não teriam direitos, posto que os direitos poderiam ser retirados ou concedidos de acordo com a vontade do senhor, sem a necessidade de motivação, podendo-se utilizar de critérios aleatórios e pessoais.

A carismática, como dito, se exercita pela devoção justificada em face do caráter sacro ou pela força heroica de uma pessoa ou da ordem por ela notabilizada ou criada.

Já a racional, ou legal, estabelece-se por meio de uma convenção social estabelecida entre os indivíduos de uma mesma sociedade.

Ao regime político de dominação tradicional configurada na relação de dependência entre senhor e súdito Weber dá o nome de Patriarcado, cujo caráter patrimonialista não permite a distinção entre o governante e o Estado (privado *versus* público).

No mesmo sentido, para Raquel Gandini (2008, p. 203-204), são características dos Estados patrimonialistas: a indistinção clara e efetiva entre as esferas e patrimônio públicos e privados; a predominância do poder executivo sobre os poderes legislativo e o judiciário; a ausência da tradição de bases contratuais em suas relações de poder; a fragilização de instituições representativas e o predomínio de governantes e governos personalistas e demagógicos. Também tem sido constante o exercício do poder por parte de uma camada burocrática e elite política, de forma centralizada.

Weber defende que, durante a transição do feudalismo para o capitalismo, algumas sociedades se organizaram utilizando formas políticas arcaicas combinadas com formas políticas modernas, mantendo um “quadro administrativo burocrático” (WEBER, 1991, p. 144), essencialmente formado por

funcionários livres e qualificados profissionalmente, juntamente com um quadro administrativo patrimonial - formado por “pessoas tradicionalmente ligadas ao senhor” (WEBER, 1991, p. 148). Assim, enquanto em alguns Estados prevaleceria uma organização da administração pública altamente racional e burocratizada, em outros prevaleceria uma administração baseada no que Weber chamava de dominação tradicional.

No Brasil, os principais seguidores da teoria de Weber são Sérgio Buarque de Holanda de Raymundo Faoro, que importaram a teoria de Max Weber, interpretando-a ao contexto brasileiro. Para Sérgio Buarque de Holanda (cite), os modos de sociabilidade brasileiro detêm em seu centro características ibéricas, como a plasticidade e o subjetivismo no trato interpessoal, características contrárias à impessoalidade que deveria existir nos padrões de organização do Estado. Aqui, a pessoalidade nos tratos das relações no âmbito do funcionalismo, bem como a concessão de privilégios com base em critérios subjetivos, são elementos da estrutura das relações interpessoais baseadas em laços familiares e de amizade que foram transpostos para a estrutura burocrática do Estado.

Já Faoro oferece uma análise histórica, que vai do décimo rei de Portugal, João I, a Getúlio Vargas, chamado por ele de “viagem redonda”, para buscar compreender a cultura brasileira, recaindo numa espécie de determinismo, ao afirmar que a apropriação dos bens públicos por membros estamentais seria uma matriz ininterrupta de todos os males da governança brasileira. Assim, o patrimonialismo seria um elemento da cultura brasileira trazido por nossos colonizadores e que contaminou profundamente nossas instituições, tornando-as atrasadas, de maneira que o patrimonialismo seria um modo da sociabilidade brasileira caracterizado pela penetração da estrutura de tipo familiar na ordenação do Estado, ou seja, as relações pessoais prevaleceram onde deveriam prevalecer as relações impessoais, as quais são características das sociedades que se urbanizaram.

Diante de tais interpretações, autores contemporâneos, como o sociólogo Jessé Souza, fazem críticas ao termo (ou fenômeno) do patrimonialismo. Ele entende que os conceitos de patriarcalismo e patrimonialismo, ao serem utilizados como instrumento de justificação da realidade social e da corrupção do Brasil, são subutilizados, podendo ser melhor empregados na perspectiva política do que na científica, posto que a utilização de tais conceitos para tal fim simplifica e empobrece o debate, considerando o patrimonialismo como a origem de todas as misérias do Estado brasileiro (SOUZA, 2015, p. 34). Segundo o autor, o tema do patrimonialismo, em virtude de sua aparência de crítica radical, dramatizaria um conflito aparente e falso, entre mercado idealizado e inocente e Estado “corrupto”, deixando à margem as contradições de uma sociedade que “naturaliza desigualdades sociais abissais e um cotidiano de carência e exclusão. Essa é a efetiva função social da tese do patrimonialismo no Brasil” (SOUZA, cit.).

Significa que, para esse autor, considerar o patrimonialismo como a cau-

sa de todos os males do Estado brasileiro, seria gerar um “determinismo” que ignora outros fatores estruturantes para análise do fenômeno da corrupção, tais como desigualdade, subdesenvolvimento, dentre outros. Desse modo, o patrimonialismo constrói uma imagem demonizada do Estado, como locus privilegiado de corrupção e de relações pessoalizadas, o que, na visão do autor, permitiria a manutenção de privilégios a determinados grupos.

Lawfare e combate à corrupção

A origem da palavra corrupção advém do vocábulo latino *corruptio*, ou *corruptionis*, que significa “deterioração, depravação” (REZENDE, 2014), sendo utilizada para designar a apropriação ou má utilização de bens públicos. Assim, pode-se afirmar que no sendo comum a palavra corrupção está relacionada com a sobreposição dos interesses privados ao interesse público” (FILGUEIRAS, 2012, p. 131). Por sua vez, Guimarães entende que “a corrupção pode ser definida como ato de transgressão do interesse público, que implica uma apropriação privatista ilegítima de recursos, bens, patrimônios ou serviços públicos” (2012, p. 145).

Como mencionado, no sentido mais comum, a corrupção está sempre associada à esfera pública, corroborando com a ideia de patrimonialismo ao demonizar o Estado como locus privilegiado e quase exclusivo de corrupção. Ainda segundo Jessé Souza, o desvirtuamento de seu conteúdo, atrelando-a a apenas ao âmbito público, é realizado principalmente com o auxílio dos meios de comunicação de massa. Em suas palavras:

Os efeitos dessa hegemonia cultural, por sua vez, se mostram, hoje em dia, tanto em um discurso que demoniza o Estado e sacraliza o mercado - construindo a semântica possível de uma luta de classes invisível - quanto em práticas institucionais consolidadas que se naturalizaram. O melhor exemplo dessas práticas que se tornam “natureza” e escapam à reflexão é não perceber a ação de um mercado selvagem que drena os recursos da sociedade inteira para o bolso do 1% de endinheirados (SOUZA, 2016, p. 26).

A crítica feita pelo autor toma ainda mais forma quando analisada pela ótica do neoliberalismo que, na visão crítica de McCHESNEY (2018, p. 7), “consiste em um conjunto de políticas e processos que permitem a um número relativamente pequeno de interesses particulares controlar a maior parte possível da vida social com o objetivo de maximizar seus benefícios individuais”-Ademais, não se pode desconsiderar que também é finalidade do neoliberalismo diminuir a atuação, o poder e até mesmo a credibilidade do Estado, considerando-o obstáculo na busca pelo progresso e pelo crescimento econômico por meio do chamado Livre Mercado. Assim, o Estado, que até então era o protagonista da qualidade e do bem-estar das pessoas, tem seu papel ofuscado pelos atores do mercado, que deprecia a política e o Estado, visando

deslegitimá-los.

Para CHOMSKY (2018, p. 36) “as doutrinas neoliberais, independentemente do que se pense delas, debilitam a educação e a saúde, aumentam a desigualdade social e reduzem a parcela do trabalho na distribuição de renda”. Dessa maneira, as consequências da descredibilização e da negação do Estado produziriam reflexos diretos na realidade social, “exatamente as que se poderia esperar: um enorme crescimento da desigualdade econômica e social, um aumento marcante da pobreza absoluta entre as nações e povos mais atrasados do mundo (...) e uma bonança sem precedentes para os ricos” (McCHESNEY, 2018, p. 8).

A situação de pobreza, desigualdade econômica e social e a concentração de riqueza perpetuam a descrença no sistema político, pois como explicar tamanha pobreza em países com terras férteis, petróleo, minerais naturais e tanta vegetação? A culpa será sempre o Estado e da política que serão sempre dominados por corruptos. E a corrupção, assim, se torna a única causa de toda miséria sistêmica dos países subdesenvolvidos. Diante desse cenário, a necessidade de moralização e a busca por uma justificativa superficial mantém a discussão do fenômeno da corrupção em seu campo micro, tratando-a como patologia individual do agente que a cometeu e descolando-a do contexto socioeconômico no qual está inserida, legitimando a atuação do sistema penal como única e principal resposta.

Nesse contexto, o simbolismo do Direito Penal é utilizado de forma a satisfazer a retórica da opinião pública e encobrir outras responsabilidades estruturais (CIRINO DOS SANTOS, 2020).

Conforme ensina ZAFFARONI (2006, p. 49):

O poder punitivo criminaliza selecionando: a) as pessoas que, em regra, se enquadram nos estereótipos criminais e que, por isso, se tornam vulneráveis, por serem somente capazes de obras ilícitas toscas e por assumi-las desempenhando papéis induzidos pelos valores negativos associados ao estereótipo (criminalização conforme ao estereótipo); b) com muito menos frequência, as pessoas que, sem se enquadrarem no estereótipo, tenham atuado com brutalidade tão singular que se tornaram vulneráveis (autores de homicídios intrafamiliares, de roubos neuróticos etc.) (criminalização por comportamento grotesco ou trágico); c) alguém que, de modo muito excepcional, ao encontrar-se em uma posição que o tornara praticamente invulnerável ao poder punitivo, levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura na vulnerabilidade (criminalização devida à falta de cobertura).

Aqui entra a ideia de *lawfare*. O uso estratégico do direito para fins de perseguição política e de interesses políticos e pessoais, sob o pretexto de combater a corrupção, atualmente denominado de *lawfare*, não apenas afronta o estado democrático de direito, como corrói a própria democracia, descredibilizando-a. É fato que, nas guerras, uma das melhores estratégias de ataque é

justamente debilitar o inimigo, assim, o termo *lawfare* (direito como arma de guerra) ressignifica um conceito desenvolvido a partir do termo “guerra híbrida”, usado pela OTAN (2010) para discriminar os adversários que possuem a capacidade de empregar simultaneamente meios convencionais e não convencionais para atingir seus objetivos (*apud* JADER; MORELAND, 2014, p. 1).

Nos EUA, o US Army’s Special Operations Command define GH como organizações e estruturas híbridas que combinam comandos de operações especiais e forças convencionais (*apud* JADER; MORELAND, cit.). Assim, em guerras híbridas, utilizam-se práticas tradicionais de guerra combinada com práticas não convencionais, como, por exemplo, técnicas de desestabilização político ideológica, por meio da produção do consentimento da população (o que aparenta ser algo espontâneo); manipulação das instituições do estado democrático de direito para efetuar mudanças sem uma guerra tradicional.

Na sequência disso, o conceito de *lawfare* se subdivide em três dimensões estratégicas: primeiro, a geográfica, que se refere à escolha da jurisdição em que serão utilizadas as estratégias; segundo, a dimensão associada ao armamento (no caso do *lawfare*, o uso da lei); e a terceira, relacionada às externalidades utilizadas, como mídias e redes sociais em geral. Nesta terceira dimensão, em particular, a mídia desempenha o papel de fundamental aliado na utilização da informação midiática para gerar ambiente favorável que contribua para a disseminação das ideias, movendo a opinião pública por meio da comoção social.

Para ZAFFARONI (2012, p. 303), o discurso da mídia sobre a criminalidade segue a lógica de uma “criminologia midiática”, que “atende a uma criação da realidade através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista”, o que se convencionou chamar de “populismo penal midiático”. O populismo penal midiático explora “o senso comum, o saber popular, as emoções e as demandas geradas pelo delito assim como pelo medo do delito, buscando o consenso ou o apoio popular para exigir mais rigor penal (...) como ‘solução’ para o problema da criminalidade” (GOMES, 2013, p. 33).

Conforme preceitua ZAFFARONI (2011, p. 18), “a essência do tratamento diferenciado que se atribui ao inimigo consiste em que o direito lhe nega sua condição de pessoa. Ele só é considerado sob o aspecto de ente perigoso ou daninho”. Esse discurso de perseguição ao criminoso se transfere para os crimes de corrupção, porém com expressiva seletividade por parte dos meios de comunicação, pois, de acordo com LIMA (2013, p. 42-43), a mídia sempre “oferece uma cobertura seletiva sobre os escândalos de corrupção. Ela cobre uns e se omite em relação a outros. Ela cobre uns de determinada forma e cobre outros de outra forma diferente. Ou omite inteiramente a cobertura de alguns”.

Neste cenário, legitima-se a regra do vale tudo, ou seja, na busca de se eliminar o inimigo, pode ocorrer desrespeito a direitos e garantias fundamen-

tais, colocando-se em xeque o próprio Estado Democrático de Direito e a própria democracia, ao fragilizar Estados, governos, economia e sociedade.

Considerações finais

O presente artigo buscou demonstrar o quanto o termo “patrimonialismo” e “corrupção” são utilizados para desprestigiar o Estado e o sistema político brasileiro.

Sabe-se que a corrupção não é uma característica específica do Brasil e nem mesmo de países subdesenvolvidos, mas a construção de uma narrativa que desmoraliza o sistema político, principalmente por meio nos veículos de comunicação, colocando a corrupção como única causa de todos os males, tem contribuído com a prática do *lawfare*, como uso estratégico do direito como arma de guerra no combate à corrupção.

Ocorre que a corrupção, aqui entendida como o uso e abuso do poder, seja ele poder político, público ou econômico para atender interesses privados ou pessoais, não permeia somente a esfera pública. Para se chegar a essa definição, usa-se o termo corrupção no sentido amplo, que comporta a inclusão de inúmeras condutas como prática corrupta.

Nesse contexto, poder-se-ia, até mesmo, utilizar o próprio *lawfare* como prática de corrupção, pois o aparato estatal é utilizado, por agentes da lei, para perseguir pessoas e interesses pessoais. Assim, o uso do direito para fins de perseguição política e promoção de interesses políticos e pessoais ao invés de combater a corrupção colabora com a perpetuação de sua prática, vez que instrumentos e recursos estatais são utilizados em favor da promoção de interesses políticos e pessoais de um grupo ou agente determinado.

O problema de se combater a corrupção com a própria corrupção do sistema, além de perpetuar essa prática, debilita o próprio Estado democrático de direito e a própria democracia. Descredibiliza o sistema político como um todo, bem como as Instituições democráticas e a própria sociedade brasileira.

Em desdobramento, a crença de que se vive em um Estado em que a corrupção e práticas patrimonialistas estão enraizadas desde os seus primórdios pode legitimar o surgimento dos autoproclamados “salvadores da pátria”, que sob o manto da esperança de mudança é não só aceito, mas aclamado, pela população ainda que com práticas autoritárias, antidemocráticas e que colocam em xeque a conquista histórica de direitos, bem como da própria estrutura institucional do país.

Referências

ARON, R. **As etapas do pensamento sociológico**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

BALLOUTE, SAMUEL RIVETTI ROCHA. **Corrupção, Mídia e Sistema Penal: não há nada novo sob o Sol**. In revista do Centro Acadêmico Afonso Pena - UFMG, V. 45, n. 1, 2020, p. 01 a 24

- CAMPANTE, Rubens Goyatá. O patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. In: Dados: revista de ciências sociais, v. 43, n. 1, 2003. pp. 153-193.
- CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- FAORO, R. **Os donos do poder: formação do patronato brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Globo, 2012.
- FILGUEIRAS, Fernando. Interesses. In: AVRITZER, Leonardo et al. Corrupção: Ensaio e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. P. 131-137.
- GUIMARÃES, Juarez. Interesse Público. In: AVRITZER, Leonardo et al. Corrupção: Ensaio e críticas. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2012. P. 147-152.
- HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- LEAL, V. N. **Coronelismo, enxada e voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.
- LIMA, Venício Artur de. A mídia e sua abordagem da corrupção. Revista do CAAP, Belo Horizonte, n. 1, v. XIX, p. 35-45, 2013.
- McCHESNEY, Robert W. Introdução. In: CHOMSKY, Noam. O lucro ou as pessoas: neoliberalismo e ordem global. Tradução de Pedro Jorgensen Jr. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.
- MENDONÇA, M. L. C. A. E. **As organizações sociais entre o público e o privado: uma análise do Direito Administrativo**. Fortaleza: Gráfica da Universidade de Fortaleza, 2008. v. 1.
- REZENDE, Antônio Martinez de. Dicionário do latim essencial. 2. ed. São Paulo: Autêntica, 2014.
- SCHWARCZ, L. M. **As barbas do imperador: D. Pedro II, um monarca nos trópicos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- SCHWARTZMAN, Simon. Bases do autoritarismo brasileiro. 3. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1988.
- SOUZA, Jessé. O engodo do combate à corrupção: ou como imbecilizar pessoas que nasceram inteligentes?. In: Resgatar o Brasil. São Paulo: Editora Contracorrente/Boitempo, 2018.
- SOUZA, Jessé. A radiografia do golpe: entenda como e por que você foi enganado. Rio de Janeiro: LeYa, 2016. 144 p.
- SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**. Lisboa: Leya, 2015.
- SOUZA, Jessé. A ética protestante e a ideologia do atraso brasileiro. In: Revista brasileira de ciências sociais, v. 13, n. 38, 1998.
- SOUZA, Jessé. A modernização seletiva: uma reinterpretação do dilema brasileiro. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

VIANNA, Luiz Werneck. Weber e a interpretação do Brasil. In: SOUZA, Jessé (org.). O malandro e o protestante: a tese weberiana e a singularidade cultural brasileira. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.

WEBER, Marx. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal, tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. 281 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume - Teoria Geral do Direito Penal. 3. ed. Rio de Janeiro, Revan, 2006. 660p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. O inimigo no direito penal. Tradução de Sérgio Lamarão. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar. Tradução de Cecília Perlingeiro, Gustavo de Souza Preussler, Lucimara Rabel e Maria Gabriela Viana Peixoto. São Paulo: Saraiva, 2012. 537p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; SANTOS, Ílison. A nova crítica criminológica: criminologia em tempos de totalitarismo financeiro. Tradução de Rodrigo Murad do Prado. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

O LAWFARE INDIRETO NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Gilberto Marcos Martins

Doutorando em Direito Constitucional (com bolsa da FAPEMIG), Mestre em História, Licenciado em História, Bacharel em Direito, Pós-graduado em História Moderna e Contemporânea. Professor da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Advogado

Resumo:

Atualmente, o Supremo Tribunal Federal - STF - bem como seus ministros tornaram-se alvos de constantes críticas em razão de decisões monocráticas e/ou colegiadas. A judicialização da política faz com que a Suprema Corte tenha necessariamente que emitir decisões para questões que deveriam ser debatidas no âmbito do político e não do jurídico. Desta forma, a proposta apresentada neste ensaio é analisar se as decisões da Suprema Corte podem ser vistas como direcionadoras de uma finalidade político social, podendo assumir a natureza de um tipo de *lawfare* indireto. A proposta volta-se para uma tentativa de compreender a atuação do STF e os impactos de sua jurisprudência no direcionamento dos rumos políticos do país. A partir de processos conhecidos, como o *Mensalão*, a *Operação Lava Jato* e o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff, o Supremo assumiu papel de protagonismo na sociedade, ao acompanhar e/ou julgar seus objetos. Assim, o objetivo deste ensaio é refletir se a jurisprudência do STF estaria abrindo caminho para a prática indireta de *lawfare*, a partir de análises das decisões relacionadas à prisão em segunda instância, mostrando como ocorreu a interferência da Suprema Corte nas últimas eleições presidenciais ocorridas no Brasil. Faz-se necessário tentar entender como as decisões proferidas impactaram a sociedade e a Constituição e acabaram utilizadas pelos agentes do *lawfare*, modificando o rumo do processo eleitoral brasileiro nos pleitos eleitorais de 2018 e 2022.

Palavras-chave: Segurança jurídica; Judicialização da política; Lawfare indireto.

Introdução

O estudo terá por objeto as decisões proferidas no HC 81.685; HC 84.078, HC 126.292 e nas ADCs 43,44,54. Em 2002, o Supremo Tribunal

Federal decidiu no HC 81.685, de relatoria do Ministro Neri da Silveira, que não tendo o recurso extraordinário efeito suspensivo não feriria o princípio de presunção de inocência a determinação de expedição de mandado de prisão. No entanto, em 2009, no julgamento do HC 84.078, que teve por relator o ministro Eros Grau, a Suprema Corte, superando jurisprudência de aproximadamente 20 anos, em decisão plenária, considerou que o condenado teria direito de recorrer até a última instância em liberdade, tendo em vista o princípio da presunção de inocência.

Para a surpresa de muitos jurisdicionados, em 2016, no julgamento do HC 126.292, cujo relator era Teori Zavascki, o Supremo Tribunal Federal reviu a decisão de 2009 e considerou que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência. Quando todos esperavam que a interpretação estivesse consolidada, novamente ocorreu, em 2019, uma reviravolta e o Supremo, outra vez, alterou a jurisprudência e voltou a interpretar o art. 283 do Código de Processo Penal - CPP, no sentido de que a execução da pena somente poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Essa mudança de posicionamento ocorreu no julgamento das ADCs 43,44,54 cujo Ministro relator foi Marco Aurélio Melo.

Essa alternância sucessiva de entendimentos deixa os jurisdicionados, bem como os demais atores do mundo jurídico, em constante insegurança, além de sinalizar para episódios da prática indireta de *lawfare*, visto que, m razão da instabilidade da jurisprudência da Corte, os impactos políticos e sociais foram sentidos nos processos eleitorais de 2018 e 2022. Explique-se, por oportuno, que *lawfare* é o uso perverso das leis e dos procedimentos jurídicos para perseguir inimigos ou oponentes e obter resultados ilegítimos. Trata-se, segundo ZANIN (2019) de uma estratégia de uso da lei como um substituto aos meios militares tradicionais para alcançar um objetivo operacional. É o legítimo uso de litígios estratégicos para promover objetivos políticos e sociais.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: da autocontenção ao *Lawfare* indireto

Faz-se necessário observar a mudança de postura institucional pela qual passou o Supremo Tribunal Federal desde a promulgação da Constituição de 1988. Em um primeiro momento a Corte refletiu o ideal democratização lenta gradual e segura, defendida pelos militares.

O constituinte de 1988 tomou sem maior debate político, a decisão grave de manter como integrantes do STF todos os Ministros que haviam sido investidos no Tribunal pelos governos anteriores. Vale dizer: sem embargo da inegável virtude pessoal e intelectual de muitos dos juízes que lá tinham assento, a Corte de juristas cuja nomeação era lançada a crédito do regime militar. Sem dever o seu título

investidura à nova ordem, e sem compromisso político com a transformação institucional que se operava no País, a Corte reeditou burocraticamente parte da jurisprudência anterior, bem como alimentou inequívoca sua vontade para com algumas inovações. (BARROSO, 2001, p.24).

Segundo Cruz e Guimarães (2016), sob a influência do pensamento de Robert Alexy, somado ao contexto de escândalos de corrupção alimentador de enorme desconfiança social e popular no Poder Executivo, a última década do século passado testemunhou a pavimentação do caminho que conduziu ao ativismo judicial, sob a bandeira de que os magistrados deveriam consertar o país.

Todas as reservas clássicas sobre “atos *interna corporis*” ou sobre a “divisão de poderes” se evaporaram na cabeça dos professores, advogados, magistrados e promotores de justiça. Se as políticas públicas fossem moralmente inaceitáveis, se os atos administrativos não efetivassem a redução das desigualdades ou, ainda, se as leis não estivessem conforme a visão do Judiciário sobre a Constituição, cabia uma correção imediata! (CRUZ E GUIMARÃES, 2016, p. 557)

Era inspiradora a motivação de se colocar em prática a visão de José Joaquim Gomes Canotilho sobre a Constituição Dirigente, o que, de acordo com Cruz e Guimarães (2016), alimentava na academia o ideal de transformação da sociedade pela ação dos magistrados e dos membros do Ministério Público. A postura autocontida da Corte típica dos dez primeiros anos que se seguiram à promulgação da Constituição começou a se modificar no alvorecer do século XXI. Como consequência, alguns excessos passaram a acontecer no âmbito do judiciário e do Ministério público, entre eles a prática do *lawfare*.

A chegada de novos Ministros contribuiu significativamente para a nova postura do Supremo Tribunal Federal a partir da primeira década do século XXI, sabendo-se que a difusão da técnica argumentativa em contexto de ponderação de valores promovera a jurisdição brasileira para um outro patamar. A Suprema Corte deixou de ser mero coadjuvante e passou a ser um dos atores principais do cenário jurídico brasileiro, assim, o protagonismo trouxe outras preocupações associadas ao ativismo judicial, ao poder de interpretar a norma conforme à Constituição e às competências atribuídas ao tribunal e aos seus ministros.

O protagonismo da Suprema Corte pode ser observado quando a interpretação do texto se modifica na medida em que vai alterando o quadro de ministros. Não há a preocupação de se definir e manter uma decisão *per curiam*, de modo que prevalece sempre a soma dos entendimentos individuais dos ministros e não um entendimento consolidado em votação plenária. Assim, cada magistrado resta mais vinculado às suas próprias decisões e argumentos, ocorrendo a produção de um “*overruling* pessoal”, caso determinado juiz precise rever seu próprio posicionamento. (VALE, 2014). Se olhada

mais de perto, a unidade institucional sucumbe frente à individualidade dos ministros, especialmente quando se parte do pressuposto ideal de que, em um modelo de decisão *per curiam* “a unidade institucional do corpo deliberativo, independente das figuras individuais de cada magistrado, acaba sendo percebida como um requisito indispensável para a autoridade jurisdicional e o prestígio político e social de uma Corte.” (VALE, 2014)

No caso da prisão em segunda instância, à medida que o Supremo Tribunal Federal caminhou da autocontenção para o ativismo, em contexto de forte judicialização da política, de considerável modificação do quadro de ministros aliada à ausência de decisões *per curiam*, abriu-se espaço para a mudança de entendimento, que, em razão dos efeitos *erga omnes*, acabaram interferindo em dois processos eleitorais e dando espaço para a prática de um *lawfare* indireto.

O *Lawfare* indireto é aqui entendido como a utilização do entendimento do STF sobre determinado assunto, para que um procedimento possa ser conduzido para se obter resultados ilegítimos. No caso da prisão em segunda instância antes do trânsito em julgado, a mudança de posicionamento da Corte, em notável jurisprudência oscilante, já era do conhecimento dos atores do *lawfare*, o que pavimentou o caminho para que a norma pudesse ser manuseada com propósito de atingir um “inimigo” específico.

Entre a primeira decisão publicada no HC 81.685, DJ de 17.05.2002, e a última publicada em 08.11.2019 - ADCs 43, 44 e 54 - há um intervalo de 17 anos e seis meses aproximadamente, período no qual a Suprema Corte proferiu quatro decisões que geraram efeitos práticos distintos, revelando a oscilação jurisprudencial sobre a prisão em segunda instância. Em um curto espaço de menos de 10 anos (2009/2019) foram três decisões (2009, 2016 e 2019), movimento de vai-e-vem sugestivo de grave insegurança jurídica, que parece se perpetuar.

A mudança na composição da Corte e o “entendimento pessoal” do novo integrante não é um fundamento válido para a modificação do entendimento consolidado no precedente ou na jurisprudência. A decisão de um órgão colegiado é única e não a soma dos votos de seus componentes. (CARDOSO, 2019, p. 96).

Fica evidenciado nestas decisões que uma norma pode admitir várias interpretações, indutoras do reconhecimento de inconstitucionalidade ou da interpretação conforme a Constituição. Por via de consequência, essa fragilidade conduz ao *lawfare* indireto, visto que outros atores jurídicos, nomeadamente magistrados e membros do Ministério Público, em razão do efeito *erga omnes* da decisão, podem, como foi o caso da prisão antes do trânsito em julgado, manejar o entendimento do tribunal para alcançarem propósitos relacionados à prática do *lawfare*.

À medida em que o STF foi sendo provocado acabou por emitir deci-

sões que retrataram muito mais o posicionamento individual dos seus membros, do que a postura enquanto Corte Constitucional, guardiã da Constituição e necessariamente vinculada a um histórico de decisões em um mesmo sentido. O primeiro aspecto a ser analisado refere-se à modificação da composição dos membros do Supremo Tribunal Federal, sabendo-se que entre 2002 e 2009 ocorreu uma modificação de cerca de 73,73% do quadro de ministros. O segundo aspecto é que em 2002 a decisão foi de uma turma, embora fosse também a decisão majoritária na Corte, mas em 2009 foi decisão do tribunal pleno.

Por outro lado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a interpretação dada ao tema fora mantida em 2002, mostrando solidez e coerência na manutenção da interpretação da norma e preocupação com a segurança jurídica, mas esse fato entrou em dissenso com a posição do STF. Desde 2004, no entanto, em que pese o dissenso já existente em 2002 e o posicionamento minoritário em votos vencidos ao longo da última década do século XX, o entendimento das duas turmas do Supremo Tribunal Federal evoluiu no sentido de superar o precedente até então consolidado, para considerar inconstitucional o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença¹.

A matéria foi submetida ao plenário diante do dissenso entre as duas turmas do Supremo Tribunal Federal e como reflexo notório de evolução da jurisprudência que permitia à Suprema Corte fixar o momento em que se identificava a superação do precedente até então adotado. A mudança de entendimento que se despontava no horizonte trazia consigo novo posicionamento interpretativo da Suprema Corte, estampada na exposição do Ministro Eros Grau:

A produção legislativa penal e processual penal dos anos 90 é francamente reacionária, na medida em que cede aos anseios populares, buscando punições severas e imediatas a malta relegando a plano secundário a garantia constitucional da ampla defesa e seus consectários. Em certos momentos a violência integra-se ao cotidiano da nossa sociedade. E isso de modo a negar a tese do homem cordial que habitaria a individualidade dos brasileiros. Nesses momentos a imprensa lincha, em tribunal de exceção erigido sobre a premissa de que todos são culpados até prova em contrário, exatamente o inverso do que a Constituição assevera. É bom que estejamos bem atentos, nesta Corte, em especial nos momentos de desvario, nos quais as massas despontam na busca, atônita, de uma ética qualquer ética --- o que irremediavelmente nos conduz ao “olho por olho, dente por dente”. Isso nos incumbe impedir, no exercício da prudência do direito, para

1 HC n. 88.413, 1ª Turma, Cezar Peluso, DJ de 9/6/2006; HC n. 86.498, 2ª Turma, 19/5/2006. HC n. 84.859, 2ª Turma, Celso de Mello, DJ de 14/12/2004; HHCC 84.587, 1ª Turma, Marco Aurélio, DJ de 19/11/2004; 84.677, 1ª Turma, Eros Grau, Rel. p/ o acórdão Cezar Peluso, DJ de 8/4/2005; 84.741, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 18/2/2005; 85.289, 1ª Turma, Sepúlveda Pertence, DJ de 11/3/2005 e o 88.741, 2ª Turma, Eros Grau, DJ de 4/8/2006.

que prevaleça contra qualquer outra, momentânea, incendiária, ocasional, a força normativa da Constituição. Sobretudo nos momentos de exaltação. Para isso fomos feitos, para tanto aqui estamos. (BRASIL, 2010, p. 1085-1086)

Durante a apresentação dos votos, em debate ocorrido entre os ministros, assim foi dito pelo ministro Joaquim Barbosa:

Portanto, se resolvermos, politicamente - porque essa é uma decisão política-, que o réu só deve cumprir a pena esgotados todos os recursos, ou seja, até o recurso extraordinário julgado por esta Corte, temos que assumir politicamente o ônus por essa decisão. (BRASIL, 2010, p. 1136-1137)

A Ministra Helen Gracie em seu voto deixou claro a sua preocupação em

alterar jurisprudência velha de vinte anos, em regime plenamente democrático, formada por nada menos que todos os luminares que nos antecederam nessas cadeiras. (...) Portanto estamos concluindo, ao que tudo indica, na sessão de hoje, que estiveram equivocados todos aqueles que nos antecederam durante vinte anos. (BRASIL, 2010, p. 1167)

Até a decisão plenária no HC 84.078-7, a Corte reconhecía a constitucionalidade² da prisão mesmo ainda não tendo transitado em julgado a sentença condenatória. Esta era a orientação dominante nas duas turmas nos anos 90 do século passado, o que compreende pelo menos os primeiros 20 anos da Constituição. Em que pese ser uma posição majoritária em 2009, desde 1992 havia um posicionamento favorável, porém minoritário, à inconstitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado³.

A mudança de entendimento além de ser evidência clara de alteração substancial do quadro de ministros, estava relacionada ainda com uma sintonia do Supremo Tribunal Federal com relação às decisões que vinham sendo proferidas pelo Tribunal Constitucional espanhol e pelo Tribunal alemão, como se pode observar no voto do ministro Gilmar Mendes (BRASIL, 2010).

2 HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 13.9.1995, DJ 26.11.1999; HC 69.263, 2ª Turma, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, julg. 07.04.92, DJ 09.10.92; HC 69.559, 1ª Turma, Rel. Min. Octavio Gallotti, julg. 22.09.92, DJ 30.10.92; HC 71.053, 1ª Turma, Rel. Min. Celso de Mello, julg. 22.02.94, DJ 10.06.94. HC 70.634 Rel. Min. Francisco Rezek, 2ª Turma, julg. 09.11.93, DJ 24.06.94; HC 80.412, 2ª Turma, Rel. Min. Nelson Jobim, julg. 03.10.00, DJ 17.08.01; HC 72.603, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 26.09.95, DJ 24.11.95; HC 69.667, 1ª Turma, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 01.12.93, DJ 26.02.93; HC 71.889, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, julg. 29.11.94, DJ 24.02.95; HC 75.583, Rel. Min. Moreira Alves, julg. 9.9.1997, DJ 10.10.1997.

3 HC 69.263, Rel. para acórdão Min. Carlos Velloso, DJ 9.10.1992; HC 69.964, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 1º.7.1993; HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999; HC 72.366, Rel. Min. Néri da Silveira, DJ 26.11.1999.

Em um primeiro momento a superação do precedente no ano de 2009 parece estar em sintonia com a proteção das garantias fundamentais, no caso específico, a liberdade, de modo que de forma quase espontânea vem a lume o princípio da *última ratio*. Considerando todo o período em que havia um dissenso entre as duas turmas, a decisão em sede de plenário em 2009 dava conta de evolução jurisprudencial caracterizadora da superação de um precedente.

No julgamento do HC 84.078 havia real consciência de uma proposta de revisão de jurisprudência já consolidada e que servia de fundamento para as decisões proferidas nos demais tribunais do Brasil. Gilmar Mendes, citando Haberle, afirma que “*não existe norma jurídica, senão norma jurídica interpretada, ressaltando-se que interpretar um ato normativo nada mais é do que colocá-lo no tempo ou integrá-lo na realidade pública*”. (BRASIL, 2010, p.1203). Sob tal perspectiva o entendimento da Corte era o de que “*o texto confrontado com novas experiências, transforma-se necessariamente em outro*”. (BRASIL, 2010, p. 1204).

Assim, operou-se nova orientação hermenêutica definindo outra interpretação, considerando inconstitucional a prisão antes do trânsito em julgado. Em um primeiro momento a nova interpretação pode ser vista como em perfeita sintonia com o que a Constituição propõe. Afinal tutelou-se a liberdade. A superação do precedente, no âmbito do *civil law* demonstrou coerência com o momento histórico e com a nova realidade na qual a Constituição via-se inserida. Ocorre que em curto espaço de tempo uma nova mudança de entendimento por parte da Suprema Corte promoveu rachaduras no sentido do texto constitucional, causando desconforto no que se refere à função do Supremo Tribunal Federal de guardião da Constituição.

Para a surpresa de muitos jurisdicionados, em 2016, no julgamento do HC 126.292, cujo relator era Teori Zavascki, a Suprema Corte considerou que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofenderia o princípio constitucional da presunção de inocência. Essa mudança de entendimento ocorreu no mesmo contexto em que a operação lava jato se desdobrava em várias frentes atingindo agentes políticos com foro privilegiado.

Diante de tal situação e considerando o contexto histórico no qual a decisão foi proferida, caracterizou-se a insegurança jurídica, qualificada pela oscilação da jurisprudência sobre a prisão antes do trânsito em julgado. A equação tempo-norma-precedente não fechou. Entre 2009 e 2016, a composição do STF novamente passou por considerável transformação, visto que apenas 45,45% dos ministros de 2009 permaneciam em 2016, importando em renovação da ordem de 54,54%. Nas palavras de Cardoso (2019), a mudança na composição da Corte e o entendimento pessoal do novo integrante não pode ser fundamento válido para que um precedente seja superado, sendo a decisão do órgão colegiado única e não apenas a mera soma dos votos dos seus membros, para ele, “*se uma questão já foi decidida, é preciso deixar que ela continue decidida e que seja aplicada, sem revisões desnecessárias ou superações (parciais ou totais) disfarçadas de distinção*”. (CARDOSO, 2019, p. 97)

A alteração da jurisprudência no acórdão proferido em 17.02.2016 foi motivada por decisão proferida no HC 313.021/SP, no qual o paciente foi condenado, tendo sido expedido pelo TJ-SP mandado de prisão, após ter negado provimento ao recurso de apelação interposto pela defesa. A decisão caminhava na contramão do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmado no julgamento do HC 84.078/MG. Contra a ordem de prisão foi impetrado o referido HC junto ao Superior Tribunal de Justiça tendo sido a ordem denegada, razão pela qual foi proposto o HC 126.292.

O ministro relator Teori Zavascki, em seu voto, alegou que era preciso retomar a tradicional jurisprudência da Corte de forma a harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado, vez que a quantidade de recursos que podem ser manejados pelo réu acaba por provocar a ocorrência da prescrição da pena inibindo a efetividade da jurisdição penal.

Por sua vez, o ministro Luís Roberto Barroso fundamentou seu voto na credibilidade do Poder Judiciário, redução do grau de seletividade do sistema punitivo, tornando-o mais republicano e igualitário e ponderando que direitos e garantias não são absolutos. Para ele, no caso em tela, teria havido, para além de mera análise de regras, uma ponderação de princípios vistos como mandados de otimização, assim, a decisão da Corte no HC 84.078 (DJ 05.02.2009) teve por consequência efeitos negativos como: “*o incentivo à interposição de recursos protelatórios, o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade* (BRASIL, 2010, p. 50)

As decisões desta natureza, classificadas pelo ministro Humberto Gomes de decisões *banana boat*, trazem para o cenário a questão dos precedentes judiciais de modo a se garantir a segurança jurídica diante da atuação do Supremo Tribunal Federal. A ministra Rosa Weber em seu voto no HC 126.292 foi enfática ao afirmar que o princípio da segurança jurídica, sobretudo em questões constitucionais, “*é muito caro à sociedade, e há de ser prestigiado. (...) Tenho alguma dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte. Para a sociedade, existe o Poder Judiciário, a instituição, no caso o Supremo Tribunal Federal*”. (BRASIL, 2017, p. 55).

O ministro Luiz Fux em seu voto no HC 126.292 afirmou que seria necessário observar que, “*quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social (...) e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer (...)*”. (BRASIL, 2017, p. 60)

O posicionamento do ministro Fux reafirma, de igual modo, o caráter político da Suprema Corte. Depreende-se que o precedente é menos importante do que o clamor social. Assim, a insegurança jurídica instaura-se de vez, pois as paixões sociais momentâneas não podem ter o condão de por si mesmas promoverem a mudança de posicionamento dos magistrados, tanto é verdade que sequer emendas constitucionais podem ocorrer em momentos de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (ar.60 §1º Consti-

tuição Federal).

Esse posicionamento foi ponderado pelo ministro Marco Aurélio

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida. Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta (...) (BRASIL, 2017, p. 77).

Cardoso (2019) chama a atenção para o fato de que não há uma sistematização e muito menos uma uniformização dos precedentes no aparato legal brasileiro, por meio do precedente, assim, a força da razão deve prevalecer sobre a razão da força. O precedente possui força vinculante, uma vez que não pode ser ignorado e muito menos utilizado conforme a conveniência e a discricionariedade do magistrado. *A aplicação de um precedente pelo julgador significa que ele deixará de adotar qualquer outra decisão possível. Ocorre uma transformação da decisão judicial, de norma atual e específica para norma futura e geral* (Cardoso, 2019, p. 93)

Segundo Luiz Guilherme Marinoni (2013, p. 325) “o precedente tem o objetivo de regular o futuro”, uma vez que segundo Cardoso (2019) refletem a continuidade dos costumes do passado.

A evolução e a alteração do Direito não contrariam a segurança jurídica, mas, ao contrário, asseguram-na, com o fim de conferir estabilidade às mudanças sociais. Contudo, as modificações jurídicas devem observar formas previamente determinadas, para não violar a segurança jurídica e o próprio ordenamento jurídico (...) (Cardoso, 2019, p. 94)

No caso em análise, a decisão que superou o precedente em 2016 pode ser entendida como causadora de insegurança jurídica, pois em espaço de tempo que vai de 2009 a 2019, três decisões foram proferidas pela Suprema Corte sobre o mesmo tema. Para Cardoso, tão importante quanto a elaboração de precedentes seria a definição de critérios para a superação, com “*regras prévias sobre as situações que permitem o início de debates judiciais sobre a modificação de um precedente (e sua substituição por outro)*” (CARDOSO, 2019, p. 95)

Quando todos esperavam que a interpretação estivesse consolidada, novamente ocorreu reviravolta na jurisprudência, no ano de 2019, e a Suprema Corte reviu seu posicionamento e entendeu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, no sentido de que a execução da pena só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A referida mudança de posicionamento ocorreu no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, (DJe 07.11.2019) que visavam examinar a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal, que estabelece o trânsito em julgado da sentença

como exigência para a prisão. O julgamento definiu a proibição da prisão logo após condenação em segunda instância.

Não se pode deixar de chamar a atenção para o fato de que foi também no cenário da chamada Vaza Jato, quando muitas irregularidades foram denunciadas, que o Supremo Tribunal Federal passou a considerar inconstitucional a prisão antes do trânsito em julgado, no caso, do ex-presidente e presidente reeleito, Luiz Inácio Lula da Silva. Definitivamente não se pode ser ingênuo a ponto de atribuir tais mudanças de entendimento a meras coincidências - a teoria dos jogos estava sendo colocada em prática e o termômetro da Corte estava visivelmente sendo utilizado. Basta verificar a rapidez com a qual as decisões eram proferidas.

O que mais chama a atenção é que o quadro de ministros de 2016 era praticamente o mesmo de 2019, contando apenas com uma alteração, que foi a chegada do Ministro Alexandre de Moraes. No entanto dois ministros (Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que proferiu voto de minerva) mudaram o entendimento em relação ao voto proferido em 2016 no HC 126.292, assim, o Supremo Tribunal Federal entendeu, nesse caso específico, que o judiciário não pode exercer papel de vanguarda e que essa função deve ser do Congresso e da própria sociedade.

O *Lawfare* indireto sinaliza intervenção no processo eleitoral

Em contexto de polarização política, que vinha ocorrendo desde a eleição de 2014, intensificando-se com o *impeachment* da presidente Dilma, processos relacionados ao mensalão e especialmente o impacto da operação Lava Jato, o Supremo Tribunal Federal foi alavancado para o olho do furacão. Definitivamente a judicialização da política dava acordes agudos para o ativismo judicial.

O desfecho da operação Lava Jato implicou na investigação em desfavor de Luís Inácio Lula da Silva. Não se tratava de simples caso de persecução por suposta prática de ilícitos, mas de perseguição promovida por alguns agentes do sistema de justiça (MP e Juízes) em alinhamento com órgãos de imprensa, visando produzir efeitos no cenário político, com o propósito de impedir que Lula participasse da disputa eleitoral que ocorreria em 2018. Nesse contexto o Supremo Tribunal Federal promovia uma virada jurisprudencial considerando constitucional a prisão antes do trânsito em julgado.

Essa oscilação de entendimento da Suprema corte criava o cenário perfeito para pavimentar o *lawfare* indireto. Descortinava-se no horizonte o desejo de moralizar a nação, combater a corrupção, consertar a política. Definitivamente o equilíbrio entre os poderes deixou de existir. Repaginava-se o princípio da separação de poderes.

As leis e os procedimentos jurídicos estavam sendo manipulados para servir como uma espécie de arma de guerra contra o ex-presidente Lula e seus aliados políticos, criando na opinião pública e junto à so-

cidade condições favoráveis para viabilizar esse ataque de modo a permitir que uma nova forma de poder pudesse se sobressair e se instalar no Brasil. (ZANIN, et.al., 2019, p. 11)

A forma como a investigação foi processada revelou o uso das leis para alcançar fins políticos ilegítimos, o que ficou evidenciado na anulação da condenação imposta ao ex-presidente Lula, após os efeitos da chamada Vaza Jato. Embora o *lanfare* não se confunda com a judicialização da política e com o ativismo, não se pode negar que as decisões do Judiciário possam provocar efeitos indiretos, atingindo determinados sujeitos, em razão dos efeitos *erga omnes* de tais decisões. O uso da lei como arma de guerra é a mais nova característica do combate no século XXI.

A investigação contra Lula revelou a instrumentalização do Direito para destruir uma pessoa considerada inimiga. Segundo Zanin (2019), o *lanfare* é o uso estratégico do Direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo, sob uma aparência de juridicidade cometem-se atrocidades, sem limite. No contexto, a “Teoria dos Jogos” deve ser levada em conta, pois a mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal no que concerne à prisão antes do trânsito em julgado, criou o cenário perfeito para que o *lanfare* viesse como corolário do ativismo e do protagonismo da Suprema Corte, somando-se a prevalência das decisões *seriatim* em detrimento das decisões *per curiam*.

O cenário para a prática do *lanfare* contra Lula estava perfeito, o campo de batalha mostrava-se completamente favorável. A mudança de entendimento promovida pelo Supremo Tribunal Federal deu aos investigadores a peça que faltava, no momento adequado. O discurso anticorrupção hasteava a bandeira perfeita para vulnerar o inimigo. O resultado de tudo isso foi que com base na lei da ficha limpa (LC 135/10), o ex-presidente Lula foi impedido de disputar as eleições presidenciais de 2018, pois teve indeferido o registro de sua candidatura pelo TSE.

Não se pode ter a ingenuidade de acreditar que foram meras coincidências. Os investigadores de Lula conheciam muito bem o cenário jurídico no qual estavam atuando, bastava saber manejar as normas jurídicas no momento certo. O ambiente era favorável e com o auxílio dos meios de comunicação (mídia) não foi difícil criar a presunção de culpa perante à sociedade e à opinião pública. Estava moldada a consciência da coletividade. Segundo Zanin (2019), viabilizava-se uma condenação sem provas. “No âmbito da Operação Lava jato pessoas investigadas por fatos ocorridos em uma jurisdição específica foram ilegalmente processadas e julgadas por juízes manifestamente incompetentes.” (Zanin, 2019, p. 75)

O clamor da sociedade reprovando a corrupção estampada em processos envolvendo mensalão, Lava Jato entre outros, aliado a uma postura ativista dos membros do Judiciário, que assumiram a função de consertar a política e moralizar o país, formava o cenário perfeito para a identificação do inimigo.

Os agentes da Operação Lava Jato criaram suas próprias normas suas próprias armas, chegando ao ponto de escolherem inclusive a jurisdição favorável.

A instabilidade da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impediu o ex-presidente Lula de concorrer às eleições de 2018. A mudança de entendimento ocorrida no julgamento das ADCs 43, 44, 54 (DJe 07.11.2019), somada à anulação do julgamento que havia condenado Lula permitiu sua participação nas eleições de 2022. Por mais que não existam indícios de prática de lawfare pelo Supremo Tribunal Federal, (apesar da concomitância da mudança de entendimento com o desfecho da Lava Jato e depois com a Vaza Jato) a oscilação da jurisprudência da Corte abre um flanco para que os praticantes do lawfare utilizem a norma como arma pois já sabem o posicionamento do Tribunal que tem o Direito de errar por último. Fica a lição: o Judiciário não pode atuar na vanguarda, mas, muito pelo contrário, na garantia do que o legislativo e a sociedade já decidiram.

Considerações finais

Diante do exposto, resta afirmar que a jurisprudência da Suprema Corte, no que concerne à constitucionalidade da prisão antes do trânsito em julgado, foi modificada exatamente no momento em que a operação Lava Jato alcançava agentes políticos com foro privilegiado, em 2016. Por outro lado, em 2019, quando a Vaza Jato revelou ilegalidades cometidas no âmbito da operação Lava Jato, nova mudança jurisprudencial foi realizada, de modo a considerar inconstitucional a prisão antes do trânsito em julgado. Tal situação revela que a teoria dos jogos estava sendo colocada em prática, conforme o termômetro do Supremo Tribunal Federal, assim, impõe-se a lição de que o Judiciário não deve atuar na vanguarda dos acontecimentos, movido pelas vozes das ruas, muitas vezes manipuladas, mas na proteção da Constituição, seu mister constitucional.

Referências

ALEXY, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

BARROSO, Luís Roberto. Doze anos da Constituição brasileira de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto. Temas de direito constitucional. Tomo I. Rio de Janeiro: 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Acórdão HC 81685-1/SP. Relator: Min. Neri da Silveira, 26 mar. 2002. Brasília: STF [2002]. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?Classe=Numero%20Incidente=%22HC%2081685%205%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page_size=10&sort=_score&sort_by=desc&is_advanced=true](https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?Classe=Numero%20Incidente=&Classe=22HC%2081685%205%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&page_size=10&sort=_score&sort_by=desc&is_advanced=true). Acesso em 30 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Acórdão HC 84078. Relator: Min. Eros Grau, 05 fev. 2009. Brasília: STF [2010]. Disponível em: <https://>

jurisprudencia.stf.jus.br/ pages/ search?classe Numero Incidente=%22 HC%20 84078% 22&base= acordaos& sinonimo= true&plural= true&page= 1&pageSi- ze= 10&sort=_ score& sortBy= desc&is Advanced=true. Acesso em 19 set. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (2ª turma). AgRg no REsp 382736 / SC. Relator: Min. Francisco Peçanha Martins, 08 out. 2003. Brasília: STJ [2004]. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=1060514&num_registro=200101557448&data=20040225&tipo=5&formato=PDF. Acesso em 20 set. 2022

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). HC 126292 / SP. Relator: Min. Teori Zavascki, 17 fev.2016. Brasília: STF [2017]. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?ClasseNumeroIncidente=%22HC%20126292%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Acesso em 30 set. 2022

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CARDOSO, Oscar Valente. A relevância dos precedentes para a eficiência da Justiça no Brasil. **Revista CNJ, Brasília, DF, v. 3, n. 2, p. 92-97, jul./dez. 2019.**

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Jurisdição constitucional democrática. Belo Horizonte: Arraes, 2014.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza e GUIMARÃES, Frederico Garcia. Supremo Tribunal Federal: Entre a última palavra e diálogos interinstitucionais ou entre a autonomia e alteridade. Revista de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (REPATS). Brasília, V. 3, n° 2, p.545-599, Jul-Dez, 2016.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. Taking Rights Seriously. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

MARINONI, Luiz Guilherme. Zona de Penumbra entre STJ e STF. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 3. ed. São Paulo: RT, 2013.

MELLO, Patrícia Perrone. O Supremo Tribunal Federal: Um Tribunal de Teses. R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, t. 2, p. 443-467, set.-dez., 2019.

VALE, André Rufino do. É preciso repensar a deliberação no Supremo Tribunal Federal. Revista Consultor Jurídico, 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-fev-01/observatorio-constitucional-preciso-repensar-deliberacao-stf>. Acesso em: 14 de outubro de 2022.

LAWFARE PARA O IMPEACHMENT: AS VIOLAÇÕES DE DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS NO CASO RODRIGO NEVES/NITERÓI

Patrick Scalco

Universidade Federal do Rio de Janeiro, Graduando do curso de Direito, pesquisador de Direitos Políticos no Instituto Joaquim Herrera Flores

Carol Proner

Professora de Direito Internacional na Universidade Federal do Rio de Janeiro, Doutora em Direitos Humanos pela Universidade Pablo de Olavide

Resumo:

Por ação em sede de medida cautelar, a Operação Lava-jato abala o município de Niterói: o então prefeito Rodrigo Neves é preso e suspenso de suas funções públicas por 93 dias. Em poucos instantes, as alegações do Ministério Público já repercutiam no legislativo local, originando uma série de pedidos de destituição do cargo - sem dar qualquer voz ao contraditório. Tendo em vista os estudos acerca das violações de garantias à liderança cívica, o presente texto objetiva apurar a ocorrência de desvios processuais no caso em tela. Alternativamente, busca-se analisar: o caso se trata de um exemplo de lawfare político? Assumindo um marco teórico jurídico garantista, a metodologia do estudo é lastreada na subsunção dos autos e dos pedidos de impeachment ao Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, com a devida verificação da jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da ONU. Em relatório, são apontadas inadequações nos termos do Artigo 9º §1 (quanto ao caráter arbitrário da prisão preventiva), Artigo 14º §2 (quanto à presunção de inocência) e Artigo 25º, b (quanto à restrição ao exercício do poder político). Perpassando por tais argumentos, as considerações finais sinalizam um caso de difícil explicação pela ótica do respeito às garantias fundamentais, apresentando maior adequação do inquérito nos moldes de um uso impróprio do direito. Tendo em vista definição o qual o lawfare político se trata de uso hostil e direcionado do direito com vistas a promover ações políticas, verifica-se, portanto, a ocorrência de um lawfare para o impeachment.

Palavras-chave: Lawfare; Operação Lava Jato; Impeachment; Comitê de Direitos Humanos.

Introdução - o Caso Rodrigo Neves/Niterói

O Município de Niterói, antiga capital do Estado do Rio de Janeiro e local estratégico na extração de Petróleo, acordou no dia 10 de dezembro de 2018 sem a presença de seu prefeito eleito. Dado que o vice-prefeito local havia renunciado seu posto para a candidatura de vice-governador, o poder de voto exercido pela população encontrava-se esvaziado.

De caráter desenvolvimentista, Rodrigo Neves tomou posse no executivo municipal como integrante do Partido dos Trabalhadores (PT), alcançando segundo mandato no ano de 2016. A Administração Municipal, marcada por obras de infraestrutura e investimentos estatais, subitamente se abala por ação da Operação Alameda, desdobramento da Operação Lava-Jato: sem dar qualquer voz ao contraditório, uma medida cautelar não só prendia a pessoa de Rodrigo, como suspendia suas funções públicas no executivo local.

Poucas horas depois, grupos políticos já discutiam o impeachment com base no fato do prefeito ter sido preso preventivamente. Acusava-se relação espúria entre a prefeitura, empresários de empresas rodoviárias e membros do Sindicato das Empresas de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro (SETRERJ). As denúncias, no entanto, não apresentavam quaisquer elementos de convicção, se limitando a expor os fatos narrados na mídia e citar trechos da denúncia do Ministério Público - que neste momento, estava em sigilo processual (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 651).

Acumulando a função de alcaide com a presidência do consórcio intermunicipal da área de influência do COMPERJ, complexo petroquímico motriz da ação da Lava-Jato na Petrobras, o Caso Rodrigo Neves/Niterói se trata de uma narrativa que muito se aproxima ao episódio ocorrido com Lula da Silva no Brasil, Fernando Lugo no Paraguai, e tantos outros casos documentados no contexto do lawfare: um uso hostil e direcionado do direito (AMORIM; PRONER, 2022, p. 16).

Como maior destaque, o afastamento do mandato em curso e a sequer instauração de um processo judicial são peculiaridades que enfatizam a relevância do caso. Ainda mais, seu resultado final: Rodrigo retorna à prefeitura de Niterói, coordena a cidade no combate à pandemia de COVID-19 e elege seu sucessor em primeiro turno.

Tendo em vista os estudos acerca das violações de direitos civis e políticos de lideranças, o presente texto objetiva apurar a ocorrência de desvios processuais no caso em tela. Alternativamente, busca-se analisar: o caso se trata de um exemplo de lawfare político?

Como metodologia para a identificação técnica de violações de garantias, o trabalho de pesquisa se norteou pela análise do procedimento investigatório que deu razão ao caso Neves/Niterói sob o crivo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - forma admitida pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU ao emitir parecer sobre diversas ocorrências internacionais, como as ações da Operação Lava-jato no Brasil.

Trabalha-se, portanto, com a hipótese inicial de que o caso se tratou de um processo com as devidas garantias fundamentais, ao passo que o cotejo das características do episódio com a legislação nacional e internacional apontam a ocorrência ou não de pontos de ruptura.

Ademais, a análise técnico-processual dos pedidos de impeachment arrolados, com a demonstração de seu conteúdo e elementos de convicção, possibilitam a melhor retratação do caso nos padrões de lawfare político ou ocorrência de devido processo legal. De forma complementar, com a finalidade de construção da linha do tempo do estudo, realizou-se ainda um levantamento de notícias nos principais portais brasileiros, totalizando a apuração de 41 matérias no período delimitado da deflagração da Operação Lava-Jato, até o retorno do alcaide à prefeitura de Niterói (2015-19).

Assumindo um marco teórico jurídico garantista, o estudo de livros, artigos e seminários especializados em lawfare e violações de direitos políticos integram igual importância na análise superveniente. Tais considerações sobre o lawfare para o impeachment serão o ponto de partida contextualizador do estudo.

O lawfare para o impeachment vs. o respeito aos direitos civis e políticos

Quando uma força antijurídica objetiva a deposição de um cargo público eletivo, temos a ocorrência de um lawfare para o impeachment. Antes de tudo, o lawfare em si é um uso estratégico e ilegítimo do direito (ZANIN; MARTINS; VALIM, 2020, p. 25). Frontalmente contrário à concepção garantista das normas jurídicas, as violações processuais são características chave desse fenômeno multifacetado (CASARA, 2019, p. 1).

Segundo desenhado por estudos de estado da China (LIANG; XIANG-SUI, 1999) e Estados Unidos (DUNLAP JR, 2008) a caracterização do lawfare se evolve inicialmente no contexto transnacional. Orde Kittrie (2016, p. 8), inclusive, associava diretamente o fenômeno com ações que produziriam efeitos de guerra. Santoro e Tavares (2019, p. 39-40), por sua vez, expandem tal noção por uma definição de lawfare político, admitindo que grupos internos seriam capazes de engendrar o direito para a produção de ações com efeitos políticos. Os axiomas dispostos por Ferrajoli (2014, p. 91) fazem um alerta quanto a tal instrumentalização: o processo deve seguir um rito de garantias fundamentais.

Aplicado ao contexto de lideranças públicas, tanto as garantias da pessoa física em questão devem ser respeitadas, como a expressão política daquela sociedade deve ser envolta por um resguardo atencioso. Um processo que não considera os direitos do indivíduo e os direitos políticos da sociedade não merece prosperar, pois a função do direito está atrelada a estes de forma inerente (FERRAJOLI, 2004, p. 45). Zaffaroni, Caamaño e Weis (2021, p. 83) demonstrarão que tal antijuridicidade se trata de um uso da força estatal

envolto à infâmia. Casara (2019, p. 1), por sua vez, destaca em termos mais objetivos: as violações de direitos civis e políticos são intrinsicamente ligadas a ocorrência do lawfare político.

No caso em tela, observa-se o cenário de um procedimento investigatório do Ministério Público. Apesar de ser dotado com a expressa função constitucional de fiscalizador das investigações, o órgão, na prática das forças tarefas, assume o protagonismo destas, de forma que resta ausente de controle externo. (SANTORO; CYRILLO, 2020, p. 19)

O movimento institucional de alinhamento não mais como instituição de garantias, mas como instituição majoritariamente centrada na acusação, traz ao Ministério Público uma tendência perigosa à presunção de inocência. Pelo fenômeno do viés de confirmação, as investigações podem resultar em denúncias sem materialidade. Ademais, a necessidade de resultados pode culminar na decretação de cautelares sem a devida necessidade e proporcionalidade (SANTORO; CYRILLO, 2020, p. 26). Para além de tendências, se concretizadas, tais ações são violações de garantias fundamentais pelo aparato judicial.

No curso de um mandato eletivo, ações de exceção como as citadas afastam o direito do cidadão em exercer a representação política pelo qual foi eleito, como também esfazem a autodeterminação dos eleitores do local (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 1984).

Como norte dessa questão, tanto em sua íntegra como em sua jurisprudência, o Pacto de Direitos Civis e Políticos identifica importantes pressupostos concernentes a todos os seus signatários. Por via do cotejo com o caso Rodrigo Neves/Niterói, restaram violações quanto aos artigos 9.1, 14.2 e 25.

As violações de garantias no caso Rodrigo Neves/Niterói

Artigo 9.1 - Quanto ao caráter arbitrário da prisão preventiva

Quanto a Materialidade da Denúncia

O artigo 9º, §1 do Pacto de Direitos Civis e Políticos representa a defesa à liberdade e segurança pessoal, de forma a vedar prisões ilegais ou arbitrárias. Em seus termos: “ninguém será privado de liberdade, exceto por motivos estabelecidos e conforme o procedimento estabelecido por lei” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948). Ademais, a jurisprudência define que as razões para detenção ou reclusão devem estar prescritas legalmente e definidas com precisão suficiente a fim de evitar interpretação ampla ou arbitrária. De igual forma, o Comitê de Direitos Humanos historicamente reforça que o conceito de arbitrariedade é intrinsicamente ligado a elementos de inadequação, imprevisibilidade e desrespeito às garantias processuais (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2014). Neste ponto, examinaremos se a prisão preventiva de Rodrigo Neves por 93 dias se tratou de ação arbitrária pelo Estado Brasileiro.

O procedimento investigatório do caso teve origem na adesão do Minis-

tério Público do Estado do Rio de Janeiro aos anexos de delações premiadas no âmbito da “Operação Ponto Final”, coordenada pelo Ministério Público Federal. Nesta, o ex-governador Sérgio Cabral havia sido preso por confesso esquema de propina com empresários de ônibus estaduais.

A denúncia do Caso Rodrigo Neves/Niterói, por sua vez, parte de um pressuposto onde se infere um fio comum entre os casos (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 11). Desta linha, se resultam as imputações de corrupção passiva e organização criminosa. Como lastro probatório, foram elencados: (I) delação premiada realizada por empresário de ônibus (II) mensagens do celular do delator (III) prova testemunhal (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 34). No entanto, tendo em vista os autos do procedimento investigatório, tal lastro acaba por não configurar materialidade suficiente para embasar denúncia nos moldes do conceito definido como “justa causa” no Código de Processo Penal Brasileiro, como será agora descrito (BADARÓ, 2008, p. 175).

Destarte, é importante ressaltar que a denúncia se apresenta como fundamentalmente justificada no primeiro item: delação premiada, visada a contextualizar e decodificar os outros elementos de convicção (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 35). No entanto, no ofício da Procuradoria Geral da República que prosseguiu com o compartilhamento dos arquivos de delações, restava a informação de que os documentos em questão detinham somente a função de contribuir com as investigações. Mais além: o anexo em específico que originou a denúncia do prefeito de Niterói foi elencado como ausente em indícios de corroboração (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 414). Dessa forma, a Justiça Estadual identificou que a delação premiada realizada por empresário de ônibus deveria ser apurada, e só poderia assumir peso considerável mediante consonância com outros meios de prova (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2170)

Para possibilitar o uso de tal delação como justa causa processual penal, a denúncia aponta mensagens encontradas no celular do delator, obtido por força de busca e apreensão e, portanto, prova autônoma (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 44). O conteúdo das mensagens, todavia, não se apresenta como potencialmente ilícito, se restringindo à marcação de reuniões e encontros entre a prefeitura de Niterói e o Sindicato Rodoviário. De acordo com a própria denúncia:

“Veja-se que não há menção explícita aos motivos de tantos encontros, como seria normal e razoável acontecer, justamente porque ninguém em sã consciência deixaria registros por escrito sobre o cometimento de um crime. As conversas lacônicas e monossilábicas, no fundo, representam um dado relevante acerca do objeto ilícito das reuniões, confirmando a versão do réu colaborador.” (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 48).

As mensagens citadas também motivaram a própria delimitação temporal do crime de organização criminosa. Este estaria baseado no primeiro registro de marcação de reunião entre a prefeitura de Niterói e os representantes

do Sindicato das Empresas de Transporte Rodoviário (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 12).

Ademais, tal noção temporal se refletiu diretamente no valor da causa: é estipulado desvio de 10 milhões por razão da organização criminosa. A metodologia utilizada no procedimento investigatório se conteve em realizar cálculo aritmético da porcentagem citada pelo delator em relação a toda quantia contratualmente recebida pelas empresas de ônibus no período 2014-2018 (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 23-24).

O valor, portanto, não foi obtido como fruto de busca e apreensão, ou motivado por acusações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Nessa linha, caso o delator estipulasse o dobro da alíquota citada, o Ministério Público realizaria imputação na base de 20 milhões de reais. O valor da causa, conclui-se, restou exclusivamente atrelado aos termos da delação premiada, reforçando a ausência de elementos de convicção suficientes para a propositura da ação penal.

Delações, por si só, não detém força probatória no ordenamento jurídico brasileiro. Uma prova testemunhal, contudo, sendo lastreada no contraditório e na observação afastada do delito, constitui meio possível para a definição de justa causa (BADARÓ, 2008, p. 315). Na condução do procedimento investigatório, chama a atenção que o segundo empresário, delimitado como testemunha, foi assumidamente encontrado mediante pesquisa no buscador *Google*, pela busca do termo “pagamento de propinas a agentes públicos por empresários do setor de transporte” (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 54). Como resultado da pesquisa, o MPRJ relata que obteve acesso à notícia de portal em que o dono de empresa de marketing realizava delação premiada onde o nome de Rodrigo era citado, motivo pelo qual fora chamado para depor como terceiro (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 54)

A equiparação de delação premiada à prova testemunhal, no entanto, só pode ser validada mediante submissão ao contraditório, oferecendo oportunidade para que as partes formulem perguntas ao delator, como se este fosse testemunha arrolada pela acusação, nos moldes do Código de Processo Penal Brasileiro (BADARÓ, 2008, p. 315). Realidade diversa desta, aponta Otto Kirchheimer (1961, p. 117), resulta numa tendência de imposição do resultado pré-estabelecido pela acusação.

Tendo em vista que o depoimento do empresário de marketing foi realizado em forma diversa ao procedimento estabelecido em lei, com a exclusiva presença dos procuradores (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2083), ausente o contraditório, não se admite sua força como prova testemunhal *sui generis* - apta a fundamentar sentença (BADARÓ, 2008, p. 315).

A fragilidade dos três itens citados como lastro probatório ainda se agrava perante a análise da imputação em si do crime de organização criminosa: a versão preconizada pela acusação aponta que o núcleo da prefeitura de Niterói pressionava os representantes legais das empresas de ônibus a repassarem os valores indevidos. Não haveria um desenho, portanto, de união entre os

núcleos, mas sim, de desassociação entre estes (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2172).

Ausentes elementos corroborativos que motivem a definição de ânimo associativo, valor da causa e delimitação temporal, estabelece-se que a denúncia não foi instruída conforme a legislação interna do Estado brasileiro.

Pelo exposto, no cotejo do Pacto de Direitos Civis e Políticos em relação ao Caso Rodrigo Neves/Niterói, toma-se nota de que a Justiça Estadual identificou ausência de justa causa na imputação de organização criminosa (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 2157). Dessa forma, observa-se que o mandado de prisão foi emitido de forma prematura, violando o direito à liberdade e segurança pessoal estabelecido no Artigo 9º §1.

Quanto a decretação da prisão preventiva

Para além do citado, os fatores para a expedição do mandado de prisão em si apresentam necessidade de análise. O Comitê de Direitos Humanos estabelece em sua jurisprudência que a prisão preventiva não deve constituir uma prática geral, sendo necessariamente embasada nos preceitos de razoabilidade e necessidade. Nesse sentido, as finalidades que motivam a aplicação dessa cautelar de exceção devem ser delimitadas de forma adequada, como, por exemplo, para evitar fuga, alteração de provas ou a reincidência do delito. São vedados, portanto, critérios excessivamente amplos, como a ordem pública (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2014).

Há, portanto, um princípio de proporcionalidade que coordena as medidas cautelares: elas devem se apresentar tanto necessárias para um fim, como adequadas em relação ao interesse do processo e a menor ofensa possível aos direitos fundamentais. (BADARÓ, 2008, p. 720)

O caso Gorji-Dinka v. Camerún se apresenta como paradigma de análise nessa questão: não se admite prisão preventiva ausente de fundamento jurídico ou que tenha sua urgência intrínseca ignorada (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2014). No caso Rodrigo Neves/Niterói, alega-se que o mandado de prisão preventiva foi expedido com a necessidade de proteger a ordem pública e prevenir danos à instrução criminal (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 58-62).

O critério de ordem pública, tendente a ser excessivamente amplo, foi delimitado nos termos de que a continuidade do mandatário na prefeitura poderia causar ao erário (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 60). Tal explicação seria suficientemente justa, contudo, como já destacado, o valor supostamente desviado não encontrava lastro em fruto de busca e apreensão, ou foi de alguma forma corroborado por acusações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 23-24). Tendo em vista que o valor da causa se restou exclusivamente atrelado aos termos de delação premiada, incapaz de embasar ação penal, não há o que se falar em ordem pública para a proteção do erário municipal.

Ademais, como a demarcação temporal do crime de Organização Criminosa foi estabelecida por registros de reuniões via aplicativo de mensagens, ocorridas entre os anos de 2014 a 2016, a Justiça Estadual verificou ausência de contemporaneidade: a medida prisional foi decretada em dezembro de 2018, dois anos após os sugeridos encontros. Não há, portanto, a presença de elementos de urgência (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 1944)

Por fim, a denúncia retrata que a prisão se justificaria como forma de evitar o perecimento das provas, visto que um delator havia confessado ter removido contatos de seu celular (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 62). No entanto, como disposto na ordem constitucional brasileira, não se pode transcender ato de um indivíduo para pessoa diversa. Tendo em vista que não foram arrolados comportamentos suspeitos, não há perigo à instrução criminal adequada à aplicação de medida tão gravosa como a prisão preventiva. (BADARÓ, 2008, p. 717)

A prisão de Rodrigo Neves de 10 de dezembro de 2018 à 13 de março de 2019, portanto, não foi razoável ou necessária às circunstâncias do caso, restando clara a violação do artigo 9º, §1 do Pacto.

Artigo 14.2 - quanto à presunção de inocência

De acordo com o Artigo 14º, §2, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, “toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948). A jurisprudência do Comitê de Direitos Humanos da ONU também indica que a presunção de inocência é fundamental para a proteção dos direitos humanos, visto que não só impõe à acusação o ônus da prova, como garante que nenhuma culpa seja presumida até que a acusação tenha sido provada. Disso decorre, em igual forma, o benefício da dúvida ao acusado e o tratamento do acusado de acordo com sua situação (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2007). Neste ponto, examinaremos se a condução do procedimento investigatório do caso Rodrigo Neves/Niterói se deu sob a égide da presunção de inocência, principalmente, no que concerne às dimensões de prejulgamento e influência do processo em fatores externos.

Nessa questão, o caso Gridin v. Federação Russa se estabelece como referencial jurisprudencial, preconizando que se trata de um dever de todas as autoridades públicas abster-se de prejudicar o resultando de um julgamento, por exemplo, eximindo-se de realizar declarações públicas afirmando a culpa do acusado (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2007).

Ademais, o caso Lula da Silva v. Brasil demarcou importante precedente quando a reponsabilidade de tratamento por parte do Ministério Público brasileiro: apesar da função natural de acusação e prova de culpa, fato que inevitavelmente implica numa posição de não neutralidade, procuradores devem abster-se de realizar declarações públicas que afirmem inegavelmente a culpa do réu. Nesse sentido, se estabelece um resguardo para a não criação de uma

expectativa de culpa (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2007).

No caso Rodrigo Neves/Niterói, se destacam as presentes declarações das autoridades públicas à mídia, realizada em entrevista coletiva após a prisão:

“Foram verificados crimes praticados pelo Prefeito de Niterói, Rodrigo Neves. O MP encontrou mensagens de celular entre ele e Rodrigo Neves para marcar encontros para pagamentos de propinas, que eram pagas através das gratuidades das empresas de ônibus de Niterói.” (COELHO, 2018)

“Esse foi um primeiro caso envolvendo esses atores, esses alvos... outros processos também serão deflagrados, outras investigações envolvendo o prefeito de Niterói Rodrigo Neves estão sendo cuidadosamente dirigidas e em breve serão deflagradas.” (COELHO, 2018)

“Quem pagava a conta somos nós, a sociedade, o cidadão de bem, eu, você, quem está nos assistindo... isso é indubitável.” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, 2018)

Na primeira declaração, visualiza-se a afirmação de crime. A segunda declaração oferece sentido de pluralidade, garantindo que a medida prisional era efeito de só uma ação, mas outras investigações estariam por vir. Por fim, a terceira fala associa o valor da causa a um aumento do custo de vida da sociedade.

Ademais, registra-se que o artigo 20 do Código de Processo Penal brasileiro garante a proteção a documentos em estado de sigilo. Pela análise dos autos, observa-se que o procedimento investigatório correu em segredo processual até a data de 14 de dezembro de 2018, quatro dias após a prisão (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 651). No entanto, matérias de jornais do dia 10 de dezembro de 2018, poucas horas após o cumprimento do mandado prisional, ofereceram a íntegra da denúncia com a acusação do Ministério Público (AF-FONSO; MACEDO, 2018). Merece igual destaque o fato de que o documento divulgado apresentava sua data em branco na página final, característica comum de minutas, e apresentava dois signatários. A denúncia oficial, por outro lado, continha quatro signatários (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 79).

Ressalta-se que o artigo 14º garante apenas igualdade e justiça processual, e não pode ser interpretado como garantia da inexistência de erro por parte do tribunal competente (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2007). Toma-se nota, no entanto, que tal vazamento exclusivo da versão acusatória resultou nas bases necessárias para a interposição de processos de impeachment em Niterói.-

Tendo em vista tais dinâmicas, observa-se que as declarações das autoridades públicas não demonstraram a restrição exigida pelo princípio da presunção de inocência e, portanto, violaram os direitos civis preconizados sob o artigo 14º, §2 do Pacto.

Artigo 25, b - quanto à restrição ao exercício do poder político

O Artigo 25º do Pacto de Direitos Civis e Políticos se estabelece como uma manifestação do consentimento popular, transmitindo a essência dos governos democráticos: reconhece e ampara o direito de todo cidadão a participar da direção dos assuntos públicos, protege o acesso à função pública e o direito a votar e ser eleito (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 1996). Os direitos políticos consagrados nesse ponto se relacionam fortemente à autodeterminação dos povos no que se refere à condução de seu governo. Para tal, o inciso b manifesta que os resultados de eleições autênticas deverão se materializar (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 1996). No ponto em questão, analisaremos se a suspensão das funções públicas do prefeito de Niterói por 93 dias resultou em violação de seus direitos políticos.

O Comitê de Direitos Humanos considera que a liberdade e seguranças pessoais são valiosos não só em si, como também como um meio fundamental para a garantia de outros direitos. Nesse sentido, o desrespeito ao Artigo 9º §1 apresenta tendência de entrave aos direitos resguardados no Artigo 25º, b (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2014).

Por decorrência dessas disposições, a jurisprudência indica que a destituição de titulares de cargos eletivos deve ser explícita em disposições legais e embasadas em critérios objetivos, razoáveis e que comportem procedimentos justos (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 1996).

No caso Rodrigo Neves/Niterói, o poder público brasileiro efetuou suspensão do representante do executivo local sob a alegação de que as funções públicas do município estariam sendo desvirtuadas para a prática de infrações penais (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 86). Tal suspensão se realizou não só em decorrência direta da prisão preventiva, mas como medida jurisdicional específica (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 70-72).

Além do reconhecimento de ausência de materialidade da denúncia, a Justiça Estadual do Brasil constatou que o afastamento do prefeito de Niterói foi inadequado e desproporcional (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 1961). Dessa forma, a aplicação da força estatal por condução coercitiva não se estabeleceu como um procedimento razoável ou justo para a suspensão das funções públicas, resultando numa restrição indevida ao exercício do poder político nos moldes do Artigo 25, b do Pacto.

As denúncias de infração político-administrativa

Atestadas as violações de direitos civis e políticos, resta entender se as ações de grupos políticos pelo impeachment do prefeito de Niterói podem ser caracterizadas como estratégia de lawfare instrumental. Para tal fim, neste ponto, será realizada breve análise técnico-processual do conteúdo e dos elementos de convicção concernentes ao caso, nos moldes do disposto nos estudos de caso sobre lawfare político (SANTORO, TAVARES, 2016, p. 86).

Entende-se que a aptidão de uma denúncia decorre da presença de seus

requisitos formais. Na legislação brasileira, o artigo 41 do Código de Processo Penal traz a necessidade da exposição do fato criminoso, a qualificação do acusado, a classificação do crime e a disposição do rol de testemunhas como requisitos essenciais. A seguir, serão elencadas as arguições de infração político-administrativa por parte do movimento “Advogados pela Liberdade” e do “Movimento Brasil Livre”.

No que se refere ao pedido de impeachment arrolado pela organização Advogados da Liberdade, narra-se os termos da denúncia do Ministério Público para apontar (I) ato contra expressa disposição de lei (II) omissão na defesa dos interesses da prefeitura e (III) ação de modo incompatível com a dignidade e decoro, nos moldes da Lei Orgânica do Município de Niterói (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 385). Quanto à imputação, relata-se que o prefeito foi acusado pelas práticas de corrupção ativa e passiva (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 386). Como elementos de convicção, aponta-se que o mandado de prisão preventiva não seria concedido se não houvesse provas robustas, as quais esperaria a divulgação para juntada (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 385).

Tal pedido, no entanto, apresenta os presentes vícios quanto a forma: (I) quanto a imputação, não seria possível conceber, na mesma situação fática, os delitos de corrupção passiva e ativa. Dessa forma, apesar de narrar os fatos como descritos pela denúncia do Ministério Público, a peça apresentava a subsunção a tipos penais diversos dos quais o prefeito foi denunciado (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 31). (II) Quanto à justa causa, a lógica argumentativa em afirmar que o mandado de prisão não seria concedido se não houvesse provas robustas não deve proceder sem a apresentação destas provas. Como não houve sequer a apresentação de elementos de convicção, a denúncia em questão não preenchia os requisitos formais para o prosseguimento do processo de impeachment (BADARÓ, 2008, p. 175).

Já o pedido de impeachment do Movimento Brasil Livre, por sua vez, faz citação direta da denúncia do Ministério Público para atestar a ocorrência de atos de improbidade administrativa e ação incompatível com a dignidade e decoro, mencionando a declaração dos procuradores sobre a existência de outras investigações contra o prefeito (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 395). Como elementos de convicção, arrolam-se matérias jornalísticas com a cobertura da prisão preventiva (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 407)

Destarte, atesta-se preocupação com o fato de que o conteúdo da peça trouxe citações diretas à denúncia do Ministério Público, que nesse momento, frise-se, estava em sigilo processual (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 651). Ademais, nos moldes da violação atestada ao Artigo 14, §2 do Pacto, a declaração dos procuradores sobre a existência de outras investigações não poderia ser utilizada para a criação de uma expectativa de culpa (HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al, 2007). No entanto, a inépcia do pedido se delimita no fato de que a juntada de matérias de jornais não se trata de elemento de convicção capaz de lastrear denúncia, se tratando somente de elemento opinativo (SANTORO; TAVARES, 2016, p. 92).

Na Câmara Municipal, por se tratarem do mesmo fato, as denúncias foram apensadas e votadas em conjunto. Com o placar de 12 x 3, o legislativo optou pela não-admissão. Dessa forma, tendo em vista que o vice-prefeito havia renunciado para a disputa do cargo de vice-governador, a Prefeitura de Niterói foi comandada pelo presidente da câmara dos vereadores até o dia 13 de Março de 2019 - data em que, após 93 dias de prisão preventiva, a justiça estadual brasileira decidiu pela liberdade e recondução de Rodrigo Neves à prefeitura de Niterói (RIO DE JANEIRO, 2018, p. 1959).

Conclusão: um caso de lawfare político

Num ambiente que se assemelha a de um procedimento investigatório hostil, mensagens curtas se transformam em códigos a serem decifrados, enquanto delações são lidas por interpretações extensivas. Nesse sentido, perseguições penais prematuras podem ensejar efeitos políticos graves transvestidos de legalidade (SANTORO; TAVARES, 2016, p. 55).

Pelo cotejo do caso Rodrigo Neves/Niterói com o Pacto de Direitos Cívicos e Políticos, fizeram-se presentes violações quanto aos artigos 9.1, 14.2 e 25b. Dessa forma, a hipótese inicial de que o caso estava imerso às garantias processuais não se fez presente. De fato, nos moldes das ações do Comitê de Direitos Humanos da ONU, as violações atestadas indicam que a prisão de Rodrigo Neves e seu afastamento da prefeitura de Niterói por 93 dias se deu por uma ação arbitrária do Estado brasileiro.

Ademais, tendo em vista que a ocorrência sistemática de violações de direitos cívicos e políticos é marca essencial da prática de lawfare, pode-se verificar a incidência do fenômeno nos moldes do disposto por Rubens Casara (2019). Pela definição de Santoro e Tavares (2016, p. 39-40), o qual o lawfare político se trata de uso hostil e direcionado do direito para ações políticas, verifica-se, portanto, a ocorrência de um lawfare para o impeachment.

Referências

AFFONSO, Julia; MACEDO, Fausto. Procuradoria põe prefeito de Niterói Rodrigo Neves no topo de organização criminosa. O Estado de São Paulo, São Paulo, 10 dez. 2018.

AMORIM, Celso; PRONER, Carol. Lawfare e Geopolítica: América Latina em Foco. Sul Global, v. 3, n. 1, p. 16-33, 2022.

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. “Declaração Universal dos Direitos Humanos” (217 [III] A). Paris, 1948.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito processual penal. 2008.

CASARA, Rubens RR. Breve roteiro para identificar perseguições políticas através do Sistema de Justiça. Revista Cult, 2019.

COELHO, Henrique. Ministério Público diz que há outras investigações contra o prefeito Rodrigo Neves. Portal G1, Rio de Janeiro, 10 dez. 2018.

- DUNLAP JR, Charles J. Lawfare today: A perspective. *Yale J. Int'l Aff.*, v. 3, p. 146, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*. Trotta, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*, 4a ed. Tradutores Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al. General comment No. 35: Article 9 (Liberty and security of person), UN Doc. CCPR General Comment, n. 35, 2014.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al. General Comment No. 1: Article 1 (The Right to Self-Determination) UN Doc. CCPR General Comment, n. 12, 1984.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al. General Comment No. 32: Article 14: (Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial), UN Doc. CCPR General Comment, n. 32, 2007.
- HUMAN RIGHTS COMMITTEE et al. General Comment No. 25: Article 25 (Participation in Public Affairs and the Right to Vote). UN Doc. CCPR General Comment, n. 25, 1996.
- KIRCHHEIMER, Otto. *Political justice: the use of legal procedure for political ends*. Princeton University Press, 2015.
- KITTRIE, Orde F. *Lawfare: Law as a weapon of war*. Oxford University Press, 2016.
- LIANG, Qiao; XIANGSUI, Wang. *Unrestricted warfare*. Beijing: PLA Literature and Arts Publishing House Arts, 1999.
- MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. *Jornal Edição das 18h (GloboNews): prefeito de Niterói é preso em operação do MPRJ e Polícia Civil*. YouTube, 11 dez. 2018
- RIO DE JANEIRO. *Procedimento investigatório do Ministério Público do Rio de Janeiro. Autos nº 68811-80-2018.8.19.0000, Terceiro grupo de Câmaras Criminais*, 2018.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; CYRILLO, Carolina. *As Forças-Tarefas do Ministério Público Federal: o discurso político punitivo anticorrupção na instituição de garantias*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1271-1300, 2020.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria. *Bem-vindos ao Lawfare: Manual de passos básicos para demolir o direito penal*. São Paulo: Tirant Lo Blanc, 2021.
- ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska Teixeira Zanin; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. Editora Contracorrente, 2019.

LAWFARE NUNCA MAIS: MOVIMENTO DE RECONSTRUÇÃO DAS BASES DEMOCRÁTICAS DO ESTADO DE DIREITO NO BRASIL

Cleide Martins Silva

Advogada e pedagoga, com especialização em Educação a Distância e em Gestão da Comunicação Organizacional.

Resumo:

Lanfare é o nome dado a uma estratégia de guerra híbrida que ocorre por meio do direito com o objetivo de aniquilar um inimigo político, operando dentro do Estado de exceção, onde a lei é afastada e os direitos são suprimidos. Consiste em tática usada por agentes do sistema de justiça que manipulam leis e artimanhas processuais para converter a persecução penal em verdadeira perseguição política, jurídica e midiática, com fins estranhos à investigação, de natureza geopolítica, eleitoral, política, comercial ou outro. O presente estudo foi inspirado no manifesto por justiça e reparação de vítimas recentes do *lanfare* no Brasil e objetiva contribuir com o debate e colaborar para o engajamento da sociedade civil organizada na busca de uma solução para detectar e neutralizar a prática do *lanfare*. Por este ensaio, é apresentado um novo tipo penal, denominado “perversão da justiça”, mediante o qual se admite a responsabilização do agente pela criminalização das condutas de prática do *lanfare*. São analisados, para tanto, quatro casos emblemáticos de prática do *lanfare* inseridos no Projeto *Lanfare Nunca Mais*: Márcia Lucena, Elias Rassi Neto, Luís Alberto Sabanay e Henrique Pizzolato.

Palavras-chave: *Lanfare*; Direito penal de exceção; Perseguição judicial; Perversão da justiça; Judicialização da política.

Introdução

Nos anos 60 e 70 do século passado, os golpes militares estavam em moda. Na América Latina, governos democráticos foram depostos em diversos países e substituídos por ditaduras militares, que mantiveram as populações sob grande terror e submeteram as economias a interesses externos, produzindo altos níveis de desigualdade, miséria e exclusão social. Para assegurar a manutenção dos regimes, formou-se um consórcio dos países que, sob orientação estadunidense, que perseguiu, sequestrou, prendeu, torturou e

matou oponentes, além das fronteiras nacionais. Essa operação denominou-se Plano Condor. Em tempos recentes, notadamente no segundo decênio deste século, as práticas do Condor foram substituídas e renomeadas, conforme alertou o prêmio Nobel da paz, Adolfo Pérez Esquivel¹, “Um novo Condor voa sobre a América Latina, dessa vez sem armas, mas igualmente letal às vítimas das perseguições e às populações economicamente atingidas”.

O plano agora é a guerra híbrida, descrita por Korybko², para quem tal modelo de guerra é o novo horizonte da estratégia dos Estados Unidos da América (EUA) para troca de regime em outros países, que combina revoluções coloridas e guerra não convencional, em uma estratégia unificada, assim, o *lawfare* integra a estratégia norte americana. Trata-se de um neologismo, criado a partir junção das palavras *law* e *warfare*, resultando em bom português em guerra por meio do direito, sem derramamento de sangue, mas não deixa nada a dever à guerra com o uso de armas letais.

O primeiro registro do termo data de 1975 e consta no artigo de autoria de John Carlson e Neville Yeomans, segundo o qual “o *lawfare* substitui a guerra e o duelo é com palavras e não com espadas”. Depois, em 1999, os generais chineses Liang e Xiangsui³ trataram do tema “guerra legal” no livro “Guerra Irrestrita”, ante a advertência feita pelo Presidente chinês Jiang Zemin a um grupo de advogados, em 1996, no sentido de que a China precisava se especializar no uso do direito internacional como arma. Esse livro apresenta uma lista de “guerras não militares”, incluindo o estabelecimento de leis internacionais que privilegiam determinado país e que podem ter um efeito tão destrutivo quanto uma operação militar.

No entanto, foi o major general da Força Aérea dos EUA, Charles Dunlap⁴ que, a partir de 2001, popularizou o termo, apresentando-o como “o uso do Direito como arma de guerra e o mais novo recurso de combate do século XXI”. Em seguida, no ano de 2007, John e Jean Comaroff⁵ propuseram outra formulação, apresentando o conceito como “o recurso a instrumentos legais, à violência inerente ao Direito, para cometer atos de coerção política e até de eliminação (sentido figurado), que se torna visível quando agentes do Estado invocam legalidades, para agir contra alguns ou todos os cidadãos”⁶.

1 ESQUIVEL, Adolfo Pérez. Hay que hablar de un Operativo Cóndor II en Latinoamérica. Artigo publicado na internet. Disponível em: <https://www.unidiversidad.com.ar/perez-esquivel-hay-que-hablar-de-un-operativo-condor-ii-en-latinoamerica88>. Acesso em: 14 jun. 2022.

2 KORYBKO, Andrew. Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

3 Apud SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. *Lawfare brasileiro*. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: D’Plácido, 2022. p. 33.

4 DUNLAP JR., Charles J. *Lawfare Today...and Tomorrow*, in *International Law and the Changing Character of War*: p. 315. Raul A. “Pete” Pedrozo & Daria P. Wollschlaeger eds., 2011) (US Naval War College International Law Studies, Vol. 87, 2011). Disponível em: https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/2465. Acesso em: 14 jun. 2022.

5 Apud ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska T. Z.; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2019.

6 Apud CAMPOS, op. cit., p. 40.

Mais adiante, reformulariam a definição de *lanfare* para: “o uso da lei e a violência inerente à lei para fins políticos”. Segundo Comaroff, no compacto manual sobre estratégias militares e filosofia, escrito nos tempos de Lao-Tsé e Confúcio (500 anos a.C.), o General chinês Sun Tzu antecipava as dimensões da guerra jurídica (ou *lanfare*), quais sejam: a geografia, o armamento e as externalidades⁷.

A primeira dimensão da guerra é a geografia, o espaço onde ela será travada, visto que a escolha do terreno será decisiva para a derrota que se quer impor ao inimigo: ele deverá ser levado para o campo mais favorável ao ataque e desfavorável à defesa. No plano do *lanfare*, essa dimensão equivale à jurisdição. O campo de batalha será escolhido com base na posição política e ideológica do juiz, na hierarquia recursal e no histórico político-jurídico das decisões do órgão judicante, onde exista a maior probabilidade de condenação do inimigo, prática que os estadunidenses denominam *forum shopping* e que evidencia o Estado de Exceção ao pressupor a suspensão do juiz natural como uma das principais garantias processuais, usurpando a garantia assegurada na Constituição da República (art. 5º, inc. XXXVII) e em diversos tratados de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil de que não haverá juízo ou tribunal de exceção.

A segunda dimensão da guerra é o armamento: para a vitória, também é crucial a escolha do tipo de arma a ser usada no campo de batalha, cuja variedade pode ir da funda à bomba atômica. No âmbito do *lanfare*, cabe definir que leis serão usadas para vulnerar o inimigo. Para chegar ao atual estágio da guerra no Brasil, em que o mal cósmico já se encontra conformado nas mentes de toda a população, as leis de combate à corrupção e ao terrorismo, bem como a recém-revogada lei de segurança nacional foram acionadas à exaustão, à semelhança do que ocorreu em outros países da América Latina. Essas normas veiculam conceitos vagos, manipuláveis; incluem medidas cautelares e investigatórias violentas; e ensejam a vulneração da imagem do inimigo⁸. Como lembra Comaroff⁹, explica-se a escolha do uso de leis relacionadas à corrupção porque muita coisa pode ter tal definição: nada além de uma linha tênue separa o legal do ilegal definida por quem detém o poder: “a violência da lei substituiu a violência da arma, porque você destrói pessoas, você as apaga, tira seus bens, tira sua dignidade, você tira suas vidas”.

A terceira dimensão da guerra jurídica são as externalidades, compreendidas como o ambiente criado a fim de permitir o uso das armas legais contra o inimigo. Busca-se garantir que o julgamento seja feito antes de o caso chegar aos tribunais: o inimigo já está previamente condenado pela mídia, assim, ao tempo em que se faz amplo trabalho de demonização do inimigo, que dei-

7 COMAROFF, John. Comaroff explica o *lanfare*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 3 abr. 2022.

8 ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska T. Z.; VALIM, Rafael. *Lanfare*: uma introdução. São Paulo: Contracorrente, 2007. p. 38.

9 COMAROFF, John. Comaroff explica o *lanfare*. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 3 abr. 2022.

xa de ser inimigo de um para ser de todos, efetua-se a deificação dos heróis, dos guardiões da lei, da moral e dos bons costumes, dos salvadores da pátria. No vale-tudo da disputa de narrativas, todas as técnicas de comunicação e de propaganda são usadas sem escrúpulos, caso da manipulação da informação para desorientar o adversário; no trato da informação para obtenção de vantagem estratégica; da substituição da presunção de inocência pela presunção de culpa; da demonização do oponente para a sociedade e para a opinião pública, moldando a consciência da coletividade¹⁰.

O ex-presidente Lula sofreu na pele uma perseguição jurídico-midiática incessante, sendo protagonista, como afirma Yazid ben Houmet¹¹, do caso mais emblemático de perversão da justiça na atualidade. Segundo Lula, *lawfare* é “O uso do Poder Judiciário, especialmente na aplicação da lei penal, para interferir na política. É o *lawfare*, uma guerra jurídica para fins ilegítimos”. Não por acaso, foram exatamente Valeska Martins e Cristiano Zanin - os advogados dele - que apresentaram o termo *lawfare* aos brasileiros, em entrevista coletiva concedida à imprensa no dia 10 de outubro de 2016. Na ocasião, definiram a prática como “o uso das leis e dos procedimentos jurídicos como arma de guerra para perseguir e destruir o inimigo”¹², publicando, em 2020, o livro “*Lawfare: uma introdução*”, juntamente com Rafael Valim, obra na qual aprimoraram o conceito, vertendo-o assim: “uso estratégico do direito para fins de deslegitimar, prejudicar ou aniquilar um inimigo”¹³.

Neste ensaio, a autora apresenta um breve relato do impacto desta estratégia para as democracias em treze países da América Latina, descreve alguns dos mecanismos legais criados com o fim de estender a jurisdição do *lawfare* aos estes países, relata quatro casos a partir da perspectiva das vítimas e propõe mecanismos destinados a detectar e a neutralizar o *lawfare*.

A dimensão latinoamericana do lawfare

É com base no conceito de *lawfare* como o uso estratégico do Direito a fim de deslegitimar ou prejudicar o inimigo que se expressa a ideia de Estado de Exceção. Sendo o *lawfare* parte da teoria da guerra, seu objetivo estratégico é também eliminar o inimigo. Nesse sentido, se não há norma jurídica que sirva aos propósitos de derrotar o inimigo, cria-se uma, mediante a técnica da exceção, como apontam Zanin, Martins e Valim¹⁴. Por sua vez, Pedro Serra-

10 ZANIN, MARTINS & VALIM, *op. cit.*, p. 52.

11 HOUNET, Yazid ben. “Lawfare”: pourquoi il faut prendre Jean-Luc Mélenchon au sérieux. 24 sep. 2019. *Libération*. Disponível em: https://www.liberation.fr/debats/2019/09/24/lawfare-pourquoi-il-faut-prendre-jean-luc-melenchon-au-serieux_1753110/. Acesso em: 18 mar. 2022.

12 CAMPOS, Eduardo Nunes. Diálogo com o conceito de *lawfare*. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonan (orgs.). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020. p. 42.

13 ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. *Lawfare: uma introdução*. São Paulo: Contracorrente, 2020. p. 26.

14 ZANIN, MARTINS & VALIM, *op. cit.*, p. 31.

no¹⁵ ensina que a exceção é produzida em função da crença na necessidade de exercício indiscriminado de poder e controle sobre a sociedade, incorporando o regime próprio da guerra para o plano interno, tomando parte da sociedade como inimiga e retirando daqueles que fazem parte deste grupo a condição humana que lhes confere proteção política e jurídica.

Na América Latina, essa máquina a serviço dos interesses geopolíticos, eleitorais, políticos e comerciais estadunidenses, já produziu milhares de vítimas. Conforme levantamento realizado por Fernando Fernandes¹⁶, em menos de duas décadas foram atacados governos democraticamente eleitos em treze países.

Na **Bolívia**, desde a vitória de Evo Morales em 2005, quando a Embaixada dos Estados Unidos passou a agir para derrubar o governo, apoiando fortemente a oposição nas tentativas de golpe de 2008, nas ações de 2015, até na renúncia do presidente em 2019.

No **Equador**, o ex-presidente Rafael Correa - socialista que governou o país entre 2007 e 2017 - foi processado à revelia, condenado a oito anos de prisão por corrupção e teve sua captura ordenada pela Corte Nacional de Justiça quatro dias após a visita do vice-presidente dos Estados Unidos ao Equador em 2020. Afora a privação da liberdade, a pena imposta a Correa (exilado político na Bélgica desde de abril de 2022) também implicava a perda dos direitos políticos e a desqualificação vitalícia dele para desempenhar cargos de eleição popular.¹⁷

Em **Honduras**, o presidente esquerdista Manuel Zelaya, que governou o país de 2006 a 2009, foi deposto por golpe de estado chancelado pelo parlamento em processo sumário, sem direito a defesa. À época, ele se preparava para realizar um referendo sobre a convocação de uma Assembleia Nacional Constituinte e a reeleição presidencial. A prisão de Zelaya foi determinada pela Suprema Corte, sem oitiva prévia. Ele foi preso por tropas da polícia federal e do exército hondurenho e expulso do país no dia marcado para a realização do referendo.¹⁸

No **Paraguai**, o presidente Fernando Lugo - ex-bispo católico adepto da Teologia da Libertação, que governou o país de agosto de 2008 a junho de 2012 - foi destituído do cargo após o julgamento político relâmpago que

15 SERRANO, Pedro E. A. P. Autoritarismo líquido, hipernomia e exceção. In: FEITOSA, CITTADINO & LIZIERO, *op. cit.*, p. 143.

16 FERNANDES, Fernando Augusto Henriques. O futuro (passado e presente) na guerra híbrida e a insuficiência imunológica psíquica da América Latina frente ao Big Brother. In: RAMINA, Larissa. *Lawfare e América Latina: a Guerra Jurídica no Contexto da Guerra Híbrida*. Curitiba: Íthala, 2022. Vol. I, p. 164.

17 FRANCE PRESSE. Ex-presidente do Equador Rafael Correa recebe asilo na Bélgica. **G1**, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/04/22/ex-presidente-do-equador-rafael-correa-recebe-asilo-na-belgica.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2022.

18 BOW, Juan Carlos. Honduras altera a sua Constituição para permitir a reeleição. *El País*, Honduras, 24 abr. 2015. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/24/internacional/1429839601_867027.html. Acesso em: 20 maio 2022.

o considerou culpado por “mau desempenho”. Lugo não teve direito a defesa no curso do processo de *impeachment*, que durou menos de 24 horas, apesar de ter recorrido (em vão) à Suprema Corte paraguaia.¹⁹ Em telegrama de 28 de março de 2009, revelado pelo Wikileaks²⁰, a Embaixada dos Estados Unidos (local favorito para as discussões sobre a destituição do presidente) relatava a Washington já haver número suficiente para o “Golpe Democrático”.

No **Peru**, acusações sustentadas pelas delações do ex-presidente da Odebrecht vitimaram os presidentes Alan Garcia, que cometeu suicídio ante à decretação de sua prisão; Pedro Pablo Kuczynski, que renunciou à presidência; e Ollanda Humala, que foi preso juntamente com sua mulher Nadine.

Em **El Salvador**, o ex-presidente Francisco Flores morreu em prisão domiciliar, o ex-presidente Elias Antonio Saca foi preso e condenado, e o presidente Mauricio Funes - eleito com 51,27% dos votos - pediu asilo à Nicarágua, após ter ordem de prisão decretada contra si.

Na **Guatemala**, os ex-presidentes Otto Pérez Molina e Afonso Portillo Cabrera também foram processados.

No **Panamá**, o presidente Ricardo Martinelli foi preso, enquanto viajava para Miami, em 2017.

Na **Nicarágua**, o ex-presidente Arnoldo Alemán, que governou o país de 1997 a 2002, foi condenado em 2003 e em 2009, mas a Suprema Corte anulou a condenação.

Na **Argentina**, a ex-presidenta Cristina Kirchner só não foi presa em razão da imunidade de que gozava como senadora. Já o ex-presidente Carlos Menem foi detido em 2001, acusado da venda ilegal de armas para a Croácia e o Equador. A Suprema Corte o liberou, mas ele voltou a ser condenado (a sete anos de prisão) em 2014.

No **Chile**, a presidenta Michelle Bachelet enfrentou - durante o seu governo - acusações de ter recebido valores da empreiteira brasileira OAS para sua campanha eleitoral. Presa e torturada à época do regime Pinochet, ela viu o filho e a nora serem processados depois de deixar o cargo.

Na **Colômbia**, o deputado Jesús Santrich foi extraditado sob a alegação de suposto delito de conspiração a fim de exportar cocaína para os Estados Unidos. Em razão disso, ele não conseguiu tomar posse na Câmara dos Deputados, apesar de não existir acusação alguma contra ele na Colômbia.

O **Brasil** foi o maior e principal laboratório das chamadas guerras híbridas por meio do uso do *lawfare*. O método começou a ser testado em 2005 contra o governo do Partido dos Trabalhadores com uma ação penal que ficou conhecida como “Mensalão” que evoluiu para a chamada “Operação Lava-Jato”, no caminho depôs a presidenta Dilma Rousseff com o golpe de

19 VIANA, Natalia. Golpe de Estado contra Fernando Lugo começou a ser tramado em 2008. *Operamundi*, 4 fev. 2013; atual. 17 abr. 2016. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/samuel/26979/golpe-de-estado-contra-fernando-lugo-comecou-a-ser-tramado-em-2008>. Acesso em: 20 maio 2022.

20 Disponível em: https://wikileaks.org/plusd/cables/09ASUNCION189_a.html. Acesso em: 19 maio 2022.

2016 e culminou com a prisão ilegal do ex-presidente Luís Inácio Lula da Silva, candidato favorito às eleições de 2018, levando ao poder de Jair Bolsonaro.

O percurso do lawfare no direito

As ações judiciais usadas para aniquilar os inimigos políticos são apresentadas à sociedade tendo como objetivos explícitos o combate à corrupção, categoria elevada à condição de mal cósmico que justifica a perseguição judicial e midiática implacável. Implicitamente, os objetivos são, conforme alertou o Papa Francisco²¹, a eliminação das políticas sociais, além de objetivos geopolíticos e comerciais, relacionados à energia, petróleo, gás, dentre outros recursos essenciais ao desenvolvimento estruturado dos países, bem como à diminuição da desigualdade e à melhoria da condição de vida das populações.

Para realizar a operação de guerra jurídico-midiática ao redor do mundo, os EUA criaram amplo arsenal de leis, desde o escândalo que ficou conhecido como “Watergate”. Tal arcabouço legal passou a ser intensamente desenvolvido após o atentado às torres gêmeas em 11 de setembro de 2001 e exportado para os demais países em cooperação com organismos internacionais, notadamente, pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)²².

O Brasil, além de internalizar acordos internacionais teoricamente voltados ao combate à corrupção, em 2013, introduziu o instituto da colaboração premiada, criou as “Forças Tarefas”, realizou parcerias informais com o Departamento de Justiça (DOJ) dos EUA, promoveu treinamentos voltados ao Ministério Público e à Polícia Federal, tudo conforme os manuais de guerra. Do rol deletério fazem parte a promulgação da Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, a promulgação da Lei n. 12.846/13 (Lei Anticorrupção) e da Lei n. 12.850/2013 (Lei dos Crimes de Organização Criminosa e de Obstrução de Justiça). Ademais, conforme Zanin, Martins e Valim²³, completam o ordenamento jurídico favorecedor do *lawfare* no Brasil a Lei da Ficha Limpa e a Lei do Impeachment: a primeira impede um adversário político de participar das eleições; a última retira o adversário político eleito do poder.

O Estado brasileiro entrou de cabeça na guerra jurídica. Parte do Judiciário, treinado pelos manuais de guerra estadunidense, foi cooptada pelo exército inimigo e atuou bravamente na destruição de políticas de cunho so-

21 Declaração feita na Cúpula Pan-Americana de Juízes, em 04 de junho de 2019, promovida pela Pontifícia Academia de Ciências Sociais no Vaticano, sobre o tema “Direitos sociais e doutrina franciscana”.

22 RAMINA, Larissa. Lawfare e contexto histórico: os EUA e a construção gradativa da estrutura normativa e institucional para o combate à corrupção. In: RAMINA, Larissa. Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida. Curitiba: Íthala, 2022. Vol. 1. p. 225.

23 ZANIN, MARTINS & VALIM, *op. cit.*, p. 50.

cial, no desmonte do conteúdo nacional e na entrega do tesouro descoberto no fundo do mar - a camada do pré-sal - aos adversários. A mídia, por sua vez, atuou persistentemente, e ainda atua, a fim de assegurar as condições para a rendição completa do País, com a entrega dos despojos de guerra aos vencedores. A campanha conduzida pela Operação Lava-Jato, conforme Skinner²⁴, produziu pelo menos três vezes mais prejuízos econômicos para o País do que o valor desviado com a corrupção.

Os casos de lawfare pelo Brasil. 4 *leading cases* para exemplificar

No objetivo de divulgar casos emblemáticos de casos de lawfare, tendo em vista mobilização a sociedade civil para neutralizar essa prática de exceção, foi elaborado o projeto Lawfare Nunca Mais, em fevereiro de 2022, por um grupo de ativistas de direitos humanos. Inicialmente, foram selecionados quatro casos ilustrativos do conceito de *lawfare* formulado por Zanin, Martins e Valim. Buscou-se identificar, nesses casos, a política social à qual cada vítima de perseguição estava vinculada, bem como os aspectos que neles evidenciam as dimensões inscritas no conceito, a saber: geografia, armamento e externalidades.

O Caso Márcia Lucena²⁵

Márcia Lucena é uma educadora que passou mais de uma década construindo políticas públicas educacionais, até ser eleita prefeita do município do Conde, no Estado da Paraíba, cargo que exerceu entre 2017 e 2020, com forte viés de participação social. Seu mandato - focado em inclusão - incomodou os que sempre haviam sido privilegiados, e o preço foi cobrado nas primeiras horas do dia 17 de dezembro de 2019, quando policiais federais adentraram a casa dela, revirando-a sem nenhuma explicação, e prenderam Márcia, sem explicação nem processo instaurado.

No final daquele dia é que Márcia foi informada de que o Ministério Público (MP) do Estado da Paraíba a acusava de participação em organização criminosa chefiada pelo Governador Ricardo Coutinho. Márcia ficou encarcerada por cinco dias até que o Superior Tribunal de Justiça decidisse pelo relaxamento da prisão, condicionado ao uso de tornozeleira eletrônica. Sua liberdade de movimento, entretanto, ficou restrita à pequena área coberta de sua casa, não lhe sendo possível sequer visitar o pai moribundo na casa vizinha, que acabou falecendo sem receber um abraço da filha, kafkianamente presa sem processo.

Passaram-se os anos e até a presente data, Márcia Lucena nunca foi ouvida por um juiz. Mais do que isso: nem mesmo sua defesa escrita chegou um

24 SKINNER, Marta. **Lawfare e o desmonte do desenvolvimentismo na América Latina**. In: RAMINA, Lariçsa. *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. Curitiba: Íthala, 2022. Vol. 1. p. 123.

25 Entrevista da autora com Márcia Lucena em fevereiro de 2022.

dia a ser lida por qualquer magistrado. Não se pode perder de vista que acusar pessoas por crime impossível para interromper políticas públicas de inclusão social é uma das características mais marcantes do *lanfare*. Márcia foi acusada de assinar contratos com organizações sociais para desviar recursos públicos, segundo o MP, os contratos teriam sido assinados no ano de 2017, quando a educadora ocupava o cargo de Secretária de Educação no governo estadual. Mas isso teria sido impossível, pois Márcia não estava mais no governo estadual, de onde havia saído em 2014. Em 2017, ela já era prefeita do Conde e não assinou contrato com organizações sociais.

O Caso Elias Rassi Neto²⁶

Com quase 50 anos de exercício da medicina, Elias Rassi Neto apostou na participação social na construção da Saúde Pública goiana. Da vereança à Secretaria Municipal de Saúde de Goiânia, o médico defendeu o Sistema Único de Saúde (SUS), com suas diretrizes e seus princípios, sobretudo a universalidade, a integralidade e a equidade. Municipalizou a saúde de Goiânia, implantando quase 80 equipes de saúde da família. Construiu a maternidade “Nascer Cidadão”, referência estadual e nacional de atenção à mulher e à criança. Providenciou a manutenção de ambulâncias e reformou a maternidade “Dona Íris”. Tudo isso no período de janeiro de 2011 a dezembro de 2012, enquanto foi secretário municipal de Saúde.

Todavia, ao longo desse tempo, foi duramente admoestado seja pelo Conselho Regional de Medicina (CRM), que o fez responder a 25 sindicâncias, seja pelo MP do Estado de Goiás. Atacam a saúde empresarial de Elias até mais não poder, ao ponto de o Tribunal de Contas estadual ter aberto 1.200 processos contra ela, que geraram 80 multas. Também opressiva foi a demanda do MP de Goiás, que instaurou 70 inquéritos civis públicos e mais 10 processos judiciais no Tribunal de Justiça do Estado de Goiás GO. Somando todos os processos, os valores cobrados (já com correção) ultrapassam 200 milhões de reais, uma quantia inimaginável para um médico e professor universitário que jamais se apropriou de nenhum centavo público sequer e que recebe um salário mensal líquido de 5 mil reais.

A tempestade de processos que praticamente afogou o médico e professor universitário tinha fortes fumos de injustiça. Os ventos tenebrosos responsáveis por disseminar a tempestade vinham dos órgãos de controle, passavam pelo MP e chegavam às redações dos jornais. O clima detectado nesse caso foi de *lanfare* explícito.

O Caso Luís Alberto Sabanay²⁷

Teólogo e pastor presbiteriano há mais de 30 anos, o paulista Luís Alberto de Mendonça Sabanay se envolveu, desde muito jovem, numa das prin-

26 Entrevista da autora com Elias Rassi Neto em fevereiro de 2022.

27 Entrevista da autora com Luís Alberto Sabanay em fevereiro de 2022.

cipais questões da nossa nação: a luta por moradia digna. Foram 12 anos de atuação no Ministério da Pesca e Aquicultura, à frente de um programa de resgate e valorização da pesca artesanal e de subsistência, com benefício para mais de um milhão de famílias. A política pública desenvolvida tratava da segurança alimentar, da permanência da população nativa ribeirinha no seu local originário e de outro tema de extrema importância mundial: a água, o bem mais precioso do planeta e razão suficiente para gerar guerras.

Por conta da defesa dessas bandeiras que envolvem interesses internacionais, enfrentou a sanha dos poderosos. Em outubro de 2015, a Polícia Federal e o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais (IBAMA) deflagraram uma operação policial em diferentes cidades brasileiras. Ela mobilizou 400 policiais federais para conduzir coercitivamente 26 pessoas e prender 19, incluindo Sabanay. Os presos foram levados para um dos piores presídios do Brasil.

A denúncia - apresentada no Rio Grande do Sul pelo Ministério Público Federal - tinha como pano de fundo a legislação estadual para licença de pesca, única do País a impor consequências mais gravosas para o pescador cuja rede acidentalmente capturasse espécie protegida nos mares do extremo sul. Por ter se interposto contra isso, Sabanay foi acusado de crime ambiental e complexo. Foram 43 dias de cárcere no Presídio Central de Porto Alegre e uma espera de mais de cinco anos até ser absolvido nas esferas cível, criminal e administrativa. O conluio entre Justiça e mídia, para destruir sua reputação e paralisar uma política pública estratégica para a soberania do País, configura prática inequívoca de *lanfare*.

O Caso Henrique Pizzolato²⁸

Arquiteto de formação e funcionário concursado do Banco do Brasil (BB), o catarinense Henrique Pizzolato ajudou na construção do Partido dos Trabalhadores e presidiu a Central Única dos Trabalhadores (CUT) no Estado do Paraná, onde ainda se candidatou ao governo. Contudo, foi eleito - por voto direto de seus colegas - primeiro para a cúpula do Banco do Brasil e depois para a direção do maior fundo de pensão da América Latina: a Previ, caixa de previdência dos funcionários do BB. Em seguida, no ano inaugural do Governo Lula, viu-se indicado pelo presidente do BB para ser diretor de marketing do banco.

Ser sindicalista e detentor de informações estratégicas (graças aos cargos que havia ocupado) foram motivos determinantes para que ele fosse declarado inimigo político e se visse enredado numa trama judicial com decisão pronta desde o início. O Procurador-Geral da República envolveu Pizzolato no chamado Mensalão: para puxar o fio da meada do suposto esquema de desvio de dinheiro público, nada melhor do que envolver o principal banco público do País e nada mais oportuno do que implicar um petista ocupante de

28 Entrevista da autora com Henrique Pizzolato em fevereiro de 2022.

cargo de direção nele.

Por óbvio, o alvo central do Mensalão era outro: o próprio Governo Lula, que havia chamado o povo para participar do orçamento, até então destinado exclusivamente aos ricos. O *lawfare* foi a arma utilizada para interromper o bem-sucedido governo popular e para eliminar suas principais lideranças. O julgamento de Pizzolato foi um espetáculo: o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Ministério Público Federal (MPF) jogaram às favas as garantias individuais, os direitos de defesa e as provas de que os valores apontados não eram do BB, não eram públicos e não foram desviados. O próprio BB afirmou que o suposto dinheiro desviado não lhe pertencia, mas sim à empresa privada Visanet, “filha” da empresa americana, Visa Internacional. A empresa, por seu turno, comprovou que o dinheiro fora usado em propagandas dos cartões de crédito Visa, veiculadas pelos meios tradicionais de imprensa no Brasil. O STF ignorou as provas de inocência e condenou Pizzolato a mais de 12 anos de prisão, além do pagamento de multa milionária.

Sem ter direito a recorrer da decisão, porque julgado diretamente na última instância, o ítalo-brasileiro Pizzolato buscou a Itália como refúgio e lugar para lutar pelo reconhecimento de sua inocência, na esperança de novo e isento julgamento naquele país. Mas isso não aconteceu, porque o Brasil contratou advogado na Itália, a peso de ouro, para obter a extradição de Pizzolato. E conseguiu. Preso no Brasil, ele foi alvo de uma avalanche de outros processos nas esferas criminal, cível e administrativa, no Tribunal de Contas da União e na Comissão de Valores Mobiliários - todos com fundamento no erro já cometido pelo STF, que tratou dinheiro privado (da Visanet) como dinheiro público (do BB).

Em comum, os quatro casos relatados expressam a tortura jurídica vestida de combate à corrupção. Os perseguidos nessa guerra foram tidos como culpados pela opinião pública à medida que vazamentos de informações processuais eram calculadamente levados, dia após dia, aos principais veículos de comunicação de massa. O sistema de justiça, ao invés de resgatar a verdade, decidiu ser cúmplice das mentiras e bateu o martelo, selando as injustiças. O método de produção da denúncia contou com a participação efusiva dos órgãos de controle aliados ao sistema de justiça, que não raro desprezou a jurisdição dos fatos.

É preciso neutralizar o *lawfare*

Para neutralizar o *lawfare*, o grupo de ativistas na condução do projeto *Lawfare: Nunca Mais!* entende que será necessária ampla divulgação do assunto, com vistas à mobilização social em defesa da soberania nacional. Será necessário engajar a nação na solução do problema. Outra medida importante para detectar o *lawfare* é o levantamento das vítimas que foram atingidas por esta guerra. A real medida do efeito dos ataques é necessária para dimensionar o tamanho do problema e para que se possa planejar e executar o resgate

dessas pessoas e de seus familiares, que se encontram no momento, perseguidas judicialmente, muitos deles com suas vidas interrompidas.

Se o *lawfare* é guerra jurídico midiática, será necessário pensar uma estratégia de comunicação, que assegure o acesso a informações corretas, de interesse nacional, com a publicação de notícias verdadeiras, permitindo o acesso de toda a população a estas informações. A comunicação tem papel estratégico em toda a guerra e por isso não pode ser feita de forma tendenciosa e unilateral. Igualmente importante será a alteração no ordenamento legal brasileiro para tipificar a prática do *lawfare* como crime, para anistiar as vítimas e eliminar o entulho que foi introduzido no sistema legal brasileiro para operar o *lawfare*. Esta medida é importante para neutralizar o *lawfare*.

Um bom começo seria a introdução no ordenamento jurídico brasileiro do tipo penal “perversão da justiça”, prevendo pena de reclusão àquele que praticar ato contra disposição expressa de lei na investigação policial, na instrução processual ou no julgamento de processo administrativo ou judicial, em favor ou em detrimento de uma das partes.

O tipo penal é inspirado no parágrafo 339 do Código Penal alemão e tem por objetivo responsabilizar os perpetradores. Tem também o objetivo de revelar os fatos, de promover a reparação e de restaurar a dignidade das vítimas, para que nunca mais aconteça.

Conclusão

O problema é complexo e requer coragem para o seu enfrentamento. A academia cumpre papel importante na pesquisa, análise do problema e na elaboração de propostas que contribuam com a solução. No entanto, o enfrentamento precisa ser assumido pelo Estado e demandará ações em todas as esferas de poder: executivo, legislativo e judiciário, assim, será necessário engajar o legislativo na revisão do arcabouço legal, na remoção do entulho do *lawfare* e na criação de novas leis, que sejam capazes de dar conta de toda a complexidade do problema; o executivo precisa implementar políticas públicas que cuidem desde o levantamento e acompanhamento dos casos, treinamento de servidores e, principalmente, implantação de uma política de comunicação pública capaz de neutralizar os ataques da mídia e divulgar as informações corretas na proteção da soberania nacional e, igualmente, o judiciário precisa adequar as ações do sistema judicial a fim de evitar desvios.

Referências

BARCELLOS, Rodrigo e PRADO, Rodrigo Murad do. **Apresentação, nota dos tradutores e estudo preliminar à edição brasileira.** In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl, CAAMAÑO, Cristina e WEIS, Valeria Vegh. *Bem-vindos ao lawfare!* manual de passos básicos para demolir o Direito Penal. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

BOW, Juan Carlos. **Honduras altera a sua Constituição para permitir a reelei-**

ção. *El País*, Honduras, 24 abr. 2015. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2015/04/24/internacional/1429839601_867027.html. Acesso em: 20 maio 2022.

CAMPOS, Eduardo Nunes. **Diálogo com o conceito de *lawfare***. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leonan (orgs). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

COMAROFF, John. **Comaroff explica o *lawfare***. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=skCRotOT1Lg>. Acesso em: 3 abr. 2022.

ESQUIVEL, Adolfo Pérez. **Hay que hablar de un Operativo Cóndor II en Latinoamérica**. Disponível em: <https://www.unidiversidad.com.ar/perez-esquivel-hay-que-hablar-de-un-operativo-condor-ii-en-latinoamerica88>. Acesso em: 14 jun. 2022.

FRANCE PRESSE. **Ex-presidente do Equador Rafael Correa recebe asilo na Bélgica**. G1, 22 abr. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/04/22/ex-presidente-do-equador-rafael-correa-recebe-asilo-na-belgica.ghtml>. Acesso em: 28 maio 2022.

KORYBKO, Andrew. **Guerras híbridas: das revoluções coloridas aos golpes**. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

LÚCIO, Clemente Ganz. **Entrevista concedida à RBA**. Disponível em: <https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2022/01/queda-producao-industrial-responsabilidade-bolsonaro/>. Acesso em: 14 maio 2022.

MARINGONI, Gilberto. **Viralatismo em marcha: golpe visa redefinir o lugar do Brasil no mundo**. In: SOUZA, Jessé; VALIM, Rafael. *Resgatar o Brasil*. São Paulo: Contracorrente/Boitempo, 2018.

MORO, Sergio F. **Considerações sobre a Operação Mani Puliti**. Revista CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>. Acesso em: 4 abr. 2022.

PAPA FRANCISCO. **Discorso del Santo Padre Francesco al Vertice dei Giudici Panamericani sui Diritti Sociali e la Dottrina Franciscana**. 4 giu. 2019. Disponível em: https://www.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2019/june/documents/papa-francesco_20190604_giudici-panamericani.html. Acesso em: 19 maio 2022.

PRONER, Carol. **Quando a parcialidade é extraterritorial, tudo se explica**. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leoman (orgs). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

RAMINA, Larissa. **Lawfare e contexto histórico: os EUA e a construção gradativa da estrutura normativa e institucional para o combate à corrupção**. In: RAMINA, Larissa. *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. Curitiba: Íthala, 2022. Vol. 1.

SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; TAVARES, Natália Lucero Frias. **Lawfare brasileiro**. 2. ed., 2. reimp. Belo Horizonte: D'Plácido, 2022.

SERRANO, Pedro E. A. P. **Autoritarismo líquido, hipernomia e exceção**. In:

FETTOSA, Maria Luiza Alencar Mayer; CITTADINO, Gisele; LIZIERO, Leoman (orgs.). *Lawfare: o calvário da democracia brasileira*. Andradina: Meraki, 2020.

SILVA, Lula da. Prefácio. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAAMAÑO, Cristina; WEIS, Valeria Vegh. ***Bem-vindos ao lawfare! manual de passos básicos para demolir o Direito Penal***. São Paulo: Tirant lo Branch, 2021.

SKINNER, Marta. **Lawfare e o desmonte do desenvolvimentismo na América Latina**. In: RAMINA, Larissa. *Lawfare e América Latina: a guerra jurídica no contexto da guerra híbrida*. Curitiba: Íthala, 2022. Vol. 1.

THE UNITED STATES DEPARTMENT OF JUSTICE. ***Foreign Corrupt Practices Act***. Updated 3 feb. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>. Acesso em: 11 abr. 2022.

TZU, Sun. ***A arte da guerra***. 24. ed. Rio e Janeiro: Record, 2001.

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

VIANA, Natalia. **Golpe de Estado contra Fernando Lugo começou a ser tramado em 2008**. *Operamundi*, 4 fev. 2013; atual. 17 abr. 2016. Disponível em: <https://operamundi.uol.com.br/samuel/26979/golpe-de-estado-contra-fernando-lugo-comecou-a-ser-tramado-em-2008>. Acesso em: 20 maio 2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Prólogo. In: ROMANO, Silvina M. (comp.). ***Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo en América Latina***. Buenos Aires: Mármol Izquierdo Editores, 2019.

ZANIN, Cristiano; MARTINS, Valeska T. Z.; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Contracorrente, 2019.

“CONTACT-TRACING” E COVID-19: EFETIVIDADE?

Juliana Falci Sousa Rocha Cunha

Doutoranda em Ciências Jurídico-Empresariais - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Mestre em Direito Empresarial - Faculdade Milton Campos, Advogada inscrita nas Ordens dos Advogados do Brasil e de Portugal

Resumo:

A pandemia do novo coronavírus (Covid-19 ou SARS-CoV-2) impactou todos os países, sendo necessário o desenvolvimento de mecanismos para a sua contenção, como os aplicativos de “contact tracing” (ou rastreamento de contato). Diversos países desenvolveram e adotaram tais aplicativos, entre eles, alguns Estados Membros da União Europeia, por exemplo, Portugal, França e Itália. O presente estudo objetiva analisar questões relacionadas à utilização do rastreamento de contato digital na pandemia de Covid-19, tais como, os seus principais desafios encontrados, a sua utilização na União Europeia, especialmente em Portugal e constatar os resultados alcançados na contenção do novo vírus. A metodologia utilizada na elaboração desse estudo foi a pesquisa bibliográfica quanto ao procedimento e a exploratória quanto ao objetivo, com ênfase em documentos públicos. Concluiu-se que foram encontrados diversos desafios ao longo da utilização do aplicativo de “contact tracing”, como o respeito ao direito à privacidade e à proteção dos dados e foi possível constatar que são necessárias melhorias na ferramenta, como a sua interoperabilidade entre os países, em especial na União Europeia, mas não foram localizados dados e informações de nações e/ou organizações que possibilitem medir a efetividade de tais aplicativos, o que é importante para que eles sejam aperfeiçoados e melhor utilizados em futura oportunidade.

Palavras-chave: Contact tracing; Rastreamento de contato; Efetividade; Proteção de dados; União Europeia.

Introdução

Com a pandemia de Covid-19 surgiram desafios sanitários, tecnológicos e jurídicos. debatidas questões como o controle sobre a propagação do SARS-Cov-2, o livre trânsito das pessoas entre as nações, o balanceamento entre os direitos público e privado, bem como o respeito aos direitos fundamentais

foram debatidos.

Assim sendo, visando coibir a expansão do novo vírus durante o auge da pandemia, diversos países adotaram aplicativos de “contact tracing”, entre eles, Austrália, Reino, Alemanha e Singapura. Eles foram desenvolvidos tendo em vista as recomendações do serviço de saúde nacional, as tecnologias disponíveis, as recomendações das organizações internacionais e a urgência que a situação impôs.

O rastreamento de contato foi utilizado por diversos cidadãos, mesmo diversos questionamento tendo sido apresentados, como a proteção aos direitos à privacidade e à proteção de dados pessoais e a possibilidade de vigilância constante dos utilizadores por parte do Estado.

Após o ápice da pandemia, o presente trabalho objetiva analisar a efetividade da utilização de aplicativos de “contact-tracing”, especialmente no que se refere à União Europeia, com análise do caso de Portugal.

A utilização do “contact tracing” na pandemia de Covid-19

“Contact tracing” é a estratégia que permite o monitoramento de uma pessoa infectada com um determinado vírus ou doença, que possibilita identificar a sua localização, as outras pessoas com quem o contaminado teve contato, a duração temporal do contato com terceiros, além de outras informações. Desta forma, o principal objetivo do rastreamento de contato é evitar que uma infecção, um vírus ou uma bactéria se espalhe entre os cidadãos, evitando assim contaminações secundárias.¹

Durante a pandemia de SARS-CoV-2, a Organização Mundial da Saúde (2021, p. 2) sugeriu que fosse desenvolvido um aplicativo de “contact tracing” tendo em vista o rastreamento, o monitoramento e o cuidado com os possíveis contatos que tenham sido infectados.

Com a difusão do novo coronavírus, o rastreamento de contato foi considerado uma ferramenta que poderia auxiliar na contenção do Covid-19 tanto localmente quanto entre os países, o que se mostrava bastante relevante em um mundo no qual o trânsito dos cidadãos entre as nações é constante, seja a trabalho ou a lazer, o que foi considerado uma hipótese de agilização da disseminação do SARS-CoV-2.

Diversas tecnologias foram utilizadas no desenvolvimento de ferramentas modernas de “contact tracing”, quais sejam, aplicativos de rastreamento de contatos, objetivando não somente reduzir a contaminação da sua popu-

1 Ao tratar do rastreamento de contato do SARS-CoV-2, a Organização Mundial de Saúde (2021, p. 1) afirmou que “contact tracing - along with robust testing, isolation and care of cases - is a key strategy for interrupting chains of transmission of SARS-CoV-2 and reducing COVID-19 associated mortality. Contact tracing is used to identify and provide supported quarantine to individuals who have been in contact with people who are infected with SARS-CoV-2 and can be used to find a source of infection by identifying settings or events where infection may have occurred, allowing for targeted public health and social measures.”

lação, mas também o número de cidadãos internados e conseqüentemente a mortalidade dos infectados.

O fato da atual sociedade ser hiperconectada usando constante o “smartphone” possibilitou que os aplicativos de rastreamento de contato fossem disponibilizados a um grande número de cidadãos de diferentes classes sociais, idades e localidades. Uma vez mais os telefones celulares foram usados com funcionalidade além daquela para a qual ele foi criado (ou seja, realizar e receber chamadas), demonstrando o seu enorme potencial na sociedade contemporânea.

Entre os Estados que desenvolveram e adotaram² aplicativos de rastreamento de contato podemos citar Portugal (“Stayaway Covid”), França (“TousAntiCovid”), Austrália (“COVIDSafe”), Itália (“Immunì”), Reino Unido (“NHS Covid”), Alemanha (“Corona Warn-App”)³, Colômbia (“CoronaApp”) e Singapura (“TraceTogether”)⁴.

Alguns desafios da utilização dos aplicativos de rastreamento de contato durante a pandemia de SARS-CoV-2

Quanto aos desafios apresentados aos aplicativos de “contact tracing”, sejam eles tecnológicos ou não, em primeiro lugar encontra-se o fato do aplicativo ter sido utilizado por menos de 60% da população em diferentes países, o que, segundo especialistas como Morley *et al.* (2021, p. 31) e Fraser *et al.* (2020), não possibilita um resultado efetivo no combate ao Covid-19. Como exemplo, Lisboa (2022, p. 64) e Morley *et al.* (2021, p. 31), citam o aplicativo adotado em Singapura denominado “TraceTogether”.

Em segundo lugar, foi constatada a desconfiança de alguns cidadãos com relação à coleta, utilização, armazenamento, compartilhamento e descarte de seus dados pessoais que tenham sido utilizados pelo aplicativo de rastreamento de contato. Apesar de alguns governos afirmarem que os dados pessoais dos utilizadores de tais aplicativos seriam apagados quando a pande-

2 Para o European Data Protection Board (2020, p. 5), que é o Comitê Europeu para a Proteção de Dados, “(...) a utilização de aplicações de rastreio de contato deve ser voluntária (...)”, opinião que também é compartilhada pela Organização Mundial de Saúde (2021, p. 8). Na China, por exemplo, o aplicativo de rastreamento de contato é obrigatório, diferentemente de Portugal e outros países da União Europeia.

3 O aplicativo “Corona Warn-App” foi desenvolvido pelos setores público e privado (como, a empresa SAP e o Robert Koch Institute). Os dados coletados pelo “software” (como a localização do usuário) eram criptografados, pseudoanonimizados e armazenados localmente no smartphone do titular de dados. Além disso, o aplicativo era de uso voluntário e utilizava tecnologia “bluetooth”, possibilitando que os dispositivos eletrônicos próximos pudessem comunicar entre si. Segundo Lisboa (2022, p. 34), entre julho e setembro de 2020 foram realizados 18 milhões de “downloads” do aplicativo “CoronaWarn-App”.

4 O aplicativo “TraceTogether”, de uso voluntário, dispunha da mobilidade app e “token”, sendo este fornecido pelo governo para os cidadãos que não dispunham de telefone celular ou preferiam não utilizá-lo.

mia estivesse encerrada⁵, muitos usuários não se sentiram seguros em fornecer as suas informações e conseqüentemente não baixaram o aplicativo.

Além disto, ainda com relação aos dados pessoais, o compartilhamento da identificação dos usuários dos “smartphones” geralmente poderia ser realizado através de sistemas descentralizados ou por “bluetooth”⁶. Esta identificação permitia que o usuário que tivesse testado positivo para SARS-CoV-2, poderia ou deveria (conforme o aplicativo e a orientação governamental) disponibilizar tal informação no aplicativo de “contact tracing”, o qual avisaria os demais “smartphones” com os quais tiveram contato, que um usuário próximo foi contaminado⁷. Contudo, tal fato levou com que diversos cidadãos questionassem se as empresas desenvolvedoras dos aplicativos e os demais usuários cujos “smartphones” se conectaram aos seus teriam acesso aos seus dados pessoais, mesmo que alguns governos assegurassem que os dados eram criptografados. Ademais, outras pessoas questionavam se os Estados teriam acesso às informações trocadas entre os aplicativos e conseqüentemente poderiam controlá-los, por exemplo, se tiveram contato com outro indivíduo infectado e devessem realizar testes e/ou serem mantidos em isolamento.

Outros desafios também podem ser citados, como o local de armazenamento dos dados (seja no próprio telefone celular do usuário, seja em repositório central gerenciado por autoridade de saúde nacional) e a disponibilidade dos usuários infectados informarem o seu status no aplicativo de “contact tracing”. Entretanto, na sua grande maioria estas e outras questões estão relacionadas à privacidade e proteção de dados dos usuários dos aplicativos frente às empresas desenvolvedoras dos “softwares”, das ferramentas utilizadas pelos aplicativos (como armazenamento em nuvem) e até mesmo com relação ao governo, especialmente no que se refere à vigilância.

A efetividade dos aplicativos de “contact tracing” na União Europeia

A União Europeia apresentou algumas recomendações quanto aos aplicativos de rastreamento de contato, inclusive no que se refere ao uso das tecnologias disponíveis, à governança dos dados e à privacidade dos usuários.

Especialmente com relação à proteção de dados o European Data Protection Board (2020, p. 6, 8, 9) aconselhou, por exemplo, que: (a) “(...) a utilização dos dados pessoais seja adequada, necessária e proporcionada.”, (b)

5 De acordo com o European Data Protection Board (2000, p. 9), “(...) a limitação da conservação deve ter em consideração as verdadeiras necessidades e a pertinência médica (...), devendo os dados pessoais serem mantidos apenas durante a crise de COVID-19.”, sendo posteriormente “apagados ou anonimizados”.

6 Glasmeyer (2020, p. 211-213) disponibiliza maiores informações com relação a utilização de “bluetooth” e de sistemas descentralizados por aplicativos de rastreamento de contato.

7 O European Data Protection Board (2000, p. 5) defende que “(...) a utilização de rastreio de contacto (...) não deve depender do rastreio de movimentos individuais, mas sim de informações sobre a proximidade dos utilizadores.”

“(…) devem ser devidamente tidos em consideração os princípios da minimização de dados e da proteção de dados desde a conceção [conhecido como “privacy by design”] e por defeito [dito “privacy by default”].”, (c) o “tratamento de tais dados é permitido quando for necessário por motivos de interesse público no domínio da saúde pública (...), devendo ser observado o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e (d) “deve ser realizada uma Avaliação de Impacto sobre a Proteção de Dados (AIPD) antes da implementação de tal instrumento, uma vez que o tratamento é considerado suscetível de resultar num elevado risco (...).”

Já a Comissão Europeia (2020, p. L-114/10 e L.114/11) apresentou recomendações aos Estados Membros quanto à utilização de tecnologias e dados no combate ao Covid-19, tais como, (a) qualquer interferência nos direitos fundamentais, como a vida privada e familiar, deve estar de acordo com as legislações do respectivo Estado Membro, os princípios gerais da União Europeia, “(…) com as tradições constitucionais comuns aos Estados-Membros e com as obrigações que lhes incumbem por força do direito internacional (...)” e (b) “(…) as autoridades de saúde pública (...) devem tratar os dados pessoais apenas quando tal é adequado, pertinente e limitado ao necessário, e devem aplicar salvaguardas adequadas, como a pseudonimização, a agregação, a cifragem e a descentralização”.

Em relação aos indicadores para avaliar a eficácia do rastreamento de contato no que se refere à saúde pública, a Organização Mundial da Saúde (OMC) e o Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças (CEPCD) (2021, p. v) propuseram a medição, como: (a) da adoção e uso de rastreamento de contatos de proximidade da população, (b) da capacidade do “contact tracing” detectar contatos em risco de infecção e (c) da velocidade com que o rastreamento de contato pode notificar os contatos em risco, em comparação com os rastreamentos de contato convencionais. Logo, a OMC e o CEPCD (2021, p. v) estimam que os dados obtidos poderão ser utilizados, por exemplo, para aumentar a eficácia da prevenção da transmissão do Covid-19, bem como possibilitar a adoção de outras medidas pertinentes.⁸

Contudo, a interoperatividade dos “softwares” de rastreamento de contato entre os Estados Membros é uma das melhorias que podem ser estudadas pela União Europeia, mesmo que alguns países venham adotar estratégias diferenciadas no que se refere à saúde pública, por exemplo, com relação à duração do autoisolamento e a obrigatoriedade ou não de utilização do aplicativo. Com a interoperatividade do “contact tracing” espera-se que seja possível contribuir ainda mais para a minimização do impacto de eventual nova pandemia.

8 É importante destacar que a OMC e o CEPCD (2021, p. 5) reconhecem que a capacidade de comparação do resultado de tais indicadores entre os países pode ser limitada pelas diferentes formas de implementação dos aplicativos de rastreamento de contato, como, por exemplo, no que se refere à tecnologia utilizada.

A eficácia do aplicativo de rastreamento de contato em Portugal

Em Portugal, o Instituto de Engenharia de Sistemas e Computadores, Tecnologia e Ciência conjuntamente com outras entidades desenvolveram durante cerca de seis meses o aplicativo de rastreamento de contato denominado “StayAway Covid”, o qual custou aproximadamente €400.000,00 (quatrocentos mil Euros) à Fundação para a Ciência e Tecnologia, de acordo com Nunes (2021). O aplicativo foi lançado em agosto de 2020⁹ e descontinuado em meados de 2022, tendo em vista a evolução da pandemia no país. Segundo Parreira (2021), até o final de agosto de 2021 a aplicação havia sido baixada 3,37 milhões de vezes, mas apenas 20% delas estavam ativas.

O “StayAway Covid” utilizava “bluetooth”, que através da proximidade dos telefones celulares, possibilitava a troca de informações entre os aparelhos, de forma que se um usuário estivesse contaminado podia informar o fato no “software” alertando os demais utilizados com os quais ele teve tido contato nos últimos 14 dias, objetivando a realização dos testes do novo coronavírus e/ou isolamento.

Contudo, conforme Nunes (2021), o Ministro da Ciência e Tecnologia e Ensino Superior português, Dr. Manuel Heitor, reconheceu que o aplicativo não funcionou adequadamente no país, tendo gerado uma onda de críticas que acabou por inviabilizar a sua utilização, mesmo a sua instalação tendo sido considerada “um dever cívico”. Para o Ministro, um dos desafios apresentados durante a utilização do “StayAway Covid” foi o seu uso no dia-a-dia dos médicos e a sua operacionalização pelo Sistema Nacional de Saúde.

A eficácia do aplicativo dependia em grande parte do usuário contaminado e do serviço de saúde. O utilizador infectado tinha que inserir voluntariamente um código na aplicação, caso contraísse o vírus SARS-CoV-2 e o serviço de saúde tinha que fornecer o referido código ao utilizador infectado.

A dificuldade com relação a tais códigos foi que: (a) muitos deles foram fornecidos, mas não foram inseridos no “StayAway Covid” (o que deveria ser feito pelo usuário contaminado), (b) muitos cidadãos foram infectados, mas não foi gerado o código pelo serviço de saúde e (c) alguns médicos não sabiam como obter o código a ser fornecido aos contaminados. Conforme divulgado pelo Jornal de Notícias (2021), do lançamento da aplicação até 1º de setembro de 2021 cerca de 23% dos códigos gerados foram inseridos no aplicativo de “contact tracing”.

A Deco Proteste, organização de defesa do consumidor português, segundo Mendes (2020) testou em laboratório a versão beta do aplicativo “StayAway Covid”, tendo verificado que (a) a coleta de dados de saúde estava sendo realizada de forma satisfatória, (b) o usuário era devidamente informado sobre os termos, condições e política de privacidade, (c) havia reduzido ris-

9 Na ocasião, segundo o Jornal de Notícias (2021), o primeiro-ministro português, António Costa, afirmou que instalar a aplicação era um “dever cívico” dos cidadãos, para que a pandemia pudesse ser travada, posto que naquela ocasião ainda não estavam disponíveis as vacinas contra o novo coronavírus.

co de ataques cibernéticos, visto que o aplicativo somente comunicava com servidores que tinham um certificado específico, (d) o aplicativo não tinha sistema de rastreamento e (e) a informação sobre o diagnóstico positivo de Covid-19 era armazenada com encriptação. Todavia, foi constatado que o “software” não cumpria o “princípio da abertura de código e transparência”, existindo “(...) a possibilidade de uso não-declarado e indevido de dados pessoais (...)”, em particular por parceiros como o Google e a Apple. Frente a isto, de acordo com Mendes (2020), a Deco Proteste recomendou a instalação do aplicativo com reservas, cabendo a decisão final aos consumidores.

Por fim, é importante destacar que não foi encontrado estudo¹⁰ realizado pelo governo português com relação ao desempenho do aplicativo de rastreamento de contato utilizado durante a pandemia de Covid-19 em Portugal. Entretanto, frente ao relatado previamente, especialmente com relação à inserção do código referente à contaminação no aplicativo e o baixo número de downloads da aplicação, desconfia-se que a sua utilização do “contact tracing” digital tenha tido baixa eficácia.

Conclusão

A partir de 2020 diversos países adotaram o “contact tracing” digital como ferramenta tecnológica visando mitigar a transmissão comunitária do SARS-CoV-2, que se espalhou pela maioria das nações configurando uma pandemia.

Desafios foram verificados ao longo da implementação do rastreamento de contato digital, como a desconfiança e a insegurança quanto ao respeito aos direitos à privacidade e à proteção de dados, tanto por parte de alguns usuários de tais aplicativos, quanto aos potenciais usuários, mesmo os países tendo informado que tais direitos eram respeitados.

O nível de utilização do rastreamento de contato digital durante a pandemia de Covid-19 foi sem precedentes, tendo Organização Mundial da Saúde e o Centro Europeu de Prevenção e Controle de Doenças (2022, p. 1) concluído que quando ele é adotado sistematicamente pode limitar a expansão da cadeia de transmissão, reduzir a mortalidade e evitar a adoção do “lockdown”. No entanto, tais organizações (2022, p. 4) defendem que a utilização de “contact tracing” deve ser priorizada para os cidadãos mais vulneráveis (como idosos e pessoas não vacinadas), pessoas em ambiente de alto risco (por exemplo, hospitais) e indivíduos que realizam viagem de um país para outro quando surgem novas variantes do vírus.

Em 2022 diversos países deixaram de utilizar as diferentes aplicações de rastreamento de contato, tendo em vista a redução do número de contaminados e da mortalidade por Covid-19, não sendo encontrado ao longo da pes-

10 Ao longo da pesquisa foram encontradas referências à realização de testes técnicos durante o desenvolvimento do aplicativo “StayAway Covid” pelo Centro Nacional de Cibersegurança, entretanto, não foram localizados os resultados de tais testes.

quisa os resultados e indicadores alcançados com os referidos “softwares”¹¹, nem informações relativas a eventuais aprimoramentos no caso de ser necessário utilizá-los novamente.

Em suma, mesmo não sendo possível afirmar que o rastreamento de contato digital foi efetivo no combate à pandemia de SARS-Cov-2, tendo em conta a não divulgação de resultados e indicadores por parte dos países em geral, a utilização de tal ferramenta foi significativa, frente às suas utilizações prévias. Espera-se que com estas informações as nações possam aprimorar os seus aplicativos de “contact tracing”, sempre respeitando os direitos à privacidade e à proteção de dados, possibilitando que em suas futuras utilizações em situações semelhantes sejam superados os desafios e as dificuldades constatadas e os benefícios alcançados sejam superiores.

Referências

ALEMANHA, **Corona-Warn-App Open Project**: Help us improve the Corona-Warn-App. Disponível em: <https://www.coronawarn.app/en/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

AUSTRÁLIA. **COVIDSafe**. Disponível em: <https://www.health.gov.au/resources/apps-and-tools/covidsafe-app>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BARBOSA, Alexandre. (et al.) **Colombia’s CoronApp**. Disponível: <https://feed.itsrio.org/colombias-coronapp-5802ceb54b7>. Acesso em: 06 nov. 2021

CASTRO, César. Acabou a StayAway Covid e criadores aconselham a desinstalação, 26 set. 2022. In: **Jornal de Notícias**. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/acabou-a-stayaway-covid-e-criadores-aconselham-a-desinstalacao-15199025.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

COLÔMBIA. **Abecé/ Todo lo que debe saber sobre CoronApp-Colombia y su funcionamiento**. Disponível em: <https://www.mintic.gov.co/portal/inicio/Sala-de-Prensa/Noticias/126572:Abecé-Todo-lo-que-debe-saber-sobre-CoronApp-Colombia-y-su-funcionamiento>. Acesso em: 10 nov. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Recomendação (UE) 2020/518 da Comissão**, de 8 de abril de 2020, relativa a um conjunto de instrumentos comuns a nível da União com vista à utilização de tecnologias e dados para combater a crise da COVID-19 e sair da crise, nomeadamente no respeitante às aplicações móveis e à utilização de dados de mobilidade anonimizados. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32020H0518&from=EN>. Acesso em: 05 nov. 2022.

EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD. **Diretrizes 4/2020 sobre a utilização de dados de localização e meios de rastreio de contactos no contexto do surto de COVID-19**. Disponível em: <https://edpb.europa.eu/sites/default/>

11 Somente foram encontradas informações sobre testes de alguns aplicativos de “contact tracing” de Estados Membros da União Europeia, os quais foram realizados quando os aplicativos estavam em fase final de teste ou recém implantados, como da Deco Proteste em Portugal referido previamente e o teste da Trinity College de Dublin (Irlanda), que analisou alguns rastreadores de contato digital europeus exclusivamente na versão Android.

files/ files/ file1/ edpb_guidelines_20200420_contact_tracing_covid_with_anex_pt.pdf. Acesso em: 02 nov. 2022.

FRANÇA. **TousAntiCovid es tune application pilotée par l'État pour aider à la lutte contre le Covid-19.** Disponível em: <https://bonjour.tousanticovid.gouv.fr>. Acesso em: 10 nov. 2022.

FRASER, Christophe (et al.) **Digital contact tracing:** comparing the capabilities of centralised and decentralised data architectures to effectively suppress the COVID-19 epidemic whilst maximizing freedom of movement and maintaining privacy. Disponível em: https://github.com/BDI-pathogens/covid-19_instant_tracing/blob/master/Centralised%20and%20decentralised%20systems%20for%20contact%20tracing.pdf. Acesso em: 08 nov. 2022.

GLASMEYER, Rodrigo. A implementação do Contact Tracing e a Montagem de Vigilâncias na pandemia da COVID-19. In: **Internet & Sociedade**, v. 1, n. 2, dez/202, p. 200-220. Disponível em: <https://revista.internetlab.org.br/wp-content/uploads/2020/12/A-implementac%CC%A7a%CC%83o-do-Contact-Tracing.pdf>. Acesso em: 07 nov. 2022.

ITÁLIA. **Immuni.** Disponível em: <https://www.immuni.italia.it/>. Acesso em: 09 nov. 2022.

JORNAL DE NOTÍCIAS, **“Stayaway covid” gerou mais de 12 mil códigos em 500 mil novas infecções**, 19 jan. 2021. Disponível em: <https://www.jn.pt/nacional/stayaway-covid-gerou-mais-de-14-mil-codigos-em-500-mil-novas-infecoes-13249955.html>. Acesso em: 19 out. 2022.

LEITH, Douglas J.; FARRELL, Stephen. GAEN Due Diligence: Verifying The Google/Apple Covid Exposure Notification API, 16th June 2020. Disponível em: https://www.scss.tcd.ie/Doug.Leith/pubs/gaen_verification.pdf. Acesso: 15 nov. 2022.

LISBOA, Leticia Lobato Anicet. Políticas públicas e regulatórias para rastreamento de dados pessoais no Brasil para combate à Covid-19. In: **Cardernos Enap**, 87, Coleção Covid-19 Fast Track, Brasília, 2021, p. 10-78. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/6506/2/Caderno_87_final.pdf. Acesso em: 17 nov. 2022.

MENDES, Pedro. StayAway Covid: como funciona a app, 23 dez. 2020. In: **Deco Proteste**. Disponível em: <https://www.deco.proteste.pt/tecnologia/telemoveis/noticias/stayaway-covid-como-funciona-a-app>. Acesso em: 14 nov. 2022.

MORLEY, Jessica (et al.) Ethical guidelines for Covid-19 tracing apps. In: **Nature Machine Intelligence**, 582, 29-31, 2020. Disponível em: <https://philpapers.org/rec/MOREGF>. Acesso em: 20 nov. 2022.

NUNES, Flávio. Governo admite que app StayAway Covid não funcionou em Portugal, 12 mai. 2021. In: **Jornal Economia Online**. Disponível em: <https://eco.sapo.pt/2021/05/12/governo-admite-que-app-stayaway-covid-nao-funcionou/>. Acesso em: 14 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. **Contact tracing in the context of COVID-19**, Interim guidance, 1 fev 2021. Disponível em: https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/339128/WHO-2019-nCoV-Contact_Tracing

-2021.1-eng.pdf? sequence=24&is Allowed=y. Acesso em: 16 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; CENTRO EUROPEU DE PREVENÇÃO E CONTROLE DE DOENÇAS. **Indicator framework to evaluate the public health effectiveness of digital proximity tracing solutions** (2021). Disponível em: <https://www.ecdc.europa.eu/sites/default/files/documents/Indicator-framework-to-evaluatepublic-health-effectiveness-of-dpts.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE; CENTRO EUROPEU DE PREVENÇÃO E CONTROLE DE DOENÇAS. **COVID-19 Contact tracing: country experiences and way forward** (2022). Disponível em: <https://apps.who.int/iris/rest/bitstreams/1448332/retrieve>. Acesso em: 14 nov. 2022.

PARREIRA, Rui. Stayaway Covid: Até ao final de Agosto foram feitos 3,37 milhões de downloads mas apenas 20% estão ativos, 1 set. 2021. In: **SaptoTek**. Disponível em: <https://tek.sapo.pt/mobile/apps/artigos/stayaway-covid-ate-ao-final-de-agosto-foram-feitos-337-milhoes-de-downloads-mas-apenas-20-estao-ativos>. Acesso em: 15 nov. 2021.

PORTUGAL. **Stayaway Covid**. Disponível em: <https://stayawaycovid.pt/pt/>. Acesso em: 07 set. 2022.

REINO UNIDO. **NHS App and your NHS account**. Disponível em: <https://www.nhs.uk/nhs-app/>. Acesso em: 08 nov. 2022.

RTP NOTÍCIAS. **Centro de Cibersegurança vai analisar aplicação móvel Stayaway Covid**, 6 de jun. de 2020. Disponível em: https://www.rtp.pt/noticias/economia/centro-de-ciberseguranca-vai-analisar-aplicacao-movel-stayaway-covid_n1235045. Acesso em: 14 nov. 2022.

SINGAPURA. **TraceTogether, safer together**. Disponível em: <https://www.trace-together.gov.sg/>. Acesso em: 15 nov. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho**, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679>. Acesso em: 20 nov. 2022.

O FEDERALISMO COOPERATIVO NA PROTEÇÃO À SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA ADI N° 6.341¹

João Victor Carloni de Carvalho

Doutorando, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista - Campus de Franca/SP. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Doutorado)

Resumo:

Não é incomum encontrar afirmações espalhadas pelos diferentes meios de comunicação de que o Supremo Tribunal Federal tolheu a competência da União no que se refere à condução dos trabalhos de enfrentamento da disseminação do vírus Sars-Cov-2 pelo território brasileiro, ampliando-a para Estados, Distrito Federal e Municípios, o que, por consequência, dispensava qualquer ação ou política pública por parte do Executivo Federal. O problema a ser enfrentado, portanto, passa pela investigação se a decisão do STF se encontra em consonância com o Princípio Federativo (arts. 1º, caput; 18, caput; 23 e 24, todos da CF). Para tanto, adotou-se o método dedutivo, a partir do domínio do estado da arte sobre o tema pela revisão bibliográfica nacional e estrangeira, além da análise da ADI n° 6.341. Já o método histórico foi utilizado no estudo do funcionamento do SUS na organização constitucional brasileira. Concluiu-se que o STF não impediu o Executivo Federal de tomar providências quanto ao enfrentamento da disseminação da Covid-19, mas tão somente reafirmou a existência do Federalismo Cooperativo que rege o SUS, em que pese seus possíveis defeitos e a jurisprudência centralizadora que marca o STF desde a promulgação da CRFB/1988.

Palavras-chave: Sistema Único de Saúde; Pandemia de covid 19; Divisão federativa de competências; Descentralização federativa; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

É uma constatação a presença de narrativas² no sentido de que o Su-

1 O presente resumo foi elaborado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

2 <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/stf-nega-ter-proibido-governo-de-agir-na>

premo Tribunal Federal (STF) tolheu os poderes da União no trato da pandemia, delegando as tarefas para os Governadores e os Prefeitos, impedindo que o Executivo Federal atuasse no combate à disseminação da doença (Covid-19) e todos os seus impactos (disseminação do vírus; ocupação de leitos; mortes etc.).

Surge, dessa forma o questionamento: a afirmação acima possui substrato jurídico? Ou seja, as decisões do STF se encontram em consonância com o Princípio Federativo e a distribuição de competências (arts. 1º, caput; 18, caput; 23 e 24, todos da CF)?

Para se chegar a uma resposta, necessário, primeiramente, definir o que é a forma Federativa de Estado e como se opera o chamado Federalismo Cooperativo brasileiro. Em um segundo momento, investigar como se organizava o Sistema de Saúde antes da CF/1988 e como o texto constitucional normatizou esse direito fundamental. Por fim, uma análise sobre a distribuição de competências constitucionais à luz da decisão prolatada na ADI nº 6.341 se mostra necessária a fim de que se possa responder ao que se propõe.

Os métodos utilizados, portanto, foram o dedutivo e histórico, por meio de levantamento bibliográfico (doutrinas, artigos e trabalhos científicos), estudo das normas constitucionais e infraconstitucionais, além da análise de julgado prolatado pelo STF.

Estado brasileiro e Federalismo Cooperativo

O modelo de Estado federativo tem suas raízes nos Estados Unidos da América (EUA). Após a independência, ex-colônias uma Confederação, na qual cada Estado-membro manteve sua soberania. Ocorre que, na prática, as deliberações em Confederação acabavam por se tornar meras “recomendações”, havendo dificuldade na obtenção de recursos financeiros e humanos para atividades comuns; impossibilitando de se legislar de forma nacional e abrangente a todos cidadãos; sem falar na ausência de um tribunal supremo para unificar as interpretações legislativas. Buscou-se formar, dessa maneira, a *Union*, em que cada Estado-membro renuncia a sua soberania e cede parcela de suas atribuições ao ente central, mantendo, todavia, a autonomia quanto ao governo regional/local. A União passa a poder exercer poder sobre os Estados e seus cidadãos (leis federais), ao mesmo tempo em que é fiscalizada por meio de representantes (Senadores) (BRANCO; MENDES, 2014, p. 1.315).

A Proclamação da República foi responsável por inserir o modelo federativo ao Estado brasileiro, textualmente representando um federalismo clássico, estabelecendo divisões de competência entre União e entes federativos de forma taxativa. A adoção de tal espécie gravita em torno do princípio da autonomia e da participação política, pressupondo a consagração de certas regras constitucionais, tendentes não somente à sua configuração, mas também à sua manutenção e indissolubilidade. Tendo em vista razões de geografia e

pandemia- mentira- contada- mil-vezes/.

de formação cultural da comunidade, territórios amplos (tal qual o território brasileiro, de dimensões continentais) são propensos a formar Estados federativos, com um governo local/regional atento às particularidades; aliado a um governo amplo e federal.

Em razão da autonomia dos entes federados, é comum haver embates ou atritos políticos, ou até mesmo jurídicos, entre aqueles e a União. Nesses casos, a ideia é buscar a harmonização política e legislativa, pois, segundo Erk, “[...] most Americans treat federalism - that is, a territorial allocation of authority secured by constitutional guarantees - as a means to an end, not as an end in itself.”³ (ERK, 2008, p. 91).

Apesar de prever uma maior autonomia aos Estados-membros, na prática, o período inaugurado pela Constituição de 1891 foi marcado por reiteradas intervenções federais ou medidas extremas do Poder Executivo central. Em 1934, incentivava-se um federalismo cooperativo, restringindo-se autonomias dos “entes regionais e uma centralização na União para gestão de rol largo de competências privativas (art. 5º). Ao lado, a cooperação com os demais entes se firmava a partir da previsão de competências concorrentes (art. 10) e de competências supletivas e complementares dos Estados-Membros (art. 5º, § 3º, *in fine* e art. 7º, III)” (DUARTE NETO, 2022).

Nas palavras de Bercovici (2002, p. 16 e 17), agora analisando o federalismo cooperativo sob a égide da CRFB/1988, estabelece-se um modelo de inter-relação entre União e entes federados, visando coibir, ou minorar atuações isoladas:

Na repartição de competências, a cooperação se revela nas chamadas competências comuns, consagradas no art. 23 da Constituição de 1988. Nas competências comuns, todos os entes da Federação devem colaborar para a execução das tarefas determinadas pela Constituição. E mais: não existindo supremacia de nenhuma das esferas na execução dessas tarefas, as responsabilidades também são comuns, não podendo nenhum dos entes da Federação se eximir de implementá-las, pois o custo político recai sobre todas as esferas de governo.

Ainda, de acordo com o autor, existem dois momentos para tomada de decisão no modelo cooperativo: um primeiro em nível federal (mediante a participação de todos os integrantes da Federação), determinando-se as medidas a serem adotadas e garantindo uniformidade das ações; um segundo a nível estadual e/ou municipal, adaptando-se a decisão à realidade regional ou local. Ainda assim, de se notar que o grave quadro de desigualdades regionais “gera, por conseguinte, uma excessiva dependência por parte da maioria de Estados e Municípios dos recursos provenientes da União. Isso tudo desnatura a ideia central por trás da Forma Federativa de Estado, que envolve a

3 “a maioria dos americanos trata o federalismo - isto é, uma alocação territorial de autoridade assegurada por garantias constitucionais - como um meio para um fim, não como um fim em si mesmo.” (tradução livre).

junção de entes autônomos e capazes de gerir as atividades a eles atribuídas” (NETTO; RAMOS, 2017, p. 312).

Bercovici aduz que o real problema da descentralização é a falta de planejamento, coordenação e cooperação entre os entes federados e a União, ou seja, a falta de efetividade da própria Constituição e do federalismo cooperativo nela previsto. (BERCOVICI, 2002, p. 25). Tal argumento se mostra relevante, se for tomada por base a atuação dos entes federativos no trato da pandemia, possibilitando um caos jurídico e político envolvendo medidas de enfrentamento da disseminação do vírus causador da Covid-19, a ser mais bem analisado no terceiro tópico.

Por fim, a título de exemplo de como o federalismo cooperativo tem falhado em sua missão de descentralizar a atuação da União, pode-se citar a disparidade no sistema de arrecadação. A Constituição brasileira até prevê um sistema de transferências obrigatórias de parte das receitas arrecadadas como forma de amenizar tal cenário. Todavia, acaba por criar mais desigualdade, ao passo que Estados e Municípios contam com recursos “garantidos”, “independentemente de lealdade política, de adesão e de comprometimento com políticas federais e de esforço tributário próprio. Tais constatações impedem o alcance de uma cooperação federativa almejada entre os membros da Federação” (ARRETCHE, 2004).

Também a característica centralizadora das contribuições sociais corrobora com a dificuldade em descentralizar as políticas públicas. Referidos tributos, de competência federal exclusiva, deveriam servir como fonte de custeio para a Seguridade Social como um todo, porém passaram a ser utilizados como forma de aumento de arrecadação e recomposição do orçamento da União.⁴

A política descentralizadora do Sistema Único de Saúde (SUS)

O reconhecimento do direito à saúde como fundamental, social e a ser prestado pelo Estado, promovido pelo texto constitucional de 1988, é algo

4 “No início dos anos 90, diante da crise financeira e da necessidade de promoção de um ajuste fiscal, o Governo Federal criou o chamado Fundo Social de Emergência (FSE) pela Emenda Constitucional de Revisão nº 1 de 1994 - rebatizado de Fundo de Estabilização Fiscal e, posteriormente, de Desvinculação de Receitas da União (DRU) em razão de suas constantes prorrogações -, o que acabou por comprometer o regime de transferências federais previsto originalmente pela CF de 1988, bem como outras áreas, a exemplo da saúde, que deveriam vincular o total arrecadado pela União. A partir desse mecanismo da DRU, o Governo Federal obteve a autorização constitucional para não aplicar 20% (vinte por cento) dos recursos que deveriam ser destinados à seguridade social e à descentralização almejado com o FPE e com o FPM (PIOLA et al., 2013). Citado percentual acabou servindo para compensar as perdas fiscais ocorridas desde a promulgação da CF de 1988, sendo destinado, por exemplo, para o pagamento de juros da dívida pública (DOURADO, 2010). Entretanto, como consequência das constantes prorrogações desse regime de desvinculações, comprometeu-se a prestação dos serviços públicos por parte de Estados e Municípios dependentes das transferências federais” (NETTO; RAMOS, 2017, p. 322-323).

recente. Durante o período da ditadura militar, a prestação se dava com base em um modelo exclusivamente previdenciário: as ações governamentais eram restritas às medidas preventivas, atividades epidemiológicas e de vigilância sanitária. Quanto à prestação do serviço de saúde em si, “somente a parcela da população que estivesse vinculada à Previdência Social - de caráter contributivo - estaria abarcada pelos serviços privados de saúde, que eram custeados e fiscalizados pelo INAMPS. As atividades de cunho assistencialista permaneciam a cargo de instituições de caridade” (NETTO; RAMOS, 2017, p. 313). O Governo Militar, dessa forma, restringia a atuação sanitária apenas a medidas de ordem preventiva e a atividades epidemiológicas e de vigilância/fiscalização.

Dourado (2010, p. 79), sintetiza que

Foi somente na década de 1980 que se estruturou o movimento político para afirmação da saúde como direito público subjetivo no Brasil. Com raízes nas instituições acadêmicas, a chamada Reforma Sanitária desenvolveu-se no interior do aparelho estatal e obteve adesão de segmentos de trabalhadores do setor e de movimentos populares de saúde. [...] A admissão da saúde como direito social foi positivada na Constituição Federal de 1988 (art. 196), atribuindo ao Estado o encargo de prover a população de ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, com garantia de acesso universal, gratuito e igualitário. Com esse intuito, o Poder Constituinte criou o Sistema Único de Saúde (SUS), instituição que encerra os meios para a efetivação do direito à saúde no Brasil, apoiada nas diretrizes consagradas no artigo 198, caput, possível que os serviços de saúde sejam prestados pela iniciativa privada, mas sempre de forma complementar e sob fiscalização do poder público, que não pode se esquivar do dever de prestá-los diretamente a partir da rede hierarquizada e regionalizada que se consubstancia no Sistema Único de Saúde (SUS).

A mudança de perspectiva trazida pelo Sistema Único de Saúde (SUS), no sentido o texto constitucional apontar, nitidamente, para uma concepção de modelo de garantia do direito à saúde voltado para as necessidades da população, de maneira a resgatar o compromisso com um bem-estar social. O art. 196 da CRFB/1988 é expresso em dizer que 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” (grifo nosso). Ao lado do modelo de Federalismo Cooperativo e da garantia do direito à saúde, estabeleceu-se a descentralização, com direção única em cada esfera de governo, como uma das diretrizes a serem seguidas por essa rede regionalizada e hierarquizada de prestação de serviços públicos de saúde (art. 198, I da CRFB/1988).

Destarte, é possível se afirmar que o SUS foi criado como instituição de caráter federativo orientado pela descentralização administrativa e política.

Estabelece-se, assim, uma forma de organização política que pode ser adequadamente designada federalismo sanitário brasileiro. A CRFB/1988 estabeleceu a competência administrativa comum dos entes federados para cuidar da saúde e da assistência pública (art. 23, II), sendo dever de todos a promoção dos serviços necessários para atendimento do direito à saúde da população, mediante cooperação técnica e financeira. Ademais, é competência legislativa concorrente dos entes federados brasileiros (União, Estados e Distrito Federal) legislar sobre: “[...] XII - previdência social, proteção e defesa da saúde”.

É bem verdade que há dificuldade em estabelecer, de forma clara, a divisão de responsabilidades, “gerando dúvida até mesmo sobre a questão do comando das políticas públicas de saúde quando foram apresentadas as propostas para redefinição desse quadro” (DOURADO; ELIAS, 2011). Ainda assim, neste segundo momento, é forçoso observar que o modelo de descentralização do SUS foi idealizado desde suas origens, tendo por base o estabelecimento de uma relação coordenada entre as esferas federal, estadual e municipal, denotando uma busca pelo fortalecimento do papel dos Estados-membros na condução política do SUS e pela equidade na alocação dos recursos e no acesso da população aos serviços e às ações de saúde.⁵

As divisões de competência entre os entes federativos - análise da ADI nº 6.341

O cenário pandêmico iniciou-se em 31/12/2019, quando a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada a respeito de diversos casos de pneumonia em Whuan, província de Hube na China, confirmando-se, posteriormente, a identificação de uma nova cepa (espécie) de coronavírus, o SARS-CoV-23, responsável por causar a doença covid-19 (*coronavirus infection disease*), tendo o primeiro caso diagnosticado no Brasil se dado em 26/02/2020.

Em 20/03/2020 foi editado o Decreto Legislativo nº 6, pelo Governo Federal brasileiro, reconhecendo, para fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101/2000, o estado de calamidade pública no país. Para conter a disseminação do vírus, alguns Estados, Municípios, e, mais tarde, o Governo Federal (após alguma certa resistência e até mesmo negação da existência do próprio vírus, da doença em si, e dos impactos que esta poderia vir a causar)⁶ editaram me-

5 “O Pacto pela Saúde instituído em 2006 foi estruturado para atuar através de três dimensões complementares: o Pacto pela Vida, o Pacto em Defesa do SUS e o Pacto de Gestão do SUS [...] o Pacto em Defesa do SUS seria composto por diretrizes gerais de coordenação das ações em prol de fortalecer a condição do Sistema Único de Saúde enquanto uma política pública a ser exercida por todo o Estado brasileiro, a partir do comprometimento dos gestores sanitários e da articulação da sociedade civil (DOURADO; DALLARI; ELIAS, 2012) [...] estabelecidas as seguintes diretrizes para a condução do Sistema: descentralização, regionalização, financiamento, programação pactuada e integrada, regulação, participação e controle social, planejamento, gestão do trabalho e educação na saúde” (DALLARI, 2009; IPEA, 2007) (NETTO; RAMOS, 2017).

6 Algumas declarações do presidente brasileiro sobre a pandemia, que resultaram, também, em atitudes omissivas ou comissivas por parte do Executivo Federal em atordoar o trato dos serviços públicos durante a pandemia de covid-19: “Está superdimensionado

didadas (Decretos, Portarias, Circulares etc.) para adequar a vida em sociedade a essa nova realidade social (comumente apelidada de “novo normal”).

No tocante à atuação administrativa e legislativa em relação à saúde pública, como já salientado alhures, no sistema constitucional brasileiro foi dada à União a competência para fixar normas gerais. Tais normas devem ser de caráter amplo, servindo como verdadeiro parâmetro a ser seguido por legisladores estaduais, distritais e municipais, bem como para os agentes administrativos, quando de sua concretização. Sendo assim, a União possui competência para legislar em matéria de defesa da saúde (art. 24, XII, da CRFB/1988), persistindo, todavia, as competências dos demais entes para a adaptação de suas normas às normas gerais (art. 24, § 2º e art. 30, II da CRFB/1988), desde que observados os eventuais limites contidos nas normas gerais editadas pela União (MAFFINI, 2021). Ademais, o art. 23 da CRFB/1988 estabelece a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer cuidados relativos à saúde e assistência pública (inciso II, primeira parte).

Contudo, a falta de Lei Complementar ou qualquer outro arcabouço normativo, seja ele legislativo ou constitucional, que definisse, exatamente, os limites de competência de cada ente federativo no trato das questões comuns e concorrentes (a exemplo da saúde pública), culminou com a adoção de medidas diversas e até mesmo antagônicas entre estados e municípios, causando um verdadeiro “caos jurídico” no país, em meio ao caos sanitário pandêmico. Como pontua o Min. Gilmar Mendes, no julgamento da ADI nº 6341:⁷

o poder destruidor desse vírus. Talvez esteja sendo potencializado até por questões econômicas”; “Eu não sou coeiro [quando o país alcançava o número de 2.584 mortes]; “O Brasil está quebrado. Eu não consigo fazer nada” in QUEIROZ, Vitória. **2 anos de covid: Relembre 30 frases de Bolsonaro sobre pandemia.** Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/coronavirus/2-anos-de-covid-relembre-30-frases-de-bolsonaro-sobre-pandemia/>>. Acesso em 20 out 2022.

- 7 REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOPTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA. 1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações. 2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar. 3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência

Em Mato Grosso, houve a liberação do transporte por legislação estadual. O Prefeito de Cuiabá manteve o fechamento, o isolamento social, e proibiu o transporte no âmbito da cidade. Também isso ocorreu - ainda ontem ouvia isso - em Santa Catarina. A despeito da declaração do Governador, no sentido de que restabeleceria a normalidade, o Prefeito de Florianópolis anunciou que manteria as regras então estabelecidas. Isso revela o que já pontuado na fala do Ministro Alexandre: uma grande desorganização (BRASIL, 2020a).⁸

Referida ADI foi distribuída pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), questionando-se dispositivos do art. 3º da Medida Provisória n 923/2020 (posteriormente convertida na Lei 13.979/2020), os quais, em suma, concentravam nas mãos do Executivo Federal a prerrogativa para dispor acerca de serviços públicos e atividades essenciais, desconsiderando quaisquer normas estaduais ou municipais que pudessem versar o contrário.⁹ Alegou-se a inconstitucionalidade formal (vez que, por meio de medida pro-

exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios. 4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles. 5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços. 6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde. 7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais. (STF, Tribunal Pleno, ADI 6.341 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 15 abril 2020, DJe 13 novembro 2020; STF, Tribunal Pleno, ADI 6.343 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, j. 6 May 2020, DJe 17 novembro 2020).

8 Cf., nesse sentido, SOUZA, Heron Abdon. A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus in **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 19, n. 1, 2021.

9 “Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional do coronavírus, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, dentre outras, as seguintes medidas: [...] § 8º As medidas previstas neste artigo, quando adotadas, deverão resguardar o exercício e o funcionamento de serviços públicos e atividades essenciais. § 9º O Presidente da República disporá, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais a que se referem o § 8º.”

visória, dispôs algo atinente à distribuição de competências, matéria que demandaria o *quórum* e processo legislativo de uma Lei Complementar); além de material, por violação à autonomia federativa, concentrando-se o poder na mão da União que, por atos normativos de caráter secundário (decretos), poderia interferir nos entes federativos em questões sanitárias.

A medida cautelar foi provida, parcialmente, pelo Min. Relator Marco Aurélio, sendo referendada pelo Plenário. Nos termos do acórdão, consignou-se que houve omissão por parte do Executivo Federal na tomada de decisões visando minorar os efeitos da pandemia (*vg* os constantes entraves à realização de distanciamento social, a propagação de uso de remédio sem comprovação científica no tratamento da doença etc.). Visando coibir uma inação travestida na alegação de competência privativa da União em cuidar de determinados assuntos (*vg* a saúde pública), optou a Corte por reavivar o federalismo cooperativo, consignando que “O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde”, sendo que estes são garantidos “por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde”. A Medida cautelar foi parcialmente provida para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979 (antiga MP 926/2020), a fim de explicitar “que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais” (BRASIL, 2020).

Dessa forma, decidiu-se que o Presidente da República poderia dispor, mediante decretos presidenciais, sobre os serviços públicos e atividades essenciais, sem, contudo, excluir a competência dos demais chefes dos poderes executivos, devendo cada um atuar no âmbito de suas competências constitucionais (âmbito nacional, regional ou local). Segundo a interpretação da decisão: União, Estados, Municípios e Distrito Federal devem agir de modo coordenado para atuar no combate à pandemia

Em havendo conflito entre restrições impostas por mais de um ente federativo, por exemplo, deve-se adotar aquela que for embasada em maiores evidências científicas em matéria sanitária; se houver embasamento em ambas as medidas (ou se não houver embasamento científico em nenhuma delas), deve haver a predominância daquela mais compatível com a realidade social sobre a qual incide, priorizando-se as particularidades regionais e locais. “Mas se tais critérios forem ineptos à solução do problema, sustenta-se a adoção da medida mais restritiva, porquanto tal é a postura de prevenção e de precaução” (MAFFINI, 2021).

Didier Jr., Zanetti e Peixoto concluem que o STF garantiu aos estados e municípios a possibilidade de adotar medidas restritivas, sem descartar a necessária e devida atuação da União, sendo a decisão um importante ponto de partida para a reestruturação do modelo de governança federal brasileiro,

sempre tendencioso a concentrar o poder no Executivo Federal. Segundo os autores, “ainda não é possível dizer se as decisões representam um rearranjo da federação brasileira ou resultam a partir de uma observação da posição específica da União”, que tentou adotar políticas destinadas a impedir que outras entidades adotassem medidas restritivas importantes aprovadas por organizações, como a OMS (DIDIER JÚNIOR, F.; PEIXOTO, R.; ZANETI JÚNIOR, 2021, *passim*).

Já outros autores denotam que decisão ora analisada foi totalmente excepcional, pois fugiu ao histórico de precedentes da Corte no que tange ao federalismo brasileiro, se comparada aos julgamentos em matéria tributária, legislativa e comercial. O STF mostra um posicionamento muito mais propenso ao sentido de centralização das competências nas mãos da União, minorando a autonomia dos entes federados em diversas questões:

Como visto, até meados de 2015, tal jurisprudência do STF possuía uma clara tendência centrípeta ampliando o espaço normativo da União em detrimento da competência dos entes subnacionais. A partir de tal ano, tem-se uma aparente redução desse movimento, com o surgimento de argumentos nos votos do Ministros do STF ressaltando a importância em se reconhecer uma maior autonomia legislativa aos entes subnacionais, como forma de fortalecimento do federalismo. Entretanto, o que se observou dos acórdãos analisados foi que o discurso de necessidade de ampliação da autonomia dos entes subnacionais nem sempre reverberou na conclusão dos julgados, de modo que ainda permanece uma cultura jurídica de valorização do ente central enquanto produtor de normas. Como exemplo, tem-se os julgamentos das ações diretas sobre a Lei nº 9.055/1995, que regulamentava a utilização do amianto. (DANTAS; PEDROSA; PEREIRA, 2020, p. 59-60).¹⁰

Referido precedente até poderia soar como paradigmático no tocante a uma possível reestruturação do pacto federativo, ou do federalismo cooperativo. Ainda assim, “a análise pormenorizada dos fundamentos de tais decisões demonstra que o pilar de sustentação da inconstitucionalidade da lei federal remete-se ao direito à vida, à saúde e à proteção ao meio ambiente, e não à autonomia dos entes federados” (DANTAS; PEDROSA; PEREIRA, 2020, p. 59-60).

Conclusão

Conclui-se, a partir dos dados levantados e discutidos, que não houve

10 Nesse sentido, Cf. DUARTE NETO, José. A Federação Brasileira, o Supremo Tribunal Federal e o Direito à Saúde: a recomposição judicial das competências constitucionais federativas a partir da pandemia da COVID ? 19. In: Roger Stiefelmann Leal. (Org.). **O Estado Federal em tempos de pandemia**: Reflexões a Partir da Jurisprudência do STF. 1 ed. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2022, v. 1, p. 1-500. A conclusão deste texto foi lastreada, também, em levantamento quantitativo e qualitativo das decisões do STF em controle abstrato de constitucionalidade.

impedimento para atuação da União nas medidas de combate à disseminação do vírus Sars-Cov-2. Tão somente resguardou-se a possibilidade de os Estados e Municípios adotarem políticas regionais e locais de acordo com o cenário, sem a necessidade de autorizações do Presidente da República ou do Ministério da Saúde para execução de determinadas medidas (ex: decretação de *lockdown*), sem excluir medidas gerais e mais amplas no âmbito federal (*n. g.* o fechamento de aeroportos).

Ainda que tal posicionamento seja destoante da jurisprudência corriqueira do STF (com tendências maiores de centralização), foi importante no sentido de resgatar a ideia e o debate acerca de um federalismo sanitário cooperativo, tal qual preconizado pela CRFB/1988.

Referências

ARRETCHE, Marta. Federalismo e políticas sociais no Brasil: problemas de coordenação e autonomia. **São Paulo em perspectiva** [online], v. 18, n. 2, 2004, p. 17-26.

BERCOVICI, Gilberto. A descentralização de políticas sociais e o federalismo cooperativo brasileiro. **Revista de Direito Sanitário**, São Paulo, v. 3, n. 1, 2002, p. 13-28.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. E-book. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Tribunal Pleno, ADI 6.341 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, j. 15 April 2020, DJe 13 novembro 2020; STF, Tribunal Pleno, ADI 6.343 MC-Ref, Rel. Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Alexandre De Moraes, j. 6 May 2020, **DJe 17 novembro 2020**.

DANTAS; A. Q.; PEDROSA, M. H. M.; PEREIRA, A. L. S. A pandemia de covid-19 e os precedentes do STF sobre as competências constitucionais dos entes federativos: uma guinada jurisprudencial ou mera continuidade da função integrativa da corte? in **Revista de Direito Público**, Brasília, Volume 17, n. 96, 2020, p. 37-64.

DIDIER JÚNIOR, F.; PEIXOTO, R.; ZANETI JÚNIOR, H. Brazilian Precedents in Covid-19 Supreme Court Matters? in KRANS, Bart; NYLUND, Anna (ed.) **Civil Courts coping with covid-19**, eleven international publishing, 2021, p. 25-34.

DOURADO, Daniel de Araujo. **Regionalização e federalismo sanitário no Brasil**. 2010. 183 f. Dissertação (Mestrado em Medicina) - Faculdade de Medicina, Universidade de São Paulo, São Paulo.

DUARTE NETO, José. A Federação Brasileira, o Supremo Tribunal Federal e o Direito à Saúde: a recomposição judicial das competências constitucionais federativas a partir da pandemia da COVID ? 19. In: Roger Stiefelmann Leal. (Org.). **O Estado Federal em tempos de pandemia: Reflexões a Partir da Jurisprudência do STF**. 1 ed. São Paulo: Dia a Dia Forense, 2022, v. 1, p. 1-500.

ERK, Jan. **Explaining Federalism: State, society and congruence in Austria, Belgium, Canada, Germany and Switzerland**. Formerly edited by John Loughlin, Car-

diff University, UK, 2008.

MAFFINI, Rafael. COVID-19: análise crítica da distribuição constitucional de competências in **Rev. Direito e Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 12, n. 01, 2021, p. 353-378.

NETTO, Edson Barbosa de Miranda; RAMOS, Edith Maria Barbosa. O federalismo e o direito à saúde na Constituição Federal de 1988: limites e possibilidades ao estabelecimento de um autêntico federalismo sanitário cooperativo no Brasil in **Revista Jurídica**, vol. 04, n.º. 49, Curitiba, 2017. p. 304-330.

QUEIROZ, Vitória. **2 anos de covid: Relembre 30 frases de Bolsonaro sobre pandemia**. Disponível em: <<https://www.poder360.com.br/coronavirus/2-anos-de-covid-relembre-30-frases-de-bolsonaro-sobre-pandemia/>>. Acesso em 20 out 2022.

SOUZA, Heron Abdon. A repartição constitucional de competências federativas em matéria de saúde em tempos de covid-19: cada um por si e todos contra o vírus in **Revista Interdisciplinar de Direito**, v. 19, n. 1, 2021, p. 114-132.

ENVELHECIMENTO, PROTEÇÃO SOCIAL E A INTERSETORIALIDADE DAS POLÍTICAS SOCIAIS (SAÚDE E ASSISTÊNCIA SOCIAL) PARA A POPULAÇÃO IDOSA: OS CASOS DO BRASIL E DA ESPANHA

Andréia Aparecida Reis de Carvalho Liporoni

Universidade Estadual Paulista. Doutora em Serviço Social pela Universidade Estadual Paulista, docente do curso de Serviço Social e do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Universidade Estadual Paulista

Resumo:

O presente trabalho tem como objetivo refletir sobre a intersectorialidade das políticas de saúde e de assistência social para o segmento idoso, tendo como contexto os dois países representados por duas cidades (uma de cada país) de grande porte. A pesquisa se caracteriza como bibliográfica, documental, pesquisa de campo e envolveu 04 (quatro) entrevistas com professores/profissionais da área de envelhecimento/políticas sociais sendo 02 do Brasil e 02 da Espanha. **Projeções das Nações Unidas indicam que no ano de 2060, 27,3% da população dos países desenvolvidos ultrapassará 65 anos, 16,8% nos países em desenvolvimento e indicam que a evolução do envelhecimento é diferente em países desenvolvidos e de países em desenvolvimento. As legislações dos dois países determinam a proteção social a partir de políticas públicas através de programas e projetos sociais já implantados.** Observa-se, a partir dos dados coletados, que diante da crise do capital, busca-se novos nichos para sua manutenção e os governos recorrem a medidas e cortes orçamentários para adequar-se ao sistema financeiro, através de mudanças na legislação e de medidas de ajuste fiscal: flexibilização das relações de trabalho, precarização dos direitos sociais, entre eles o sistema de seguridade social, revendo critérios e financiamento, não somente do sistema de previdência social, mas também o direito à saúde e outras políticas sociais em uma tendência neoliberal de ajuste fiscal. Ao mesmo tempo as políticas sociais não trabalham em uma perspectiva de intersectorialidade.

Palavras-chave: Política de saúde; Política de assistência social; Intersectorialidade.

Introdução

O envelhecimento começou a ser debatido no mundo em função da inversão da pirâmide etária tendo como principais argumentos a baixa taxa de natalidade e ao mesmo tempo o incremento da tecnologia e melhorias das condições de saúde da população mundial. Tem sido visto como um triunfo, mas também um desafio, uma vez que os países apresentam taxas de esperança de vida muito diferentes (se considerarmos os países de capitalismo periférico e países de capitalismo central) e políticas de bem-estar social também diferentes.

Os idosos compõem o grupo populacional que mais cresce no mundo e projeções das Nações Unidas indicam que no ano de 2060, 27,3% da população dos países desenvolvidos ultrapassará 65 anos e 16,8% nos países em desenvolvimento. As Nações Unidas também indicam que a evolução do envelhecimento é diferente em países desenvolvidos e de países em desenvolvimento, que a maioria dos idosos do mundo vive nos países menos desenvolvidos e esta proporção deverá aumentar em 2060 para quatro em cada cinco pessoas (IMERSO, 2016, p. 38-39). Diante deste contexto, questiona-se como os países estão se preparando/organizando para o constante crescimento deste segmento populacional.

É possível envelhecer no modo de produção capitalista?

Envelhecer, na teoria crítica, tem que ser considerado em sua perspectiva multidimensional, ou seja, deve estar relacionado a questão dos níveis de alfabetização, gênero, etnia, região que vivem, a pobreza, entre outros fatores. Assim, o envelhecimento com qualidade de vida está relacionado às políticas públicas e sociais dos países.

Houve avanços do ponto de vista legal aos direitos dos idosos e consequentemente, da necessidade de implementação de políticas sociais, mas em cenário de crise, avanço legal não significa efetivação de direito.

Muitos dos avanços das últimas décadas relacionados aos direitos dos idosos são frutos da trajetória de lutas e conquistas desse segmento populacional. Foram realizadas Assembleias Mundiais (Viena/Austria em 1982 e Madri/Espanha em 2002), aprovados marcos legais (internacionais e nacionais). Em 2012 foi comemorado o Ano Europeu do Envelhecimento Ativo e da Solidariedade Intergeracional e em 2015 aconteceu a Convenção Interamericana sobre a proteção dos direitos humanos dos idosos cujo objetivo foi instituir um instrumento na região das Américas vinculante que proteja os direitos humanos das pessoas idosas.

Os países fizeram esforços no sentido de equacionar o envelhecimento e a promoção de direitos. Entretanto, entre a aprovação das leis e a efetivação das mesmas há uma distância. Nos países em desenvolvimento, e aqui, citamos o Brasil como um exemplo, sob o pretexto da crise econômica, os governos recorrem a cortes nos programas sociais para adequar-se ao sistema

financeiro.

O capital monopólico financeiro busca novos nichos para sua manutenção e medidas relacionadas ao impacto da crise são (re) definidas. Pode-se citar como exemplo os processos de globalização dos mercados, a flexibilização das relações de trabalho (a partir da década de 1990), a precarização dos direitos sociais conquistados (entre eles o sistema de Seguridade Social, revedo critérios e financiamento, não somente do sistema de previdência social, mas também o direito à saúde e outras políticas sociais), em uma tendência neoliberal de privatização de todo o processo da vida e por conseguinte, do envelhecimento.

Isso ocorre em função da crise estrutural do capital que numa processualidade incontrolável e profundamente destrutiva “tudo passa a ser controlado pela lógica da valorização do capital, sem que se leve em conta os imperativos humano-sociais vitais, a produção e o consumo supérfluo acabam gerando a corrosão do trabalho, com sua consequente precarização e o desemprego estrutural” (Meszaros, 2011 p. 11).

O mesmo autor explica que a especulação financeira está intrinsecamente relacionada ao aprofundamento da crise dos ramos produtivos que gera o aumento do desemprego e na mesma medida, da pobreza (MESZÁROS, 2011)

Durante o século XX, o sistema de crédito estava voltado para o financiamento das atividades produtivas promovendo o processo de industrialização pelo mundo. Atualmente, o que impera é a lógica especulativa que traz consequências para o mundo do trabalho, através da exigência da elevação da taxa de rendimento, estimulando a reestruturação produtiva e, como consequência, a intensificação do trabalho.

A intervenção do Estado em favor do mercado financeiro e também das determinações dos mercados produtivos agrava a questão social, principalmente ao potencializar ações de flexibilização do trabalho e de cortes em programas de cunho social.

Isso significa que diante da crise do capital e necessidade de reestruturação produtiva do fluxo do capital, exige-se o uso do fundo público para outras áreas que não as de caráter de cunho social.

O envelhecer neste processo, significa estar à mercê de um Estado parco para os gastos sociais, amplo para a contingência financeira. E, ao mesmo tempo vivenciar um mundo que prioriza o cidadão produtivo, levando os idosos à condição de invisibilidade, marginalização, exclusão social e portanto, vulneráveis às estruturas e relações sociais.

O envelhecimento no Brasil e Espanha e o sistema de proteção social

O Brasil e a Espanha tem apresentado mudanças na estrutura de sua pirâmide etária. Projeções do Instituto Brasileiro de Estatística (IBGE) indicam

que no Brasil o segmento idoso poderá atingir até 2060 cerca de 25% do total da sua população. No caso da Espanha, as projeções estimam para este país, conforme dados da Organização Mundial da Saúde (OMS), que entre 2000 e 2050 a população com mais de 60 anos duplicará passando de 11% para 22% e a população com mais de 80 anos quadruplicará na Espanha.

Observa-se que no momento de escrita deste artigo o mundo apresenta uma queda na esperança de vida de 02 anos em função da Pandemia de covid-19 que afetou todo o mundo desde 2020.

Outra questão a ser apontada é a questão da desigualdade social apresentada de maneira diferente considerando estes dois países. No que se refere ao Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) que associa a melhoria das condições de vida da população de um país, o Brasil ocupa a 87ª posição no ranking compilado pela Organização das Nações Unidas (ONU) tendo como IDH 0,754 (dados de 2022) ocupando a lista dos países com alto desenvolvimento humano, enquanto o da Espanha é de 0,904 ocupando a 25ª posição no mundo, entre os mais altos.

O Coeficiente de Gini, usado para medir o grau de concentração de renda (0 representa a situação de total igualdade e quanto mais próximo de 1 maior a desigualdade de renda) apresenta o Brasil com o índice de 51,3 enquanto a Espanha apresenta o índice de 36,2, demonstrando o grande índice de desigualdade social do Brasil, o que agrava as condições de vida da população.

Observa-se que não é possível relacionar o envelhecimento apenas a partir do cronológico. Estudos realizados pelas Nações Unidas indicam que existe uma grande variação da expectativa de vida de acordo com os países desenvolvidos (representado aqui pela Espanha) e os que estão em desenvolvimento (representado pelo Brasil) e essa variação é explicada pelas diferentes políticas sociais e de saúde de cada país.

A proteção social e as políticas públicas são ferramentas importantes que qualificam a qualidade de vida. É preciso refletir, no que se refere ao segmento idoso, sobre o sistema de pensões e aposentadorias (chamado no Brasil de Previdência Social), contra riscos e necessidades geradas por situações de desemprego, doenças, invalidez, velhice, o sistema de saúde e o sistema de assistência social (chamado de serviços sociais na Espanha).

O financiamento e as despesas com proteção social diferenciam-se de acordo com os países e após a crise no início deste século e, em especial, após 2008, marca-se um período de inflexão em muitos países com maior austeridade nos programas sociais.

Do ponto de vista legal, ambos países garantem proteção social não somente aos idosos mas à toda a população. No Brasil, além da Constituição Federal de 1988, foram aprovadas as Leis Orgânicas da Saúde (8080/1990 e 8142/1990) e a Lei Orgânica da Assistência Social (8742/1993). Aliado a estas duas leis, o segmento idoso conta com o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003)

A Espanha também conta com marco legal relacionado à saúde através

da Lei Geral da Saúde (Lei 14/1986), a assistência social não tem uma lei estatal à nível federal mas é regulada por cada Comunidade Autônoma e há a Lei de Dependência (Lei 39/2006) que atinge especificamente pessoas com deficiência ou capacidade limitante, atingindo deste modo, inclusive, os idosos.

No que se refere ao marco legal destes dois países, é possível apontar que tanto a Constituição Federal de 1988 do Brasil quanto a Constituição de 1978 da Espanha, fazem referência ao idoso e ambas possuem artigos que determinam a importância de se articular através da garantia de suficiência econômica e pela promoção de programas de proteção social o bem estar social, a dignidade humana.

No Brasil, a estrutura da Seguridade Social está organizada no tripé de políticas públicas: saúde, assistência social e previdência social. A Saúde e Assistência Social (de caráter universal e não contributivo) e a Previdência Social (tendo como princípio a lógica do seguro, apenas para aqueles que são, efetivamente, contribuintes). É importante salientar que a estrutura de financiamento da Seguridade Social se dá através da receita advinda com o pagamento pelos trabalhadores, empregadores e outros tributos específicos que financiam as três áreas.

A Seguridade Social no Brasil, conjuga direitos derivados do trabalho - no caso a previdência social, com direitos sociais como: aposentadoria, seguro desemprego, auxílio-doença, direitos de caráter universalista como na Saúde e na Assistência Social, embora esta última desenvolva-se como uma política focalizada no enfrentamento da extrema pobreza) (Boschetti, 2009).

A saúde tem sua estrutura organizada através do Sistema Único de Saúde (SUS) com uma rede de atendimento integral, hierarquizada e descentralizada. Em linhas gerais, o atendimento se dá através do atendimento primário em Unidades Básicas de Saúde, Estratégias de Saúde da Família. Há os atendimentos de especialidades médicas, exames e procedimentos simples e de maior complexidade, centros de atendimento psicossocial através dos CAPS (Centros de atenção Psicossocial), atendimentos hospitalares (clínicos, cirúrgicos, psiquiátricos e de maternidade) e outros.

A Política de Assistência Social conta com uma rede hierarquizada e descentralizada cuja porta de entrada está nos Centros de Referência de Assistência Social (CRAS). A nível de atendimento especializado há os Centro de Referência de Assistência Social (CREAS) e toda rede socioassistencial atendendo os segmentos sociais de acordo com a Tipificação dos serviços determinados pela Política Nacional de Assistência Social.

Para os idosos, além dos atendimentos realizados através do CRAS e CREAS, estes tem acesso aos Centro de Convivência do Idoso para pessoas ativas, Centros Dias para atendimento às pessoas em situação de vulnerabilidade e que necessitam de cuidados durante o dia e que à noite voltam para suas casas, mantendo os vínculos sociais e familiares e finalmente as Instituições de Longa Permanência para pessoas idosas com rompimento de vínculo familiar.

A Previdência Social é política da Seguridade Social de caráter contributivo, ou seja, apenas tem acesso à aposentadorias, pensões, seguro em caso de desemprego ou doença quem contribui com o sistema. Assim, a previdência social tem como órgão gestor o INSS (Instituto Nacional de Seguro Social).

Aos idosos que não conseguiram contribuir no decorrer da vida e que estão em situação de vulnerabilidade financeira, a legislação determina que após os 65 anos poderá receber o Benefício de Prestação Continuada (BPC) que equivale a um salário mínimo. Não é uma aposentadoria por tempo indeterminado mas um benefício assistencial de acordo com as condicionalidades (im) postas pela gestão.

Na Espanha, a proteção social se dá através do sistema de saúde e pensões (aposentadoria, invalidez e desemprego). No caso da assistência social (chamado de Serviços Sociais na Espanha), não há uma lei de caráter nacional como no Brasil, mas é regulado através de legislações de cada Comunidade Autônoma. Existe a Lei 39/2006, conhecida como Lei de Dependência, que garante direitos e benefícios sociais a todas as pessoas que se encontram em situação de dependência e limitação individual, sejam crianças, adultos ou idosos, que congrega direitos, benefícios e serviços assistenciais.

Assim, a saúde é um direito universal, reconhecido pela Constituição da Espanha, tem como órgão gestor o Instituto Nacional de Gestão Sanitária (INGESA) tendo “competência exclusiva sobre as bases e coordenação geral da Saúde, legislação sobre produtos farmacêuticos e saúde externa” (IMER-SO, 2016 p. 16).

O Sistema Nacional de Saúde, assim como no Brasil, determina que a atenção sanitária se dá através da prevenção, diagnóstico, tratamento, reabilitação e promoção da saúde, através da atenção primária, atendimento especializado, atendimento emergencial, serviços farmacêuticos assim como ortopédicos, dietéticos e serviços de transporte.

Os serviços sociais, de responsabilidade de cada Comunidade Autônoma, são organizados através de atendimentos locais e não há uma lei federal que normatize as ações.

Pelegri Viaña (El modelo de Servicios Sociales en España, 2007 p. 129) ao fazer uma análise sobre os serviços sociais na Espanha coloca que eles contam com benefícios técnicos, estabelecimentos sociais, programas e projetos, benefícios econômicos compondo um sistema, ou seja, um conjunto de elementos inter-relacionados e coordenados em um todo. E complementa que “a verdade é que isso é mais uma expectativa ou uma declaração formal - o que é declarado nas leis, que uma realidade efetiva; mas é mantido porque serve ao nível simbólico do elemento de identificação, bem como a emulação dos sistemas mais consolidados de Estado de bem-estar-social”.

O mesmo autor defende que embora a legislação coloque que o acesso é universal esse direito está sujeito à disponibilidade orçamentária. Aliado a isso, se salienta que a obrigação última é do setor público, “embora qualquer entidade privada também possa colaborar sob a supervisão da administração

correspondente; o risco neste caso, é a privatização disfarçada e a mercantilização da proteção” (Pelegri Viaña, 2007, p. 131).

Apesar do país congregar 17 comunidades autônomas que podem direcionar seus atendimentos de maneira diferente, em todas as comunidades existem dois graus de atenção que coincidem apesar de poder ser conhecidos com nomes diferentes dependendo da Comunidade Autônoma. São eles: o atendimento básico e o atendimento especializado.

O primeiro nível, chamado cuidado básico ou primário ou comunitário, é o mais próximo dos cidadãos porque é organizado territorialmente e fornece atenção polivalente. Isto é, ele assiste - pelo menos em primeira instância - a todas as situações sociais da população de uma área. Neste nível, mesmo com serviços diferentes, predomina equipes de trabalho básicas ou sociais, bem como o serviço de atendimento domiciliar. O segundo nível é especializado e serve os diferentes coletivos ou setores da população de acordo com os problemas apresentados. Para isso, organiza serviços interprofissionais ligados às áreas de atendimento, para cobrir territórios mais extensos e, geralmente, possui mais equipamentos e equipes de especialistas em seu campo de atuação (Pelegri Viaña, 2007, p. 139)

De maneira geral, os serviços sociais são destinados a todos mas se concentram em setores ou grupos sociais de acordo com sua vulnerabilidade. Neste sentido, as leis ou serviços destinam-se a grupos como infância e adolescência, mulher, pessoas idosas entre outros.

Com relação à Lei de Dependência, a situação de dependência de cada pessoa é identificada através de um instrumento de avaliação realizado por profissionais de Serviço Social.

Conforme Alemán Bracho (2013) são definidos 03 níveis de proteção através da Lei de Dependência: “1) mínimo, que é garantido e financiado pelo Estado; 2) acordado, financiado pelo Estado e pelas Comunidades Autônomas; e 3) adicional, livremente configurável e financiamento pelas Comunidades Autônomas. No acordado, a distribuição dos créditos para a Comunidade Autônoma devem ser previamente estabelecidas no Conselho Territorial de acordo com os critérios que são determinados (população total, população dependente e outros) (Políticas Públicas para mayores, 2013 p. 19).

Os serviços envolvem 03 áreas sendo elas: a) serviços de atenção domiciliar sendo constituídos de serviços de Tele assistência (que consiste na instalação de instrumento adaptado ao telefone residencial que se conecta a um alarme central que funciona 24 horas por dia) e considerado [...] “um serviço economicamente muito eficiente, pois implica em baixo custo e grande eficiência social” (ALEMÁN BRACHO, 2013, p.20) e os serviços de ajuda ao domicílio que configura-se com o suporte em tarefas domésticas, em especial quando as limitações funcionais acometem a pessoa idosa. Este trabalho é administrado pelos municípios e são financiados tanto pelos municípios quanto pelo Estado e Comunidades Autônomas. É um trabalho que evidencia o res-

peito à manutenção do idoso em casa mas, em contrapartida, um dos problemas colocados por este serviço é seu custo em relação à atenção em centros dia e residências, que representam um custo menor; b) Os serviços de atenção diurna envolvendo os centros dias com atendimento psicossocial em situação de dependência. Sobre este serviço, Alemán Bracho (2013, p.21) colocam que os centros dias, de maneira geral oferecem lazer, atividades (biblioteca, pintura, jogos, danças, informática, passeios organizados pelos próprios idosos e outros), incluindo fisioterapia e terapia ocupacional para idosos ativos mas que estão apresentando algum grau de dependência. São instrumentos que propiciam a inclusão social; c) os serviços de atenção residencial sendo alojamentos permanentes ou temporários, que oferecem cuidados preventivos, de cuidados e reabilitação com atenção integral a idosos que, devido à sua situação condição sócio familiar ou outras causas, não podem ser atendidos em suas próprias casas. A admissão em residências deve ser sempre voluntária, e ter o consentimento expresso e por escrito da pessoa idosa e atender algumas condicionalidades de acordo com a Comunidade Autônoma como: a pessoa tem que ter mais de 65 anos, residir nesta C. Autônoma e não sofrer de doença infecto-contagiosa. As estadias temporárias tem o objetivo é atender ou apoiar a família em situações em que é necessário a ausência do familiar com a qual o idoso coexiste (Alemán Bracho, 2013, p.22).

Com relação ao sistema de aposentadorias, o artigo 41 da Constituição Espanhola coloca que todos os cidadãos tem direito à ação protetora da Seguridade Social (sistema de pensões) enfatizando a conotação da universalidade. Assim, a proteção pode se dar através da modalidade de nível contributiva e também para aqueles que não conseguiram contribuir ou que não contribuíram o suficiente. Assim é possível apontar, que diferentemente do Brasil, o sistema de pensões da Espanha atinge a toda população com mais de 65 anos.

Feitas estas considerações sobre os serviços de proteção social nos dois países é preciso apontar que com as crises cíclicas do capital assiste-se a intervenção do Estado de modo a reestruturar o fluxo produtivo utilizando-se o fundo público para financiamento de investimentos capitalistas por meio de subsídios, desonerações tributárias, incentivos fiscais. Assiste-se também a realização de reformas do sistema de trabalho através de mudanças na legislação e no sistema de previdência social.

No caso do Brasil, nos últimos anos e sob a justificativa da diminuição na taxa de crescimento populacional, o aumento da expectativa de vida busca-se soluções em consonância com a perspectiva neoliberal. Propagandeia-se o crescente déficit da Previdência Social, atrelados a importância da estabilidade macroeconômica e a criação de superávit primário, conforme recomendado pelas agências internacionais, inicia-se o desmonte da Previdência Social com as reformas instaladas nos governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC), Luiz Inácio Lula da Silva (Lula), Dilma Rousseff e Michel Temer.

Rocha e Macário (2015, p.195) destacam que a “apropriação dos fundos públicos pelo capital e a criação de nichos de mercado para investimento pri-

vado” tem como chave para a compreensão a mundialização do capital e “a previdência social como principal vítima desse processo devido a quantidade de dinheiro que movimenta, sofrendo contrarreformas e diminuindo direitos para induzir os trabalhadores a complementá-los por meio da compra de planos de previdência privada” (Padrão atual de acumulação de capital, mundo do trabalho e reestruturação da previdência social no Brasil, 2015).

Assim, é possível apontar entre as mudanças alcançadas: a restrição de direitos, a redução do valor de benefícios, a ampliação de tempo de contribuição para obtenção de aposentadoria e o grande incentivo à contribuição da previdência privada.

Aliado a isso, em 2007, propôs-se a ampliação da vigência da Desvinculação de Receitas da União (DRU), ou seja, de todo o montante arrecado para a Seguridade Social, 20% poderiam continuar sendo destinados ao governo para empregar em outras áreas, inclusive pagamento de dívidas públicas. Isso no ano de 2016 passaria a 30% do montante arrecadado.

No quesito saúde presencia-se filas de espera para consultas médicas, exames, procedimentos e internações eletivas, falta de medicamentos (inclusive de uso contínuo), insuficiência de recursos humanos para o atendimento, o que precariza o sistema de saúde. Apesar do investimento em saúde ter tido um crescimento de 3,56% do PIB em 2012 para 3,99% do PIB em 2016 este quadro se altera a partir da aprovação da Emenda Constitucional 96 em 2016, conhecida como “Teto dos Gastos” que determina a não ampliação dos gastos com políticas sociais por um período de 20 anos e, o que já era considerado um recurso insuficiente para todo o atendimento à saúde terá ainda maior impacto.

A Política de Assistência Social também terá impacto a partir do Teto dos gastos. Esta é uma política que nunca teve financiamento suficiente para sua demanda e portanto como tem uma concentração ou focalização na extrema pobreza não supera a vulnerabilidade. Ademais, o atendimento se concentra na redesociassistencial de caráter privado.

A proteção social espanhola também passou por contrarreformas no sistema e conforme Asociación Estatal de Directoras y Gerentes en Servicios Sociales (2014), entre as mudanças apontadas e direcionadas pelo Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Organização Mundial do Comércio (OMC), o governo espanhol iniciou o desmantelamento progressivo dos serviços públicos essenciais do Estado (pensões, educação, saúde e serviços sociais) minimizando serviços públicos e comprometendo a manutenção de direitos dos cidadãos. Ao mesmo tempo, acontece o fortalecimento, apoiado por lobbies empresariais na apropriação de redes de serviço público, vistos como oportunidade de negócios.

Conforme dados apontados pela mesma Asociación (2014, on line) desde 2012, na saúde, a redução do investimento está “acompanhada por uma redução na atividade de serviços de saúde, o fechamento de centros e reduções de pessoal; a introdução de co-pagamentos a pensionistas, pacientes que

precisam de próteses, transferências de ambulância ou medicamentos especiais”. Além destas medidas, o informe traz que estas foram acompanhadas de “privatização de hospitais, serviços de laboratório e diagnóstico por imagem; a cessão às multinacionais e fundos de investimento das plataformas de informática, telefones de informação, central de compras ou o planejamento e gestão dos recursos dos Serviços de Saúde Autônomos”. E estas questões envolveram também consequências como “limitação do acesso a medicamentos, o aumento das listas de espera, o aumento da mortalidade por doenças evitáveis ou a redução da expectativa de vida”.

Observa-se assim que os efeitos da crise do capital envolve a saúde e tem consequências profundas para o futuro do país.

Com relação aos serviços sociais, Pelegri Viaña (2007, p.131) coloca que embora a legislação coloque que o acesso é universal esse direito está sujeito à disponibilidade orçamentária. Aliado a isso, se salienta que a obrigação última é do setor público, “embora qualquer entidade privada também possa colaborar sob a supervisão da administração correspondente; o risco neste caso, é a privatização disfarçada e a mercantilização da proteção”.

A intersectorialidade das políticas de saúde e de assistência social para o segmento idoso

De maneira geral, as políticas públicas (saúde, assistência social, educação e outras) são caracterizadas por um modelo setorial e desarticulado entre uma política e outra na sua forma de operacionalização.

A superação dessa prática requer a capacidade de promover o desenvolvimento de ações intersectoriais com respostas mais efetivas às necessidades e demandas coletivas bem como possibilitar maior diálogo entre os atores envolvidos na execução das políticas e oportunizar discussão sobre novas possibilidades de trabalho e operacionalidade.

Entretanto observa-se que as demandas acabam sendo discutidas isoladamente nos diversos segmentos setoriais. Por exemplo: o segmento idoso pode ser atendido por várias políticas públicas, entre elas a Política de Saúde e a Política de Assistência Social. Os atendimentos são acompanhados pelos setores envolvidos destas duas políticas públicas? Ao mesmo tempo? Ambos os setores discutem os casos individuais?

O que está determinado na lei e nas normas nem sempre se efetiva no cotidiano concreto. Assim, tendo como parâmetro estes dois países, parte-se das seguintes indagações: Existe articulação das redes de serviço à população idosa? A intersectorialidade é uma estratégia de gestão implantada nas Política de Saúde e de Assistência Social? Como são tratados assuntos comuns envolvendo o segmento idoso nestas políticas? Existem estratégias intersectoriais para atender assuntos específicos à pessoa idosa?

No Brasil, os serviços são financiados pelo União, Estados e municípios e executados pelo município e regulados pelas seguintes legislações: lei orgâ-

nica da saúde, lei orgânica da assistência social e, no caso da população idosa o Estatuto do Idoso.

Na cidade espanhola, os serviços de saúde são gestados à nível de Comunidade Autônoma e os serviços sociais de acordo com o município, tendo em vista que não existe uma legislação específica para determinar estes últimos. Em função disso, e com vistas a entender a atenção ao segmento idoso é que a Lei de Dependência tem importância pois à medida que se envelhece as pessoas podem ficar com quadros de dependência e se beneficiar por esta Lei.

Entretanto, conforme destaca Perez (2015), no contexto de crise vivido também afeta a efetividade da Lei de Dependência. “El Real Decreto Ley 20/2012 aprobado en Consejo de Ministros el 13 de Julio de 2012 que contempla un conjunto de medidas para garantir a estabilidade orçamentária e a promoção da competitividade”.

Na assistência social ou Serviços Sociais (como são tratados na Espanha), diferentemente do sistema de pensões, da educação e da própria saúde, não se configura como direito social. Mas a dependência constitui-se direito e por isso, muitos idosos dela, podem se beneficiar.

Conforme destaca alguns estudiosos do Serviço Social poderia ter se aprovado a Lei do Serviço Social e a dependência poderia ter sido um item dela.

No que se refere ao atendimento ao idoso, a Lei de Dependência aprovada em 2006 poderia ter significado um ponto importante de coordenação sociosanitária, mas conforme a fala de um dos entrevistados desta pesquisa, tornou-se um tampão administrativo, tendo em vista que é um sistema burocrático, complexo e demorado para se ter acesso.

Os serviços garantidos através da Lei de Dependência como Tele assistência, ajuda domiciliar, Centros Días e Residências são regulado a nível normativo pela Comunidade Autônoma de Andaluzia.

No que se refere aos Centros dias ambas cidades analisadas contam com serviços públicos, mistos (sendo geridos por iniciativa privada com vagas destinadas ao serviço público e os privados). Também conta com serviços de Residências sendo públicas e mistas.

A partir da organização das políticas de saúde e de assistência social nestes dois países é possível dizer que estão em consonância com a legislação de saúde determinada apesar de não conseguir atender a todos em função da questão de financiamento suficiente.

No Brasil, tanto a Política de Saúde, quanto a Política de Assistência Social e Política Nacional do Idoso determinam que as ações destas políticas devem ser realizadas dentro de um processo de descentralização e intersetorialidade. Consta na legislação e nos Planos Municipais de Saúde e de Assistência Social dos municípios a determinação da intersetorialidade.

No caso da Espanha, de acordo com dados coletados no site do IMERSO, a Estratégia Nacional de Envelhecimento Ativo 2018 - 2021 tem 05 linhas de atuação: 1) direitos dos trabalhadores idosos e prolongamento da

vida laboral; 2) participação na sociedade, 3) vida independente, saudável e segura em ambientes adequados, 4) ausência de discriminação, igualdade de oportunidade e atenção a situação de maior vulnerabilidade e 5) bom tratamento a pessoas idosas. Segundo este instituto essa estratégia marca a atuação dos serviços para os próximos anos e destaca-se entre eles alguns objetivos: impulsionar a atenção integral e interinstitucional das pessoas idosas por parte das entidades públicas e privadas e velar pelo funcionamento adequado dos programas e serviços; e garantir a proteção e seguridade das pessoas idosas.

Destaca-se assim que no caso do Brasil a palavra intersectorialidade é usada nos documentos oficiais e no caso da Espanha não se usa o termo intersectorialidade, mas destaca-se aqui o termo usado na Estratégia de Envelhecimento Ativo “impulsionar atenção integral e interinstitucional” o que parece-nos dar importância à ação intersectorial.

O que se observa nas duas cidades foco deste estudo é que, apesar de se enaltecer a perspectiva intersectorial, na prática ela não funciona.

A intersectorialidade tem sido considerada como: uma nova lógica de gestão, que transcende um único setor da política social; e/ou uma estratégia política de articulação entre setores sociais diversos e especializados. Além disso, relacionada à sua condição de estratégia, a intersectorialidade também é entendida como: instrumento de otimização de saberes; competências e relações sinérgicas, em prol de um objetivo comum; e prática social compartilhada, que requer pesquisa, planejamento e avaliação para a realização de ações conjuntas (PEREIRA, 2014, p. 23)

A intersectorialidade é entendida como estratégia de gestão voltada para “a construção de interfaces entre setores e instituições governamentais e não governamentais, visando o enfrentamento de problemas sociais complexos que ultrapassem a alçada de um só setor de governo ou área de política pública” (Monnerat; Souza, 2014, p.42).

Observa-se, assim, que a estrutura organizativa dos serviços de saúde e de assistência social estão em conformidade com a legislação vigente. Entretanto, não se observa ações em conjunto entre as políticas setoriais caracterizando assim um modelo não articulado na sua forma de operacionalização.

A superação dessa prática “não articulada” requer a capacidade de promover o desenvolvimento de ações intersectoriais com respostas efetivas às necessidades e demandas coletivas bem como possibilitar maior diálogo entre os atores envolvidos na execução das políticas e oportunizar discussão sobre novas possibilidades de trabalho e operacionalidade. Neste aspecto, é necessário apoio tanto dos trabalhadores das políticas setoriais quanto vontade política do executivo para se colocar em ação importante desenvolvimento.

No caso do Brasil, os dados coletados através da pesquisa documental junto aos Planos Municipais de Saúde e de Assistência Social do município, revelam que os documentos citam a intersectorialidade como estratégia de ges-

tão mas não como esta está sendo ou será trabalhada pelas duas políticas públicas junto a população idosa.

Isso evidencia que apesar da aprovação da possibilidade de gestão inter-setorial nas Leis Orgânicas das duas políticas públicas, esta ainda encontra-se em muitos momentos de modo embrionário.

Os assuntos envolvendo o segmento idoso e as estratégias intersetoriais para atender assuntos específicos à pessoa idosa também não são definidos.

Reflete-se neste sentido, que é preciso a formulação e estratégias por meio de ações conjuntas com vistas a maior equidade, efetividade na implementação e controle das políticas de proteção tendo em vista que estes espaços de ação profissional têm sido usados isoladamente, ou seja, as demandas acabam sendo discutidas individualmente nos diversos segmentos setoriais.

A intersetorialidade implica na integração, articulação das políticas sociais e é um desafio para a gestão da execução das políticas públicas (entre elas as políticas de saúde e assistência social) e deveria atingir políticas de todos os segmentos.

Considerações finais

Não é possível falar no processo de envelhecimento nos dois países de maneiras semelhantes.

Estudos apontam o aumento significativa da população idosa que ocorrerá ainda nesta primeira metade do século XXI no mundo. Entretanto, esta questão afetará em muito os países em desenvolvimento pois tem o agravante da pobreza com uma população mais envelhecida. Isso aponta maior preocupação com o Brasil, tendo em vista que o sistema de saúde e assistência social, apesar de universal, está cada vez mais sucateado e focalizado na extrema pobreza. Ao mesmo tempo, a cobertura previdenciária e suas constantes reformas nos últimos anos vão na contramão do que deveria ocorrer, ou seja, os países e não somente o Brasil tem que enfrentar esta mudança preparando os sistemas de saúde para os cuidados geriátricos, os serviços sociais para adequarem-se a esta realidade, para apoiarem as famílias necessitadas de ajuda financeira, apoio social, oportunizando empregos para pessoas com idades mais altas.

Assim, o envelhecimento populacional é um grande desafio, em especial, para o sistema previdenciário e das políticas sociais. Destaca-se, que a crise financeira reduz os níveis de emprego e tem um efeito importante as longo no sistema de seguridade social, porque tem que acudir os que estão em situação de desemprego. O que vemos, em especial no Brasil, é uma proposta de ampliação da idade de aposentadoria mas com as reformas trabalhistas implementadas não houve aumento do processo de arrecadação para a Seguridade Social. Há uma imenso contingente de pessoas trabalhando na informalidade, sem acesso futuros a aposentadorias. De outro lado, há também uma redução do financiamento das políticas da saúde e da assistência social através da

aprovação da EC 95 em 2016 deixando a população a mercê de sua própria sorte ou da ajuda da sociedade civil.

Não existe fórmula mágica, mas certamente é preciso enfrentar a desigualdade social no Brasil, fruto da apropriação desigual das riquezas produzidas, ou seja, as respostas apresentadas diante das crises cíclicas do capital tem sido a fórmula da redução do gasto social e no campo das receitas, tem sido mantido um sistema tributário que onera ainda mais a base da população.

Referências

ALEMÁN BRACHO, Políticas públicas para mayores. Nueva Época, n.9, enero-junio, 2013 ISSN: 1989-8991.

BOSCHETTI, Ivanete - Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. In: **Serviço Social: direitos sociais e competências profissionais**. Brasília: CFESS/ABEPSS, 2009.

PELEGRI VIANA - El modelo de Servicios Sociales en España. Revista Internacional de Ciencias Sociales y Humanidades, vol. XVII, n. 2, (2007), p. 125-150. Disponível na internet: < https://www.researchgate.net/publication/237038528_El_modelo_de_servicios_sociales_en_Espana>.

MÉSZÁROS, I. **A crise estrutural do capital**. [Trad. Francisco Raul Cornejo...et al.]. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2011.

INSTITUTO DE MAYORES Y SERVICIOS SOCIALES (IMSERSO). Informe 2016 - Las personas mayores en España. Datos estadísticos estaduales y por comunidades autónomas. 2016. Disponível na internet: <http://www.imserso.es/InterPresent1/groups/imserso/documents/binario/112017001_informe-2016-persona.pdf>. Acesso em: 02 mar.2019.

ROCHA, Flavia Rebecca Fernandes; MACÁRIO, Eptácio. Padrão atual de acumulação de capital, mundo do trabalho e reestruturação da previdência social no Brasil. **Revista Katálisis**. Florianópolis, v. 18, n.2, p.191-201, jul./dez. 2015.

ODONTOLOGIA PARA PESSOAS EM SITUAÇÃO DE RUA: A FORMAÇÃO COMO CAMINHO DE COLABORAÇÃO E EQUIDADE EM SAÚDE

Ana Elisa Rodrigues Alves Ribeiro

Graduação em Odontologia pela Universidade de São Paulo (2011) e em Pedagogia pela Universidade Federal de Lavras (2021). Mestre em ciências pela Universidade de São Paulo (2015). Doutora em Promoção de Saúde pela Universidade de Franca (2021). Pesquisadora do grupo de pesquisa CNPq “Populações Vulneráveis e a Promoção da Saúde”

Resumo:

O alcance da redução de desigualdades em saúde extrapola ações no próprio setor. Para isto, desde a formação profissional é preciso articular educação, saúde e aparatos sociais de forma integrada à comunidade. Dialogando com premissas atuais, a intenção desta proposta foi de uma formação diferenciada em saúde bucal para populações em situação de rua no ano de 2022. Afim de interferir positivamente em questões político-sociais de um município no interior de São Paulo, Brasil, o cuidado em saúde bucal e a formação de odontólogos ocorreu em articulação com o aparato de assistência-social local, o Centro Pop, o serviço de saúde da equipe de Consultório na Rua do SUS, e com uma Unidade Básica de Saúde. O cuidado em saúde ocorreu em ambientes não-ambulatoriais tanto no espaço do Centro Pop quanto na própria abordagem de rua, e no ambiente ambulatorial da UBS. Em uma construção teórico-prática sobre as questões de saúde que envolvem esta população de extrema vulnerabilidade. Quatro estudantes de odontologia desenvolveram desde atividades de educação em saúde - orientações sobre os impactos do consumo de drogas, a política de redução de danos em saúde, orientações de higiene oral com distribuição de insumos - até atendimentos clínicos sob supervisão. Totalizando três encontros coletivos com vinte participantes, quarenta atendimentos odontológicos e cem procedimentos, foi possível apreender sobre as especificidades da abordagem em saúde destes grupos e colaborar com a equidade e inclusão destes usuários nos serviços. Esta proposta também pôde servir de subsídio para novas parcerias e contribuições sociais da formação.

Palavras-chave: Pessoas em situação de rua; Relações comunidade-instituição; Práticas interdisciplinares; Aprendizagem; Odontologia comunitária.

Introdução

A Organização Mundial de Saúde e a Organização Pan-americana de Saúde, em 2017, sugeriram que os recursos humanos também poderiam favorecer o acesso e cobertura universais em saúde. A formação fragmentada e distante das diversas realidades é um aspecto que vem sendo trabalhado nas esferas de ensino, com o incentivo de metodologias ativas que façam o estudante desenvolver senso crítico-reflexivo, postura mais ativa frente à sua atuação e habilidades variadas como as de comunicação, trabalho em equipe e empatia, observação, escuta, capacidade de resolução de problemas entre muitas outras.

Justificada por Dahlgren & Whitehead ainda em 1991, que exemplificaram como os aspectos culturais são macro determinantes de muitas das condições de saúde encontradas nas diversas populações ao redor do mundo; e os serviços de saúde, saneamento, educação e condições de vida como um segundo nível de fatores determinantes, a abordagem ampliada em saúde desde a formação poderia também colaborar com a equidade em saúde.

Outra maneira de dar subsídios para uma mudança no modelo de atenção em saúde e também no modelo de atenção em saúde bucal, seria a ênfase nas propostas de promoção da saúde (BRASIL, 2010) e prevenção de doenças, na intersetorialidade, e no papel coordenador da rede de atenção, centrado na Atenção Primária à Saúde (BRASIL, 2022).

As desigualdades em saúde podem ser justificadas pelo impacto destes determinantes sociais da saúde, uma vez que influenciam no agravamento das condições de doença e exclusão de grupos em situação de vulnerabilidade do acesso aos serviços (SOLAR & IRWIN, 2010). Com relação à saúde bucal no Brasil, isto também não é diferente, compreendendo um campo da saúde que por muito tempo foi acessível a apenas uma parcela da população e ainda tem um longo caminho a percorrer no sentido da equidade (BRASIL, 2012).

O acesso e a abordagem dos serviços de saúde bucal no Brasil envolvem questões históricas profundas, com exclusão de grupos e um modelo cirúrgico-restaurador mutilador, que resultaram no perfil epidemiológico das condições bucais nacionais. A saúde bucal, compondo o sistema de saúde, é um direito pouco informado e muitos grupos ainda ficam alheios aos seus benefícios, principalmente àqueles mais vulneráveis (NICKEL; LIMA & SILVA, 2008) (BRASIL, 2012).

Acerca das vulnerabilidades em saúde, incluindo a saúde bucal, pessoas consideradas em situação de rua, ou privadas do direito humano fundamental de moradia, estão mais sujeitas às iniquidades. Há relatos na literatura que mostram que piores condições de saúde bucal nas pessoas em situação de rua se devem a fatores relacionados ao espaço em que vivem, o rompimento do vínculo familiar, problemas psicológicos, uso de drogas, ausência de rotina de higiene e autocuidado, além da dificuldade de acesso aos serviços (ROSA et al, 2022). Todos esses problemas agregados, e as características nacionais de

polaridade da saúde bucal (BRASIL, 2012) exigem uma maior especificidade e necessidade nos atendimentos à estas pessoas, quando comparado ao restante da população geral.

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a população em situação de rua cresceu cerca de 140% a partir de 2012, chegando a quase 222 mil pessoas em março de 2020 no Brasil. Como uma estratégia para a saúde bucal, conhecer a realidade destes grupos, ainda na formação em saúde, é imprescindível e pode levar à uma melhor assistência, reduzir desigualdades no acesso e tipos de serviços.

A proposta da educação problematizadora de Paulo Freire, na qual o indivíduo pode desenvolver atuação crítica frente às diversas realidades que se apresentarem em sua trajetória, dialoga com a intenção da proposta de formação de cirurgiões-dentistas por meio da extensão universitária, para que após sua formação, odontólogos possam atuar em seu contexto social compreendendo realidades diversas e com atuações mais efetivas (FREIRE, 2016).

O campo da odontologia, como ciência e prática para a saúde bucal, vem sendo modificada e tem recebido incentivos de abordagem ampliada, aspecto presente em novas diretrizes curriculares para a formação (BRASIL, 2021) e nos documentos norteadores dos serviços de saúde (BRASIL, 2015).

“Art. 22 Os conteúdos curriculares essenciais do curso de graduação em Odontologia devem estar relacionados com o processo saúde-doença do indivíduo, da família e da população, nos diferentes ciclos de vida, referenciados na realidade epidemiológica e profissional, e serão compostos por conteúdos programáticos das Ciências Biológicas e Saúde, das Ciências Humanas e Sociais e das Ciências Odontológicas, os quais devem estar interligados e serem desenvolvidos de maneira integrada, visando ao cuidado integral do indivíduo, nas áreas de sua atuação” (BRASIL, 2021, p. 7)

O instrumento de ensino contido na experiência da extensão universitária pode favorecer estas premissas curriculares, oferecer um conjunto de vivências próximas daquelas que o futuro profissional irá encontrar nos diversos territórios.

Desenvolvimento e discussão

Este trabalho teve o intuito, desde o seu projeto inicial, de trabalhar com estudantes de odontologia aspectos teóricos e também práticos acerca do cuidado em saúde de populações vulneráveis. O conhecimento adquirido com a vivência da extensão universitária poderia, assim, ser formador cidadão e profissional, dentro e fora dos muros universitários. A intenção foi de uma formação diferenciada em saúde bucal por meio do atendimento de populações em situação de rua em um município no interior de São Paulo, Brasil, no ano de 2022.

Iniciou-se a proposta junto aos estudantes, com temáticas teóricas am-

plas como o homem em sociedade; culturas e o contato social; conceitos de cidadania e política; humanização da saúde; promoção de saúde; políticas públicas de saúde geral e bucal, a intersetorialidade e multidisciplinaridade em saúde. Por meio de reflexões também sobre o documento “SB Brasil 2010 - Pesquisa Nacional de Saúde Bucal”, do perfil mais recente da saúde bucal brasileira na perspectiva dos determinantes sociais de saúde e das populações vulneráveis, os estudantes puderam verificar quais os aspectos necessários e técnicas disponíveis para promover a equidade em saúde bucal.

Na segunda etapa do projeto, de uma prática problematizadora, o estudante entraria em contato com a realidade investigada teoricamente e poderia realizar o cuidado e aplicar técnicas coletivas e individuais em saúde bucal, em ambientes ambulatoriais e não ambulatoriais, com o recorte da especificidade das populações vulneráveis. Nela, o desenvolvimento do senso crítico-reflexivo a partir da experiência, de uma postura mais ativa como profissional de saúde, e habilidades variadas como as de comunicação, técnicas de trabalho, empatia, observação, escuta, e capacidade de resolução de problemas também poderiam acontecer.

Em uma abordagem mista, gerando dados tanto quantitativos quanto qualitativos, o estudo descritivo quantitativo teria o intuito de verificar a cobertura, acesso e tipos de tratamento efetuados no seu período de desenvolvimento. A metodologia qualitativa em pesquisa se propôs a produzir uma reflexão e interpretação das atividades e dados, para que a pesquisadora pudesse identificar temas e categorias prioritárias, analisando também impactos da extensão universitária na aprendizagem em odontologia, e perspectivas futuras de trabalho (CRESWELL, 2007).

O desenvolvimento das atividades ocorreu em um ano, de acordo com as seguintes etapas: submissão do projeto ao Comitê de Ética em Pesquisa, revisão e levantamento bibliográfico, construção de um artigo de revisão de literatura sobre odontologia para populações vulneráveis; planejamento das atividades práticas; visitas aos espaços sociais; atividades educativas para populações vulneráveis; atendimentos odontológicos em ambientes não ambulatoriais para populações vulneráveis; atendimentos odontológicos em ambientes ambulatoriais para populações vulneráveis; compilação e análise dos resultados quantitativos e qualitativos; redação do artigo das atividades desenvolvidas no projeto; e elaboração de relatórios finais.

O projeto foi aprovado pelo Comitê de Ética em Pesquisa, CEPE/CEUA 52383821.0.0000.5495 e por seis meses os estudantes realizaram a sua etapa teórica. O planejamento das atividades práticas do cuidado em saúde bucal e formação de odontólogos ocorreu em articulação com o aparato de assistência-social local. Os serviços oferecidos pelo município para este grupo envolviam o Centro POP - instituição pública vinculada ao Ministério do desenvolvimento Social (MDS) (PINHO, PEREIRA & OLIVEIRA, 2019) - e a Equipe de Consultório na Rua, proposta pelo Ministério da Saúde (MS) em 2011 (ENGSTROM & TEIXEIRA, 2016).

Para a proposta deste trabalho, ocorreram duas pactuações: uma entre a Universidade e a Secretaria Municipal de Saúde, representada pela coordenação de saúde bucal, que articulou o projeto ao serviço de Consultório na Rua, e outra entre o Laboratório de Inclusão Social da Universidade e o Centro Pop. Assim, ambas possibilitaram a conformação de um novo serviço de odontologia voltado às pessoas em situação de rua e o vínculo com os serviços específicos citados.

O trabalho prático nestes espaços ocorreu ao longo de quatro meses, sendo que nos dois primeiros meses este aconteceu em ambiente não-ambulatorial, no Centro POP, com ênfase na atenção primária (promoção, prevenção e tratamento). Os estudantes realizaram atividades educativas em saúde sobre as possíveis doenças relacionadas à cavidade oral e uso de drogas, apresentando a política de redução de danos e a campanha do maio vermelho de prevenção ao câncer bucal, orientação de higiene bucal e distribuição de insumos de higiene pessoal. Para prevenção e tratamento odontológico neste espaço, foi utilizada a técnica do Tratamento Restaurador Atraumático (LIMA et al., 2008).

Ainda com ênfase na Atenção Primária em Saúde, porém em conjunto com outro serviço voltado ao grupo de estudo, houve atendimento não ambulatorial direcionado à essa população conjuntamente com a Equipe de Consultório na Rua, uma equipe multidisciplinar que atende às necessidades de pessoas vulneráveis ofertando atenção integral em saúde (BRASIL, 2011).

Neste trabalho, houve o transporte da equipe e dos materiais necessários para os atendimentos no espaço da rua, para o trabalho em odontologia foram utilizados insumos disponibilizados pela secretaria de saúde e os profissionais da Equipe de Consultório na Rua e estudantes se deslocavam na cidade a procura de pontos principais, onde pessoas em situação de rua se abrigam. Nessa experiência os alunos vivenciaram de perto a realidade de vida e vulnerabilidade, observaram como eles se instalam em determinados lugares e sua relação com os outros moradores e os riscos em saúde sofridos por estes grupos, que se relacionam com os determinantes sociais da saúde.

Como proposta do MS, as equipes de Consultório na Rua podem desenvolver ações integradas às Unidades básicas de Saúde (UBS) e foi justamente desta maneira que ocorreu a articulação para acesso do ambiente ambulatorial e consultório odontológico, em uma UBS, para atendimentos como endodontias, cirurgias, e exames complementares. Os pacientes tanto do Centro POP quanto do Consultório na Rua foram encaminhados para a UBS para que os tratamentos mais complexos pudessem ser concluídos pelos próprios estudantes participantes. Os procedimentos que ainda assim não puderam ser realizados em consultório, como as próteses dentárias, foram inseridos no sistema de regulação do município.

Este trabalho de formação para/na saúde a partir de realidades concretas - neste caso, de cuidado junto às pessoas em situação de rua - ocorreu em consonância com o princípio da equidade e da integralidade do Sistema

Único de Saúde Brasileiro (SUS). Quantitativamente, os quatro estudantes de odontologia realizaram desde atividades promotoras de saúde, até atendimentos clínicos preventivos e de tratamento sob supervisão e encaminhamentos para níveis de complexidade crescentes na rede de atenção.

Totalizando três encontros de educação em saúde com vinte participantes, quase quarenta atendimentos odontológicos e cem procedimentos, nesta experiência de formação diferenciada foi possível apreender sobre as especificidades da abordagem em saúde de grupos vulneráveis e colaborar com a inclusão destes usuários nos serviços locais.

Qualitativamente, muitos foram os relatos dos estudantes que sugeriram transformação e aprendizagem a partir da experiência no projeto, tanto para competências no campo da saúde bucal quanto para o conhecimento das especificidades de grupos vulneráveis; com o destaque para alguns dados:

Grande parte das pessoas que estão em situação de rua estão em constante processo e tentativa de voltar a sociedade, e querendo ou não, o sorriso tem um enorme impacto sobre a imagem de cada indivíduo (Relato 1)

Em odontologia, grande parte dos pacientes procuram o atendimento para solucionar algum aspecto estético indesejável, que muitas vezes também compromete sua autoestima. Graeff, em 2012, tratou da relação íntima estabelecida no corpo com as condições precárias de existência, de moradores de rua de Paris. Com estes grupos estes aspectos da estética e da aparência têm relações mais profundas. Segundo o autor, as pessoas pesquisadas em seu trabalho, expuseram que viver na rua é sobretudo uma luta contra essa “precariedade que se lê na aparência das pessoas”. Essa percepção também ocorreu no atual trabalho de saúde bucal, no qual muitos pacientes, embora em condições precárias gerais e bucais, manifestaram uma grande necessidade de realizar os procedimentos estéticos, como restaurações de dentes anteriores, com a justificativa inclusive de conseguirem um emprego.

Outros dados qualitativos acerca da experiência vivida pelos estudantes do projeto, se referiram também a conhecimentos mais amplos sobre as condições de vida das pessoas que estão em situação de rua, como possibilidades de uma formação humanizada, como preconizam políticas direcionadoras tanto nas diretrizes curriculares quanto dos serviços de saúde no Brasil:

“A atuação nessa área foi muito rica, agregou conhecimentos sobre a abordagem profissional, pois cada caso tem uma particularidade que raramente vai seguir um padrão. Diferentemente de quando atendemos um seguimento específico da população como pessoas que tem uma residência própria, total acesso aos insumos de higiene bucal e aos serviços de saúde. Para atuar com esse público que são pessoas em situação de rua, foi necessário muita empatia e respeito, pois é uma realidade que desconhecíamos e muito diferente da nossa e daquela abordada na instituição de ensino.” (Relato 2)

“Foi possível olhar com outros olhos para odontologia, nos fazendo repensar sobre o quanto somos importantes e necessários na vida das pessoas em específico esse público. A maioria está nesta situação por motivos diversos como desemprego, drogas, perda da família, perda ou falta de apoio familiar por outras questões, e esses motivos fazem com que eles deem prioridade para outras necessidades no lugar da saúde bucal, como alimentação e abrigo.” (Relato 3)

“Para nós, estudantes de Odontologia, foi uma experiência de muito ganho, porque pudemos colocar em prática conhecimentos e habilidades que vão além da clínica odontológica, envolvem humanização da saúde, compreensão de contextos e concepções ampliadas da saúde, em conjunto com um público complexo e que possui demandas que também extrapolam os campos da saúde.” (Relato 4)

Foi possível que vivenciassem e a prendessem a proposta de inversão do modelo de atenção em saúde bucal (NICKEL, LIMA, & SILVA, 2008) com ênfase na promoção de saúde (BRASIL, 2010), prevenção de agravos e técnicas odontológicas aplicáveis em contextos diversos (LIMA, 2008) e sem a necessidade de uma tecnologia dura como é o caso dos equipamentos usualmente utilizados.

“O projeto nos proporcionou que aprendêssemos como oferecer o melhor para o paciente mesmo em condições não-ambulatoriais, segundo premissas mundiais de odontologia comunitária que podem promover saúde, prevenir doenças, reduzir danos em grupos populacionais específicos.” (Relato 5)

Os estudantes de odontologia puderam atuar e aprender em campos que não são popularizados nas grades curriculares, isto pôde favorecer as suas formações como futuros odontólogos e trazer novos olhares para a questão da vulnerabilidade e das especificidades da abordagem em saúde para populações em situação de rua. Também compreenderam a dinâmica dos serviços municipais de assistência à esta população, puderam participar das reuniões e construção do projeto, na articulação dos espaços e serviços, compondo com as equipes multiprofissionais e intersetoriais um trabalho interprofissional.

Considerações finais

O acesso e cobertura universais em saúde, assim como a equidade, se relacionam direta ou indiretamente com o perfil dos profissionais que são inseridos no mercado de trabalho e nos serviços de saúde. As mudanças necessárias para se melhor atingir os princípios do SUS, também são possíveis com experiências variadas desde à formação.

A construção de uma nova abordagem em saúde bucal para populações em situação de rua, ou outros grupos vulneráveis que se encontram ainda em desvantagem injusta, se mostrou promissora quando a formação envolveu

propostas de inversão do modelo assistencial, com base na promoção da saúde, prevenção de doenças, e assistência coordenada pela atenção primária à saúde, associada a práxis em contextos reais. Esta proposta de intervenção para equidade também pôde servir de subsídio para novas parcerias e possibilidades das contribuições sociais da formação em saúde.

Referências

Baldani MH, Vasconcelos AGG, Antunes JLF. **Associação do índice CPO-D com indicadores socioeconômicos e de provisão de serviços odontológicos no Estado do Paraná, Brasil.** Cad Saude Publica. 2004 Feb;20(1):143-52. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2004000100030>. PMID:15029315

Brasil. Conselho Nacional de Secretários de Saúde. **A Gestão do SUS /** Conselho Nacional de Secretários de Saúde. -Brasília: CONASS, 2015. 133 p.

Brasil. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Educação Superior. **RESOLUÇÃO Nº 3, DE 21 DE JUNHO DE 2021. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em Odontologia e dá outras providências.** Diário Oficial da União. Brasília, 21 jun. 2021.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **SB Brasil 2010: Pesquisa Nacional de Saúde Bucal: resultados principais /** Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. - Brasília: Ministério da Saúde, 2012. 116 p.: il.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. **Política Nacional de Promoção da Saúde /** Ministério da Saúde, Secretaria de Vigilância em Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. - 3. ed. - Brasília: Ministério da Saúde, 2010.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Básica. Departamento de Atenção à Saúde. **Política Nacional de Atenção Básica.** 4. ed. 2022.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão do Trabalho e da Educação na Saúde. Departamento de Gestão da Educação em Saúde. **Política Nacional de Educação Permanente em Saúde.** Brasília: Ministério da Saúde; 2009

CRESWELL, J. W. (2007). **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto** (2a ed., L. de O. Rocha, Trad.). Porto Alegre: Artmed. (Obra original publicada em 2003).

ENGSTROM, EM & TEIXEIRA, MB. **Equipe “Consultório na Rua” de Mangueiras, Rio de Janeiro, Brasil: práticas de cuidado e promoção da saúde em um território vulnerável.** Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2016, v. 21, n. 6 [Acessado 16 novembro 2022], pp. 1839-1848. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232015216.0782016>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232015216.0782016>.

FREIRE, P. **Extensão ou Comunicação?** 17. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015. 127 p.

Graeff, L. **Corpos precários, desrespeito e autoestima: o caso de moradores de rua de Paris-FR.** Psicologia USP [online]. 2012, v. 23, n. 4 [Acessado

25 novembro 2022], pp. 757-775. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-65642012000400008>>. Epub 17 Jan 2013. ISSN 1678-5177. <https://doi.org/10.1590/S0103-65642012000400008>.

GUIMARÃES NETO, L. **Desigualdades e políticas regionais no brasil: caminhos e descaminhos**. Planejamento e políticas públicas n° 15 - jun de 1997

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. IPEA: Política Econômica. Política Social. **Planejamento: Política Econômica: Desenvolvimento - Geral: Desenvolvimento Econômico e Social, 2022**. Organizador: Mauro Santos Silva. - Brasília: IPEA, 2022. 468 p.: il. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/11462>

LIMA, DC et al. **Tratamento restaurador atraumático e sua utilização em saúde pública**. RGO, Porto Alegre, v. 56, n.1, p. 75-79, jan./mar. 2008

NICKEL, DA; LIMA, FG; SILVA, BB da. **Modelos assistenciais em saúde bucal no Brasil**. Cadernos de Saúde Pública [online]. 2008, v. 24, n. 2 [Acessado 15 Novembro2022], pp. 241-246. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000200002>>. Epub 01 Feb 2008. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/S0102-311X2008000200002>.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. OPS. Documento CSP29/10. **29ª Conferência Sanitária Panamericana, 69ª Sessão do Comitê Regional da OMS para as Américas**. Washington,DC.,EUA, 25-29 de setembro de 2017.

PINHO, RJ do; PEREIRA, APFBL; OLIVEIRA, IA. **População em situação de rua, mundo do trabalho e os centros de referência especializados para população em situação de rua (centro pop): perspectivas acerca das ações para inclusão produtiva**. Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional [online]. 2019, v. 27, n. 3 [Acessado 16 novembro 2022], pp. 480-495. Disponível em: <<https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAO1842>>. Epub 12 Set 2019. ISSN 2526-8910. <https://doi.org/10.4322/2526-8910.ctoAO1842>.

ROSA, CAL; SILVA, GV da; OLIVEIRA, IC de; RODRIGUES, GS; BISOTTO, G de O; FRICHEMBRUDER, K & SANTOS, CM dos. **A saúde bucal da população em situação de rua e seus desafios**. Jornal da Universidade. 17 de janeiro de 2022. [Acessado 15 Novembro2022], disponível em:<https://www.ufrgs.br/jornal/a-saude-bucal-da-populacao-em-situacao-de-rua-e-seus-desafios/>

SOUZA, AL; Carcereri, DL. **Estudo qualitativo da integração ensino-serviço em um curso de graduação em Odontologia**. Interface (Botucatu. Impresso) 2011;15(39) set./dez [prelo]

POPULAÇÃO EM SITUAÇÃO DE RUA E O DIREITO À SAÚDE NO CENÁRIO PANDÊMICO

Laís Caroline Neves

Assistente Social, Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Serviço Social da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho- Campus de Franca/SP- Brasil

Resumo:

O presente estudo objetiva refletir acerca da População em Situação de Rua e o acesso ao direito à Saúde, no contexto da pandemia da Covid-19. Sabe-se que a insalubridade das ruas conduzem inúmeros agravos à saúde, desse modo, busca-se compreender as determinações sociais que permeiam o processo saúde-doença dessa população. A reflexão que se desencadeia é até que ponto os segmentos mais vulneráveis são alcançados pela universalidade de acesso prevista no artigo 196 da Constituição Federal de 1988- “A saúde como direito de todos e dever do Estado”. Esse segmento é historicamente marcado por um processo de exclusão dos direitos sociais. Nesse sentido, faz-se necessário fortalecer o debate em torno dos serviços específicos, como as Estratégias Consultório na Rua, enquanto serviços de assistência e cuidado a essa população. A metodologia se baseia em estudos bibliográficos a partir de autores que dialogam com referencial teórico crítico, pesquisa documental em legislações e dados sobre o cenário da pesquisa de campo no Consultório na Rua de Franca/SP que se encontra em andamento.

Palavras-chave: População em situação de rua; Política de saúde; Consultório na rua; Covid-19.

Introdução

As reflexões e discussões que fundamentam o presente trabalho compõem uma pesquisa mais ampla intitulada “População em Situação de Rua e o direito à saúde: uma análise sobre o Consultório na Rua no município de Franca/SP”, que está em andamento, realizada no contexto do curso de Mestrado em Serviço Social do Programa de Pós-Graduação da UNESP- Franca.

Serão apresentadas as discussões centrais que perpassam a referida pesquisa. Parte da análise que a População em Situação de Rua é expressão radical da questão social. O estudo utiliza a expressão “População em Situação

de Rua”, que difere de outras categorias conceituais “mendigos”, “sem-teto”, “morador de rua”, concorda-se com os autores Rodrigues e Fernandes (2020, p.11) que há uma constante confusão teórica ao reduzir esse segmento a mendigos, uma vez que o exercício da mendicância não é praticado por todas as pessoas que estão em situação de rua, trata-se de uma população heterogênea. O reducionismo também aparece ao apontar apenas a situação de desabrigo, nomeando-os “sem-teto”, mais do que ausência de moradia regular, esse segmento se defronta com causas estruturais e econômicas que impõe barreiras ao acesso dos direitos sociais, desse modo, a situação de rua resulta da forma como a sociedade capitalista se organiza econômica e politicamente.

No Brasil a Constituição Federal de 1988 regulamentou a Saúde, como política de Seguridade Social, de acesso universal. Esse estudo considera a determinação social da Saúde, desde uma perspectiva de totalidade, ou seja, as formas de inserção dos indivíduos nessa sociedade, o acesso que têm aos direitos sociais, a forma como se inserem no mercado de trabalho são fatores que influenciam na Saúde física e mental dos sujeitos.

Nesse sentido, é necessário trazer para a reflexão o contexto da pandemia da COVID-19¹, que não inaugurou o cenário de crise econômica, mas sem dúvidas a crise sanitária instalada aprofundou e radicalizou as expressões da questão social. Destaca-se que as populações mais pobres foram as mais impactadas pela pandemia. A População em Situação de Rua se defrontou com a ausência de condições objetivas para seguir os protocolos de prevenção estabelecidos pela Organização Mundial da Saúde e pelo Ministério da Saúde². Qual a possibilidade dessa população realizar isolamento social, distanciamento, higienização? Quando não se têm acesso a direitos básicos como a moradia?

A partir desses questionamentos o presente estudo se organiza em três momentos de análise. O primeiro discute as determinações sociais, considerando a conformação da sociedade capitalista que gera processos de exclusão dos serviços e dos direitos fundamentais e os impactos dessa realidade na saúde da População em Situação de Rua. O segundo apresenta a Estratégia

1 Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde (OMS) foi alertada sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China. Tratava-se de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos. Ao todo, sete coronavírus humanos (HCoV)s já foram identificados: HCoV-229E, HCoV-OC43, HCoV-NL63, HCoV-HKU1, SARS-COV (que causa síndrome respiratória aguda grave), MERS-COV (que causa síndrome respiratória do Oriente Médio) e o, mais recente, novo coronavírus (que no início foi temporariamente nomeado 2019-nCoV e, em 11 de fevereiro de 2020, recebeu o nome de SARS-CoV-2). Esse novo coronavírus é responsável por causar a doença COVID-19 (OPAS, 2022).

2 Conforme a Portaria nº 1.565, de 18 de junho de 2020 dentre as medidas indicadas pelo Ministério da Saúde com base nas orientações da OMS, estão o distanciamento social, etiqueta respiratória e de higienização das mãos, uso de máscaras, limpeza e desinfecção de ambientes e isolamento domiciliar de casos suspeitos e confirmados, que devem ser utilizadas de forma integrada, a fim de prevenir o adoecimento e controlar a transmissão da COVID-19 (BRASIL, 2020).

Consultório na Rua, enquanto serviço específico de assistência, fruto das lutas no interior dos movimentos sociais, sobretudo do Movimento Nacional da População de Rua (MNPR) e o terceiro analisa a intrínseca relação entre crise econômica e crise sanitária e os desafios do cenário pandêmico que se depara com uma política econômica incapaz de mitigar os efeitos desastrosos que afetam de modo desigual as populações pobres.

Determinação social do processo saúde-doença da população em situação de rua

O conceito latino-americano de Determinação Social tem como base uma abordagem crítica a partir dos conhecimentos produzidos no interior da Saúde Coletiva, que posiciona a dialética como elemento central, uma concepção materialista, que considera a realidade em seu sentido ontológico. Esse modo de compreender a determinação social da saúde não se relaciona com o determinismo monocausal, que considera apenas os aspectos biológicos, ou de modo isolado o contexto histórico ou social, trata-se de uma concepção que compreende a Saúde articulada a todos os aspectos: social, biológico, histórico- estrutural, assim, a determinação social tem natureza qualitativa à medida que procura caracterizar socialmente a saúde e a doença em sua complexidade histórica concreta.

Desse modo, o presente estudo utiliza o referencial teórico-metodológico da Determinação Social da Saúde, a fim de trazer para a discussão os elementos centrais da estrutura da sociedade de classes para compreender as condições de Saúde.

As condições materiais de produção e as características sociais gerais de uma sociedade são, efetivamente, a base para o padrão sanitário de um povo, assim como a posição de cada indivíduo na sociedade é uma base da própria saúde. É mais do que evidente o grande diferencial de risco ambiental ou físico a que estão cotidianamente submetidos os indivíduos, tanto em seu trabalho como no domicílio e entorno, conforme a sua posição social (FLEURY-TEIXEIRA; BRONZO, 2010, p. 38-39).

As desigualdades sociais que permeiam a sociedade capitalista têm reatamentos nos níveis de Saúde e no acesso às políticas sociais, que se manifestam de modo desigual entre os diferentes países do globo e no interior dos próprios países. A exposição às situações de risco para agravos em saúde são distintas, haja vista as populações que convivem cotidianamente com a ausência de condições objetivas de moradia, saneamento básico, alimentação adequada. A esse respeito Fleury- Teixeira e Bronzo (2010, p. 43) consideram que as “diferentes condições sociais de vida resultam, em geral, em diferentes condições de saúde e duração da vida, ou, por contraface, de adoecimento e morte”.

A vida nas ruas expõe homens, mulheres, crianças e idosos a diversos riscos, a realidade vivenciada nas ruas pode tanto conduzir ao adoecimento, quanto pode agravar doenças preexistentes. Souza (2012) lista algumas das situações de risco a que a população está exposta: situações de violência, viver na rua é estar exposto a agressões físicas, violência por parte de agentes de segurança, que atuam na perspectiva da política higienista, violência psicológica, que resulta de situações de preconceito e discriminação. Ausência de alimentação adequada, insegurança alimentar. Falta de acesso à água potável para o consumo, privação de sono, devido à necessidade de ficar vigilante para não ser vítima de assaltos ou violência. A exposição às variações climáticas, chuva, frio, calor intenso contribuem para o adoecimento. A falta de acesso aos serviços de Saúde para consultas e exames de rotina e para ações de prevenção.

Todos esses são fatores de risco que contribuem para a incidência dos agravos em saúde da população em situação de rua. Escorel (2009) analisa que as condições de saúde estão fortemente vinculadas ao tempo em situação de rua, manifestando uma cronificação dessa condição.

Conforme Candiani (2012) os problemas clínicos mais prevalentes nessa população, são problemas nos pés, por passarem muitas horas do dia em pé, andando, em uso de sapatos inadequados, sem possibilidade de troca quando molhado o que traz infecções fúngicas, problemas dermatológicos diversos, devido à exposição ao sol e ausência de condições para realizar a higiene corporal. O mesmo autor chama a atenção para maior incidência nessa população da tuberculose e exposição às Infecções Sexualmente Transmissíveis (ISTs). Além disso, as doenças crônicas: hipertensão, diabetes e doença pulmonar obstrutiva se apresentam na população em situação de rua em idade precoce quando comparada à população geral.

Os transtornos mentais são considerados como um agravo prevalente na população em situação de rua, além da incidência do uso de álcool e drogas (ESCOREL, 2009).

A relação que população em situação de rua tem com os serviços de saúde em termos de dificuldade de acesso pode agravar ainda mais a condição de saúde, além disso pode-se destacar dificuldades objetivas de seguir protocolos de tratamentos, como garantir o uso adequado de medicações (dosagem, horários) se não existem condições estruturais de habitação e saneamento básico?

Os dados do I Censo Nacional da População em Situação de Rua (BRASIL, 2009) demonstra a histórica falta de acesso dessa população as políticas de saúde, (55%) das pessoas entrevistadas relataram que já sofreram situações de discriminação sendo impedidos de adentrar em estabelecimentos comerciais, shopping center, transporte coletivo, bancos, sendo que (18%) já foram impedidos de receber atendimento nos equipamentos de saúde. Outro dado relevante que o Censo apontou é que a população em situação de rua quando precisa de atendimento procuram os serviços de urgência/emergência (44%), seguido dos atendimentos em equipamentos da Atenção Básica (27%).

Apesar de serem dados desatualizados, haja vista que foi o primeiro e único Censo da população em situação de rua realizado a nível nacional, esses dados exprimem uma realidade concreta da dificuldade de acesso às ações de promoção e prevenção dos agravos em saúde, devido à burocratização do acesso, ficando relegado ao atendimento apenas de situações emergenciais.

Nesse sentido, as autoras Mendes, Chagas, Penna (2020, p.78) analisam que para uma reflexão ampliada de acesso da população em situação de rua a política de Saúde é necessário considerar dois elementos centrais: o primeiro é que a estrutura da Saúde pública está baseada “em modelos tradicionais/ burgueses de moradia, família, emprego e hábitos cotidianos”, configuração que não se enquadra na vivência das ruas. O segundo elemento é a necessidade de compreender como o conservadorismo e as “concepções moralizantes revelam os discursos macrosociais de criminalização da pobreza, guerra às drogas e limpeza urbana/social que as legitimam e reproduzem” e reforçam os estigmas sobre esse segmento que muitas vezes não é acolhido nos equipamentos de Atenção Básica, devido aos protocolos mais rígidos de acesso.

Como discutimos nessa seção a situação de rua tem rebatimentos na condição de saúde da população que a vivencia, o que demanda uma reflexão ampliada acerca da determinação social no processo saúde-doença, que se particulariza pela realidade concreta dos que vivenciam a situação de rua. A centralidade desse debate requer o fortalecimento de políticas públicas específicas direcionadas a esse segmento, que atuem nas diferentes necessidades sociais e de saúde, a esse respeito concordamos com Mendes, Chagas, Penna (2020) que tornar acessível o direito à saúde para a população em situação de rua não significa, simplesmente submetê-la aos modelos impostos ou constrangê-la à adequação, é preciso considerar as particularidades e as barreiras objetivas que impedem o acesso aos serviços de saúde. A pessoa em situação de rua não se encontra isolada de um contexto histórico, social, econômico, político e cultural.

Consultório na rua: estratégia de assistência e cuidado

A Constituição Federal de 1988 é fruto de um processo democrático nela se estabeleceu o sistema de Seguridade Social brasileiro, instituído pelo Art. 194 composto pelas políticas de Saúde, Assistência Social e Previdência Social. A política de Saúde é regulamentada pelo Art. 196 que a coloca como um direito de todo cidadão e um dever do Estado e trouxe a proposta de um Sistema Único de Saúde. Em 19 de setembro de 1990 foi regulamentada a Lei Orgânica da Saúde (LOS), Lei nº 8080/90.

A partir da Constituição Federal de 1988 e da organização dos Movimentos Sociais a luta em defesa da População em Situação de Rua ganhou forças com a criação em 2005 do Movimento Nacional da População de Rua (MNPR), que passou a reivindicar pela Política Nacional direcionada as pessoas em situação de rua.

A Secretaria Nacional de Assistência Social do Ministério de Desenvolvimento Social (MDS) compreendeu que era necessário criar estratégias a fim de organizar políticas públicas voltadas a este segmento populacional. Em 2007 iniciou o processo de elaboração da Política Nacional para a População em Situação de Rua (PNPR). Em 2009, no II Encontro Nacional sobre População em Situação de Rua foi aprovada a Política Nacional para População em Situação de Rua (PNPR) e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, regulamentados pelo Decreto nº 7.053 de 23 de dezembro de 2009.

No âmbito da Saúde uma atenção voltada especificamente para População em situação de rua foi regulamentada pela Política Nacional de Atenção Básica - PNAB/Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011, que são as Estratégias Consultórios na Rua (CnR), voltada especificamente para atender as necessidades de saúde da população em situação de rua em suas particularidades. É importante realizar um breve resgate histórico dos precedentes que viabilizaram a conformação do cuidado em saúde para essa população.

As ações que antecederam o atual modelo do cuidado em saúde para a População em Situação de Rua teve como principal idealizador o psiquiatra e professor Dr. Antônio Nery Filho, por meio de um Projeto de Extensão vinculado a Faculdade de Medicina da Universidade Federal da Bahia (UFBA). Em 1985, Nery iniciou um trabalho de observação e abordagem nas ruas de Salvador, a partir da aproximação das demandas das pessoas que viviam nos locais públicos da cidade, com enfoque nas crianças e adolescentes. Ao observar o alto índice de uso de substâncias psicoativas nas ruas criou o Centro de Estudos e Terapia do Abuso de Drogas (CETAD). A partir de 1997 começou a idealizar o projeto Consultório de Rua, que deveria ser composto por equipe multiprofissional, com funcionamento itinerante, cujo propósito era oferecer cuidado em saúde mental, sobretudo voltado ao uso de álcool e drogas, na perspectiva da Redução de Danos. E foi em 1999 que a Secretaria do Trabalho e Desenvolvimento Social (SETRADS) da Prefeitura Municipal de Salvador passou a financiar o projeto Consultório de Rua. Em âmbito nacional o serviço ganhou reconhecimento em 2009 e passou a ser financiado pelo Ministério da Saúde (Borysow, 2018).

Todo o serviço de saúde voltado a População em Situação de Rua emergiu a partir de reuniões e discussões de vários atores sociais, principalmente nas Reuniões do Comitê Técnico de Saúde, a terceira reunião realizada em 2011, contou com a participação de representantes do MNPR de vários estados do país, momento em que discutiram sobre a proposta de ampliar as atividades do Consultório de Rua para Consultório na Rua, faziam a defesa de que as ações não deveriam ser centradas apenas no uso de substâncias psicoativas, sendo necessário incorporar um cuidado integral como o ofertado pelos serviços de Atenção Básica (Borysow, 2018).

As reivindicações do MNPR trouxeram uma ampliação importante para pensar o cuidado em saúde para população, uma vez que as pessoas não de-

vem ser reduzidas apenas a condição de usuárias de substâncias psicoativas ou aos transtornos mentais, além do mais não são todas as pessoas que estão na rua que fazem uso de substâncias e não se trata de uma problemática exclusiva desse grupo social.

A experiência do Consultório de Rua foi extremamente relevante e possibilitou a ampliação do cuidado em saúde, ofereceu as bases para articular as ações de Saúde Mental aos cuidados de Atenção Básica. Após várias discussões foi acordado sobre a efetivação da proposta do Consultório na Rua, sem desconsiderar a experiência pioneira duramente conquistada na década de 1990.

Assim, a proposta do Consultório na Rua, além de considerar os agravos relacionados à Saúde mental, trouxe como proposta um cuidado integral, tendo como base as ações desenvolvidas na Atenção Básica, aquelas de responsabilidade das Estratégias de Saúde da Família (ESF) e Unidades Básicas de Saúde (UBS), a prevenção dos agravos, promoção, proteção, reabilitação, redução de danos. Pode-se destacar o acompanhamento de pré-natal das gestantes em situação de rua, diabetes, hipertensão, orientações acerca do autocuidado, da prática sexual protegida. Considera-se que a inserção do Consultório na Rua ampliou a perspectiva do cuidado em Saúde para a População em Situação de Rua, anteriormente claramente excluídas das ações de promoção em saúde (Santana, 2014).

Mais importante que a mudança de nomenclatura (Consultório de Rua para Consultório na Rua) ou a qual política o serviço esteja vinculado, é se atentar para o desafio de desenvolver um trabalho articulado em rede intra e intersetorial “abolindo a manutenção de um trabalho higienista, curativista e hospitalocêntrico, que ainda predomina na nossa sociedade, especificamente para essa população” (SANTANA, 2014, p. 1800).

As Estratégias Consultório na Rua são formadas por equipes multiprofissionais, as atividades são realizadas de forma itinerante desenvolvendo ações na rua, em instalações específicas, na Unidade móvel e também nas instalações das Unidades Básicas de Saúde (UBS) do território onde está atuando, tem como proposta desenvolver ações em parceria com as demais equipes de Atenção Básica do território, UBS, o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF) e também com outros serviços: os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), a Rede de Urgência e demais instituições componentes do Sistema Único de Assistência Social (SUAS), entre outras instituições públicas e da sociedade civil (BRASIL, 2011, p. 62).

Existem no Brasil 172 (cento e setenta e duas) equipes de Consultório na Rua homologadas pelo Ministério da Saúde em todo território nacional.

Franca é um município do interior do Estado de São Paulo, localiza-se a 401 km da capital estadual e a 676 km de Brasília. A população estimada é de 355.901 habitantes (2021), segundo a Fundação Seade (FRANCA, 2022, p. 3).

De acordo com o Plano Municipal de Saúde 2022-2025 no município de Franca/SP o Consultório na Rua foi implantado em 2015, na modalidade

III, com o objetivo de proporcionar as pessoas em situação de rua o acesso às ações sociais e de saúde. O serviço está vinculado a uma Unidade Básica de Saúde e dispõe de Unidade Móvel, que possibilita realizar os atendimentos de forma itinerante. É composto por uma equipe multiprofissional das seguintes áreas: Serviço Social, Psicologia, Enfermagem, Técnica de enfermagem, Auxiliar de Enfermagem, Medicina e Motorista.

A equipe multiprofissional desenvolve suas ações de forma articulada com a rede intrasetorial, na perspectiva de dialogar com outros equipamentos de saúde, além de buscar desenvolver ações intersetoriais, haja vista que ofertar cuidado à População em Situação de Rua, demanda uma ação contínua com envolvimento das mais diversas políticas públicas de Assistência Social, Educação, Habitação, Trabalho e renda.

Uma ação que perpassa todo o trabalho da equipe é a perspectiva da Redução de Danos, no sentido de oferecer o cuidado a partir da realidade dos usuários, o que difere dos moldes proibicionistas, ligados à abstinência, possibilitando a oferta de alternativas. Trata-se de uma perspectiva que provoca um embate direto a uma política de guerra às drogas, como um fundamento que mais serve para promover a criminalização da pobreza.

Com o recrudescimento do neoconservadorismo as políticas de Redução de Danos mesmo que regulamentadas por lei, encontram muitas barreiras em um cenário que fortalece as Comunidades Terapêuticas, expressão disso são os retrocessos que ignoram o Movimento de Reforma Sanitária e Psiquiátrica. No dia 04 de fevereiro de 2019 foi publicada pelo Ministério da Saúde a Nota técnica 11/2019-CGMAD/DAPES/SAS/MS, denominada “Esclarecimentos sobre as mudanças na Política Nacional de Saúde Mental e nas Diretrizes da Política Nacional sobre Drogas”, nela faz-se a defesa da incorporação na Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), dos Hospitais Psiquiátricos, contrariando a Reforma Psiquiátrica que sustenta a implantação de serviços substitutivos e a ampliação em leitos de Hospitais gerais, inclui também as Comunidades Terapêuticas, que derivam do terceiro setor e lidam com as questões advindas do uso de álcool e drogas na perspectiva proibicionista e de abstinência, a partir de um viés religioso, que procura controlar as subjetividades, tais instituições recebem financiamento do setor público, recursos que poderiam ser canalizados para as políticas públicas de Saúde Mental e de Redução de Danos.

Nesse sentido, é fundamental tecer uma reflexão acerca da política econômica, cujos rebatimentos perpassam pelo financiamento das políticas públicas. O processo de produção e reprodução do capital, na busca incessante pela ampliação das taxas de lucro tem se desenvolvido em face da restrição dos direitos sociais, além da utilização de recursos públicos para atender a interesses privados, o que resulta em políticas públicas cada vez mais focalizadas em detrimento à perspectiva universalizante.

Crise econômica, sanitária e política

O tempo presente demanda analisar a população em situação de rua no cenário pandêmico. Cabe salientar, a relação entre crise econômica e crise sanitária. “Foi no solo da crise estrutural do capital que a pandemia se proliferou intensamente, levando à morte de milhões de pessoas em todo o mundo, além de desempregar milhões de trabalhadores e trabalhadoras” (ANTUNES, 2022, p.21).

A População em Situação de Rua, que já vivenciava formas extenuantes de violação direitos, sem dúvidas, sofreu de modo particular a dura realidade do momento pandêmico. Dados do Censo de São Paulo demonstra a ampliação do fenômeno população em situação de rua na pandemia, em 2019 o censo apontou (24.344) pessoas vivendo nas ruas, em 2021 subiu para (31.884). Comparando os resultados de 2019 e 2021 é possível identificar um aumento de 7.540 pessoas em situação de rua no município de São Paulo (SÃO PAULO, 2021).

Esse aumento está relacionado ao contexto de crise econômica, política, sanitária que se adensa. A pandemia evidenciou os desafios tanto para a População em Situação de Rua, quanto para as políticas orientadas a esse segmento.

Com a pandemia foi aprovado pelo governo Federal pagamento do Auxílio Emergencial (R\$600,00) para desempregados e trabalhadores informais de baixa renda, em decorrência das pressões exercidas, pois a proposta inicial do governo era que o Auxílio fosse de R\$200,00. Contudo, muitas pessoas em situação de rua não conseguiram ter acesso, pela irregularidade dos documentos pessoais, acrescida a ausência de recursos digitais para cadastro/acesso e acompanhamento.

Antes da pandemia já estava em curso um projeto desastroso de desmontes e retrocessos nas políticas sociais. É importante pontuar que todos os governos que seguiram desde Fernando Henrique Cardoso até os dias atuais, dada às particularidades de cada governo seguiram privilegiando o grande capital e o setor privado. Uma das maiores expressões de desmonte das políticas públicas foi a aprovação, a partir do golpe de 2016, da Emenda Constitucional nº95/2016, que trouxe um novo regime fiscal no âmbito da União, com o objetivo de congelar gastos primários (Saúde, Educação, Assistência Social, Previdência Social) por 20 anos (2016-2036), essas políticas estão condicionadas a ter um orçamento cada vez mais ínfimo, frente a uma crescente demanda que se faz presente diante da crise social e econômica. Mendes e Carnut (2018) sustentam que a aprovação dessa emenda significou a passagem do subfinanciamento para o desfinanciamento do SUS.

Atualmente, em um contexto de crise sanitária observam-se os efeitos da EC nº95 e os recursos da política de Saúde estão aquém do necessário para lidar com a Pandemia, conforme avalia Salvador (2020, p. 13) mesmo no cenário pandêmico segue em curso a drenagem do Fundo público para o pagamento de juros e amortizações da dívida pública.

Com a pandemia a face perversa do ultraneoliberalismo se abateu, sobretudo, na população mais vulnerável, enquanto isso, Behring (2020) aponta iniciativas do desgoverno atual, do então presidente Jair Bolsonaro, de estabelecer medidas para estimular a economia, negando o potencial letal do vírus, onde os lucros estão acima das vidas.

É com inenarrável pesar que, nesse breve lapso de tempo, constatamos o feroz avanço do neoliberalismo não só no Brasil como também em outros países latino-americanos, através de governos que, eleitos democraticamente ou por meio de golpes, não hesitam em destituir direitos duramente conquistados e açoitam a saúde de seus povos, ao dismantelar os sistemas de saúde e promover reformas que não são outra coisa que não a ‘determinação social da doença’ (BORGHI; OLIVEIRA; SEVALHO, 2018, p. 893).

Diante do cenário elucidado a População em Situação de Rua sofre de modo particular as refrações do desfinanciamento das políticas públicas, o desemprego, a exposição aos flagelos decorrentes desse sistema econômico que insiste em dissimular e encobrir esse fenômeno que não há como ser omitido, dado o desvelamento cotidiano nos centros urbanos.

Considerações finais

A vivência nas ruas é expressão da questão social, agudizada no processo de produção e reprodução do sistema capitalista e potencializada nas estratégias de uma política macroeconômica ultraneoliberal.

Refletir acerca da Determinação Social do processo saúde-doença da População em Situação de Rua requer analisar a ausência de acesso a direitos básicos de existência. Como garantir Saúde e cuidado aqueles que vivenciam condições extremas de exclusão de elementos essenciais à reprodução da vida: alimentação, moradia, trabalho? A convicção da análise que se objetivou apresentar nesse estudo é que a estrutura da sociedade capitalista que se assenta na exploração e na precarização da vida e apresenta formas extenuantes de condições de vida e saúde, que só podem ser compreendidas desde uma perspectiva de totalidade.

A pandemia não deve ser analisada com o fim em si mesma ela é subproduto da relação que se estabeleceu com o aprofundamento da exploração de recursos naturais. Tão pouco se pode partir da análise que a pandemia provocou uma crise econômica, social e política, como observado a crise econômica e os desmontes e retrocessos nas políticas sociais já estavam em curso muito antes da COVID-19. Portanto, a crise sanitária instalada se aprofundou tendo em vista o desfinanciamento das políticas sociais, a política econômica ultraneoliberal, que ancorada no ajuste fiscal foi incapaz de dar conta de uma pandemia pelo histórico de dismantelamento dos direitos sociais e principalmente da política de Saúde, que não dispôs do orçamento necessário para

ofertar o cuidado em saúde. Por conseguinte, essa realidade impacta, sobretudo, a população em maior condição de vulnerabilidade, como a População em Situação de Rua.

Faz-se necessário destacar a importância das políticas direcionadas especificamente para a População em Situação de Rua, são importantes conquistas dos Movimentos Sociais, de que é expressão a Estratégia Consultório na Rua, como serviço essencial, para atuar nas diferentes necessidades sociais e de saúde dos usuários. Em um cenário de retrocesso nas políticas e serviços é imperativo a defesa do SUS, da Reforma Sanitária e Psiquiátrica e a defesa dos direitos sociais.

Sem a intensão de esgotar essa temática o presente estudo apresenta reflexões que fomentam o debate em torno da efetivação das lutas sociais, não se tem a ingenuidade de depositar apenas nas políticas sociais a responsabilidade de dar conta de questões de ordem estrutural, enquanto perdurar esse sistema econômico que gera processos de exclusão, desigualdade social, miséria, opressões e tantas outras expressões da questão social, as limitações das políticas públicas se defrontam com uma política econômica que não tem em pauta a prioridade de promover igualdade social, nesse sentido, os Movimentos Sociais são imprescindíveis na trajetória da busca pela superação da ordem econômica vigente.

Referências

ANTUNES, R. **Capitalismo pandêmico**. São Paulo: Boitempo, 2022.

BEHRING, E. R. Escassez é um mito vendido caro: sobre o orçamento público em tempos de pandemia. **Esquerda Online**, 19 mar. 2020. Disponível em: <https://esquerdaonline.com.br/2020/03/19/escassez-e-um-mito-vendido-carso-sobre-o-orcamento-publico-em-tempos-de-pandemia/>. Acesso em: 12 de nov. 2022.

BORGHI, C.M.S.O; OLIVEIRA, R. M; SEVALHO, G. **Determinação ou Determinantes Sociais da Saúde: texto e contexto na América Latina**. Trab. Educ. Saúde, Rio de Janeiro, v. 16 n. 3, p. 869-897, set./dez. 2018.

BORYSOW, I. C. **O Consultório na Rua e atenção básica à população em situação de rua**. Tese (doutorado)- Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Câmara dos Deputados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 de nov. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº95, de 15 de dezembro de 2016**. Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

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. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm. Acesso em: 14 de nov. de 2022.

BRASIL. **Decreto nº 7.053, de 23 de dezembro de 2009.** Institui a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7053.htm. Acesso em: 10 de nov. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL E COMBATE À FOME (MDS). I Censo e Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua- Síntese dos resultados. **Rua: aprendendo a contar: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua.** Brasília/DF, 2009.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 2.488, de 21 de outubro de 2011.** Aprova a Política Nacional de Atenção Básica, estabelecendo a revisão de diretrizes e normas para a organização da Atenção Básica, para a Estratégia Saúde da Família (ESF) e o Programa de Agentes Comunitários de Saúde (PACS). Disponível em: bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt2488_21_10_2011.htm. Acesso em: 10 de mai. 2022.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Coordenação-Geral de Saúde Mental, Álcool e Outras Drogas. **Nota Técnica nº 11/2019, de 4 de fevereiro de 2019.** Disponível em: <https://pbpd.org.br/wp-content/uploads/2019/02/0656ad6e.pdf>. Acesso em: 12 de mai. 2022.

BRASIL, MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portaria nº 1.565, de 18 de junho de 2020.** Estabelece orientações gerais visando à prevenção, ao controle e à mitigação da transmissão da COVID-19, e à promoção da saúde física e mental da população brasileira, de forma a contribuir com as ações para a retomada segura das atividades e o convívio social seguro. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.565-de-18-de-junho-de-2020-262408151>. Acesso em: 14 de nov. 2022.

CANDIANI, C. Os problemas clínicos mais comuns junto à população em situação de rua. **Manual sobre o cuidado à saúde junto à população em situação de rua.** Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. - Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

SCOREL, S. A saúde das pessoas em situação de rua. **Rua: aprendendo a contar: Pesquisa Nacional sobre a População em Situação de Rua.** Brasília/DF, 2009.

FLEURY-TEIXEIRA, P; BRONZO, C. Determinação social da saúde e política. Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (Cebes). **Determinação Social da Saúde e Reforma Sanitária/** Roberto Passos Nogueira (org.) - Rio de Janeiro: Cebes, 2010.

MENDES, A.; CARNUT, L. Capitalismo contemporâneo em crise e sua forma política: o subfinanciamento e o gerencialismo na saúde pública brasileira. **Saúde e Sociedade.** São Paulo, v.27, n.4, p.1105-1119, 2018.

MENDES, K. T; CHAGAS, D. L, PENNA, L. H. G. Saúde, cidadania, drogas e situação de rua: reflexões e caminhos para novas concepções. In: RODRIGUES, I.; FERNANDES, D. C. (org). **Cidadãos em situação de rua: dossiê Brasil- grandes cidades.** Curitiba: CRV, 2020.

OPAS, Organização Pan-Americana da Saúde. **Histórico da pandemia de COVID-19.**

Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19#:~:text=Em%2031%20de%20dezembro%20de,identificada%20antes%20em%20seres%20humanos.> Acesso em 16 de Setembro de 2022.

PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO. Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social (SMADS). **Pesquisa censitária da população em situação de rua, caracterização socioeconômica da população adulta em situação de rua e relatório temático de identificação das necessidades desta população na cidade de São Paulo - 2021.**

PREFEITURA MUNICIPAL DE FRANCA. Secretaria de Saúde. **Plano Municipal de Saúde: 2022-2025.** Franca, 2022. Disponível em:

[https://www.franca.sp.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=10864:plano-municipal-de-saude-2022-2025.](https://www.franca.sp.gov.br/index.php?option=com_phocadownload&view=file&id=10864:plano-municipal-de-saude-2022-2025) Acesso em 14 de nov. 2022.

RODRIGUES, I; FERNANDES, D. C. **Cidadãos em situação de rua: dossiê Brasil- grandes cidades.** Curitiba: CRV, 2020.

SALVADOR, E. Disputa do fundo público em tempos de pandemia no Brasil. **Textos & Contextos.** Porto Alegre, v. 19, n. 2, p. 1-15, jul.-dez. 2020. Disponível em: [https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/39326/26504.](https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fass/article/view/39326/26504) Acesso em: 10 de mai. 2022.

SOUZA, D. Especificidades do atendimento à população em situação de rua. **Manual sobre o cuidado à saúde junto à população em situação de rua.** Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. - Brasília: Ministério da Saúde, 2012.

SANTANA, C. Consultório de ou na rua? Reflexões sobre políticas de abordagem à saúde da população de rua. **Cad. Saúde Pública** 30 (8), Rio de Janeiro, Ago 2014. Disponível em: [https://doi.org/10.1590/0102-311XCA010814.](https://doi.org/10.1590/0102-311XCA010814) Acesso em: 14 de nov. 2022.

UNICITA' E RISPETTO DELLA PERSONA UMANA TRA SVILUPPO TECNOLOGICO E DIRITTI INVIOLABILI

Paolo Ciocia

Università di Bari, Italia. Docente a contratto Scuola di Medicina. Avvocato patrocinante in Cassazione

Riepilogo

L'evoluzione tecnologica oggi estremamente avanzata ha consentito all'uomo di raggiungere positivi traguardi di eccezionale importanza e di portata generale. Tuttavia, il forte impatto che essa riflette sui sistemi culturali, sociali e politici conduce a ripensare criticamente alla condizione dell'uomo nel contesto tecnologico globale; la pericolosa tendenza a considerare che il potere della scienza sia legittimato a modificare strutturalmente la condizione umana può condurre alla paradossale conseguenza che l'uomo da artefice del progresso scientifico ne divenga strumento ed oggetto. Il rischio è che il relativismo etico che spesso ne consegue possa concorrere ad una disgregazione dei valori fondanti le relazioni di comunità se si smarrisce la matrice unitaria dell'essenza dell'uomo e dei diritti naturali ad esso riferiti. La centralità dell'uomo e l'intangibilità dei diritti umani universalmente riconosciuti, connessa all'essenza primaria dell'uomo, deve dunque essere più che mai valorizzata nell'attuale era tecnologica avanzata, affinché resti argine invalicabile in ogni ordinamento giuridico del mondo. I diritti umani fondati su una matrice comune, pur nei diversi contesti sociali ed istituzionali, devono costituire ovunque nel mondo il fondamento irrinunciabile delle regole della convivenza democratica. Compito del moderno diritto è quello di non disperdere la tutela giuridica della dignità dell'uomo in discipline frammentate prive di organicità.

Parole chiave: Tecnologia; Condizione umana; Diritti inviolabili.

Progresso tecnologico e condizione umana

Il progresso scientifico tecnologico è certamente un fattore di sviluppo per la comunità umana. Tuttavia, il grande, positivo contributo della tecnologia non può celare il forte impatto che esso riversa sui sistemi culturali, sociali e politici; ciò conduce doverosamente a ripensare in modo critico alla condizione dell'uomo in un mondo globalmente connesso ed in particolare agli as-

petti degenerativi che ne conseguono in relazione alle potenziali compressioni della sfera di libertà della persona.

Si pongono infatti questioni talvolta inedite (MODUGNO, 1995). Le nuove modalità di esercizio di un diritto possono concretare altrettante ipotesi di incisione di valori potenzialmente configgenti; e con esse emergono nuove esigenze di bilanciamento tra valori ed una rivalutazione delle modalità di tutela dei diritti fondamentali che esigono adeguate risposte legislative (VILLANI, 2004; NEVOLA., 2019).

Basti pensare, solo ad esempio, a quanto il progresso tecnologico abbia contribuito al trasferimento ed allo scambio di informazioni e di idee tra soggetti lontani con rapidità ed efficienza assolutamente inimmaginabili, ma al contempo, a quanto ciò abbia provocato l'esigenza, universalmente riconosciuta (ma non altrettanto attuata) di una tutela della privacy rispetto all'invasività delle intromissioni illecite nella sfera privata. L'apparente paradosso è proprio in ciò: che nello stesso momento in cui gli sviluppi tecnologici aprono nuove opportunità di circolazione delle informazioni essi costituiscono potenziali minacce per la privacy dei soggetti cui le informazioni stesse ineriscono, ossia per uno dei diritti fondamentali dell'uomo.

L'invasività, a volte incontrastabile, della tecnologia dei mezzi di comunicazione, controllo, ripresa e trasmissione di immagini o conversazioni, rispetto alla dimensione privata della persona, anche quando non esposta alla notorietà pubblica, si evidenzia considerando che persino strumenti normativi avanzati appaiono insufficienti per contrastare il dominio dell'evoluzione tecnologica rispetto alla protezione della sfera individuale soggettiva. La legge, anche più dettagliata sembra, in sostanza, non reggere l'urto della velocità del progresso.

La Corte costituzionale italiana aveva qualificato, già con sentenza n. 38 del 1973, la tutela della riservatezza quale diritto assoluto della personalità da tutelare contro ingerenze non giustificate da interessi pubblici preminenti, ossia diritto inviolabile dell'uomo, connesso alla protezione della personalità e della dignità sul fondamento dell'art. 2 Cost (NEVOLA, 2019).

Più recentemente esso ha trovato specifica protezione nelle convenzioni europee ed internazionali nelle norme CEDU e nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle comunità europee (MASTROIANNI, 2017), attraverso l'applicazione dei principi sovranazionali di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza nel trattamento dei dati personali, nei limiti di quanto strettamente necessario.

Questi parametri ampi ed omnicomprensivi per la tutela legislativa e giurisdizionale della riservatezza appaiono più efficaci di strumentazione normativa dettagliata di settore. In questo senso, a contrastare l'indiscriminata diffusione dei dati personali tramite internet e le comunicazioni telematiche si è più utilmente affermata una nozione dinamica del diritto alla riservatezza che consente all'interessato di controllare la diffusione dei propri dati e di reagire di fronte a comportamenti illegittimi di coloro che intervengono nelle ope-

razioni di trattamento, come ricordato anche dalla Corte costituzionale con sentenza. n. 20 del 2019 (SILVESTRI, 2018).

Sotto altri profili in altri settori, quale quello sanitario, il progresso scientifico ha consentito di condurre, in molti paesi del mondo, ad una qualità della vita ed un contrasto alle malattie impensabile fino a qualche decennio addietro; tuttavia, lo stesso progresso scientifico ha posto delicati interrogativi in ordine ai limiti invalicabili della scienza nei confronti della persona umana. Si pensi all’impatto che il progresso scientifico ha avuto nel campo della genetica con riflessi sui fondamentali diritti della persona, sul diritto all’autodeterminazione nella sfera privata e familiare, sul diritto alla genitorialità sul diritto all’identità personale in relazione all’accertamento dello *status filiationis* o sul diritto ai trattamenti sanitari innovativi (LIBERALI, 2017). La Corte costituzionale italiana, anche per la sostanziale inerzia del legislatore è dovuta intervenire più volte, sempre adottando il principio del bilanciamento dei valori costituzionalmente rilevanti in gioco.

Anche in questo campo si avverte l’esigenza di una disciplina di ampio respiro che consenta di regolamentare in modi dinamico ed efficace le questioni che emergono celermente dal progresso scientifico (RUGGIERI, 2015).

Il pericolo da contrastare: il declassamento della dignità dell’uomo rispetto al dominio dei mezzi tecnologici

Ciò che appare accomunare gli ambiti diversi nei quali si manifesta la potente evidenza del dominio della tecnologia non è tanto negli strumenti utilizzati (che possono essere molto diversi) e neppure nelle finalità di utilizzo (nei due esempi qui ricordati, la comunicazione e la sanità), quanto in una percezione di declassamento della dignità dell’uomo e della forte invasione nella sua sfera più intima, con conseguenze sulla identità dei singoli e della loro dimensione collettiva (RUGGIERI, 1992).

La dignità e la libertà sono connesse all’essenza primaria dell’uomo quale essere unico, irripetibile, prezioso nella sua specialità che va preservata da invasioni, fisiche e psicologiche e pericolosi processi di omologazione. (BARTOLOMEI, 1987).

Dunque, occorre, in linea generale considerare che vi può essere una pericolosa tendenza a ritenere che il potere della scienza sia legittimato a modificare strutturalmente la condizione umana con la paradossale conseguenza di rendere l’uomo solo apparentemente capace di dominare il progresso scientifico, ma in realtà strumento ed oggetto di quelle stesse innovazioni tecnologiche che la sua intelligenza ha consentito di realizzare.

Vi è dunque oggi un percorso parallelo che la cura e l’interesse verso i diritti umani devono coltivare rispetto allo sviluppo tecnologico che impatta sulla condizione dell’uomo per evitare che non solo vengano corrose libertà e dignità della persona ma venga modificata l’essenza stessa della sua natura, unica e irripetibile (ALPA, 2017).

L'esigenza di una difesa dell'unicità della persona umana. La libertà e a consapevolezza del limite

L'esigenza di una difesa della dimensione dell'uomo nel creato si fonda appunto sulla sua unicità, sia rispetto ad altre specie animali sia rispetto a ciascun altro uomo, poiché esso contiene in sé ed è capace di manifestare al di fuori di sé verso gli altri, quei connotati di specialità irripetibile che fanno di ogni uomo e di ciascun uomo un bene prezioso.

In questo senso anche la tendenziale massificazione ed omologazione è, infondo, un attentato a quella speciale dignità umana, poiché tende all'appiattimento e alla mortificazione delle diversità in un'inarrestabile corsa verso modelli di presunta perfezione.

Il dato culturale che spesso si evidenzia e che costituisce il pericoloso substrato del processo degenerativo è costituito dal convincimento che l'uomo possa governare, in virtù della propria intelligenza e capacità, ogni aspetto della vita e che il suo potere di "migliorare" l'esistenza non incontri limiti, se non quelli che ciascuno ritiene di poter dare a sé stesso, in una sorta di relativismo etico tanto individualista nell'espressione del singolo, quanto esteso nella manifestazione generale. In sostanza il pericolo è che nel disfrenato evolversi del governo tecnologico dell'uomo sull'uomo, si disperda proprio la sua dimensione primaria, quella che riconduce alla naturalità e che costituisce la matrice fondante delle relazioni di comunità.

L'apparente libertà dell'uomo nell'utilizzazione delle tecnologie in ogni campo della vita sociale, se impatta la sfera della natura umana, per modificare l'essenza, fallibile, corruttibile imperfetta e destinata alla morte, crea per paradosso una sottomissione alla stessa tecnologia comprimendo le sfere di libertà della persona proprio perché ne modifica l'essenza.

Nella libertà deve necessariamente esservi un limite. Perché altrimenti la stessa (apparente) libertà nega se stessa. Nella tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, il limite è il discrimine essenziale per preservare la sua essenza e la ricchezza delle relazioni di comunità delle quali l'uomo si alimenta.

In ogni ambito della vita moderna di può e si deve porre a livello internazionale un limite invalicabile per la tutela dei diritti umani; un argine che non è, si badi, un ostacolo al progresso scientifico tecnologico o una censura alla ricerca, ma un elemento positivo per tutelare la dignità dell'uomo quale matrice dei rapporti interpersonali su cui si fondano - pur nei diversi contesti socioculturali ed istituzionali - le regole della convivenza democratica fondate sulle relazioni umane.

L'esigenza di non frammentare la disciplina internazionale ed interna di tutela della persona in singole normative di settore

Il compito degli ordinamenti giuridici mondiali è dunque certamente quello di accogliere e regolamentare l'impatto delle innovazioni tecnologiche

sull'ambito privato come su quello pubblico perché l'ordinamento giuridico non può chiudersi rispetto al nuovo né sottrarsi ad una ovvia esigenza di disciplinare ciò che il progresso suggerisce. Ma nel contempo, gli ordinamenti giuridici devono dare corpo all'esigenza di adeguata disciplina di quelle situazioni problematiche emergenti che possono incidere sulla dignità della persona (LATTANZI, 2022).

Ciò che appare oggi più che mai indispensabile è che tale regolamentazione sia fondata su un contesto di riferimenti essenziali e condivisi a livello internazionale; essi devono trovare supporto nella dimensione dell'uomo derivante dal diritto naturale, in modo tale che non si disperda l'essenza del diritto nella frammentarietà di discipline di settore prive di organicità.

Bisogna cioè scoraggiare la tendenza che negli ordinamenti giuridici si costruiscano singole discipline di tutela per specifici ambiti in cui si manifestano le problematiche indotte dal progresso scientifico tecnologico; poiché ciò che appare più utile è che venga approntato un nucleo essenziale di regole chiare ed organiche fondate sul rispetto della condizione umana da applicare in ogni segmento della vita comunitaria.

Un esempio di tutela più generale e perciò organica dei diritti della persona in materia di privacy: il regolamento UE 697/2016 e l'abrogazione di tutte le norme settoriali

Un esempio concreto può chiarire il concetto. Avvertita in Europa l'esigenza di una tutela della privacy rispetto all'invasività delle comunicazioni dei dati personali in materia scolastica, universitaria, sanitaria, concorsuale, amministrativa, di raccolta dati ai fini pubblicitari, ecc., i singoli Stati hanno disciplinato in modo sempre più puntuale e dettagliato i limiti per il rispetto della persona. (RUGGIERI, 2022) Queste normative, con l'intento di apprestare maggiore e qualificata tutela, si sono spinte ad una regolamentazione di tale puntuale dettaglio con la conseguenza che essa è risultata alla fine sostanzialmente inapplicabile, con paralisi anche delle attività che si intendeva tutelare. Ove si è perseguita, come in Italia, con intento nobile, le sfide portate dal progresso tecnologico, cercando a volta a volta di approntare una specifica norma di tutela, i risultati non si sono rivelati positivi.

Ad esempio in Italia, nel settore scolastico, in tema di tutela della riservatezza si sono succeduti, dopo la legge fondamentale n. 241 del 1990 di accesso ai dati nel procedimento amministrativo, il cd Codice della privacy (Dpr 196/2003), poi modificato dalla legge 26 febbraio 2004 n. 45 che va a sua volta integrata con gli specifici riferimenti contenuti nel Dpr 249/1998 (Statuto degli studenti) e nel Decreto del Ministero dell'Istruzione n. 305/2006 recante il regolamento di identificazione dei dati sensibili. A queste disposizioni sono seguiti altri provvedimenti specifici dell'amministrazione scolastica nonché dell'Autorità Garante per la protezione della privacy. È apparso subito evidente che una tutela così formalizzata e dettagliata fosse per sua natura inidonea a

disciplinare una materia in continua evoluzione.

A modificare la prospettiva di approccio nell'intero panorama normativo europeo è intervenuto il Regolamento UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali (PACE A, PIZZETTI F. 2016).

Il Regolamento n. 686/2016, direttamente applicabile nell'ordinamento dei singoli Stati senza legge di recepimento, ha avuto il pregio di una disciplina che cancellasse quasi tutte le classificazioni e sotto - classificazioni di profili di dati da tutelare, per introdurre un principio apparentemente assai generale, ma forse più efficace, per l'utilizzo dei dati dei singoli da parte delle amministrazioni, pubbliche e private, ossia quello della cd accountability, nell'uso di proporzionalità, pertinenza e non eccedenza; in sostanza, senza alcuna specifica di situazioni concrete impossibili da enucleare, si dispone che il trattamento dei dati possa avvenire nel rispetto dei principi di ragionevolezza ed autoresponsabilità del gestore nella comparazione tra le necessità concrete ed includibili di utilizzo per i fini istituzionali e l'esigenza di tutela del singolo.

Conclusione. La tutela dei nuovi diritti umani rispetto all'evoluzione del progresso scientifico tecnologico non può avvenire con norme rigide e settoriali, ma con moderni strumenti di soft law

Questo esempio conferma anzitutto che la tutela dei diritti fondamentali soprattutto dei cd "nuovi diritti" non possa avvenire che in ambito internazionale, essendo storicamente e strutturalmente superata la dimensione dei confini nazionali (LAZZERINI, 2018). In secondo luogo, evidenzia che gli strumenti legislativi classici, anche di fonte internazionale, se formulati in termini settoriali e specifici sono inadeguati per loro stessa natura a fornire tutela adeguata ai nuovi diritti dell'uomo rispetto alle sfide indotte dalla velocità del progresso tecnologico (MODUGNO, 1995). Sul punto è stato osservato in dottrina che è come se in un mondo globalizzato in cui si viaggia con gli aerei supersonici, si volesse disciplinare l'impatto del progresso tecnologico sui diritti umani inseguendolo con la carrozza a cavallo (RUGGIERI, 2016). Mentre, invece, per apprestare più idonea tutela alla difesa dei diritti fondamentali dell'uomo in un contesto in così forte evoluzione, occorre favorire a livello internazionale nuclei di codici di condotta fondati su principi largamente condivisi e quindi concretamente applicabili, nei vari segmenti della vita sociale nei quali in modo più rilevante impatta il progresso scientifico tecnologico intesi più come fonti di soft law che non come fonti legislative irrigidite e stringenti. In tal modo anche il compito della giurisprudenza potrebbe essere aiutato ad una applicazione più dinamica e duttile e quindi più rispondente alle esigenze di moderna ed efficace tutela (ZAGREBELSKY, 1996).

Il compito del giurista e dello studioso in modo particolare è dunque oggi quello di orientare tale processo, nel senso di incoraggiare la formazione di regole adeguata alla tutela della persona che rifuggano dal rischio proprio

delle norme rigide e frammentate in mille rivoli settoriali e favorire nel contempo un' interpretazione (MODUGNO, 2005; PICCONE, 2022) ed applicazione delle norme esistenti prioritariamente orientata all'attuazione della dimensione personalistica (RUGGIERI, 2010, 2013), nel senso di scegliere tra le possibili interpretazioni quella più coerente con la tutela effettiva dei diritti dell'uomo universalmente riconosciuti (PACE, 2006).

Bibliografia

ALPA Guido. **La costruzione giuridica della dignità umana**, in MASTROIANNI, Roberto, POLLICINO Oreste, et All. (a cura di), *Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea*. Ed. Milano: Ed. GFL, 2017.

BARTOLOMEI, Franco. **La dignità umana come concetto e valore costituzionale**. Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 1987.

LATTANZI Giorgio, GRASSO Gianluca et all. **I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee**, (a cura di) Quaderno 11, Scuola superiore della magistratura, Ed. Roma: Ed. Poligrafico e zecca dello Stato italiano, 2022.

LAZZERINI, Nicole. **La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. I limiti di applicazione**. Ed Milano: Ed. Angeli, 2018.

LIBERALI Benedetta, **Problematiche costituzionali nelle scelte procreative**, Ed. Milano: Ed. Collana Università degli Studi di Milano, 2017.

MASTROIANNI, Roberto, POLLICINO Oreste, et All. (a cura di), **Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea**. Ed. Milano: Ed. GFL, 2017.

MODUGNO Franco. **I «nuovi diritti» nella giurisprudenza costituzionale**, Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 1995.

MODUGNO Franco. **Interpretazione per valori e interpretazione costituzionale**, in *costituzionalismi.it* 3/ 2005.

NEVOLA Riccardo, DIACO Danilo SCURATI MANZONI Maria Alessandra, **La giustizia costituzionale di fronte agli sviluppi tecnologici**, in Servizio Studi Corte costituzionale, Ed. Roma: Ed www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/STU_312_Qadrilaterale_2019.

PACE, Alessandro. **Interpretazione costituzionale e interpretazione per valori** in Azzariti G. (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 2006.

PACE Alessandro, PIZZETTI Franco. **Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo**, Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 2016.

PICCONE Valeria. **Dall'interpretazione conforme alle interpretazioni conformi**, in *I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee* LATTANZI Giorgio, GRASSO Gianluca et all. (a cura di) Quaderno 11, Scuola superiore della magistratura, Ed. Roma: Ed. Poligrafico e zecca dello Stato italiano, 2022.

RUGGERI Antonio, SPADARO Antonino, **Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale**, in *Pol. dir.*, 1991, 343 ss., nonché in *AA.VV.* (a cura di) *Angio-*

lini V, Libertà e giurisprudenza costituzionale, Ed. Torino: Ed. Giappichelli, 1992.

RUGGERI Antonio. **Il principio personalista e le sue proiezioni**, in www.federalismi.it, 17/2013.

RUGGERI Antonio. **Maggiore o minor tutela nel prossimo futuro per i diritti fondamentali?**, in www.giurcost.org, 2015.

RUGGERI Antonio, **Dignità dell'uomo, diritto alla riservatezza, strumenti di tutela**, in Consulta on line. n. 3/2016. <https://www.giurcost.org/contents/giurcost//studi/ruggeri58.pdf>.

RUGGERI Antonio. **Interpretazione conforme e tutela dei diritti fondamentali, tra internazionalizzazione (ed "europeizzazione") della Costituzione e costituzionalizzazione del diritto internazionale e del diritto euro unitario**, in AIC, 2010 <https://www.rivistaaic.it/images/rivista/pdf>.

SILVESTRI Gaetano. **Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona**, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, 2018.

VILLANI Ugo. **I diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea**, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2004.

ZAGREBELSKY Gustavo. **Il diritto mite**, Ed. Torino: Ed. Einaudi, 1996.

A VIDA NO PROCESSO DIGNO: O INÍCIO E A PARTIDA

Ana Paula Brandão Mainent

Estudante de medicina da Faculdade Municipal Professor Franco Montoro. Formada em enfermagem no Centro Universitário Herminio Ometto de Araras no ano de 2005

Yasmim Guimarães Pucci

Estudante de medicina da Faculdade Municipal Professor Franco Montoro

Resumo:

Nesta proposta de artigo, buscamos a compreensão da morte e o início da vida, pelo fato de que o nascimento é visto de maneira maravilhosa e a morte é algo que todos querem evitar. No entanto, a morte é algo inevitável, seja ela precoce ou tardia; lenta ou ligeira; dolorosa ou súbita. O que os médicos podem evitar é a morte precoce por meio de tratamentos e diagnósticos rápidos. Por esse motivo, houve a necessidade de entendermos esse processo na qual é visto como extremo sofrimento pelas pessoas. Os processos de vida e de morte devem ser avaliados de maneira adequada pois, ao nascer, vivenciamos sentimentos de alegria, ao contrário do que ocorre com a morte, mesmo ela sendo um fenômeno fisiológico. Por isso, iremos entender o processo de dignidade das pessoas que encontram-se no estágio final, respeito e conforto, amenizando suas dores e sofrimento naquele momento. Faz-se necessário um atendimento humanizado a esses pacientes, procurando maneiras alternativas como forma de amenizar as dores na qual estão vivenciando (vivenciadas por eles). A Constituição Federal de 1988 afirma “a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade” (art. 5º), estabelecendo que todos os indivíduos devem ter seu processo de vida respeitado. O intuito final é mostrar que a pessoa, que está sem resposta em um leito de um hospital em estágio terminal, merece todo tratamento humanizado seja com ele e a quem está presente naquele momento.

Palavras-chave: Morte; Vida; Humanizado; Paciente terminal.

Introdução

Nas últimas décadas, a expectativa de vida vem aumentando, conse-

quentemente, é notório o crescimento de doenças crônicas, como: câncer, Alzheimer, doenças degenerativas. Uma quantidade considerável de indivíduos portadores de doenças crônicas está acamada trazer um dado estatístico que comprove isso, necessitando de cuidados 24 horas por dia. Os familiares se desdobram dia e noite para dar os cuidados, porém, percebe-se que nenhum dos dois estão vivendo com qualidade. Estar em uma cama e sofrer não é o esperado quando chegamos no fim da vida. Por isso, existem medidas alternativas, conhecidas como eutanásia, porém, não é legalizada no Brasil.

Como várias daquelas alternativas não são eficazes, o tratamento humanizado vem para suprir a necessidade de garantir uma qualidade de vida para os indivíduos, mesmo que eles possuem pouca expectativa de vida.

São vários envolvidos em uma situação de vida ou morte: o paciente, a família e a equipe médica, além da instituição hospitalar. Em uma relação simétrica, qualquer decisão envolveria todas essas características, listando os prós e contras de cada opção. Na maioria dos ambientes hospitalares, no entanto, observa-se uma postura paternalista em que a equipe age unilateralmente, defendendo-se com a ideia de saber o que é melhor para o paciente, pautada nos princípios da benevolência, benevolência e prevenção de sofrimento adicional. O paciente, ou seja, ele acha que não está preparado para saber o que é melhor para ele. Como tal, as equipes de saúde são um tesouro de conhecimento.

As equipes de saúde também não sabem o que fazer quando os pacientes pedem a morte. A tendência mais comum é preservar a vida, mas o aumento da expectativa de vida e da duração da doença começam a levantar pontos de conflito sobre a legalidade de prolongar a vida, à custa de muito sofrimento. O médico se sentia despreparado para falar sobre o assunto e não sabia lidar com o fato de que o motivo da morte poderia estar relacionado a um sofrimento insuportável - nesse caso, pedir a morte era basicamente um alívio. O estudo de Chochinov et al. (1995) observou que 54% dos médicos entrevistados consideraram o pedido justificado devido ao grau de sofrimento envolvido; no entanto, quando questionados sobre sua própria probabilidade.

Na tentativa de melhor compreensão sobre a vida e a morte, procuramos no site Scielo sobre eutanásia no período de julho a outubro de 2022 após direcionamento do tema escolhido no qual foi “A vida no processo digno: o início e a partida”. A pesquisa foi qualitativa, hipotético-dedutiva, utilizando-se a doutrina, revistas, teses e monografias.

Segundo os principais filósofos

A morte segundo Sócrates, antes de viver neste mundo, nossa alma vive no mundo da verdade eterna, cultivando a prática do bem e da beleza. No mundo material, a alma se perde porque está associada a objetos perecíveis. No entanto, quando a alma volta a si mesma, ela tem um vislumbre do que conheceu como pensamentos eternos, puros e imortais, e é nesse momento

que a dor desaparece e ganhamos sabedoria. Daí, na visão de Sócrates, a importância do autoconhecimento. Para Sócrates, a morte era essencial porque libertava a alma da matéria e alcançava o verdadeiro conhecimento, na sua forma mais pura. A mesma ideia foi pensada desenvolvida por Platão. Para ambos, devemos entender a morte de forma racional e com equanimidade, pois é a positividade do pensamento que nos prepara para a morte. Além do fato de entendermos que isso não acaba com nossa existência, apenas permite que nossas almas adquiram um conhecimento amplo e gratuito.

Epicuro foi um dos primeiros filósofos a abordar e tentar entender a morte, mas sua visão estava atrelada ao hedonismo e à prática de encontrar prazer e felicidade. Para ele, a morte ocorre quando os átomos se desintegram completamente e ficam livres para formar outros corpos. Isso significa que quando morremos, não temos mais nossos sentidos, o que nos torna incapazes de sentir dor ou qualquer outra emoção, então não há nada de assustador em morrer. Compreender a morte como algo sem emoção serve para apaziguar a dor de pensar sobre o que a morte pode acarretar. Assim, é possível fazer as pessoas felizes, que é o ápice de sua filosofia e deve ser a razão de ser de todo ser humano. Outro importante filósofo que nos ajuda a entender a morte é Montaigne. Ao contrário de Epicuro, Sócrates e Platão, Montaigne acreditava que somente a filosofia poderia preparar o homem para a morte. Afinal, sem esse preparo, acabamos vulneráveis e medrosos. Do ponto de vista do filósofo, a morte é um evento inevitável, não relacionado a um determinado tempo ou lugar, por isso seu papel é nos ensinar a viver. Não importa quantos anos ou anos você vive, o que importa é como e como você usa esse tempo. Portanto, a filosofia desempenhará um papel importante em nos ensinar um modo de vida adequado para que não tenhamos medo da morte, pois ela é inevitável. Somente através da filosofia podemos aprender a aproveitar os momentos de nossas vidas. Para Schopenhauer, o medo da morte não é o fim da vida, mas a destruição do nosso organismo. Para ele, os seres se preocupam mais com o corpo do que com sua essência e, assim, vivem em agonia diante da morte.

Tratamento humanizado

Muitas vezes, os pacientes ficam vulneráveis e inseguros ao procurar um provedor. Isso faz uma grande diferença na forma como ele é recebido no atendimento desde o primeiro contato. Nesse sentido, o cuidado humanístico é o cuidado que considera a integridade do cuidado, ou seja, proporciona uma combinação entre a qualidade das técnicas de tratamento e as relações desenvolvidas entre pacientes, familiares e equipes. Busca aprimorar continuamente a comunicação entre profissional e paciente, reconhecendo ambos como sujeitos do processo de cura, criando uma relação mais próxima que preza pelo respeito, carinho e ética.

Segundo o Ministério da Saúde, a humanização é a valorização dos

usuários, trabalhadores e gestores no processo de produção da saúde, e tem como objetivo mudar a cultura de cuidar dos pacientes por meio da criação de vínculos de solidariedade, responsabilidade compartilhada e participação coletiva no processo de trabalho.

Muitas das situações vivenciadas lá dentro acabam sendo corriqueiras para enfermeiros e atendentes quando várias pessoas passam por um laboratório, mas podem ser momentos muito delicados para os pacientes e seus familiares. É importante tratar cada paciente individualmente para atender às suas necessidades específicas. O colaborador deve conversar com o paciente para entender como ele está se sentindo e que tipo de apoio ele precisa. Generalizações não devem ser feitas com base na idade ou no diagnóstico do paciente, pois cada um tem suas próprias dificuldades. A escuta focada e diferenciada permite um olhar mais sensível para as questões humanas, que vai além do diagnóstico ou tratamento em si, mas também com cuidado e atenção à saúde física e mental do paciente.

Cada paciente terá suas próprias crenças e opiniões, além de suas próprias características, sejam elas físicas ou de caráter, mas sejam elas quais forem, cada uma deve sempre ser respeitado pela equipe local que precisa estar treinada e pronta para atender a todos. Lidar com a variância é um assunto delicado que existe desde o momento em que um paciente entra no departamento de saúde, até a forma como um colaborador se comunica com ele. Portanto, a preparação dos profissionais é muito importante nesse sentido, eles podem desrespeitar acidentalmente um paciente mesmo sem essa intenção. Todas as organizações que atuam na área da saúde lidam com clientes em momentos sensíveis e delicados. Ter a estrutura e organização necessárias para permitir que os familiares acompanhem o paciente é essencial.

O que as Leis Brasileiras Dizem Sobre a Eutanásia

Existem três tipos de eutanásia: a ativa, a passiva e a ortotanásia. A eutanásia ativa é quando o paciente está ciente dos resultados do processo de interrupção da vida, sendo realizada por meio artificial. Essa ação não causa sofrimento ao paciente. A eutanásia passiva é quando retiram o meio de sobrevivência, por exemplo: retiram os medicamentos e desligam os aparelhos. Geralmente, é comum em pacientes com morte cerebral. Por fim, na ortotanásia, observamos o contrário: ao invés de abreviar a vida por meio de medicamentos, há uma busca por métodos que prolongam a vida.

De acordo com o Código Penal, o ato que encurta a vida de um paciente é considerado homicídio. Isso ocorre porque algumas doenças ou enfermidades são curáveis, e os pacientes em tratamento podem se recuperar. A eutanásia não é legalmente permitida no Brasil. O Artigo 121 do Código Penal permite uma sentença reduzida se o paciente tiver uma doença incurável ou terminal, ou dor extrema. Trata-se de homicídio privilegiado, podendo ser aplicado em virtude do n.º 1 do mesmo artigo. O Código Penal oferece

assistência ao suicídio, afirmando que o artigo 122 é quebrado. Esta ação incomum não é penalizada, apesar de sua natureza fora do comum.

Apesar de não ter uma obra específica para o suicídio, Kant se opôs ao ato ao longo do século XVIII. Ele classificou o suicídio como assassinato, porque afeta a autorresponsabilidade e o dever com os outros. Portanto, ele considerou isso um crime. Atualmente, o suicídio é considerado um problema de saúde pública, devido à sua relação com a saúde mental e as razões sociológicas. Esta causa tem motivado vários movimentos sociais criados para apoiar as populações aflitas. Não há regra específica sobre suicídio assistido na legislação brasileira. Também não foi aprovado nenhum projeto de lei sobre o assunto. Entende-se que não há exigência constitucional para viver. Assim, a morte não é considerada violação da lei.

No entanto, quem incitar, auxiliar ou instigar alguém a cometer suicídio será responsabilizado pelo crime denominado indução, incitação ou assistência ao suicídio de acordo com o artigo 122 do Código Penal 35.

Mas quando falamos de ortotanásia, não estamos falando de uma situação em que um sujeito morre por negligência ou falta de cuidado. Quando falamos em ortotanásia, estamos falando de uma situação em que o sujeito foi tratado, mas sua morte parece humanamente inevitável. Prolongar sua vida é prolongar seu sofrimento. Deixar morrer um sofredor não é privá-lo do seu direito à vida, nem ofender a indisponibilidade do direito à vida, mas proteger a sua dignidade. Portanto, não devemos entendê-la como uma violação da indisponibilidade do direito à vida.

No entanto, em 2006, quando o Conselho Federal de Medicina aprovou uma resolução regulamentando o tratamento ortodôntico, o Ministério Público Federal moveu uma ação civil pública, alegando que somente a lei poderia tratar do assunto. Wellington Oliveira, então Promotor de Justiça do Distrito Federal, entendia que não havia lei contra a ortotanásia e que os médicos matariam seus pacientes por isso.

Em 2007, obteve liminar suspendendo a resolução. No entanto, em 2010, o Ministério Federal de Assuntos Públicos emitiu um novo parecer reconhecendo que a ortodontia não violava o sistema legal. Nas palavras do juiz Roberto Luis Luchi Demo: “Sobre muito refletir a propósito do tema, chego à convicção de que a resolução, que regulamenta a possibilidade de o médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente na fase terminal, realmente não ofende o ordenamento jurídico”. Sendo reconhecida no ordenamento jurídico.

Assim, a ortotanásia não é apenas uma prática permitida, mas, em muitos casos, a melhor maneira de implementar os princípios da dignidade humana. Não deve ser confundido com eutanásia ou distanásia. É um termo entre distanásia e eutanásia. É permitir que um paciente morra naturalmente quando o paciente já se encontra em um estado de saúde irreversível e morte inevitável. Também pode ser somado aos cuidados paliativos, buscando o mínimo de desconforto para o resto da vida do paciente. Não para matar o

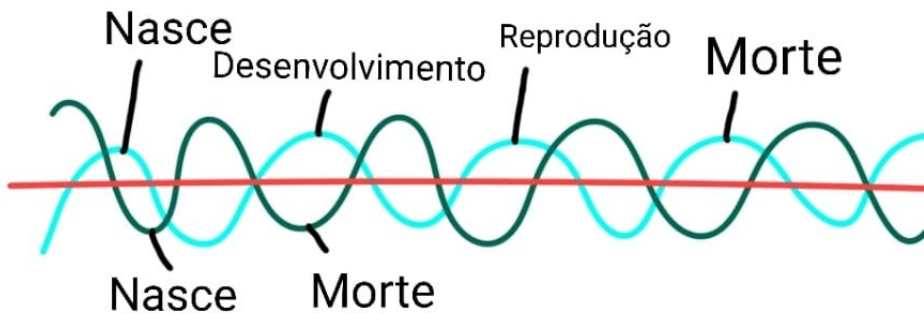
paciente, mas para deixá-lo morrer naturalmente. Fiel à sua etimologia, a ortotanásia é a maneira certa de morrer.

Entre o nascer e o morrer, observamos uma linha, onde do nascimento até a adolescência ela apresenta pequenas ondulações; a faixa etária que compreende os adultos tem grandes altos e baixos; a faixa que engloba os idosos pode ser comparada com uma mola. E por que simplesmente não impedimos que o fim da vida seja completamente espiralado? Existem pacientes terminais, os quais não respondem mais à medicação. Isso pode ter ocorrido após acidentes de trânsito ou traumas de grande impacto e, até mesmo, por possuírem doenças que não possuem cura ou tratamento.

Quando esperamos a chegada de um recém-nascido, vivenciamos momentos de alegria, ansiedade na face, pela chegada de um novo ser na família, por todos esses motivos o início de um novo cenário traz perspectivas positivas no momento da vida de um casal, esse caminho percorre uma linha espiralada onde em qualquer estágio podemos passar por momentos de tristeza ou a morte.

O desenvolvimento humano passa por vários estágios na vida humana, a reprodução é extremamente importante para o amadurecimento de um ser. Ninguém quer passar pelo estágio da morte, pois significa algo ruim e de muito sofrimento, mas não podemos pensar que não existem esse fator que todos nós iremos vivenciar. Por todos esses motivos, pensamos em realizar este trabalho para melhor compreensão da chegada da morte de maneira desmitificada.

Figura 1- Espiral da vida



Fonte: Autoria própria.

Discussão

Nos dias de hoje, conhecer o paciente em sua fase final vai muito além do nosso entendimento, entender que sua vida está acabando e que existem pessoas queridas ter a consciência de que entes queridos poderão sofrer com a perda pode gerar um sentimento ruim e inúmeras indagações por que não proporcionar um momento tranquilo e com pessoas queridas ao seu lado?

Essa é uma das perguntas que nos levou a pesquisar sobre esse tema.

Mesmo o paciente em seu estágio final, ele precisa de qualidade na assistência para morrer com dignidade e respeito, reconhecendo que todos nós iremos passar por esse estágio.

Para compreender essa temática da morte, é preciso considerar que a dignidade humana deve ser priorizada. Por consequência, haverá uma manutenção dos princípios e dos valores do paciente até o final de sua vida.

O cuidado envolve individualização, compreensão da assistência, significado e sentidos pessoais. Vivemos em uma sociedade que não suporta ver e lidar com o sofrimento. Os indivíduos buscam, apenas, alegrias e momentos felizes, fato que pode prejudicar o bem-estar físico e mental quando eles passam por situações desafiadoras. Vale ressaltar que cuidar não é só tratar os sintomas, mas sim encontrar alívio, conforto e bem-estar. A dor e o sofrimento podem se tornar intoleráveis quando há medo e incompreensão. Logo, a arte é encontrar um desfecho para sua expressão. O sofrimento deve despertar, nos profissionais, o desejo do cuidado, colocando-se sempre em seu lugar, com empatia e compaixão. Proporcionar uma assistência fria leva a um distanciamento, mostrando algo indesejável. Para cuidar é preciso se deixar tocar e abrir as portas da sensibilidade para captar os sinais emitidos por aqueles sob seus cuidados. Isso é o que no mínimo buscamos, com a assistência ao paciente em um leito de um hospital sem forças para lutar e incapaz de realizar seus cuidados essenciais.

Considerações finais

O principal passo é o tratamento humanizado, que oferece o alívio do sofrimento, tratando a dor física e/ou emocional, além da doença. Sendo uma abordagem que aprimora a qualidade de vida dos pacientes em fase terminal. É importante enfatizar que a família e o paciente, nesse período, enfrentam problemas associados às doenças ameaçadoras de vida. Devemos observar que um cuidado humanizado, centrado no indivíduo e na família proporciona um final sereno. Sem contar o preparo psicológico para os familiares, onde eles compreenderiam o luto.

Referências

BARBOSA, Gabriella Sousa da Silva; LOSURDO, Federico. Eutanásia no Brasil: entre o Código Penal e a dignidade da pessoa humana. **Revista de Investigações Constitucionais** [online]. 2018, v. 5, n. 2 [Acessado 8 dezembro 2022], pp. 165-186. Disponível em: <<https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>>. ISSN 2359-5639. <https://doi.org/10.5380/rinc.v5i2.52151>.

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

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

CANO, Carlos Wilson de Alencar et al. Finitude da vida: compreensão conceitual da eutanásia, distanásia e ortotanásia. **Revista Bioética** [online]. 2020, v. 28, n. 2 [Acessado 8 dezembro 2022], pp. 376-383. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1983-80422020282399>>. E pub 26 Jun 2020. ISSN 1983-8034. <https://doi.org/10.1590/1983-80422020282399>.

COMBINATO, Denise Stefanoni; QUEIROZ, Marcos de Souza. Morte: uma visão psicossocial. **Estudos de Psicologia** (Natal) [online]. 2006, v. 11, n. 2 [Acessado 8 dezembro 2022], pp. 209-216. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-294X2006000200010>>. E pub 26 Mar 2007. ISSN 1678-4669. <https://doi.org/10.1590/S1413-294X2006000200010>.

DONATO, Suzana Cristina Teixeira et al. Effects of dignity therapy on terminally ill patients: a systematic review. **Revista da Escola de Enfermagem da USP** [online]. 2016, v. 50, n. 06 [Acessado 8 dezembro 2022], pp. 01014-01024. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0080-623420160000700019>>. ISSN 1980-220X. <https://doi.org/10.1590/S0080-623420160000700019>.

FELIX, Zirleide Carlos et al. Eutanásia, distanásia e ortotanásia: revisão integrativa da literatura. **Ciência & Saúde Coletiva** [online]. 2013, v. 18, n. 9 [Acessado 23 novembro 2022], pp. 2733-2746. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900029>>. E pub 26 Ago 2013. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/S1413-81232013000900029>.

KOVÁCS, Maria Julia A caminho da morte com dignidade no século XXI. **Revista Bioética**. 2014, v. 22, n. 1, pp. 94-104. Disponível em: <>. Acesso em: 23 nov. 2022.

KOVÁCS, Maria Julia Bioética nas questões da vida e da morte. **Psicologia USP** [online]. 2003, v. 14, n. 2 [Acessado 23 novembro 2022], pp. 115-167. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0103-65642003000200008>>. Epub 29 Jun 2004. ISSN 1678-5177.

REZENDE, E. Diversas visões da morte e uma perspectiva atual. In: Escudeiro A. *Tanatologia: conceitos - relatos - reflexões*. Fortaleza (CE): LC gráfica e editora; 2008.

ROSS, E. K. *Sobre a Morte-Morrer*. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes; 2000.

SANCHEZ Y SANCHES, Kilda Mara; SEIDL, Eliane Maria Fleury. Ortotanásia: uma decisão frente à terminalidade. *Interface - Comunicação, Saúde, Educação* [online]. 2013, v. 17, n. 44 [Acessado 8 dezembro 2022], pp. 23-34. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S1414-32832013000100003>>. Epub 21 maio 2013. ISSN 1807-5762. <https://doi.org/10.1590/S1414-32832013000100003>.

SILVA JÚNIOR, Fernando José Guedes da et al. Processo de morte e morrer: evidências da literatura científica de enfermagem. **Revista Brasileira de Enfermagem** [online]. 2011, v. 64, n. 6 [Acessado 7 dezembro 2022], pp. 1122-1126. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0034-71672011000600020>>. E pub 31 maio 2012. ISSN 1984-0446. <https://doi.org/10.1590/S0034-71672011000600020>.

ZORZO, J. C. C. *O processo de morte e morrer da criança e do adolescente: vivências dos profissionais de enfermagem* [dissertação]. Ribeirão Preto: Escola de Enfermagem de Ribeirão Preto, Universidade Federal de São Paulo; 2004.

CONTROLE DE NATALIDADE E PLANEJAMENTO FAMILIAR DIANTE DA DIGNIDADE HUMANA

Pablo Henrique Faria Oliveira

Graduando em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Controle de Natalidade e Planejamento Familiar são dois termos que, comumente, são empregados como parecidos ou até mesmo sinônimos, mas tecnicamente são conceitos opostos no que se refere o respeito e observação da dignidade da pessoa humana, sendo assim o objeto de análise deste trabalho. A finalidade deste estudo é a distinção dos conceitos de controle de natalidade e planejamento familiar. Especificamente, foi buscado identificar o contexto histórico de surgimento controle de natalidade e do planejamento familiar, além de verificar analisar a previsão normativa do planejamento familiar na legislação brasileira em consonância aos ideais de dignidade humana e aos princípios constitucionais, uma vez que, conforme constatado, o controle de natalidade é incompatível com o respeito à dignidade humana pois não respeita a autonomia do indivíduo. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, pois foram utilizadas hipóteses e estas foram expostas para falseamento para verificar sua aplicação ao problema. Conclusivamente, constatou-se que além da distinção antagônica de ambos os temas, a previsão normativa nacional do planejamento familiar é robusta, tendo sua matriz como direito constitucional.

Palavras-chave: Biodireito; Controle de natalidade; Direitos Humanos; Planejamento familiar;

Introdução

Apesar de usados comumente como sinônimos ou parecidos, os termos “controle de natalidade” e “planejamento familiar” são dois termos que, tecnicamente, são conceitos que abarcam definições opostas no que se refere o respeito e observação da dignidade da pessoa humana, sendo assim o objeto de análise deste trabalho. Desse modo, a relevância desta pesquisa se desvela pois trata-se de uma temática importante para os direitos humanos em embate ao Estado Democrático de Direito, pois este estudo, para além da distinção dos conceitos de controle de natalidade e planejamento familiar, vislumbra a

análise da atuação do aparato estatal diante destes temas.

Foi buscado identificar o contexto histórico de surgimento controle de natalidade e do planejamento familiar, além verificar analisar a previsão normativa do planejamento familiar na legislação brasileira em consonância aos ideais de dignidade humana e aos princípios constitucionais. Para tanto, foi utilizado o método hipotético-dedutivo, pois foram utilizadas hipóteses e estas foram expostas para falseamento para verificar sua aplicação ao problema. O trabalho foi estruturado na necessária distinção do controle de natalidade e do planejamento familiar, diferenciando o contexto histórico, conceito e a compatibilidade com a dignidade humana. Passaremos a analisar distinção entre planejamento familiar e controle de natalidade.

Controle de natalidade e planejamento familiar: uma distinção necessária

Controle de natalidade e planejamento familiar são termos que, vulgarmente, no senso comum, são utilizadas como expressões de sentido aproximado ou até mesmo iguais, o que além de empobrecer o debate, traz diversas imprecisões e obstáculos para a compreensão e estudo do tema. Portanto, é importante iniciar a construção do raciocínio deste trabalho pela análise da necessária distinção precisa e analítica do que é compreendido e conceituado como controle de natalidade, além do conceito do que é planejamento familiar, uma vez que são ideias abarcadas sobre a mesma temática, porém com conteúdo e conceitos diametralmente opostos, tanto em sentido, aplicação, origem e previsão normativa, tendo por base o cenário de um Estado Democrático de Direito.

Do controle de natalidade

Contexto histórico e conceito

A preocupação com o desenvolvimento crescente e acelerado da reprodução humana é um tema de debate iniciado há mais de 200 anos, tendo como motivação principal o temor de insuficiência ou até esgotamento de recursos essenciais para vida humana, insuficiência esta, gerada pela desproporção entre a produção destes recursos e o tamanho da população, logo, a escassez dos itens essenciais para o desenvolver da vida humana, sobretudo a alimentação, estaria em predomínio gerando consequências graves como a inanição generalizada. Desse modo, conforme as autoras Lorena Gonçalves e Miriam Olivia Ferraz, (2021, p.3) “a preocupação com o crescimento populacional não é algo novo na ciência e possui um desenvolvimento em extensivo a partir de teorias e vertentes sobre o assunto”. Pode-se afirmar que um dos importantes marcos sobre o pensamento de controlar a natalidade se deu início com o expoente do pensamento econômico liberal inglês, Thomas Malthus (1766-1834) em 1798, quando em seu *Ensaio sobre o Princípio da População*

(1996, p.246/247), discorria sobre sua teoria Malthusiana, no sentido de que:

A população, quando não controlada, cresce numa progressão geométrica. Os meios de subsistência crescem apenas numa progressão aritmética. Um pequeno conhecimento de números demonstrará a enormidade do primeiro poder em comparação com o segundo. [...] a lei da natureza torna o alimento necessário para a vida humana, os efeitos desses dois poderes desiguais devem ser mantidos iguais. Isso implica um obstáculo que atua de modo firme e constante sobre a população, a partir da dificuldade da subsistência.

Por mais que a obra de Malthus seja o marco do importante ponto sobre o início da discussão acerca do controle de natalidade, quatro anos antes, em 1794, “Márques de Condorcet, em seu *‘Esboço de um quadro histórico dos progressos do espírito humano’* apresentou uma visão positiva do desenvolvimento econômico, cultural e demográfico da humanidade” (ALVES, 2002, p. 6-7). Desse modo, se para Malthus o crescimento populacional era visto de modo negativo, por outro lado, para Condorcet, o desenvolvimento demográfico da população foi antes visto com uma percepção positiva. De acordo com José Eustáquio Diniz Alves (2002, p.7), “o embate entre Malthus e Condorcet, ocorrido no final do século XVIII, se deu num cenário em que prevaleciam altas taxas de mortalidade e fecundidade”. Ainda, à vista disso, José Eustáquio Diniz Alves (2002, p.7), explica que, para Condorcet “essas altas taxas eram frutos da ignorância, do fatalismo e do preconceito e poderiam ser reduzidas com a aplicação das luzes da inteligência, da razão e do progresso material da sociedade”. Como já mencionada a ideia de Malthus, Alves (2002, p.7) reitera que “para Malthus, as altas taxas de mortalidade e de fecundidade eram elementos de uma sina inevitável, fora do alcance da intervenção humana. A espécie humana não poderia, por simples esforços racionais, reduzir essas taxas e escapar da fome e da pobreza”. O neomalthusianismo, na metade do século XIX, trouxe outra definição de controle, assim, conforme mencionam Gonçalves e Ferraz, (2021, p.5), “nesta vertente as formas de controle passaram a ser relacionadas com um controle de natalidade baseado em uma promoção de contraceptivos”. A partir da segunda metade do século XIX, as teorias malthusianas ganharam novo vigor na Europa como um todo e nos Estados Unidos, assim, conforme o posicionamento do autor Marcos Jungmann Bhering (2014, p.32), “o neomalthusianismo passou a se relacionar diretamente a ideias e políticas de controle da natalidade e promoção da contracepção”. Ainda pontua Jungmann Bhering (2014, p.33),

a contracepção, no final do século XIX assumiu contornos de combate à pobreza e da difusão de novos valores acerca da natalidade em países como a Inglaterra e a França, o progressivo ingresso das mulheres no trabalho foi importante para o declínio das taxas de fecundidade.

Como apresentado, a natalidade foi pauta de debate por longos períodos, inclusive até os dias atuais, como objeto de planejamento governamental para políticas públicas. Controlar a natalidade foi objeto de discussão intensa, possuindo vertentes que entendiam que estimular a natalidade seria encarado com algo positivo, e que coibi-la ou desestimulá-la seria uma atitude retrógrada e ignorante, tendo como exemplo de expoente, Mârques de Condorcet. Por outro lado, em uma visão limitativa e preocupada com o desenvolver da sociedade e sua capacidade de produzir itens essenciais para manutenção da vida humana, Thomas Malthus - e as teorias Malthusianas e Neomalthusianas - via(m) a necessidade de controlar a natalidade. Mas o que é interessante de analisar é de que há um ponto em comum entre tais formas de enxergar a natalidade - seja ela vista como algo positivo (Mârques de Condorcet), ou seja, ela vista como negativo (Thomas Malthus) - é a noção de controlá-la. Isto é, ambas vertentes veem a ideia de interferir na natalidade, seja estimulando-a ou reprimindo-a, sendo que, o que diferencia as diversas ideias, dimensões e perspectivas destas vertentes é o nível de interferência, como por exemplo uma ideia mais agressiva de impor regras limitativas sobre reprodução, ou uma ideia mais pacífica como por exemplo de estimular, por meio de políticas públicas o uso de métodos contraceptivos pela população.

Da incompatibilidade com os Direitos Humanos e direitos fundamentais

O controle de natalidade, como discorrido anteriormente, implica-se nas formas de controle da população por parte do aparato Estatal. Entretanto, qual seria a legitimidade do Estado para interferir de maneira tão gravosa dentro da autonomia da vontade, família, liberdade e até controle da própria vida? É possível tamanha e verdadeira intromissão por parte do Estado, especialmente em um contexto democrático? Trataremos disso a seguir.

Tendo por base um Estado Democrático de Direito, é possível a *prima facie*, constatar que não é verossímil, admissível ou lógico a coexistência de um controle de natalidade, principalmente aos moldes do modelo chinês, com a existência de um Estado dado como Democrático e de Direito, pois, dizer que um Estado é Democrático de Direito, é dizer que, como pontua Alexandre de Moraes (2021, p.36), “significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado”. Em outros termos, são pressupostos de um Estado Democrático de Direito: I - o Estado de Direito, que se caracteriza por apresentar entre demais qualidades, a primazia da lei e o sistema hierárquico de normas, e, a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder, pela figura do Estado Democrático (MORAES, 2021, p. 36).

A Constituição Brasileira de 1988 (CF), dada como sendo um diploma de princípios e normas de uma nação dita por Democrática de Direito, por

exemplo, possui, em seu artigo 1º, incisos I ao III, como fundamentos, a soberania, cidadania e a dignidade da pessoa humana. O Estado Democrático de Direito se funda além do respeito à legalidade e a democracia e outros valores importantes, no princípio do respeito à dignidade da pessoa humana. Como afirma Robert Alexy (2015, p. 355), “o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devem estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida”. Como conceituado por Alexy, nota-se que a dignidade humana possui grande amplitude e difícil definição precisa sobre o que exatamente é que faz uma pessoa digna. Contudo, Robert Alexy (2015, p.355), prepondera que “sobre algumas dessas condições (para tornar a pessoa digna), é possível haver consenso. Assim, a dignidade humana não é garantida se o indivíduo é humilhado, estigmatizado, perseguido ou proscrito”. Pode-se entender que parte do que se vislumbra como digno é pacificado e consensual, e “acerca de outras condições é possível haver controvérsias, por exemplo, no caso de se saber se o desemprego de longa duração de alguém que tenha vontade de trabalhar ou se a falta de um determinado bem material viola a dignidade humana” (ALEXY, 2015, p.355). A conclusão de Alexy (2015, p.355), é de que “diferentes pessoas expressariam o conceito de dignidade humana por meio de diferentes feixes de condições. Por outro lado, é possível constatar que tais feixes não são completamente diferenciáveis”.

Tendo em vista que o conceito de dignidade da pessoa humana é constituído por duas esferas, sendo a primeira um consenso pacífico e a segunda uma parte com amplitude para debates e discussões, o autor Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 368), com vistas às disposições e nortes positivados pela Declaração Universal da ONU, entende que verifica-se que “o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido [...], primordialmente à matriz kantiana, centrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa)”. Desta forma, sendo a dignidade humana, em uma de suas dimensões, o poder de se autodeterminar, o direito à autonomia individual, coibir, limitar ou impedir o ser humano de exercer sua capacidade determinativa é violar o bojo da dignidade humana. Além de Sarlet, Robert Alexy (2015, p.116), menciona que uma das fundamentações na concepção de dignidade da pessoa humana “apoiar-se na dignidade e na autonomia da pessoa, ou seja, ser fundamentada em um sentido kantiano”. Neste espectro, relacionando e contrastando as noções - acima debatidas - de que: a) um Estado Democrático de Direito, possui a prevalência da democracia e fundamento na legalidade hierárquica, considerando inclusive, princípios constitucionais, sobretudo da dignidade da pessoa humana; e, b) a dignidade humana como princípio constitucional, por sua vez, contempla em sua parte de maior concordância e consenso, a noção de respeito à autonomia do indivíduo como núcleo que constitui o conceito (dignidade humana), e assim obrigando o Estado Democrático de Direito a respeitar tal premissa da autonomia; não faz outro sentido senão o resultado antagôni-

co do controle de natalidade aos moldes chineses como medida pública na democracia. Em outras palavras, Alexandre de Moraes (2021, p. 41), menciona que “a supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento basilar da República obrigam o [...] o Poder Judiciário, aplicar [...] a norma mais favorável à proteção aos Direitos Humanos”. Ainda, pontua Alexandre de Moraes (2021, p. 41), que, além da aplicação da norma mais favorável aos direitos humanos, cabe também ao Poder Judiciário, “eleger em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhe garanta a maior e mais ampla proteção (de direitos humanos)”. Fundado nisso, aplico uma interpretação mais ampla e extensiva do discurso de Moraes, e, passo a defender que, não só o Poder Judiciário, mas como todo o Poder Público, incluindo o Executivo e Legislativo como obrigados à elegerem em seu processo interpretativo, seja em exercício de função típica ou atípica, a proteção aos Direitos Humanos e por consequência a promoção da dignidade da pessoa humana, levando em conta a autonomia da vontade do indivíduo, ou seja, o direito de autodeterminação do indivíduo, podendo ser compreendido como um direito natural. Trata-se da aplicação extensiva do princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, em todo ordenamento estatal, não só jurídico, assim, no tocante à Administração, estaria vinculada, não podendo então, se quer cogitar a implantação de medidas de controle de natalidade, como o aplicado anteriormente na China.

Diante de toda análise histórica, de (in)compatibilidade com os direitos humanos, pode-se conceber o controle de natalidade como sendo o literal controle feito pelo Estado com o foco de regular a natalidade, sendo positiva ou negativamente, que não leva em conta o indivíduo como um ser racional e pensante, apenas atuando no manejo da massa, sem respeito a condição humana e por consequência incompatível com o modelo democrático de Estado de Direito. Neste sentido, deve-se observar que o fundamento do Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) e deste modo, como afirma Maria Helena Diniz (2017, p. 41) “a pessoa humana e sua dignidade constituem fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá sobre qualquer tipo de avanço científico e tecnológico”. Ainda complementa a autora que, por consequência desde fundamento de respeito à dignidade humana, “não poderão bioética e biodireito admitir conduta que venha a reduzir a pessoa humana à condição de coisa, retirando dela sua dignidade e o direito a uma vida digna” (DINIZ, 2017, p. 41). Dessa breve citação à Maria Helena Diniz, pode-se extrair que a dignidade humana está acima da qualquer lei, normativa ou regulação que a viole em quaisquer das suas dimensões ou aspectos.

Do planejamento familiar

Contexto histórico

O surgir da ideia de planejamento familiar nasce, posteriormente, com

a mesma noção do controle de natalidade, a reflexão sobre o desenvolver desenfreado da reprodução humana e seus possíveis reflexos. Porém, ao contrário do controle de natalidade, o planejamento familiar passa a se desenvolver após a segunda grande guerra, principalmente impulsionado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, aprovada pela Organização das Nações Unidas. Dessa forma, após este grande marco na história dos Direitos Humanos, o debate acerca do controle da natalidade sofreu uma guinada, uma vez que o fator dignidade humana surge em questão. Neste momento histórico, não se pode mais desconsiderar a autonomia do indivíduo, a capacidade de autodeterminação, visto que, como já mencionado anteriormente, uma das dimensões da noção de dignidade humana é a autonomia do indivíduo. Diante deste cenário de relevância e conquista dos direitos humanos, então o planejamento familiar começa a ser debatido. Em 1952, na terceira Conferência Internacional de Planejamento Familiar na cidade Bombaim (atualmente chamada de Mumbai), na Índia, é criada a *International Planned Parenthood Federation* (IPPF), ou em português, a Federação Internacional de Planejamento Familiar, que foi fundada pelas associações de planejamento familiar da Alemanha, Hong Kong, Índia, Holanda, Singapura, Suécia, Reino Unido e Estados Unidos da América (IPPF, 2022). A IPPF surge com a missão de fornecer e possibilitar globalmente serviços e defesa da saúde e dos direitos sexuais e reprodutivos para todos, especialmente para os menos atendidos (IPPF, 2022).

No cenário brasileiro, a idealização da noção de planejamento familiar começou a ser debatido com a promulgação da Constituição Cidadã, de 1988, que, entre diversas inovações, trouxe a disposição fundamental do planejamento familiar, o artigo 226, parágrafo 7º, além da criação do Sistema Único de Saúde (SUS) que, por sua vez, criou o Programa de Planejamento Familiar (PPF), que visa, segundo Alcione Costa et. al. (2013, p. 79):

Informar as pessoas, por meio de um conjunto de ações e atitudes clínicas e práticas em saúde, bem como orientar quanto a anticoncepção, fornecendo total liberdade de escolha sem distinção para que seus usuários possam escolher, de forma segura e eficaz, o momento que considerem mais pertinente para a concepção.

O Planejamento familiar pode ser considerado como uma evolução do controle de natalidade, ou ainda, pode ser consagrado como oposto ao controle de natalidade, em todos os aspectos, desde seu nascimento - surgindo em um ambiente de discussão e consideração da dignidade da pessoa humana, enquanto os debates idealizadores do controle de natalidade surgem por volta de 1700, quando ainda não se havia o respeito dos direitos que viriam a ser hoje considerados direitos humanos - até sua articulação por meio da atuação do Estado, além de diferenciar-se do controle de natalidade até mesmo em seus resultados nos indivíduos, por exemplo, sem as sanções que podem ocorrer no controle da natalidade.

Conceito de planejamento familiar

A atual Constituição da República Federativa do Brasil (CF), em capítulo VII que trata das disposições da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso, especificamente em seu artigo 226, parágrafo 7º, estabelece o planejamento familiar como direito fundamental, dispondo que “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. Após a constitucionalização do direito fundamental de se planejar familiarmente, (pela Constituição Federal de 1988), o respeito e a importância desse planejamento foram sendo reforçados pela legislação, sendo criada a Lei nº 9.263/96 (Lei de Planejamento Familiar) e a reprodução parcial do disposto no artigo 226, §7º da Constituição, pelo Código Civil (Lei nº 10.406/2002) em seu artigo 1.565, §2º.

Esta Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96) traz em seu bojo o conceito de planejamento familiar como sendo, em essência, “o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal, sendo vedada a utilização das ações para qualquer tipo de controle demográfico, além de ser um direito de todo cidadão. Em outras palavras, o planejamento familiar, segundo a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) é de “dar à família o direito de ter quantos filhos quiser, no momento que lhe for mais conveniente, com toda a assistência necessária para garantir isso integralmente”. Ainda, é referido pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) que, “para o exercício do direito ao planejamento familiar, devem ser oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantindo a liberdade de opção”.

Diante deste conceito legal de planejamento familiar, pode-se conceber dois tipos, espécies ou modos de planejamento familiar, o planejamento negativo e o positivo. Seria o planejamento familiar negativo, aquele o qual o indivíduo ou o casal, deseja não gerar uma prole, ou seja, não deseja ter filhos. Já o planejamento familiar positivo é aquele que, ao contrário do planejamento negativo, o casal deseja gerar filhos. Nota-se que independentemente do “tipo” de planejamento familiar, sendo negativo ou positivo, o termo “deseja” sempre está explícito, ou seja, é pressuposto básico para que seja considerado planejamento familiar, a vontade do indivíduo ou do casal, fazendo jus ao dispositivo constitucional do artigo 226, §7º, da Constituição Federal (CF), que traz como um dos fundamentos do planejamento familiar o respeito da dignidade da pessoa humana.

Nota-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, o controle do planejamento familiar possui uma atuação “neutra”, pois o entendimento do Cons-

tituinte, conforme Maria Cristina Seara Veltrini (2021, p. 6) “é de que este controle pertence única e exclusivamente à família, sem a necessidade de qualquer interferência Estatal”. Neste sentido, complementa a autora Maria Veltrini (2021, p. 6) “cada família tem o poder de escolher os meios, métodos e técnicas para controlar a natalidade e regular a fecundidade, sem qualquer interferência estatal”. Ainda em análise do planejamento familiar, constata-se que este possui dois pilares fundamentais, o princípio da dignidade humana e da paternidade responsável, assim um destes pilares do planejamento familiar, conforme art. 226, §7º, da Lei Maior, (BRASIL, 1988), é o princípio da dignidade da pessoa humana sendo, conforme Rolf Madaleno (2021, p. 194), “conteúdo inerente à liberdade de um casal poder planejar livremente sobre a formação de sua família, restringida a intervenção do Estado apenas para propiciar os recursos educacionais e científicos necessários ao exercício desse direito [...]”. Nesse sentido, a liberdade de escolha sobre o planejamento familiar representa a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, conforme explica Bunhola (2019, p.37):

representa dignidade possibilitar à mulher dispor de seu corpo conforme entender, ter o número de filhos que desejar, utilizar dos métodos contraceptivos que melhor atender suas necessidades. Em suma, a liberdade de escolha no planejamento familiar é a concretização viva do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

O segundo pilar fundamental do planejamento familiar é, conforme o dispositivo do artigo 226, §7º da Constituição (BRASIL, 1988), o princípio da paternidade responsável que encontra guarida no artigo 229 do texto constitucional: “os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade”. Desse modo, atendendo ao princípio da paternidade responsável, o planejamento familiar se encontra em uma perspectiva *ex ante* do nascimento de um filho, pois, como esclarece Bunhola (2019, p. 39):

[...] é fundamento e base na qual se estrutura a liberdade do planejamento familiar. A conscientização dos ônus e deveres oriundos da maternidade e paternidade devem se fazer presentes antes da decisão final de procriação: trazer uma criança ao mundo é fato que demanda, além de sensato planejamento, imensa responsabilidade e cuidados. Ser mãe e pai hodiernamente representa tarefa árdua. Diante de todos esses encargos e condições, a paternidade exige o adequado planejamento familiar.

Estes dois pilares supracitados, os quais o planejamento familiar se funda são, além de fundamentos, limites para o planejamento, pois conforme Victor Almeida (2018, p. 428), o princípio da dignidade humana preserva tanto os interesses das pessoas que desejam concretizar o desejo parental - na medida em que se considera o direito fundamental a ter família (FACHIN, 2003,

p. 37) -, quanto os do filho a porvir [...] afinal, seus interesses têm que ser preservados desde o início da gestação para a promoção de uma vida digna no futuro”. Em outras palavras, a dignidade humana levada em consideração é não só referente aos pais, mas também referente à prole. Neste sentido ad-vém o princípio da parentalidade responsável, somando-se ao da dignidade da pessoa humana, que nas palavras de Vitor Almeida (2018, p. 428), “se as-senta na assunção de deveres em relação ao filho a porvir, seja durante a fase gestacional, [...], seja a partir do nascimento [...], em que se efetiva os deveres de assistência, criação e educação dos pais em relações aos filhos menores, conforme o art. 229 CF”. Ainda, cabe ressaltar que o referido princípio da pa-rentalidade responsável “remete ao princípio do melhor interesse da criança, ou nesse caso à salvaguarda dos direitos da futura criança, ambos com enver-gadura constitucional” (ALMEIDA, 2018, p. 428).

Portanto, os princípios da dignidade da pessoa humana e da parentalida-de responsável, previstos no art. 226, § 7º, da Constituição de 1988, desempe-nham um papel diretamente relacionado com o princípio do melhor interesse da futura criança, “essa tríade ao mesmo tempo em que funda e informa o direito ao planejamento familiar atua ainda como seu limite” Vitor Almeida (2018, p. 431). Neste prisma, referente às limitações ao direito ao planejamen-to familiar, Guilherme Calmon Nogueira da Gama (2009, p. 319) afirma que

no sistema jurídico-constitucional brasileiro, interesses meramente egoísticos da pessoa que pretende obter o auxílio de técnica de pro-criação artificial, como, por exemplo, escolher o sexo do filho, ter gê-meos ou escolher o tipo físico da criança, não podem autorizar tal prática.

Em outros termos, planejamento familiar não se trata de determinar ou criar uma “linhagem” formando por traços físicos ou genéticos, mas sim de planejar a concepção da prole.

Este conjunto de ações de regulação da fecundidade (o planejamento familiar), conforme o texto constitucional (art. 226, §7º, CF), compete ao Es-tado propiciar recursos para o exercício do referido direito. Estes recursos são educacionais e científicos. É grande o ônus do Estado nesse campo funda-mental, pois deve estabelecer programas educacionais e assistenciais de largo espectro, (VENOSA, 2019, p.1358). O planejamento possui dois aspectos, o aspecto de instrução e educação sobre o fator de se planejar familiarmente, e o aspecto prático de execução do planejamento, seja ele positivo ou negativo, sendo como a execução deste direito.

No que se refere aos recursos educacionais, é sobre a instrução dos in-divíduos acerca das responsabilidades acarretada com a geração da prole, não como um fenômeno ou fator inibidor da concepção, mas sim com a ciência transparente sobre as possíveis consequências referentes à constituição de fa-mília. Destarte, cabe salientar que, dado o caráter neutro da política de pro-

moção ao planejamento familiar no Brasil, os recursos educacionais de instrução das responsabilidades, não são somente específicas à geração da prole, ou adoção, (planejamento familiar positivo), mas também são referentes ao planejamento familiar negativo, sendo dever do Estado propiciar recursos educacionais que informem o indivíduo sobre as responsabilidades de se planejar negativamente. Nota-se que, seja qual for a escolha do indivíduo, cabe ao Estado instruir o indivíduo, até mesmo sendo como decorrência lógica do direito à educação previsto no artigo 205 da Constituição Federal de 1988, o qual dispõe que “a educação é 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”. Os recursos científicos supracitados constituem a parte executiva como já mencionado, assim, conforme o artigo 9 da Lei de Planejamento Familiar (Lei nº 9.263/96), para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção. Nota-se, pela breve análise do dispositivo legal, o caráter neutro da política de planejamento familiar adotado no Brasil, assim os recursos científicos que o Estado deve providenciar para o planejamento são tanto para concepção quanto para contracepção, à exemplo disso, respectivamente, RHA (Reprodução Humana Assistida), e, cirurgias de esterilização.

Previsão normativa do planejamento familiar no Brasil

O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição Federal de 1988, que trata do planejamento familiar, foi regulado pela Lei 9.263 de 12 de janeiro de 1996 que estabelece o conceito do planejamento familiar, direitos, permissões e proibições quanto ao planejamento, além de estabelecer penalidades e crimes para os agentes que lidarem direta ou indiretamente com o planejamento familiar como por exemplo médicos e agentes sociais. É importante destacar que apesar de curta (conta com 25 artigos), tal Lei marca um ponto de conquista para o planejamento familiar, trazendo, até com razoável suficiência, a positivação do planejamento familiar, como por exemplo o artigo 4º da referida lei, que é categórico em definir que o planejamento (familiar) orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade. O civilista Silvo Venosa (2019, p.1358) complementa que:

Essa lei, entre várias disposições, estabelece em quais situações será permitida a esterilização voluntária do homem e da mulher (art. 10) e tipifica como crime a realização de esterilização cirúrgica fora dos permissivos legais (art. 15), além de outras reprimendas. Na mesma linha, tendo em vista o vasto campo científico que se descortina nesse campo, segundo o art. 8º dessa lei, a realização de experiências com

seres humanos no campo da regulação da fecundidade somente será permitida se, previamente autorizada, fiscalizada e controlada pela direção nacional do Sistema Único de Saúde e atendidos os critérios estabelecidos pela Organização Mundial de Saúde.

Além da Lei de regulamentação própria do planejamento familiar, o ordenamento jurídico nacional possui demais menções sobre a temática, evidenciando verdadeiro enraizamento da disposição constitucional, à exemplo disso, o artigo 1. 565, §2º do Código Civil de 2002, que se refere, ainda que singelamente, ao planejamento familiar. O planejamento familiar também abarca as pessoas com deficiência, uma vez que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa. A Lei Nº13.146/2015 instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, (BRASIL, EDP, 2015), sendo um importante marco na luta da conquista dos direitos das pessoas com deficiência pois, entre as diversas mudanças, alterou o *status* de absolutamente incapazes das pessoas que, por enfermidade ou deficiência mental, transitória ou não, não tiverem o necessário discernimento para a prática dos atos da vida civil, disposto no artigo 3º, II, do Código Civil, (BRASIL, 2002). Em outras palavras comenta Flávio Tartuce (2019, p.92), “o Estatuto da Pessoa com Deficiência, pretendeu igualar a pessoa com deficiência para os atos existenciais, o que representa um notável avanço [...]”. Contudo, apesar do planejamento familiar ser um direito de todo cidadão, positivado em diversos diplomas legais, possuindo, inclusive, lei própria, cabe a reflexão em contraste à obra de Norberto Bobbio, *A Era dos Direitos*, (BOBBIO, 2004, p. 96/97), de que, apesar de positivados tais direitos (direitos estes que referentes à obra de Bobbio, são os direitos humanos, mas que podem ser harmonizados em conjunto ao planejamento familiar), estes precisam ser para além de sua positivação, sendo executados, aplicados e defendidos, existindo para além do papel da lei.

Considerações finais

Diante de todo o exposto, conforme objetivado, ficou constatado que o controle de natalidade não se mostra compatível com a dignidade humana, uma vez que ao controlar a natalidade dos indivíduos o Estado estaria violando diversos princípios fundamentais, dado um contexto de Estado Democrático de Direito, entre eles a dignidade humana que, em uma de suas dimensões, corresponde ao respeito da autonomia da vontade individual. Por outro lado, o planejamento familiar analisado sobre a ótica da dignidade humana, se mostra harmônico, uma vez que não há caráter coercitivo por parte do Estado, sendo somente incumbido ao Estado, a propiciação de recursos educativos e científicos para a concepção da prole, desse modo não tratando o indivíduo como um animal que precisa ser controlado, mas sim como um ser humano, dotado de racionalidade e que deve receber apoio educacional e científico para a execução do direito de reprodução.

Conforme especificamente objetivado por este trabalho, foi identificado

o contexto histórico de surgimento do controle de natalidade e do planejamento familiar. Com relação ao primeiro, o contexto histórico se deu com os ideais do economista inglês Thomas Malthus em contraste aos ideais de Mârques de Condorcet, a partir das discussões econômicas e das projeções populacionais para tempos futuros, por volta de 1798, num cenário onde os direitos humanos e a dignidade humana não possuíam o reconhecimento atual. Já o planejamento familiar surge num contexto pós-guerras, onde os direitos humanos ganham notoriedade e força, desse modo, evidenciando o caráter digno do planejamento familiar.

A previsão normativa do planejamento familiar no ordenamento jurídico nacional foi verificada, tendo sua matriz fundamental no artigo 226, §7º da Constituição Federal, além da legislação própria do planejamento familiar, a Lei nº 9.263/96 e as referências ao planejamento familiar pelo Código Civil e pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência, o que demonstra o enraizamento do planejamento no ordenamento jurídico pátrio.

Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALMEIDA, Vitor; “O Direito ao Planejamento Familiar e as novas Formas de Parentalidade na Legalidade Constitucional”, p. 419 -448. In: **Direito Civil: estudos - coletânea do XV encontro dos grupos de pesquisa - IBDCIVIL**. São Paulo: Blucher, 2018.

ALVES, José Eustáquio Diniz. **A Polêmica Malthus versus Condorcet reavaliada à luz da transição demográfica**. Escola Nacional de Ciências Estatísticas. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências e Estatísticas, 2002.

_____, José Eustáquio Diniz. **As Políticas Populacionais e o Planejamento Familiar na América Latina e No Brasil**. Escola Nacional de Ciências Estatísticas. Rio de Janeiro: Escola Nacional de Ciências e Estatísticas, 2006.

BHERING, Marcos Jungmann. **Controle de natalidade no Brasil: um estudo sobre o centro de pesquisas e assistência integral à mulher e à criança (1975-1994)**. 2014. Tese de Doutorado.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

_____. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, 1940.

_____. Lei n. 9.263, de 12 de janeiro de 1996. **Regula o §7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências**. Brasília, 1996.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 2002.

_____. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)**. Brasília, 2015.

BUNHOLA, Gabriela Pirajá Cecilio. **Políticas Públicas e Planejamento Familiar à Luz dos Direitos Fundamentais**. 2019. 106 f. Dissertação de Mestrado em Direito - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2019.

COSTA, Alcione et al. História do planejamento familiar e sua relação com os métodos contraceptivos. **Baiana de Saúde Pública**, v. 37, n. 1, p. 74-74, 2013.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

FACHIN, Luiz Edson. **Teoria crítica do direito civil**. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira. Paternidade responsável e o cuidado: algumas reflexões. In: Andréa Ferreira, Fernando G.; Galvão, Paulo Braga (Org.). **Direito contemporâneo: estudos em homenagem a Sergio de Andréa Ferreira**. Rio de Janeiro: De Andréa & Morgado, 2009.

GONÇALVES, Lorena Pinto; FERRAZ, Miriam Olivia Knopik. **Controle de Natalidade: a aplicação das teorias e políticas populacionais**. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/3/2021_03_1145_1182.pdf>. Acesso em: 09 jun. 2022.

IPPF. Internacional Planned Parenthood Federation. **Our History**. 2022. Disponível em: <<https://www.ippf.org/about-us#timeline>>. Acesso em: 09 jun. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MALTHUS, Thomas Robert. **Ensaio sobre o princípio da População**. Tradução de Regis de Castro Andrade, Dinah de Abreu Azevedo e Antonio Alves Cury, Série os Economistas. São Paulo: Nova Cultural, 1996.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

OPAS. Organização Pan-Americana de Saúde. **O que é planejamento familiar**. São Paulo, 2009. Disponível em: <<https://aps-repo.bvs.br/aps/o-que-e-planejamento-familiar/>>. Acesso em: 21 jun. 2022

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. **Revista brasileira de direito constitucional**, v. 9, n. 1, p. 361-388, 2007.

VELTRINI, Maria Cristina S. **Planejamento Familiar: um direito ou um dever do casal?** Maringá, 2021. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8fa350192410b66f>>. Acesso em: 10 jun. 2022

VENOSA, Sílvio de S. **Código Civil Interpretado**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: direito de família**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

CRISPR-CAS9 E DIREITOS HUMANOS: A PRESERVAÇÃO DA DIVERSIDADE EM FACE DA BIOTECNOLOGIA GENÉTICA

Julia Gandin Araujo

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Júlia Andrade de Castro

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte.
Pesquisadora em Bioética e Biodireito

Resumo:

O presente trabalho analisará a aplicabilidade da teoria dos direitos humanos frente a edição genética, mais precisamente acerca da técnica do CRISPR-CAS9. Essa tentativa de diálogo entre assuntos advém de uma conjuntura marcada pelo desenvolvimento da biotecnologia e seus impactos nos seres vivos a qual ela se destina. Assim, tal contexto em constante estágio de transformação será analisado pelas lentes do direito, bem como, para realizar a ponte entre os temas, se utilizará a bioética; uma vez que há diversos receios e questionamentos sobre os efeitos das novas técnicas. Nessa perspectiva, o objetivo desta pesquisa será, mediante um olhar crítico, realizar uma ponderação entre os riscos e benefícios da técnica, como também apresentar o conjunto normativo, majoritariamente internacional, que já existe e versa sobre a questão biotecnológica. A metodologia adotada se fundamenta no método hipotético-dedutivo, haja vista que ocorreu a elaboração de hipóteses para serem confirmadas ou contestadas mediante o uso da doutrina, artigos acadêmicos, estudos clínicos, leis nacionais, resoluções e declarações internacionais, confirmando-se também a presença de uma pesquisa bibliográfica. Além disso, é possível mencionar que houve a utilização de uma abordagem qualitativa. Diante a isso, o artigo começa explicando sobre a técnica do CRISPR-CAS9, para em seguida partir em direção à uma análise bioética e, por fim, apresentar a positivação dos tópicos abordados mediante as normas.

Palavras-chave: Bioética; Biodireito; Crispr-Cas9; Biotecnologia Genética; Direitos Humanos.

Introdução

Desde obras mais antigas como Frankenstein (SHELLEY, 2020) até os dias atuais, a busca por um ser perfeito e a mitigação dos males humanos são objetos de desejo e observação de várias áreas do conhecimento. A história da engenharia genética possui seus primeiros passos com a química britânica Rosalind Franklin, a qual, nos anos 50, iniciou os estudos sobre a estrutura molecular do DNA. A partir disso, a ciência vem se aprofundando no papel que cada gene desempenha nas características dos organismos vivos, o que resultou na descoberta de maneiras para alterar o DNA de células de diferentes espécies a fim de obter alguma vantagem biológica. A respeito disso, pode-se citar plantas mais resistentes a pragas, animais mais resistentes a doenças (SANDEL, 2013).

Dessarte, hodiernamente se descobriu que também é possível alterar o DNA de seres humanos por meio das técnicas de edição genéticas. Dentre elas, menciona-se a técnica CRISPR-Cas9, a qual traz a possibilidade de ser utilizada tanto para a profilaxia de doenças quanto para o melhoramento humano. A possibilidade de alterar o gene humano suscitou uma série de questionamentos: Quais são as aplicabilidades que essa técnica está sendo desenvolvida? Quais finalidades na sociedade ela visa atender? E, por fim, quais seriam as implicações e consequências da modificação mediante edição genética humana?

Diante a isso, esse artigo vislumbra os avanços biotecnológicos na genética, visando traçar uma interseção entre o direito e a biotecnologia, mais precisamente a questão da engenharia genética, buscando entender esse universo, bem como suas consequências frente a humanidade. Nesse sentido, o trabalho irá discorrer sobre as preocupações éticas ligadas a modificação do DNA, analisar brevemente o aparato legislativo existente no mundo, bem como investigar como a recente técnica poderá afetar o futuro próximo. Logo, para alcançar esses fins, houve a utilização de um método hipotético-dedutivo, focando em uma abordagem qualitativa, desdobrando-se também em pesquisa bibliográfica por meio de doutrinas, artigos científicos e leis que versam sobre o uso da manipulação genética.

A Técnica CRISPR-Cas9

Em primeiro lugar, a técnica CRISPR-Cas9 se origina do sistema de defesa de algumas bactérias; isso porque no código genético das bactérias há repetidas sequências de letras - aminoácidos - que até recentemente eram vistas como restos de DNA. No entanto, cientistas que o estudaram começaram a se referir à sequência como repetições curtas agrupadas regularmente espaçadas de palíndromo (CRISPR na abreviatura em inglês). Logo, descobriu-se que essas sequências eram consanguíneas de cópias de segmentos de DNA viral que haviam atacado previamente a bactéria. Portanto, é possível notar que as bactérias mantêm um registro das experiências ruins anteriores e a des-

taca para um futuro ataque de outras enzimas do sistema imunológico. Em suma, o microrganismo possui a capacidade de criar uma memória imunológica baseada em uma junção do DNA viral no organismo.

Ademais, a Cas9 é uma enzima que atua cortando precisamente as partes defeituosas do DNA que foram indicadas pela CRISPR, fazendo com que o gene defeituoso seja descartado e substituído por um gene saudável. Assim, é perspectivo que o sistema do CRISPR-Cas9 atua como se fosse uma tesoura enzimática e uma cola orgânica que em um trabalho conjunto possuem potencialidade de editar um ou mais genes (ARAÚJO; CASTRO; RIBEIRO; CASIMIRO, 2021).

No entanto, o ponto fulcral é o tipo celular que irá ser editado com esta técnica já que do ponto de vista científico, é possível editar tanto células somáticas, quanto células germinativas. As células somáticas são aquelas que fazem parte da composição de órgãos e tecidos humanos, ou seja, fazer qualquer modificação dessas células não levaria a um impacto do nosso código, já que não há hereditariedade. Mas, as células germinativas estão presentes nos gametas e embriões humanos, ou seja, pautadas na hereditariedade (VERDIVAL, 2022). Desse modo, ressalta-se que editar células germinativas acarretaria na transferência das modificações feitas para as gerações futuras. Tudo isso, acarreta em discussões no meio científico e debates éticos envolvendo a autonomia e a dignidade dos seres humanos, já que a alteração da proteção do patrimônio genético da espécie humana fere os direitos humanos. Bem como há também o questionamento sob o ponto de vista ambiental, qual seria o impacto a longo prazo da utilização dessas técnicas nas futuras gerações e ao patrimônio genético humano, marcado por sua biodiversidade.

Bioética: uma ponte entre o direito e a biotecnologia

“Nem tudo o que é cientificamente possível, é eticamente aceitável”. Essa frase dita por Van Rensselaer Potter (1971) sintetiza o objetivo primordial da bioética, no qual seria uma disciplina voltada para a reflexão sobre os limites e possibilidades da ação humana diante da vida (JUNQUEIRA, 2012). Nesse sentido, observa-se que a essa “ética da vida” se fundamenta em quatro princípios: Beneficência, não-maleficência, justiça (ou equidade) e, por fim, a autonomia. Obviamente, haverá circunstâncias em que os princípios se conflitarão, porém, mediante discussão e análise do quadro poderá se nortear de forma devida.

A ideia da bioética enquanto ponte está no fato dela trazer às ciências biológicas ideias das ciências humanistas, haja vista que toda nova tecnologia desenvolvida impacta o ser humano e a sociedade a qual ele está inserido. Dessa maneira, ao estabelecer um diálogo entre a bioética e o direito é necessário compreender que ambas possuem um mesmo objeto de proteção: o ser humano. Diante da ascensão biotecnológica torna-se de extrema prudência analisar os riscos e benefícios que a edição genética possui.

Benefícios que o CRISPR-Cas9 Propõe à Sociedade

Dentre as principais aplicações da técnica de edição genética na sociedade, aquela que traz maior entusiasmo seria o uso do CRISPR-CAS9 como protocolo terapêutico (VERDIVAL, 2022). De acordo com pesquisa publicada pela Revista Brasileira de Medicina de Família e Comunidade (2020), as doenças genéticas têm prevalência global estimada de 31,5 a 73,0 por 1.000 indivíduos. Ademais, ainda de acordo com a mesma pesquisa, doenças genéticas e defeitos congênitos representam a segunda causa de mortalidade infantil no Brasil. Dessarte, essas doenças são enfermidades inerentes ao DNA, então, é natural pensar que não há como reverter o quadro em um indivíduo acometido por uma falha em seu gene, no entanto, a terapia gênica vem trazendo a chance de reformular o que está escrito no DNA de cada um de nós. Logo, sobre as novas biotecnologias, o pensador Moser (2004), com inteligência explica: “Esta virou uma espécie de melodia que soa aos ouvidos de todos como esperança de vitória definitiva sobre um mal que atormenta a humanidade de todos os tempos.” Devido a isso, é notório perceber a importância que o desenvolvimento científico tem na vida dos seres humanos, principalmente, na busca por uma melhor qualidade de vida.

Ademais, também soma-se ao benefício elencado o fato da técnica do CRISPR-Cas9 ser considerado um procedimento barato comparado às outras técnicas de edição genética, logo, há também um ganho financeiro que pode ser direcionado para a intensificação de testes, ou seja, o fato de ser mais barata e promissora atrai a atenção de investimentos para a realização de pesquisas com a técnica (REIS; OLIVEIRA, 2019).

Os riscos do CRISPR-Cas9 no meio social e ambiente

Conforme mencionado anteriormente, a bioética e o direito buscam para si um objetivo comum de manter a dignidade da pessoa humana. Nessa perspectiva, surge uma indagação interessante: seria a técnica de edição genética uma ameaça à sua dignidade? Quais consequências poderia-se gerar ao ponto de direitos serem colocados em cheque?

Uma primeira dificuldade que pode ser enfrentar relaciona-se a discriminação de um indivíduo ou grupo tendo em vista sua condição genética. De modo mais objetivo, quando se fala de aperfeiçoamento genético tem-se uma discussão sobre o uso da técnica como um auxílio para o ser humano chegar ao estágio de perfeição (SANDEL, 2021). No entanto, o que seria essa perfeição? Quais os critérios para se estabelecer esse ser perfeito? Seria uma condição física livre de enfermidades? Seria um ser humano com alta habilidade cognitiva ou, a grosso modo, um excelente QI? Seria esse ser humano dotado de características fenotípicas específicas, aquelas valorizadas no meio social?

Durante as pesquisas foi possível encontrar exemplos históricos no qual havia uma conduta discriminatória vinculada a uma perspectiva genética. O primeiro exemplo, relaciona-se ao movimento eugenista. Em primeiro lugar,

entende-se Eugenia como uma “ciência que estuda as melhores condições para a reprodução e aprimoramento humano” (DINIZ, 2017) tendo a possibilidade da mesma de desenvolver enquanto Eugenia positiva, cujo foco está no desenvolvimento de conhecimentos científicos e medidas sanitárias com o objetivo de gerar-se descendentes saudáveis, e a Eugênia negativa a qual busca evitar que os genes defeituosos sejam repassados mediante medidas de esterilização ou eliminação de seus portadores, entrando na seara do aborto eugênico e eutanásia (DINIZ, 2017). Percebe-se que o último tipo de eugenia leva consigo um comportamento antiético, uma vez que coloca em contraposição diversos direitos fundamentais como o direito à vida, à liberdade de escolha (autonomia), assim como a não discriminação de um indivíduo devido a sua condição.

Um exemplo ilustrativo seria o caso *Buck vs Bell*, no qual uma mulher chamada Carrie Buck foi esterilizada compulsoriamente pela Suprema Corte dos Estados Unidos para que sua “imbecilidade” não acontecesse aos seus descendentes (JUSTIA, 2019). Também, vale salientar a união dessa Eugenia negativa à teorias de cunho racistas, as quais hierarquizam a espécie humana e colocava enquanto modelo de perfeição um padrão anglo-europeu/anglo-norte-americano. Pôde-se mencionar as Leis de Nuremberg como o auge de atuação desse contexto eugênico, pois, adicionou-se ao ordenamento alemão da época mediante a Lei de Proteção do Sangue e da Honra Alemã, medidas anti miscigenação mediante proibição de matrimônio e relações sexuais entre judeus e não judeus (USHMM, 2019).

Nos dias atuais, ainda é possível visualizar uma movimentação tímida dessas ideias (SANDEL, 2021), havendo uma menção ao caso em investigação pelo Ministério Público Federal brasileiro acerca de uma petição online que requisitava a proibição de casamentos inter raciais e, consecutivamente, a mestiçagem. Nas justificativas teóricas dessa petição estava que a miscigenação “pressupõe a extinção das raças puras, o que configura uma espécie de genocídio, podendo, por jurisprudência, ser criminalizada” (MENEZES, 2021). Nesse sentido, tais exemplos citados procuram evidenciar que dentro da esfera subjetiva sobre como se configura um ser humano perfeito existem correntes que possuem uma visão de base racista para responder essas questões.

Outro ponto a ser considerado enquanto dificuldade, principalmente levando em conta o atual estágio da técnica do CRISPR-CAS9, gira em torno das pessoas que se voluntariam para participar das etapas de teste nas pesquisas de edição genética. Quaisquer participantes de pesquisa, por diversas vezes, são colocados em condição de vulnerabilidade, haja vista que seu corpo será usado na comprovação de uma série de estudos, bem como para a análise das consequências a curto e longo prazo desses estudos. Neste sentido, é necessário lembrar que cada voluntário em uma pesquisa científica continua sendo um ser humano dotado de direitos, os quais não podem ser menosprezados mesmo nas situações em que não se pode calcular exatamente quais os danos em contraposição com benefícios que este pode receber diante de

um teste. A partir disso, evidencia-se a questão da autonomia que um voluntário usufrui na hora de se submeter a pesquisa, uma vez que caso seja a sua vontade, o mesmo pode não iniciar os testes ou sair deles em qualquer etapa que estiver. Além disso, vale lembrar que sua participação só possui status legal se o mesmo tiver consentido, tal processo de consentimento necessita ser informado, isto é, o processo para se autorizar a presença de uma pessoa ocorrerá mediante o ato de informá-la sobre os riscos e benefícios da pesquisa, bem como deixar claro os direitos que ela possui e a estrutura criada para preservá-los. A implementação de uma estrutura para atender ao participante de pesquisa torna-se primordial na prevenção de exploração e desumanização do sujeito submetido a testes de pesquisa.

Ademais, compreende-se que a edição genética envolve um processo que mexe com o patrimônio genético da humanidade. Logo, percebe-se que a técnica do CRISPR-CAS9 além de uma dimensão biológica, social e filosófica, também relaciona-se a uma questão ambiental. Haja vista que a biodiversidade se faz presente na variedade de genes que se encontra no meio ambiente, seja na fauna, seja na flora, seja na própria espécie humana; aliás pode-se mencionar a intercessão entre esses sujeitos da natureza, tendo em vista a inserção de genes de animais no processo terapêutico de seres humanos. Assim, o trabalho busca lembrar que os atuais testes sobre a edição genética ainda não demonstraram consequências a longo prazo. Isso pode ser observado em um artigo publicado pela Universidade de Tel Aviv no qual observou-se que às vezes a reorganização das partes clivadas do DNA podem comprometer uma estabilidade genômica, bem como diante de uma quebra do gene o mesmo não conseguiria se recuperar em certas conjunturas (NAHMAD *et al.*, 2022).

A biotecnologia e os Direitos Humanos

Ao longo da história, foram surgindo os direitos humanos e consequentemente novas perspectivas sobre os direitos já reconhecidos, sempre objetivando uma maior proteção à pessoa humana e complementando os demais direitos já existentes. Atualmente, além do reconhecimento das gerações tradicionais de direitos, há também o entendimento da existência de uma quarta geração, a qual compreende os direitos da biotecnologia, manipulação genética e bioética; a característica primordial dessa geração seria reafirmações sobre os direitos já existentes, mas postos em perigo devido ao novo contexto tecnológico (BOBBIO, 1992).

Assim, é perceptível que a técnica de edição genética pode ter uma grande utilidade para a humanidade. No entanto, observa-se um grande temor nesse passo de se editar genes cujas características podem ser repassadas para as próximas gerações tendo em vista que eliminar uma doença temida parece uma ótima ideia, mas a maioria das doenças e características humanas têm origens genéticas complexas que ainda são difíceis de entender. Outro temor

seria a utilização dessa técnica correlacionada com a ideia da busca pela perfeição humana. Pois, partiria de uma questão extremamente subjetiva sobre o que seria “perfeito”, uma situação que pretendemos abordar melhor no próximo tópico.

Nesse sentido, a pesquisa de direcionou para identificar na esfera internacional documentos que mostram-se preocupados em garantir os direitos dos indivíduos e dialogar com as novas tecnologias. O principal deles, o qual forma o centro de toda teoria dos direitos humanos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), esta irá definir quais são os direitos inerentes à condição humana que precisam ser resguardados. Há também a Declaração Internacional do Genoma Humano e os Direitos Humanos (1999), cujo os esforços concentra-se em garantir um ambiente em que a diversidade genética seja preservado, bem como busca combater a chamada discriminação genética. Ademais, a mesma declaração coloca os seguintes termos quanto a pesquisa com genoma:

Art. 5 - e) Se, de acordo com a legislação, a pessoa tiver capacidade de autodeterminação, a pesquisa relativa ao seu genoma só poderá ser realizada em benefício direto de sua saúde, sempre que previamente autorizada e sujeita às condições de proteção estabelecidas na legislação vigente. Pesquisa que não se espera traga benefício direto à saúde só poderá ser realizada excepcionalmente, com o maior controle, expondo a pessoa a risco e ônus mínimos, sempre que essa pesquisa traga benefícios de saúde a outras pessoas na mesma faixa etária ou com a mesma condição genética, dentro das condições estabelecidas na lei, e contanto que essa pesquisa seja compatível com a proteção dos direitos humanos da pessoa.

Vale também mencionar que a declaração leva em consideração a liberdade de pesquisa científica, e exige que os Estados tomem as medidas necessárias para se estabelecer um ambiente marcado por essa liberdade.

Outro documento de igual importância é a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos (...), haja vista que toda pesquisa gera informações, como também os genes humanos podem ser considerados depósitos vivos de informações sobre o ser humano, sua biologia, seu passado (por meio da ancestralidade) e seu futuro (mediante a análise de risco genético). Assim, reafirma-se o combate à discriminação do ser humano devido às suas condições genéticas. Um ponto interessante é que a norma considera que a estigmatização pode acontecer a um grupo ou uma comunidade também.

Já quando fala-se especificamente de pesquisa envolvendo seres humanos, um grande referencial é a Declaração de Helsinque (2013), a qual leva consigo já percepções bioéticas:

Ponto 8 - Embora o objetivo primário da investigação médica seja gerar novo conhecimento, essa finalidade nunca prevalece sobre os direitos e interesses individuais dos participantes na investigação.

Ponto 11 - A investigação médica deve ser realizada de modo a minimizar eventuais danos ambientais.

Ponto 15 - Devem ser assegurados indenizações e tratamentos adequados aos sujeitos que sofrerem danos por participarem em investigações.

Ponto 20 - A investigação médica que envolva grupos vulneráveis apenas é justificada se der resposta a prioridades e necessidades de saúde desse grupo e se a investigação não puder ser feita num grupo não-vulnerável. Além disso, este grupo deve beneficiar do conhecimento, práticas ou intervenções que resultem da investigação.

Vale lembrar a problemática do Brasil em relação ao direito internacional, uma vez que o país possui dificuldade no seu ordenamento interno de respeitar e levar em consideração as normas produzidas no âmbito internacional, normalmente, o “reconhecimento” ocorre apenas pelo processo de ratificação (CARREAU; BICHARA, 2021). No mais, até aquelas ratificadas possuem dificuldade de dialogar com demais normas já originárias do sistema interno.

Em uma perspectiva nacional, uma legislação específica para manipulação genética (mesmo não sendo a única matéria que a lei regula) seria Lei de Biossegurança (2005), a qual proíbe engenharia genética em célula germinativa humana, zigoto humano ou embrião humano, cria os órgãos reguladores, prevê crimes e penas em relação à biossegurança, e, por fim traz a questão da responsabilidade civil e administrativa. Outra norma também importante é a Resolução nº 466/ 12 do Ministério da Saúde (2012), a qual regula especificamente a pesquisa em seres humanos no Brasil.

Portanto, a bioética e suas questões perpassam pelas normas e discussões da Ciência Jurídica, uma vez que a mesma possui sua contribuição na proteção do ser humano frente ao desenvolvimento da biotecnologia e seus desafios. O ordenamento nacional em si possui algumas lacunas, o regulamento mais completo se encontraria na resolução promovida pelo Ministério da Saúde, enquanto a Lei de Biossegurança, mesmo sendo um instrumento de avanço, ela possui carácter generalista ao abordar a biotecnologia. As normas internacionais trazem uma base, porém, é preciso atentar-se à postura impassível do Brasil em relação a aplicabilidade e consideração de normas internacionais no seu sistema jurídico. Tem-se um longo caminho de discussões sobre a técnica do CRISPR-CAS9, em concomitância, há uma necessidade de diálogo entre a biotecnologia e os direitos humanos, a fim de garantir a dignidade da pessoa humana, a autonomia, a justiça e uma maior beneficência.

Conclusão

A biotecnociência fundamentou as condições necessárias para a manipulação dos genomas e a bioética possui o desafio de apresentar possíveis usos das biotecnologias desenvolvidas na genética. Vale salientar que não se pode cair em um extremo no qual “demoniza” a biotecnologia ao ponto de

querer cessar esses tipos de pesquisas ou equipará-la a algo criminoso; tal caminho mostra-se extremamente perigoso, pois, além de inviável, afronta o direito à liberdade intelectual e liberdade de pesquisa científica. Se hoje várias pessoas ao redor do mundo possuem qualidade de vida, mesmo enfermas, a biotecnologia possui sua parcela de contribuição. No mais, o outro extremo em que não há regulação ou reflexão alguma sobre o desenvolvimento da tecnologia, traz um cenário igualmente perigoso, haja vista que além das liberdades existem as responsabilidades com as pessoas submetidas no ambiente de pesquisa, como também com a sociedade que receberá a técnica. A dignidade do ser, o direito à escolha e o desenvolvimento da livre personalidade são garantias inerentes à condição humana.

Referências

ARAUJO, J. G.; CASTRO, J. A.; RIBEIRO, Y. K. C.; CASIMIRO, A. H. T. **Engenharia genética na prevenção de doenças: perspectiva da jurisprudência no Brasil**. Disponível em: https://www.editorainovar.com.br/_files/200001964-ec5d9ec5dc/LIVRO%20-%20DIREITO%20CIVIL%20E%20DIREITO%20CONSTITUCIONAL%20E%20SUAS%20NUANCES.pdf?ph=a3ca205532

Associação Médica Mundial (AMM). **Declaração de Helsinque**. Escócia: 2000. Disponível em: https://www.wma.net/wp-content/uploads/2016/11/491535001395167888_DoHBrazilianPortugueseVersionRev.pdf. Acesso em: 15 set. 2022

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Giulio Einaudi Editore. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. **Lei no 11.105, de 24 de março de 2005**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111105.htm. Acesso em: 15 set. 2022

BRASIL. **Resolução no 466, de 12 de dezembro de 2012. Dispõe sobre diretrizes e normas regulamentadoras de pesquisas envolvendo seres humanos**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 13 de jun. 2013.

CARREAU, Dominique; BICHARA, Jahyr-Philippe. **Direito Internacional** - 3. ed. - Paris: A. Pedone, 2021.

Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos, 1999. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000122990_por. Acesso em: 11 nov. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed., rev., aum. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017

JUNQUEIRA, Cilene Rennó. **Bioética**. Recurso Educativo. Universidade Federal de São Paulo - UNA-SUS/UNIFESP, 2012. Disponível em: <https://ares.unasus.gov.br/acervo/handle/ARES/231>. Acesso em: 26 out. 2022.

Justia, Us Supreme Court, Decisão Judicial [Internet]. **Buck v. Bell**, 274 U.S. 200 (1927), 2019. Disponível: <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/274/200/case.html#207>

Manipulação genética e dignidade da pessoa humana. Disponível em: https://repositorio.ual.pt/bitstream/11144/4030/1/DISSERTA%C3%87%C3%83O%20%20genoma%20final%2021_03_2018-2%20corrigida%20ultima%20vers%C3%A3o%20COM%20A%20CAPA%20nova%20para%20imprimir.pdf. Acesso em: 14 de set. 2022

MENEZES, Leilane. **Petição contra o casamento interracial no Brasil será investigada**. 2021. Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/peticao-contra-o-casamento-interracial-no-brasil-sera-investigada?amp>. Acesso em: 15 set. 2022

MOSER, Antônio. **Biotecnologia e bioética: para onde vamos?** Perópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 225.

Nahmad, A.D., Reuveni, E., Goldschmidt, E. et al. **Frequent aneuploidy in primary human T cells after CRISPR-Cas9 cleavage**. Nat Biotechnol (2022). <https://doi.org/10.1038/s41587-022-01377-0>

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PEREIRA, Tiago Campos (org.). **Introdução à Técnica de CRISPR**. Sociedade Brasileira de Genética. Editora Cubo. 2016.

POTTER, Van Rensselaer. **Bioethics: Bridge to the Future**. New Jersey: Prentice Hall, 1971. p. 205.

REIS, E. V. B.; OLIVEIRA, B. T. **CRISPR-CAS9, biossegurança e bioética: uma análise jusfilosófica-ambiental da engenharia genética**. Veredas do Direito, Belo Horizonte, v. 16, n. 34, p. 123-152, jan./abr. 2019. Disponível em: <http://revista.domhelder.edu.br/index.php/veredas/article/view/1490>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética**. Trad. de Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

Santos CS dos, Kishi RGB, Costa DLG da, Silva DSD da, Narciso TRF, Avó LR da S de, Germano CMR, Sandes KA, Acosta AX, Melo DG. **Identificação de doenças genéticas na Atenção Primária à Saúde: experiência de um município de porte médio no Brasil**. Rev Bras Med Fam Comunidade [Internet]. 13º de agosto de 2020 [citado 6 de novembro de 2022];15(42):2347. Disponível em: <https://rbmfc.org.br/rbmfc/article/view/2347>

United States Holocaust Memorial Museum. (USHMM). **“NUREMBERG RACE LAW”**, 2019. Disponível em: <https://encyclopedia.ushmm.org/content/en/article/introduction-to-the-holocaust>. Acesso em: 15 nov. 2022.

VERDIVAL, Rafael. **As implicações bioéticas-jurídicas do uso da edição genética como protocolo terapêutico**. 1. ed. Joinville: Clube de Autores, 2022. v. 1.

SISTEMA DE PENSÕES CHILENO: FORMA JURÍDICA E LUTAS SOCIAIS¹

Deise Lilian Lima Martins

Doutoranda e Mestre em Direito do Trabalho e da Seguridade Social - Universidade de São Paulo. Especialista em Direito da Seguridade Social - Universidade Cândido Mendes. Integrante do Grupo de Pesquisa CNPq Direitos Humanos, Centralidade do Trabalho e Marxismo

Resumo:

O presente artigo debate o sistema de pensões chileno a partir dos aspectos relacionadas à forma jurídica a às lutas sociais. Busca-se evidenciar que a experiência chilena consiste em exemplo peculiar de como a violência e a repressão viabilizaram a implementação do modelo privado de previdência, angariando enorme rentabilidade para o capital, especialmente, estrangeiro. Ainda, busca-se demonstrar por meio da experiência chilena como o direito opera, por meio da conformação da forma jurídica, na desmobilização das revoltas populares e no aprisionando as lutas sociais. Inicialmente são analisados os elementos estruturais do sistema chileno e do desenvolvimento econômico no período inicial da consolidação do regime privado, em seguida, passa-se ao exame da relação entre a repressão promovida pelo regime ditatorial com a reestruturação da previdência chilena e, por fim, realiza-se a reflexão crítica acerca das mais recentes mudanças normativas sobre o sistema de pensões, evidenciando os limites das alterações de conteúdo da forma jurídica.

Palavras-chave: América Latina; Previdência; Chile; Lutas sociais; Forma jurídica.

Introdução

Certa vez escreveu Eduardo Galeano: “Nossa riqueza sempre gerou nossa pobreza por nutrir a prosperidade alheia: os impérios e seus beaguins nativos”, uma frase que traduz a posição da América Latina no mundo em que o “desenvolvimento desenvolve a desigualdade” (2010, p. 19). Essa reflexão nos leva a compreender que a formação do modo de produção capitalista não se deu de modo simultâneo e uniforme em todos os países do mundo.

¹ O presente artigo foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES).

O capitalismo na América Latina se estruturou a partir da realidade colonial, marcada pela submissão dos povos originários e escravizados ao modo de produzir a vida material imposta pelos países imperialistas. Esse processo de consolidação do capitalismo implicou em estratégias de desenvolvimento econômico que buscavam acelerar o crescimento da indústria, por meio, também, da abertura da economia nacional para o capital estrangeiro.

O advento do sistema de pensões chileno foi marcado pela vigência de um regime ditatorial, apoiado em práticas ultraliberais, que instituiu um modelo privado de pensões (por meio do Decreto Lei nº 3.500 de 1980), privilegiando os fundos privados de pensão. Com o início dos ciclos de aposentação decorrentes desse modelo, temos como resultado a condição precária da classe trabalhadora chilena que não conseguiu ao longo da vida laborativa aportar valores suficientes para a aposentação minimamente digna. Do outro lado, temos as Administradoras de Fundos de Pensão (as AFPs), que gozam da enorme rentabilidade dos respectivos fundos e o próprio capital estrangeiro. Ao longo dos anos, esse modelo de previdência passou por alterações legislativas, as quais, contudo, não realizaram mudanças profundas no sistema de pensões, mantendo-se as contradições geradas pela desproteção social. Recentemente, o governo chileno, como resposta aos protestos sociais ocorridos por todo o país, propôs, entre outras questões, alterar de forma mais significativa o sistema de pensões, considerando a proposta da nova Constituição.

Não obstante todos os recentes fatos sobre a constituinte chilena, o que buscaremos destacar no presente artigo é que a experiência chilena consiste em exemplo peculiar de como a violência e a repressão viabilizaram a implementação do modelo privado de pensões, angariando enorme rentabilidade para o capital, especialmente, estrangeiro. Ainda, buscaremos destacar a experiência chilena para evidenciar como o direito opera, por meio da conformação de seu conteúdo, na desmobilização das revoltas populares e no aprisionando as lutas sociais. Assim, como percurso, partiremos do estudo quanto ao modelo de previdência chileno, especialmente a partir dos elementos estruturais, seguindo para a análise do desenvolvimento econômico no período inicial de sua consolidação, considerando especialmente fatores do contexto da implementação do regime privado, em seguida, proporemos uma reflexão sobre a relação entre a repressão promovida pelo golpe militar e da ditadura que se sucedeu com a reestruturação da previdência chilena, trabalhando, por fim, com o evidenciamento sobre os limites das alterações de conteúdo das normas jurídicas.

O modelo de previdência chileno

A previdência no Chile possui um modelo considerado como antagônico em relação ao sistema de previdência social brasileiro, pautado pela solidariedade social. Isso porque é estruturado segundo uma lógica privada. Leonardo Alves Rangel e Matheus Stivali (2018) asseveram que os desenhos iniciais

dos sistemas de previdência na América Latina foram constituídos no início de forma bastante otimista, que se mostraram insustentáveis a longo prazo. Destacam os autores que a partir do rápido envelhecimento populacional e das crises econômicas que afetaram alguns países na região, os Estados se tornaram incapazes de financiar seus sistemas de previdência, situação essa que motivou a promoção de reformas, sendo a primeira no Chile, em 1981.

Para além de inspiração quanto à realização de reforma estrutural no sistema de previdência, o Chile também serviu de inspiração para a introdução da lógica da capitalização individual (seja de forma supletiva ou paralela) (Stivali; Rangel, 2018, p. 185): Peru (1993), Argentina (1994), Colômbia (1994), Uruguai (1996), Bolívia (1997), México (1997), El Salvador (1998), Equador (2001), Costa Rica (2001), República Dominicana (2003) e Panamá (2005). O modelo chileno não foi apenas inspiração no âmbito da América Latina, também adquiriu relevância no debate em torno de reformas previdenciárias no mundo, tendo sido citado como um paradigma internacional de reforma por uma importante publicação do Banco Mundial em 1994 (NITSCH; SCHWARZER, 1998, p. 96), justamente por seu perfil de capitalização.

Antes do “novo” modelo, pode-se asseverar que o Chile possuía um sistema de pensões considerado como a primeira experiência de seguridade na América Latina, em 1924. Segundo o Jornal El Pueblo, do Chile (2019), tratava-se de uma legislação decorrente da luta revolucionária das massas trabalhadoras, sendo um sistema social que concedeu cobertura por velhice, invalidez e morte aos trabalhadores até a década de 1980, sob o regime militar, quando da implementação do novo modelo. Em geral, o antigo sistema de pensões tinha natureza semiestatal, mediante o regime de repartição (as contribuições dos ativos sustentavam as pensões dos aposentados), no qual os trabalhadores eram cotados de acordo com o ramo de atividade e o Estado contribuía com uma porcentagem. O atual modelo foi adotado a partir de 1981, sob o governo ditatorial de Augusto Pinochet, instituído pelo Decreto Lei nº 3.500 de 1980, tendo como ideólogo José Piñera, à época Ministro do Trabalho, Previdência Social e Mineração. Fato curioso a se destacar é que existem fontes indicando que o próprio Pinochet não estava convencido a implantar esse sistema. Segundo o Jornal El Pueblo, do Chile (2019), algumas atas da Junta Militar, tornadas públicas há alguns anos, revelam discussões anteriores à implementação do modelo, constando que o ditador Pinochet teria dito: “Aqui dois ou seis impérios do dinheiro aparecerão, e eles administrarão tudo (...) eles controlarão o Estado. Isso que é perigoso. Não ocorrerá agora, mas com o tempo. Em oito ou dez anos eles terão o país em suas mãos”. Outro fato curioso é que o único setor não submetido ao novo sistema de pensões, até os dias atuais, inclusive, é o das Forças Armadas chilena, que são financiadas em 90% pelo Estado, auferindo aposentadorias e pensões com valores maiores do que as pessoas que se aposentam pelo sistema de AFP (Jornal El Pueblo, 2019).

Esse modelo que surgia se trata de um sistema de previdência que pode

ser considerada como uma “poupança forçada” junto às Administradoras de Fundos de Pensão, conhecidas como AFPs, que são entidades de direito privado, controladas por empresas de capital estrangeiro, que substituíram aos poucos os antigos institutos previdenciários que tinham natureza pública (NITSCH; SCHWARZER, 1998, p. 97). Considerando-se os parâmetros previstos na estruturação inicial do sistema de previdência, tem-se que as contribuições são definidas - diferentemente de como ocorre em regimes de repartição, nos quais os benefícios são definidos, operando-se a solidariedade e o pacto de gerações, como é o caso do Brasil - e ocorrem depósitos em contas individuais, os quais são capitalizados e reinvestidos em instrumentos financeiros. Em relação aos benefícios, existem os programados e os variáveis, os primeiros podem ser entendidos como as aposentadorias, pagas pela APF como prestação mensal, recalculada anualmente, ou então se adquire com uma seguradora de vida o direito à aposentadoria vitalícia, ainda, pode-se combinar ambas as formas. Já em relação aos benefícios variáveis, calcula-se com base no equilíbrio atuarial, considerando-se também outros parâmetros, como o saldo acumulado e a expectativa de sobrevida do contribuinte. No mais, existe contribuição adicional para a cobertura dos eventos de invalidez e morte, mediante plano coletivo de seguro privado, contratado por meio da AFP (NITSCH; SCHWARZER, 1998, p. 97).

Importante destacar que, conforme demonstra Nitsch e Schwarzer, foram feitas promessas relativas ao novo modelo de previdência na época (1998, p. 97):

As promessas feitas são amplas: diz-se que serão eliminadas transferências de renda perversas desde os menos aos mais necessitados, existentes sob o sistema antigo. Alega-se que o nível de proteção social melhoraria e que o novo sistema gozaria de maior aceitação, já que contas individualizadas são mais facilmente controláveis do que os “direitos abstratos” sob o mecanismo anterior. Mais: os recursos agora estariam fora do alcance do Estado, de seus abusos e de expropriações “a frio”, via inflação ou do risco de inadimplência estatal. Fala-se que os afiliados terão maior liberdade de opção quanto a quem deva administrar sua poupança destinada à velhice, já que é possível mudar de AFP periodicamente. Fora isso, promete-se que a livre concorrência entre várias AFP aumentaria a eficiência do sistema previdenciário. Finalmente, prega-se que sistemas baseados na capitalização individual não estão sujeitos a problemas demográficos e, principalmente, que eles resultariam em uma elevação da taxa de poupança agregada da economia e, conseqüentemente, um maior ritmo de crescimento econômico.

Essa narrativa demonstra o passo a passo cruel para justificar a privatização da “coisa pública”, ainda que não seja necessário. Ou seja, desqualifica-se a o caráter público e a sua administração pelo Estado, denotando-o como entidade desprovida de condições de administrar o fundo previdenciário, rela-

cionando tudo isso com a liberdade individual que o sistema de capitalização em tese se pautaria e proporcionaria aos cotistas, considerando especialmente a possibilidade de migrar de AFP, como forma de inserir a livre concorrência e a liberdade de escolha como fatores positivos para o sistema. Em 1996, quinze anos após a implementação do novo sistema, o patrimônio administrado pelas AFPs era avaliado em US\$ 28 bilhões, equivalendo a 40% do PIB chileno no ano (NITSCH; SCHWARZER, 1998, p. 98).

Com o início dos ciclos de aposentação decorrentes desse modelo de previdência, tem-se como resultado a condição precária da classe trabalhadora chilena no tocante à aposentadoria (OCDE, 2017), a qual não conseguiu ao longo da vida laborativa aportar valores suficientes para a aposentação minimamente digna. Do outro lado, as AFPs gozam da enorme rentabilidade dos respectivos fundos (DIEESE, 2019), consequentemente, o próprio capital estrangeiro.

Esse modelo de previdência passou por alterações legislativas, especialmente com a criação, em 2008, do Sistema de Pensões Solidárias, que potencializou o pilar solidário no modelo chileno, ampliando a participação do Estado de forma complementar (COSTA, SENNA, 2022, p. 75). No mesmo ano, foram instituídas duas medidas, a Pensão Básica Solidária e a Contribuição Previdenciária Solidária, o primeiro destinado a amparar velhice e invalidez de pessoas não inseridas no sistema e o segundo objetivando incrementar as aposentadorias e pensões por invalidez com valor irrisório (HEIN; MACHADO; OLIVEIRA, 2019, p. 3). Contudo, tais medidas não realizaram alterações profundas no sistema de pensões, mantendo-se as contradições geradas pela desproteção social.

O desenvolvimento econômico e a criação do sistema privado

A principal justificativa sobre a reformulação do sistema de previdência chileno se referiu às crises econômicas que afetaram países da América Latina no período, bem como o resultado deficitário do modelo de previdência anterior, considerado benevolente e otimista. Nesse sentido, importa analisarmos como o Chile foi afetado economicamente e em que medida impactou o sistema de previdência.

Importante voltar os olhos para o período anterior ao golpe militar, para evidenciarmos como caminhava a economia. Segundo Francisco Roberto Fuentes Tavares de Lira (2010), a economia chilena vinha caminhando bem, em uma dinâmica primário-exportadora, pautada pela venda de *comodities*, considerando uma estabilidade política decorrente de uma forte tradição republicana desde 1817, resultando no desenvolvimento de um regime democrático capaz de alcançar as várias esferas da sociedade. Contudo, a partir de 1930, considerando a grande depressão de 1929, passou a sofrer profundas transformações, tendo que interromper o processo de importação, de modo que “[...] o país parou de importar bens de consumo leves (têxteis e calçados) para

começar a produzi-los internamente”, ainda, a ascensão da indústria também sofria dificuldades para se sustentar, pois tinha suporte no comércio internacional (LIRA, 2010, p. 2).

Com isso, a industrialização focalizada no mercado interno tornou-se a saída viável, considerando a paralização das transações internacionais, mas essa inversão na economia (da importação para a produção interna) exigiu a importação de bens de capital (itens necessários para a produção interna), acarretando o aumento de divisas (moeda quando utilizada fora de sua nação emissora), gerando maior necessidade de retenção pelo Estado da riqueza produzida (essencialmente decorrente da exploração do cobre, considerando a dificuldade da produção agrícola, diante da geografia do país) para custear a produção interna (LIRA, 2010, p. 3).

Em 1970 alterou-se o cenário político, pois o povo chileno elegeu como presidente do país Salvador Allende, primeiro presidente da América Latina publicamente de esquerda a ser eleito democraticamente (LIRA, 2010, p. 3). Entre as medidas econômicas de Allende, os processos de reforma agrária e de estatização se destacavam:

Com isto em mente, a política econômica de Allende realizou a reforma agrária, [...] destinou os recursos de política agrária para conceder crédito aos novos proprietários rurais que se formavam. [...] Allende destacou-se principalmente pela estatização das companhias de mineração, ou seja, o subsolo foi nacionalizado, e a riqueza vinda do cobre pertenceria em sua totalidade ao Chile. Além disso, importantes oligopólios do setor bancário (nacional e transnacional) e de telefonia foram expropriados e tiveram a propriedade transferida ao Estado. [...] o governo buscou apropriar-se de empresas de outros setores, como o têxtil e alimentício.

Assevera Lira (2010, p. 4) que a política de Allende era pautada no aumento da demanda agregada, ou seja, “[...] aumentar o salário mínimo, elevar o crédito e o gasto público, contratar trabalhadores para as novas empresas estatais (expropriadas)”. Ainda segundo o autor, entre 1971 e 1972 houve um desajuste da situação, pois o problema do aumento da demanda agregada era o estímulo à procura, havendo o risco de exceder a produção e acelerar a inflação. E foi o que ocorreu nesse período. Apesar das tentativas de reajustar o cenário econômico, o Chile se viu sem apoio econômico internacional, tendo persistido o descontrole da inflação e os obstáculos da economia para o aumento da renda nacional - o PIB retraiu-se em -1,2% em 1972 (LIRA, 2010, p. 5).

Em 1973 ocorreu o golpe militar e a tomada do país pelas Forças Armadas, instaurando-se violentamente o regime militar. Esse regime, liderado por Augusto Pinochet, não possuía de início um projeto econômico para o país. Nesse contexto, entram em cena as políticas neoliberais pelos denominados “Chicago Boys”, grupo de economistas oriundos da Escola de Economia de

Chicago, os quais “[...] buscaram dar ao mercado um papel maior na regulação da vida econômica do país”, influenciados pela linha de pensamento de Milton Friedman² e “[...] responsáveis por tornar o Chile o primeiro país a seguir a doutrina neoliberal” (LIRA, 2010, p. 5). Em relação às medidas adotadas pelo regime ditatorial (LIRA, 2010, p. 5):

As primeiras medidas adotadas pelos militares foram anular a reforma agrária de Allende, ao devolver as terras aos antigos proprietários, e reprimir agressivamente os movimentos sociais e os sindicatos, o que possibilitou a economia chilena a ter uma relativa estabilidade. Ao retomar o controle da economia, as autoridades econômicas diagnosticaram que a inflação, que terminou em 1973 com 508%, era derivada da demanda, e dessa forma, reduziram severamente em 1974 a circulação de moeda a fim de conter o consumo. A crença dos monetaristas de que as medidas de contração monetária constituíam-se eficientes instrumentos na contenção da inflação, não encontrava respaldo na economia chilena, já que o controle monetário não se viu capaz de reduzir o nível de preços, o qual se manteve em 1974 e 1975, a 300%. O efeito mais grave dessa ação não foi sua própria impotência, mas sim, ter afundado o Chile numa depressão, que no ano de 1975, encalhou 12% do PIB.

A partir de 1975 foram implementadas diversas privatizações, que reduziram significativamente a influência do Estado na economia, mas apenas com a apreciação cambial e abertura comercial a inflação teve redução, abrindo-se as portas para a liberalização financeira (LIRA, 2010, p. 6). Contudo, a atuação do mercado sem controle propiciou maior acumulação de riquezas por pequenos grupos, permitiu a concentração dos bancos, sem impactar positivamente para o crescimento do país. A taxa média de crescimento do PIB foi de 8% entre 1977 e 1981, porém, dependia-se muito de recursos externos para tanto e em 1982 houve abrupto encarecimento da taxa de juros externos (LIRA, 2010, p. 7). Com isso, o Chile passou a ter sua dívida externa aumentada, empresas do setor privado e bancos começaram a falir. A nova recessão chilena contou com queda do PIB de 14% em 1982, o que gerou a necessidade de intervenção estatal para salvar empresas e bancos, socializando os prejuízos que a iniciativa privada, desenfreada, ocasionou para o país (LIRA, 2010, p. 7).

A repressão e a reestruturação da previdência

O golpe militar de 1973 foi extremamente violento, assim como o regime ditatorial chileno. Nas palavras de Christian Zambrano, dirigente sindical e coordenador da Federação Sindical Mundial no Chile, no 2º Congresso da Intersindical Central da Trabalhadora (2019), o governo do ditador Augusto Pi-

² Milton Friedman foi um economista norte-americano que se tornou o principal representante da Escola de Chicago durante o final do século XX, cuja doutrina era pautada pela perspectiva do livre mercado.

nochet “matou e fez desaparecer homens e mulheres e aniquilar o movimento sindical”. A privatização da previdência chilena se deu nesse contexto, da adoção de medidas pelo governo militar, encabeçadas pelos “Chicago Boys”, na tentativa de fazer do Chile um “tubo de ensaio” para a completa liberalização financeira de um país. O sistema de pensões foi alvo na medida em que era administrado pelo Estado e envolvia quantidade vultuosa de recursos, que passaram diretamente para a iniciativa privada, por meio das Administradoras de Fundos de Pensão, no contexto de reduzir drasticamente o tamanho do Estado e a sua gestão dos recursos.

É importante compreender a perspectiva econômica acerca da reestruturação da previdência, mas também entender que essa medida (assim como outras medidas de privatização extrema) somente foram possíveis a partir da repressão e violência contra o povo chileno. Com sindicatos ilegais, resistências sendo silenciadas, pessoas sendo mortas, a possibilidade de questionar os rumos do sistema de pensões era quase inexistente. Asseveram Anna Flavia Arruda Lanna Barreto e Natália Silva Teixeira Rodrigues de Oliveira (2019) que “[...] os militares chilenos aboliram a Constituição, estabeleceram um estado de sítio em todo o território nacional e executaram centenas de pessoas”, não estavam preocupados em seguir algum tipo de legalidade, sendo os principais alvos os apoiadores de Allende, membros dos partidos socialistas e comunistas, “Estima-se que, durante os cinco primeiros anos da ditadura chilena, cerca de 200 réus foram sentenciados à pena de morte”. Diante disso, o novo modelo foi imposto ao povo chileno, a partir de promessas de melhor cobertura e, especialmente, maior controle e administração dos recursos, considerando que o Estado estaria desviando os recursos destinados ao sistema.

Segundo Marcus Orione Gonçalves Correia (2021), na medida em que há o acirramento da luta de classes o capitalismo utiliza-se estrategicamente do distanciamento entre Estado e sociedade civil, sendo que pelo contrário, com a menor intensidade da luta de classes, há uma aproximação entre ambas (ficando mais difícil divisar onde começa o público e em que momento se está falando do privado). Nesse sentido, com a repressão militar a possibilidade de enfrentamento da classe trabalhadora face ao regime era neutralizada, especialmente nos primeiros anos da ditadura, de modo que a privatização de setores importantes, ou seja, a diminuição do Estado e a maior incidência da atuação privada, deu-se de forma bastante direta, o que inclui o sistema de previdência. Significa igualmente que o elemento da violência empregado viabilizou a substituição do público pelo privado.

Ser controlado pela iniciativa privada significa, no caso das Administradoras de Fundo de Pensão, ser controlado por conglomerados financeiros internacionais, tais como Metlife (Estados Unidos), Principal Financial Group (Estados Unidos), Citigroup (Estados Unidos), BTG Pactual (Brasil) e Grupo Sura (Colômbia) (SOLIMANO, 2017). O produto do trabalho de anos da população chilena está nas mãos de grandes empresas internacionais, que utilizam os recursos por anos e proporcionam enorme rentabilidade para as

referidas empresas, por meio das AFPs. Verifica-se que das quase 30 empresas que começaram em 1981, no sistema das AFPs, foram reduzidas para 21 empresas em 1994 e no ano de 2019 eram apenas 6 empresas (Jornal El Pueblo, 2019), o que aponta a tendência de concentração de capital e ausência da concorrência de fato.

Na contrapartida, como resultado concreto para a população chilena, segundo compilação de dados feita por Oliveira, Machado e Hein (2019): em 2017, da população com 60 anos ou mais, 22,1% viviam em situação de pobreza multidimensional, após 2008 houve aumento do número de aposentados ou pensionistas que trabalham, de 8,5% em 2009 para 14% em 2017, os problemas de saúde mental dos idosos aumentam, com altas taxas de suicídio entre idosos - em 2016, a taxa de mortalidade por suicídio foi de 10,2 por 100 mil habitantes, sendo que na faixa etária de 60 a 64 anos, a taxa foi de 12,0%, e na de 80 anos ou mais, de 16,2%.

Nesse sentido, os fatores do desenvolvimento econômico do Chile, especialmente no contexto da criação do novo modelo, no qual havia o aumento da inflação e o suposto desvirtuamento pelo Estado do sistema de pensões, não se constituem como principal causa concreta da reestruturação do modelo de previdência, mas sim a abertura do país para o capital estrangeiro, sob violência, se demonstrou como causa e consequência. Essa mudança viabilizou a acumulação de riquezas por grandes conglomerados de empresas internacionais, não havendo, seja no período ditatorial ou após a redemocratização e reformas, retorno positivo para a população, especialmente a que mais necessita da proteção social, cenário este que se mantém até os dias atuais.

Os limites das alterações de conteúdo da forma jurídica

De início, importa destacar que o ponto de partida da presente análise sobre o direito é compreendermos que a sociedade em que vivemos se constitui a partir de formas sociais que visam a produção de um padrão único de sociabilidade, as quais são “[...] estruturas oriundas das relações de produção que se prestam a reproduzir um padrão único de sociabilidade, concedendo singularidades históricas à existência material” (BIONDI, 2017, p. 22). E essa sociabilidade atual é a capitalista. A forma jurídica opera, a partir da categoria do “sujeito de direito”, imbuído dos atributos da propriedade, liberdade e igualdade, na garantia da reiteração das práticas capitalistas e, portanto, das condições objetivas para a reprodução do modo de produção capitalista, sobretudo, a exploração da força de trabalho.

Com isso, o pressuposto teórico crítico marxista se torna fundamental na medida em que pretendemos evidenciar uma perspectiva crítica do modo de produção capitalista e do direito, sobretudo, porque foi Karl Marx quem decodificou a sociedade burguesa, expondo o seu funcionamento e as suas contradições. E nessa toada, para adentrar ao campo da crítica marxista do direito, torna-se necessário ter como pressuposto teórico as formulações

construídas por Evgeni Pachukanis acerca do direito enquanto forma jurídica. Para Pachukanis o direito, tal como se apresenta, na forma mais acabada, só existe na sociedade capitalista, não sendo possível transpor suas categorias sobre outro modelo de sociedade. Assevera o autor que “[...] o direito não pode ser compreendido como um atributo de uma sociedade humana abstrata[...]”, mas sim como uma “[...] categoria histórica que corresponde a um determinado meio social, construído sobre a oposição de interesses privados” (PACHUKANIS, 2017, p. 96).

Partindo da análise da forma jurídica, Pachukanis identifica a categoria sujeito de direito, sendo que toda “[...] relação jurídica é uma relação entre sujeitos. O sujeito é o átomo da teoria jurídica, o elemento mais simples, que não pode ser decomposto” (PACHUKANIS, 2017, p. 137). Assim, para que a exploração da força de trabalho, principal mercadoria no sistema capitalista, seja realizada e que dela seja extraído o mais-valor, o indivíduo precisa ser considerado proprietário, livre e igual para vender sua força de trabalho, ou seja, um sujeito de direito na lógica jurídica capitalista.

E é nesse contexto que se insere a presente análise, eis que com o passar dos anos ocorreram alterações normativas em relação ao sistema de pensões chileno, contudo, tais alterações representam meras conformações do conteúdo³ da forma jurídica para atender a finalidades específicas de manutenção da própria reprodução da sociabilidade capitalista. Conforme anteriormente destacado, o modelo chileno passou por reformas, como a criação em 2008 da pensão básica solidária e da contribuição previdenciária solidária, na tentativa de “diminuir” as consequências do sistema privado, porém, sequer realizaram alterações profundas no sistema de pensões, mantendo-se as contradições geradas pela desproteção social, permanecendo, na raiz, sob o controle das AFPs. Evidencia-se que se trataram de alterações de conteúdo pontuais, advindas em um momento em que as consequências do sistema privado estavam evidenciadas de forma muito cristalina, afetando diretamente a própria reprodução da classe trabalhadora, que é crucial para a manutenção do capitalismo. Nesse sentido, o direito operou naquele momento no assentamento de um mínimo de subsistência, operando na garantia de manutenção mínima de reprodução da classe trabalhadora, sem afetar as AFPs.

Pois bem, em 2019 o mundo acompanhou a grande efervescência popular no Chile em decorrência de diversas questões pautadas, incluindo as consequências do sistema de pensões. A população chilena saiu às ruas para contestar de frente a situação do país:

Entre outubro de 2019 e março de 2020, as ruas chilenas foram ocupadas por um gigantesco “*baile de los que sobran*” [dança dos excluídos],

3 A forma jurídica “[...] se modifica segundo as determinações históricas, é dizer se plasma, se adapta segundo as necessidades de sobrevivência do capitalismo” SILVA, Júlia Lenzi. Para uma crítica além da universalidade: forma jurídica e previdência social no Brasil. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019. p. 91-92.

como dizia a canção de Los Prisioneros em 1986. Na perigosa “primeira linha”, jovens com pedras e escudos coloridos, audazes, treinados durante uma década e meia de enfrentamentos com os *carabineros*, a polícia chilena. Pela primeira vez, os “radicais” do corpo a corpo foram aplaudidos como heróis anônimos de uma rebelião de massas contra o sistema neoliberal (VASCONCELOS, 2021).

Ocorre que toda a ebulição social foi arrefecida, em parte, por conta da pandemia provocada pela COVID-19, mas insta ressaltar que teve a sua desmobilização efetivada concretamente a partir de novas reformas nas normas relativas ao sistema de pensões, bem como diante da proposta de uma nova Constituição, que passa a prever um reconfigurado modelo de pensões. Mas antes de avançarmos sobre estes últimos eventos, imprescindível introduzirmos as considerações de Bernard Edelman, segundo o qual a forma jurídica captura a luta de classes, especialmente, nos conflitos mais evidentes na contradição entre capital e trabalho como, por exemplo, a greve. Assevera o autor que a greve, enquanto fato, é operária, mas o direito de greve é burguês (2016, p. 43), considerando que ao ser delimitado pelo direito passa a ser realizado apenas em condições que permitam a reprodução do capital. Nesse sentido, a ideologia jurídica desencaminha a classe trabalhadora, até mesmo ressignificando o conteúdo dos elementos, conforme assevera Edelman:

Cansamos de encontrá-la em nosso caminho: apenas a ordem jurídica coloca, concretamente, o homem no lugar das classes, o “trabalho” no lugar da força de trabalho, o salário no lugar do mais-valor; apenas a ordem jurídica considera a exploração do homem pelo homem o produto de um livre contrato, o exercício da “vontade geral” (2016, p. 43)

Com isso, a contribuição teórica de Edelman confere elementos para se identificar que o direito aprisiona as lutas sociais em sua forma jurídica, ou seja, permite que se realizem para não pôr em risco o modo de produção capitalista, porém, nos limites estabelecidos pela própria lógica jurídica. Nesse sentido, a forma jurídica captura as lutas sociais, as desmobiliza, direcionando todas as reivindicações para a sua arena.

Desse modo, todo o potencial de ruptura que evidenciou a mobilização social de 2019 exigiu do capital a sua reconfiguração mais intensa, resultando na o aumento imediato do valor de determinados benefícios do sistema solidário, direcionados à cobertura de velhice e invalidez (COSTA, SENNA, 2022, p. 76), bem como na proposição de uma nova Constituição para o país. A nova proposta de constituição⁴ prevê a criação de um sistema público de

4 Importa ressaltar que no presente momento a atualização sobre a proposta de nova Constituição no Chile é que esta foi recentemente rejeitada pela população por meio de plebiscito, em meio a muita “fake news” e desmobilização social (Conforme se extrai das notícias recentes, a exemplo: Disponível em <https://veja.abril.com.br/mundo/circulacao-de-fake-news-no-chile-provoca-rejeicao-a-nova-constituicao> Acesso em 10.

seguridade, com contribuições de trabalhadores, empregadores e Estado (artigo 45 da proposta de Constituição chilena - CHILE, 2022, p. 19), um modelo bastante parecido com o brasileiro, pautado pelo sistema de repartição, ou seja, pela solidariedade. Contudo, ainda não se sabe quais serão os detalhes, isto é, valor das contribuições, valor dos benefícios, cobertura e condições para o acesso aos benefícios.

A forma jurídica opera dessa maneira: por meio da alteração de conteúdo realiza conformações considerando a necessidade premente do capital em determinado contexto de desenvolvimento das relações econômicas e do movimento da luta de classes. Significa dizer que essa conformação sempre dançará “conforme a música” do capital. Nesse sentido, mesmo havendo a expectativa de que a nova Constituição promova um modelo de seguridade amplo e protetivo, é bom observar a própria experiência brasileira. Segundo Julia Lenzi Silva (2021, p. 195-196), o projeto de seguridade social esculpido na nossa Constituição de 1988, considerada uma Carta cidadã, é tida muitas vezes como um “projeto constitucional inconcluso” e ainda em disputa. Contudo, na verdade não se trata de um modelo não concluído, mas sim de um modelo apto a ser conformado constantemente, com base nos novos estágios do modo de produção capitalista, tanto é que logo após a sua criação advieram normas regulamentadoras (Leis 8.212 e 8.213 de 1991) restritivas da aparente amplitude do texto constitucional, tendo sido seguidas de diversas outras regulamentações e, inclusive, reformas constitucionais.

Assim, não obstante as referidas alterações possam trazer, em alguma medida, melhores condições de subsistência para a classe trabalhadora em termos de cobertura previdenciária, trata-se de um modelo que aparenta ser amplo e protetivo, mas que é criado conforme as necessidades do capital, consubstanciando uma forma de proteção da sociabilidade capitalista, ao passo que viabiliza a reprodução da força de trabalho ao evitar a completa pauperização da classe trabalhadora que necessita dos benefícios, bem como na medida em que opera no arrefecimento da luta de classes. As alterações de conteúdo do direito representam conformações da forma jurídica que, em essência, operam segundo as necessidades do modo de produção capitalista. Desse modo, limitar a luta política e social à finalidade única da pauta por mais direitos e por reformas enclausura as lutas na forma jurídica, na forma do capital, inviabilizando, assim, qualquer possibilidade de emancipação da classe trabalhadora da lógica de exploração.

Conclusão

O presente artigo demonstrou que a violência e a repressão viabilizaram a implementação do sistema privado de pensões, angariando enorme rentabilidade para o capital, especialmente, estrangeiro, evidenciando, também, a partir da experiência chilena, que o direito se constitui como forma jurídica,

Out. 2022).

sendo que a partir da conformação do seu conteúdo promove a proteção da sociabilidade capitalista com a manutenção da reprodução da força de trabalho e do aprisionamento das lutas sociais.

Referências

BARRETO, Anna Flavia Arruda Lanna. OLIVEIRA, Natália Silva Teixeira Rodrigues de. **Histórias de violações dos direitos humanos na Era Pinochet**: sequestros, desaparecimentos forçados e autoritarismo. Dossiê: Direitos Humanos, História e Memória (1968-2018). Disponível em <https://www.redalyc.org/journal/1346/134659629004/html/> Acesso em 01. Ago. 2022.

CHILE. **Propuesta Constitución Política de la República de Chile**, 2022. Disponível em <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2022/07/Texto-Definitivo-CPR-2022-Tapas.pdf> Acesso em 10. Out. 2022.

COSTA, Brenda Luanda Silva. SENNA, Mônica de Castro Maia Senna. **O modelo privatizado da previdência social chilena e a pandemia de covid-19**: legado e tendências da desproteção social. O Social em Questão - Ano XXV - n° 52 - Jan a abr/2022, pp. 61-84.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. **Subsunção hiper-real do trabalho ao capital e o Estado**: a reforma administrativa (PEC 32/2020) proposta por Bolsonaro/Guedes. Brasília: Fonacate, abril/2021, Caderno 19 (Cadernos da Reforma Administrativa). Disponível em <https://fonacate.org.br/noticia/politica/fonacate-lanca-cadernos-da-reforma-administrativa/>. Acesso em 01. Ago. 2022.

DIEESE - Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Resenha - Privatização previdenciária: uma avaliação crítica do modelo chileno**. Março/2019. Disponível em <https://www.dieese.org.br/outraspublicacoes/2019/resenhaModeloChileno.pdf>. Acesso em 01. Ago.2022.

EDELMAN, Bernard. **A Legalização da Classe Operária**. Coord. tradução Marcus Orione. São Paulo: Boitempo, 2016.

GALEANO, Eduardo. **As veias abertas da América Latina**. Tradução Sérgio Faraco. Porto Alegre: LP&M, 2010.

INTERSINDICAL - Central da Classe Trabalhadora. **“Christian Zambrano: privatização da previdência chilena só foi possível devido à ditadura assassina de Pinochet”** Disponível em <https://intersindicalcentral.com.br/privatizacao-da-previdencia-chilena-so-foi-possivel-devido-a-ditadura-assassina-de-pinochet/>. Acesso em 01.Ago.2022.

JORNAL EL PUEBLO, **“As AFP no Chile: abutres rasgando os trabalhadores”**, Chile. Ano XVII, n° 223 - 2ª quinzena de maio e 1ª de junho de 2019. Disponível em <https://anovademocracia.com.br/no-223/11022-as-afp-no-chile-abutres-rasgando-os-trabalhadores>. Acesso em 01.Ago.2022.

LIRA, Francisco Roberto Fuentes Tavares de. **Do socialismo ao neoliberalismo: o Chile dos anos 1970**. Vitrine da Conjuntura, Curitiba, v.3, n. 6, agosto 2010.

NITSCH, Manfred. SCHWARZER, Helmut. **Revista de economia política**. Vol. 18, n° 2 (70), abril-junho/1998.

OCDE - Organisation for Economic Cooperation and Development. **Pensions at a Glance 2017**: OECD and G20 Indicators. Disponível em http://dx.doi.org/10.1787/pension_glance-2017-en. Acesso em 01. Ago. 2022.

OLIVEIRA, Suelen Carlos de. MACHADO, Cristiani Vieira, HEIN, Aléx Alarcón. **Reformas da previdência social no Chile**: lições para o Brasil. Cadernos de Saúde Pública, Rio de Janeiro, 2019, 35, n° 5, maio, 2019.

PACHUNAKIS, Evgeni. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)**. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017.

RANGEL, Leonardo Alves. STIVALI, Matheus. Tendências da Seguridade Social na América Latina. In NOGUEIRA, Roberto Passos (et. al.) (org.). **Observatório Internacional de Capacidades Humanas, Desenvolvimento e Políticas Públicas**: tendências recentes das políticas sociais na américa latina. UnB; ObservaRH; Nesp; Nethis: Brasília/DF, 2018.

SILVA, Júlia Lenzi. **Para uma crítica além da universalidade**: forma jurídica e previdência social no Brasil. 2019. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2019.

SOLIMANO, Andrés. **Pensiones a la chilena. La experiencia internacional y el camino a la desprivatización**. Santiago de Chile: Catalonia Editorial, 2017.

VASCONCELOS, Joana Salém. **Chile em chamas**: a revolta antineoliberal. Disponível em <https://aterraeredonda.com.br/chile-em-chamas-a-revolta-antineoliberal/> Acesso em 10. Out. 2022.

LIMITES DA ATUAÇÃO ESTATAL BRASILEIRA EM TEMPOS DE PANDEMIA: UMA ANÁLISE CRÍTICA A PARTIR DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Amábily Mattner Mello

Bacharelada em Direito pela Universidade Feevale

Resumo:

O cenário de insegurança caracterizado pela pandemia da Covid-19 promoveu discussões acerca da possibilidade de limitação de direitos fundamentais pelo poder público mediante adoção de medidas sanitárias de exceção. Diante disto, o trabalho consiste em pesquisa exploratória sobre a perspectiva dos direitos fundamentais e a possibilidade de o Estado limitá-los, de modo a invadir a liberdade do indivíduo, em razão da insegurança enfrentada em seu campo de atuação durante a pandemia. Para verificar a existência de risco da adoção das medidas sanitárias de exceção, foi explorada a atuação do governo brasileiro frente à pandemia, observando algumas limitações dos direitos fundamentais já impostas pela Constituição Federal. Em razão de os direitos fundamentais serem passíveis de limitação, foi abordada a pandemia como Estado de Exceção na visão de Giorgio Agamben. No entanto, ainda que seja cenário atípico para o Estado, a crise sanitária não configura um estado de exceção de forma automática. No Brasil, ainda que nem todas as medidas apresentassem caráter restritivo aos direitos fundamentais, houve impacto nos direitos fundamentais diante da forma omissiva e negligente que se deu a atuação estatal. A não promoção destes direitos também representa ameaça a estas garantias, ainda mais nos casos em que as normativas não observavam as recomendações das autoridades de saúde mundiais. A Corte Constitucional, portanto, teve de delimitar o âmbito de proteção dos direitos fundamentais frente à crise sanitária, de modo a balizar e guiar a atuação estatal no Brasil.

Palavras-chave: Atuação estatal; Direitos fundamentais; Medidas sanitárias; Pandemia.

Diante do cenário atípico causado pela pandemia da Covid-19, o poder público no Brasil deveria, de acordo com o princípio da eficiência trazido pela Constituição Federal, atuar de modo a preponderar interesses coletivos sobre os particulares. Tal princípio, disposto no artigo 37 da CF/88, representa o

dever do Estado em oferecer respostas rápidas, formular medidas imediatas que fossem efetivas e direcionadas para o enfrentamento da pandemia.

No entanto, como as informações acerca da doença da Covid-19 e do coronavírus eram escassas, os gestores públicos enfrentavam contexto de insegurança para atuar. Ainda que as autoridades mundiais de saúde fizessem recomendações acerca das medidas a serem adotadas, não se pode perder de vista que estar interferiam em algumas garantias individuais, como o direito de se reunir e de se locomover. Nesse sentido, abriu-se espaço para discussão acerca das medidas sanitárias de exceção - em especial aquelas com caráter restritivo aos direitos fundamentais - e os limites da Administração Pública para atuar frente a pandemia.

O campo dos direitos fundamentais também traz peculiaridades que devem ser analisadas, como a proteção ao núcleo do direito e a possibilidade de limitação à essas garantias. Cabe analisar, em um primeiro momento, a forma como se deu a atuação do estado brasileiro frente à Covid-19 para, depois, examinar a forma como os direitos fundamentais restaram contemplados pelas medidas adotadas.

A primeira medida adotada pelo governo federal brasileiro foi a sanção da Lei nº 13.979/2020, que trazia um rol de medidas que poderiam ser adotadas para o enfrentamento da pandemia. Na época, a situação da Covid-19 era considerada uma ESPII - Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional. Dentre as medidas estavam listados o isolamento e a quarentena. Este primeiro, posteriormente, gerou discussões acerca do formato a ser adotado. Isso porque o isolamento vertical, cuja eventual anuência parecia menos controversa, referia-se àqueles que faziam parte dos grupos de risco, não mostrou resultados eficazes ao longo da pandemia, enquanto o horizontal, que consistia em isolar as pessoas independente de pertencerem ao grupo de comorbidades parecia caracterizar medida excessivamente restritiva.

Apesar dessas duas medidas, o uso de máscaras de proteção individual destacava-se das demais, uma vez que a principal forma de transmissão do coronavírus ocorria mediante contato com pessoas infectadas. No entanto, a obrigatoriedade do uso de máscaras passou a fazer parte do rol de medidas a serem adotadas pelo poder público apenas em julho de 2020, pela Lei 14.019/2020, quando o Brasil registrava quase 60.000 (sessenta mil) mortes em decorrência da Covid-19.

Ainda que considerada medida primordial para enfrentar a disseminação do vírus, não houve fornecimento de máscaras pelo poder público, de modo que a parcela financeiramente hipossuficiente da população teve o acesso dificultado. Assim, estas pessoas foram isentas do pagamento de multa pelo não descumprimento da medida, apesar de esta não ser solução adequada quando analisadas as recomendações das autoridades de saúde. Isso porque a isenção ao pagamento de multa trata-se de medida normativa que em nada interferiria no combate à pandemia e à Covid-19. Ou seja, em termos de práticos, a pessoa vulnerável e hipossuficiente que não possuía acesso à máscara de pro-

teção individual permaneceu exposta ao vírus, já que a inimizabilidade em relação ao descumprimento da normativa de obrigatoriedade não interferia no ambiente de vulnerabilidade que era agravado pela pandemia.

As autoridades mundiais de saúde concentravam suas recomendações em medidas não farmacológicas, tendo o Ministério da Saúde adotado o distanciamento social, isolamento, quarentena e uso de máscaras. O presidente da República, no entanto, adotou uma série de comportamentos no sentido contrário, recomendando o uso de medicamentos como a hidroxicloroquina, incitou a criação de um “Kit Covid” para prevenir a doença, dispensando o uso de máscaras e incentivando a aglomeração entre seus eleitores. Além de minimizar a gravidade da Covid-19, Jair Bolsonaro ridicularizava abertamente aqueles que aderissem as medidas sanitárias recomendadas e, antes de iniciada a campanha de vacinação no Brasil, questionou a eficácia dos imunizantes e chegou a ter uma transmissão ao vivo derrubada pelas plataformas Facebook e Youtube por sugerir que as pessoas que haviam se imunizado estariam desenvolvendo o vírus da Síndrome da Imunodeficiência Humana (AIDS). Essa conduta do chefe do Executivo acabou por ser apontada como um dos motivos que teria ensejado a troca recorrente dos ocupantes do cargo de ministro da Saúde durante a pandemia da Covid-19.

Já no ano de 2021 o presidente, representado pela Advocacia Geral da União (AGU), ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) em face às medidas sanitárias restritivas adotadas pelos governadores estaduais do Paraná, Pernambuco e Rio Grande do Norte. Tais medidas consistiam em toque de recolher e lockdown. Quando do julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em razão de as medidas não estarem mais em vigência, a medida cautelar pretendida restou indeferida, tendo o voto dos ministros confirmado a competência concorrente da União, dos Estados, Municípios e do Distrito Federal para legislar sobre as medidas sanitárias.

No âmbito dos governos estaduais a estratégia mais adotada buscava mapear o avanço da pandemia, separando cada região e classificando os níveis de risco mediante análise do número de casos confirmados, número de óbitos e relação de leitos disponíveis e ocupados nas UTIs (Unidades de Tratamento Intensivo). Assim, as medidas sanitárias adotadas em cada região dependiam do cenário fático da Covid-19. Atividades principalmente voltadas a economia, como a retomada do comércio, aconteciam sempre em observância ao risco apresentado na região e à capacidade do sistema de saúde da localidade de gerenciar a situação pandêmica.

Dentro da América Latina, o Brasil foi o país que registrou o maior número de óbitos registrados desde o ano de 1984. De modo geral, tem-se que, a nível federal, em que pese tenha atuado para minimizar o impacto da pandemia nas esferas econômica, social, política e cultural, não desenvolveu medidas que enfrentassem, de fato, a doença da Covid-19, sem interferir na prevenção da doença e redução do contágio. Já as medidas adotadas pelos governos estaduais, ainda que tivessem maior caráter de restrição às liberdades

individuais, atuaram de maneira mais efetiva de modo a considerar o cenário fático da doença e atrelar o grau de restrição das medidas impostas aos dados relacionados à pandemia em cada localidade.

A gestão do poder público e a adoção de políticas públicas para minimizar os impactos da crise sanitária fomentou a discussão acerca da possibilidade de a Administração Pública limitar direitos fundamentais em razão da atipicidade e insegurança do cenário pandêmico. No entanto, faz-se necessário abordar os direitos fundamentais de modo geral para que seja possível interpretá-los sob a ótica do contexto da pandemia. De acordo com José Afonso da Silva, a garantia desses direitos é um dos elementos que funda o Estado Democrático de Direito, tendo sido consolidados a partir de evolução histórica. Por este motivo, também, os direitos fundamentais são concebidos de maneiras diferentes em relação da localidade e do tempo e essa variação que se costuma relacionar os direitos fundamentais - que representam uma evolução histórica interna de cada Estado, devidamente positivados - com os direitos humanos, que costumam representar um panorama mundial dentro da ideia de humanidade, ainda que estes não sejam necessariamente correspondentes.

Os direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro possuem eficácia vertical e horizontal, ou seja, eficácia tanto na relação existente entre o próprio Estado com o indivíduo, bem como na relação entre particulares. No entanto, esses direitos não são dotados de caráter absoluto, sendo passíveis de relativização, conforme explica Gilmar Mendes e João Trindade Cavalcante Filho.

Pode-se ilustrar como exemplo o conflito de dois direitos fundamentais. Nesse caso, não é possível determinar qual direito é superior ao outro - pelo menos, não sem analisar os pormenores da situação em tela - de modo que a pandemia poderia representar situação na qual há essa lide. Uma colisão entre o direito à saúde e o direito à liberdade abrange o campo da discussão e reforça a necessidade de explorar quais os limites da atuação da Administração Pública frente à crise sanitária e a limitação dos próprios direitos fundamentais. Paulo Gonet Branco discorre que esses direitos são balizados pelo próprio texto constitucional. Já Gilmar Mendes explora a ideia de um núcleo central do direito, aquilo que, de fato, busca ser tutelado e protegido pela norma.

Independente do contexto da crise sanitária, o núcleo de proteção do direito fundamental, quanto mais abrangente, maior a chance de existir atrito entre Estado e indivíduo, já que a possibilidade de restrição do direito também é maior. O oposto também se confirma, e quanto menor e mais concentrado o núcleo de proteção do direito, menor a chance de o Estado limitá-lo. Luís Roberto Barroso, ao estudar a forma de restrição dos direitos pelo Estado, incluiu o elemento da ponderação como parte da limitação, figura também abordada por Robert Alexy como forma de equilibrar o conteúdo efetivamente protegido com o dispositivo ofuscado pela prevalência do outro direito. Assim, o campo da discussão amplia-se para o direito administrativo.

Hely Lopes Meirelles compreende que a Administração Pública abarca

tanto a gestão de interesses coletivos como os dispositivos políticos governamentais. A natureza desta, inclusive, é o que reforça a obrigação do gestor público de atuar em prol da coletividade, de modo que o princípio da supremacia do interesse coletivo é colocado em evidência. Enquanto ele considera a moralidade um pressuposto de validade dos atos da Administração Pública, Maria Sylvia Di Pietro o compreende como um princípio basilar do direito administrativo. Celso Antônio Bandeira de Mello, por sua vez, destaca o princípio da indisponibilidade do interesse público, disposto no artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99, como reflexo dos impactos da teoria apresentada por Thomas Hobbes. A necessidade de preservar a vida mediante existência de um coletivo acaba por podar a liberdade individual de cada um. Tal entendimento mantém diálogo próximo com o cenário pandêmico da Covid-19 e com a atuação estatal. O que Di Pietro reforça, ainda, é que a indisponibilidade do interesse público caracteriza o poder-dever da Administração, que a impede de eximir-se de atuar frente às matérias de interesse público, o que remete novamente à crise sanitária.

Diante do exposto, tem-se que as medidas adotadas pelos governadores compreenderam os direitos fundamentais de forma a sobrepor o direito à saúde - intimamente ligado ao direito à vida - às liberdades individuais. Apesar de algumas medidas apresentarem uma violação ao direito de locomoção, essa restrição restou justificada pela necessidade de limitar o número de pessoas em circulação e, conseqüentemente, diminuir o número de vetores da doença da Covid-19. Do mesmo modo, a restrição à prática de atividades sociais com viés econômico representa uma violação ao direito de reunião, mas recebeu amparo nas recomendações das autoridades de saúde no sentido de evitar aglomerações.

Há de se considerar que em razão de a concretização dos direitos fundamentais depender da atuação da Administração Pública, a inércia caracterizaria descumprimento do dever constitucional - ainda que diante de conflito entre garantias fundamentais -, o que, por consequência, ocasionaria violação aos direitos fundamentais, já que estes não restariam garantidos de qualquer forma. Nesse sentido, as medidas de combate adotadas pelo Estado brasileiro compreenderam os direitos fundamentais de modo a priorizar o bem-estar geral dentro da situação atípica da pandemia, sem que, no entanto, restassem inviabilizados o exercício dos direitos fundamentais que se encontravam em conflito com o direito à saúde e à vida.

Reforçado o caráter não absoluto dos direitos fundamentais e a possibilidade de restrição, destaca-se que as respostas existentes no texto constitucional para promover a defesa das instituições democráticas também orientam o modo de limitação desses direitos. Tais respostas são recebidas como forma de constitucionalizar situações excepcionais de maneira a evitar restrição arbitrária e desmedida por parte da gestão pública. É essa limitação desmedida que conecta a figura do Estado de Exceção dentro dos desdobramentos do tema.

A positivação da possibilidade de limitar os direitos fundamentais - ainda que adotada temporariamente e em casos que representem ameaça à ordem constitucional - apresenta risco às liberdades individuais ao passo que suspende a norma jurídica estabelecida. A adoção de um regime de exceção pode acabar por minar a democracia, nas palavras do filósofo Giorgio Agamben, quando implementado de modo contínuo, ininterrupto.

Para compreensão da crítica feita por Agamben ao Estado de Exceção como instrumento positivado na norma faz-se necessário conceituar o termo ditadura constitucional, utilizado pelo autor para referir-se ao período em que o regime de exceção, já instaurado, perde seu caráter temporário em razão da extensão de poderes (que ficam concentrados apenas no Executivo), de modo que o estado de exceção perde seu caráter excepcional e passa a ser considerado a regra. O paradigma da ditadura constitucional, portanto, dá-se em razão de as limitações das liberdades individuais estarem devidamente positivadas dentro do texto constitucional, possibilitando um golpe de estado legítimo uma vez que as violações aos direitos fundamentais estariam expressamente autorizadas no dispositivo legal constitucional.

Paulo Bonavides aborda o conceito de ditadura constitucional como uma antinormatividade acoplada ao ordenamento. Seria, portanto, um instrumento inserido nos dispositivos legais das instituições democráticas justamente por prever um cenário de suspensão do ordenamento ora conhecido e vigente, sem que perdesse seu caráter democrático. Desta forma, a mera previsão legal de determinado cenário de exceção representa ofensa à democracia, uma vez que as hipóteses de atuação estatal previstas seriam incompatíveis como os princípios fundadores do Estado de Direito. Nesse sentido a crítica de Agamben traduz-se em questionamento: de que forma é possível compreender a ordem legal mediante a suspensão das garantias individuais se o estado de exceção, por si só, configura a suspensão da própria ordem legal?

Diferente do que abordam demais doutrinas jurídicas, o filósofo entende que o estado de exceção não pode ser conceituado como integralmente interno ou integralmente externo ao ordenamento jurídico. Agamben aborda a ideia de que este é pertencente a um patamar independente não estando nem completamente inserido à ordem legal, nem totalmente alheio a ela. Assim, o pertencimento estaria associado com o estado de necessidade instaurado. A problemática existente, portanto, volta-se sobre a estrutura do estado de exceção e seu conceito. Isso porque a mera suspensão de uma norma, por si só, não corresponde de forma automática à sua abolição; ao mesmo passo em que o cenário de exceção instaurado não é automaticamente desprovido de regimento jurídico.

Com base na obra *Suma Teológica*, de São Tomás de Aquino, Agamben ilustra que a própria necessidade é formada pela dispensa a lei, já que o perigo existente permite que o Estado atue de modo a violar o texto legislativo para opor-se à ameaça de modo legítimo. A positivação do estado de exceção dentro do sistema jurídico de modo a torná-la uma previsão constitucional

embasa uma das principais críticas do filósofo ao modo como algumas democracias compreendem o cenário de exceção. Isso porque, apesar de apresentar uma ideia de proteção às instituições democráticas, o fato de a norma de exceção ser positiva da possibilita que regimes ditatoriais autoritários sejam instaurados sem confrontar as normas constitucionais, isto é, de maneira lícita.

Ordenamento jurídico brasileiro compreende a figura do estado de exceção de forma positivada, como um instrumento voltado para o gerenciamento de crises. O estado de sítio e estado de defesa, nas palavras de José Afonso da Silva, constituem um sistema constitucional de crises voltados para a defesa das instituições democráticas, estando essa legalidade extraordinária revestida pelos elementos da excepcionalidade e da necessidade. Nesta senda, até mesmo as situações excepcionais serão regidas por um regramento legalmente previsto, elaborado especialmente para ser adotado durante o gerenciamento da crise, delimitando a adoção das medidas de exceção por parte do Estado.

Contrário à filosofia de Agamben, o ordenamento jurídico brasileiro concebe a perspectiva de que a exceção, ao ser acoplada junto a ordem jurídica, prevê e coordena a gestão de uma possível crise. No entanto, vale lembrar que, apesar de diversas hipóteses previstas, uma crise sanitária de emergência Internacional - como a pandemia do coronavírus - não restou concebida pelas previsões no texto constitucional, não bastando as disposições acerca do estado de sítio e de defesa para guiarem a atuação estatal. O cenário de atipicidade configurado pela pandemia da Covid-19, por não se enquadrar nos cenários de exceção positivados, acabou por deixar a Administração Pública desamparada no que tange à compreensão dos direitos fundamentais e suas respectivas limitações em face das medidas sanitárias adotadas face à pandemia. Nesse sentido, sob a ótica de Agamben, ainda que positivados os cenários de exceção, estes em nada contribuíram para a gestão da crise sanitária, sendo reduzidos à garantia de instauração de regimes ditatoriais de maneira lícita.

No entanto, ainda que os instrumentos positivados na ordem jurídica representassem perigo as instituições democráticas sob a perspectiva do filósofo italiano, no Brasil, durante a pandemia, a atuação dos governos estaduais afastou-se do conceito de ditadura constitucional e violação aos direitos e liberdades fundamentais individuais. Isso porque, ainda que as medidas adotadas pelos governadores possuíssem um caráter restritivo, pode-se observar que os gestores públicos atuaram com certa precaução, prudência, atrelando as medidas sanitárias ao cenário fático da Covid-19 enfrentado em cada localidade. Ou seja, ainda que tais medidas restringissem as liberdades individuais, estas estavam condicionadas à análise do risco de disseminação do coronavírus dependendo da região.

Desta forma, buscava-se assegurar os direitos individuais ao mesmo tempo em que se pretendia enfrentar a pandemia, assegurar atendimento médico hospitalar a todos aqueles que necessitassem, sem interferir de forma demasiada nos direitos de locomoção e reunião, principalmente de maneira

a prejudicar a subsistência daqueles que dependessem do comércio e demais atividades econômicas. Ainda que as medidas adotadas pelos governadores estaduais representassem ofensa às liberdades individuais sob a ótica de Agamben - principalmente a interrupção de atividades de comércio e suspensão de atividades escolares - estas representavam, sob a luz do direito constitucional e direito administrativo, a atuação em conformidade com os princípios da eficiência e da supremacia do interesse coletivo.

Por isso, tem-se que os governadores estaduais se afastaram da violação trazida como problemática por Giorgio Agamben, já que suas medidas - devidamente fundamentadas com base nas recomendações divulgadas pelas autoridades mundiais de saúde - buscavam preservar o espaço individual dos cidadãos ao mesmo tempo em que promoviam a saúde pública e os interesses coletivos. Cabe destacar que essa gestão personalizada da crise sanitária para cada estado permitiu maior controle da situação pandêmica à nível regional, eis que considerados os pormenores e as especificidades de cada região. Ainda, foi possível mapear com maior precisão o aumento do número de casos de Covid-19, bem como o número de pessoas internadas, número de óbitos e números de leitos disponíveis. Estes sistemas classificatórios, que eram organizados por cores, representavam a situação de cada região dentro de cada um dos estados, e cada categoria representando um conjunto de medidas a serem adotadas com base nos números coletados em cada localidade. Assim, se evitava a adoção de medidas de cunho altamente restritivo em tempo integral ao mesmo tempo em que os governadores poderiam atuar de modo a remediar eventuais picos de transmissão do coronavírus.

A atuação do presidente da República, no entanto, afastou-se dos conceitos abordados por Agamben em razão da inércia frente os riscos apresentados pela pandemia. Ainda que adotadas medidas com relação às demais esferas, como a econômica, a política, e a social, no âmbito da saúde não foram implementadas medidas sanitárias de exceção com caráter restritivo significativo ao ponto de representarem eventual violação às liberdades individuais. Cabe ressaltar que, apesar de sancionada a obrigatoriedade do uso das máscaras individuais de proteção, esta não consiste em medida restritiva. Isso porque, a ausência de incentivo à população para que aderisse ao equipamento de proteção, bem como a falta de divulgação de informações acerca do uso correto da máscara e demais cuidados para prevenção, somados ao comportamento negacionista do chefe do executivo, dificultaram a adoção plena e eficaz da medida por parte da população.

Nesse sentido, conclui-se que, apesar de o governo federal não ter ofendido de maneira direta os direitos fundamentais - eis que não instituiu medidas restritivas de fato - incorreu, ainda assim, em violação aos direitos fundamentais, uma vez que não atuou de modo eficiente, deixando a encargo dos governadores estaduais a adoção das medidas de caráter restritivo de prevenção. Ademais apesar de afastar-se dos conceitos abordados por Agamben, a atuação do governo federal traz ao debate o conceito necropolítica, formula-

do pelo filósofo Achille Mbembe.

Para ele a soberania estaria limitada pelo controle exercido sobre a mortalidade, ou seja, no poder de matar deliberadamente. Apesar de traçar um paralelo com os campos de concentração do regime nazista, Mbembe aborda a ideia de que o núcleo da soberania abrigaria a ideia de auto instituição e, por isso, ela limitaria a si mesma diante de seu caráter soberano. A problemática trazida pelo filósofo, portanto, refere-se à instrumentalização da existência humana e, conseqüentemente, da destruição de povos dentro do espaço político.

O centro da relação entre a soberania e o direito/poder de matar seria formado a partir do direito de fazer guerra que, por sua vez, representava a função de matar e de negociar a paz como elemento inerente ao Estado. O poder de morte, então, estaria no controle de poder escolher aqueles que são importantes aos olhos do Estado e aqueles que são dispensáveis, irrelevantes ou, ainda, que representam ameaça. Assim, ao construir interpretação no sentido de que a soberania é versada pelo direito de matar, Mbembe relaciona o poder soberano - sem se limitar ao poder estatal - com a figura do estado de necessidade e, conseqüentemente, do estado de exceção.

Partindo das reflexões propostas por Achille Mbembe, eventual atuação ou omissão da Administração Pública poderia encontrar asilo na ideia de necropolítica. Por exemplo, a medida referente ao uso obrigatório de máscaras que, apesar de estar em conformidade com as recomendações das autoridades de saúde, não foi assegurada em sua eficácia integral mediante políticas públicas, eis que o equipamento de proteção não era acessível para a parcela vulnerável e hipossuficiente da população. A isenção ao pagamento da multa imposta pelo descumprimento da medida, por não possuir efeitos práticos em relação a disseminação do vírus, parece se enquadrar dentro do conceito ilustrado tudo pelo filósofo de que o estado escolhe os indivíduos que possuem maior relevância, da mesma forma que escolhe abandonar os demais, deixando-os à própria sorte.

A omissão do Estado diante desses grupos que apresentam maior vulnerabilidade social e econômica, além de ser contrária ao princípio (e dever) da eficiência, permite interpretação conforme a desumanização ilustrada por Mbembe. Não obstante, ao não fornecer as máscaras e condicionar o acesso a locais públicos e meios de transporte ao uso do equipamento de proteção individual, houve violação direta ao direito de locomoção, anteriormente mencionado como conflitante com o direito à vida e à saúde. Ou seja, verifica-se violação em dois direitos: primeiro, à saúde, eis que não assegurado o equipamento de máscaras para prevenir a disseminação do vírus; segundo, ao direito de locomoção, de ir e vir, de frequentar espaços públicos e transporte. Dessa forma, tem-se que a atuação do governo federal aproximou-se do conceito de necropolítica, por não ter atuado de maneira eficiente, ao passo que se afastou da violação abordada por Agamben em razão de não ter adotado medidas de cunho restritivo.

A necessidade de intervenção por parte de instituições como o STF para balizar os parâmetros da atuação estatal, reforçando, por exemplo, a competência concorrente entre estados municípios e união para adotarem medidas sanitárias tornou evidente que a gestão do governo federal estava em descompasso com a atuação dos demais entes públicos. Por isso, pode-se dizer que o poder Judiciário teve certo protagonismo durante a gestão da crise sanitária.

Em especial, três temas objetos de decisões estavam atrelados à atuação da Administração Pública e tiveram repercussão significativa durante a pandemia. A confirmação da competência concorrente para atuação frente à pandemia, mediante julgamento das ADIs 6341 e 6362, teve o papel de mediar o conflito existente entre o chefe do Executivo e os demais gestores públicos. As políticas públicas relacionadas com o direito à saúde, conforme voto do ministro Luís Roberto Barroso na ADI 6362, seriam concernentes a todos os entes da federação de forma comum de modo que seu exercício não poderia ser submetido a exame e aprovação por parte do Ministério da saúde para que só posteriormente fosse implementado já que isto minaria a autonomia dos entes. Apesar de o julgamento da ADI 6341 não ter instituído nenhuma revolução no meio jurídico, o julgado teve grande repercussão na mídia, principalmente porque o presidente da República, após publicado o acórdão, deu declarações no sentido de entender que o Supremo estaria limitando sua atuação frente à crise sanitária, o que fez com que boa parte de seus apoiadores se posicionasse contra o poder Judiciário como um todo.

Consolidado o entendimento acerca da competência concorrente, os julgados relacionados com a vacinação contra a Covid-19 também tiveram repercussão significativa no cenário nacional. Nas ADIs 6586 e 6587, julgadas conjuntamente, restaram diferenciadas a vacinação compulsória da obrigatória, de modo que não poderia ocorrer a imunização de um indivíduo contra a sua vontade, com emprego de violência ou ameaça. A obrigatoriedade da vacina seria destinada aos casos cuja exigência sirva para a prática de determinados atos como é o caso da matrícula escolar de crianças e recebimento do auxílio Bolsa Família. A vacinação compulsória, por sua vez, não atrairia automaticamente a figura da obrigatoriedade, não representando qualquer violação ao consentimento do indivíduo, eis que não imposta de maneira forçada, já que teria o objetivo apenas de proporcionar adesão de massa ao ciclo de imunização. Assim, abordando o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, restou assegurado a administração pública, o dever de encontrar a melhor forma de alcançar a demanda coletiva e, com isso, promover o direito à saúde como objeto do interesse coletivo.

Por fim, na ADPF 756, o STF decidiu que o passaporte vacinal poderia ser medida adotada pelos entes federados com o intuito de impulsionar a adesão à campanha de imunização, apesar de o Ministério da Educação elaborar parecer no sentido de que as universidades e institutos federais, por integrarem a Administração Pública, somente poderiam exigir o comprovante de vacinação caso esta exigência fosse estabelecida por intermédio de lei. O en-

tendimento consolidou-se no sentido de que as instituições federais de ensino teriam autoridade para exigir, de forma legítima, a comprovação de vacinação. De modo geral, a compulsoriedade da vacinação deveria ser interpretada no sentido de que, em caso de não acatamento da medida, seriam aplicadas sanções ao indivíduo. Assim, a proibição de frequentar determinados locais ou realizar determinadas atividades foi considerada constitucionalmente adequada, de modo a considerar o poder de polícia conferido à Administração Pública como um ponto de equilíbrio entre a liberdade do indivíduo e a atuação pública eficiente.

Tais decisões retrataram, de modo geral, a forma como se deu a atuação do Judiciário para basilar a atuação da Administração Pública frente à pandemia da Covid-19. A ideia de necropolítica, que dialogou com a atuação do governo federal, e o estado de exceção apresentado por Agamben, que distanciou-se da atuação realizada por parte dos gestores estaduais, permitiram diálogo construtivo para melhor compreensão acerca dos direitos fundamentais, do conteúdo efetivamente protegido pela norma e, por fim, delimitar as possibilidades de o Estado limitar essas garantias de maneira arbitrária e exacerbada.

Referências

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção** [Homo Sacer II, I]]. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2011, Parte 1: O Estado de Exceção como Paradigma de Governo.

AGAMBEN, Giorgio. **Reflexões sobre a peste**: Ensaios em tempos de pandemia (Pandemia Capital). São Paulo: Boitempo, 2020, 2. Contágio.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999**. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9784.htm.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm.

BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 14.019 de 02 de julho de 2020**. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para dispor sobre a obrigatoriedade do uso de máscaras de proteção individual para circulação em espaços públicos e privados acessíveis ao público, em vias públicas e em transportes públicos, sobre a adoção de medidas de assepsia de locais de acesso público, inclusive transportes públicos, e sobre a disponibilização de produtos saneantes aos usuários durante a vigência das medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia da Covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14019.htm.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6341**. Relator Ministro Marco Aurélio. Data do Julgamento: 15 abr. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6362**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 02 set. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15345205092&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346093809&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6587**. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Data do Julgamento: 17 dez. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346094162&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6855**. Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Data do Julgamento: 23 jun. 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15346820025&ext=.pdf>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 672 MC/Ref - DF**. Relator Ministro Alexandre de Moraes. Data do Julgamento: 13 out. 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344826938&ext=.pdf>.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 78.

GORTÁZAR, Naiara Galarraga. Facebook e YouTube bloqueiam live semanal de Bolsonaro após presidente vincular Aids à vacina contra covid-19. **El País**, São Paulo, 25 out. 2021. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2021-10-25/facebook-e-instagram-bloqueiam-live-semanal-de-bolsonaro-apos-presidente-vincular-aids-a-vacina-contr-a-covid-19.html?rel=buscador_noticias

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**: Biopoder, soberania, estado de exceção, política da morte. São Paulo: N-1 Edições, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. ed. atual. até a Emenda Constitucional nº 90 de set. 2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 84 de dez. 2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade** - Estudos de Direito Constitucional. 4. ed. Saraiva, 2011. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788502134249>.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555593952>.

MENDES, Gilmar Ferreira; CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **Manual Didático de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786555591088>.

MOTTA, Anais. Mandetta, Teich, Pazuello e Queiroga: os 4 ministros da Saúde da

pandemia. **UOL**, São Paulo. Publicado em: 15 mar. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/15/mandetta-teich-pazuello-e-queiroga-os-4-ministros-da-saude-da-pandemia.htm>

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). **Coronavirus disease 2019 (COVID-19) Situation Report - 164**. Publicado em 02 jul. 2020. Disponível em: https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200702-covid-19-sitrep-164.pdf?sfvrsn=ac074f58_2.

PARANÁ. Governo do Estado. **Decreto nº 7.719, de 25 de maio de 2021**. Promove alterações no Decreto nº 7.145, de 23 de março de 2021, prorroga sua vigência até 05 de abril de 2021 e adota outras providências. Disponível em: <https://www.aen.pr.gov.br/arquivos/2603decreto7194.pdf>.

PERNAMBUCO. Governo do Estado. **Decreto nº 50.752, de 24 de maio de 2021**. Estabelece novas medidas restritivas em relação a atividades sociais e econômicas, no período de 26 de maio e 6 de junho de 2021, para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus. Disponível em: <https://legis.alepe.pe.gov.br/texto.aspx?tiponorma=6&numero=50752&complemento=0&ano=2021&tipo=&url=>

RIO GRANDE DO NORTE. Governo do Estado. **Decreto nº 30.596, de 21 de maio de 2021**. Institui medidas restritivas, de caráter excepcional e temporário, destinadas ao enfrentamento da pandemia da COVID-19, no âmbito da VI Regional de Saúde Pública do Estado do Rio Grande do Norte (VI URSAP). Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rn/decreto-n-30596-2021-rio-grande-do-norte-prorroga-a-vigencia-do-decreto-estadual-n-30562-de-11-de-maio-de-2021-e-da-outras-providencias>

RELEMBRE o que Bolsonaro já disse sobre a pandemia, de gripezinha e país de maricas a frescura e mimimi. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05 mar. 2021. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/03/relembre-o-que-bolsonaro-ja-disse-sobre-a-pandemia-de-gripezinha-e-pais-de-maricas-a-frescura-e-mimimi.shtml>

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 76 de nov. 2013. São Paulo: Malheiros, 2014.

VEJA o que Bolsonaro já fez para confrontar medidas de combate ao coronavírus. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 dez. 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/03/veja-o-que-bolsonaro-ja-fez-para-confrontar-medidas-de-combate-ao-coronavirus.shtml>.

MORRER DE MORTE EVITÁVEL: COR E RAÇA COMO FATOR DE LETALIDADE NA PANDEMIA DO COVID-19 NO BRASIL

Magali Zilca de Oliveira Dantas

Mestre em Desenvolvimento e Governança (ENAP). Especialista em Gestão de Pessoas (UNIDERP). Técnico Judiciário/Administrativa na Divisão de Acompanhamento e Desenvolvimento de Pessoas (JFRS/TRF4)

Resumo:

O presente artigo propõe um exercício teórico-prático de aproximação com resultados de estudos sobre as decisões governamentais frente à pandemia do COVID19 e a literatura sobre a implementação de políticas públicas e seus potenciais riscos de manterem ou agravarem as desigualdades pré-existentes. Para tanto foram escolhidos dois estudos recentes. O primeiro deles é a nota técnica Mortes Evitáveis por COVID19 no Brasil, elaborado pelo Instituto de Defesa do Consumidor a pedido do conglomerado de instituições que agrega a Anistia Internacional-Brasil, Centro Santo Dias de Direitos Humanos, Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. O segundo estudo foi produzido pelo LabCidade, divisão vinculada à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. O LabCidade entrega um mapeamento contundente sobre a pandemia, com a potência demonstrativa da cartografia para demonstrar a distribuição territorial de i) hospitalizações; ii) óbitos; iii) cobertura da vacinação, e; iv) presença da população negra. Nesse, os dados levantados são circunscritos à cidade de São Paulo, contudo, para efeitos do exercício proposto as evidências explicitadas são valiosas para que se atinja o objetivo de delimitar, de forma breve e sem pretensão de ir além do que o formato da presente publicação permitiria, quem seriam os brasileiros vitimados pela “morte evitável” na pandemia. Fica minimamente demonstrado que a atuação desastrosa e quiçá criminosa do governo federal brasileiro diante da pandemia, resulta em reforço das desigualdades para a população negra.

Palavras-chave: Cor/raça; Políticas públicas; Covid-19; Direitos Humanos.

Introdução

O presente artigo propõe um exercício teórico-prático de aproximação com resultados de estudos sobre as decisões governamentais frente à pandemia do COVID19 e a literatura sobre a implementação de políticas públicas e seus potenciais riscos de manterem ou agravarem as desigualdades pré-existentes (PIRES, 2019). Para cotejar as evidências qualitativas (CARNEY, 2016; KAY, 2017) resultantes da implementação da ação pública local frente à crise sanitária mundial, foram escolhidos dois estudos recentes. O primeiro deles é a nota técnica Mortes Evitáveis por COVID19 no Brasil (WERNECK et al., 2021) que foi elaborado pelo Instituto de Defesa do Consumidor a pedido do conglomerado de instituições que agrega a Anistia Internacional-Brasil, Centro Santo Dias de Direitos Humanos, Instituto de Estudos Socioeconômicos - INESC, Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social e a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência - SBPC. A nota contém levantamentos de informações documentais e dados oficiais que apontam para uma apreciação de evidências sobre mortes evitáveis por COVID19 no Brasil. Baseada em normas internacionais de saúde e epidemiologia, que prescrevem medidas não-farmacológicas - ou de prevenção - para conter a disseminação do novo coronavírus a publicação desnuda quatro fatores que impediram ou dificultaram tais ações preventivas sendo a) o descrédito nas orientações científicas e a minimização da magnitude da pandemia; b) a adoção, sem base científica, de tratamento dito “precoce”; c) as políticas insuficientes e sem continuidade tanto para a expansão do sistema de saúde como para o auxílio-emergencial, e; d) a inépcia dos comitês de crise e as afeições administrativas no Ministério da Saúde.

O segundo estudo foi produzido pelo LabCidade, divisão vinculada à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo -FAU/ USP (BRITO et al., 2021). O LabCidade entrega um mapeamento contundente sobre a pandemia, com a potência demonstrativa da cartografia para demonstrar a distribuição territorial de i) hospitalizações; ii) óbitos; iii) cobertura da vacinação, e; iv) presença da população negra. Nesse, os dados levantados são circunscritos à cidade de São Paulo, contudo, para efeitos do exercício proposto as evidências explicitadas são valiosas para que se atinja o objetivo de delimitar, de forma breve e sem pretensão de ir além do que o formato da presente publicação permitiria, quem seriam os brasileiros vitimados pela “morte evitável” na pandemia.

Em fevereiro de 2020 o Congresso Nacional autoriza a ampliação do orçamento público para o combate à pandemia, no entanto, a execução dos recursos do Ministério da Saúde, no mesmo ano, ficou em torno de 60%. Quando, na prática, se constatou dia após dia, mês após mês no primeiro ano da pandemia que na ponta da prestação de serviço público faltaram insumos estratégicos. Somou-se a isso, a falta de incentivo à pesquisa observada em escalada crescente desde 2019 e as lamentáveis demonstrações públicas de

menosprezo e negação à ciência, espetáculos de horror quase diários... Já em 2021, a Comissão Parlamentar de Inquérito que busca apurar responsabilidades na gestão pública desastrosa frente à pandemia, são reveladas ao grande público inacreditáveis recusas de ofertas de vacina destinadas à população brasileira, mas o presente estudo não se dedica a tanto.

É neste sentido que a comunidade científica começa a consolidar consenso fundamentado por estudos robustos e replicáveis. Juntam-se provas de que temos, - sem tendência de queda brusca a curto prazo - centenas de milhares de mortes que poderiam ter sido evitadas com medidas de prevenção que independiam da imunização em massa por meio de vacinas. Ademais, a própria cobertura vacinal não atende zonas e populações onde se verificam os maiores índices de mortalidade.

Este artigo está estruturado em três capítulos, além da introdução. O capítulo 1 traz uma breve revisão da literatura sobre cor/raça e implementação de políticas públicas no Brasil, redução e manutenção de desigualdades. O capítulo 2 explicita alguns resultados dos estudos sobre políticas públicas para combate à pandemia já descritos, privilegiando àqueles relativos a cor/raça na tentativa de tecer aproximações teóricas. À guiza de considerações finais, salienta-se que na pandemia como na curta história de análise de políticas públicas no Brasil, a inexistência, negligência ou total fracasso delas atingem em cheio e de forma desigual à população negra.

O fracasso na produção de políticas públicas na pandemia e a tragédia para a população negra

O Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - iniciou em 2020 uma versão da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD -, em parceria com o Ministério da Saúde, para coleta e disponibilização de dados clínicos da população (sintomas) em relação ao Covid-19, bem como os impactos da pandemia no mercado de trabalho. Para dar início à discussão sobre a ação pública frente à pandemia, lança-se mão de alguns dados da PNAD-COVID19. Em novembro de 2020, a proporção de pessoas negras e brancas que apresentaram sintomas de síndrome gripal foi semelhante e equivalente a 0,5% da população para cada grupo. A proporção de pessoas desocupadas que não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de oportunidade local foi, para pessoas brancas de 5,9% enquanto para as pessoas negras de 9,7%. Mais de 90% das pessoas que testaram positivo para o coronavírus recebem menos de 4 salários mínimos, sendo que mais de 60% recebem menos de 1 salário mínimo (IBGE, 2020).

Considere-se que decisões sobre o controle de portos, aeroportos e fronteiras, assim como das atividades econômicas e de apoio financeiro, tanto quanto a adoção de medidas de proteção populacional são todas ações de políticas públicas, ou seja, dependem do que o corpo governamental decide ou não fazer, o estudo sobre qualquer ângulo da pandemia do COVID19 será,

finalmente, uma análise de políticas públicas. Como já foi mencionado, este artigo busca analisar rapidamente os estudos do IDEC e do LabCidade que, com metodologias diversas, jogam luz sobre aspectos complementares dos efeitos da crise sanitária.

A pesquisa do IDEC (WERNECK, et al., 2021) apresenta seus resultados e aplica um índice que usa o excesso de mortalidade e as providências sanitárias - ou manejo de políticas públicas - para chegar a um coeficiente de quais das mortes excedentes, seriam evitáveis, nos primeiros doze meses da calamidade. Excesso de mortalidade é a diferença entre o número esperado de mortes com e sem a pandemia para um mesmo período de tempo. Mas o que vem a ser “mortalidade evitável” ou “desnecessária”? De modo simplificado pode-se dizer que são óbitos que não ocorreriam caso se garantissem cuidados médicos tempestivos e eficazes. (RUTSTEIN, 1976 apud WERNECK et al., 2021, p. 19)

Assim é elaborado o índice para apurar o que seriam as mortes desnecessárias e apresentados os resultados em dois blocos distintos. O primeiro bloco considera a prevenção da disseminação do vírus mitigaria o número de óbitos relacionados ao COVID19. Já no segundo, se considera o acesso a ações e serviços. Além disso, as estimativas do excesso de óbitos isolaram e desconsideraram todas as causas externas, por causa de lesões graves ou violência (acidentes, homicídio, suicídio, morte suspeita)¹.

Obtidas tais estimativas, revelam montantes nos quais custa-se a crer, vista sua face distópica; Entre 12 de março de 2020, data do primeiro óbito por COVID19 no Brasil e 12 de março de 2021, ou seja em doze meses de pandemia, o excesso de mortes é de 305 mil. A figura a seguir mostra, em azul, as curvas de óbitos esperados e, em vermelho, aqueles observados (vermelho) para o período.

Figura 1 - Óbitos em excesso



Fonte: WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021, p. 12

1 Para saber sobre as fontes de dados e construções de variáveis, ver WERNECK et al., 2021, p. 8.

A distância entre as curvas representa o excesso de mortalidade por semana de avanço da pandemia com tendência à progressão geométrica.

Fica demonstrado na pesquisa que, a falta de implementação de medidas não farmacológicas são agravadas pela estratégia de negação da ciência adotada pelo chefe do poder executivo, do primeiro escalão e da base legislativa de apoio ao governo federal resultam, diretamente, na manutenção da transmissão (contágio), aumento de novos casos e de mortes (WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021).

A revista Science, uma das mais respeitadas publicações científicas do mundo, coletou dados em 41 países e concluiu que, a redução de agrupamentos (10 pessoas ou mais), o fechamento de serviços essenciais e restrições de deslocamento (“fique em casa”) podem reduzir a taxa de transmissão cerca de 75%. (BRAUNER et al., 2021 apud WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021). No caso brasileiro, o primeiro óbito ocorreu três meses depois do primeiro caso detectado em Wuhan, na China e dois meses depois de a Organização Mundial da Saúde (OMS) ter classificado o surto como Emergência de Saúde Pública de Âmbito Internacional. Portanto, havia acúmulo de conhecimento científico e de estratégias de políticas públicas, além de tempo para uma reação, elementos esses valiosos e que foram desperdiçados pelo governo federal.

Assim, o cálculo de mortes evitáveis leva em consideração, também, equívocos e malversação política na aquisição de vacinas, conhecidas até maio de 2021². O estudo do IDEC é enfático e infere que, se medidas não farmacológicas intensas tivessem sido adotadas, seria possível reduzir 40% na transmissão do vírus. Em números de março de 2021, 120 mil das 305 mil mortes em excesso poderiam ter sido evitadas apenas por medidas que não dependiam de medicamentos ou vacinas. Em números de julho de 2021, são mais de 200 mil vidas que foram literalmente desperdiçadas.

Para o recorte pretendido para esta publicação, que é de uma breve análise sobre como raça/cor pode ser um determinante para se morrer de morte evitável na pandemia, adota-se o critério de selecionar os resultados do estudo do IDEC expressos segundo a variável raça/cor. Passamos a alguns deles.

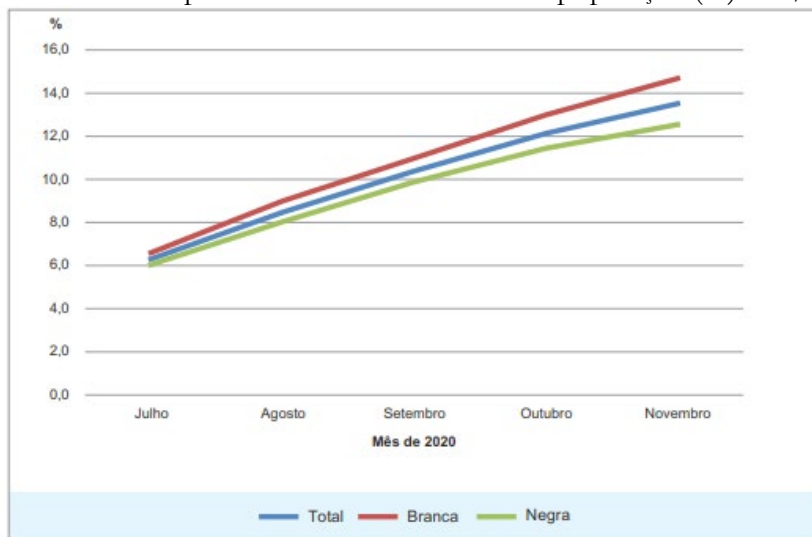
O IDEC se socorreu da PNAD COVID19 como fonte de dados para as suas aproximações, assim consta que, entre maio e novembro de 2020, considerando o primeiro e o último mês da amostra populacional, a maioria das pessoas que relatou sintomas de síndrome gripal se autodeclarou como negra³ (58,8% negras e 54,4% brancas), uma pequena diferença em termos

2 No decorrer dos meses de junho e julho de 2021 novos fatos foram denunciados à CPI do COVID19, sobre supostos casos de corrupção ativa e prevaricação envolvendo as aquisições de vacinas por parte do governo federal. A Comissão Parlamentar de Inquérito busca apurar irregularidades das ações e omissões do Governo Federal no enfrentamento da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Ver <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?codcol=2441>.

3 Segundo o IBGE, são consideradas negras as pessoas que se autodeclararam como pretas e pardas.

populacionais. Contudo, o acesso à testagem já aponta desigualdades explícitas se decompostos por raça/cor, escolaridade e renda. Na figura 2 temos a representação gráfica do acesso a testes segundo cor/raça.

Figura 2 - Percentual de pessoas que fizeram algum teste para saber se estavam infectadas pelo SARS-CoV-2 no total da população (%) Cor/Raça.



Fonte: Pnad-Covid Brasil, 2020 apud WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021, p. 22

Quanto a internações, os estabelecimentos públicos concentram a maioria de pacientes negros, amarelos e indígenas (66,1%) enquanto na rede privada predominou o acesso de pacientes brancos (66%). Significa dizer que a internação de não-brancos é praticamente o dobro na rede pública em relação à rede privada. Outro dado importante de ser colocado em perspectiva com a cor/raça dos pacientes, é o índice de letalidade em hospitais que, na rede pública é de 42% enquanto na rede privada é de 29% (WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021).

À medida que o estudo do IDEC aprofunda a exposição dos dados, mais a desigualdade fica saliente, mais se percebe que os grupos sociais racializados são mais vulneráveis a serem vitimados pela crise sanitária. Por fim, a pesquisa apresenta dados sobre óbitos na rede pré-hospitalar, ou seja, em postos de pronto atendimento (UPA) ou de pronto socorro, que são igualmente dramáticos, pois, denotam o bloqueio crescente do acesso aos hospitais no decorrer da pandemia. Tais números representam aquelas pessoas que morreram nas filas de espera aguardando transferência para UTIs ou leitos comuns nos hospitais e se concentraram quase que exclusivamente em estabelecimentos públicos⁴; até março de 2021, 20.642 pessoas morreram em atendimento pré-hospitalar, 13% eram negras, indígenas ou amarelas, 9,2% eram bran-

4 Ver WERNECK, BAHIA, SCHEFFER, 2021, p.30.

cas. Um somatório lamentável para brasileiros e brasileiras que morreram em UPAs e emergências.

Até este ponto foram apresentados os resultados e as conclusões do IDEC que se referem, todos eles, a medidas não farmacológicas. Passamos a seguir a expor a seleção de resultados do LabCidade (BRITO et al., 2021), que tratam das características territoriais⁵ das hospitalizações, dos óbitos, da cobertura vacinal e da população negra, todos os dados referentes à cidade de São Paulo. O intervalo de tempo da coleta de dados é semelhante ao da pesquisa anterior, entre março de 2020 e abril de 2021. Para fins da análise aqui proposta, desse estudo também foram selecionadas informações que abordam a variável raça/cor.

A pesquisa é inequívoca na explicitação da relação desigual entre as populações mais acometidas pelo COVID19 e àquelas que receberam mais atenção nas decisões governamentais de combate à pandemia. Em resumo, a organização de dados do LabCidade fez uma comparação entre os focos da doença e a resposta por meio de distribuição de vacinas procurando responder como o comportamento territorial da doença repercutiu nas decisões sobre políticas públicas para combate ao COVID19. O estudo é pródigo nas análises dos mapas de calor, além das já mencionadas, da localização onde se concentrou a vacinação (2 doses) conforme os diferentes critérios adotados na cidade de São Paulo, como a faixa etária ou por categoria profissional. Pelas limitações de formato da presente publicação, a discussão levará em conta apenas 4 dessas cartas, sendo as que se referem a⁶: hospitalizações por COVID19 e síndrome respiratória grave (SRAGs) - figura 3; mortalidade por COVID19- figura 4; imunização com duas doses independentemente do critério de priorização - figura 5, e; distribuição territorial da população negra⁷.

5 Mapas de Densidade de Kernel.

6 Todos os dados referentes à cidade de São Paulo.

7 Dados do Censo 2010 - IBGE.

Figura 3: Hospitalizações por COVID19 e (SRAGs)

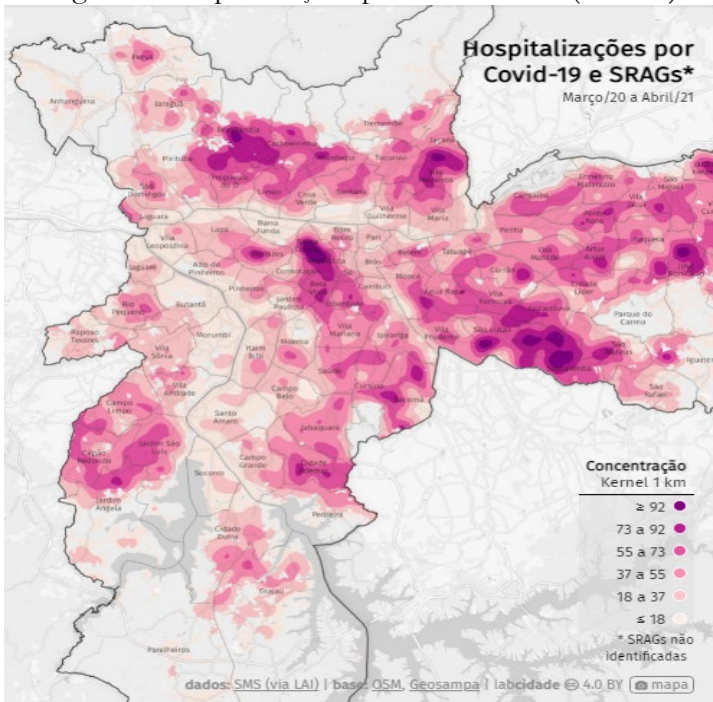


Figura 4: Mortalidade por COVID19

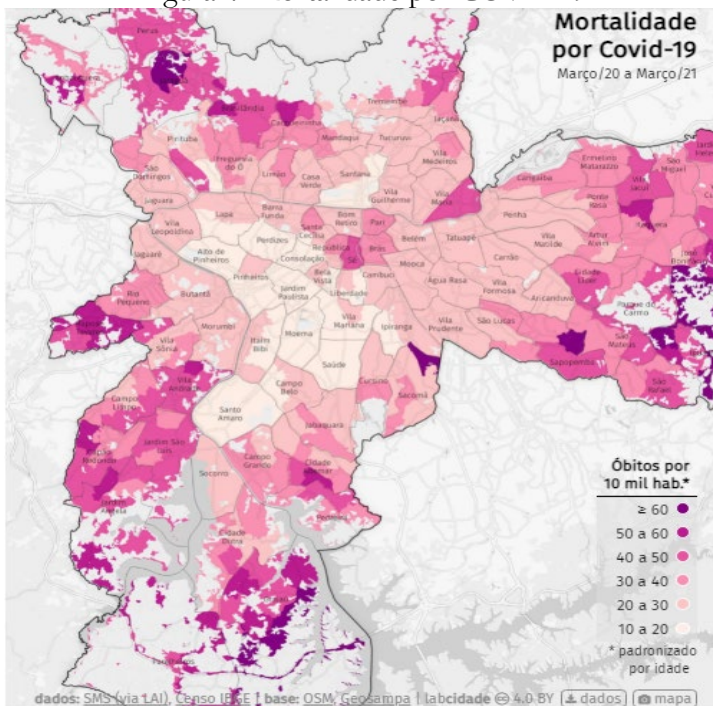


Figura 5: Imunização com duas doses

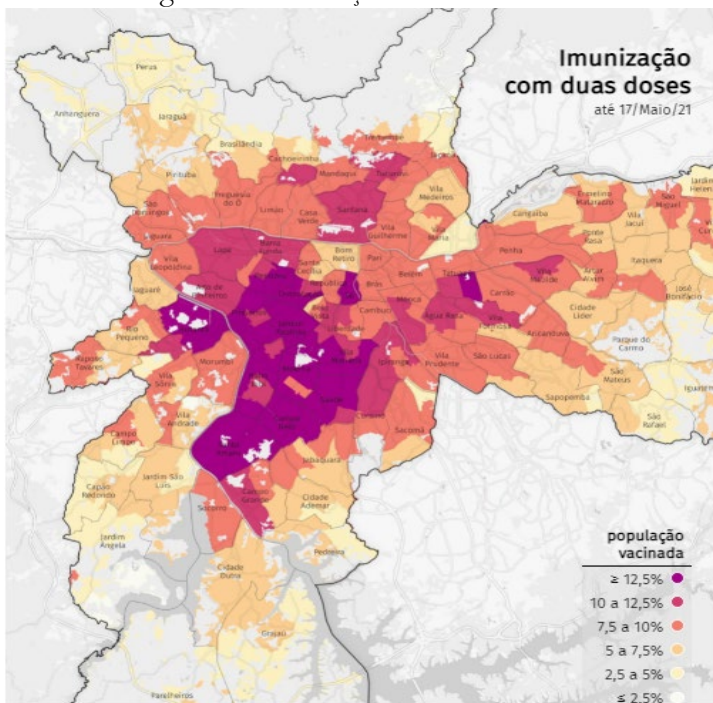
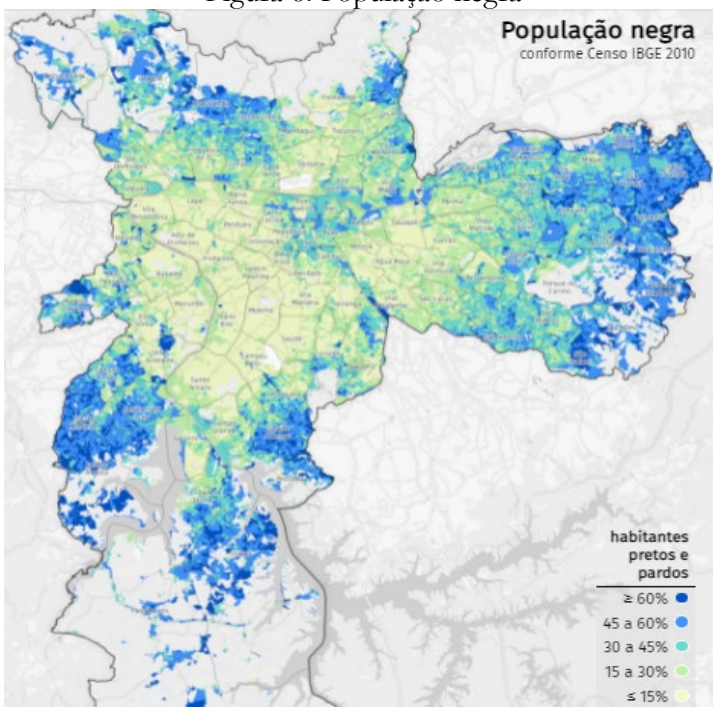


Figura 6: População negra



Mesmo com uma visualização rápida pode-se depreender, por exemplo, da figura 3 é que, no nível das hospitalizações há focos importantes nas zonas norte, central e leste da cidade. Paradoxalmente, a figura 4 nos mostra a mortalidade mais elevada na zona leste onde se concentram bairros periféricos. Se comparada, a razão entre hospitalizações (> 92 por km) e mortes (de 30 a 40 por 10mil hab) do bairro Santa Cecília que fica no centro da cidade é praticamente a metade da verificada na Cidade Tiradentes (>92 hospitalizações por km e mais 60 óbitos por 10 mil hab). Pode-se comparar a figura 5 com as anteriores (3 e 4) para constatar que a estratégia de vacinação, independentemente do critério adotado, privilegiou as zonas central e oeste da cidade, contrariamente à maior concentração de hospitalizações e mortes, com maior incidência nos extremos leste, norte e sul onde se concentra a população de maior renda. (BRITO et al., 2021)

Na figura 6 temos a informação mais alarmante e central para o debate de que as mortes que seriam evitáveis recaíram pesadamente sobre as pessoas negras. A maior concentração de óbitos coincide quase à exatidão com a presença da população negra no território de São Paulo que está nas extremidades da metrópole. No entanto, é preciso repetir, a maioria das pessoas já imunizadas está situada no centro da cidade.

A desigualdade na cidade de São Paulo é transparente e a comparação dos distritos periféricos sendo os mais pobres, com a ausência de políticas públicas de qualidade, o baixo índice de equipamentos públicos, a falta de saneamento básico, de transporte de qualidade, de empregos, os altos índices de violência e a falta de acesso à educação e à saúde. Já os distritos centrais e da região oeste são, em sua maioria, os mais ricos e desenvolvidos. Em razão disso, a expectativa de vida verificada é maior nas zonas centrais. Segundo Gusmão (2017) nenhum distrito de São Paulo tem expectativa de vida média acima de 75 anos para as pessoas negras. Nesse sentido, apenas o critério de maior idade como prioridade na vacinação já reforçaria a desigualdade anterior à implementação da política pública (PIRES, 2019) proporcionando maior acesso ao contingente branco. Apesar de não apresentados aqui, os dados sobre vacinação de categorias profissionais de serviços essenciais, igualmente, não atendem as zonas de maior concentração do vírus. Quando a estratégia vacinal se estende a profissionais de saúde que estão em trabalho remoto em detrimento das zonas de maior transmissão, fica evidente a sobreposição de escolhas públicas em prol de populações já privilegiadas. (BRITO et al., 2021)

Cabe salientar que, as decisões sobre a estratégia de expansão dos serviços de saúde e da cobertura vacinal são escolhas de política pública cujas evidências, se estão disponíveis para a elaboração desse artigo, certamente o estavam para suprir a tomada de decisão governamental. Como afirma Souza (2006) o ciclo de políticas públicas é um processo dinâmico de aprendizagem donde a partir de evidências disponíveis seria possível construir uma “nova história” onde fossem considerados quadros levantados do acúmulo de expe-

riências para fazer aflorar uma definição mais abrangente e mais capaz de dar conta da realidade (KAY, 2017).

Cabe notar que o estudo do LabCidade conclui que, mesmo o monitoramento e a transparência de dados sobre o COVID19 reforça o efeito narrativo de naturalizar as mortes concentradas numa ou outra região que, frise-se, são racializadas e estratificadas socialmente. É um exemplo cristalino de racismo estrutural, pois no Brasil, raça informa classe e vice-versa (MOREIRA, 2017). Sobre as estratégias que o governo adota para deixar de tomar providências em termo de políticas públicas, Cássio de Souza (2019) apresenta um modelo de análise de como as instituições formais são influenciadas pelas instituições informais. No seu estudo, ele aponta como opera a dinâmica do conflito entre objetivos formais - por exemplo, proteger a vida- e objetivos informais - por exemplo, proteger vidas numa determinada ordem de importância conforme hierarquias de poder consolidadas na sociedade-, nos ambientes institucionais. Segundo o autor, barreiras institucionais se manifestam de forma visível, mas também de forma invisível no fazer diário das organizações e da ação pública por elas produzida. A isso, ele designa serem táticas de acomodação, que operam para impedir o progresso de pautas que enfrentam o status quo. O autor aduz que as táticas de acomodação são empregadas quando os objetivos formais - proteger a todos- colidem com os objetivos informais - segundo determinadas prioridades- que, mesmo não declarados, permeiam o tecido social e igualmente as instituições. O status quo no caso concreto, é estrutura que hierarquiza relegando aos negros posição de subalternidade social e a banalização das vidas negras. A questão racial, quando considerada, imprime complexidade ao manejo de políticas públicas (JAC-COUD, 2008), e é preciso reconhecer que desconsiderá-la também é decisão política com resultados observáveis. No caso concreto, os resultados são nefastos para a população negra.

Considerações finais

O presente trabalho buscou conjugar brevemente a literatura sobre políticas públicas e seu histórico de implementação sob a perspectiva racial no Brasil, com dados demográficos e sobre as estratégias governamentais no primeiro ano de enfrentamento da pandemia do COVID19 no Brasil. Mesmo com um objetivo ambicioso para o curto espaço de tempo para a pesquisa, fica minimamente demonstrado que, a atuação mundialmente classificada como desastrosa e quiçá criminoso do governo federal diante da pandemia, resulta em reforço das desigualdades para a população negra.

A partir de insumos do IDEC que elaborou um cálculo para chegar a um montante do quantas seriam as mortes excedentes e as evitáveis no Brasil, conclui-se que 40% das mortes no primeiro ano da pandemia no Brasil foram desnecessárias e infelizmente, com grande peso para a população negra. O LabCidade compara a distribuição territorial do avanço da pandemia com o

alcance da vacinação paralelamente à presença das pessoas negras e o resultado não é diferente.

A rede pública hospitalar e de pronto atendimento teve o dobro de mortes por COVID19, e nela se acumularam dois terços dos pacientes não-brancos. Segundo o mapeamento de dados da maior metrópole do país, os territórios onde se verificam os focos de doença e de transmissão coincidem com a presença maciça de pessoas negras, no entanto, a cobertura vacinal, pela soma de todos os critérios adotados, está muito longe dessas localidades. Ao contrário, informações recentes comprovam que a imunização completa está focalizada onde se auto segrega a população de maioria branca, de maior renda e mais longeva.

A partir de tudo que foi explicitado nas pesquisas do IDEC e do LabCidade, insta afirmar, neste exercício prático-teórico, que as pessoas negras estão mais sujeitas a morrer de mortes evitáveis na pandemia do COVID19 no Brasil, pois se elas morrem mais, maior chance da sua morte ser excedente e, por analogia, desnecessária. A suposta neutralidade decisória dos governos estaduais e do executivo federal, mascara condições anteriores já conhecidas pelo poder público e até do senso comum sobre a realidade nas cidades brasileiras; a expectativa de vida, o mercado e as condições de trabalho, são, socialmente e territorialmente demarcadas, e todos esses elementos informam racialidade. Políticas públicas baseadas em evidências, essas que como se pode ver, são abundantes, poderiam ter nos conduzido a escolhas públicas mais justas e equitativas.

A postura pública de negação da ciência, a incapacidade de investir o orçamento destinado, o desperdício de tempo e a desconsideração das normas e da experiência internacional frente à crise sanitária, somadas à mentalidade elitista transposta para o poder governamental, produziram políticas insuficientes e desordenadas que culminaram numa verdadeira tragédia para as populações vulneráveis, inegavelmente, de maioria negra.

A cada decisão oficial de contrariedade, ambígua ou reticente diante de medidas extremas, mas necessárias, como o isolamento social, o fechamento do comércio ou a falta de sustentação para se manter emprego e renda, mais adoecimento e mais mortes foram fomentadas no Brasil. Os dirigentes implicados na má gestão da crise têm responsabilidade moral e legal diante das famílias das mais de 500 mil pessoas vitimadas pelo COVID19.

Neste condão os pesquisadores que produzem dados sobre a pandemia, nas ciências biomédicas ou humanas, sejam eles do IDEC, do LabCidade ou do grupo de estudos que inspirou o presente artigo, têm um papel fundamental, além da produção de conhecimento. Papel que reside na organização de registros para que o futuro não nos aliene de tão graves acontecimentos. A memória de todos os falecidos merece que se lhes seja feita, senão justiça, no mínimo, algum esforço pela responsabilização dos implicados, para que suas mortes não sejam banais, como os representantes políticos consideraram as suas vidas.

Referências

BRITO, G., MARINHO, A., MENDONÇA, P., ROLNIK, R. **Prioridade na vacinação negligencia a geografia da Covid-19 em São Paulo**. LabCidade. FAU. USP. São Paulo, maio 2021 Disponível em: <http://www.labcidade.fau.usp.br/prioridade-na-vacinacao-negligencia-a-geografia-da-covid-19-em-sao-paulo/>

GUSMÃO, H.N. **Não vai dar tempo: a morte chega antes da aposentadoria para a população negra em São Paulo**. Expectativa de vida. Desigualdade espaciais. São Paulo, 2017. Disponível em: <https://desigualdadesespaciais.wordpress.com/tag/expectativa-de-vida/>

HASENBALG, C. **Discriminação e desigualdades raciais no Brasil**. Tradução Patrick Burglin. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2005.

IBGE. INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional de Domicílios**. Séries especiais. COVID 19. 2020. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/series-especiais.html>

JACCOUD, L. **O combate ao racismo e à desigualdade: O desafio das políticas públicas de promoção da igualdade racial**. In: THEODORO, M. (Org.). *As políticas públicas e a desigualdade racial no Brasil: 120 anos após a abolição*. Brasília: IPEA, 2008.

MOREIRA, A. **Direito, poder, ideologia: discurso jurídico como narrativa cultural**. *Direito e Praxis*, v. 8, n. 2, p. 830-868, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/21460>

PIRES, R. Introdução. In: PIRES, R. (Org.). **Implementando desigualdades: reprodução de desigualdades na implementação de políticas públicas**. IPEA, 2019.

WERNECK, G., BAHIA, L., MOREIRA, J., SCHEFFER, M. **Mortes evitáveis por COVID19 no Brasil**. IDEC. 2021. Disponível em: https://idec.org.br/sites/default/files/mortes_evitaveis_por_covid-19_no_brasil_para_internet_1.pdf

AS DECISÕES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS COMO FUNDAMENTO À DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO

Larissa de Oliveira Fogaça

Pós-graduada *lato sensu* em Criminologia pelo Instituto de Criminologia e Política Criminal; Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo, através de uma análise exploratória e descritiva de casos da Corte Internacional de Direitos Humanos, compreender qual a melhor interpretação do art. 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos dentro do bloco de convencionalidade interamericano, bem como a repercussão dessa interpretação, numa leitura sistemática com os demais direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, na discussão sobre a criminalização do aborto. A partir de um processo de desconstrução de um direito absoluto à vida “desde a concepção”, que é a leitura dada especialmente por governos autoritários para o dispositivo que prevê a proteção à vida no Pacto de San José da Costa Rica, busca-se demonstrar com base no entendimento já assentado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos que num conflito de direitos, outros também devem ser ponderados, como a necessidade de proteção à saúde, à dignidade, à liberdade e à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres, direitos estes que muitas vezes dependem do acesso à interrupção voluntária da gravidez para que se concretizem.

Palavras-chave: Aborto; Descriminalização; Tratados Internacionais em Direitos Humanos; Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Introdução

No primeiro semestre de 2022, o Ministério da Saúde brasileiro publicou uma cartilha denominada “Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento”, com a proposta de trazer orientações aos profissionais e serviços de saúde no atendimento a mulheres em situações de aborto. O documento, contudo, foi criticado por grupos ligados à defesa dos direitos da mulher e da igualdade de gênero, que consideram seu conteúdo tendencioso, já que excluiria dos programas de acesso feminino à saúde a

possibilidade de interrupção da gravidez como instrumento de planejamento familiar.

Operadores do Direito também apontam que o texto conteria diversas imprecisões jurídicas, reforçando a insegurança já existente a respeito do tema, ao enfatizar a ideia de responsabilização criminal em qualquer hipótese de ocorrência do abortamento, com afirmações de que “não existe aborto ‘legal’” e que “todo aborto é um crime”, sujeito à “investigação policial”¹, o que não condiz com a previsão do artigo 128 do Código Penal. A despeito da criticável redação, que prevê a “não punição” do aborto quando necessário a salvar a vida da gestante ou em caso de gravidez resultante de estupro, o entendimento da doutrina é de que a natureza jurídica dessa norma é de causa de exclusão de ilicitude ou antijuridicidade. Logo, havendo a exclusão de elementos constitutivos do crime, não há crime. Reforçando a ideia, está o reconhecimento pelo Supremo Tribunal Federal, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, de que a interrupção terapêutica da gravidez de feto anencefálico também está compreendida como causa de excludente de ilicitude.

Os problemas do documento publicado pelo Ministério da Saúde, contudo, transcendem a legislação pátria. Como justificativa dessas diretrizes que sugerem a impossibilidade legal de interrupção da gravidez, ele invoca diversos tratados internacionais em Direitos Humanos. Ao citar, por exemplo, o Pacto de São José da Costa Rica (1969), aduz que ele “prevê expressamente a proteção ao direito à vida desde a concepção”, mas a referência exclui a expressão “em geral” que também consta de seu artigo 4º, alínea 1. Após outras considerações, o manual conclui sua análise acerca da legislação internacional afirmando que “o Estado brasileiro é signatário de acordos globais que recomendam a prevenção de abortos de qualquer forma”².

De fato, chama a atenção que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos seja o único documento internacional que trata expressamente, em relação ao direito à vida, da proteção também da vida pré-natal (LEGALLE *et al*, 2022, p. 105). Também não é nova a tentativa de interpretação do artigo 4.1 da CADH no sentido de que o direito ao aborto no Brasil tornou-se inconvenção após a CADH, quando, ao contrário “foi o Pacto de São José da Costa Rica (1969), na sua origem, que se curvou aos Códigos Penais já vigentes na época, dentre os quais o brasileiro (1940), que já admitiam o direito

1 Os trechos referidos constam da 1ª edição revisada do documento, páginas 12 e 14, antes acessível em http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_prevencao_avaliacao_conduta_abortamento_1edrev.pdf, sendo este o endereço eletrônico consultado no início da elaboração do presente estudo, em 14 de junho de 2022. Posteriormente, contudo, a 1ª edição da cartilha deixou de estar acessível pelo link do próprio Ministério da Saúde, sendo substituída pela 2ª edição revisada, no qual os trechos foram excluídos (https://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/atencao_avaliacao_conduta_abortamento_2ed.pdf). Assim, a referência ao documento constando do final do artigo é de um endereço eletrônico onde ainda era possível, na data de encerramento deste trabalho, consultar a 1ª edição revisada.

2 *Idem* anterior.

ao aborto em algumas hipóteses” (LOREA, 2006, p. 194), como se verá ao longo do estudo.

Há que se reconhecer, ainda, que tratados como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979), igualmente citada pela cartilha, preveem expressamente a proteção da mulher gestante, sem trazer, contudo, qualquer disposição direta sobre o direito dessa mulher a decidir pela interrupção dessa gravidez. Mas haveria aí uma proibição a essa conduta? Indo além, seria possível justificar a criminalização do aborto com base nesses e outros tratados de Direitos Humanos? Ou, ao contrário, a interpretação dos tratados de direitos humanos sugere que seria a criminalização do aborto em toda e qualquer hipótese que implicaria em violação a diversos direitos das mulheres?

Buscando uma resposta a estes questionamentos, mediante uma análise sistemática das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, além de outras fontes bibliográficas e jurisprudenciais, o estudo proposto pretende traçar um panorama do alcance dos efeitos da interpretação adotada pelo órgão em relação aos direitos previstos nos principais tratados internacionais, especialmente em casos envolvendo mulheres. Através de uma pesquisa exploratória e descritiva e utilizando-se sobretudo do método dialético, busca-se compreender quais direitos já reconhecidos pela Corte também seriam aplicáveis em hipóteses envolvendo a prática do aborto.

Caso Baby Boy vs. Estados Unidos (1981)

O desenvolvimento de um estudo sobre o posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto ao tema do aborto obrigatoriamente remete a uma análise prévia do caso Baby Boy vs. Estados Unidos (CIDH, 1981), submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por ter sido “o primeiro caso em que o sistema interamericano se debruçou na temática dos direitos sexuais e reprodutivos das mulheres e o direito à vida (...)” (LEGALLE *et al*, 2022, p. 114).

Submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos por uma organização denominada “Católicos por uma Ação Política Cristã”, questionava-se no Caso Baby Boy vs. Estados Unidos que desde as decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos nos casos Roe vs. Wade (1973) e Doe vs. Bolton (1973), que garantiram o direito ao aborto no país, estaria sendo violado o direito à vida, garantido pelo artigo I do capítulo I da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH, 1948). Entre os argumentos apresentados, os peticionários defendiam que a interpretação que deveria ser dada ao artigo era de proteção da vida “desde o momento da concepção”, conforme a redação originalmente sugerida para o texto da DADDH e que posteriormente passou a integrar o artigo 4.1. da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH, 1969).

E foi com base exatamente na história legislativa da DADDH que a

Comissão rejeitou o argumento de imposição de um direito absoluto à vida desde a concepção, rechaçando a interpretação defendida pelos petionários. De fato, a redação do artigo 1 da Declaração, que constava do projeto inicial elaborado pelo Comitê Jurídico Interamericano, previa que “toda pessoa tem direito a vida. Este direito se estende ao direito à vida desde a concepção (...)” (Resolução n. 23/81, § 19, “b”). Essa segunda parte, contudo, foi deliberadamente excluída quando a Declaração foi aprovada, na Nona Conferência Internacional Americana, considerando que “(...) a definição dado no projeto do Comitê Jurídico era incompatível com as leis que regem a pena de morte e aborto na maioria dos Estados americanos” (Resolução n. 23/81, § 19, “e”). Ponderou-se que aceitar um conceito absoluto de direito à vida desde a concepção iria de encontro com a legislação já existente em diversos países que permitiam a prática do aborto, ainda que em situações determinadas (entre eles o Brasil, cuja Comissão foi uma das que apontou a existência desse conflito).

A Comissão IDH concluiu, assim, que a questão de um direito à vida desde a concepção foi enfrentada expressamente e decidiu-se, para a redação da Declaração Americana dos Direitos dos Homens, “não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio” (§ 19, “h”).

Quanto aos “motivos que prevaleceram na Conferência de San José ao adotar-se a definição do direito à vida” (§ 20), a Comissão esclareceu que havia entre os Estados aqueles que insistiam na ideia de proteção “desde o momento da concepção”, de forma que a solução adotada para conciliar essa opção com a legislação dos demais Estados que permitiam o aborto foi a inclusão da expressão “em geral” (§ 25). É importante destacar que a delegação do Brasil foi uma das que apresentou emendas para que novamente fosse excluída da redação do tratado a expressão “desde a concepção”, no que foi apoiada pelos Estados Unidos. Contudo, o voto da maioria foi pela redação sugerida, com a inclusão do termo “em geral”.

Em sua decisão, a Comissão IDH concluiu que a Suprema Corte dos Estados Unidos e a Corte Suprema Judicial de Massachusetts (que também havia sido denunciada) não teriam violado a Declaração Americana dos Direitos dos Homens, destacando que (§ 30):

À luz dos antecedentes expostos, fica claro que a interpretação que atribuem os petionários à definição do direito à vida formulada pela Convenção Americana é incorreta. A adição da frase “em geral, desde o momento da concepção” não significa que aqueles que formularam a Convenção tiveram a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula “em geral, desde o momento da concepção” são substancialmente diferentes daquelas da cláusula mais curta “desde o momento da concepção”, que aparece repetidas vezes no documento dos petionários.

Embora não tenha tratado diretamente sobre a existência de um direito ao aborto (LEGALLE *et al*, 2022, p. 106), o caso trouxe uma importante análise do processo legislativo e da *men legis* tanto da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH, 1948) quanto da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (CADH, 1969), especialmente em relação ao significado que se deve atribuir à proteção do direito à vida “em geral, desde a concepção” presente no artigo 4.1 da CADH, interpretação essa que servirá de base para decisões posteriores da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como no caso Artavia Murrilo e outros vs. Costa Rica (2012).

Em relação à Cartilha do Ministério da Saúde, objeto do presente estudo, fica claro que a menção, de forma intencional, a apenas parte da redação do art. 4.1 da CADH, excluindo-se a expressão “em geral”, assim como fizeram os peticionários do Caso Baby Boy vs. Estados Unidos, repercute substancialmente na interpretação do dispositivo, distorcendo o real objeto de proteção do tratado, na tentativa de dar-lhe interpretação mais restritiva que a reconhecida pelos operadores do Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Caso Artavia Murrilo e outros (“fecundação *in vitro*”) vs. Costa Rica (2012)

O caso Artavia Murrilo e outros, submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos à Corte Interamericana de Direitos contra o Estado da Costa Rica, discutiu violações de direitos humanos verificadas como consequência de uma decisão proferida pela Corte Suprema de Justiça do país, proibindo a realização da fecundação *in vitro* (I. Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia, § 2º). Nele, houve o reconhecimento pela Corte IDH de que a proibição pela Costa Rica da prática da FIV violaria o direito das vítimas à integridade pessoal (CADH, art. 5.1), à liberdade pessoal (CADH, art. 7º), à vida privada (CADH, art. 11.2) e à proteção da família (CADH, art. 17.2) (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 236).

Não obstante o caso concreto tratasse da impossibilidade de exercer a maternidade genética por aqueles que assim querassem, mas não conseguissem por motivos biológicos, traz uma análise importante quanto ao reconhecimento do direito à autonomia reprodutiva, que pode ser interpretado também em favor das mulheres que optam por não gestar. Remetendo ao art. 16, “e”, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher (1979), a Corte IDH ressaltou que (§ 146):

As mulheres gozam do direito ‘de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos’. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.

Também se discutiu a interpretação a ser dada ao artigo 4.1 da Convenção Americana. Embora a conclusão da Corte IDH, para o que importava ao caso concreto, tenha se baseado numa análise mais técnica (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 238), ao definir que a concepção no sentido do art. 4.1 da CADH ocorreria apenas a partir do momento em que o embrião é implantado no útero (§ 264), a Corte IDH ainda assim se debruçou sobre “o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana em relação às palavras ‘pessoa’, ‘ser humano’, ‘concepção’ e ‘em geral’”, através de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção aos direitos, em conformidade com o sentido comum dos termos, com uma análise ainda sistemática e histórica, evolutiva e voltado ao objeto e fim do tratado (§ 173). Conforme descrevem Legale, Ribeiro e Fonseca (2022, p. 117):

(...) Através de diversas técnicas hermenêuticas, a Corte IDH entendeu que a finalidade do artigo 4.1 é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos protegidos pela CADH. Assim, a cláusula “em geral” teria como finalidade permitir que, mediante um conflito de direitos, fosse possível invocar exceções ao direito à vida desde a concepção, ou seja, o direito à vida não teria caráter absoluto na CADH devendo haver ponderação com outros direitos conflitantes no caso concreto.

Novamente, mas agora no âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, reafirma-se a importância da expressão “em geral” na interpretação do art. 4.1 da CADH, balizando o conceito de proteção à vida “desde a concepção” de forma que outros direitos não sejam suprimidos. Nas palavras da própria Corte IDH (§ 173):

O Tribunal reitera sua jurisprudência segundo a qual uma norma da Convenção deve ser interpretada de boa fé, de acordo com o sentido comum que há de se atribuir aos termos do tratado em seu contexto e tendo em consideração o objeto e fim da Convenção Americana, qual seja a eficaz proteção da pessoa humana.

Nesse contexto, é possível questionar se, ao excluir a interrupção da gravidez como instrumento de planejamento familiar e defender a prevenção do aborto “de qualquer forma”, a cartilha do Ministério da Saúde brasileiro não estaria violando o direito de autonomia reprodutiva das mulheres, mesmo que considerados apenas os casos em que o aborto já é permitido no Brasil. Ao empregar uma interpretação da legislação interna e dos tratados internacionais que não corresponde ao sentido que deve ser atribuído a estas normas, o documento acaba por criar mais uma barreira para o acesso das mulheres a um importante instrumento de escolha sobre o exercício ou não da maternidade, com evidente prejuízo à sua vida privada e familiar.

Caso I. V. vs. Bolívia (2016)

O reconhecimento da autonomia reprodutiva como parte indissociável da proteção da dignidade da pessoa humana também constou do Caso I.V. vs. Bolívia, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em 2016. Nele, discutiu-se a responsabilidade do Estado da Bolívia pela intervenção cirúrgica de ligadura de trompas a que foi submetida a senhora I.V., em um hospital público, sem o seu consentimento, o que resultou na perda permanente e forçada de sua capacidade reprodutiva (I. Introdução à causa e objeto da controvérsia, § 1º).

Na linha da decisão proferida no Caso Artavia Murrillo e outros vs. Costa Rica (2012), “a CIDH reitera a posição de sujeito de direito da mulher, reafirmando o direito à autonomia reprodutiva e deixando claro que a mulher tem direito ao seu planejamento familiar, optando por ter filhos ou não” (LEGALE *et al*, 2022, p. 122). Diferentemente, contudo, do caso relativo à fertilização *in vitro*, em que o Estado foi julgado por uma conduta que, embora comissiva, de imposição de uma proibição, gerou efeitos omissivos na privação de acesso ao procedimento, no Caso I.V. vs. Bolívia o Estado foi julgado por uma conduta direta sobre o próprio corpo da vítima, com violação “à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à dignidade, à vida privada e familiar, de acesso à informação e a fundar uma família” (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 297).

Ao ser submetida a um procedimento definitivo de esterilização, retirou-se da senhora I.V. seu direito de autodeterminação, entendido pela Corte IDH como poder “escolher livremente a opções e circunstâncias que dão sentido a sua existência, conforme suas próprias escolhas e convicções”, e que é um aspecto central da própria dignidade da pessoa (§ 150). A esse respeito, embora o caso concreto tratasse novamente de uma mulher que, querendo, se viu impedida de ter filhos, a decisão da Corte IDH traz em mais de uma passagem o reconhecimento da autonomia sexual, dentro da ideia de um direito à vida privada, e que inclui a possibilidade do indivíduo desenvolver sua própria personalidade, aspirações e determinar sua identidade física e social, contexto no qual se inclui também a opção por não exercer a maternidade (§ 152):

A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o curso futuro de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa. A vida privada inclui a forma que o indivíduo se vê a si mesmo e como decide projetar-se frente aos demais, e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Ademais, a Corte indicou que as opções e decisões livres em relação à maternidade constituem parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres. Consequentemente, a decisão de ser **ou não** mãe ou pai pertence à esfera das decisões autônomas dos indivíduos relativamente a sua vida privada e familiar (destaque nosso).

Mesmo que considerados apenas os casos em que o aborto já é permitido no Brasil, impedir ou obstaculizar o acesso a esse procedimento reflete diretamente no direito da mulher de escolher livremente o rumo da sua existência. Uma criança ou adolescente que é obrigada a levar adiante uma gravidez (salientando-se que para menores de 14 anos a ocorrência do estupro é legalmente presumida no sistema jurídico brasileiro, consoante a Súmula 593 do Superior Tribunal de Justiça) obviamente terá interrompida uma importante parte do seu desenvolvimento, com reflexos como a evasão escolar e a necessidade de colocação precoce no mercado de trabalho, além de se ver obrigada a assumir um novo papel social, agora de mãe, quando esta podia não ser sua opção naquele momento.

O Caso I.V. vs Bolívia (2016) também se relaciona com o objeto do presente estudo, a cartilha do Ministério da Saúde, quando analisa que o Estado também tem uma obrigação, através dos seus profissionais de saúde, de garantir que os atos médicos sejam praticados com o consentimento informado dos pacientes (§ 201). Destaque-se que não se trata de um consentimento simples, mas deve se resguardar que ele seja prévio ao ato, de caráter pleno e informado, dado por escrito, e, principalmente, de caráter livre, assim entendido aquele que seja voluntário, autônomo, sem pressões ou desinformação (PAIVA, HEEMANN, 2020, p. 297). O consentimento informado relaciona-se diretamente com a autonomia e liberdade reprodutiva, por garantir à mulher o direito de “tomar decisões autônomas sobre seu plano de vida, seu corpo e sua saúde sexual e reprodutiva, livre de toda violência, coação e discriminação (...)” (§ 157).

Assim, quando um documento oficial do Governo traz informações inexatas sobre o tratamento jurídico acerca do aborto na legislação brasileira, afirmando expressamente que “todo aborto é um crime”, sujeito a uma “investigação policial”, além da repercussão junto aos próprios agentes de saúde, cuja cartilha tinha a função de orientar, o que será melhor analisado a seguir, gera-se um evidente temor na mulher que, mesmo numa situação em que o aborto é permitido, passa a questionar a licitude da sua conduta, já carregada de um forte estigma moral. Nesse caso, não há como se afirmar que a mulher tem condições de fazer uma escolha informada sobre a opção pelo procedimento, seja pela fala de uma informação apropriada, seja pelo notório viés de coação e discriminação externados na cartilha, o que também influencia diretamente no seu direito de livre escolha.

Caso B. vs. El Salvador (2013)

Os casos até então analisados, apesar da sua importância no esclarecimento da correta interpretação do art. 4.1 da CADH e quanto ao reconhecimento da autonomia reprodutiva da mulher, não trataram, como salientado, especificamente do tema aborto. O assunto, entretanto, foi submetido a Corte IDH no Caso B. vs. El Salvador, no qual se buscava uma medida provisória

para que a senhora Beatriz (nome fictício), portadora de lúpus eritematoso discoide agravado por nefrite lúpica, pudesse interromper sua gravidez, então com 26 semanas, de um feto anencéfalo.

Uma informação relevante a este caso e aquele que será analisado na sequência, também contra o Estado de El Salvador, é que o país possui uma das legislações mais restritivas a respeito do aborto entre os Estados membros da Organização dos Estados Americanos. Conforme a Base de Dados de Políticas Globais sobre Aborto da Organização Mundial de Saúde, El Salvador não aceita o procedimento em nenhum caso, mesmo aqueles envolvendo estupro e risco de vida à gestante ou ao feto. Além disso, a prática resulta na responsabilização penal tanto da gestante quanto de pessoas que a auxiliem³.

Apesar desse cenário, que influenciou diretamente na falta de acesso da senhora Beatriz ao procedimento de interrupção da sua gravidez, oportuna a crítica apresentada por Legale, Ribeiro e Fonseca (2022, p. 121) no sentido de que “as medidas provisionais da Corte IDH pontuaram que objetivavam apenas resolver a questão urgente de proteger a vida da senhora Beatriz, eximindo-se de se posicionar especificamente sobre a questão do aborto de forma mais ampla”. Análise semelhante é feita por Paiva e Heeman (2020), comparando o caso, ainda, à ADPF 54 do STF, na qual, diferente da decisão da Corte IDH, foram considerados outros valores como a dignidade da pessoa humana, a autonomia da gestante, a liberdade sexual e a reprodutiva e o direito à saúde.

A referência a essa Medida Provisória da Corte IDH ainda assim é importante por introduzir esse cenário de completa vedação à realização do aborto, com consequências diretas à vida e integridade física das mulheres, além de sua liberdade, como se evidenciou no segundo caso analisado contra o Estado de El Salvador, no ano de 2021.

Caso Manuela e outros vs. El Salvador (2021)

O Caso de Manuela (nome fictício) foi submetido à Corte IDH pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em razão de “uma série de violações”, dentro de um “contexto conhecido em El Salvador quanto à criminalização do aborto”. Tratar-se de violações “aos direitos à vida, a liberdade pessoal, às garantias judiciais, à vida privada, à igualdade perante a lei, à proteção judicial e à saúde”, sofridas por Manuela no tratamento médico recebido antes e depois da sua prisão, durante o processo penal e enquanto esteve sob custódio do Estado (I. Introdução da causa e objeto da controvérsia, § 1º).

Num breve histórico do caso, tem-se que em 2008, Manuela, moradora da região rural de El Salvador, analfabeta, então com 29 anos de idade, grávida, lavava roupa junto ao rio quando sofreu uma queda que gerou ferimentos na região pélvica e um sangramento transvaginal. No dia seguinte, a mãe de

3 Disponível em <https://abortion-policies.srhr.org/country/el-salvador/>. Acesso em 18 nov. 2022.

Manuela a encontrou em seu quarto pálida, suada, inconsciente e sangrando pela vagina, sendo levada ao hospital. Ela era já portadora, na época, de um câncer linfático. Ao ser atendida no hospital, seu caso foi registrado como de aborto e a situação foi submetida pela própria médica que a atendeu às autoridades salvadorenhas, que iniciaram um processo penal contra Manuela, resultando numa condenação a 30 anos de prisão por homicídio qualificado. Em 2009, a situação de Manuela em razão do câncer se agravou e ela faleceu em 2010.

Pela complexidade do caso, como adiantado, a Corte reconheceu a responsabilidade de El Salvador pela violação de inúmeros direitos, pontuando, por exemplo, o impacto dos estereótipos de gênero ao longo da investigação e do processo penal que culminou com a condenação de Manuela, com ofensa a princípios como da imparcialidade do julgador e da presunção de inocência do acusado (§§ 133 e 134). Este tema em específico já havia sido tratado pela Corte IDH no caso *Velásquez Paiz e outros* (2015) e no caso *Gutiérrez Hernández e outros* (2017), ambos contra a Guatemala.

Quanto à questão do aborto, novamente deixou de ser diretamente enfrentada pela Corte IDH, considerando que a condenação de Manuela foi em razão da prática de um homicídio qualificado. Ainda assim, “apesar de não ter considerado se Manuela tinha ou não direito ao aborto, a Corte IDH analisou de forma indireta o impacto da legislação proibitiva de El Salvador para violação dos direitos humanos da vítima” (LEGALE *et al*, 2022, p. 127), reconhecendo que a legislação em vigor que criminaliza a conduta em qualquer hipótese acaba por impactar as mulheres que venham a sofrer abortos espontâneos ou decorrentes de outras emergências obstétricas, que correm o risco de ser condenadas por crimes ainda mais graves (p. 128), como no caso de Manuela.

Outro ponto relevante analisado pela Corte diz respeito à desinformação e temor existente junto ao próprio pessoal médico e administrativo em relação à legislação proibitiva de El Salvador, citando estudos que demonstravam que 80% dos ginecologistas do país acreditavam que a denúncia em casos de emergência obstétrica era obrigatória e que inclusive funcionários do setor de limpeza acreditavam que precisavam denunciar os casos por medo de que mesmo eles pudessem ser responsabilizados (§ 45 e 214). Como consequência, assim como efetivamente ocorreu no Caso de Manuela, gera-se uma situação em que “o corpo médico priorize a denúncia antes de prestar atendimento médico de emergência a mulher que assim necessita” (§ 215).

Não é necessário nenhum esforço hermenêutico para relacionar a advertência da Corte IDH a respeito da falta de clareza das normas de El Salvador com a cartilha do Ministério da Saúde. Ao enfatizar a responsabilização penal pela prática do aborto, num documento que deveria servir de orientação aos profissionais de saúde, reforça-se uma insegurança já existente entre médicos e outros envolvidos no atendimento às mulheres quanto à legalidade e os procedimentos a serem adotados nesse caso. Estudos já demonstraram

que no Brasil também prevalece o desconhecimento entre os profissionais de saúde acerca da regulamentação do aborto, com menos da metade (48%) informando ter uma noção sobre o tema, enquanto vários outros acreditam ser necessária uma autorização judicial, mesmo nos casos de estupro, quando bastaria o consentimento da vítima (DINIZ *et al*, 2014, pp. 141).

No Caso Manuela, o Estado de El Salvador foi obrigado a implementar um curso de capacitação e sensibilização dos profissionais da Justiça e da Saúde, devendo tomar as medidas necessária para “garantir a atenção integral em casos de emergências obstétricas” (X-Pontos resolutivos, §§ 15 e 18). No Brasil, desde 2019, a Política de Atendimento de Saúde da Mulher vem sendo desmontada, com leis e portarias que dificultam o acesso de meninas e mulheres ao procedimento de aborto (SANTOS, 2021, p. 31), como também é o caso da cartilha objeto do presente estudo, em evidente ofensa aos direitos fundamentais garantidos internacionalmente às mulheres.

Conclusão

Podem parecer contraditório que governos autoritários busquem tratados internacionais em direitos humanos para fundamentar políticas conservadoras, mas, ao contrário, é do interesse desses governos não necessariamente destruir as estruturas de proteção internacional dos direitos humanos, mas fazer parte delas, para que possam alterá-las, ressignificando esses direitos para que atendam aos seus interesses. Se o Brasil, sob o comando de um Governo abertamente conservador, se candidata ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, a ideia é de enfraquecer, de dentro do sistema, a ampliação dos direitos fundamentais no mundo (CHADE, 2019). Nessa perspectiva, defender um direito irrestrito à vida desde a concepção atende a políticas de combate, por exemplo, ao que se denominou “ideologia de gênero”, com forte reação aos avanços no campo da igualdade de gênero e diversidade sexual (TOKARSKI *et al*, 2021, p. 6) e efeitos devastadores sobre os direitos das mulheres.

Dentro desse contexto, apesar da tentativa do Governo brasileiro de ressignificar o art. 4.1 da Convenção Americana de Direitos Humanos, reduzindo o alcance principalmente dos direitos reprodutivos e sexuais das mulheres, a análise das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos demonstra que a interpretação que continua vigente é aquela que não implique numa restrição de acesso a outros direitos garantidos pela CADH.

Ressalte-se que a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 29, alínea A, “consagra a regra de interpretação dos direitos da própria Convenção, indicando ao aplicador que dela extraia o maior significado possível, conferindo a máxima eficácia ao direito previsto (...) consagrando, na dúvida, aquela linha interpretativa mais ampliativa dos direitos humanos e liberdades fundamentais previstos no Pacto” (WEIS, 2011, p. 144).

No mais, como avaliam Legale, Ribeiro e Fonseca (2022, p. 130), embora a Corte IDH ainda não tenha reconhecido “de forma clara e direta um

direito ao aborto a partir do bloco de convencionalidade interamericana”, parece possível extrair de suas decisões uma interpretação evolutiva dos tratados de direitos humanos nesse sentido. Os casos relatados no presente estudo trazem de forma clara o reconhecimento do direito da mulher de controle da sua fecundidade, de escolher ter ou não filhos e em que momento, além de se reconhecer a violação do seu direito à vida, saúde, integridade pessoal e, em última instância, sua própria dignidade, quando legislações internas vedam de forma absoluta o acesso a uma interrupção segura da gravidez.

As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem grande importância na interpretação do direito internacional, na medida que “suas longas e fundamentadas decisões, para além de decidirem a demanda, fixam conceitos e moldam linhas interpretativas dos direitos previstos no sistema regional, assim como orientam o funcionamento dos mecanismos de proteção e promoção dos direitos humanos” (WEIS, 2011, p. 160).

A conclusão do presente estudo, portanto, é de que, contrariamente ao que preleciona a cartilha do Ministério da Saúde, com base na interpretação da Corte IDH sobre os tratados internacionais em Direitos Humanos, não cabe a exclusão do direito das mulheres de optar pela interrupção da gravidez, ainda que apenas nos casos atualmente permitidos. Na realidade, a violação a direitos fundamentais estaria na criminalização indiscriminada do aborto ou, ao menos, na adoção de medidas pelos Estados, como a mencionada cartilha, que dificultam o acesso seguro das mulheres a esse procedimento.

Referências

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção Primária à Saúde. Departamento de Ações Programáticas e Estratégicas. **Atenção técnica para prevenção, avaliação e conduta nos casos de abortamento**. 1. ed. rev. Brasília: Ministério da Saúde, 2022. Disponível em: https://www.andes.org.br/diretorios/files/renata/2022/atencao_prevencao_avaliacao_conduta_abortamento_1edrev.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022

CHADE, Jamil. **O Brasil ao lado das ditaduras mais cruéis do mundo**. El País [online], 20 jul. 2019. Tribuna. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2019/07/18/opinion/1563485645_650175.html. Acesso em: 10 out. 2022.

DINIZ, Débora; MADEIRO, Alberto; ROSAS, Cristiano. **Conscientious objection, barriers, and abortion in the case of rape: a study among physicians in Brazil**. *Reproductive Health Matters* 2014; 22(43), pp. 141-148. DOI: 10.1016/S0968-8080(14)43754-6. Disponível em: https://globaldoctorsforchoice.org/wp-content/uploads/2014_Conscientious-objection-2.pdf. Acesso em 18 nov. 2022.

LEGALE, Siddharta; RIBEIRO, Raisa D.; FONSECA, Priscila Silva. O aborto no sistema interamericano de direitos humanos: contribuições feministas. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 9, n. 1, pp. 103-135, jan./abr. 2022.

DOI: 10.5380/rinc.v9i1.85017. Disponível em <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/85017/46831>. Acesso em: 10 out. 2022.

LOREA, Roberto Arriada. **Acesso ao Aborto e Liberdades Laicas**. Horizontes Antropológicos, Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 185-201, jul./dez. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ha/a/6qyB763rQszYqF9wtFzPNBF/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

OEA. CIDH. Relatório n.º. 23/81; **Caso 2141 (Caso Baby Boy y Otros Vs. Estados Unidos)**. 1981. Disponível em <https://www.cidh.oas.org/annualrep/80.81sp/EstadosUnidos2141.htm>. Acesso em 10 out. 2022.

OEA. CIDH. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**. Costa Rica, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em 10 out. 2022.

OEA. CIDH. **Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem**. Bogotá, 1948. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.declaracao_americana.htm. Acesso em 10 out. 2022.

OEA. Corte IDH. **Caso Artavia Murrillo e outros (“fecundação in vitro”) vs. Costa Rica**. 2012. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_por.pdf. Acesso em 10 out. 2022.

OEA. Corte IDH. **Caso B. vs. El Salvador**. Medida Provisória. 2013. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/B_se_01.pdf. Acesso em 10 out. 2022

OEA. Corte IDH. **Caso I.V. vs. Bolívia**. 2016. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf. Acesso em 10 out. 2022.

OEA. Corte IDH. **Caso Manuela e outros vs. El Salvador**. 2021. Disponível em https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf. Acesso em 10 out. 2022.

ONU. **Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher**. Nova Iorque, 1979. Disponível em https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/convencao_cedaw1.pdf. Acesso em 10 out. 2022

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimothie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 3ª ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

SANTOS, Luciane Maria Silva dos. Os desafios na garantia da atenção integral em saúde para meninas e mulheres em situação de violência sexual em tempos de pandemia da covid-19. In: BARWINSKI, Sandra L. B. et al (coord.). **Experiências, dificuldades e desafios: retratos dos serviços de aborto legal em tempos da Covid-19**. Curitiba: Editora Livros Legais, 2021. Edição Digital. Disponível em: <https://cladem.org/wp-content/uploads/2021/11/E-book-Cladem.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

TOKARSKI, C. P. et al. Igualdade de gênero. **Políticas Sociais: acompanhamento e análise**. Brasília, Ipea, n. 28, 2021. p. 6. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10812/1/BPS_28_igualdade_de_genero.pdf. Acesso em: 04 set 2022

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

DISCRIMINAÇÃO RACIAL CONTRA OS POVOS INDÍGENAS: UMA ANÁLISE SOBRE O RACISMO INSTITUCIONAL E ESTRUTURAL NA GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS PELO ESTADO BRASILEIRO

Gabriela Milani Pinheiro

Mestranda e integrante do Núcleo de Direitos Humanos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bolsista CAPES/PROEX, advogada em Direito Público

Resumo:

O presente artigo busca abordar perspectivas conceituais-chaves para a pesquisa desenvolvida à nível de mestrado junto à Universidade do Vale do Rio dos Sinos, e que vai partir da compreensão e conceituação do racismo institucional e estrutural em uma perspectiva que leva em consideração os aspectos da lógica da colonialidade presentes na sociedade brasileira, em especial, na sociedade sul-mato-grossense. Tais conceitos serão abordados para identificar em que medida a caracterização da atuação ou omissão de instituições públicas do Estado brasileiro, principalmente aquelas que compõem os aparatos dos sistemas de justiça, determinam lógicas e padrões de discriminação aplicadas em relação aos povos indígenas. O contexto da análise está voltado para o estado de Mato Grosso do Sul, na atuação institucional em relação às comunidades indígenas Guarani Kaiowá. A partir dessa identificação, a análise estará voltada à observação da suficiência/insuficiência dos aparatos jurídicos brasileiros para lidar com os mecanismos discriminatórios que limitam a efetividade e acesso aos direitos básicos dos sujeitos indígenas no Brasil, caracterizando a perpetuação da lógica discriminatória por meio da atuação e omissão das instituições do Estado.

Palavras-chave: Discriminação racial; Direitos Humanos; Colonialidade; Povos indígenas; Guarani Kaiowá.

Introdução

O Estado brasileiro é marcado por um histórico colonial que sedimentou lógicas de dominação, tendo como um de seus eixos fundamentais a raça. Partindo da teoria crítica pós-colonial, o presente trabalho irá desdobrar-se

na identificação de discriminações raciais em face do povo indígena Guarani Kaiowá. Para tanto, o estudo tem como objetivo a identificação do fenômeno da discriminação racial e sua materialização no racismo, nos âmbitos institucional e estrutural, que irão colaborar para identificar problemáticas no acesso e garantia de direitos. Tal observação terá como escopo as violações de direitos humanos das comunidades indígenas, em que a precariedade da assistência básica pelo Estado, como segurança e saúde, bem como a atuação desproporcional e ilegal de agentes em contextos de retomada de território, impede uma vida digna àquelas comunidades. Assim, a identificação do princípio da igualdade e não discriminação no ordenamento jurídico brasileiro, permite identificação as lacunas institucionais e sua relação tanto com a violação de direitos, quanto necessidade de ferramentas que garantam acesso aos direitos fundamentais. Por fim, tem-se a compreensão do processo do racismo como inferiorização que limita a efetividade e acesso aos direitos básicos dos sujeitos indígenas no Brasil, caracterizando a perpetuação da lógica discriminatória por meio da atuação e omissão das instituições do Estado. A metodologia abordada ao longo da pesquisa se deu principalmente em caráter hipotético dedutivo, com levantamento bibliográfico e documental.

Aspectos da colonialidade no racismo estrutural contra os povos indígenas no Brasil

A observação a partir dos estudos latino-americanos da crítica pós-colonial, que abordam as relações de poderes subjetivas e a centralidade da raça como fundamento da diferenciação e subordinação, identificam a construção histórica e categorias sociais traduzidas em posições de poder dentro do contexto de sociedades colonizadas. Partindo dos conceitos apresentados por Aníbal Quijano (2005) - colonialidade do ser, do saber e do poder - é possível aferir as relações que se evidenciam nas sociedades latinas, diante da sua história colonial. Nessa perspectiva, Quijano identifica a raça como eixo fundamental do padrão de poder moderno que se estabeleceu a partir da América, em que houve a “codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça, ou seja, uma supostamente distinta estrutura biológica que situava a uns em situação natural de inferioridade em relação a outros” (QUIJANO, 2005, p. 117).

Assim, partindo das propostas da crítica pós-colonial, a análise é construída na compreensão do conceito de raça como identificador de diferença que estabeleceu uma escala valorativa de seres a partir de um caráter operacional oriundo dos processos históricos coloniais, que estão inseridos nas relações sociais até os dias de hoje, e que mantém essas estruturas de dominação e poder. Quijano retrata tal lógica a partir do que denominou colonialidade do poder, ao afirmar:

a estrutura de poder colonial produziu discriminações sociais que

foram posteriormente codificadas como “raciais”, étnicas, “antropológicas” ou “nacionais”, de acordo com os tempos, os agentes e as populações envolvidas. Estas construções intersubjetivas, produto da dominação colonial por parte dos europeus, foram mesmo assumidas como categorias (de pretensão “científica” e “objetiva”) de significado histórico, ou seja, como fenômenos naturais e não da história do poder. (QUIJANO, 1992, p. 12).

Portanto, é a partir do processo histórico do colonialismo, como estrutura de dominação e exploração entre colônia e metrópole, que a classificação pela raça tem um caráter operacional, sedimentada a partir da racionalidade no contexto da modernidade. Tal processo perpassa as relações sociais intersubjetivas em uma estrutura de poder, com imposição de padrões de produção de conhecimento e significados que caracterizam a lógica da colonialidade (QUIJANO, 1992). Portanto, considerando as relações sociais intersubjetivas da estrutura de poder colonial, a ideia de raça vai ser compreendida como ferramenta de dominação que se estabeleceu também em relação aos povos indígenas no Brasil.

Nesse aspecto, partindo do determinante raça, os conceitos teóricos abordados por Silvio Almeida estabelecem que o racismo é identificado como “uma forma sistemática de discriminação” (ALMEIDA, 2019, p. 18), que opera a partir do conceito de raça e é manifesto em práticas conscientes ou inconscientes, que acabam por culminar em desvantagens ou privilégios para indivíduos, de acordo com o grupo racial ao qual pertençam. Nesse sentido também a caracterização da discriminação racial como materialização do racismo, bem como seu aspecto estrutural na sociedade, é permeada pelos aspectos da colonialidade, que tem na raça um de seus eixos funcionais, identificada na atuação das instituições do Estado, na estrutura social das sociedades coloniais, cujos grupos subordinados historicamente mantém o

Nesse sentido, a conceituação de racismo institucional trazida por Silvio Almeida (2019, p. 20) será estabelecida como o “funcionamento das instituições, que passam a atuar em uma dinâmica que confere, ainda que indiretamente, desvantagens e privilégios com base na raça.” Portanto, essa concepção do racismo não parte de uma dimensão volitiva individual, mas está voltado a uma pretensa “normalidade” da dinâmica social, o que possibilita a sua manutenção mesmo diante da negação consciente da prática intencional de discriminação, seja por um indivíduo ou uma instituição. Ou seja, o racismo institucional está ligado a dimensão coletiva da discriminação, de modo que condiciona as relações sociais a representações segundo termos raciais, na manutenção de uma hierarquia de poder e reprodução de dominação, em que grupos racializados estão submetidos a desvantagens às quais se manifesta tanto no acesso a condições materiais (diferente acesso à educação, moradia, empregos, tratamento médico adequado, ambiente não poluído, etc.) quanto no acesso ao poder (diferente acesso à informação, a recursos monetários e infraestrutura organizacional, a participação e representação política, controle

da mídia, etc.) (JONES, 2002).

Assim, é possível compreender que o racismo institucional corresponde à imposição de regras e padrões raciais naturalizados por meio da atuação de instituições, para manter os interesses políticos e econômicos do grupo racial dominante. Tal concepção opera a partir da compreensão do racismo como uma ordem social e política estrutural, previamente existente.

Diante disso, é certo afirmar que o racismo tem uma concepção estrutural. Tal concepção demonstra a extensão do racismo configurado no comportamento das diversas camadas da sociedade, fundamentando as concepções individual e institucional. A análise estrutural do racismo está vinculada a compreensão de uma estrutura social previamente existente, por meio da qual as instituições atuam e se materializam. Assim, a ordem social a qual as instituições estão condicionadas tem o racismo como “um de seus componentes orgânicos”, ou seja, intrínseco a existência própria da sociedade que se formou (ALMEIDA, 2019).

Nesse sentido, não são as instituições que criam a lógica racista, mas elas perpetuam e reproduzem o que foi enraizado na própria estrutura social. Assim, a estrutura social - que define as relações políticas, econômicas e jurídicas - envolve pelas percepções de hierarquia entre raças, fundamenta a atuação das instituições que, por sua vez, orientam a ação de seus integrantes. Diante disso, não restam dúvidas que é de forma estrutural que o racismo opera na sociedade, viabilizando a reprodução sistêmica das práticas racistas individuais e institucionais.

Assim, ao partir desta premissa, o trabalho propõe uma observação sobre os pontos de convergências do conceito de discriminação racial, racismos institucional e estrutural e as implicações jurídicas ao princípio da igualdade e direito da não discriminação no arcabouço normativo brasileiro. Tal observação tem como escopo as violações de direitos humanos dos povos indígenas, partindo, especificamente, das problemáticas identificadas no contexto vivido pela etnia Guarani-Kaiowá no cone sul do estado de Mato Grosso do Sul.

A discriminação racial contra os Guarani-Kaiowá na atuação das instituições do Estado

O contexto da análise está centrado no estado de Mato Grosso do Sul, em que se encontra a maior parte do território tradicional das comunidades da etnia Guarani Kaiowá. Conforme os dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, o estado possui a segunda maior população indígena do país, representando 3% (três por cento) da população do sul mato grossense (IBGE, 2010). Ainda, segundo dados da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), em 2019 os Guarani Kaiowá somam aproximadamente 58 mil pessoas, vivendo, em sua maioria, restritos aos territórios das reservas indígenas superlotadas.

Os conflitos que abarcam as questões indígenas em Mato Grosso do Sul

e em relação aos Guarani Kaiowá decorrem, em grande parte, das lutas por demarcação do seu território tradicional, de modo que as violências sofridas pela população indígena no estado atingem os maiores índices do país. Conforme levantamento do Relatório de Violência contra os povos indígenas do Conselho Indigenista Missionário (CIMI), os dados de 2021 indicam o Mato Grosso do Sul como segundo estado brasileiro com maior número de assassinatos de indígenas, estando entre os três estados com maiores índices, pelo menos, desde 2019, somando números de 40 em 2019, 34 em 2020 e 38 em 2021 (CIMI, 2019; CIMI, 2020; CIMI, 2021). Quanto às violências decorrentes dos conflitos por direitos territoriais, dos 19 estados que relataram conflitos, o Mato Grosso do Sul encontra-se no terceiro lugar, atrás apenas do Mato Grosso e do Rio Grande do Sul (CIMI, 2021). Ainda, o relatório de violência contra indígenas no Mato Grosso do Sul, com dados de 2003 a 2010, revelou que o índice de homicídio nessa mesma região foi de 145 assassinatos para cada 100 mil habitantes, correspondendo a percentual 495% maior que a média nacional de 24,5 homicídios para cada grupo de 100 mil habitantes (CIMI, 2011).

Os dados apresentados demonstram as condições de vida e violências sofridas pela população indígena em Mato Grosso do Sul. Nesse contexto de extrema vulnerabilidade, o desamparo institucional dos órgãos públicos têm sido foco de denúncia de instituições nacionais e internacionais de proteção dos Direitos Humanos¹, que expõem não apenas os ataques sofridos diante do cenário de reivindicações pelos seus territórios tradicionais, mas também a luta pela sobrevivência diante da discriminação social e das condições precárias em que vivem sem a efetiva proteção do Estado, em constante risco de perigo, seja pela desnutrição, índices de suicídio, violências e conflitos, racismo religioso, uso excessivo de álcool e drogas, entre outros índices de vulnerabilidade social (SANCHEZ, 2019; NETTO, 2018).

Diante deste contexto, a análise dos relatos orientou ao destaque de três casos que foram amplamente denunciados em relatórios e por órgãos de proteção dos direitos indígenas, envolvendo indígenas Guarani Kaiowá, brevemente relatados a seguir:

Omissão do sistema de atendimento de urgência e corpo de bombeiros na Reserva Indígena de Dourados/MS

Caso de omissão no atendimento emergencial ocorrido em 2019 na Re-

1 Como por exemplo: (1) Relatório dos Trabalhados da 'Comissão sobre a Questão Indígena em Mato Grosso do Sul' (Portaria CNH nº 53/2013 e 71/2013), emitido pelo Conselho Nacional de Justiça; (2) RESOLUCIÓN 47/2019, Medida Cautelar Nº. 458-19. Miembros de la comunidad Gujaroká del Pueblo Indígena Guarani Kaiowá respecto de Brasil, emitida pela Comissão interamericana de Direitos Humanos; (3) Relatório emitido pela relatora Especial em direitos dos povos indígenas da ONU, Victoria Tauli-Corpus, em sua missão ao Brasil, em 2016; (4) Relatório intitulado Violações dos Direitos dos Guarani do Estado do Mato Grosso do Sul, Brasil, produzido em 2010 pela ONG Survival e endereçada ao comitê da ONU para a Eliminação da Discriminação Racial.

serva Indígena de Dourados (RID), localizada a cerca de 5 km do centro urbano do município de Dourados, em Mato Grosso do Sul, quanto foi recusado atendimento emergencial pelo Corpo de Bombeiros e pelo Serviço de Atendimento de Urgência (SAMU) à uma jovem indígena Kaiowá de 16 anos, que sofreu uma parada cardíaca na Escola localizada no interior da reserva (BARBOSA, 2020). Infelizmente, a jovem veio a óbito sem que qualquer atendimento emergencial tenha chegado, ainda que a sua localização fosse de fácil acesso. Conforme relatos de testemunhas e dos familiares da vítima, a omissão da prestação dos serviços solicitados se deu em decorrência de determinação institucional do ex-coordenador do órgão de atendimento emergencial, que vigorou de 2012 a 2019, que proibia a entrada de ambulâncias na RID, tinha como fundamento a falta de segurança da equipe técnica naquele território (BARBORA, 2020).

Frente ao ocorrido, com a jovem Kaiowá, em 14 de julho de 2020, o Ministério Público Federal (MPF) apresentou denúncia pelos crimes de racismo e homicídio culposo em face de três ex-coordenadores do SAMU de Dourados, além de uma servidora do órgão e um bombeiro (CARVALHO, 2020). Conforme o MPF, os órgãos acusados tinham o dever de prestar o atendimento, visto que a determinação era “racista e ilegal”, bem como que a prestação do atendimento de urgência não se trata de atribuição de responsabilidade da Secretaria de Saúde Indígena, como alegaram os acusados.

Também, foi ajuizada por advogado particular uma ação de indenização à família da jovem, em face do município de Dourados e o Estado de Mato Grosso do Sul, junto à Justiça Estadual da comarca do município, sob acusação de omissão de socorro por parte do Corpo de Bombeiros e do SAMU. Contudo, a ação também foi julgada improcedente, sob o argumento de que “a pretensão autoral é de evidente sem-razão” (BENTO, 2021).

Caso da omissão do chamado de atendimento da polícia em ocorrências de crimes na Reserva Indígena de Dourados/MS

Nesse mesmo sentido, a população indígena que ocupa a reserva convive com o desamparo da polícia na prestação de segurança pública, principalmente pelas chamadas emergenciais, em que se denuncia a negligência e o descaso quanto ao atendimento e a atuação de serviços de segurança (ALMEIDA, 2014). Diante do desamparo dos entes públicos na prestação dos serviços, não resta alternativa à população da RID senão exercer o papel como investigadores, fazendo rondas e identificando os autores dos delitos para que se proceda a efetiva prisão, atuando por conta própria, colocando a vida em risco. Conforme relatos do capitão da aldeia Bororó, Galdencio Benites, em reportagem realizada pelo jornal Amazônia Real, quando solicitada a atuação da polícia dentro da RID, a população indígena é questionada se o autor do crime já está detido ou se está preso. Caso os indígenas respondam que não detiveram o autor do crime, a polícia não aparece; contudo, caso infor-

mem que estão com o autor do crime, “eles descem, demoram mas descem” (SANCHEZ, 2019).

Em decorrência desta situação, o MPF ajuizou duas Ações Civis Pública e presidiu uma reunião entre lideranças indígenas e o secretário de estado de Governo do Mato Grosso do Sul (SEJUSP, 2019), contudo nenhuma medida surtiu efeito até o momento.

Caso da atuação ilegal da Polícia Militar nas retomadas Guarani Kaiowá

O terceiro relato diz respeito à atuação ilegal e abusiva da Polícia Militar em despejos ilegais, consentidos pela Secretaria da Justiça e Segurança Pública do estado, que têm sido frequentes em pelo menos cinco retomadas de território indígena em Mato Grosso do Sul, sob resguardo de interesses de fazendeiros da região (MOREL, 2022).

Os conflitos se dão em situações de extrema desproporcionalidade de forças, bem como aliciam instituições pública de proteção, que sequer possuem competência para atuar nas demandas indígenas, na perpetração de violências contra famílias Guarani Kaiowá, em prol da satisfação de interesses privados. Em geral, os despejos tomam forma de ataque, com o uso de força policial excessiva (armas de fogo, armas de borracha, helicóptero, bombas, grande número de viaturas), bem como resulta em diversas pessoas gravemente feridas, entre as quais idosos, crianças e adolescentes, além da ocorrência de mortes (DIAZ, 2018; MOREL, 2022).

Diante dessas circunstâncias, a discriminação sofrida pelas comunidades indígenas na sociedade sul-mato-grossense reforça os estigmas já presentes e se insere nas dinâmicas de atuação das instituições públicas, quando estas atuam sob interesses privados, sem assumir sua falta de competência funcional, tampouco medir a força e violência que opõem às comunidades em situação de extrema vulnerabilidade. Tal discriminação acentua a violência contra os povos indígenas da região, principalmente nos contextos de luta pelos seus direitos territoriais, movimentos de retomadas da comunidade que são conhecidos na região há anos, frente a ancestralidade do território.

É a partir destes contextos que a problemática proposta análise torna-se evidente, para compreender em que medida o processo do racismo como inferiorização decorrente da subordinação colonial que persiste até os dias de hoje na sociedade limita a efetividade e acesso aos direitos humanos dos sujeitos indígenas no Brasil, caracterizando a perpetuação da lógica discriminatória por meio da atuação e omissão das instituições do Estado.

O estado brasileiro e a garantia de Direitos Humanos para os povos indígenas

Não obstante o aspecto estrutural do racismo nas sociedades colonizadas, a análise legal possibilita identificar que o Brasil tem um arcabouço que

pretende limitar atuações discriminatórias. Nesse sentido, as normativas constitucionais do Estado brasileiro são regidas pelos princípios da igualdade e dignidade humana, o que significa que todas as pessoas têm o direito de serem consideradas pelo Estado como iguais, sem discriminação de qualquer ordem, bem como de ter a dignidade humana assegurada, o que engloba os povos culturalmente distintos no território nacional. Especificamente, o artigo 5º afirma que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (BRASIL, 1988).

Também, no âmbito nacional, alguns exemplos estão no inciso IV do Art. 3º da Constituição Federal brasileira: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.”; Art. 1ª da Lei 7.716 de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor: “Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”; A lei n.º 12.288 de 20 de julho de 2010, que Institui o Estatuto da Igualdade Racial e identifica o dever do Estado de igualdade de oportunidades, bem como participação social.²

Busca-se, portanto, remediar atos de discriminação direta pois, a partir da ideia de justiça simétrica, é reprovável qualquer comparação que incida em tratamento desfavorável de uma pessoa em relação a outra a partir de um determinado critério moral e juridicamente proibido.

Da mesma forma, as convenções e tratados internacionais de direitos humanos, ratificadas e reconhecidas pelo Brasil, afirmam o dever da comunidade internacional no respeito ao princípio da igualdade, na proibição de atos discriminatórios por parte dos Estados que perpetuam tratamentos desvantajosos em relação a grupos historicamente estigmatizados (PIOVESAN, 2018), em especial por tratar-se de princípio jurídico *ius cogens*, ou seja, o dever de não discriminação está presente como cláusula em todo instrumento de direitos humanos, na qual é demonstrado o caráter independente e autônomo desse direito (TRINDADE, 2003). Entre as previsões internacionais de proibições gerais à discriminação que foram adotadas e ratificadas pelo Brasil, destacam-se o Art. 7 da Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH), o Art. 26 do Pacto internacional de Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP), e o Art. 24 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH).

De maneira ampla, essas proibições aos tratamentos discriminatórios pretendem garantir os direitos de igualdade, liberdade e dignidade humana na sua universalidade, sem a possibilidade de tratamento desigual com base

2 A previsão sobre o princípio da igualdade e não discriminação no arcabouço legislativo brasileiro não se esgota nas normas mencionadas, contudo, o presente trabalho busca demonstrar o caráter autônomo da proibição à discriminação, cuja raça e etnia constituem matéria central. Demais normas interseccionam tal cláusula conforme matéria específica, como é o caso da lei n.º 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), lei n.º 8.070/1990 (Código de Defesa do Consumidor), entre outras.

em critérios tais como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política etc. Assim, a inter-relação entre a igualdade e a proibição da discriminação ocorre na medida em que o respeito à igualdade garante aos indivíduos o direito de não serem discriminados por características moral e juridicamente irrelevantes, possibilitando o pleno gozo dos seus direitos humanos.

Entretanto, em uma sociedade multicultural, que, para além da diversidade humana em si abriga uma diversidade de condições históricas às quais grupos sociais estiveram submetidos, é preciso identificar a necessidade de uma visão abstrata da igualdade. É nesse ponto, que a análise das previsões legais gerais se torna insuficiente para alcançar as discriminações sofridas pelas comunidades indígenas no plano institucional e estrutural. A lógica de atuação das instituições, mesmo após anos de proibição ao tratamento discriminatório, tem orientado tratamento que limitam acesso a subsídios que possibilitam acesso a direitos por parte das comunidades indígenas, como é o caso da saúde e segurança, bem como a aparatos da justiça que garantam sua prestação.

No caso dos Guarani Kaiowá em Mato Grosso do Sul, tal *modus operandi* é expresso nos casos mencionados, de modo que o reflexo do racismo estrutural está presente nos aparatos institucionais. Isso porque o preconceito e a discriminação que englobam os indivíduos sociais também adentram as instituições do Estado, que na atuação de suas funções deve agir de forma a proporcionar iguais condições e possibilidades de acesso aos serviços básicos - principalmente quando se trata de serviços que buscam proteger e atuar em prol do direito à vida. Assim, a estrutura social - que define as relações políticas, econômicas e jurídicas - envolve pelas percepções de hierarquia entre raças, fundamenta a atuação das instituições que, por sua vez, orientam a ação de seus integrantes em atuação ou omissão discriminatória, ainda que não haja intenção aparente.

A discriminação institucionalizada decorrente do racismo estrutural na sociedade brasileira tem um caráter seletivo, manifesto no estado do Mato Grosso do Sul em relação aos povos indígenas a partir da sua subordinação aos padrões das sociedades 'dominantes', que impedem tanto o acesso a direitos humanos, como garantia de seus direitos próprios, em respeito à sua constituição como sociedade ancestral culturalmente distinta. Portanto, a discriminação vivida cotidianamente pela população indígena - situação que os mantém em constante risco e situação de vulnerabilidade - demonstra como o denominador racial influencia no acesso aos serviços públicos básicos promotores de direitos humanos, mesmo que não seja conscientemente manifesto.

Dessa forma, por meio de suas diversas instituições, o Estado age de forma racista em relação à população indígena Guarani Kaiowá em MS, em uma lógica que os mantém subalternizados em relação à sociedade que exerce o domínio da estrutura social, política, econômica e jurídica da região, ainda que preveja de forma expressa em seu arcabouço normativo a proibição, vedação e criminalização da discriminação racial e étnica.

Considerações finais

As relações de dominação coloniais orientaram a organização das sociedades latino-americanas, entre as quais se encontra o Brasil. Desde a colonização lusitana, até a formação do Estado brasileiro, o local de pertencimento e legitimação de direitos dos povos indígenas têm sido limitados pela sua identidade, traduzido no identificador raça/etnia. Partindo do caráter operacional da raça no contexto colonial, que estruturou as relações entre indígenas e não-indígenas (bem como outras relações estabelecidas a partir da determinante raça/etnia) e persiste a partir das implicações da colonialidade do poder, a lógica eurocêntrica orientou a própria constituição da sociedade e, portanto, do Estado, a partir de racionalidades ocidental hegemônica. Assim, ao transpor a atuação das instituições do Estado moderno na sua relação com os povos indígenas, tal se desenvolveu a partir deste histórico colonial, orientando a gênese da racionalidade social.

Quando analisados os contextos sociais que envolvem os indígenas Guarani Kaiowá no estado de Mato Grosso do Sul a partir dos casos relatados no presente trabalho, é possível identificar algumas das situações em que as comunidades indígenas são mantidas em uma condição de extrema vulnerabilidade, seja pela construção histórica do local que ocupam na sociedade que vive ao seu entorno e que, por meio de processos colonizadores, ocupou seu território originário, seja porque mantêm-se estruturas de relações coloniais em que os indígenas são identificados como parte isolada da sociedade não-indígena.

Diante disso, o preconceito e a discriminação que englobam os indivíduos sociais também adentram as instituições do Estado, que na atuação de suas funções deve agir de forma a proporcionar iguais condições e possibilidades de acesso aos serviços básicos - principalmente quando se trata de serviços que buscam proteger o direito à vida e dignidade humana. Contudo, como demonstrado no presente trabalho, o Estado tem desviado de tal função em casos que sugerem uma única semelhança - a falta de qualquer justificativa objetiva razoável à desproporcionalidade dos atos em face das comunidades indígenas.

Nesse sentido, em uma análise que busca identificar as demandas oriundas das desigualdades estruturais na sociedade, que geram injustiça social e mantêm determinados grupos em situação subalterna, faz-se necessária uma observação da relação do princípio da igualdade com as obrigações do Estado de garantir direitos humanos. Para tanto, a compreensão das dimensões normativas jurídicas domésticas e internacionais possibilitaram identificar tanto a pretensão do Estado brasileiro de reprimir atuações discriminatórias em caráter direto, mas, ao mesmo tempo, sua limitação para reconhecer discriminações estruturais sistêmicas, promovidas por suas instituições.

De modo mais objetivo, foi possível identificar que não há proporcionalidade entre o propósito e os meios empregados pelas instituições públicas

em face das comunidades Guarani Kaiowá ao deixar de prestar serviços de saúde e segurança dentro de um determinado território - que tem a característica específica de ser habitado pela população indígena - ou atuar de forma desproporcional e violenta em demandas que o órgão policial militar sequer possui competências.

Diante do exposto, é possível concluir que o Estado brasileiro possui normativas antidiscriminatórias que buscam efetivar o princípio da igualdade, adotando mecanismos de reafirmação deste compromisso mediante normativas internacionais de direitos humanos, Contudo, tais mecanismos não são capazes de desvelar o processo do racismo como inferiorização, que limita a efetividade e acesso aos direitos básicos dos sujeitos indígenas no Brasil, caracterizando a perpetuação da lógica discriminatória por meio da atuação e omissão das instituições do Estado. Para que tal situação seja superada, são necessárias medidas que vão além da mera proibição da discriminação direta e intencional, alinhando perspectivas efetivas de emancipação dos povos indígenas às diretrizes de deveres do Estado na garantia e promoção de direitos humanos.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Racismo estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019.

ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de. **A presenta ausente do Estado brasileiro na reserva indígena de Dourados, Mato Grosso do Sul**: compreendendo a questão da violência e da segurança pública à luz do direito e da antropologia. 2014. Dissertação (mestrado em Antropologia) - Programa de Pós-Graduação em Antropologia, UFGD, Dourados, 2014. p. 149. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2884329. Acesso em: 27. set. 2020.

BARBOSA, Leandro. “Illegal e racista”: MPF processa Samu e Bombeiro que negaram socorro a adolescente Kaiowá que morreu em reserva indígena. In: **Agência Pública**. [Dourados], 03 agosto 2020. Disponível em: <https://apublica.org/2020/08/illegal-e-racista-mpf-processa-samu-e-bombeiro-que-negaram-socorro-a-adolescente-kaiowa-que-morreu-em-reserva-indigena/>. Acesso em: 09 set. 2020.

BENTO, André. Justiça nega indenização para família de adolescente morta em atividade escolar. In: **Dourados News**. Dourados, 02 jul. 2021. Disponível em: <https://www.douradosnews.com.br/dourados/justica-nega-indenizacao-para-familia-de-adolescente-morta-em/1159009/>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. Brasília, DF: Presidência da República, 1989. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7716.htm. Acesso em: 06

out. 2022

CONSELHO MISSIONÁRIO INDIGENISTA (CIMI). **As violências contra os povos indígenas em Mato Grosso do Sul:** e as resistências do bem viver por uma terra sem male, dados de 2003-2010. Campo Grande: CIMI regional Mato Grosso do Sul, 2011.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório de Violência contra os Povos Indígenas dados de 2019.** Campo Grande: CIMI, 2020.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório de Violência contra os Povos Indígenas dados de 2020.** Campo Grande: CIMI, 2021.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). **Relatório de Violência contra os Povos Indígenas dados de 2021.** Campo Grande: CIMI, 2022.

DIAS, João Cesar. Polícia ruralista: o uso desproporcional de força contra os Guarani e Kaiowá. In: Repórter Brasil. [Campo Grande], 18 out. 2018. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/policiaruralista/>. Acesso em: 09 out. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Os indígenas no Censo Demográfico 2010:** primeiras considerações com base no quesito cor ou raça. Rio de Janeiro: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE, Diretoria de Pesquisas, 2012. p. 11. Disponível em: https://indigenas.ibge.gov.br/images/indigenas/estudos/indigena_censo2010.pdf. Acesso em: 15 ago. 2022.

JONES, Camara Phyllis. **Confronting Institutionalized Racism.** Atlanta: Phylon, Vol. 50, N. 1/2, 2002, p. 10. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/4149999?seq=1&cid=pdf-reference>. Acesso em: 14 mai 2020.

MORAIS, Bruno Martins. **Do corpo ao pó:** crônicas da territorialidade Kaiowá e Guarani nas adjacências da morte. São Paulo: Elefante, 2017.

MOREIRA, Adilson José. **O que é discriminação?** Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MOREL, Lucia. Sem ordem judicial, PM já atuou ao menos 5 vezes contra indígenas desde 2018. CAMPO GRANDE NEWS: Campo Grande, 25 jun. 2022. Disponível em: <https://www.campograndenews.com.br/brasil/cidades/sem-ordem-judicial-pm-ja-atuou-ao-menos-5-vezes-contraindigenas-desde-2018>. Acesso em: 25 ago. 2022.

NETTO, Paulo Renato Coelho. Violência, crack e preconceito na maior reserva urbana indígena do Brasil. In: **Vice Brasil.** [Dourados], 11 junho 2018. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/zm8gb5/violencia-crack-preconceito-dourados-maior-reserva-urbana-indigena-do-brasil Acesso em: 30 set. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional.** 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 131. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600274/>. Acesso em: 27 jul. 2022.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidad y Modernidad-Racionalidade.** Perú, Indígena, vol. 13, n. 29, p.11-20, 1992. Disponível em: <http://www.lavaca.org/wpcontent/uploads/2016/04/quijano.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

QUIJANO, Aníbal José. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **Cuestiones y horizontes**: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder. Buenos Aires, AR: CLASCO, 2005. p. 285-327

RIOS, Roger Raupp. **Direito da antidiscriminação**: discriminação direta, indireta e ações afirmativas. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

SANCHEZ, Izabela. Guarani-Kaiowá enfrentam alta da violência dentro e fora das aldeias em Dourados (MS). In: **Amazônia Real**. Campo Grande, 18 setembro 2019. Disponível em: <https://amazoniareal.com.br/guarani-kaiowa-enfrentam-alta-da-violencia-dentro-e-fora-das-aldeias-em-dourados-ms/> Acesso em: 06 out. 2022.

SEJUSP reforça segurança das aldeias indígenas de Dourados. In: SECRETARIA de estado de justiça e segurança pública. Campo Grande, 19 agosto 2019. Disponível em: <http://www.sejusp.ms.gov.br/sejusp-reforca-seguranca-das-aldeias-indigenas-de-dourados/> Acesso em: 06 out. 2022.

TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. **Tratado de direito internacional de direitos humanos**. 2ª Ed. Vol. II. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

WIEVIORKA, Michel. **El racismo**: uma introducción. Tradução de Antonia García Castro. 1.ed. Barcelona: Gedisa, 2009.

ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA VOLUNTÁRIA: PERSPECTIVAS DE UMA REFORMA SALUTAR NA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR

Maria Laura Maciel Fernandez

Mestranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela Fundação Escola Superior do Ministério Público. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogada

Resumo:

A Lei nº. 9.263\1996 (Lei do Planejamento Familiar) prevê o procedimento e os requisitos para que homens e mulheres consigam se submeter à esterilização cirúrgica voluntária, mais precisamente, à cirurgia de laqueadura e vasectomia. Entretanto, tais requisitos endureceram o acesso a esses métodos contraceptivos definitivos, motivo pelo qual foi proposto o Projeto de Lei (PL) 7364\2014, visando reformas na lei mencionada. Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 e verificar se as mudanças previstas trarão reformas salutares na Lei de Planejamento Familiar. Para isso, foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo e a coleta de dados foi feita através da técnica de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias e análise documental da legislação referida. A principal conclusão obtida foi que a situação fática no país revela que a reforma que pretende ser implantada visa possibilitar melhor acesso das pessoas, e principalmente das mulheres, à esterilização cirúrgica voluntária.

Palavras-chave: Planejamento familiar; Esterilização cirúrgica voluntária; Projeto de Lei.

Introdução

O planejamento familiar foi uma conquista recente introduzida pela Constituição Federal de 1988. Contudo, o referido instituto foi fruto de uma evolução do pensamento da sociedade brasileira que resultou em políticas públicas implantadas pelo Estado para todos os brasileiros (MACÊDO; GOMES, 2018).

Ao passar dos anos, cada vez mais o Brasil foi palco de polêmicas no debate sobre o Planejamento Familiar. Na década de 1970, implantou-se a discussão do controle demográfico, pois pairava no Brasil um cenário de

preocupação quanto às implicações do crescimento populacional e seguindo tendências mundiais, as autoridades argumentavam que o crescimento populacional poderia comprometer o desenvolvimento do país (MACÊDO; GOMES, 2018).

Com a redemocratização do país, a década de 80 representou no Brasil um marco fundamental no que se refere às reivindicações e algumas conquistas legais da sociedade quanto à saúde reprodutiva. Percebe-se, nesse período, que a problemática do controle de natalidade ganhou notoriedade no cenário brasileiro, pois se clamava principalmente por uma atuação forte por parte do Estado, com vistas a contornar a problemática da explosão demográfica (CAETANO, 2014).

Assim, com a explosão demográfica de 1983 e após décadas de indefinição quanto ao planejamento familiar, o governo brasileiro começou a se preocupar com o assunto como política pública quando o Ministério da Saúde criou o Programa “Assistência Integral à saúde da Mulher: bases de ação programática” (PAISM), o qual incluiu pela primeira vez o “Planejamento Familiar” como um dos itens da pauta de atividades de assistência à saúde, sob sua responsabilidade. O programa assumiu, entre outras, a tarefa de oferecer, na rede de serviços públicos de saúde, informações e meios contraceptivos às mulheres e aos casais que os demandassem (CAETANO, 2014).

Finalmente, após anos de imprecisão, em 05 de outubro de 1988 a Constituição Federal Brasileira foi promulgada, e de forma histórica, no capítulo VII, que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, o direito ao planejamento familiar foi recepcionado expressamente no parágrafo 7º, do artigo 226:

Art. 226, parágrafo 7º. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas (BRASIL, 1988).

Com isso, o ordenamento jurídico brasileiro reconheceu o planejamento familiar como um direito de liberdade conferido a todos os cidadãos, colocando limite à interferência do Estado na decisão de gerar. Além disso, atribuiu funções ao Estado, que deve atuar no sentido de proporcionar recursos educacionais e científicos a fim de garantir o exercício deste direito (CASTANHO, 2014).

Após 1988, vários projetos de lei foram criados sobre o direito ao planejamento familiar, veiculando matérias como aborto, esterilização, assistência médica e pré-natal, e tecnologias reprodutivas. Em meio a tantas aspirações, foi editada a Lei nº. 9.263, de 12 de janeiro de 1996, para regulamentar o direito ao planejamento familiar contido no artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, que inovou as políticas públicas em saúde no Brasil e

marcou o cenário passando a ser alvo de novas discussões no que diz respeito à intensa regulamentação na esterilização voluntária (CAETANO, 2014).

Assim, se por um lado a lei de planejamento familiar acertou em estabelecer como deveres do Estado, basicamente, a prestação e a assistência em saúde para regulação da fecundidade, prevenção de doenças sexuais e promoção da saúde na gestação aos usuários do SUS, por outro lado, com a intensa regulação à esterilização voluntária, o legislador possivelmente falhou ao dificultar ao máximo o seu acesso como medida para desestimular a sua prática (MACÊDO; GOMES, 2018).

Nesse sentido, a presente pesquisa tem como objetivo analisar o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 e responder ao seguinte problema de pesquisa: a reforma prevista no referido Projeto de Lei trará reformas salutares na Lei de Planejamento Familiar?

A presente pesquisa possui abordagem qualitativa, a partir da qual se trabalhará com dados da realidade que não podem ser quantificados, operando mediante a compreensão, a interpretação e o tratamento de informações sobre a essência e a natureza do objeto de pesquisa, sendo uma pesquisa de natureza subjetiva.

O método de abordagem utilizado para responder o problema de pesquisa foi o hipotético-dedutivo, uma vez que foram formuladas duas hipóteses contrastantes: o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 traz reformas salutares à Lei de Planejamento Familiar ou enfraquece o Planejamento Familiar Brasileiro. Assim, formuladas as duas hipóteses, utilizou-se da prática dedutiva para verificar qual delas é a mais apropriada para responder ao problema de pesquisa, tornando possível, ao final do estudo, verificar qual delas é mais adequada.

Por fim, a coleta de dados foi feita através da técnica de pesquisa bibliográfica de fontes secundárias como: livros, pesquisas, teses, dissertações, revistas, etc e análise documental da legislação referida.

O Projeto de Lei (PL) 7364\2014

O Projeto de Lei (PL) 7364\2014 altera a Lei nº. 9263\1996 (Lei do Planejamento Familiar) para determinar prazo para o oferecimento de métodos e técnicas contraceptivas e disciplinar condições para esterilização no âmbito do planejamento familiar (BRASIL, 2014).

Primeiramente, ele modifica o Artigo 9º, que prevê que para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não colocam em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção, incluindo o parágrafo 2º, para prever que a disponibilização de qualquer método ou técnica de contracepção dar-se-á no prazo máximo de 30 (trinta) dias (BRASIL, 2014).

Após, ele altera o Artigo 10, reduzindo de 25 para 21 anos a idade mí-

nima para a realização da esterilização cirúrgica voluntária em homens e mulheres. Também, altera o parágrafo 2º do presente artigo prevendo que a esterilização cirúrgica em mulher durante o período de parto será garantida à solicitante se observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o parto e as devidas condições médicas, uma vez que atualmente é vedada a esterilização cirúrgica em mulher durante os períodos de parto ou aborto, exceto nos casos de comprovada necessidade, por cesarianas sucessivas anteriores (BRASIL, 2014).

Por fim, revoga o parágrafo 5º, do Artigo 10, que prevê que na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges (BRASIL, 2014).

No presente momento, o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 foi transformado na Lei Ordinária 14.443, sancionada em 2 de setembro e entra em vigor em 180 dias (*vacatio legis*).

Assim, verifica-se que são diversas as alterações previstas que podem alterar o rumo do planejamento familiar no país, no que toca, especificamente, ao acesso ao procedimento de esterilização cirúrgica voluntária.

Perspectivas da reforma na lei de planejamento familiar

A inadequação dos mencionados dispositivos vigentes ao exercício do planejamento familiar é amplamente defendida por diversos setores da sociedade, como, por exemplo, sociólogos, médicos e juristas. Tanto que foram objeto de duas ADIs perante o Supremo Tribunal Federal (ADI nº. 5.097 e ADI nº. 5.911), bem como de estudos de avaliações de efetividade da Lei em diversos municípios brasileiros (SOUSA, 2018).

A ADI nº. 5.097, foi ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos - ANADEP, no dia 13 de março de 2014 e tem por objeto o parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº. 9.263/96. A Anadep alega que ao disciplinar a esterilização cirúrgica voluntária, o legislador procurou evitar a esterilização precoce. Contudo, mesmo que indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro aos preceitos constitucionais e aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos. Reportando-se ao preceito da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, inscritos no caput do artigo 5º, da CF/88, a entidade sustenta que a autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade e que, nela, insere-se a autonomia corporal. Portanto, condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada, caracterizando uma ingerência indevida do Estado (BRASIL, 2022).

Já, a ADI nº. 5.911, foi ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro - PSB, no dia 8 de março de 2018, tendo por objeto o artigo 10, inciso I e parágrafo 5º, da Lei nº. 9.263/96. O PSB argumenta que as exigências legais para a

esterilização cirúrgica voluntária afrontam direitos fundamentais, contrariam tratados internacionais firmados pelo Brasil, além de divergir dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros. Acrescenta estarem presentes flagrantes violações a princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a liberdade de escolha (art. 5º), a autonomia privada (art. 5º), liberdade de planejamento familiar (art. 226, parágrafo 7º) e dos direitos sexuais e reprodutivos (BRASIL, 2022).

Ao disciplinar a esterilização cirúrgica voluntária, o legislador procurou evitar a esterilização precoce. Contudo, mesmo que indiretamente, acabou também por desestimular tal prática, o que vai de encontro aos preceitos fundamentais e aos tratados internacionais que tratam de direitos humanos. Há os preceitos de inviolabilidade do direito à vida, à liberdade e à igualdade, inscritos no *caput* do artigo 5º, da CF\88, o que acarreta na autonomia privada como um dos componentes primordiais da liberdade e nela, insere-se a autonomia corporal. Portanto, condicionar a realização de cirurgia de esterilização voluntária à anuência de terceiro (no caso, do cônjuge) constitui ato atentatório à autonomia corporal e ao direito ao planejamento reprodutivo de forma livre e incondicionada, caracterizando uma ingerência indevida do Estado. Fato este, que o Projeto de Lei (PL) 7364\2014, tenta agora reverter (YAMOTO, 2011).

Assim, as exigências legais para a esterilização cirúrgica voluntária afrontam direitos fundamentais, contrariam tratados internacionais firmados pelo Brasil, além de divergir dos principais ordenamentos jurídicos estrangeiros. Há, segundo YAMOTO (2011), flagrantes violações a princípios constitucionais como dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), a liberdade de escolha (art. 5º), a autonomia privada (art. 5º), liberdade de planejamento familiar (art. 226, parágrafo 7º) e dos direitos sexuais e reprodutivos.

Ademais, desde a promulgação da Lei nº. 9.263, em 1996, foram feitas pesquisas e coletados dados que demonstram as consequências nocivas ao exercício do planejamento familiar geradas pelo caráter excessivamente restritivo dos dispositivos objetos do Projeto de Lei (PL) 7364\2014. Uma delas foi a pesquisa realizada em seis capitais brasileiras (Palmas, Recife, Cuiabá, Belo Horizonte, São Paulo e Curitiba), que acompanhou homens e mulheres que buscavam a esterilização cirúrgica junto ao SUS, e verificou que após um período de seis meses, apenas 25,8% das mulheres e 31% dos homens que demandaram a cirurgia haviam obtido sucesso e, ressaltou-se, que 8% das mulheres engravidaram durante o período de espera. A referida pesquisa concluiu que os dispositivos excessivamente restritivos vêm prestando um verdadeiro desserviço à implantação de políticas públicas efetivas no âmbito do planejamento familiar e que há uma demanda reprimida por meios que viabilizem o planejamento familiar, acarretando gestações indesejadas e em todas as nefastas consequências daí advindas (BERQUÓ; CAVENAGHI, 2003).

As restrições que se apresentam no inciso I, parágrafo 5º, do artigo 10, da Lei nº. 9.263\96, surgiram de forma a barrar fatores que levaram a uma

legislação que dificultasse ao máximo o procedimento de esterilização, principalmente, tubária.

A esterilização tubária foi um importante causador da redução da fecundidade no país, chegando ao ponto de que cesarianas eram feitas sem nenhuma indicação médica, somente para realizar a laqueadura tubária. Eis, o fator-chave para o desencadeamento de problemas que levaram a edição da Lei nº. 9.263/96. Entre os problemas advindos da prática de cesarianas com tal finalidade estão: o abuso dos profissionais de saúde em estimular cesarianas e esterilizações sem conhecer informações sobre o procedimento cirúrgico e alternativas existentes para a contracepção, os altos índices de cesarianas no país, o alto índice de esterilizações mascaradas por outros procedimentos, a cobrança indevida pelo procedimento médico e possivelmente o arrependimento posterior das que foram esterilizadas sem as informações adequadas (MACÊDO; GOMES, 2018, p. 7).

BERQUÓ & CAVENAGHI (2003) enfatizam que as inúmeras deficiências do sistema de saúde, o comportamento dos médicos e profissionais de saúde, a posição recalcitrante por parte dos parceiros e maridos em relação à contracepção, a desinformação sobre o próprio corpo e sobre a atuação dos métodos contraceptivos, aliados a falta de acesso ao leque de métodos reversíveis e a pobreza, foi o conjunto de elementos e acontecimentos que propiciaram a criação, em 1996, da Lei nº. 9.263. Havia uma verdadeira “cultura da esterilização”, em um cenário com uma grande demanda e opções contraceptivas escassas, o que engendrou uma cultura de que a laqueadura tubária constituía em um ponto final da vida reprodutiva das mulheres tão natural quanto a menopausa.

Como bem enfatizado por BERQUÓ (1993), uma sociedade madura e consciente deve assumir a questão do planejamento familiar como um projeto de vida, respeito, segurança, saúde e justiça para a família e para a criança que irá nascer. Entretanto, a realidade é que a situação reprodutiva de homens e mulheres brasileiros ainda está longe de um quadro considerado como aceitável, porque são privados de acesso a um programa de planejamento familiar eficiente e inclusivo.

O Projeto de Lei (PL) 7364\2014 se justifica, pois o direito ao planejamento familiar brasileiro vem encontrando inúmeros obstáculos para sua efetivação de forma justa e igualitária. Verifica-se, inclusive, que embora o planejamento familiar seja um direito a todos expressamente reconhecido, muitos sujeitos desse direito se encontram na condição de excluídos devido à posição que ocupam no contexto social (CASTANHO, 2014).

Recentemente, o planejamento familiar foi tema do programa “Profissão Repórter”, transmitido pela Rede Globo no dia 5 de outubro de 2021. No episódio, foi mostrada a luta de mulheres para ter acesso a métodos contraceptivos eficazes, bem como o processo utilizado e as dificuldades para a autorização, pelo SUS, para a realização de uma laqueadura. Na reportagem,

médicos relatam que mesmo a mulher sendo solteira e com seis ou sete filhos, pedem autorização de algum responsável, o que vai de encontro com as exigências mencionadas da Lei nº. 9.263\96. Ademais, relatam que algumas mulheres não conseguem autorização dos maridos para realizarem a laqueadura e que o procedimento no atendimento particular custa R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Por fim, a reportagem mostra que na cidade de Cristalândia, no interior do Tocantins, local em que os repórteres acompanharam o processo de autorização da laqueadura, 25% das mulheres gostariam de fazer o procedimento por acreditarem que esta é a forma mais segura de evitar uma gestação (GLOBO, 2021).

Ademais, também recentemente, houve casos em que alguns planos de saúde estavam impondo a exigência de consentimento do marido para inserção de dispositivo intrauterino (DIU) em mulheres casadas. Ocorre que tal exigência se limita aos casos de esterilização cirúrgica, ou seja, um método de esterilização definitiva, sendo o DIU, apenas um método contraceptivo e, portanto, não sofre as exigências expressas na Lei nº. 9.263/967 (GLOBO, 2021).

Outro problema que pesquisas demonstram é o fato de que na prática de esterilização cirúrgica voluntária, médicos começaram a cobrar indevidamente pelo procedimento dentro das instituições públicas, tendo em vista que o Sistema Único de Saúde não repassa o valor da cirurgia sem os requisitos legais. “Nessas situações, encontra-se a problemática sobre a esterilização voluntária: a expressão de autonomia privada dos indivíduos titulares do direito ao planejamento familiar e a proteção estatal à família (MÂCEDO; GOMES, 2018, p. 15).

A opinião de diversos autores elege a autonomia privada como cerne da execução de um planejamento familiar, tendo em vista que cada cidadão tem um plano parental individualmente considerado, defendendo-se a disseminação de informações e o acesso aos métodos contraceptivos, incluindo as cirurgias de esterilização tubária, a todos os cidadãos. Nesse contexto, as críticas partem dos limites de atuação do Estado como veiculador de meios e informações sobre o planejamento familiar, inclusive sobre contracepção. Assim, indaga-se a possibilidade de o Estado fornecer os diversos métodos contraceptivos, os quais todos os usuários do SUS têm direito, sem extinguir a autonomia privada, acabando com o problema atual da desobediência à lei nº 9.263/96 quanto às esterilizações tubárias. O planejamento familiar ligado à autonomia privada deveria expandir uma política pública de promoção para a escolha do melhor método elegível individualmente, considerando vários fatores: psicológico, social, cultural e físico. Porém, a realidade brasileira condiciona a autonomia privada em planejamento familiar a escassas ofertas de métodos contraceptivos, falta de profissionais com domínio sobre o assunto e dificuldade em acesso às cirurgias de esterilização tubária, mais conhecida como laqueadura. Dessa forma, conclui-se que há a necessidade de que o Estado compreenda as dimensões diversas sobre a temática, de modo

a garantir uma atuação que modifique as atuais práticas estatais em relação às políticas públicas de planejamento familiar, que ainda não abandonou a visão ultrapassada da mulher aliada ao papel doméstico, objeto de reprodução, inserindo nessa concepção a ideia da esterilização feminina (MÁCEDO; GOMES, 2018, p. 15).

A ausência de planejamento familiar causa sérios problemas sociais, como abortos e gravidezes prematuras. Conforme o mencionado anteriormente, percebe-se que no Brasil, há, ainda, uma carência de informações e meios educativos prestados à população fértil, ficando esta desamparada para a estruturação de um planejamento familiar responsável, conforme previsto no texto constitucional, em seu Artigo 226, parágrafo 7º.

Há de se concluir também que, conferindo uma visão ampla à importância do planejamento familiar e enfatizando as políticas públicas voltadas ao tema, possibilita que se garanta a dignidade humana tanto dos pais, genitores, quanto aos filhos. Isto é, o Estado, através de políticas públicas efetivas voltadas a oferecer à população suporte na educação e informação em planejamento familiar, propiciará que as famílias se estruturem de forma digna (BUNHOLA. 2019, p. 98).

Assim, demonstram-se como as exigências constantes nos dispositivos, objetos do Projeto de Lei (PL) 7364\2014, são impeditivos para o acesso das pessoas, principalmente as de baixa renda e as mulheres, à esterilização cirúrgica voluntária e os sistemas de saúde, distorcem as exigências, para abranger casos que não são contemplados pela norma, como na autorização do marido para a inserção do DIU em mulheres casadas ou a autorização de responsáveis para a laqueadura em mulheres que tenham mais de dois filhos vivos ou que sejam solteiras (CASTANHO, 2014).

Considerações finais

O presente artigo teve como objetivo analisar o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 e verificar se as reformas previstas no referido projeto trarão reformas salutares na Lei de Planejamento Familiar.

Nesse sentido, verificou-se que a situação fática demonstra problemas de alcance da norma vigente acerca do planejamento familiar, pois a grande maioria da população ou desconhece a existência de um direito voltado ao planejamento familiar ou encontra alguma dificuldade para exercê-lo adequadamente, motivo pelo qual acaba por constituir suas famílias à mercê da sorte. A realidade mostra que a situação reprodutiva de homens e mulheres brasileiros ainda está longe de um quadro considerado como aceitável, porque são privados de acesso a um programa de planejamento familiar eficiente e inclusivo.

Ocorre que, ainda que sejam realizáveis os direitos e garantias fundamentais, tendo em vista sua previsão legal, não é suficiente para essa reali-

zação apenas a sua positivação, ou seja, para que se atinjam os fins determinados pelas normas, faz-se necessário que tais prerrogativas se façam valer de forma concreta e real na vida dos cidadãos. No que tange ao objeto do presente estudo, o acesso ao planejamento familiar, como o acesso à métodos contraceptivos e à esterilização cirúrgica voluntária, apenas se tornam possíveis com a ação do Estado, através de políticas públicas, educativas (realizando palestras, prestando atendimento e informação à população) e instrumentais (fornecendo medicamentos para os casais inférteis, contraceptivos, laqueadura, vasectomia, etc), principalmente no que tange à população mais vulnerável de nossa sociedade, uma vez que não tem condições de custear os métodos contraceptivos, seja por meio de medicamentos, seja por meio de procedimentos cirúrgicos.

Da leitura que se extrai do Artigo 226, parágrafo 7º, da Constituição Federal de 1988, conclui-se que para o exercício digno do direito ao planejamento familiar é preciso que seja conferida às famílias sempre a liberdade de constituírem livremente suas proles, confiando-lhes, ainda, a prerrogativa de terem o Estado como seu aliado, fornecendo-lhes toda a informação e educação necessárias para o exercício responsável desse direito. Porém, há que se considerar a intervenção mínima do Estado nas relações familiares, que determina que, na esfera familiar, o Estado deve intervir o mínimo possível, restando aos particulares a livre escolha e direcionamento das suas famílias, sendo que essa intervenção mínima não significa que o poder público pode se quedar inerte, tendo que conferir proteção especial às famílias, conforme preconiza o Artigo 226, da Constituição Federal de 1988, prestando políticas públicas que atendam o princípio à informação e prestem auxílio à população fértil, garantindo aos cidadãos o acesso ao Direito Humano Fundamental do Planejamento Familiar Orientado.

Nos locais onde existe regulamentação específica sobre a esterilização voluntária, esta não está perfeitamente de acordo com as normas e critérios definidos na lei. Na verdade, os critérios usados restringem mais o acesso à esterilização feminina e masculina no sistema de saúde pública do que a própria lei. A interpretação incorreta da lei mais comumente encontrada é a combinação dos critérios sobre idade e número de filhos, onde o critério de 25 (vinte e cinco) anos “ou” dois filhos é substituído por 25 (vinte e cinco) anos “e” dois filhos vivos. Outra distorção da lei usualmente exercida é o aumento da idade e número de filhos mínimos exigidos pelas regulamentações municipais. Além disso, ressalta-se que alguns critérios que não são incluídos na lei são muitas vezes mencionados e utilizados na prática, tais como condições socioeconômicas e estabilidade conjugal.

Portanto, as mudanças propostas pelo o Projeto de Lei (PL) 7364\2014 irá acarretar uma diferença na vida de mulheres e das famílias quando ainda hoje existem diferenças de acesso à métodos contraceptivos entre homens e mulheres. Porém, as mudanças advindas pelo Projeto de Lei (PL) 7364\2014 deverão ainda ser tema de estudos futuros, pois a expectativa de impacto na

realidade fática pode ficar aquém das expectativas.

Referências

ANS ABRE PROCESSO ADMINISTRATIVO CONTRA PLANOS DE SAÚDE PARA APURAR EXIGÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO DO MARIDO PARA INSERÇÃO DO DIU EM MULHERES. **G1**, Rio de Janeiro: G1 Notícias, 17 de agosto de 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/08/17/ans-abre-processo-administrativo-contraplanos-de-saude-para-apurar-exigencia-de-autorizacao-do-marido-para-insercao-do-diu-em-mulheres.gh.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BERQUÓ, Elza. **Brasil, em caso exemplar - a anticoncepção e parto cirúrgicos - à espera de uma ação exemplar**. Revista Estudos Feministas, v.1, n.2, p. 366-381, 1993.

BERQUÓ, Elza; CAVENAGHI, Suzana. Direitos reprodutivos de mulheres e homens face à nova legislação brasileira sobre esterilização voluntária. **Cad. Saúde Pública**, Rio de Janeiro. p. 441-453, 2003.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº. 7.364, de 2014**. Revoga o § 5º do art. 10º da Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidade e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2014. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=611328>. Acesso em 23 de mar. 2022;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 22 de mar. 2022;

BRASIL. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar, estabelece penalidades e dá outras providências. Diário Oficial da União, Congresso Nacional, Brasília, DF. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19263.htm. Acesso em 22 de mar. 2022;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº. 5.097/DF**. Relator: Ministro Kassio Nunes Marques.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº. 5.911/DF**. Relator: Ministro Kassio Nunes Marques.

BUNHOLA, Gabriela Pirajá Cecilio. **Políticas públicas e planejamento familiar à luz dos direitos fundamentais**. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”. Franca, p. 106, 2019.

CAETANO, André Junqueira. Esterilização cirúrgica feminina no Brasil, 2000 a 2006: aderência à lei de planejamento familiar e demanda frustrada. **Revista Brasileira de Estudos de População**, v.31, n.2, p. 309-331, 2014.

CASTANHO, Maria Amélia Belomo. **Planejamento Familiar: o estado na construção de uma sociedade inclusiva e a participação social para o bem comum**. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

ESTERILIZAÇÃO CIRÚRGICA. **Profissão Repórter**, Rio de Janeiro: Rede Globo, 5 de outubro de 2021. Programa de TV.

MACÊDO, Dartagnan Ferreira de; GOMES, Carolina Maria Ferreira. Políticas Públicas de Planejamento Familiar: análise crítica da legislação brasileira. In: **XXXI Congresso Internacional de Administração**, 2018, Sucre (Bolívia). p. 1-16.

SOUSA, Juliane Trajano de. Liberdade Reprodutiva da Mulher: uma análise da Lei nº. 9.263/96. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia, p. 47. 2018.

YAMAMOTO, Sergio Toshio. A esterilização cirúrgica feminina no Brasil, controvérsias na interpretação e desafios na aplicação da Lei 9.263. Dissertação (Mestrado em Saúde Pública) - Faculdade de Saúde Pública, Universidade de São Paulo, São Paulo, p. 201, 2011.

FEMINISMO BRANCO, MULHERES PRETAS E MULHERES INDÍGENAS - A AUSÊNCIA DE DISCURSOS E A SUPRESSÃO DE DIREITOS

Luciane Toss

Doutoranda em Direito e Mestre em Ciências Sociais Aplicadas pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Especialista em Nuevos Rectos de Derecho Publico pela Universidad de Burgos Professora e Advogada Especialista em Gênero e Direitos Humanos

Resumo:

Durante um longo período, o feminismo se dedicou, exclusivamente, à crítica ao sujeito masculino universal e sua desconstrução. Mas esta perspectiva feminista, que aqui chamaremos de hegemônica, marcadamente ocidentalizada e branca, acabou por manter sistemas de exclusão e de privilégios baseados na racialização das reivindicações e dos direitos. Isso fica bastante evidente quando comparamos políticas públicas destinadas às mulheres e os dados estatísticos sobre o acesso de mulheres pretas e indígenas a estas políticas. Inserir novas categorias de análise pode contribuir com a compreensão das exclusões sofridas em razão da raça, da etnia e do território. O feminismo decolonial propõe a crítica ao universalismo da pessoa política privilegiada das mulheres brancas, atribuída pelo feminismo hegemônico, cujas teorias não servem para identificar e atuar sobre as realidades das mulheres racializadas, indígenas e latinas, de origem provenientes de territórios colonizados. Questionar pautas generalizantes para políticas públicas pode ser um importante recorte para estudos feministas.

Palavras-chave: Feminismo; Decolonialidade; Universalidade dos Direitos Humanos; Androcentrismo.

Como mulheres, alguns de nossos problemas são comuns, outros não. Vocês, brancas, temem que seus filhos ao crescer se juntem ao patriarcado e se voltem contra vocês. Nós, em contrapartida, tememos que tirem nossos filhos de um carro e disparem contra eles à queima-roupa, no meio da rua, enquanto vocês dão as costas para as razões pelas quais eles estão morrendo. Audre Lord (2020)

Introdução

Durante muito tempo (sobretudo nas chamadas primeira - direito ao voto e segunda - o pessoal é político - ondas do feminismo), a crítica feminista se voltou ao direito e aos sistemas de proteção de direitos, porque o modelo de universalidade liberal que fundava os direitos humanos, estabeleceu o homem como modelo de humanidade. O Direito é androcêntrico, neutro e não situado, conforme Facio. Isso quer dizer que ele ignora marcadores sociais desconsiderando vulnerabilidades e opressões raciais, sexuais, geracionais, econômicas, sociais e culturais (FACIO, 2010).

E assim, o feminismo branco, que aqui chamaremos de hegemônico, se dedicou, à crítica ao sujeito masculino universal e sua desconstrução. Mesmo entendendo as múltiplas violências que poderiam alcançar as mulheres, concentrou-se na opressão masculina e deixou de lado, ou melhor, não priorizou as violências produzidas pela ocidentalidade e pela colonialidade, mantendo sistemas de exclusão e de privilégios baseados na racialização e territorialização das reivindicações e dos direitos (AZURRA, 2019).

O feminismo decolonial propõe um outro lugar de enunciação das mulheres, considerando raça, etnia e território no reconhecimento da diversidade identitária. Há uma revisão do universalismo da pessoa política privilegiada das mulheres brancas, atribuída pelo feminismo hegemônico, cujas teorias não servem para identificar e atuar sobre as realidades das mulheres racializadas e indígenas, de origem provenientes de territórios colonizados (PINHEIRO, 2016).

Um feminismo contra hegemônico, crítico às epistemologias feministas ocidentalizadas, voltado às pautas das mulheres silenciadas pelos sentenciamentos históricos é o que o feminismo decolonial propõem (LUGONES, 2014).

A presente pesquisa se deu a partir de dados estatísticos publicados pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística no Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica, publicados em 2021 e 2022, considerando acesso ao trabalho, a educação e a saúde de mulheres brancas, pretas e indígenas no Brasil.

Na segunda parte o referencial teórico decolonial abre caminho para que sejam formuladas hipóteses, considerando os acessos de mulheres brancas, mulheres pretas e mulheres indígenas às políticas públicas destinadas ao trabalho, educação e saúde. A principal delas é que, em que pese as conquistas feministas nos campos da inserção das mulheres como sujeitas dos direitos humanos (FACIO, 2010) e de políticas públicas específicas para as mulheres, elas se deram considerando essa relação homens X mulheres, não inserindo recortes interseccionais como prioridades nesta pauta¹.

1 Em julho de 1997 o Conselho Econômico e Social da ONU definiu o conceito de transversalização de gênero como sendo: “o processo de avaliação das implicações para mulheres e homens de qualquer ação planejada, incluindo legislação, políticas ou programas, em todas as áreas e em todos os níveis. É uma estratégia para fazer as preocupações de

Objetivo não é analisar os dados apresentados à luz dos conceitos decoloniais colacionados, mas propor que pesquisas que tenham como objeto analisar processos de não acesso de mulheres às políticas públicas que tenham recortes de raça, etnia e território, considerem uma nova matriz epistêmica a partir do feminismo decolonial.

Dados que revelam diferentes níveis de acesso às políticas públicas por mulheres pretas e indígenas no Brasil

Segundo dados apresentados pela pesquisa Estatísticas de Gênero - indicadores sociais das mulheres no Brasil, divulgada em 2021 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2021), considerando a composição social de homens e mulheres no Brasil, a participação em atividades produtivas e acesso a recursos era de 73,7% para homens e 54,5% para mulheres. A taxa de ocupação de mulheres com crianças era de 54,6% com e de 67,2% sem crianças. Na Educação tínhamos 46,8% de mulheres entre os docentes de ensino e uma maior taxa de frequência escolar (são 29,7% para mulheres e 21,5% para homens). As mulheres pretas ou pardas com crianças de até 3 anos de idade no domicílio apresentaram os menores níveis de ocupação - menos de 50% em 2019 -, ao passo que, entre as mulheres brancas, a proporção foi de 62,6%.

O número de horas de afazeres domésticos/cuidado impacta diretamente não só no nível de ocupação, mas também no regime contratual das mulheres sobretudo as pretas e pardas. Se comparados os dados do trabalho parcial tínhamos 13% e 26% para homens e mulheres brancas e 17,2 e 32,7% para mulheres pretas. Em 2019, as mulheres receberam 77,7% ou pouco mais de $\frac{3}{4}$ do rendimento dos homens (IBGE, 2021).

As mulheres pretas receberam, em média, menos da metade dos salários dos homens brancos (44,4%) (IBGE, 2022). O estudo aponta ainda como a desigualdade está presente na distribuição de cargos gerenciais: somente 29,9% deles são exercidos por pessoas pretas e pardas. O rendimento médio mensal das pessoas ocupadas brancas (2.796 reais) foi 73,9% superior ao das pretas ou pardas (1.608 reais). Os brancos com nível superior completo ganhavam por hora 45% a mais do que os pretos ou pardos com o mesmo nível de instrução. No caso das mulheres pretas, elas receberam em média R\$ 1.471 por mês. O valor é 57% menor do que homens brancos receberam, 42% menor do que mulheres brancas ganharam e 14% a menos do que homens negros receberam.

Cabe ressaltar que, embora as mulheres apresentem índices superiores aos dos homens, o acesso à educação se dá de forma desigual entre as mulheres. Em 2019, mulheres pretas ou pardas entre 18 e 24 anos apresentavam

mulheres e homens uma dimensão integral do desenho, implementação, monitoramento e avaliação de políticas e programas em todas as esferas políticas, econômicas e sociais, de modo a que as mulheres e os homens se beneficiem de forma igual. O objetivo final é o de alcançar a igualdade de gênero” (FACIO, 2010, p. 37).

uma taxa ajustada de frequência líquida ao ensino superior de 22,3%, quase 50% menor do que a registrada entre brancas (40,9%) e quase 30% menor do que a taxa verificada entre homens brancos (30,5%). A menor taxa ajustada de frequência escolar líquida se verificou entre os homens pretos ou pardos (15,7%) (IBGE, 2022).

Entre pessoas de 25 a 44 anos de idade, o percentual de mulheres brancas com ensino superior completo - 23,5% - é 2,3 vezes maior do que o de mulheres pretas ou pardas - 10,4%. Considerando-se a cor ou raça, a desigualdade no atraso escolar se apresenta de forma considerável entre as mulheres: 30,7% das pretas ou pardas de 15 a 17 anos de idade apresentaram atraso escolar no ensino médio (IBGE, 2021).

Na esfera da saúde, optamos por demonstrar não só dados sobre a racialidade, mas sobretudo, os dados que demonstram as disparidades que tem como recorte o território. Enquanto na Região Norte uma menina nascida em 2019 tinha 17,2% de chances de morrer com menos de 5 anos, na Região Sul, as chances eram de 9,0%. Vale destacar que o patamar alcançado pela Região Norte em 2019 era o mesmo para o Brasil (IBGE, 2021).

No caso das mulheres indígenas os dados podem ser melhor observados se utilizarmos o não acesso ou o acesso limitado ao sistema de seguridade social, nas altas taxas de analfabetismo, na falta de acesso a alimentação e água e nos altos índices de violência. Somente uma a cada 10 meninas indígenas termina o ensino médio na América Latina (CIDH, 2017). O Brasil presenciou nos últimos anos a reivindicação de moradia estudantil para mulheres indígenas que ingressaram em universidades. Estudantes- mães indígenas, em geral, vem de territórios distantes de onde se encontram os campus das universidades públicas. Além disto a oralidade e o convívio comunitário são fundamentais para manter o direito a preservação da cultura e dos ensinamentos dos povos originários, coisas que não são possíveis em ambientes individualizados (KUNANGUE, 2020).

Em 2016, o Censo da Educação Superior revelou que os estudantes indígenas formavam o grupo com menor percentual de atendimento nas três principais políticas públicas de acesso ao ensino superior. Segundo os dados do Censo, 63% dos indígenas que estavam matriculados em 2016 não conseguiram vaga na rede pública, não foram selecionados para contratos do FIES ou PROUNI para custear a educação privada (INEP, 2016).

Poucos são os dados sobre violências praticadas contra mulheres indígenas, mas elas são as principais vítimas das violências praticadas contra as comunidades indígenas no mundo, de acordo com relatório da ONU. Os dados da organização mostram que mais de 1 em cada 3 mulheres indígenas são estupradas ao longo da vida - e a violência faz parte de uma estratégia para desmoralizar a comunidade ou como uma forma de higienização étnica. (ROSA, 2016).

No Brasil não é diferente. No Mato Grosso do Sul, Estado com a segunda maior população indígena do País, com 72 mil pessoas, os casos de

violência contra a mulher indígena correspondiam a 104 agressões físicas em 2010, número que subiu para 619 registrado em 2014. Em 2016, o levantamento da Secretaria de Segurança Pública do mesmo estado mostrou que o número de denúncias de violência contra a mulher na região cresceu 23,1% no primeiro semestre daquele ano em relação ao mesmo período em 2015 (CIDH, 2017).

Um feminismo contra hegemônico - novas hipóteses para o estudo das violências raciais e étnicas

A escolha por autoras latino e sul americanas reflete a necessidade de dar visibilidade ao discurso acadêmico feminista do sul global e as teses sobre decolonialidade que podem organizar novas hipóteses para análise das violências e discriminações raciais e étnicas sofridas por mulheres pretas e indígenas. Veremos que o corpo da mulher terá diferentes inflexões para a colonialidade, seja a coisa território de conquista; seja a coisa não humana propriedade; seja a coisa não linguagem, não existência.

No feminismo decolonial, as relações de gênero são tratadas como um campo de poder e, para Segato, os crimes sexuais são crimes de poder, crimes de dominação e crimes de punição. A autora afirma que a violência de gênero tem um comando e pode ser transformada em espetáculo ou em arma de disputa territorial (SEGATO 2003b).

Mulheres indígenas e rurais estão entre as principais vítimas dos “crimes do patriarcado” e a espoliação dos corpos indígenas é uma extensão da desapropriação dos territórios (SEGATO, 2014).

“*Ha sido constitutivo del lenguaje de las guerras, tribales o modernas, que el cuerpo de la mujer se anexe como parte del país conquistado.*” (SEGATO, 2012, p. 47). Para Segato a “colonialidade do poder”² é um projeto de modernidade que se consolidou tendo o racismo como eixo organizador da exploração. Ela prefere nomeá-lo como “conquistalidade do poder”, um mandato masculino de feudalização dos territórios que nunca terminou. (SEGATO, 2019, p. 52).

Patriarcado é uma ordem política (olho colonial. olho conquistal) que institui uma pedagogia da conquista sobre o corpo das mulheres. Na modernidade se coisifica a vida e o corpo das mulheres. O resultado disso é que há leis e políticas públicas para conter a violência contra a mulher, mas não conseguimos reduzir as taxas de feminicídio (SEGATO, 2021).

2 Colonialidade do poder é um conceito que dá conta de um dos elementos fundantes do atual padrão de poder, a classificação social básica e universal da população do planeta em torno da ideia de “raça”.² Essa ideia e a classificação social e baseada nela (ou “racista”) foram originadas há 500 anos junto com América, Europa e o capitalismo. São a mais profunda e perdurável expressão da dominação colonial e foram impostas sobre toda a população do planeta no curso da expansão do colonialismo europeu. Desde então, no atual padrão mundial de poder, impregnam todas e cada uma das áreas de existência social e constituem a mais profunda e eficaz forma de dominação social, material e intersubjetiva, e são, por isso mesmo, a base intersubjetiva mais universal de dominação política dentro do atual padrão de poder (QUIJANO, 2000, p.p. 201-246).

Lugones trabalha com o conceito de colonialidade de gênero. Para ela, o sistema moderno e colonial de gênero ignora a racialidade, a classe e o território de origem. Para a modernidade existem dois tipos humanos: o homem branco, que é o detentor da razão e da inteligência e a mulher branca, que é reprodutora da dominação colonial e da mentalidade dominante (LUGONES, 2008). Os homens negros e indígenas não estariam na categoria de humanos. Seriam os “não-humanos” ou os “bestializados”. As mulheres indígenas e pretas não estão representadas nem na categoria universal de mulher, nem nas categorias índio e negro (LUGONES, 2007, p. 193).

Portanto não é possível fazer uma interseccionalidade dessas categorias, de forma que não existe mulher negra, nem mulher índia, sendo necessária outra classificação que seja especificamente representativa. A crítica é direcionada às teorias feministas generalizantes, que aqui chamamos hegemônicas, que, segundo Lugones, excluem da humanidade mulheres pela cor e pela etnia. (LUGONES 2007).

Uma terceira possibilidade de analisar a coisificação da vida e do corpo das mulheres será o do silenciamento por ignorar as narrativas de mulheres pretas e mulheres indígenas. Para Bidaseca, o movimento feminista moderno concentrou sua luta contra o patriarcado, acreditando que a eliminação da opressão sexista levaria à eliminação de todas as formas de opressão. Contudo, como bem ressalta a autora, os movimentos feministas hegemônicos acabaram por reproduzir os mecanismos de opressão que pretendiam combater. O conceito de “retórica salvacionista” foi cunhado pela autora para denunciar a narrativa do feminismo branco que se utiliza de mecanismos e dispositivos onde ela protagoniza uma espécie de salvamento de mulheres racializadas (BIDASECA, 2014, p. 589).

A retórica salvacionista interfere diretamente em qualquer discurso que pretende a inclusão de mulheres racializadas. Explica Bidaseca que as mulheres brancas, para manter seu *status* de detentoras da solução de todas as violências contra as mulheres, continuamente silenciam mulheres pretas e mulheres indígenas, seja quando falam por elas, seja quando rotulam suas reivindicações a partir de uma pauta hegemônica. Para a autora, “as vozes “baixas” das mulheres de cor são fagocitadas, representadas ou traduzidas por outras” (BIDASECA, 2011, p. 72).

O feminismo decolonial desde o Sul representa uma ruptura epistêmica necessária, já que denuncia e desconstrói a categoria universal “mulher” que é representada e pautada pela mulher branca, ocidental, heterossexual, burguesa, de classe média, urbana, educada e cidadã que luta contra o patriarcado, também entendido enquanto categoria universal.

A crítica ao movimento feminista ocidentalizado, que aqui chamamos hegemônico, se dá a partir da invisibilidade de múltiplos grupos cujas reivindicações se relacionam ao tratamento racista e colonialista que as mulheres não brancas sofrem (BIDASECA, 2010).

O feminismo decolonial rediscute o processo histórico e suas opressões

para que se possa redefinir novas práticas (CURIEL, 2015).

Considerações finais

Este artigo pretende estabelecer novas perspectivas analíticas em relação a observação de dados relativos ao acesso a políticas públicas voltadas para mulheres, no que respeita os indicadores para mulheres pretas e indígenas.

A proposta partiu de um referencial teórico concentrado em autoras que estão localizadas no chamado feminismo decolonial e em dados sobre o resultado do não acesso ou acesso limitado à políticas públicas voltadas para o trabalho, educação e saúde, que consideram as populações femininas pretas e indígenas na tentativa de verificar se há maiores possibilidades de entendimento sobre as violências sofridas por estas mulheres utilizando os conceitos propostos pelas feministas decoloniais.

A primeira consideração é que para entender as diferenças entre políticas públicas para mulheres brancas e para mulheres pretas e indígenas é fundamental que sejam inseridas novas categorias para análise dos indicadores estatísticos. Território, etnia e raça são categorias fundamentais.

Segunda é entender como os vários sistemas de exploração e violência sofridas pelas mulheres pretas e indígenas se relacionam com as estruturas que objetificam e coisificam estes corpos. A violação dos corpos das mulheres indígenas como arma de guerra, vistos como territórios a conquistar (Segato) e os corpos das mulheres pretas como não humanos (Lugones).

A terceira consideração é a de que não é possível comparar dados do mercado de trabalho de mulheres brancas, mulheres pretas e mulheres indígenas sem considerar o território e a cor da pele. Mulheres indígenas, por exemplo, encontram as dificuldades geográficas e a falta de compreensão de sua cultura oral e comunitária como obstáculos para o mercado de trabalho (KUNANGUE, 2020. No caso das mulheres pretas, a cor da pele é o principal obstáculo apontado por elas (IBGE, 2022).

A perspectiva do movimento feminista voltado para a ideia de emancipação feminina baseada no conceito universalista de direitos humanos contribuiu para o reconhecimento da categoria mulher como ser humano. Mas é possível verificar que pautas generalizantes ignoram a realidade de mulheres pretas e indígenas e reivindicam direitos e políticas públicas considerando apenas a sujeita feminina, sem cor, sem território e sem raça. Garantir o direito a educação, não significa que todas as mulheres terão acesso ao ensino. Legislar sobre isonomia salarial, de forma genérica, não faz com que empregadores tenham em seus quadros mais mulheres pretas em postos de comando ou em salários mais significativos.

Como nos ensina Yia Sandrali, para uma mulher negra não há como definir algo do qual ela nunca usufruiu. Ela pode apenas sentir “os efeitos da atitude dos brancos diante de um sistema perverso, hipócrita, que compactua com a mediocridade de olhar o mundo a partir de uma única história (OSÚN,

2019).

Referências

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi e FRASER, Nancy. **Feminismo para os 99% Um manifesto**. São Paulo : Boitempo, 2019.

CURIEL, Ochy. Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial. **Outras formas de (re)conocer. Reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista**. Donostia, País Vasco: Universidad del País Vasco/HEGOA, 2015.

BIDASECA, Karina. Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café?: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial Andamios. **Revista de Investigación Social**, vol. 8, núm. 17, septiembre-diciembre, 2011, pp. 61-89.

BIDASECA, Karina. Cartografías Descoloniales De Los Feminismos Del Sur. **Estudios Feministas**, Florianópolis, 22, maio-agosto, 2014, p.p. 585-591.

BIDASECA, Karina. **Perturbando el texto colonial. Los estudios (pos) coloniales en América latina**, Buenos Aires: San Benito (SB), 2010.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS - CIDH. **Mulheres Indígenas**. OEA, 2017. Disponível em: <https://cidhoea.wixsite.com/mujeres-indigenas>. Acesso em: 21 nov 22.

FACIO, Alda. **Los derechos de las mujeres son derechos humanos**. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31195.pdf>. Acesso em 20 set 18.

HETE KIRIRIM AYUU JEKAA, KUÑANGUE, **Relatório: Corpos Silenciados, vozes presentes: A violência no Olhar das Mulheres Kaiowá e Guarani**. Organização KUÑANGUE ATY GUASU, 2020. Disponível em: file:///Users/lucianetoss/Downloads/Corpos-silenciados_resumo_pag-simples_v04.pdf. Acesso em 21 nov 22.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA - IBGE - **Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica - Estatísticas de Gênero Indicadores sociais das mulheres no Brasil**, num. 44, 2ª edição, Rio de Janeiro 2021. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101784_notas_tecnicas.pdf. Acesso em 21.11.22.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ECONOMIA E ESTATÍSTICA - IBGE - **Estudos e Pesquisas Informação Demográfica e Socioeconômica - Desigualdades Sociais por Cor ou Raça no Brasil**, num. 47, 2ª edição, Rio de Janeiro 2022. Disponível em https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101972_informativo.pdf. Acesso em 21 nov 22.

INSTITUTO NACIONAL DE EDUCAÇÃO SUPERIOR - INEP. **Censo 2016**. Disponível em https://download.inep.gov.br/educacao_superior/censo_superior/documentos/2016/notas_sobre_o_censo_da_educacao_superior_2016.pdf. Acesso em 21 nov 2022.

LORDE, Audre. **Irmã Outsider: Ensaios e Conferências**. Trad. Stephanie Borges. 1. ed. 1 reimp. Belo Horizonte: Autêntica, 2020.

LUGONES, María. Colonialidade e gênero. **Tabula Rasa**. Bogotá. Nº 9: 73- 101, jul-dez,2008. [on line] Disponível em : <http://www.revistatabularasa.org/numero-9/05lugones.pdf>. Acesso em 21 nov 22.

LUGONES, María. “Heterosexualism and the Colonial/Modern Gender System”. **Hypatia**, Volume 22, Number 1, Winter 2007, pp. 186-209. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4251730/mod_resource/content/0/heterosexualism%20and%20the%20colonial%20modern%20gender%20system%20maria%20lugones.pdf. Acesso em 21 nov 22.

ÒSÚN, Ìyá Sandrali de. **Entrevista Ìyá Sandrali de Òsún**. Geledés Instituto da Mulher Negra. 26.10.2019. Disponível em: <https://www.geledes.org.br/entrevista-iyá-sandralide-osun/>. Acesso em 17 out 2019

PINHEIRO, Luana Simões. **Os Dilemas da Construção do Feminismo na Pós-Modernidade**. Texto para Discussão 2220. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: IPEA, 2016, 34p.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina, em Edgardo Lander (org.), **Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales** (Bueno Aires: ClacsoUnesco, 2000), pp. 201-246.

ROSA, Beatriz. Por que a violência contra mulheres indígenas é tão difícil de ser combatida no Brasil. **HUFFPOST**. [on line]. 25.11.2016. Disponível em: https://www.huffpostbrasil.com/2016/11/25/por-que-a-violencia-contra-mulheres-indigenas-e-tao-dificil-de-s_a_21700429/. Acesso em 04 dez 19.

SEGATO, Rita Laura, **Las Estructuras Elementales de la Violencia**. Buenos Aires: Prometeo, 2003b.

SEGATO, Rita. La norma y el sexo: frente estatal, patriarcado, desposesión, colonialidad, Marisa Belausteguigoitia e Josefina Saldaña (orgs.), **Des/posesión: Género, Territorio y luchas por la naturaleza**, México, 2014.

SEGATO, Rita. O patriarcado da conquista e as mulheres indígenas. 22.08.2019. **Revista Instituto Humanistas**. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/591882-o-patriarcado-da-conquista-e-as-mulheres-indigenas>. Acesso em: 21 dez 19.

SEGATO, Rita. **Crítica da colonialidade em oito ensaios - e uma antropologia por demanda**. Rio de Janeiro : Bazar do Tempo, 2021.

SEGATO, Rita. **Género y colonialidad: en busca de claves de lectura y de un vocabulário estratégico descolonial**. Florianópolis; EDUFSC, 2012. Disponível em: https://nigs.paginas.ufsc.br/files/2012/09/genero_y_colonialidad_en_busca_de_claves_de_lectura_y_de_un_vocabulario_estrategico_descolonial_ritasegato.pdf. Acesso em 10 dez 12.

A LIBERDADE SINDICAL E A CONTRATUALIZAÇÃO DA GREVE: CONTRIBUIÇÕES A PARTIR DA CRÍTICA DA FORMA JURÍDICA¹

Regiane de Moura Macedo

Mestra e doutoranda em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Integrante do grupo de pesquisa Direitos humanos, centralidade do trabalho e marxismo, vinculado à Universidade de São Paulo.
Advogada

Resumo:

O presente trabalho tem por objeto a tese da contratualização das greves, sustentada por Bernard Edelman, e sua compreensão no enfrentamento das relações verificadas entre forma jurídica, liberdade sindical e greves. O tema é oportuno na medida em que o avanço da agenda de controle fiscal para a recomposição e ampliação das taxas de lucro diante da crise capitalista, mediante a redução do valor da força de trabalho através da redução de direitos trabalhistas, previdenciários, sociais, intensificação da exploração, adoção de novas modalidades precárias de contratação impõe, à classe trabalhadora, desafios para a manutenção dos patamares mínimos de reprodução da vida. A compreensão dos efeitos da prática jurídica sobre a luta da classe trabalhadora foi objeto de estudo de Bernard Edelman, aporte teórico que será mobilizado, tendo por objetivo debater o significado e a materialidade do princípio da liberdade sindical, bem como, sua aplicação nos marcos das relações de trabalho com o propósito de compreender e enfrentar o argumento que relaciona a intensificação das condutas antissindicais e as causas da ineficiência do seu combate como efeito do (ou da ausência de) cabedal jurídico normativo adequado. Entendemos que não é possível propor posições satisfatórias às questões levantadas, desconsiderando as relações de classe que dinamizam o modo de produção capitalista, de modo que a revisão bibliográfica e a análise jurisprudencial adotadas na investigação serão pautadas pela tentativa de compreensão das relações de classe que informam e são ofuscadas pela prática da ideologia jurídica.

Palavras-chave: Liberdade sindical; Forma jurídica; Ideologia jurídica; Luta de classes; Contratualização da greve.

1 O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Introdução

O avanço da agenda de controle fiscal para a recomposição e ampliação das taxas de lucro diante da crise capitalista, mediante a redução do valor da força de trabalho através da redução de direitos trabalhistas, previdenciários, sociais, intensificação da exploração impõe, à classe trabalhadora, desafios para a manutenção de patamares mínimos de reprodução da vida, intensificando suas lutas.

Nessa perspectiva, tona-se urgente a compreensão da greve, como fato social, à luz da liberdade sindical, o que propomos realizar a partir da tese da contratualização das greves, sustentada por Bernard Edelman, traduzindo os efeitos da prática jurídica sobre a classe trabalhadora.

O percurso proposto transita do estabelecimento dos pressupostos teóricos e metodológicos, com a indicação das contribuições da crítica marxista do direito para a compreensão do problema investigado, ao encontro da tese da contratualização das greves, que nos possibilitará reflexões acerca do processo de reconhecimento jurídico normativo do fato grevista e suas implicações, passando, conclusivamente, ao enfrentamento do tema na perspectiva da jurisprudência e normatividade brasileira.

Esperamos, ao final, contribuir e fomentar a abordagem do tema sobre outras perspectivas, para além do âmbito de reprodução das formas sociais que atam os trabalhadores à reiterada exploração capitalista, possibilitando sua mais inteira compreensão e realocização nos termos da luta de classes.

Forma jurídica e prática social: contribuições da crítica marxista do direito

As transformações técnicas, econômicas e sociais que atravessaram os séculos XVI ao XIX, implicando, em suma, na transição do regime feudal ao modo capitalista de produção ora hegemônico, impuseram uma verdadeira revolução na forma de compreender e explicar o mundo.

A íntima relação entre as condições materiais de existência e a forma como se apresentam, na prática social, o Estado, as instituições e as relações sociais, passou a ser evidenciada pelos estudos de Karl Marx que, realizando a crítica da economia política, pode constatar como o funcionamento da sociedade então nascente estava relacionado com o modo de produção que universalizou a mercadoria e o sujeito de direito enquanto formas sociais.

O capital se valoriza na produção com o emprego da força de trabalho, mercadoria cuja singularidade é gerar valor (MARX, 2013, p. 270, 271). Para que a força de trabalho alcance a forma mercadoria, é necessário que seu portador, o trabalhador, seja dotado das propriedades do objeto, o que ocorre com a universalização da forma social do sujeito de direito, de que decorrem os atributos da propriedade, igualdade e liberdade. Despojado dos meios de produção, o trabalhador, interpelado a tornar-se sujeito de direito, carrega o atributo da propriedade, ainda que lhe pertença exclusivamente sua força de

trabalho. O atributo da igualdade o torna apto a transacionar a sua força de trabalho, no mercado, em condições equivalentes com qualquer capitalista, a fim de obter os recursos (salário) para que se reaproprie dos meios necessários à sua manutenção (alimentação, moradia, vestiário, lazer, educação, etc.), como expressão do exercício da sua vontade individual, manifesta através do contrato. O indivíduo concreto agora sujeito de direito se torna senhor do exercício da sua vontade individual, ao passo que se liberta da propriedade dos meios de produção. A relação de compra e venda da força de trabalho é uma relação volitiva cujo conteúdo “é dado pela própria relação econômica” (MARX, 2013, p. 159).

Historicamente, a constituição de uma classe de trabalhadores livres, aptos a fornecer a força de trabalho necessária para a constituição, desenvolvimento e universalização do modo de produção capitalista, foi um processo assentado na violência desde a expulsão dos camponeses para as cidades, culminando no seu despojamento dos meios de produção (MARX, 2013, p. 788-813). Conforme Marx, “um modo de produção especificamente capitalista, (...) com seus próprios métodos, meios e condições, só surge e se desenvolve naturalmente sobre a base da subsunção formal do trabalho ao capital” (2013, p. 578).

Observamos, portanto, que o modo de produção capitalista fez erigir formas sociais em alguma medida correspondentes às determinações das condições de produção². Em *O Capital*, obra máxima de Karl Marx, dedicada à crítica da economia política, identificamos as relações jurídicas como expressão das relações econômicas, o que evidencia a centralidade da prática jurídica para a reprodução das relações sociais nesse modelo econômico, não obstante, o tratamento teórico do direito, com o rigor científico decorrente do método materialista histórico-dialético coube a Evgeni Pachukanis, jurista soviético que atuou como vice-comissário do povo para a justiça no contexto da Revolução Russa, no primeiro quartel do século XX.

Sua contribuição foi decisiva para a compreensão do fenômeno jurídico no capitalismo, informando uma crítica radical e incompatível com fórmulas normativas que justificavam a constituição de um “direito proletário”, razão pela qual sucumbiu pelas mãos do stalinismo, em meados da década de 1930.

Na obra *A teoria geral do direito e marxismo*, o autor sustenta tratar-se, o direito, de uma forma social historicamente determinada, atomizada na figura do sujeito de direito, “correspondente a um determinado meio social, construído sobre a oposição de interesses privados” (PACHUKANIS, 2017, p. 96), que fetichiza a relação de exploração, na medida em que atribui a equivalência aos possuidores (PACHUKANIS, 2017, p. 103-107). A prática social consolida a forma sujeito de direito como universal, ocultando a violência

2 Louis Althusser evidenciou que há uma relação de sobredeterminação, ou determinação em última instância, o que não será tratado no presente trabalho por ampliar demasiadamente o objeto (Cf. ALTHUSSER, Louis. Por Marx. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2015).

pressuposta para sua constituição e reprodução.

Ainda que fetichizada pelo contrato, prática jurídica que pressupõe o exercício livre da vontade, a mercantilização da força de trabalho mobiliza atores que ocupam posições antagônicas nas relações de produção, posições estas determinadas a partir da propriedade dos meios de produção e apropriação privada da riqueza socialmente produzida de um lado e, de outro, aqueles despojados dos meios de produção, assujeitados à despesa diária para a obtenção do necessário à sua sobrevivência.

A reprodução em dinâmica ampliada do modo de produção capitalista, fundada na troca mercantil que é assentada na prática jurídica enseja, ainda, a consolidação do Estado moderno, produto da divisão da sociedade em classes que se constitui enquanto poder supra classes ao passo que garante a reprodução das relações de exploração, seja pelo monopólio da violência, seja pela reiteração das práticas sociais, de modo que, além de dependente do capitalista individual, a submissão do trabalhador ao Estado capitalista é ideologicamente duplicada, já que ocorre perante um aparato impessoal, separado da classe dominante, que não media as relações de exploração singularmente consideradas “pois o trabalhador assalariado não é coagido política e juridicamente a trabalhar para um determinado empresário, mas aliena a ele sua força de trabalho formalmente, com base em um contrato livre” (PACHUKANIS, 2017, p. 172).

A relação entre o modo de produção capitalista e a superestrutura jurídica e política que lhe corresponde foi bem analisada por Louis Althusser, especialmente na tese dos Aparelhos Ideológicos de Estado.

Para Althusser, a reprodução do modo de produção capitalista está vinculada à reiteração das práticas orientadas pela ideologia burguesa. Junto com o Aparelho repressor do Estado (polícia, judiciário), que atua pela violência e confere condições políticas para a reprodução das relações sociais, atuam os Aparelhos ideológicos de Estado, tais como escolas, igrejas, família e sindicatos, estabelecendo sistemas pautados na reiteração da prática ideológica organizada pela ideologia dominante, a ideologia burguesa. A ideologia atua interpelando os indivíduos concretos e convertendo-os em sujeitos, cuja prática reiterada possibilita o seu autorreconhecimento social (sujeito-sujeito) e a vinculação e reprodução das práticas sociais correspondentes a uma determinada ideologia (sujeito-Sujeito) (ALTHUSSER, 2008, p. 283-289). A ideologia de Estado é a ideologia burguesa, assentada na compra e venda, na divisão social do trabalho, na cisão entre público e privado, na representação e na categoria do sujeito livre, igual e proprietário, o sujeito de direito, cuja prática dissimula a existência e o antagonismo das classes e o exercício do poder político pela burguesia.

Podemos indicar, em síntese, que prevalece, sob o capitalismo, a forma jurídica como forma social universalizada, apta a viabilizar a circulação das mercadorias e impor, ao mesmo tempo, práticas reiteradas que possibilitam a reprodução organizada e “consentida” das relações sociais correspondentes.

O tratamento jurídico normativo do fato greve e a liberdade sindical

O fenômeno grevista acompanha o processo de consolidação do modo de produção capitalista, demarcando a resistência e constituição da classe trabalhadora, enquanto classe despojada dos meios de produção.

Enquanto fato social caracterizado pela suspensão organizada da prestação da força de trabalho, a greve é, ainda hoje, um dos métodos de luta (senão o método de luta) mais importantes e eficazes para intervenção da classe trabalhadora na realidade, isto porque, impacta diretamente a composição orgânica do capital e sua possibilidade de reprodução ampliada.

Ao empregar a força de trabalho na produção, o capitalista o faz durante toda uma jornada de trabalho contratada. Apenas uma pequena parcela desta jornada será dedicada a produzir o equivalente aos meios de reprodução da própria classe trabalhadora (salários diretos e indiretos, como direitos sociais). A essa parcela, Marx denomina trabalho necessário. O que ultrapassa esse momento da produção é o trabalho excedente, apropriado pelo capitalista, que potencialmente será convertido em capital, viabilizando sua reprodução ampliada (MARX, 2013, p. 292, 293). O antagonismo das classes está presente na disputa sobre qual é a participação do trabalho necessário na composição orgânica do capital. Para comprimir ao mínimo o trabalho necessário, o capitalista amplia a jornada, intensifica o trabalho, inclusive mediante o emprego da tecnologia, ou seja, aumenta a exploração. Na greve, os trabalhadores impactam diretamente a composição orgânica reduzindo a parcela excedente (apropriada pelo capitalista), seja pela ampliação direta da parcela de trabalho necessário, com a conquista de direitos sociais e parcelas econômicas, seja pela negação da prestação da força de trabalho, que reduz a parcela de trabalho excedente. Trata-se, assim, de uma ação que se opõe à exploração.

Como o próprio sindicalismo, a greve encontrou resistência quanto ao seu reconhecimento, transitando por fases criminalização, até alcançar o reconhecimento legal, jurídico.

Em que pese tratar-se de importante conquista democrática da classe trabalhadora, o reconhecimento jurídico normativo do fato greve ocorre com seu assujeitamento à ideologia burguesa, restringindo seu potencial insurrecional, o que nos é revelado por Bernard Edelman, ao demonstrar a conversão dos sindicatos em Aparelhos ideológicos de Estado, na concepção althusseriana, já tratada.

O autor evidencia que o poder jurídico do capital é a forma desdobrada do contrato de trabalho e do direito a propriedade, isto é, “do ponto de vista do operário, o capital toma a forma do contrato de trabalho; do ponto de vista do patrão, ele toma a forma do direito de propriedade” (EDELMAN, 2016, p. 31), de maneira que o poder reconhecido à classe trabalhadora de se organizar em sindicatos, e paralisar a prestação da força de trabalho nas greves, só é reconhecido e pode ser exercido de maneira a não pôr em xeque

o contrato de trabalho e a propriedade. Converte-se assim a negação da exploração no exercício de uma cláusula contratual, sujeita à sua reprodução. A artimanha que justifica esta apreensão do fato greve pelo direito, ainda que a greve implique na suspensão da execução contratual, é o liame de fato que vincula os trabalhadores à empresa, um vínculo que não é necessariamente jurídico, mas econômico (EDELMAN, 2016, p. 41).

Nesse contexto, a greve será lícita, se exercida nos limites do contrato, respeitando suas cláusulas e neutralidade, em oposição ao político. Converte-se, portanto, num instrumento de concertação, cujo exercício abusivo ensejará a responsabilização daqueles cuja atribuição é “enquadrar a tropa” (EDELMAN, 2016, p. 139), os sindicatos e seus dirigentes. Na medida em que a prática ideológica fraciona a classe, convertendo-a em uma soma de sujeitos de direito, e o contrato de trabalho é a forma desdobrada do poder do capital, a greve-direito é exercida coletivamente (é um disparate supor uma greve de um único indivíduo) mas, como exercício de um direito-poder subjetivo, alberga a recusa por sujeitos, como expressão da liberdade sindical individual.

Podemos ver toda a vantagem dessa análise: de um lado, a greve é vista como uma simples modalidade de discussão; de outro, ou grevistas são assimilados naturalmente a uma “comunidade de trabalho”, ou de empresa, e naturalmente também se encontram, a partir desse fato, “representados” por dirigentes. (EDELMAN, 2016, p. 128)

É intransponível o fato de que o reconhecimento legal do direito de sindicalização e autonomia sindical frente às empresas e o Estado foi alcançado pela luta dos trabalhadores. Muito há a se fazer nesse sentido, seja em oposição a atos antissindicais ostensivos, por controle direto e indireto (MARTINEZ, 2013, p. 172-181), o que não afasta a necessidade de compreensão do significado da liberdade sindical na perspectiva crítica, processo que permite evidenciar as relações ocultadas pela ideologia jurídica.

Reiteramos a necessidade de afirmação e avanços no sentido de conquista de um contexto jurídico normativo que não implique em amarras para a constituição, existência e atuação dos sindicatos. Vale dizer, sindicatos livres, dentro da perspectiva do liberalismo burguês, isto é, autônomos para sua constituição, representação e existência, livres da intervenção estatal, partidária e patronal são ainda um objeto a ser conquistado, não obstante, pretendemos trazer ao lume pela presente investigação a impossibilidade de alcance da liberdade substancial para a organização coletiva dos trabalhadores, o que implica em afirmar que o combate às condutas antissindicais não esbarra na insuficiência normativa, mas na própria negação da liberdade de classe da classe trabalhadora como fator constitutivo da forma jurídica.

Alguns autores remontam o processo histórico de consolidação teórica do princípio da liberdade sindical e seus significados no plano dogmático, cabendo destacar a adoção do pluralismo sindical como modelo preconizado

pela Organização Internacional do Trabalho - OIT, a partir da Convenção 87 (BATISTA, 2014, p. 446). No plano doutrinário, a liberdade sindical é conceituada das mais diversas formas, sendo compreendida no plano individual e coletivo, positivo e negativo (NASCIMENTO, 2012, p. 35-48; DELGADO, 2015, p. 52, 53; MARTINEZ, 2013), na oposição entre sindicalização livre e obrigatória, autonomia e dirigismo sindical, pluralidade contra unidade sindical (RUSSOMANO, 1975, p. 63).

Seja como for, e por mais progressistas que pretendam parecer as abordagens dogmáticas, a liberdade sindical como instituto jurídico-normativo veicula estruturalmente os termos da forma jurídica, carrega a equivalência, a cisão entre público e privado, econômico e político, a divisão social do trabalho conduzindo ou viabilizando, pela prática ideológica, a ação sindical aos marcos da reprodução das relações de exploração.

Nesse sentido, partilhando dos marcos teóricos aqui mobilizados, Orione evidencia a inviabilidade da efetiva liberdade sindical no capitalismo realizando o diálogo entre o modelo de *flexicurity* alemão, sedimentado na negociação como elemento da liberdade sindical, e o modelo sindical brasileiro, especialmente após os impactos da Reforma Trabalhista promovida pela Lei 13467/2017 que extinguiu a contribuição sindical obrigatória, apontando para a prevalência do negociado sobre o legislado, em um contexto de desconstrução do piso civilizatório e esgarçamento das possibilidades de organização coletiva dos trabalhadores.

Em um ou outro modelo, aparentemente conflitantes, revelam-se preservadas a lógica da equivalência e da divisão social do trabalho. Na Alemanha, a despeito da possibilidade de negociações mais abrangentes serem encampadas por sindicatos, a dinâmica negocial é organizada prioritariamente pela representação dos trabalhadores em conselhos constituídos por empresas. A participação pautada na flexibilização moderada e intensa proteção social, no caso alemão, tem seu preço sobre o movimento dos trabalhadores. “O que lhes resta é o debate sobre as cláusulas econômicas; enfim, uma participação economicista, em que sequer o aspecto político de real interesse da classe trabalhadora pode ser introduzido” (ORIONE, 2020, p. 477). No caso brasileiro, além da manutenção das restrições à organização sindical, com a fixação dos critérios categorial e territorial, incompatíveis com a natureza privada dos sindicatos, a adoção da dinâmica negocial nega a liberdade sindical quando se constitui como um mecanismo de destruição dos parques patamares econômicos e sociais dos trabalhadores, em um contexto de desproteção social (ORIONE, 2020, p. 480).

Conforme demonstra o autor, os direitos passam pelo exercício de ponderação para aplicação e efetividade e “n[a] ponderação, o vetor de interpretação será sempre a tal dignidade da pessoa humana e, como ela é um parâmetro, em última instância, individual, a solução verdadeiramente coletiva, aquela de interesse de trabalhadores e trabalhadoras, nunca irá se dar” (ORIONE, 2020, p. 480).

A liberdade sindical não resiste, portanto, ao exercício de ponderação que criminaliza a greve em nome de uma “dignidade” que nega a classe e preserva o indivíduo-sujeito. Daí admitir-se a “liberdade sindical em sua dimensão negativa”, a possibilidade do “fura-greve” e a preservação da mobilidade da força de trabalho, como óbice à greve dos trabalhadores dos transportes, restando evidente que a liberdade sindical “(...)é impossível não apenas por motivos econômicos conjunturais, mas por questões estruturais, ou seja, exatamente por partir de um patamar de democracia que não corresponde aos anseios da classe trabalhadora” (ORIONE, 2020, p. 480).

A contratualização da greve no ordenamento jurídico brasileiro

Na perspectiva técnico normativa, o ordenamento jurídico brasileiro consagrou a greve como direito fundamental, “competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender” (BRASIL, 1988), consoante a redação do disposto pelo artigo 9º da Constituição Federal, tendo sido rejeitadas, por maioria, na constituinte, as emendas que implicavam em restrições ao direito de greve (BABOIN, 2013, p. 72,73). Após a Constituição Federal de 1988, foi promulgada a Lei 7783, de 28 de junho de 1989, regulamentando e restringindo o exercício do direito de greve.

Almeida analisa os ciclos grevistas no Brasil na série histórica de 1978 a 2020. Contrastando o pico dos ciclos grevistas observado em 1989 e a série de 2000 a 2010, o autor constata que o número de grevistas multiplicado pelas horas paradas registrado em 1989 foi quatro vezes maior que o valor máximo registrado no último período.

A explicação para o arrefecimento das greves contempla múltiplos fatores. O autor suscita como hipótese central a reestruturação produtiva brasileira, implementada na década de 1990 mas propõe uma segunda hipótese, fundada na contratualização da greve através de “uma eficiente delimitação e constituição do sujeito de direito responsável pela greve e as exatas condições sob as quais ela pode ocorrer, promovendo a fragmentação e individualização do fato coletivo que a circunscrição jurídica lhe impõe” (ALMEIDA, 2021, p. 166).

A Lei 7783/1989 trouxe, ao cenário normativo brasileiro, um complexo sistema de controle prévio das greves, subordinando sua “legalidade” a ilações de prévio aviso, manutenção da prestação de serviços inadiáveis à população (categoria cujo sentido é reiteradamente alargado pelo Judiciário, no controle e repressão das greves), prévia negociação etc.

É certo que na perspectiva estritamente normativa, não há vedação expressa à greve política, tampouco à greve de solidariedade, não obstante, a jurisprudência brasileira criou a figura da greve materialmente abusiva, vinculando sua legalidade, ou sua não abusividade, ao exercício dentro das limitações da reprodução do contrato de trabalho, ou seja, somente se admite a

greve quando as reivindicações são oponíveis diretamente ao empregador, no contexto do exercício e discussão do cumprimento das cláusulas contratuais.

Corregliano evidencia um salto da ideologia jurídica no controle e repressão das greves no Brasil, com a sofisticação da atuação da Justiça do Trabalho frente à histórica greve dos petroleiros de 1995:

Este árbitro [o Poder Judiciário trabalhista - RMM], pretensamente neutro e equidistante às partes, produz um efeito dissuasório ao trabalhador que se ativa em greve, ao mesmo tempo em que tranquiliza o empregador quanto à continuidade da produção - a preocupação do empregador quanto ao direito individual do trabalho, que ainda possui instrumentos de proteção ao trabalhador, não se replica no direito coletivo do trabalho. Motivo pelo qual é possível entender o Judiciário Trabalhista como um sistema de controle judicial, criador de uma lógica interpretativa apta a conceber tão somente as greves de conteúdo econômico ou profissional e, mesmo assim, em situações especialíssimas, limitando as possibilidades de luta política das classes exploradas. (...) Deixou a greve de ser um direito para ser um “meio de pressão extrema”, “altamente lesivo à sociedade como um todo”. Aí está a justificativa para tantas ressalvas ao precário direito de greve. (CORREGLIANO, 2013, p. 121, 122)

Não é só. A contratualização da greve não se faz presente apenas na sua criminalização e restrição, conforme já demonstrado. Mesmo decisões que se revelam conjunturalmente favoráveis à classe trabalhadora evidenciam a captura do fato greve pelo mecanismo da contratualização e sua completa inserção da prática de reprodução do modo de produção capitalista. É o que Molitor nos evidencia, a partir da análise do julgamento da greve dos trabalhadores rodoviários na grande Vitória, Espírito Santo, no contexto dos protestos contra as reformas trabalhista e previdenciária, em 2017. A greve foi julgada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região e pelo Tribunal Superior do Trabalho, sendo certo que ambas as instâncias absolveram o sindicato dos trabalhadores do pagamento de multa pelo suposto descumprimento da medida liminar que determinava a manutenção de 50% da prestação dos serviços à população, sob a assertiva de que a adesão expressiva da população à greve geral contra as reformas trabalhista e previdenciária excluiu a possibilidade de controle do sindicato dos trabalhadores sobre o movimento grevista, de maneira que, de acordo com o julgamento, “[a] greve é reafirmada enquanto ilegal por ter sido motivada por razões políticas, mas não se poderia responsabilizar pelo dano quem não o causou, ou seja, a essência jurídica de troca de equivalentes segue preservada” (MOLITOR, 2021, p. 479).

Podémos citar outros exemplos aptos a evidenciar que, mesmo a jurisprudência humanista esbarra na preservação da lógica da equivalência, preservando intactas as premissas da exploração capitalista. Pensamos, no entanto, restar suficientemente demonstrado que as dificuldades para a concretização da liberdade sindical inclusive no contexto da ação direta da classe tra-

balhadora, a greve, é produto da própria forma jurídica, e não da insuficiência normativa. Esse é o papel do direito, conferir a reprodução da exploração capitalista, na medida em que nega as classes, convertendo-as em uma soma de sujeitos.

Considerações finais

A compreensão da realidade e das formas sociais atuantes para a reprodução do modelo econômico e social fundado na divisão social do trabalho, na apropriação privada da produção social pela mercantilização da força de trabalho, exige a adoção do método materialista histórico-dialético, como apto a descortinar a aparência das relações, o que nos permite compreender o direito como forma jurídica, e seu singular papel da reprodução das relações de exploração capitalistas.

Partindo desse ponto é possível, à luz do tratamento jurídico normativo das greves que resulta em sua contratualização, com os efeitos já reportados por Bernard Edelman, compreender a materialidade do princípio da liberdade sindical e a impossibilidade de seu alcance efetivo, como consequência da própria ideologia jurídica que, ao afirmar a forma sujeito de direito, numa lógica de repartição de competências, cisão entre público e privado, inviabiliza o reconhecimento e a existência da classe como fato social. A ideologia jurídica converte a luta de classes numa disputa jurídica, que se dá sob seus próprios termos, pautada na representação e limitação de interesses para a preservação de um “interesse público” que é vetor do interesse do capital de reprodução da exploração.

Desse modo, podemos indicar que a necessária e urgente ampliação das possibilidades de efetiva luta da classe trabalhadora, inclusive no campo da proposição ou demonstração das contradições de cunho jurídico normativo, pela afirmação dos direitos humanos, encontra um limite aparentemente paradoxal, imposto pela própria forma jurídica, de maneira que a liberdade, pautada na emancipação da opressão e exploração dos trabalhadores, exige a construção de uma nova sociabilidade, com a abolição da forma mercadorista.

Referências

ALMEIDA, Daniel Ferrer de. A neutralização jurídica da greve no Brasil: 1978 a 2020. In ORIONE, Marcus. BATISTA, Flávio Roberto (org.). **Direito Sindical Crítico**. Belo Horizonte: RTM, 2021. p. 147-170

ALTHUSSER, Louis. **Sobre a reprodução**. 2 ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2008.

ANTUNES, Ricardo. **A rebeldia do trabalho: O confronto operário no ABC Paulista: As greves de 1978/80**. São Paulo: Editora Ensaio, Editora da Unicamp, 1988.

BABOIN, José Carlos de Carvalho. **O tratamento jurisprudencial da greve política no Brasil**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de

São Paulo. São Paulo, 2013.

BATISTA, Flávio Roberto. A proteção contra atos antissindiciais à luz da liberdade sindical: introdução a uma contextualização político jurídica. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 109, p. 441-458, 2014. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/89241>. Acesso em: 10 nov. 2022.

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

CORREGLIANO, Danilo Uler. **O sistema de controle judicial do movimento grevista no Brasil: da greve dos petroleiros em 1995 aos dias atuais**. Dissertação (mestrado). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Direito coletivo do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.

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

MARTINEZ, Luciano. **Condutas antissindiciais**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARX, Karl. **O Capital: crítica da economia política**. Livro 1: O processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2013.

MOLITOR, Thamiris Evaristo. Crítica marxista do direito e greve geral de 2017: estudo de caso a partir da forma jurídica. **Revista Videre**, [S. l.], v. 13, n. 28, 2021. DOI: 10.30612/videre.v13i28.12798. Disponível em: <https://ojs.ufgd.edu.br/index.php/videre/article/view/12798>. Acesso em: 10 nov. 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 7 ed. São Paulo: LTr, 2012.

ORIONE, Marcus. Liberdade de classe e liberdade sindical. Revista LTr. **Revista LTR: legislação do trabalho**. São Paulo: Ltr, vol. 84, nº 04, Abril de 2020. p. 475-481.

PACHUKANIS, Evgeni. A teoria geral do direito e o marxismo. In _____. **A teoria geral do direito e o marxismo e ensaios escolhidos (1921-1929)**. Coord. Marcus Orione. Trad. Lucas Simone. São Paulo: Sundermann, 2017. p. 51-224.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito sindical: princípios gerais**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

AS CONVENÇÕES INTERNACIONAIS E A REPRESSÃO ÀS CONDUTAS ANTSSINDICAIS NOS CASOS SUBMETIDOS AO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA OIT

Fernanda Aparecida Gonçalves Perregil

Advogada e Mestranda em Relações Sociais e Trabalhistas pela UDF, especialização em processo civil pela PUC/SP, pesquisadora do Núcleo de Pesquisa Trabalho Além do Direito do Trabalho da USP, vice-presidenta da Comissão de Estudos de Direito Antidiscriminatório do IASP, professora convidada do Insper no LLM em Direito do Trabalho

Resumo:

A pesquisa se propõe a analisar as convenções internacionais sobre a ótica dos princípios de direitos humanos que possibilitem a repressão das condutas antissindicais, capazes de garantir o direito fundamental da liberdade sindical, conforme estabelecido na Convenção nº 87, 98 e 158 da OIT, dando especial atenção às convenções que foram ratificadas pelo Governo Brasileiro a fim de suprir lacunas legislativas do nosso ordenamento jurídico. O objetivo deste estudo é investigar as medidas de enfrentamento às condutas antissindicais, trazendo para o centro do debate os instrumentos jurídicos internacionais com essa finalidade, cujo objetivo é assegurar o respeito ao direito de associação sindical e a negociação coletiva. Neste estudo será enfatizada a instrumentalização do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, para apresentação dos principais aspectos deste Comitê, incluindo: sua composição, organização, competência e procedimentos contenciosos, esclarecendo as principais diferenças entre as medidas de queixa e de reclamação, ambas previstas em normas internas da OIT. Além disso, serão detalhados casos relacionados ao Governo Brasileiro, com uma análise do teor das decisões proferidas. Por fim, possibilitando uma investigação sobre a efetividade destas decisões frente à gravidade das situações que as envolvem, além de dimensionar o seu alcance e os limites dos poderes decisórios deste Comitê.

Palavras-chave: Condutas antissindicais; Comitê de liberdade sindical; OIT; Casos de repressão.

Introdução

Primeiramente, o conceito da liberdade sindical deve ser tratado como um direito humano fundamental. Os direitos fundamentais são considerados como inerentes à condição humana assegurados na Constituição Federal de 1988, com elevada importância, e entendidos como indisponíveis, indeclináveis, imprescritíveis e irrenunciáveis. Neste sentido, de acordo com os ensinamentos de Vidal Serrano Nunes Júnior, direitos fundamentais podem ser entendidos como

o sistema aberto de princípios e regras que, ora conferindo direitos subjetivos a seus destinatários, ora conformando a forma de ser e de atuar do Estado que os reconhece, tem por objetivo a proteção do ser humano em suas diversas dimensões, a saber: em sua liberdade (direitos e garantias individuais), em suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e em relação à sua preservação (solidariedade)¹.

A Constituição do Estado Democrático de Direito de 1988 é absolutamente inovadora na sociedade brasileira, consagrando o princípio da dignidade da pessoa humana, na qualidade de princípio próprio, elevado ao núcleo constitucional dentro do sistema jurídico, político, econômico e social. A Constituição também incluiu diversos direitos e garantias fundamentais, como princípios estruturantes do Sistema Jurídico.

Assim, é essencial analisar o direito à liberdade sindical como um direito humano fundamental que viabiliza o pluralismo de ideias políticas dos trabalhadores e concretiza a democracia, com o objetivo de lutar por condições de trabalho humanizadas.

Vale salientar que a liberdade sindical foi assimilada pelos ordenamentos internacionais, como um princípio fundamental dos direitos humanos. Como todos os direitos humanos, a liberdade sindical tem suas raízes no longo processo de lutas, disputas e conflitos, em que foi se afirmando o direito da resistência à opressão,

Neste sentido, é importante analisar as convenções internacionais da OIT sobre a garantia deste direito, conforme estabelecido nas Convenções n.º 87, 98 e 158 T. Por isso, o objetivo deste artigo é investigar as medidas de enfrentamento às condutas antissindiais, trazendo para o centro do debate os instrumentos jurídicos internacionais com a finalidade de assegurar o respeito ao direito de associação sindical e a negociação coletiva.

No ano de 1951, o Conselho de Administração da OIT criou o Comitê de Liberdade Sindical, com o objetivo de combater à violação de direitos sindicais do Estado-membro, garantir a proibição de ingerência nas ações sindicais, a garantir o exercício pleno da negociação coletiva e a proteção contra os

¹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. A cidadania social na Constituição de 1988. - Estratégias de Positivização e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 15.

atos antissindicais.

A par disso, serão examinados os casos sujeitos ao Comitê, principalmente os casos apontados pela OIT como àqueles que contribuíram para a construção e consolidação das diretivas paradigmáticas selecionadas.

Apesar do Brasil não estar presente nos casos que deram origem às diretivas paradigmáticas, existem 27 casos brasileiros submetidos ao Comitê que discorrem sobre a proteção contra condutas antissindicais. Assim, serão examinadas as particularidades de alguns casos colocando o foco sobre as discriminações antissindicais, como no caso n° 2646, submetido pela Federação Nacional dos Metroviários; que alegou a demissão de dirigentes sindicais e membros do sindicato em razão da participação em greves em 2007, o caso n° 1839 (Petroleiros) e caso n° 2739 (Contribuição Assistencial).

No Brasil, é importante mencionar que a Reforma Trabalhista de 2017 (Lei 13.467/2017) enfraqueceu a atuação dos sindicatos no país, chegando a ser denunciada pela OIT como violadora de suas Convenções Internacionais, sendo esse um momento crucial para que o governo possibilite o fortalecimento das relações sindicais como forma de garantir sanções suficientemente dissuasivas contra atos de discriminação antissindical.

Apesar disso, mesmo com o aumento na quantidade de casos submetidos pelo Comitê de Liberdade Sindical da OIT, ainda não houve uma internalização de uma cultura de real mobilização e utilização dos instrumentos internacionais para repressão às condutas antissindicais, sendo esses um meio essencial para consolidar a democracia brasileira.

Análise do Comitê de Liberdade Sindical - OIT

Composição

O Comitê de Liberdade Sindical é composto por dez membros, sendo três representando os governos nacionais, três os trabalhadores e três os empregadores, além de um presidente. Os membros do Comitê são nomeados pelo Conselho de Administração da OIT, sendo que são realizadas três reuniões por ano, momento em que são analisadas as reclamações e as queixas.

Competência

O Comitê tem competência para examinar as queixas e as reclamações relativas à violação ao direito de associação e liberdade sindical, incluindo a liberdade de negociação coletiva.

Importante ressaltar que esses instrumentos somente podem ser utilizados pelos Estados-membros (queixas) ou por entidades representativas de empregadores ou de trabalhadores (mações). De acordo com os artigos 26, 27 e 30 da Constituição da OIT, o Comitê de Liberdade Sindical não tem competência para examinar questões atinentes às condições de trabalho, projeto de lei ou à legislação de seguridade social do Estado denunciado.

Verifica-se que esses instrumentos não dependem do esgotamento de recursos ou medidas internas, podendo ser considerado como um elemento, mas não impede a abertura do caso; sendo esse recebido pelo Diretor da Repartição Internacional do Trabalho, que analisará seus pressupostos de admissibilidade (pessoa e matéria), intimando ao Querelado para que envie as informações, a fim de que o Diretor as encaminhe ao Comitê.

Após a nova análise dos pressupostos de admissibilidade, o Querelante deve se manifestar sobre as informações do Estado Querelado, visando o exercício do contraditório e da ampla defesa, mediante apresentação de provas documentais ou da realização de audiência, havendo a possibilidade de métodos de contados diretos, no qual pode ser formada uma comitiva para analisar a questão *in loco*, como o que aconteceu na Coreia do Sul em 1998. Contudo, será necessário o consentimento do país envolvido, conforme artigo 65 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação do Comitê de Liberdade Sindical.

Neste sentido, a atuação do Comitê de Liberdade Sindical consiste em examinar a queixa ou reclamação para formular a sua conclusão e recomendação ao Conselho de Administração (Artigo 15 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação e do Comitê de Liberdade Sindical, não podendo aplicar sanções aos Estados).

Diferenças entre os instrumentos jurídicos da queixa e reclamação

Primeiramente, a queixa é um instrumento mais formal, conforme os arts. 26 a 34 da Constituição da OIT. Além disso, a queixa pode ser utilizada por qualquer Estado-membro que seja signatário da convenção (art. 26, item 1), podendo ser instaurada de ofício pelo Conselho de Administração ou pela representação de qualquer delegação à Conferência Internacional do Trabalho (art. 26, item 4).

Por outro lado, a Reclamação pode ser manuseada pelas organizações de empregadores ou de empregados, sendo que essas levam a ciência da OIT o não cumprimento de uma Convenção ratificada pelo Estado-membro, como previsto no art. 24 da Constituição da OIT:

Toda reclamação, dirigida à Repartição Internacional do Trabalho, por uma organização profissional de empregados ou de empregadores, e segundo a qual um dos Estados-Membros não tenha assegurado satisfatoriamente a execução de uma convenção a que o dito Estado haja aderido, poderá ser transmitida pelo Conselho de Administração ao Governo em questão e este poderá ser convidado a fazer, sobre a matéria, a declaração que julgar conveniente.

Neste sentido, a principal diferença entre esses instrumentos está no âmbito de interesses discutidos em cada um deles, já que a reclamação se restringe a determinadas organizações sindicais e trabalhadores, enquanto que a

queira visa um interesse supranacional, já que os querelantes/denunciante são os próprios Estados.

Do encerramento do procedimento pelo Comitê de Liberdade Sindical

Assim, com o encerramento do procedimento por parte do Comitê de Liberdade Sindical, esse formulará suas conclusões e recomendações a fim de que sejam encaminhadas ao Conselho de Administração, entendendo pela ausência de violação à liberdade sindical, seja pela ausência de elementos ou provas pelo querelante, ou ainda recomendando ao Conselho de Administração que adote as medidas adequadas para coibir as violações constatadas durante o procedimento.

Cabe salientar que as conclusões e princípios do Comitê de Liberdade são divididos em 3 seções:

- Princípio da liberdade sindical;
- Formas de discriminação e
- Reintegração dos trabalhadores que exercem atividades sindicais em seus empregos.

Desta forma, se aprovada a conclusão do Comitê, essa será publicada no Boletim Oficial da Repartição, mediante a ocorrência de 2 (duas) hipóteses:

1ª RATIFICADA A CONVENÇÃO - às recomendações serão efetivadas pela Comissão de Peritos na Aplicação de Convenções e Recomendações, a quem cabe examinar divergências entre a legislação ou a prática nacional e o conteúdo da convenção, conforme artigo 20 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação.

2ª NÃO RATIFICADA A CONVENÇÃO - os Governos serão convidados a elaborar Relatório Periódicos, sendo que o Diretor Geral acompanhará o governo interessado.

Efetividade

Segundo dados da OIT, em 50 anos de atuação do Comitê, esse examinou 2.300 casos, com 60 países envolvidos que de alguma forma aderiram às Recomendações e desenvolveram a liberdade sindical². O aumento no número de casos pode ser considerado pelo enfraquecimento do movimento sindical no mundo, como no Brasil com o advento da Reforma Trabalhista de 2017.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT não impõe sanções aos Estados, de acordo com o artigo 23 do Procedimento da Comissão de Investigação e Conciliação, prevendo que a atuação do Comitê “*não consiste em for-*

2 GRAVEL, eric. Duplessis, Isabelle, 2001. http://ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_087814.pdf

mular acusações contra governos ou condená-los”, mas a publicidade de um relatório desfavorável ao governo querelado, contendo recomendações para que adote medidas internas de proteção à liberdade sindical, gera outros impactos morais e diplomáticos importantes na comunidade internacional, destacados abaixo:

- Diretivas e Debates Internacionais - Impacto Político e Jurídico;
- Pressão Interna das organizações;
- Pressão Externa no cenário internacional
- Desenvolvimentos Positivos pela adesão as recomendações;
- Impactos diretos e indiretos de ordem diplomática e econômica perante a comunidade internacional.

Desta forma, é importante destacar a efetividade destes instrumentos sob várias vertentes e dimensões no cenário internacional, sendo de suma importância a utilização deste Comitê da OIT para reprimir práticas antissindiais ao redor do mundo e dar publicidade aos Estados que n

Casos no mundo

Cumpra destacar alguns casos específicos que deram origem às diretivas paradigmáticas selecionadas:

- Caso 1819 - Denúncia do governo Chinês
- Caso 2169 - Denúncia contra o governo do Paquistão
- Caso 1925 - Denúncia do governo Colombiano
- Caso 2380 - Denúncia do contra o governo do Sri Lanka

Na década de 1990 ocorreram diretivas paradigmáticas de prevenção de atos antissindiais, sendo que em 2006 foram aventadas discussões nas fases contratuais envolvendo o direito à reintegração, com a seguinte conclusão:

Nenhuma pessoa pode ser prejudicada em seu emprego por motivo de adesão ao sindicato ou atividades sindicais legítimas, seja no passado ou presente. Nenhuma pessoa deve demitida ou prejudicada no emprego por ser membro sindical ou por exercer atividades sindicais legítimas, sendo fundamental proibir e penalizar, na prática, todos os atos de discriminação antissindical (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2006, p. 155.)

Casos no Brasil

Além disso, serão mencionados alguns casos relacionados ao Governo Brasileiro, sendo que existem 27 casos brasileiros submetidos ao Comitê que discorrem sobre proteção contra às condutas antissindiais, além de dimensionar o seu alcance e os limites dos poderes decisórios deste Comitê, dentre os principais:

Caso nº 2646 (Metroviários)

Apesar do Brasil não estar presente nestes casos específicos que deram origem às diretivas paradigmáticas selecionadas, o caso nº 2646, submetido pela Federação Nacional dos Metroviários em 09 de maio de 2008; que alegou a demissão de dirigentes sindicais e membros do sindicato em razão da participação em greves em 2007, no qual foi recomendado que o Governo Brasileiro assegurasse o restabelecimento/reintegração dos trabalhadores sindicalizados em seus respectivos empregos, sem perda de salários, ou a compensação adequada aos trabalhadores ilegalmente demitidos, a fim de combater atos de discriminação antisindical.

Caso nº 1839 (Petroleiros)

Esse é o caso brasileiro de maior relevância, envolvendo a greve dos petroleiros, sendo que a CUT (Central Única dos Trabalhadores) moveu reclamação contra o Brasil, por descumprimento a Convenção 98, sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva. Com a greve, a empresa dispensou 59 (cinquenta e nove) empregados, inclusive dirigentes sindicais. O Comitê de Liberdade Sindical realizou diversas recomendações ao Conselho de Administração da OIT para o Governo, inclusive para que modificasse a legislação.

Caso 2739 (Contribuição Assistencial)

Diversas centrais sindicais brasileiras apresentaram queixa, denunciando violação do exercício de liberdade sindical por ingerência de órgãos estatais, acerca da impossibilidade de cobrança de contribuição assistencial dos trabalhadores não filiados aos sindicatos. O Comitê de Liberdade reforçou o entendimento em relação aos problemas decorrentes da instituição de cláusulas de segurança sindical.

Referências

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **A contribuição de Karl Marx para o desenvolvimento da ciência do direito**. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v.28, n. 28, 1995.

HENKIN, Louis. **The rights of man today**. Westview Press, 1978. Disponível em <http://books.google.com.br/books?id=070OAAAAQAAJ&printsec=frontcover&dq=inauthor:Louis+Henkin>. Acesso em 31 ago. 2012. Artigo: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=faefec47428cf9a2> Autoras: Maria Rosario Barbato e Flavia Souza Máximo Perei - Doutoradas UFMG e Roma Tor Vergata Título: ATOS DE DISCRIMINAÇÃO ANTISSINDICAL: ANÁLISE DE CASOS SUBMETIDOS AO COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUAS DIRETIVAS PARADIGMÁTICAS ATTI DI DISCRIMINAZIONE ANTI-SINDICALE: ANALISI DI CASI SOTTOPOSTI AL COMITATO PER LA LIBERTÀ SINDACALE DELL'ORGANIZZAZIONE INTERNAZIONALE DEL LAVORO E SUE DIRETTIVE

PARADIGMATICHE

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988.** - Estratégias de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais. São Paulo: Editora Verbatim, 2009. p. 15.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Case no2303, 2003.** Disponível <http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINT_FILE_ID:2896990> e *no2380*, 2004. Disponível http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50001:0::NO:50001:P50001_COMPLAINTFIL E_ID:2897244, Consultado em 28/11/2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Constituição (1946).** Disponível http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/decent_work/doc/constituicao_oit_538.pdf, Consultado em 28/11/2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) **Convenção no 87, 1948.** Convenção Relativa à Liberdade Sindical e à Proteção do Direito de Sindicalização adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 09 de julho de 1948. Disponível em: <http://www.ilo.org/ilolex/portug/docs/C087.htm>. Consultado em 28/11/2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) **Convenção no 98, 1949.** Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/mate-pdf/55582.pdf>> Consultado em 28/11/2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO**, publicados em 1985, 1996 e 2006. Disponível em <<http://www.ilo.org/global/standards/applyingand-promoting-international-labour-standar>, Consultado em 28/11/2022.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**, São Paulo, LTR, 2000.

CONDUTAS ANTISSINDICAIS: RESPOSTAS DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO E PORTUGUÊS PARA IDENTIFICÁ-LAS E REPRIMI-LAS

Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro

Professora Titular da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. Doutora (2006) e Mestre (2002) em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela USP. Juíza Titular da 2ª Vara do Trabalho de São Caetano do Sul

Resumo:

Condutas antissindicais solapam as forças coletivas de resistência deixando os trabalhadores vulneráveis a situações de injustiça no meio ambiente de trabalho. O fato de o Brasil até o momento não ter ratificado a Convenção 87 da OIT favorece o cometimento destas práticas e dificultam seu combate. O presente estudo demonstra que, em nosso país, até mesmo decisões do STF acabam por estimular condutas contrárias à atuação dos sindicatos. Na comparação com Portugal, que ratificou a Convenção da OIT sobre liberdade sindical, percebe-se que as respostas que os tribunais lusitanos dão às condutas inadequadas no âmbito do direito coletivo do trabalho são muito diferentes das nossas, e visam ao desestímulo de tais práticas. Em solo ibérico, a própria Constituição da República, em seu art. 92º, encoraja as atitudes éticas de cooperação entre os diversos atores sociais ao estabelecer negociações tripartites (Estado, sindicatos e empresas), assim, o sindicalismo passa a ser atuante não apenas no âmbito das negociações com os empregadores, mas é proativo, também, na elaboração de políticas sociais e econômicas que vigorarão em âmbito nacional.

Palavras-chave: Condutas antissindicais; Tema 1046; Tema 531; Negociado X legislado; Concertação social.

Introdução

Como o Poder Judiciário Brasileiro e o Português têm reagido às denúncias de condutas antissindicais? Responder a esta indagação é o objeto da presente pesquisa, que visa a analisar como o Direito Brasileiro atua em face de condutas antissindicais e comparar esta atuação com o que ocorre no Direito Português, especialmente no que tange às respostas que o Poder Judiciário de ambos os países têm dado para identificá-las e reprimi-las.

O tema é relevante para análise de como estes países-irmãos têm lida-do com condutas antissindicais e se os direitos humanos têm sido utilizados como baliza para a atuação jurisdicional.

O objetivo é verificar como os dois países têm cuidado da referida ques-tão e de que modo o enfrentamento da matéria nos respectivos Poderes Judi-ciários poderia trazer luzes para melhoria do instituto para ambas as Nações.

Para o estudo em questão será utilizado o método dedutivo a partir da análise de textos doutrinários e de julgados dos dois países.

Tem-se como hipótese inicial a de que, a ratificação por Portugal da Convenção 87 da OIT em 1974 tornou mais efetiva a detecção e a repressão de condutas antissindicais em terras lusitanas do que em solo brasileiro, já que nosso país ainda não a ratificou em razão de privilegiar a unicidade sindical compulsória.

Parte-se, pois, da hipótese de que o sindicalismo português possui mais força negocial que o nosso e, portanto, falar em prevalência do negociado sobre o legislado faz mais sentido em Portugal do que no Brasil.

Importante salientar que, a partir da experiência portuguesa é possível verificar como o Brasil pode fortalecer seu movimento sindical e com isso melhorar as condições de vida e trabalho de seus cidadãos bem como incrementar a ideia da negociação coletiva prevalecer sobre a legislação laboral.

O tema ganha ainda mais relevância com o recente julgado elabora-do pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro que ao julgar o ARE 1.121.633 (Tema 1046) entendeu que *“são constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”*.¹

Se o Brasil não se esmerar em evitar as condutas antissindicais pode criar uma falange de sindicatos enfraquecidos, sem força negocial e que cedam às exigências das entidades patronais em detrimento de direitos conquistados ao longo dos anos.

Certo é que a tese fixada ressalva os direitos absolutamente indisponí-veis, mas sempre haverá a discussão do que é absolutamente indisponível e o que o sindicato poderia dispor ou renunciar em nome dos trabalhadores da categoria que representa.

Tomar como exemplo o que ocorre em Portugal pode nos auxiliar no fortalecimento de nosso sistema sindical e do sistema de negociação coletiva para que acordos e convenções coletivos não venham a aviltar os direitos dos trabalhadores brasileiros, especialmente após a fixação da Tese 1046 do STF.

Condutas antissindicais: conceito

Muito embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção 87 da OIT,

1 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427> Acesso em 15/11/2022.

que estabelece os parâmetros para a efetiva liberdade sindical aos Estados-Membros signatários, a Constituição de 1988, em seu artigo 8º, preconiza que é livre a associação profissional ou sindical, o que por si só já denota que atos antissindicais deveriam ser punidos exemplarmente em nosso país.

Entende-se por conduta antissindical a ação praticada pelo empregador, por terceiros e/ou pelo Estado com o intuito de prejudicar aqueles que participam de movimentos laborais coletivos ou paredistas, com o claro objetivo de esvaziar a atividade das associações de trabalhadores.²

Para Maurício Godinho, as práticas antissindicais consistem em manei- ras de desestimular a sindicalização e de desgastar a atuação dos sindicatos, num claro atentado contra o princípio da liberdade sindical.

A título de exemplo, pode-se mencionar a situação em que o trabalha- dor é coagido a não se filiar ao sindicato como condição para ser admitido ou mantido no emprego. Há, ainda, circunstâncias em que o próprio empregador direta, ou indiretamente, controla o sindicato dos trabalhadores, retirando- lhes o livre arbítrio. Insta aludir, também, que empresas trocam entre si infor- mações sobre quais são os trabalhadores mais atuantes no âmbito coletivo, a fim de excluí-los do mercado de trabalho.³

A Convenção 98 da OIT⁴, ratificada pelo Brasil em 1953, corrobora a ideia de que os trabalhadores devem usufruir de proteção adequada contra si- tuações ofensivas à liberdade sindical em matéria de emprego. Assim, nos ter- mos do referido convênio internacional, não se pode condicionar a concessão ou manutenção do emprego de um trabalhador ao fato de ele não se filiar a um sindicato ou como forma de obrigá-lo a deixar de fazer parte de um sindicato; tampouco permite-se dispensar um trabalhador ou prejudicá-lo em razão de sua filiação a um sindicato ou de sua participação em atividades sin- dicais. Proíbe-se, outrossim, a ingerência externa nas organizações sindicais.

Contexto sindical brasileiro

A opção do constituinte brasileiro em manter resquícios do corporati- vismo em matéria de direito coletivo do trabalho, construiu uma nítida con- tradição entre o *caput* do art. 8º de nossa Carta Magna e seus incisos, pois ao mesmo tempo que anuncia ser livre a criação sindical no Brasil, veda a exis- tência de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, fixando a unicidade sindical como regra constitucional.

2 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/ atos-antissindicais-manual-de-atuacao/@@ display-file/arquivo_pdf Acesso em 15/11/2022.

3 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. Ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1559.

4 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm Acesso em 16/11/2022.

Esta opção legislativa cria entraves ao pleno exercício da liberdade sindical, inibe a possibilidade de o Brasil vir a ratificar a Convenção 87 da OIT e gera terreno fértil para condutas antissindicais.

Com a declaração de inconstitucionalidade da Súmula 277 do C. TST⁵ e a Reforma Trabalhista imposta pela Lei 13.467/2017, a ultratividade de convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho passou a ser coibida em nosso país. Desse modo, findo o prazo legal de dois anos de vigência da norma coletiva, não há falar em sua continuidade por não ter havido negociação de instrumento coletivo subsequente.⁶

Tem-se, pois, o seguinte cenário: o acordo ou a convenção coletiva de trabalho se expira automaticamente. Os empregadores recusam-se a negociar. Não há convênio normativo novo. O antigo perde sua vigência. O Poder Judiciário não consegue exercer seu Poder Normativo por ausência do “comum acordo”. O resultado é que dificilmente os trabalhadores conseguirão melhores condições de labor além daquelas já fixadas em lei e, pior ainda, o § 2º, do art. 611, da CLT permite negociação coletiva *in pejus*, sem as devidas compensações, ao estabelecer que a inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

O que se nota, após o advento da Lei 13.467/2017, é o enfraquecimento das entidades sindicais e de sua força negociadora. A forma abrupta, e sem fase de transição, com que foi retirado o imposto sindical deixou vários sindicatos sem sua principal fonte de custeio. Ademais, o fato de as negociações coletivas beneficiarem indistintamente toda a categoria, mesmo aqueles que não são filiados aos sindicatos, desestimula novas adesões e faz com que as mensalidades não sejam suficientes para sustentar o sistema sindical, debilitando-o.

A Súmula 666 do Supremo Tribunal Federal reitera o entendimento de que a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição da República, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo. A Súmula 40, do STF, repete este entendimento. Desse modo, só os filiados pagam pelo resultado das negociações coletivas, mas todos os membros da categoria se beneficiam. O Precedente Normativo n. 119, do TST segue este mesmo en-

5 Supremo Tribunal Federal - Decisão: O Tribunal, por maioria, julgou procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, de modo a declarar a inconstitucionalidade da Súmula 277 do Tribunal Superior do Trabalho, na versão atribuída pela Resolução 185, de 27 de setembro de 2012, assim como a inconstitucionalidade de interpretações e de decisões judiciais que entendem que o art. 114, parágrafo segundo, da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, autoriza a aplicação do princípio da ultratividade de normas de acordos e de convenções coletivas, tudo nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski. Plenário, Sessão Virtual de 20.5.2022 a 27.5.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353486583&ext=.pdf> Acesso em 17/11/2022.

6 Art. 614, § 3º, da CLT - Não será permitido estipular duração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho superior a dois anos, sendo vedada a ultratividade.

tendimento. Senão vejamos:

Nº 119 CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITOS CONSTITUCIONAIS - (mantido) - DEJT divulgado em 25.08.2014

“A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoramento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados.”⁷

O arrefecimento da força coletiva dos trabalhadores, faz com que os empregados percam a voz em eventual diálogo social com governo e empregadores.

A concertação social, método de entendimento que envolve capital, trabalho e Estado, tão apreciado e utilizado na experiência estrangeira, especialmente na Europa, resulta ineficaz em solo pátrio, uma vez que o tripé não se sustenta se falta representatividade para um dos atores sociais: o trabalho.

Saliente-se, também, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 1.046, acerca da validade do negociado sobre o legislado, decidiu que são constitucionais as convenções e acordos coletivos que estipulam restrições ou total desconsideração aos direitos trabalhistas, mesmo que não haja contrapartida válida, desde que observados os direitos absolutamente indisponíveis.⁸ Ocorre que, com entidades sindicais fragilizadas a elasticidades da expressão “absolutamente indisponíveis” pode levar a normas coletivas leoninas e contrárias ao espírito combativo que se espera das negociações coletivas.

Respostas do poder judiciário brasileiro às condutas antissindicais 3º, da CLT:

O panorama supra descrito denota o enfraquecimento do movimento

7 TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119. Acesso em 17/11/2022.

8 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão: O Tribunal, por maioria, apreciando o tema 1.046 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Em seguida, por unanimidade, foi fixada a seguinte tese: “São constitucionais os acordos e as convenções coletivos que, ao considerarem a adequação setorial negociada, pactuam limitações ou afastamentos de direitos trabalhistas, independentemente da explicitação especificada de vantagens compensatórias, desde que respeitados os direitos absolutamente indisponíveis”. Ausentes, justificadamente, o Ministro Luiz Fux (Presidente), impedido neste julgamento, e o Ministro Ricardo Lewandowski. Presidiu o julgamento a Ministra Rosa Weber, Vice-Presidente. Plenário, 2.6.2022. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427> Acesso em 17/11/2022.

sindicalista no Brasil.

Ocorre que, o legislador, ao permitir negociações coletivas *in pejus* entre trabalhadores e empregadores, com sindicatos que não possuem poder de barganha ou que detêm pouco poder para discutir vantagens minimamente equivalentes, acaba por admitir como aceitável a existência de condutas antisindicais.

No âmbito do Superior Tribunal do Trabalho é possível encontrar jurisprudência que tenta coibir exemplarmente as condutas contrárias à liberdade sindical. Senão vejamos:

AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.467/2017. CONTRIBUIÇÃO PATRONAL EM BENEFÍCIO DO SINDICATO DA CATEGORIA PROFISSIONAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE SINDICAL. SÚMULA 333/TST. A autonomia negocial dos entes coletivos da categoria profissional e econômica não legítima a pactuação da obrigação de recolhimento de contribuição aos membros da categoria patronal em favor do sindicato obreiro, pois viola o princípio da liberdade sindical. O financiamento do sindicato dos trabalhadores pela entidade sindical da categoria econômica configura prática antissindical que fere o princípio da não ingerência. Julgados. Nesse contexto, não afastados os fundamentos da decisão agravada, nenhum reparo merece a decisão. Ademais, constatado o caráter manifestamente inadmissível do agravo, impõe-se a aplicação da multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015. Agravo não provido, com aplicação de multa. (TST - Ag: 1020939220175010551, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 16/03/2022, 5ª Turma, Data de Publicação: 18/03/2022).

Porém, nem todos os julgados refletem este mesmo espírito. No caso abaixo, a interpretação à Lei de Greve, efetivada pelo Tribunal Superior do Trabalho é feita no sentido literal (gramatical) e, mesmo com o movimento paredista ter sido feito de forma pacífica e seguido os trâmites legais, o TST não fez as nuances do caso concreto para considerar a paralisação como interrupção do pacto laboral e, com isso, determinar o pagamento dos dias parados. Vejamos:

I - AGRAVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GREVE. DESCONTO DE SALÁRIOS. CONDUTA ILÍCITA OU ANTISSINDICAL NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDEVIDA. Caso em que a Corte Regional reputou ilícita a conduta da Reclamada quanto aos descontos salariais referentes aos dias de paralisação grevista, deferindo o pagamento de indenização por danos morais. Compreendida como a suspensão temporária e pacífica da prestação de serviços, como forma de pressão para a melhoria das condições de trabalho, a greve acarreta a suspensão do contrato de trabalho, inexistindo obrigação patronal de pagamento

dos salários dos dias correspondentes (art. 7º da Lei 7.783/89). Constatado possível equívoco na decisão monocrática, quanto ao exame dos pressupostos intrínsecos de admissibilidade do recurso de revista quanto ao tema, impõe-se a reforma da decisão agravada. Agravo provido. II. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GREVE. DESCONTO DE SALÁRIOS. CONDUTA ILÍCITA OU ANTISSINDICAL NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDEVIDA. Demonstrada possível ofensa ao artigo 7º da Lei nº 7.783/89, impõe-se o provimento do agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. Agravo de instrumento provido. III. RECURSO DE REVISTA. REGIDO PELA LEI 13.015/2014. GREVE. DESCONTO DE SALÁRIOS. CONDUTA ILÍCITA OU ANTISSINDICAL NÃO CONFIGURADA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. INDEVIDA. Compreendida como a suspensão temporária e pacífica da prestação de serviços, como forma de pressão para melhoria das condições de trabalho, a greve acarreta a suspensão do contrato de trabalho, inexistindo, em princípio, obrigação patronal de pagamento dos salários dos dias correspondentes (art. 7º da Lei 7.783/89). As obrigações contratuais durante o período da paralisação podem ser ainda reguladas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça do Trabalho (art. 7º, parte final, da Lei 7.783/89), ressalvando-se o direito aos salários quando o movimento paredista for motivado por descumprimento de regras normativas ou legais pelo empregador, tal como nas hipóteses de não pagamento de salários ou de más condições de trabalho. Não se verifica, na situação dos autos, a ocorrência de nenhuma das hipóteses excepcionais admitidas pela lei e pela jurisprudência desta Corte, não se vislumbrando a prática de ato ilícito a ensejar reparação. Nesse contexto, o Tribunal regional, ao reputar ilícitos e antissindiciais os descontos salariais referentes aos dias de paralisação, condenando a Reclamada ao pagamento de indenização por danos morais, proferiu decisão dissonante da lei e da jurisprudência consolidada desta Corte Superior. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 102778420155150106, Relator: Douglas Alencar Rodrigues, Data de Julgamento: 03/08/2022, 5ª Turma, Data de Publicação: 05/08/2022).

Como se nota, o julgado reitera que o pagamento ou não dos dias parados podem ser ainda reguladas por acordo, convenção, laudo arbitral ou decisão da Justiça Laboral, exceto se o movimento grevista tivesse sido motivado por descumprimento de regras normativas ou legais pelo empregador, tal como nas hipóteses de não pagamento de salários ou de más condições de trabalho. Ocorre que, conforme já mencionado alhures, atualmente, nem todos os sindicatos têm força negocial para reverter a situação e convencer os empregadores a pagarem pelos dias parados.

O Supremo Tribunal Federal também tem seguido esta mesma tendência.

À guisa de exemplo, pode-se mencionar o tema 531⁹, por meio do qual a Corte Suprema Brasileira fixou tese de que o Poder Público deve (obrigação, e não mera faculdade) efetuar descontos nos vencimentos dos servidores públicos dos dias não trabalhados em virtude de greve.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o tema 531¹⁰, cria obstáculos ao exercício do direito de greve, ordenando que se deixe de pagar salários a quem estiver em greve.

O julgado remete a discussão quanto ao pagamento retroativo desses dias de paralisação à possibilidade de negociação coletiva, com indevida ingerência na ação sindical, uma vez que acaba por forçar o ente representativo dos trabalhadores em concluir, o quanto antes, sem aprofundada discussão, o processo negocial, dentre outras questões.

Contexto sindical português

A grande diferença entre o direito coletivo brasileiro e o português está no fato de Portugal ter ratificado a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho ainda no final da década de 1970, o que lhe dá uma sólida experiência no pleno exercício da liberdade sindical.

O art. 55.º, do Código do Trabalho, reconhece aos trabalhadores lusitanos ampla liberdade sindical para a constituição deste tipo de associações em todos os níveis. Possuem liberdade de inscrição, não podendo nenhum trabalhador ser obrigado a pagar quotizações para sindicato em que não esteja inscrito; existe - ainda - a liberdade de organização e regulamentação interna das associações sindicais; o direito de exercício de atividade sindical na empresa; o direito de tendência, nas formas que os respetivos estatutos determinarem.

Ainda, nos termos do Código do Trabalho, as associações sindicais regem-se pelos princípios da organização e da gestão democráticas, baseados na eleição periódica e por escrutínio secreto dos órgãos dirigentes, sem sujeição

9 MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A CONDUTA ANTISSINDICAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 693.456/RJ, in: Revista de Direito Brasileira, São Paulo-SP, v. 17, n. 7, p. 358 - 377, mai./ago. 2017.

10 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão: O Tribunal, apreciando o tema 531 da repercussão geral, por unanimidade, conheceu em parte do recurso, e, por maioria, na parte conhecida, deu-lhe provimento, vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski, que lhe negavam provimento. Em seguida, o Tribunal, por maioria, fixou tese nos seguintes termos: “A administração pública deve proceder ao desconto dos dias de paralisação decorrentes do exercício do direito de greve pelos servidores públicos, em virtude da suspensão do vínculo funcional que dela decorre, permitida a compensação em caso de acordo. O desconto será, contudo, incabível se ficar demonstrado que a greve foi provocada por conduta ilícita do Poder Público”, vencido o Ministro Edson Fachin. Não participaram da fixação da tese a Ministra Rosa Weber e o Ministro Marco Aurélio. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 27.10.2016. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamento Processo.asp? incidente=4255687& numeroProcesso= 693456&classe Processo=RE& numeroTema=531> Acesso em 20/11/2022.

a qualquer autorização ou homologação, e assentes na participação ativa dos trabalhadores em todos os aspectos da atividade sindical.

Descreve que as associações sindicais são independentes do patronato, do Estado, das confissões religiosas, dos partidos e outras associações políticas, devendo a lei estabelecer as garantias adequadas dessa independência, fundamento da unidade das classes trabalhadoras.

Frisa que as associações sindicais têm o direito de estabelecer relações ou filiar-se em organizações sindicais internacionais.

Os representantes eleitos dos trabalhadores gozam do direito à informação e consulta, bem como à proteção legal adequada contra quaisquer formas de constrangimento ou limitação do exercício legítimo das suas funções.

O artigo 57.º, por sua vez, garante o direito à greve e proíbe o lock-out.

O artigo 92.º regulamenta a atuação do Conselho Económico e Social como órgão de consulta e concertação no domínio das políticas económica e social.

Em Portugal, por dever constitucional, os sindicatos participam da vida política e económica do país.

O artigo 540.º, por seu turno, proíbe todo e qualquer tipo de coação, prejuízo ou discriminação do trabalhador por motivo de adesão ou não a movimentos paredistas.

Como se vê, o cenário do direito sindical português é muito mais propício ao diálogo social que o panorama brasileiro.

Resposta do legislador português às condutas antissindicais

A jurisprudência portuguesa sobre o tema tende a barrar atitudes que empeçam a participação dos trabalhadores em movimentos grevistas ou sindicais.

No exemplo abaixo, os magistrados lusitanos entenderam que os trabalhadores não poderiam perder o prêmio de assiduidade pelo fato de participarem de movimento paredista.

Avaliação da assiduidade em caso de greve como pressuposto da atribuição de um prêmio monetário.

1 JULHO, 2021

I. São nulos, nos termos do n.º 1 do artigo 540.º, do Código do Trabalho, os atos de que decorre coação, prejuízo, ou discriminação de trabalhador por motivo de adesão ou não a uma greve.

II. É suscetível de se enquadrar no número anterior a ponderação como faltas das ausências ao serviço motivadas por adesão a greve lícita, na avaliação da assiduidade, como pressuposto de um prêmio monetário instituído pelo empregador a favor dos trabalhadores. 29-01-2020 Proc. N.º 2065/16.4T8BRG.G1.S1 (Revista - 4.ª Secção)

Na fundamentação do julgado, os julgadores ressaltaram que computar o período de greve para não pagar o prêmio assiduidade *materializa em primeira linha uma discriminação dos trabalhadores aderentes a uma greve, face àqueles que a ela não aderiram, mas, para além disso, provoca-lhes também um efetivo prejuízo que corresponde à perda ou à redução do mencionado prêmio*. Essa situação, continuam os magistrados, *tem potencialidade para motivar os trabalhadores a não aderirem a greves, e por essa via, entra em colisão com o regime constitucional e legal do direito à greve*.¹²

A existência de ampla liberdade sindical e leis que tutelam o exercício desta liberdade reflete na jurisprudência favorável aos trabalhadores grevistas existente em Portugal.

Conclusões

No Brasil, com o advento da reforma trabalhista de 2017 e consequente redução da força dos sindicatos, esvaem-se as possibilidades de concertação social e reduzem-se a participação dos trabalhadores nos desígnios econômicos e políticos da nossa Nação. Sindicatos enfraquecidos, diálogos sociais e negociações coletivas reduzidas a umas poucas associações de trabalhadores que ainda preservam algum tipo de poder de persuasão.

Portugal ratificou a Convenção 87 da OIT.

Ao mesmo tempo que não tem contribuição compulsória, possui pluralidade sindical e um lugar garantido pela Constituição da República Portuguesa no protagonismo econômico e político do país. É o combo completo da liberdade sindical que traz força e protagonismo aos entes coletivos.

Entendo que a luta que os sindicatos brasileiros devem abraçar neste momento é o da ratificação da Convenção 87 da OIT e, enquanto isso, impor-se para evitar que as condutas antissindicais partam justamente dos órgãos que deveriam combatê-las.

Referências

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. Ed. São Paulo: LTr, 2019. p. 1559.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/atos-antissindicais-manual-de-atuacao/@@display-file/arquivo_pdf Acesso em 20/11/2022.

MUÇOUÇA, Renato de Almeida Oliveira. A CONDUTA ANTISSINDICAL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: REFLEXÕES ACERCA DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 693.456/RJ, in: Revista de Direito Brasileira, São Paulo-

11 Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/03/2020_ecli_2065.16.4t8brg.g1.s1.pdf Acesso em 20/11/2022.

12 Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/03/2020_ecli_2065.16.4t8brg.g1.s1.pdf Acesso em 20/11/2022.

SP, v. 17, n. 7, p. 358 - 377, mai./ago. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Disponível em: https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_235188/lang-pt/index.htm Acesso em 16/11/2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PORTUGUÊS. Disponível em: https://www.stj.pt/wp-content/uploads/2020/03/2020_ecli_2065.16.4t8brg.g1.s1.pdf. Acesso em 20/11/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427> Acesso em 15/11/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/atos-antissindicais-manual-de-atuacao/@@display-file/arquivo_pdf Acesso em 15/11/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15353486583&ext=.pdf> Acesso em 17/11/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5415427> Acesso em 17/11/2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4255687&numeroProcesso=693456&classeProcesso=RE&numeroTema=531> Acesso em 20/11/2022.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119. Acesso em 17/11/2022.

DIREITO FUNDAMENTAL À ASSOCIAÇÃO SINDICAL E AS LESÕES À LIBERDADE SINDICAL

Vauzedina Rodrigues Ferreira

Advogada graduada pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo; Pós-graduada em Direito do Trabalho e Previdência Social pela Universidade Gama Filho - RJ; Pós-graduada em Direitos Humanos pela IUS Gentium Conimbrigae - Coimbra, PT

Resumo:

O objeto da pesquisa é ponderar sobre a liberdade sindical, enquanto direito fundamental de associar-se ao sindicato e através dele manifestar-se e perseguir os benefícios que podem afastar as vicissitudes percebidas em cada categoria profissional e, nesta linha, perquirir como as condutas antissindicalistas têm o condão de ferir esse direito fundamental. A justificativa para essa investigação e relevância do tema está relacionada às mudanças legislativas ocorridas no Brasil, sobretudo com a reforma trabalhista, que trouxeram claro enfraquecimento do sindicato, enquanto associação representativa dos interesses dos trabalhadores, de forma que seu enfraquecimento estimula a ocorrência das condutas antissindicais, o que impacta diretamente na garantia de preservação da dignidade da pessoa humana. A metodologia percorrerá o caminho da investigação em sítios eletrônicos doutrinários e artigos científicos. A hipótese inicial tem o condão de demonstrar os impactos do enfraquecimento sindical no estímulo às práticas de condutas antissindicais, apresentando o resultado da pesquisa e as soluções para a problemática proposta. A discussão da questão proposta ficará fundamentada no princípio da liberdade sindical estabelecida no artigo 8º da Carta Magna, no reconhecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho, conforme estabelecido no artigo 7º de nossa Lei Maior, modificando o entendimento atual do Judiciário Brasileiro no sentido de que somente podem ser cobradas contribuições dos sócios, para que, recuperando sua sustentabilidade, os sindicatos voltem a ter força frente ao Capital, de forma a garantir aos trabalhadores a soberana liberdade de associação, conseqüentemente, garantia de direitos trabalhistas e, sobretudo, de seus direitos humanos.

Palavras-chave: Liberdade sindical; Enfraquecimento sindical; Direito fundamental à Associação sindical; Conduta antissindical; Dignidade da pessoa humana

Introdução

O Sindicato surgiu da união dos trabalhadores, como contraponto ao poderio do Capital, sofrendo ao longo de sua história condutas antissindicalistas que tolhem sua liberdade de atuação, e que também promovem o distanciamento dos trabalhadores de seu órgão de classe.

No Brasil, a recente lei denominada “reforma trabalhista” tirou a sustentabilidade dos sindicatos, onerou os filiados, enfraqueceu o movimento sindical, o que traz impacto na melhoria das condições de trabalho, impactando, por via reflexa, na dignidade da pessoa humana.

História do surgimento do sindicato

Desde os primórdios da civilização o homem, assim como outras espécies, é essencialmente agregador, unindo-se, inicialmente para garantir a sobrevivência, para enfrentar os animais e os eventos da natureza.

Com essa segurança mínima, foram surgindo outros motivos e necessidades para formar novos focos de união, e assim foi também com o trabalho, especialmente quando o homem tomou consciência da divisão de castas, e estando do lado mais fraco, haveria a necessidade juntar-se para ganhar força e algum resquício de igualdade.

Assim, o homem se uniu, inicialmente para dar apoio uns aos outros, com o fim de enfrentar as consequências maléficas das péssimas condições de trabalho, diante de acidentes de trabalho, por exemplo, quando o trabalhador era simplesmente descartado, sem qualquer direito.

De fato, as condições de trabalho eram precárias, homens, mulheres e crianças tinham uma jornada de trabalho excessiva, em média 16 horas diárias, com baixos salários e exposição a agentes insalubres, castigos físicos e vigilância excessiva, em situação de absoluta insegurança.

Sem apoio do Estado ou dos empregadores, a união dos trabalhadores tinha caráter meramente de assistência mútua, com intuito de amparo aos acidentados, à família dos mortos, ou àqueles que tinham reduzida sua capacidade laborativa, portanto, neste primeiro momento, sem intuito reivindicatório.

Com a primeira revolução industrial veio a chamada “questão social”, onde conscientes das condições degradantes de trabalho, uniram-se os trabalhadores e reagiram, primeiro para situações pontuais e depois em organizações mais duradouras e com objetivos certos. (Arouca, 2006).

Os trabalhadores viram no espírito associativo a oportunidade para ir em busca dos objetivos comuns e interesses da classe, sendo esta a essência do sindicato.

As manifestações individuais eram duramente reprimidas, com demissões, e até com a intervenção policial, uma vez que os patrões, detentores de poder, tinham influência política e na administração pública. Mas unidos, os trabalhadores viram a força necessária a dar contraponto a esse poderio, considerando que detinham a força produtiva que impulsionava a indústria e,

negá-la de forma coletiva, atrapalhando a atividade empresarial e a obtenção de lucro. era a forma de ver suas reivindicações atendidas.

Temos, pois, que o movimento sindical surgiu de forma espontânea, mas sempre cercado de dura repressão, recebendo aceitação progressiva, indo da punição à legalização, da forma que, “primeiro a associação de classe foi proibida e punida fortemente, depois tolerada, e só bem mais tarde admitida e legalizada”. (AROUCA, 2006, p. 14)

Mas diante da resistência dos trabalhadores pouco a pouco os governantes foram cedendo. Na Inglaterra, em 1871, *O Trade Union Act* reconheceu as associações profissionais, o que se deu na França em 1844, com a Lei *Waldeck Rousseau*. Em 1895 foi fundada a *Confédération Generale du Travail*. Na Alemanha, em 1875, conquistou-se a ampla liberdade de associação, mas graças a *Bismarck*, três anos depois ficou proibida às associações qualquer atividade. (Arouca, 2006, p. 16)

O México foi o primeiro país a inserir em sua Constituição, em 1916, direitos trabalhistas, cujo o artigo 123 regulou o direito de associação, de greve e conflitos econômicos¹.

A Constituição Alemã, de Weimar, em 1919, trouxe no artigo 159 a liberdade de coalizão para defesa e melhoria das condições de trabalho, bem como idealizou a internacionalização do Direito do Trabalho (Nascimento, 2011, p. 402)

Em 1919, após a primeira grande guerra, veio o Tratado de Versalhes, sendo criada a Organização Internacional do Trabalho - OIT.

Mas, segundo (AROUCA, 2006, p. 17) “Mas fora de qualquer dúvida, deveu-se ao “Manifesto Comunista” de *Karl Marx* e *F. Engels*, em 1848, o sindicalismo revolucionário e ideologizado”.

O fato é que, ante a controversa relação entre o capital e o trabalho, surgiu o sindicato e junto com ele, surgiu também a luta pela liberdade sindical e a liberdade de associação.

Reconhecimento da liberdade sindical x condutas antissindicais

Em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconheceu a importância do sindicato na concretização dos direitos humanos, estabelecendo que todo homem tem direito a liberdade de reunião e de associação pacífica, e ainda que, ninguém poderá ser obrigado a fazer parte de uma associação, garantindo também que todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para proteção de seus interesses.

Embora tenha havido um reconhecimento de tamanha magnitude, o sindicato vem sofrendo ao longo do tempo, constantes ataques e controle do Estado, com diversas condutas antissindicais, seja de origem dos empregado-

¹ Informação retirada do livro “Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho” de Amauri Mascaro Nascimento, p 401, 26 ed.

res, do Estado enquanto legislador, e também do Estado Judiciário tolhendo a atuação sindical, e também a liberdade de associação, enfraquecendo a organização, favorecendo a desigualdade social, e atingindo, por via reflexa a dignidade da pessoa humana.

No Brasil, em que pese a ideia de liberdade sindical expressa no papel, como a exemplo do Decreto 1.637/1907², as organizações sindicais sofreram todo tipo de repressão, desde intervenção policial, prisão, cassação e exílio de seus dirigentes, assim como intervenção direta do Poder Público que nomeava pessoas de sua confiança para dirigir o Sindicato.

A Constituição Federal de 1946 estabeleceu a liberdade sindical, mas deixou claro que o sindicato exerceria função delegada pelo Poder Público, reconhecendo-o apenas como um braço do Estado.

Veio a Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, primando pela dignidade da pessoa humana, trazendo no artigo 8³ a promessa de liberdade sindical.

O Sindicato tinha rígido controle do Estado, e segundo Almir Pazzianotto Pinto (2020), a liberdade ainda não é plena, e continua em desacordo com o Estado Democrático de Direito, pois deveria seguir o modelo instituído pela Convenção 87 da OIT⁴, que entrou em tramitação no congresso em 1949, mas nunca foi ratificada.

O controle Estatal sempre foi constante, mas podemos destacar o período do regime militar, sempre ameaçados de intervenção, o sindicato ficou calado, em posição de defesa, numa atuação tímida.

Da mesma forma os integrantes da categoria preferiam distanciar-se de seu órgão de classe, com medo de represálias dos empregadores, que em franca conduta antissindical, em patente violação a Convenção 98 da OIT, chegavam a interpelar se o candidato a emprego se era filiado ou pretendia associar-se ao sindicato, estabelecendo uma cultura de distanciamento e desestímulo de proximidade entre representante e representado.

Mesmo as famosas manifestações grevistas do sindicato dos metalúrgos do ABC, em 1979, resultavam em demissões, em conduta antissindical de desestímulo da proximidade, ferindo a liberdade de filiação, no sentido positivo, na liberdade de associar-se, de unir-se à sua entidade de classe.

Reforma trabalhista, liberdade de associação e a sustentabilidade sindical

Com a onda de flexibilização dos direitos trabalhistas e sob o fundamento de modernização da CLT, e também sob o argumento de favorecer

2 O Decreto 1637/1907, foi sancionado em 06 de janeiro de 1907, pelo Presidente Afonso Augusto Moreira Pena

3 O artigo 8º da Constituição Federal determina que "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:". (Brasil, 1988)

4 É uma das Convenções mais importantes da Organização Internacional do Trabalho, alude sobre a Liberdade Sindical.

o desenvolvimento do País, veio compor o ordenamento jurídico a chamada “reforma trabalhista”, lei 13467/2017⁵.

Considerada verdadeiro retrocesso dos direitos sociais por alguns autores, a reforma flexibilizou diversos direitos conquistados durante décadas, impactando frontalmente na sustentabilidade do sindicato ao eliminar, repentinamente, a contribuição sindical, e sem dar alternativas de fontes de custeio.

Necessário aqui, dar um passo atrás, para falar da proibição de cobrança das contribuições instituídas em assembleia de trabalhadores, como a contribuição assistencial, a contribuição negocial, a contribuição de fortalecimento sindical e outras nomenclaturas similares, inseridas especialmente nas convenções coletivas de trabalho, ancoradas na autorização prevista no artigo 8º da Carta Magna, em seu inciso IV, que estabeleceu ser atribuição da assembleia geral (Brasil, 1988), a fixação de contribuição a ser descontada em folha para custeio do sindicato, independente da contribuição prevista em lei.

Divulgado em 2014, o Precedente nº 119 do Tribunal Superior do Trabalho⁶, admitiu o desconto das contribuições, desde que fosse garantido o direito de oposição aos trabalhadores não sindicalizados que não desejassem contribuir com o sustento sindical, sob o manto de ferir a liberdade de associação.

Em 2015, veio a Súmula vinculante 40⁷ do Supremo Tribunal Federal, estabelecendo que a contribuição confederativa só é exigível dos filiados aos respectivos sindicatos.

O fato é que, já destituído de outras fontes de custeio, com a reforma trabalhista, o sindicato ficou sem sustentabilidade, dependendo apenas dos sócios, com a sua volatilidade natural, especialmente em época de desemprego, onde os integrantes da categoria dela se desligam, e ainda mais sacrificando os filiados, considerando que somente a ele seria imputada a responsabilidade de contribuir de outras formas para o sustento da sua entidade sindical, além da mensalidade associativa.

E neste particular podemos detectar conduta antissindical quanto a liberdade sindical, promovida pelo Estado - judiciário, ao estabelecer toda a carga de sustentação financeira do sindicato apenas aos filiados, pois desestimula a associação, ferindo pois a liberdade sindical positiva.

Formas de garantir a sobrevivência e a liberdade sindical

É inegável a importância do sindicato como instrumento da realização

5 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.

6 A redação deste precedente se originou na Sessão de Dissídios Coletivos de 02.06.1998 - Em homologação de Recurso Especial nº82/1998, DJ 20.08.1998, tendo sido mantido e divulgado pelo Diário de Justiça em 25.08.2014, prevalecendo em vigor até os dias atuais.

7 Esta súmula foi aprovada em Sessão Plenária de 11.03.2015, publicada no Dje em 20.03.2015, p. 1.

da justiça social, com o fim maior de promover a dignidade da pessoa humana, já que intimamente ligada ao trabalho.

Se fizermos uma intersecção entre a dignidade da pessoa humana, chegaremos ao trabalho como instrumento da satisfação das necessidades humanas, não apenas do ponto de vista material, mas do ponto de vista imaterial, pois o trabalho é fonte de inserção do indivíduo na sociedade, fonte de dignidade pessoal e social.

Considerando a importância do trabalho para a consecução e satisfação das básicas necessidades humanas, teremos por consequência a importância dos sindicatos, enquanto órgão de representação dos trabalhadores, tendo importante papel social, ao promover a melhoria nas condições de trabalho.

Assim, na luta entre o capital e o trabalho, o sindicato vira alvo de condutas antissindicalistas, com o intuito de diminuir-lhe o valor, desmoralizar sua atuação frente aos seus representados, e enfraquece-lo nas negociações coletivas.

Como vimos, a história sindical está permeada de condutas antissindicalistas, na repressão fática e legislativa, que tolhe a liberdade, quando se vê a legislação tirar a sustentabilidade dos sindicatos, enfraquecendo sua atuação, e até por desviar sua atenção para a própria sobrevivência, quando sua atuação precípua é a defesa da categoria.

Diante da importância da sobrevivência dos sindicatos há diversos estudos tendentes a resolver a problemática da sustentabilidade, em contraponto com a liberdade de associar-se.

Temos a tese do princípio da contrapartida, que sustenta não ser um ataque a liberdade sindical o desconto de contribuições a todos os integrantes da categoria, uma vez que recebem as benesses e melhoria das condições de trabalho por consequência da negociação coletiva.

A contrapartida tem amparo no princípio da isonomia, pois se os acordos e convenções coletivas de trabalho são aplicáveis a todos os integrantes da categoria, não há isonomia em somente os associados suportem a sustentabilidade sindical.

A Nota técnica nº. 01⁸ do Ministério Público do Trabalho, faz uma crítica à imposição legislativa do sustento do sindicato pelo Poder Público, mencionando verbetes do Comitê de Liberdade Sindical da OIT, que estabelece ser atribuição do estatuto e das negociações coletivas a criação de contribuições, dentro dos limites da razoabilidade, com controle de abusos, de acordo com a lei.

Segundo a nota técnica não fere a liberdade sindical, o custeio por toda a categoria que se beneficia das melhorias trazidas pela atuação do sindicato, não pode absorver apenas os benefícios e descartar as obrigações. (MPT, 2018)

O Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Tra-

8 A nota técnica nº1 de 27 de Abril de 2018, versa sobre a Liberdade sindical.

balho - OIT também admite a dedução de quotas sindicais dos não associados.

Outro argumento é que, a reforma trabalhista trouxe a prevalência do negociado x legislado, trazendo a possibilidade de redução de direitos através da negociação coletiva, e não é dado ao integrante da categoria desvincular-se dessa norma ofensiva, não sendo considerado violação a liberdade de associação, assim, com muito menos razão, poderia ser considerada ofensa a liberdade de associação o custeio da entidade sindical.

E ainda temos a questão do reconhecimento das convenções e acordo coletivos previstos no artigo 7º da Constituição Federal, que ampara o reconhecimento da prevalência do negociado sobre o legislado, e se tem a negociação coletiva força impositiva sobre todos os integrantes da categoria, inclusive para reduzir direitos, há que se reconhecer a negociação coletiva instrumentos hábeis a trazer a cotização de toda a categoria, afastando a força impositiva para algumas cláusulas e outras não.

Entende-se que negar eficácia as contribuições previstas em acordos e convenções coletivas de trabalho é afronta ao reconhecimento estabelecido no inciso XXVI do artigo 7º da Constituição Federal, por violação a autonomia da vontade coletiva.

E nesse aspecto, também nos traz a aplicação do artigo 8º da Constituição Federal, ao estabelecer que a assembleia geral fixará a contribuição a ser descontada em folha de pagamento para custeio da representação sindical.

A Nota Técnica n, 01 de 2018 do Ministério Público do Trabalho (MPT, 2018, p. 2), esclarece que o artigo 578 da CLT que exige autorização prévia do desconto, não se identifica a expressão “ individual” cabendo a interpretação de que a autorização prévia pode ser dada em assembleia de trabalhadores, valendo a autorização coletiva.

E, ainda, estando o artigo 8º da Constituição Federal inserido no rol de direitos e garantias fundamentais do cidadão, o direito sindical estaria protegido pelo manto do princípio da proibição do retrocesso social.

De acordo com Maria Wanessa Bandeira de Melo (2022, p.172), toda mudança legislativa deve levar em consideração princípios constitucionais e internacionais para evitar inconstitucionalidades sustentando que os direitos do trabalho é o primeiro dos direitos sociais a emergir, merecendo a proteção do Estado com ênfase na dignidade da pessoa Humana.

Nesta esteira é dever do Estado observar os princípios da progressividade dos direitos humanos e dos direitos sociais em harmonia com normas internacionais, como as normas da OIT, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto de São José da Costa Rica, Protocolo de São Salvador, abstendo-se de normas que tragam retrocessos a direitos conquistados ao longo de décadas, inclusive no tocante ao enfraquecimento do sindicato, já que este é instrumento importante na promoção da dignidade da pessoa humana.

O fato é que a reforma trabalhista, ao tirar a sustentabilidade dos sin-

dicatos, cometeu conduta antissindical, e também os integrantes da categoria sofrem condutas antissindiciais, ao serem estimulados por seus empregadores e pelo Estado a não se associarem ao sindicato, ao se rebelarem contra a participação da sustentabilidade, o que é um ataque a sua liberdade de filiar-se, e por via reflexa, um assinte a dignidade da pessoa humana, considerando a magnitude da atuação dos sindicatos na melhoria dos condições de trabalho.

Conclusão

Em que pese o fato do direito acompanhar, necessariamente, a evolução da sociedade, faz-se necessário manter os mecanismos de proteção aos trabalhadores, coibindo condutas antissindiciais, sejam elas emanadas do Estado ou dos empregadores, garantindo-se ao sindicato a sustentabilidade necessária a exercer sua função social, sendo este um aspecto da liberdade sindical, estendendo o ônus dessa sustentabilidade a todos os integrantes da categoria, sem que isso seja considerado malferimento a liberdade de filiação, lado outro, cessando as condutas antissindiciais que promovem o distanciamento da categoria ao seu sindicato, sendo este outro aspecto de malferir a liberdade de associação, o sindicato estará fortalecido e apto a exercer sua função social na melhoria das condições de trabalho, e com ela, promover a dignidade da pessoa humana.

Referências

BARROS, Alice Monteiro. **Condutas anti-sindiciais: procedimento**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 29, n. 59, p. 29-44.

BRASIL, Ministério Público do Trabalho. **Nota Técnica n.1º, de 27 de Abril de 2018**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/dl/mpt-afirma-reforma-trabalhista-nao.pdf>>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº40**. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumulaVinculante>>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

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

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.

BRASIL. **Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)

BRASIL. **Precedente normativo nº119 do TST**. Disponível em <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/PN_com_indice/PN_completo.html#Tema_PN119>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito Fundamental ao trabalho digno**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei nº 13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

ERMITA URIARTE, Oscar. **A proteção contra os atos anti-sindicais.** São Paulo: LTr. 1989.

FELICIANO, Guilherme Guimarães; AQUINO, Gabriela Marcassa Thomaz de. **Revolução 4.0: desafios e estratégias para garantia da liberdade sindical e da proteção dos trabalhadores.** Revista de direito do trabalho e seguridade social, São Paulo, v. 48, n. 222, p. 385-416, mar./abr. 2022.

Gomes, M. S; Rosa e Silva, T. M. **Análise do direito à liberdade sindical face à reforma trabalhista.** Revista Vertentes Do Direito, 8(1), 31-55. Disponível em <<https://doi.org/10.20873/uft.2359-0106.2021.v8n1.p31-55>>. Acesso em 17 de setembro de 2022.

JUBILUT, Leonardo Collesi. et. al. **A relação sindical após a reforma trabalhista: da teoria à prática.** Revista de Direito do Trabalho | vol. 222/2022 | p. 155 - 174 | Mar - Abr / 2022

MELO, Maria Wanessa Bandeira de Albuquerque. **O princípio da proibição do retrocesso social como limite à desregulamentação e flexibilização dos direitos fundamentais sociais do trabalho.** Revista de Direito. vol. 131/2022 | p. 171 - 187. vol. 131. p. 171-187. São Paulo: Ed. RT, maio/jun. 2022. Disponível em <<http://revistadostribunais.com.br/maf/app/document?stid=st=-rql&marg-DTR-2022-9465>>. Acesso em 17 de setembro de 2022.

MORAES. Rafaela Sedassari. **As fases e conquistas do sindicalismo brasileiro.** Disponível em: <<http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/resumos/4.pdf>>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho.** 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

NETO, Alberto Emiliano. et. al. **Atos Antissindicais - Manual de Atuação.** Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/manuais/atos-antissindicais-manual-de-atuacao/@@display-file/arquivo_pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2022.

NETO, Antônio. **Custeio das entidades sindicais.** Disponível em <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/artigos/89979-custeio-das-entidades-sindicais-novos-tempos>>. Acesso em 20 de setembro de 2022.

NETO, Xisto Tiago Medeiros. **Os Direitos sociais e a sua concepção como cláusula pétrea constitucional.** Revista do Ministério Público do Trabalho. v. 14, n. 27, p. 79-87, 2004, São Paulo, Ltr.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n87.** Disponível em <<http://s3-sa-east-1.amazonaws.com/wordpress-direta/sites/1748/wp-content/uploads/2020/09/25144237/61-Conven%C3%A7%C3%A3o-87-OIT-A-Confer%C3%A2ncia-Geral-da-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho.pdf>>. Acesso em 21 de setembro de 2022.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenção n98.** Disponível em:

<https://www.trt2.jus.br/geral/tribunal2/LEGIS/CLT/OIT/OIT_098.html>. Acesso em 21 de setembro de 2022.

PEREIRA, Ricardo José, M. B. **As perspectivas da relação de trabalho no Brasil: As reformas sindical e trabalhista**, Brasília: Escola Superior do Ministério Público da União, 2006.

PINTO, Almir Pazzianotto. **Sindicalismo no Brasil, Breve História - Convenção 87 da OIT**. Disponível em > <https://revistas.pucsp.br/index.php/cordis/article/view/51586/33673>>. Acesso em 19 de setembro de 2022.

REIS, Daniela Muradas; RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier. **A reforma trabalhista e o agravamento da crise do direito sindical brasileiro**. Revista dos Tribunais | vol. 985/2017 | p. 89 - 103 | Nov / 2017.

SCORSAFAVA, Álysson Feitosa Torquato. **Desafios do sindicalismo: deveres, vedações e custeio dos sindicatos pós-reforma trabalhistas**. Boletim científico ESMPU, Brasília, a. 18, n. 53, p. 167-203. Jun. 2019.

TELETRABALHO E SEUS MECANISMOS ANTIINDUSTRIAIS NO DIREITO BRASILEIRO: ANÁLISE SOB OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA. RISCOS E PERSPECTIVAS

Erazê Sutti

Advogado. Pesquisador na FD.USP pelo Núcleo de Trabalho Além do Direito do Trabalho da e no Grupo de Pesquisa e Trabalho e Capital. Docente da Escola da Associação Brasileira dos Advogados Trabalhistas. Presidente da Comissão da Advocacia Assalariada da OAB/SP. Pela USP, é graduado e pós-graduado em Especialização em Direito do Trabalho

Resumo:

O teletrabalho foi viabilizado pelos avanços tecnológicos e intensificado pelas necessidades extraordinárias diante da pandemia. Por sua vez, o Capital se utiliza dessa nova ferramenta produtiva para fragmentar e individualizar as relações de emprego, permitindo maior exploração da mão de obra e dificultando a organização e a mobilização coletivas, fonte de resistência e de conquista de direitos pelos trabalhadores. O desafio da sociedade e do Estado, enquanto Democrático de Direito, é zelar pelos patamares civilizatórios mínimos conquistados pela classe trabalhadora organizada durante décadas e décadas de lutas, além de tentar superar essas novas formas de precarização do emprego, via tecnologia e pelo lucro, utilizando-se da sobrejornada expropriada e da desregulamentação dos direitos sociais.

Palavras-chave: Teletrabalho; Direito coletivo; Sindicato; Direito do trabalho.

Introdução

O presente trabalho almeja traçar uma correlação histórica entre a forma inicial de exploração individual do capital na desregulada relação fabril, no mais de um século seguinte à revolução industrial, seguindo-se pelas então inovadoras fórmulas de desfragmentação das relações de emprego pelo Toyotismo, e, diante dos avanços tecnológicos, analisar as alterações e as mudanças pelo teletrabalho no recorde de sua aplicabilidade cada vez maior, principal-

mente por permitir maior individualismo na relação de emprego. Visa também apresentar as dificuldades e os riscos para permitir análise sobre perspectivas e necessidades. Por fim e em conclusão, objetiva apresentar propostas de enfoque constitucional e convencional, somados com adequações normativas, para enfrentar os problemas atuais e os riscos, bem como para potencializar a atuação sindical em cenário de liberdade sindical.

Isso porque o Capital, incansavelmente, atua para o retorno da individualização das relações de emprego desde as lutas sociais que culminaram com o surgimento do direito do trabalho, um pouco mais de 1 século atrás, exatamente como reação ao liberalismo na fundamentação da desregulada exploração da mão-de-obra na relação capital-trabalho. Já na década de 70, o Toyotismo já representou uma reação do capital à organização sindical, propondo a segmentação da linha de produção e sua terceirização, dificultando, conseqüentemente, a consciência de classe e sua mobilização.

Nesse quadro, diante das novas ferramentas tecnológicas para o teletrabalho, viabilizando sua maior aplicabilidade nas relações de emprego, bem como por sua potencialização diante do necessário distanciamento social e das travas produtivas impostas pela pandemia de Covid-19 iniciada em 2020, até mesmo possibilitando normas excepcionais pela urgência e extraordinariedade. Somado a isso, desde a acentuação da precarização dos direitos sindicais pela reforma trabalhista de 2017 e pelas normas posteriores, ainda mais com a ausência histórica de efetiva liberdade sindical no direito nacional faz quase um século, o Capital passa, atualmente, a ter acessíveis, pelo desregramento em desproteção social no direito brasileiro, ferramentas de exploração para tornar as relações de emprego acentuadamente individuais, isoladas e fungíveis, à margem das normas sociais e blindada contra razoável identidade coletiva, contra majoração de consciência de classe e contra maior mobilização sindical; tais alterações legislativas ainda servem para segmentar a relação de emprego para discriminações, opressões e fragilidades em sentido contrário à razão de existir e a evolução do direito social do trabalho, nascido das lutas sociais, concretizando-se suas primeiras leis genéricas desde final do século XIX.

Desse modo, através do teletrabalho desvinculado de direitos coletivos protetivos, como os colegas de trabalho poderiam ter acesso entre si, inclusive para trocar experiências e possibilitar eventual mobilização? Como a entidade sindical poderia ter acesso a tais empregados em teletrabalho sem um mandamento legal para tanto? Como a entidade sindical ou um núcleo de trabalhadores mobilizados poderiam ter acesso e dar suporte a empregados lesados em teletrabalho, eventualmente vítimas de assédio moral individual e/ou coletivo? Como viabilizar a greve e como se evitar a demissão e/ou substituição de grevistas? Como permitir alguma evolução social na relação capital/trabalho? Como zelar pelos Direitos Humanos Fundamentais Sociais diante da fragmentação da relação coletiva e marginalização da sindicalização?

Neste artigo, com base na análise histórica, em levantamentos docu-

mentais e nos fundamentos do direito social do trabalho, tais questões serão enfrentadas.

Teletrabalho

Teletrabalho, na estrita concepção legal¹, enquanto “*prestação de serviços fora das dependências do empregador, de maneira preponderante ou não, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação, que, por sua natureza, não configure trabalho externo*”, tem sua viabilidade cada vez mais potencializada com o avanço da tecnologia nas relações de trabalho e emprego.

Contudo, as facilidades dessa infundável capacidade de criação de ferramentas para o trabalho remoto, não representam apenas benefícios aos trabalhadores que, especificamente, conseguem trabalhar bem instalados em suas casas ou em locais externos e descentralizados da empresa.

Além das dificuldades para a manutenção de um mínimo de condições decentes de trabalho para a grande maioria da classe trabalhadora em teletrabalho, sem as mínimas condições ergonômicas, de saúde, higiene e segurança no trabalho, e em prejuízo a uma privacidade basilar para exercício dessa atividade em sua casa ou em outro local adequado, certamente, as capacidades de mobilização coletiva e da identidade de classe, de categoria e de vínculo social do trabalho, passam a sofrer de forma violenta com a potencialidade de segmentação e de isolamento tecnológico planejado.

Nos termos bem abordados por Carla Denise Theodoro², o

teletrabalho afasta os(as) trabalhadores(as) do convívio social, da troca de experiências da vida, desestrutura a capacidade de luta por melhores condições de trabalho, quebra a ambição individual por ascensão profissional, não permite visibilizar as diferenças de tratamento entre homens e mulheres.

Nesse sentido, a legislação é convenientemente omissa sobre teletrabalho na parte basilar que deveria regular, como relata Gisela da Silva Freire ainda sobre os dispositivos inseridos pela chamada reforma trabalhista³:

o legislador foi bastante sucinto e silenciou sobre questões importantes que impactam a segurança ocupacional e a saúde do teletrabalhador, legando às negociações coletivas um tema imprescindível para compor as respectivas pautas, a exemplo do que já ocorre em diversos países do mundo, como nos países da Comunidade Europeia.

- 1 CLT, artigo 75-B, *caput*, pela redação dada pela Lei 14.442/22 - http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14442.htm (acessado em 01/10/22);
- 2 THEODORO, Carla Denise em seu artigo “” - p. 726/734 - 1ª ed. 2021 - obra coordenada por SOUTO MAIOR, Jorge Luiz Souto Maior, e SEFERIAN, Gustavo, “Direito do trabalho e crise sanitária da covid-19: leituras críticas desde o GPTC-USP”; Editora Lacier - Ed. 2021
- 3 FREIRE, Gisela, no artigo “*Universo Sindical e Teletrabalho*” no livro “A Evolução do Teletrabalho - Tomo I: aspectos jurídicos” - p. 57/64 - obra coordenada por ZAVANELLA, Fabiano, e PINTO, Luis Otávio Camargo Pinto; Editora Lacier, 1ª ed. 2021

Mas, além de omissa, a legislação vigente, conforme análise de Guilherme Guimarães Feliciano e Olívia Pasqualetto, também é miseravelmente permissiva à precarização na parte que regula, cuja

decisão de controvérsias no caso concreto, ante a vedação do *non liquet*”, deve ocorrer “com base no arcabouço constitucional dos direitos sociais fundamentais (CRFB, artigos 7º a 11), nas normas-princípios de regência especial do Direito do Trabalho (CLT, art. 8º, caput) e, onde couber, nas convenções e acordos coletivos de trabalho que regulam setorialmente a matéria, como frutos concretos do diálogo social. Quanto a isto, em particular, interessa recuperar a função histórica da negociação coletiva, já reconhecida pela OIT - inclusive em relação à própria Lei no 13.467/2017 (OIT, 2018) -, que é a de otimizar as condições de trabalho e promover o direito fundamental à saúde do trabalhador (inclusive no teletrabalho)”⁴.

E essa forma desse Estado subserviente ao Poder Econômico regular aquilo que interessa a este e desregular aquilo que não lhe interessa, sempre em prejuízo dos direitos sociais laborais das pessoas que necessitam viver do próprio trabalho, é uma estratégia de superexploração pelo lucro.

Cenário hipoteticamente oposto e idealizado num patamar civilizatório seria aquele em que os empregados e as empregadas, conscientes de seus direitos e prejuízos, organizados livre e coletivamente em sua entidade sindical representativa, exigissem, sob pena de greve geral, regras mínimas para o exercício sustentável de suas atividades laborais em teletrabalho, regras mínimas para disciplinar Saúde Segurança do Trabalho, formas de controle e limites de jornada de trabalho, direito à desconexão e à privacidade, acesso aos dados de empregados em teletrabalho para relação entre si e transparência, custeio de equipamentos/mobiliário, transição, dentre muitas outras pautas pelo trabalho decente e pela dignidade no emprego.

E por que esse quadro não é palpável na vida prática brasileira? Para responder essa questão, faz-se necessária abordar a natureza da relação de emprego, o papel do direito social do trabalho e a forma coletiva com que ele surge no ordenamento jurídico, através das mobilizações em torno das entidades sindicais.

De outro lado, nesse mesmo cenário, há o contraponto do Poder Econômico Dominante, detentor também do poder estatal, que, frequentemente, legisla e julga, de forma ideológica, para marginalizar esse oxigênio do direito social do trabalho: as lutas sindicais. E, assim, as greves e as entidades sindicais são marginalizadas e reprimidas, como bem demonstra a história nua e crua.

Em consonância com isso e para manutenção do *status quo ante*, o nosso

4 FELICIANO, Guilherme Guimarães, e PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo, no artigo “Teletrabalho, saúde e segurança do trabalho e regulamentação estatal: pandemia, aprendizados e perspectivas futuras”, acessível no site <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/70553> (01/10/22)

sistema sindical possui, desde a década de 30, bases legislativas para seu desvirtuamento, contra sua liberdade, sua sustentabilidade e plena legitimidade nos moldes internacionais apontados pela OIT. Daí surgiram a unicidade, o sindicato oficial e o custeio cogente. Também decorre dessas estratégias as ações estatais (e da grande mídia capitalista) para criminalizar parte do movimento sindical, reprimir a greve e segmentar a classe trabalhadora.

E, ao se considerar a atual e concreta situação do sindicalismo no país, percebe-se que o quadro ainda se agravou, tendo em vista que,

de 1943 a 1988 (e até o advento da Lei n. 13.407/2017), o sistema sindical brasileiro estava sustentado por um tripé: unicidade sindical, representatividade sindical obrigatória e custeio das entidades sindicais por meio de contribuições sindicais obrigatórias. A Reforma Trabalhista eliminou um desses eixos de sustentação; mas deixou os outros dois - os primeiros - absolutamente intactos. Logo, o modelo sindical brasileiro não foi substancialmente alterado, superado ou substituído, em absoluto. Ele foi apenas deformado. É o que reconhecia, aliás, o relator da ADI n. 5.794 no Supremo Tribunal Federal, Min. Luís Edson Fachin, conquanto tenha sido vencido em sua tese de inconstitucionalidade (por seis votos a três)⁵

Nesse sentido, os empregados organizados não conseguem ter a necessária liberdade de assim atuarem em seu escolhido sindicato, e, mesmo que consigam, não conseguem disciplinar seu próprio custeio e nem o vincular ao objeto da luta social coletiva solidária e compartilhada, dificultando a identidade de classe e a sustentabilidade da mobilização institucional, alicerces da luta que resulta nas conquistas pela atuação e negociações coletivas.

O próprio estado-juiz cumpre com seu papel vinculado ao Capital, especialmente, ao criminalizar ou mitigar a liberdade constitucional e legal da greve, buscando sufocar seus efeitos, interpretando a lei de forma ainda mais restritiva ao direito positivado, e contrariamente ao direito natural originário.

Em conformidade com essa forma estratégica de reprimir a mobilização social da classe trabalhadora, a negociação coletiva é afastada exatamente onde poderia ser solução para melhor adequar a relação capital e trabalho em suas minúcias regionais, de especificidade de atividade e de temporalidade.

De outro lado, o próprio Capital vai se adaptando conforme a tecnologia evolui e se apresenta. A própria migração do Fordismo para o Toyotismo permitiu, estrategicamente, a terceirização e a fragmentação da classe trabalhadora, comportando melhor exploração e consequente lucratividade. Em evolução, novas ferramentas aliadas a dispositivos legais desvirtuados do direito social do trabalho e, portanto, precarizantes, utilizam-se da Pjotização,

5 FELICIANO, Guilherme Guimarães, AQUINO, Gabriela Marcassa Thomaz de - em artigo “Sobre Rotas de Colisão: a liberdade sindical na perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e a Reforma Trabalhista Brasileira” (pág. 321/339) no Livro “Liberdade Sindical - uma proposta para o Brasil”, coordenado por BELMONTE, Alexandre Agra, MARTINEZ, Luciano, e NAHAS, Thereza; Editora Lacier, 2021

do empreendedorismo falso e da uberização, ainda mais quando aliados ao teletrabalho, para individualizar as relações de trabalho, impor produção sem controle de jornada e, portanto, sem contraprestação pelo tempo de vida consumido pela disposição. Daí porque a atual disciplina legal do teletrabalho no Brasil objetiva dificultar a negociação coletiva capaz de resistir a perda de direito e, muito menos, capaz de auferir avanços nos direitos atuais.

Veja-se que o Estado não regula regras para facilitar a transparência e a acessibilidade institucional coletiva da classe trabalhadora entre seus pares representados e em atividade remota. Pior, a legislação atual sequer se preocupa com a necessária troca de experiências entre colegas de trabalho, principalmente para gerar identidade e zelar pelos princípios da isonomia e da não-discriminação.

Além de dificultar a greve em si, a legislação atual, através do teletrabalho, permite novas ilegalidades através de atos antissindiciais reativos à greve, que possam ocorrer e permanecer impunes, como na substituição “silenciosa” de operários grevistas, com ou sem demissão - assim como a recorrentes formas de assédios e constrangimentos, lembrando que empregado é aquele que depende do salário/emprego para sobreviver; aquele que só pode vender seu tempo de vida e sua força laboral para auferir renda.

Nesse sentido, é importante o resgate simbólico dessa relação de emprego enquanto concepção social e coletiva, e dentro do sistema econômico vigente e na dicotomia capital/trabalho, fundamental para a compreensão dos problemas e para reflexão sobre possíveis soluções efetivas, ainda mais por ser o direito social do trabalho eminentemente coletivo e consequente do processo histórico de lutas sociais.

Assim, como contexto da normatização coletiva⁶, é indissociável a presença dos sindicatos, cuja origem decorre da tridimensionalidade do direito: ato social, valor da dignidade humana e norma/ordenamento. Neste mesmo sentido, é relevante se atentar à ambivalência do direito do trabalho, tendo em vista que, de um lado, trata-se de uma concessão do Capital, e, de outro, é resultado inequívoco das lutas da classe trabalhadora.

Isso porque tanto o direito do trabalho quanto o sindicalismo são resultados inseparáveis da Revolução Industrial e da exploração fabril da mão de obra diante do Capitalismo, como relata Jorge Luiz Souto Maior em sua obra⁷.

Neste conflito entre Capital e Trabalho decorrente da Revolução Industrial, a normatização coletiva do trabalho, conforme leciona o jurista Mario de La Cueva, passou por diversas etapas, sendo proibida inicialmente, passando por sua tolerância, que derivava da supressão das proibições contra a coali-

6 Conforme trechos e referências constantes no Artigo de minha autoria (SUTTI, Erazê): “OIT, Direitos Humanos Internacionais e Reforma Trabalhista” (p. 11/88) no livro “DIREITO DO TRABALHO POR ESPECIALISTAS - VOL. II”; SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Coordenador, Editora Lacier - Ed. 2021;

7 SOUTO MAIOR, Jorge Luiz - “Curso de Direito do Trabalho” (Vol. 1 - Parte II). São Paulo, LTr, 2017

ção e da associação profissional, até que passou a ser permitida através de interpretação das leis civis, passando pelo reconhecimento na legislação civil, evoluindo para regulação em leis especiais até ser elevada à garantia constitucional.

E esta evolução histórica do direito coletivo do trabalho sofreu uma reviravolta com a chamada “Reforma Trabalhista”, pela qual a sistemática que embasa a normatização coletiva nacional foi frontalmente atingida pelo Estado brasileiro através das Leis 13.429/17 e 13.467/17, e, ainda, com a MP 873/19, que não foi convertida em lei.

Em análise contextual dessa chamada reforma, pode-se perceber facilmente seus objetivos para desestruturação dos trabalhadores em sua organização coletiva e em sua identidade enquanto categoria; para a precarização da sua renda e das relações dignas de trabalho; no incentivo da terceirização irrestrita e desregulada; no ataque ao patamar civilizatório histórico na relação capital/trabalho, regredindo a exploração ao período anterior ao século XX; além da ausência de qualquer preocupação econômica nacional, tendo em vista que a precarização do emprego e da renda impacta diretamente no mercado consumidor interno, assim como em sua sustentabilidade para fomentar a produção e o comércio.

Inovações como o “negociado prevalecendo sobre o legislado”, com prevalência do acordo individual (*in pejus*) sobre o coletivo (e a lei) em alguns casos, a tentativa de quebra da norma mais favorável, a proibição da ultratividade, a tentativa de uso comissão de fábrica para fragilizar a atuação sindical, o fim do custeio presumido pela contribuição sindical e a restrição ao custeio negociado coletivamente (MP 873/19 e decisões do STF), e a terceirização irrestrita com abertura para Pjotização são ferramentas de desmonte da estruturação dos direitos coletivos que tolhem a representatividade, sua sustentabilidade e os alicerces da origem do direito do trabalho e do sindicalismo, praticamente impedindo a autonomia privada coletiva do ponto de vista dos trabalhadores.

Ao lado de outras inovações da chamada reforma trabalhista, como o teletrabalho, o trabalho intermitente, a potencialização do contrato temporário já aliado à irrestrita terceirização, a precarização da relação de trabalho parece ser o objetivo para gerar a implosão do conceito de categoria dentro das amarras da unicidade e permitir a exploração sem resistência coletiva.

É indissociável desse cenário o papel do Estado sob patrimonialismo, que funciona, ainda e principalmente nos tempos atuais de um país subdesenvolvimento do capitalismo dependente, como instrumento do Capital (Poder Econômico Dominante) para viabilizar o máximo de exploração da mão de obra, mas sem ultrapassar as fronteiras da imposta “paz” necessária e útil para a produção.

Conclusão

O Estado, em sua missão constitucional de preservar e proteger sua população, deve zelar pela transparência e pelo cumprimento dos direitos e garantias fundamentais sociais, especialmente aqueles constantes na CF/88 e nas normas internacionais - apesar do recorrente e constante descumprimento desse dever!

A representatividade dos trabalhadores em teletrabalho encontra seu principal desafio em não se perder de vista o papel do trabalhador e, pela dignidade da pessoa humana, suas garantias no sistema capitalista de produção, cumprindo com os alicerces do Direito Social do Trabalho pátrio, tanto na proteção constitucional, quanto no regramento infraconstitucional, coligados com os seus princípios universais e com as suas históricas disposições internacionais.

Nesse sentido, Luana Duarte Raposo e Giovana Labigalini Martins⁸ reforçam que a interpretação da legislação

não pode deixar de lado os direitos sociais reconhecidos em nossa Constituição da República, que consagra o regime de emprego socialmente protegido (artigos 1º, inciso IV, 7º a 11, 170, incisos VII e VIII, e 193 da Constituição da República). De igual modo, está o Brasil submetido às normas internacionais com as quais se comprometeu, tais como a Convenção 111 da OIT; Declaração Universal dos Direitos Humanos (arts. 2º, 6º e 23 §1º); Pacto Internacional de Direitos de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 26) e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 (arts. 2º, 5º 1 e 7º); Declaração de Filadélfia (item 1, “a”); Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (arts. 1 e 24); Protocolo de San Salvador (arts. 3, 4, 5 e 7); e Recomendação n. 198 da OIT”. Na mesma obra “Resistência II”, Daniela Muradas cita valorosa passagem da obra de Márcio Túlio Viana, que dá o tom das consequências.”

Não deveria ser aceitável, portanto, o prevalecimento de quaisquer teses

8 LUANA DUARTE RAPOSO e GIOVANA LABIGALINI MARTINS - artigo “*Posicionamentos da Justiça do Trabalho - sobre terceirização*” no livro *Resistência II - Defesa e Crítica da Justiça do Trabalho* - p. 353 - 1ª ed. 2018 - obra coordenada por Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo

9 Daniela Muradas - artigo “*Terceirização trabalhista e as contradições de seu novo marco legal: pela materialidade econômica das relações de trabalho e limites das ficções jurídicas*”, no livro *Resistência II - Defesa e Crítica da Justiça do Trabalho* - p. 148 - 1ª ed. 2018 - obra coordenada por Jorge Luiz Souto Maior e Valdete Souto Severo. Citação de Márcio Túlio Viana: “[...] depois de expropriar os trabalhadores dos seus modos de produzir, o capital os expropria de suas únicas formas de se defender. Aliada a outros fatores - mas a frente deles, como um capitão na batalha - a terceirização permite ao sistema reunir sem produzir, e até mesmo sem unir. Quando externa, ela fragmenta cada empresa em múltiplas parceiras, espalhando também os trabalhadores - mas dessa vez sem os riscos de antes. [...] quando interna, divide em cada empresa os trabalhadores, opondo terceirizados a não terceirizados, na medida que uns e outros ocupam - degradando o próprio grupo, enquanto classe [...]. Como um vulcão que vomitava lava, a nova fábrica lança para fora tudo o que não diz respeito ao foco de suas atividades, chegando até - no limite - a jogar-se inteira, ou quase inteira, descartando a sua natureza de fábrica.”

doutrinárias ou disposições legais que tentem fraudar a realidade da produção, vinculada que é aos meios de produção capitalista, somente para afastar dos fundamentos de representatividade e de categoria profissional, a possibilidade de prevalecer a identidade e a organização dos trabalhadores, justamente como embasamento de luta contra a exploração de sua força vital diante do lucro.

Mas é exatamente o que tenta a Lei 14.442/22: agravar as disposições já precarizantes da chamada reforma trabalhista! Seja porque tenta viabilizar o trabalho por tarefa e produção através do teletrabalho, seja porque tenta excluir do controle de jornada tais modos de contrato de trabalho, bem como dificultar a fiscalização do trabalho e a mobilização coletiva, tudo regado por incentivo da negociação individual em detrimento da negociação coletiva e de uma norma mais benéfica.

Mais uma vez caminha-se em retrocesso social, desconfigurando décadas de lutas sociais e de direitos conquistados.

De outro lado, a solução passa pelo modelo da liberdade sindical com pluralidade, nos termos propostos pela OIT faz um século, somada com regras de transição para a sua implementação no Brasil, somado com legitimidade de pauta e de formas de custeio; conjunto de medidas apontando para um caminho a ser trilhado rumo à efetiva e à vigorosa representatividade sindical - temor indisfarçável do poder econômico dominante e ultraliberal.

Veja-se que a relevância da liberdade sindical está

no âmbito dos direitos humanos, conforme estabelece o XXII da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e o art. 16 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, assim como o art. 9 da Declaração Sociolaboral do Mercosul, além do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.¹⁰

Somado a isso, a chamada reforma trabalhista desmontou boa parte dos alicerces do sistema sindical nacional, principalmente com o permissivo de negociação coletiva *in pejus, em prejuízo às conquistas históricas, às normas mais favoráveis e ao progresso social; com o permissivo de negociação individual prevalente a direitos em lei e normas coletivas; o fim do custeio erga omnes e sem mitigação, sem alternativa, mas com manutenção da unicidade (sem liberdade sindical) e representatividade geral; com o fim da ultratividade das normas coletivas, permitindo, mais uma vez, o retrocesso sem negociação coletiva; o fim das homologações obrigatórias no sindicato, permitindo a consolidação dos prejuízos pela ausência de conhecimento das lesões e dos direitos garantidos; fomento de contratação temporárias em detrimento do caráter essencialmente permanente do vínculo de emprego; permissivo de dispensa coletiva; e tudo*

10 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa - em artigo “Liberdade Sindical e Negociação Coletiva no Direito Internacional do Trabalho” (pág. 340/354) no Livro “Liberdade Sindical - uma proposta para o Brasil”, coordenado por BELMONTE, Alexandre Agra, MARTINEZ, Luciano, e NAHAS, Thereza; Editora Lacier, 2021

isso em um contexto de terceirização irrestrita validada pelo STF, conforme já abordado. Nesse cenário, é fundamental a retomada do caráter civilizatório que deve ser adotado pelo Estado de Direito para viabilizar a Mobilização, a Organização e a Negociação Coletiva como base aos direitos humanos fundamentais sociais - e alimentares - da classe trabalhadora diante do sistema capitalista, na relação capital/trabalho.

Contudo, pela legislação vigente e, inclusive, pelos Projetos de Lei sobre teletrabalho em trâmite no Congresso Nacional, não há qualquer proposta de regulação específica para fomentar a negociação coletiva de forma efetiva e em consonância com os princípios constitucionais.

Lamentavelmente, o legislador nacional se afasta das melhores práticas do direito comparado, conforme alguns destaques: 1) ESPANHA - Suprema Corte proibiu alteração unilateral em teletrabalho; há imposição legal de que qualquer eventual alteração via negociação entre as partes deve ser relatada ao representante coletivo dos trabalhadores; 2) PORTUGAL - a legislação considera grave qualquer violação da representação coletiva nas alterações contratuais; 3) ALEMANHA - há consenso entre os autores sociais sobre a necessidade de negociação coletiva para regular teletrabalho; 4) ITÁLIA - foi criada a Divisão de Promoção do Diálogo Social; todas as normas coletivas (contratação coletiva e relações bilaterais entre parceiros sociais) devem ser divulgadas; 5) FRANÇA - a regulação do teletrabalho deve ser por convenção coletiva ou, na ausência por carta da entidade patronal após consulta do Comité Social e Económico, se houver; há um Acordo Nacional Interprofissional de Teletrabalho (L'ANI de 2005) entre todas as organizações de empregadores e de empregados do país e que vem sendo prorrogado; há imposição de negociação anual (Lei El Khomri); 6) ARGENTINA - há ampla regulação do teletrabalho por lei e normas coletivas; 7) CHILE - a lei obriga o empregador a comunicar, por escrito, o teletrabalhador da existência ou não de sindicatos legalmente constituídos na empresa no momento do início do trabalho ou logo após sua constituição; permite o acesso dos teletrabalhadores no ambiente de trabalho presencial.

Em suma, o teletrabalho no Brasil poderia e deveria se regular de forma incentivada e efetiva pelo direito coletivo, cujos pontos cruciais para enfrentar esses desafios, especialmente para que a democracia tenha alguma funcionalidade no Estado de Direito em respeito ao conceito de Nação, deveriam ser, ao menos, os seguintes: 1. Os empregados devem ter o direito de saber da existência uns dos outros, através de mecanismos de acesso mútuo, imune a assédio pelo empregador; 2. O empregador deve viabilizar a compensação, pelo uso do teletrabalho, do distanciamento social entre os empregados para fins de identidade de classe, através de ações de convivência e integração; 3. A entidade sindical representativa deve ter acesso imediato a todos os empregados contratados pela empregadora, através de acesso direto à listagem atualizada, sob controle do Estado via banco de dados público; 4. O ônus da atividade e do controle da jornada de trabalho deve ser integralmente absor-

vida pelo risco do negócio, portanto, pelo empregador, evitando-se abusos e inversão de prova para o hipossuficiente trabalhador; 5. A legislação social do trabalho deve ter normas básicas, gerais e protetivas a favor da desconexão e contra discriminação e excesso de jornada, respeito aos intervalos inter e intrajornadas, custeio integral e reembolsos pelo risco do negócio, proteção inegociável sobre saúde e segurança no trabalho, assim como, de outro lado, incentivar a negociação coletiva para disciplinar situações peculiares de cada atividade e de cada região, possibilitando o uso do teletrabalho de forma eficiente e em consonância com as bases do trabalho decente e sua evolução histórica; 6. O direito de greve deve ser respeitado em sua plenitude constitucional, porque somente através dele e das mobilizações poderá a classe trabalhadora evoluir em seus direitos; 7. Atos antissindicais e de assédio moral devem ser combatidos e penalizados de forma exemplar, zelando pelas bases civilizatórias da dignidade da pessoa trabalhadora e da concorrência leal; e 8. Imposição da norma mais benéfica no caso de diversidade de territorialidade, pela contratação dentro ou fora do país.

Referências

BELMONTE, Alexandre Agra, MARTINEZ, Luciano, e NAHAS, Thereza (Coordenadores); “Liberdade Sindical - uma proposta para o Brasil”. Campinas, Lacier, 2021.

COLNAGO, Lorena de Mello Rezende, CHAVES JR, José Eduardo de Resende, ESTRADA, Manuel Martín Pino (Coordenadores). “Teletrabalho”. São Paulo: LTr, 2017

DELGADO, Maurício Godinho. Capitalismo, trabalho e emprego - entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

FELICIANO, Guilherme Guimarães, no artigo “Teletrabalho, horas extras e desconexão: tudo, menos uma escolha de Sofia”, acessível no site <https://www.anamatra.org.br/imprensa/anamatra-na-midia/30438-teletrabalho-horas-extras-e-desconexao-tudo-menos-uma-escolha-de-sofia> (01/10/22).

FELICIANO, Guilherme Guimarães, e PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo, no artigo “Teletrabalho, saúde e segurança do trabalho e regulamentação estatal: pandemia, aprendizados e perspectivas futuras”, acessível no site <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/70553> (01/10/22).

GRILLO, Sayonara, ADAMOVICH, Eduardo, FRAGALE FILHO, Roberto, e FERRITO, Bárbara (Coordenadores); obra “Direito do Trabalho: perenidade e atualidade”, coordenado por LACIER, 2022.

MARX, Karl. “O Capital”. São Paulo: Boitempo, 2014.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Teoria Geral do Direito do Trabalho - Curso de Direito do Trabalho - Vol. 1 - Parte II (história nacional). São Paulo: LTr, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Coordenador, “Direito do Trabalho por Especialistas - Vol. P”. Campinas, Lacier, 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, Coordenador, “Direito do Trabalho por Especialistas - Vol. II” Campinas, Lacier, 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, e SEFERIAN, Gustavo, Coordenadores, “Direito do trabalho e crise sanitária da covid-19: leituras críticas desde o GPTC-USP”. Campinas, Lacier, 2021.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, e SEVERO, Valdete Souto (coordenadores). Resistência - Aportes teóricos contra o retrocesso trabalhista. São Paulo: Expressão Popular, 2017.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, e SEVERO, Valdete Souto (coordenadores). Resistência II - Defesa e Crítica da Justiça do Trabalho. São Paulo: Expressão Popular, 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz, e SEVERO, Valdete Souto (coordenadores). Resistência III - O Direito do Trabalho diz Não à Terceirização. São Paulo: Expressão Popular, 2019.

SUTTI, ERAZÉ - Artigo “MP 905/19, Contrato Verde e Amarelo, e novos ataques à dignidade do trabalhador e a seus direitos civilizatórios”, publicado no site da ABRAT - http://www.abrat.adv.br/artigo_mp_905.pdf. Acessado em 01/10/22.

ZAVANELLA, Fabiano, e PINTO, Luís Otávio Camargo Pinto (Coordenadores), “A Evolução do Teletrabalho - Tomo I: aspectos jurídicos”. Campinas, Lacier, 2021.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 10 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira

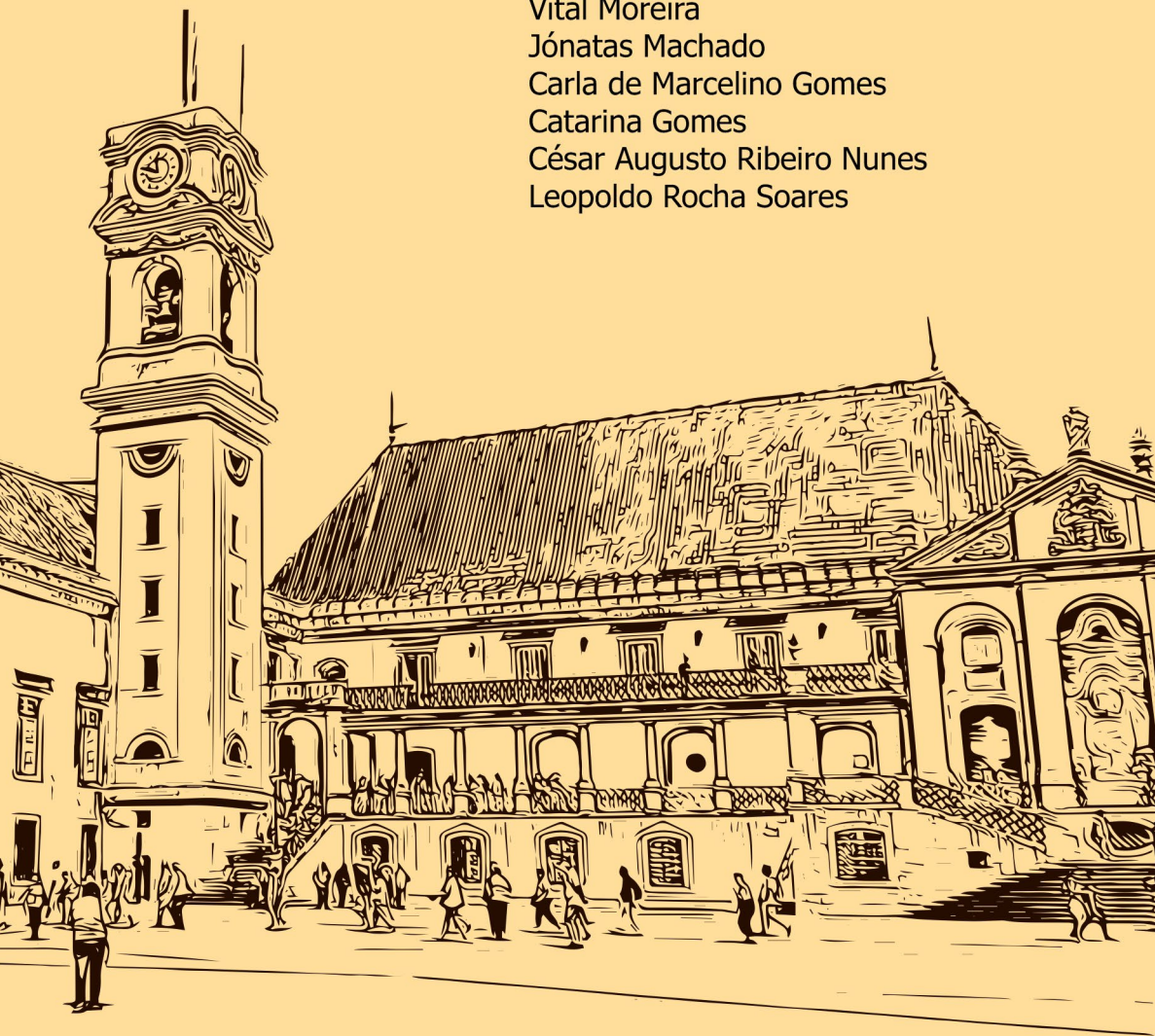
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-032-0



9 786551 104032 0

