

Anais de Artigos Completos - Volume 2 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 2**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / 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 2 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas
/ Jundiaí: Brasília / Edições Brasil, 2023.

407 p. Série Simpósios do VII CIDHCoimbra 2022

Inclui Bibliografia

ISBN: 978-65-5104-024-5

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 2 - Composição dos Simpósios:

<p>Simpósio n.º 1</p> <p>VIOLÊNCIA, SEGURANÇA PÚBLICA E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: Sidney Guerra e Maria Célia Ferraz</p>
<p>Simpósio n.º 2</p> <p>MIGRAÇÕES FORÇADAS NO SÉC. XXI: TRILHO(S) ENTRE A VULNERABILIDADE E A SEGURANÇA</p> <p>Coordenadores: Eduardo António da Silva Figueiredo e Emellin de Oliveira</p>
<p>Simpósio n.º 4</p> <p>A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES E DO CONCEITO DE TRABALHO DECENTE DA OIT DIANTE DAS NOVAS FORMAS DE TRABALHO E DA ECONOMIA DIGITAL</p> <p>Coordenadores: Eliana dos Santos Alves Nogueira e Victor Hugo de Almeida</p>
<p>Simpósio n.º 6</p> <p>FLEXICURITY E OS LIMITES À FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS EM TEMPOS DE CRISE</p> <p>Coordenadores: Giovanni Paolo Pilosio e Fernando do Couto Henriques Júnior</p>
<p>Simpósio n.º 7</p> <p>JUSTICIABILIDADE DA PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÓCIAIS</p> <p>Coordenadores: Luiz Henrique Boselli de Souza e José Eduardo Figueiredo de Andrade Martins</p>
<p>Simpósio n.º 8</p> <p>CONSTITUIÇÃO, DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA</p> <p>Coordenadores: Mariella Kraus e Thiago Burckhart</p>
<p>Simpósio n.º 9</p> <p>CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: MECANISMOS DE DEFESA DAS MINORIAS</p> <p>Coordenadores: Eliana Franco Neme e Roberta Cristina Paganini Toledo</p>
<p>Simpósio n.º 10</p> <p>DIREITOS HUMANOS, CIDADANIA E BEM COMUM</p> <p>Coordenadores: Consuelo Martínez-Sicluna y Sepúlveda e José María Carabante</p>
<p>Simpósio n.º 12</p> <p>GEOPOLÍTICA, DIREITOS HUMANOS E SISTEMAS DE JUSTIÇA</p> <p>Coordenadores: Cássius Guimarães Chai e Vitor Hugo Souza Moraes</p>

Simpósio n.º. 13

**EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E FORMAÇÃO DE PROFESSORES:
FUNDAMENTOS TEÓRICOS, PESQUISAS REFERENCIAIS E
METODOLOGIAS EMANCIPATÓRIAS**

Coordenadores: Cesar Aparecido Nunes e Eduardo Soncini Miranda

ISBN: 978-65-5104-024-5

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 Atuação da Polícia Como Pacificadora Social: o delegado de polícia como conciliador e mediador	10
Fernando Lopes Nogueira	
As (Dis)Funções do Modelo do Sistema de Segurança Pública no Brasil: a Reforma Constitucional esquecida.....	21
Laurinaldo Félix Nascimento	
Direito à Privacidade e Segurança Nacional: contemporaneidade social e fragilidades posicionais na perspectiva dos direitos fundamentais	35
Luis Claudio Martins de Araujo	
Resquícios do Sistema Ditatorial na Segurança Pública Brasileira: uma análise do caso Genivaldo de Jesus Santos	49
Giovanna Duarte Zuca	
Violência Doméstica em Mulheres Trans: a decisão do STJ e as barreiras estruturais que dificultam o acesso pleno à efetividade de direitos	58
Ana Paula Bustamante e Lítiane Motta Marins Araújo	
Direito dos Refugiados e o Preconceito Cultural e Racial: entre a resposta humanitária e a midiática.....	66
Domingos Polini Netto e Nicolás Ferreira Cândido	
Forced Migration From a Precautary Logic	75
Ana Isabel García Alfaraz	
Economia Digital e Home Office: inclusão ou integração dos trabalhadores com deficiência.....	88
Fabiano Carvalho	
O Direito do Trabalho como Mecanismo de Ruptura de Padrões Históricos de Dominação e Perpetuação da Estrutura Colonial no Brasil.....	100
Rosaly Stange Azevedo e Daury Cesar Fabríz	
Trabalho Decente <i>versus</i> Direito do Trabalho Líquido: a necessidade de ampliação da proteção social laboral para as novas formas de trabalho da Economia Digital	111
Nathália Eugênia Nascimento e Silva	
<i>Flexicurity</i> e o Conceito de Trabalho Decente – conflitos em tempos de crises	124
Giovanni Paolo Pilosio	

Impactos da Flexibilização dos Direitos Trabalhistas no Acesso à Moradia Adequada	132
Gabriele Cremm Rodrigues	
A Proteção dos Dados Pessoais dos Trabalhadores - aplicação da Lei Geral de Proteção de Dados como ferramenta de Trabalho Decente.....	140
Aya Sugiya	
<i>Flexicurity</i> – Efeitos Tributários e Orçamentários – uma breve visão a partir da experiência brasileira.....	150
Carlos Henrique Crosara Delgado	
Depoimento Especial: afirmação ou violação dos Direitos Humanos?.....	163
Mariene dos Santos Pereira	
O Crescente Ativismo Judicial no Brasil como Forma de Garantia e Proteção ao Mínimo Existencial	172
Rafaela Perugini	
O Imposto Sobre Grandes Fortunas no Brasil: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão 55/DFP e a judicialização de políticas públicas tributárias	183
Mario Di Stefano Filho	
A Tributação das Novas Tecnologias Como Forma de Implementar Direitos Sociais.....	191
Roselaine Carvalho Rocha	
A Revolução dos Cravos em Portugal e sua Evolução Política à Luz do Discurso Norte-Americano Sobre Direitos Humanos	201
Misael Arturo López Zapico e Daniel Azevedo Muñoz	
O Constitucionalismo Populista Como um Desafio da Democracia do Século XXI: Comentários Sobre os Direitos LGBTQIA+ na Hungria	216
Maria Tereza Zolyomy Torres	
O Ministério Público e o Controle de Convencionalidade.....	225
Pedro Lucas Ribeiro Rodrigues das Chagas	
Da Areia ao Asfalto: a extrema vulnerabilidade dos meninos e meninas de rua no Brasil.....	238
Raíssa Amarins Marcandeli e Vanessa Nunes Pereira	
O Papel da Corte Constitucional na Efetivação dos Direitos Fundamentais: um estudo comparado entre Brasil e Colômbia	251
Luana Mariani de Aguiar Furtado	

O Uso do Controle de Constitucionalidade como Instrumento Contramajoritário de Defesa de Direitos Humanos pelo Supremo Tribunal Federal em Comparação com Outros Tribunais Constitucionais.....	265
Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli e Maria Cristina Angelim Barboza	
Os Reflexos da Pandemia do Covid-19 no Sistema Prisional Brasileiro à Luz do Estado de Coisas Inconstitucional.....	277
Allana Regina Andrade Kinjyo	
Precedentes Judiciais Como Meio de Proteção das Minorias	290
Lara Tiemy Prieto Vieira	
STF e Gênero: análise da utilização do controle de constitucionalidade como mecanismo de garantia de Direitos Humanos.....	300
Isabela Vince Esgalha Fernandes	
Teleconsulta: a inclusão da mulher privada de liberdade na Era Digital	314
Fernando Moreira de Andrade e Soraya Gomes de Amorim Andrade	
Ciudadanía, Derecho y Bien Común Desde los Postulados de la Filosofía del Liberalismo Árquico	324
Juan Velayos Vega	
La Revolución Francesa y los Derechos Humanos Hoy.....	333
Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte	
A Necessidade da Atuação do Poder Judiciário Para a Garantia do Trabalho Decente no Brasil, Diante do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 da ONU	345
Denise de Fátima G. de Figueiredo Soares Farias e James Magno Araújo Farias	
Liberdade, Desigualdade, Democracia e Estado de Direito no Brasil.....	359
Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior e James Ricardo Ferreira Piloto	
O Desafio da Reinserção Social das Pessoas Acometidas por Transtornos Mentais Frente à Concepção dos Hospitais Psiquiátricos como Instituições Totalitárias em Goffman	370
Renata Rodrigues dos Santos Ribeiro	
Estratégias de Ensino ao Combate a Evasão Escolar: fator de inclusão social no período pós pandemia	385
Rosiomar Santos Pessoa	
Para uma Praxiologia da Esperança: língua portuguesa no ensino tecnológico.....	395
Rosana Helena Nunes	

A ATUAÇÃO DA POLÍCIA COMO PACIFICADORA SOCIAL: O DELEGADO DE POLÍCIA COMO CONCILIADOR E MEDIADOR

Fernando Lopes Nogueira

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Professor adjunto, Doutor em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino, Delegado de Polícia veterano, advogado, Diretor da Faculdade de Direito

Resumo:

Buscamos com a temática aplicar efetivamente o sistema e princípios inseridos pela lei 9.099/95. A relevância do tema é em virtude que atualmente a grande maioria dos tipos penais brasileiros fazem parte do procedimento adotado pelo Juizados Especiais Criminais. A pesquisa e a temática contribuíram para o desenvolvimento das conciliações na fase pré-processual. A utilização do sistema de Conciliação surgiu com criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no ordenamento jurídico nacional. No Brasil o primeiro Estado brasileiro a tratar desta temática foi o Estado do Mato Grosso do Sul, através da Lei Estadual 1.071/90. Assim, com a previsão de criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, inserido na Constituição Federal de 1988, a lei inseriu em nosso direito criminal um novo modelo processual, denominado processo conciliatório, uma vez que a regra era somente o modelo processual penal conflitivo. O legislador, assim, apresentou um instrumento real de acesso à justiça, porém, convivendo e aplicando na prática esse novo instrumento. Desta forma, a real intenção da lei, que é a aplicação do processo conciliatório rápido e eficaz nos processos relativos aos Juizados Especiais Criminais. Com a aplicação das mediações e conciliações no âmbito policial, nas ações relativas aos pequenos crimes, àqueles crimes conhecidos como de “menor potencial ofensivo”, estaremos colocando em prática a denominada intervenção mínima. As conciliações, que ocorrem nos denominados Núcleos Especiais Criminais, efetivadas diretamente pelos policiais nas unidades de Polícia Judiciária, reestabelecem o objetivo para o qual foi instituído este novo modelo.

Palavras-chave: Juizados Especiais Criminais; Celeridade processual; Justiça restaurativa.

O policial há muito tempo atua com conciliação e mediação na área pe-

nal, pois sua formação já vislumbra a aplicação dos conceitos de conciliação e mediação, até porque estes conflitos interpessoais são comuns na sociedade.

Hoje, com a aplicação do modelo de Polícia comunitária, isso ficou mais latente. Esta atribuição é realizada pela polícia, visando antecipar o cometimento do crime e evitar a incidência de uma ação criminosa.

A implantação do Plano Nacional de Segurança Pública, no ano de 2000, possibilitou que as polícias brasileiras recebessem treinamento, com o fim de aplicar a filosofia de Polícia comunitária, que é trabalhar e conseguir a confiança das comunidades e, com isso, evitar conflitos interpessoais. Não é incomum vermos nos noticiários que uma discussão entre vizinhos, por exemplo, se transformou em um homicídio. A atuação da polícia pacificadora, utilizando de métodos de conciliação e mediação, diminuiu significativamente a onda de violência que assola o país, principalmente nas áreas menos favorecidas pelo Estado.

A aproximação da polícia com a comunidade vem trazendo bons resultados no Brasil. A Polícia comunitária é uma filosofia que transcende a dicotomia do modelo policial existente. No Brasil, surgiu com a evolução do modelo de polícia aplicado até então. Para tanto, busca agregar e trabalhar preventivamente, possibilitando, com estas ações, uma melhor condição de vida à população brasileira.

O modelo de Polícia comunitária no Brasil está comprovadamente em funcionamento, trazendo bons resultados para todos os envolvidos e claramente atingindo seus objetivos de disseminação da filosofia e reconhecimento das comunidades envolvidas, estando cada vez mais se consolidando em vários Estados da federação, com reflexos positivos na redução da violência e criminalidade. Foi de grande valia a participação expressiva das corporações Policiais Civis e Militares, Corpos de Bombeiros Militares e Secretarias Estaduais o que demonstra a grande evolução das instituições para a principal alternativa que melhor se adequa ao Estado Democrático de Direito, por constituir-se a na opção ao modelo tradicional de polícia, cujo enfoque é combater ao criminoso depois que ele tenha vitimado alguém gerando um dano moral ou material, sendo urgente o preparo das instituições de segurança pública em parceria com a comunidade na antecipação ao crime, agindo sobre as suas causas, visando à preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio.¹

O policial comunitário se tornou uma ferramenta de suma importância no combate das causas de violência, uma vez que a aproximação com as comunidades acaba por aproximar a polícia da realidade urbana, numa visão de que violência não se combate com violência. A população que vive em conflito interpessoal tem em comum as causas desses conflitos, surgidos em virtude

¹ FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. **Curso Nacional de Multiplicados de Polícia Comunitária**. Mediação demais meios de resolução pacífica de conflitos e a polícia comunitária. 4. ed. Brasília: SENASP, 2010., p. 312.

de pequenos atritos não resolvidos ou por falta de um terceiro independente e capaz de harmonizar a questão, utilizando-se de técnicas de conciliação ou mesmo de mediação. Com o tempo, esses atritos provavelmente podem se tornar um conflito grave e, muitas vezes, de cunho criminal. Temos algumas definições sobre o fenômeno denominado polícia comunitária, a mais conhecida foi enunciada pelo professor Trajanowicz (2004), nos seguintes termos:

O policiamento comunitário é uma filosofia e estratégica organizacional, que promove um novo tipo de cooperação entre o público e sua polícia. Baseia-se no pressuposto de que, tanto a polícia quanto a sociedade devem trabalhar juntas, como parceiras solidárias, com o fim de serem identificados, priorizados e resolvidos problemas prementes, tais como crimes, droga, sentimento de insegurança, desequilíbrios sociais, transtornos materiais, ou a deterioração intensa de áreas e núcleos habitacionais, visando à melhoria da qualidade de vida nesses locais.²

Quando se implantou os sistemas de conciliação e mediação, como uma das formas de se fazer Polícia comunitária, foi com o objetivo de criar mais uma ferramenta de combate à violência. É claro que a conciliação e a mediação não podem ser aplicadas para todas as infrações penais, mas, no âmbito das polícias judiciárias, podem ser utilizadas em cerca de 60% das ocorrências de infrações penais, o que traz um significativo resultado no combate à violência, com a utilização da composição preliminar, evitando assim, que se potencializem as intrigas, discussões, ameaças e demais conflitos interpessoais.

No contexto onde a polícia comunitária está presente, percebe-se que a atuação policial está diretamente relacionada à mediação de conflitos. O policial muitas vezes é a principal referência da comunidade para a presença do Estado em seu meio. Nesse sentido, as unidades de polícia são frequentemente procuradas pela população para a resolução dos mais diversos problemas. Dentre esses, grande parte representa pequenos conflitos em desenvolvimento na vizinhança que, se não devidamente administrados, podem se agravar, gerando violência. A atuação policial comunitária da polícia judiciária, através das composições preliminares presididas pelo Delegado de Polícia, possibilitará a redução do crescente volume de feitos dos cartórios criminais das Delegacias de Polícia e dos Fóruns, contribuindo com a prevenção criminal, ao evitar reincidências e agravamento de conflitos anteriores. Reconhecidamente, diversos crimes graves muitas vezes são praticados em consequência de delitos de menor potencial ofensivo insuficientemente resolvidos pelas partes, pois, ainda que haja a aplicação do direito ao caso concreto, evidencia-se a dissolução da lide jurídica, persistindo, portanto. A existência de seu fato gerador, que é o conflito social. Nesse cenário em que a nossa formação jurídica ainda é alicerçada pela cultura adversarial, que se encontra em fase de transição para a cultura de pacificação social, ganha relevo o exercício

2 Ibid., p. 21.

dessa atividade de Polícia Judiciária Comunitária (mediação de conflitos) como importante contribuição jurídico-social da Polícia Civil, para diminuir a lacuna existente na elaboração da Lei nº 9.099/95 e a realidade de sua aplicação, no que tange aos princípios da celeridade e economia processual, reduzindo a sensação de impunidade e fortalecendo o processo de pacificação social. Tão importante quanto à rotineira mediação de conflitos praticada pelos policiais, durante o policiamento comunitário, é o papel dos mesmos na preparação da comunidade, para que seus conflitos sejam resolvidos pelos seus próprios integrantes, componentes das Equipes de Mediação Comunitária. A mediação comunitária atua visando à mudança dos padrões do comportamento dos atores comunitários, através do fortalecimento dos canais de comunicação, com vistas à administração pacífica dos conflitos interpessoais entre os integrantes da comunidade.³

O sistema de Polícia comunitária está modificando a visão e o modelo de combate à violência, e a mediação de conflitos, juntamente com a conciliação, utilizadas nas composições preliminares pelas polícias judiciárias brasileiras são umas das principais ferramentas de polícia comunitária na atualidade.

Do termo circunstanciado

Com o advento da Lei 9.099/95, cuja função foi regulamentar o artigo 98 da Constituição Federal, utilizando-se, para tanto, como parâmetros os princípios da informalidade processual, celeridade nas causas de sua competência, abrangendo assim, a lei das contravenções penais e crimes, cuja pena máxima não seja superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa⁴, os Juizados Especiais Criminais priorizam, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima.

Relevante ressaltar que nos Juizados Especiais Criminais há necessidade, em regra, de utilizar como base o Termo Circunstanciado para que o Ministério Público ofereça denúncia. A razão disso é pelo fato de que, nos Juizados, aplica-se o processo consensual, e não o processo conflitivo. Assim, o Termo Circunstanciado de Ocorrência acaba por nortear a futura composição, procedimento este também necessário para a audiência de conciliação ou mesmo a transação penal.⁵

A inovação trazida pela Lei dos Juizados Especiais Criminais acabou por

3 BLAZECK, Luiz Mauricio Souza. **O Delegado de Polícia como mediador de conflitos**. 2012. Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2012., p. 23.

4 Dispositivo este regulado pela lei 11.313, de 28.06.2006.

5 Art. 77 - Na ação penal de iniciativa pública, quando não houver aplicação de pena, pela ausência do autor do fato, ou pela não ocorrência da hipótese prevista no art. 76 desta Lei, o Ministério Público oferecerá ao Juiz, de imediato, denúncia oral, se não houver necessidade de diligências imprescindíveis.

§ 1º Para o oferecimento da denúncia, que será elaborada com base no termo de ocorrência referido no art. 69 desta Lei, com dispensa do inquérito policial, prescindir-se-á do exame do corpo de delito quando a materialidade do crime estiver aferida por boletim médico ou prova equivalente.

dar um novo norte à legislação penal e processual brasileira:

A lei 9.099/95 não trata apenas de um novo procedimento; transcende essa barreira e, ancorando-se no art. 98, I e seu Parágrafo Único da Constituição Federal, dispõe sobre um novo processo e um novo rito diferenciado. Em outros termos, não é apenas um procedimento sumaríssimo, é também, e muito mais, um processo especialíssimo.⁶

É natural que legislações inovadoras sofram resistência, principalmente uma legislação que veio modificar todo o processo penal em relação aos crimes, cuja pena não seja superior a dois anos.

Não podemos ter receio da aplicação do novo sistema; pelo contrário, trata-se de dar um passo avante na busca incansável da melhor prestação de uma tutela jurisdicional, com maior agilização, funcionalidade e rápida efetivação do processo. A lentidão excessiva na criação das novas unidades jurisdicionais e a disfunção da máquina administrativa da Justiça significa inconstitucionalidade por omissão, valendo lembrar que todos os indicativos apontam como sendo esses Juizados, provavelmente, o último baluarte para a salvaguarda dos interesses da grande massa populacional, que, sem esse mecanismo, vê-se acuada e impotente em face da crise do processo como instrumento de efetividade dos direitos e da pacificação social. Aliás, outra não é a realidade que se tem verificado como inclinação natural dos últimos tempos, sobretudo nos países de origem legislativa romano-canônica, de se formarem “núcleos de convergência” para três pontos essenciais: publicização, oralidade e socialização do processo. De maneira não muito diversa, verifica-se o mesmo nos países do sistema da *cammon Law*, em particular nos Estados Unidos, cuja tendência é pelo abandono do chamado *adversary system*, em prol de ritos mais simplificados e céleres, tipo inquisitorial e administrativo, sobretudo para afrontar questões de natureza eminentemente social.⁷

O modelo utilizado pelos Juizados Especiais Criminais visa aplicar o sistema conciliatório. Este sistema é utilizado nas audiências conciliatórias envolvendo as ações penais públicas condicionadas e ações penais privadas, deixando para o instituto da transação penal, que é ofertado pelo representante do Ministério Público, as matérias que envolvam casos de ações penais públicas incondicionadas.

As técnicas de mediação e de conciliação enquadram-se prestigiosamente nessas formas menos ortodoxas de soluções não-adversárias dos conflitos, espécies do gênero *autocomposição* (ou *composição amigável*). A *mediação* (judicial ou extrajudicial) propicia aos contendores o encontro da solução amigável capaz de resolver definitivamente a controvérsia, seja pela conciliação ou pela transação. Como uma das técnicas de composição dos conflitos, não se identifica totalmente com a

6 Ibid., p. 48.

7 Ibid., p. 51.

conciliação, nada obstante a similitude existente entre ambas. Naquela, o mediador tenta aproximar os litigantes promovendo o diálogo entre eles a fim de que as próprias partes encontrem a solução e ponham termo ao litígio. Funda-se a técnica aos limites estritos da aproximação dos contendores.⁸

O sistema conciliatório envolve mediação, composição e transação penal e tem como objetivo trazer para a seara criminal a possibilidade das partes, sob supervisão do Estado, negociarem e chegarem a um acordo formal que, posteriormente, será homologado pelo juiz de carreira.

Na *conciliação*, o terceiro imparcial chamado a mediar o conflito, o conciliador, não só aproxima as partes como ainda realiza atividades de controle das negociações, aparando as arestas porventura existentes, formulando propostas, apontando as vantagens, buscando sempre facilitar e alcançar a autocomposição. Retira-se do texto da exposição de motivos do anteprojeto de lei que trata da mediação (processual e paraprocessual), item n. 5, a seguinte lição: “[...] conciliação e mediação distinguem-se porque, na primeira, o conciliador, após ouvir os contendores, sugere a solução consensual do litígio, enquanto na segunda o mediador trabalha mais o conflito, fazendo com que os interessados descubram as suas causas, removam-nas e cheguem, assim, por si só, à solução da controvérsia. Parece, entretanto, que a própria mediação apresenta duas facetas: sendo seus objetivos resolver o conflito e conseguir o acordo, a mediação clássica, que não se volta precipuamente ao processo, dá ênfase à solução do conflito, sendo o acordo apenas o seu apêndice natural, podendo vir, ou não; enquanto a mediação voltada ao processo dá ênfase sobretudo à obtenção do acordo, porque tem em vista o escopo precípua de evitar ou encurtar o processo, sendo a pacificação dos contendores a consequência de um acordo alcançado pelo consenso dos interessados. Para indicar este segundo tipo de mediação, o Projeto de Lei, que dela se ocupa exclusivamente, denomina-se paraprocessual (para= ao lado de, elemento acessório ou subsidiário).” Na concepção do aludido Projeto de Lei, a mediação equipara-se, essencialmente, à conciliação, como, aliás, arremata o próprio legislador, no item 6 da exposição de motivos: “Observe-se, ainda, que na mediação paraprocessual, acima descrita, o mediador não deve permanecer exclusivamente no campo do esclarecimento das causas do conflito, evitando a formulação de uma proposta de acordo. Ao contrário, é conveniente que o mediador sugira aos contendores a solução, dando-lhes roupagem jurídica. Assim sendo, pode-se afirmar que, na mediação voltada ao processo, o mediador deverá ser ao mesmo tempo um conciliador.” Em síntese, o *conciliador* e o *mediador* aproximam as partes, ouvem suas razões e premissões em prol da busca incessante da autocomposição, mostrando aos litigantes as vantagens decorrentes do sucesso do acordo.⁹

Tanto é que o instituto da composição dos danos civis é plenamente

8 Ibid., p. 56.

9 Ibid., p. 57.

aplicável como uma forma de extinção do processo, no âmbito dos juizados criminais, quando envolvem os crimes em que a ação é de iniciativa privada ou mesmo naquelas que dependam de representação da vítima. Havendo a composição, acaba por extinguir-se a punibilidade do autor. Nos crimes de ação pública incondicionada, o representante do Ministério Público utiliza-se do instituto da transação.

Em sendo aceita a proposta ofertada pelo representante do Ministério Público para a aplicação de uma pena restritiva de direitos ou multa, como forma de transacionar nos crimes de ação pública incondicionada, o acordo também gera o fim do conflito.¹⁰

No juizado ao invés de utilizarmos o Inquérito Policial, lavra-se o denominado Termo Circunstanciado de Ocorrência, procedimento sem as formalidades utilizadas e necessárias para o Inquérito. Apesar de o Termo Circunstanciado ser mais simples na elaboração, nele também deve observar as garantias constitucionais. É impossível, pois, a elaboração do Termo Circunstanciado quando não há qualquer indício da ocorrência de infração penal, quando o fato constitui mero ilícito civil, quando não é identificado seu autor não se instaura este procedimento.¹¹

De início, o Legislador Federal regulamentou, através da lei referente aos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/95), a atuação dos Juizados no âmbito estadual.

Por outro norte, o legislador, visando a criação dos juizados especiais no âmbito federal, veio regulamentar, através da Lei 10.259/2001, a atuação dos juizados em tal âmbito. Relevante destacar que a Lei 10.259/01 não veio com a função de modificar o conceito de infrações de menor potencial ofensivo (IMPO).¹² Tanto é que o legislador elegeu como infrações de menor potencial ofensivo, conforme se depreende da leitura do artigo 61 da Lei 9.099/95, o princípio da intensidade da pena.¹³ Com isto, a competência para eleger uma IMPO não foi alterada pela Lei 10.251/01. Lei esta, aliás, criada primeiramente por intermédio da Emenda Constitucional nº 22, que veio acrescentar o parágrafo único ao artigo 98 da Constituição Federal que, por sua vez, foi transformado no § 1º, pela Emenda Constitucional de nº 45, de 08 de dezembro de 2004. Vindo, com isso, a instituir os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, conforme preceitua o artigo 2º, da Lei 10.259/2001.¹⁴

10 Artigo 76 da Lei 9.099-95.

11 MIRABETE, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1997, p. 62.

12 Infrações de menor potencial ofensivo.

13 Art. 61 - Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

14 Art. 2º – Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo, res-

O delegado de polícia como conciliador e mediador

O Delegado de Polícia, entre suas atribuições legais e regulamentares, acaba por exercer, de um modo ou de outro, o instituto da conciliação e mediação, ou melhor, nos duzentos e cinco anos de existência das Polícias Cíveis no Brasil, o Delegado de Polícia, no exercício de sua função, trabalha diuturnamente com estes institutos.

Conciliar é o ato de resolver ou mesmo apaziguar um conflito interpessoal, com auxílio de uma terceira pessoa que atua no sentido de ouvir as partes litigantes, podendo interferir na discussão, com a finalidade de propor uma solução que auxilie ambas ou mesmo que apresente uma solução que não agrade totalmente uma ou ambas as partes conflitantes, mas que possa, com a intervenção do terceiro imparcial, encontrar um meio termo que satisfaça os contentores, visando assim pacificar o conflito interpessoal.

O Delegado de Polícia exerce esta função com primazia e, como exemplo, podemos citar o crime de ameaça. Uma pessoa, no calor de uma discussão, ameaça a outra de causar-lhe um mal injusto. A vítima comunica a polícia do ocorrido e, quando os conflitantes são chamados a comparecer em uma unidade de polícia civil para uma audiência de conciliação preliminar, o Delegado de Polícia, como conciliador, ouve as partes e, ao final, demonstra a estas que a ameaça surtiu no calor da discussão.

Assim, por sua vez, a vítima acaba por não mais apresentar a intenção de dar continuidade ao procedimento daquele pequeno conflito. As partes (ofendido e autor) acabam por aderir a uma proposta de conciliação, que é devidamente documentada em um acordo. O autor se arrepende e pede desculpas pelas ameaças proferidas no calor da discussão e o ofendido, aceitando o pedido de desculpas, encerra o conflito. Para dar transparência ao acordo, este é reduzido a termo. Após ser este documento lavrado em audiência, é encaminhado ao judiciário que, por sua vez, abrirá vistas ao representante do Ministério Público para análise e posterior arquivamento pelo magistrado.

Por outro norte, o Delegado de Polícia também exerce a função de mediador, atribuição essa em que as partes conflitantes aceitam um terceiro como mediador para acompanhar a problemática. Aqui, o Delegado de Polícia tem a função de pacificador, deixando que as partes envolvidas encontrem a melhor forma de acordo, trabalhando agora como intermediador.

Exemplo de mediação conduzida pelo Delegado de Polícia são as lesões simples, ocorridas no trânsito, em virtude de acidente. No mesmo sentido da conciliação, as partes são convidadas a comparecer no Núcleo Especial Criminal (NECRIM), localizado na unidade de Polícia Judiciária. Na audiência, o Delegado de Polícia deixa que cada uma das partes explanem sobre o ocorrido e, após, informa que elas deverão achar a melhor solução para o conflito gerado, para que possam contextualizar o conflito e as diferenças geradas. Age aqui, o Delegado de Polícia, como mero facilitador, pois, ao final,

peitadas as regras de conexão e continência (Redação dada pela Lei nº 11.313, de 2006).

as partes chegam ao consenso que cada uma deve arcar com seu prejuízo ou, em muitos casos desta natureza, a parte causadora do acidente acaba arcando com os prejuízos, o que leva a outra parte a desistir do processo.

Observa-se que não se confunde um instituto com o outro, porém ambos buscam a solução de conflitos interpessoais. Não há dúvidas de que estes institutos são ferramentas muito importantes na pacificação social e na celeridade do sistema criminal brasileiro.

Alguns autores estabelecem uma diferença estanque entre a negociação, conciliação e mediação. Todavia, outros abalizados doutrinadores e estudiosos, a exemplo de Michelle Tanon Barbado¹⁵ em que afirma que não há consenso, por parte da doutrina, quanto aos critérios utilizados para diferenciar os termos mediação e conciliação. Distingue-se dela somente porque a conciliação busca, sobretudo o acordo entre as partes, enquanto a mediação objetiva trabalhar o conflito, surgindo o acordo como mera consequência. Trata-se mais de uma diferença de método, mas o resultado acaba sendo o mesmo. Nos estudos acadêmicos, obras que versam sobre o tema autocomposição de conflitos, ora mencionam para uma mesma técnica o termo conciliação, ora mediação que, em verdade, nada mais é que uma negociação assistida. Consoante o retro mencionado, é comum nos trabalhos e obras que versam sobre métodos de autocomposição de conflitos, os termos conciliação e mediação serem, não raras vezes, confundidos, como exemplo podemos citar o que se deu, de forma cristalina no Projeto de Lei nº 5117/2009, de autoria de Deputado Federal Régis de Oliveira, que traz em seu bojo artigos, referindo-se à conciliação e a figura do Delegado de Polícia como conciliador. Entretanto, na justificativa do referido Projeto de Lei, especificamente na parte introdutória, consta menção do Deputado Régis de Oliveira, ao credenciamento do Delegado de Polícia como “mediador nato”. Ponderadas tais circunstâncias, o presente trabalho passa a tratar do método mediação posto que, das técnicas de autocomposição, é a mais complexa e que se aplica em relações de mera conciliação, circunstância fática que abarca a grande maioria dos crimes de menor potencial ofensivo, com raras exceções, a exemplo dos crimes de trânsito e relação de consumo.¹⁶

As Polícias Judiciárias Brasileiras possuem, como uma de suas finalidades, apaziguar conflitos e com isso contribuir com o desenvolvimento da sociedade, pois é comum nas cidades a existência de conflitos que contribuem para a violência urbana. Visando criar ferramentas para o combate destas situações, as Polícias Judiciárias, através de seus dirigentes, se utilizam destes institutos para contribuir com a paz social. A formação jurídica que possui o Delegado de Polícia propicia a aplicação dos institutos da conciliação e da

15 BARBADO, Michelle Tanon. **Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <<http://arcos.org.br>>. Acesso em: 15 jul. 2014.

16 BARROS FILHO, Mário Leite de. **O delegado de polícia como pacificador social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16961/o-delegado-de-policia-como-pacificador-social>>. Acesso em: 07 nov. 2013., p. 36.

mediação nos crimes de menor potencial ofensivo.

A sociedade percebe, nestas ações implementadas no âmbito das Polícias Civis, a celeridade que tanto foi difundida com o advento da Lei 9.099/95 e que não se efetivou, uma vez que os procedimentos gerados pela lei dos Juizados Especiais atualmente são demorados. Com isso, a população acaba desacreditando ainda mais no sistema judiciário brasileiro. Com a aplicação da mediação e conciliação já na fase policial permite-se uma resposta rápida e satisfatória para sociedade.

A integração entre as Polícias Judiciárias e a comunidade é uma realidade que vem trazendo benefício a todos, vindo assim a facilitar a resolução dos conflitos, gerando confiabilidade nas ações da Polícia Judiciária e, por fim, na própria justiça.

Com a aplicação dos institutos da conciliação e mediação na resolução de conflitos interpessoais, através de audiências preliminares conduzidas pelos Delegados de Polícia, criou-se mais uma ferramenta de controle social no combate a criminalidade, podendo estes profissionais trabalhar como facilitadores para que os envolvidos encontrem a melhor solução em suas contendas.

Quando a construção do acordo parte dos envolvidos, a possibilidade do conflito se encerrar é muito maior, evitando-se assim a ocorrência de crimes graves. Por outro lado, se a decisão fosse oriunda de um processo comum, no âmbito do judiciário, em que a decisão se arrasta por anos, o conflito tende sempre a aumentar, podendo causar danos irreparáveis às partes.

Nota-se assim, que se pode utilizar a Polícia Judiciária como uma ferramenta importante, não só como órgão repressivo e fiscalizador, mas como uma polícia que atua de modo sensível, com a humanização do policial. O Delegado de Polícia, na condução das conciliações e mediações de pequenos conflitos de ordem criminal, consegue contribuir com as pessoas menos favorecidas da sociedade, que buscam nos órgãos de Estado a solução de conflitos interpessoais. Isso porque as pessoas carentes atendidas diariamente nas delegacias de polícia não têm conhecimento e condição financeira para contratar um advogado, restando assim, à Polícia Judiciária exercer seu papel de garantidor dos direitos constitucionais ao indivíduo, gerando de fato a inclusão social e transformando o padrão ultrapassado de justiça que conhecemos.

Transformar a realidade social foi o objetivo do legislador ao implantar a Lei 9.099/95, ou seja, uma justiça rápida eficiente e desburocratizada. A possibilidade das Polícias Judiciárias brasileiras, através dos Delegados de Polícia, atuarem em composição preliminar de crimes de menor potencial ofensivo, vem fortalecer a orientação contida na Resolução nº 26 de 28 de julho de 1999, o Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, que foi expresso em preconizar que os Estados desenvolvam, ao lado dos respectivos sistemas judiciais, outros meios de pacificação de conflitos diverso dos modelos processuais penais vigentes até então.

Referências

BARBADO, Michelle Tanon. **Reflexões sobre a institucionalização da mediação no direito positivo brasileiro**. Disponível em: <<http://arcos.org.br>>. Acesso em: 12 jul. 2014.

BARROS FILHO, Mário Leite de. **O delegado de polícia como pacificador social**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/16961/o-delegado-de-policia-como-pacificador-social>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

BLAZECK, Luiz Mauricio Souza. **O Delegado de Polícia como mediador de conflitos**. 2012. Academia de Polícia “Dr. Coriolano Nogueira Cobra”, São Paulo, 2012.

FREITAS JÚNIOR, Antonio Rodrigues de. **Curso Nacional de Multiplicados de Polícia Comunitária**. Mediação demais meios de resolução pacífica de conflitos e a polícia comunitária. 4. ed. Brasília: SENASP, 2010.

MIRABETI, Júlio Fabrini. **Juizados Especiais Criminais**. São Paulo: Atlas, 1997.

AS (DIS) FUNÇÕES DO MODELO DO SISTEMA DE SEGURANÇA PÚBLICA NO BRASIL: A REFORMA CONSTITUCIONAL ESQUECIDA

Laurinaldo Félix Nascimento

Doutorando em Direito pela Univ. Estácio de Sá/Rio de Janeiro. Mestre em Administração Pública e Governo na Fundação Getúlio Vargas/Rio de Janeiro. Graduado em Direito na Univ. Estácio de Sá. Advogado e Coronel da Reserva da Polícia Militar de Pernambuco

Resumo:

O objetivo do presente artigo, é analisar o contexto das políticas públicas de Segurança Pública no Brasil e como elas foram estruturadas na Constituição de 1988. A promessa de defesa dos cidadãos, são o corolário dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro, quais sejam: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são nesses pilares, no qual estão fixados o Estado Democrático de Direito. A discussão do campo da Segurança Pública é pautada nos homicídios; na violência contra a mulher; contra grupos minoritários; violência carcerária; violência policial e; desrespeito aos Direitos Humanos. Neste contexto, refletir-se-á sobre novos caminhos para o acesso efetivo Segurança Pública preventiva e não repressiva, tendo o policial como participante e educador social, promotor de direitos humanos e da justiça na implementação de uma efetiva cultura da paz. A questão da violência é um tema de relevância universal, social e econômica e acadêmica, para a compreensão do fenômeno da criminalidade no Brasil, sendo atualmente um assunto na pauta da sociedade, mas fora do campo de discussão das reformas constitucionais do Estado. A pesquisa aborda a concepção do Sistema de Segurança Pública pelo constituinte originário de 1988, em especial, às polícias estaduais, que foram alocados como órgãos ligados a Defesa do Estado e não na proteção social e do cidadão.

Palavras-chave: Políticas de Segurança Pública; Direitos Humanos; Direito Constitucional; Reforma constitucional.

Introdução

A pesquisa justifica-se por analisar o sistema de Segurança Pública, dentre os principais órgãos que compõem o sistema nacional segurança pública descritos no Art. 144 da Constituição Federal. As polícias, estas constituem o principal segmento da Segurança Pública, sem detrimentos das outras polícias (todas em nível federal), mas por estarem diretamente relacionadas com a “polícia ostensiva e a preservação da ordem pública” no caso da polícia militar ou incumbidas da função de polícia judiciária, no caso da polícia civil. A essas polícias lhes cabem o maior papel no enfrentamento diário da violência e criminalidade e o relacionamento direto com o cidadão.

Trata-se também de analisar a necessidade mudanças no âmbito reforma constitucional no segmento da Segurança Pública no Brasil para melhorar dos resultados de combate à criminalidade e efetividade das ações do Estado Brasileiro no campo da defesa social e do direito à segurança.

Com efeito, o estudo da atuação repressiva das polícias vinculadas aos homicídios, na questão da violência é de **relevância social**, através do tempo e atual para a compreensão do fenômeno da criminalidade no estado de brasileiro, investigando os mecanismos institucionais de aumento ou diminuição da violência associados a promoção de Direitos Humanos.

O aumento da criminalidade em particular da questão dos homicídios, é um campo estudo de **relevância acadêmica**, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, que merece observação das políticas públicas de segurança implementadas, da atuação de órgãos policiais na contemporaneidade, deve ser objeto permanente de pesquisa para aprofundamento do estudo da violência e da intolerância policial no Brasil.

Os policiais, como principais agentes do Estado na tarefa de controle social, principalmente por estarem presentes nas ruas de forma ininterrupta, precisam de autoridade e responsabilidade que permitam intervir sobre o quadro social, que produz uma imensa demanda a reclamar sua atuação reativa (Hipólito; Tasca, 2012, P. 30), isso eleva sua **relevância para o Direito Público**.

No terceiro e último capítulo será abordado as disfunções constitucionais das polícias, que contribuem no campo da violência policial também é outro assunto de **relevância para as reformas constitucionais**, “pois o processo de democratização no Brasil foi incapaz de romper em absoluto com as práticas autoritárias do regime repressivo militar, apresentando como reminiscência um padrão de violência sistemática praticada pela polícia, que não consegue ser controlada pelo aparelho estatal” (PIOVESAN, 2013, p. 438).

Também é um fator de **relevância econômica** para estudo e aprofundamento dos números de homicídios, suas variações e desdobramentos para estudo da escalada da violência no Brasil e seus impactos na economia.

Por conclusão a debilitação do tema mostra-se com a relevância do projeto de pesquisa. O Direito à Segurança Pública é um tema de **relevância**

universal¹, sendo necessário o debate da reforma do sistema constitucional de segurança importante para o entendimento de como a sociedade ainda não avançou nessa agenda de políticas públicas.

No item dois, procede-se uma análise sobre as políticas de segurança pública como um instrumento de biopoder e biolítica na perspectiva constitucional.

No item três apresentam-se as disfunções constitucionais burocráticas das polícias que contribuem, no campo das políticas públicas, para a diminuição da credibilidade, do aumento da violência policial e da ineficácia do modelo.

Na metodologia o estudo é descritivo, documental e qualitativo: análise comparativa das polícias de outros países, pesquisa bibliográfica e análise das políticas públicas de segurança. Consta informar que a epistemologia utilizada no presente trabalho é a pesquisa do tipo teórica, sobretudo, o referencial teórico terá como base justamente a pesquisa bibliográfica e outras fontes jurídicas no campo.

Por fim também se observam estruturas disfunções burocráticas na questão das suas atuações. As disfunções e outros paradoxos transformaram o Sistema de Segurança Pública Brasileiro na Reforma Constitucional Esquecida.

A segurança pública como um instrumento de biopoder e biopolítica na perspectiva constitucional

Para se ter resultados satisfatórios quanto à Segurança Pública são necessárias medidas que extrapolam aquelas de natureza meramente policiais. As medidas repressivas, tais quais as ostensivas correspondem a fatores importantes para a inibição da criminalidade, contudo, não atacam as causas que originariam o crime, hoje tão somente se limitam as consequências.

A Segurança Pública em nada foi modificada nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã, embora muito debata sobre em violência e criminalidade: homicídios, redução de danos nas drogas, violência doméstica e feminicídio, violência carcerária e desrespeito aos Direitos Humanos, nada se debate sobre o papel das polícias.

O Estado exercendo o seu biopoder procura estabelecer a soberania e o controle das forças de segurança é fundamental, por meio da governamentalidade se busca gerir o corpo social, “um conjunto de técnicas, uma tecnologia política, ou ainda, um dispositivo gerador de controle” (SILVA, 2017, p. 15)

A Constituição Federal de 1988 assume expressamente o conteúdo dos direitos constantes dos tratados internacionais dos quais o Brasil é parte, explica Flávia Piovesan (2013) ainda que esses direitos não sejam enunciados sob a forma de normas constitucionais, mas sob a forma de tratados internacionais, a Carta lhes confere o valor Jurídico de norma constitucional já que

1 Grifos do autor.

preenchem e complementam o catálogo de direitos fundamentais previsto pelo Texto Constitucional.

A Segurança Pública é missão constitucional, em regra, dos órgãos elencados no art. 144 da Constituição Federal de 1988, todos os órgãos compõem o dever do Estado, mas o próprio Estado não define o que seria “direito e responsabilidade de todos”.

Contudo a “responsabilidade de todos” é um conceito aberto que conduz a uma responsabilidade subjetiva, no entanto, a responsabilidade é um conceito que conclama à participação da sociedade, à participação popular em fazer parte da segurança, de suas políticas e opinar sobre seus caminhos e decisões

O constituinte originário alocou os órgãos da Segurança Pública no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, entre os Art. 136 ao art. 144, o desenho constitucional dado a proteção da sociedade, em específico à segurança pública, ficando claramente os órgãos da Segurança Pública vinculados à Defesa do Estado e das Instituições Democráticas, ligando na linguagem constitucional a Institutos como o estado de defesa, o estado de sítio, de clara exceção dos direitos e liberdades individuais e na atuação da Forças Armadas instituições voltadas à “defesa da Pátria”, expressão, *latu sensu*, claramente ligada a situação de guerra externa e defesa da soberania do território e do povo.

No Capítulo imediatamente anterior, se encontra no texto magno o Capítulo IV - das Funções Essenciais à Justiça, neles estão inclusos o Ministério Público, a Advocacia Pública, a Advocacia e a Defensoria Pública, instituições muito ligadas à proteção legal e a defesa dos direitos e garantias individuais.

Nessa correlação o correto seria vincular o Sistema de Segurança Pública neste Capítulo IV. Contudo o Estado temendo perder a seara do poder das forças de segurança, embora nenhuma das instituições descritas no Capítulo IV seja subordinada ao Poder Judiciário, vinculou-se novamente à Segurança Pública a Defesa do Estado e subordinando às policiais militares às Forças Armadas, como forças auxiliares e reserva do Exército.

Ressalte-se que essa concepção de que polícia militar é *força auxiliar e reserva*, continuou por reproduzir o modelo de “gestão militar e de combate ao inimigo”, se não há guerra externa, as polícias militares atuam na “guerra interna”, mimetizando todo aparato de defesa interna e territorial e não de defesa social, produzindo um inimigo imaginário: o cidadão infrator legal.

Estas relações constitucionais de alocação de órgãos policiais a serviço do Estado e das Forças Armadas são questões claramente de biopolítica e biopoder, conforme explicam Mari Fagundes e Tereza Queiroz (2019) embora tenha-se formalmente instituída uma Constituição tida como precursora na América Latina, no que tange os pilares democráticos, isso não é sinônimo de efetividade e cumprimento do disposto em seu texto. Aliás, muitas vezes se fundamenta nela para que o tratamento desigual de alguns sujeitos seja aceito e torne-se “caso paradigmático” para outras decisões.

O constituinte originário optou, talvez, por interpretações relacionadas a expressão “funções essenciais à justiça”, que no caso significa promover à justiça, no sentido de cidadania e direitos individuais.

Nada obstaría que o sistema de Segurança Pública, viesse a ter sido constitucionalizado neste CAPÍTULO IV, contudo, verifica-se a cultura do constituinte de 1988 um certo movimento de promover alterações nas polícias militar e civil, principalmente nas polícias-militares, já muito desgastadas no período da ditadura militar (1964-1985), quando eram esperadas a possível desmilitarização, modificações estruturais mas não houve ao longo dos anos de Constituição o enfrentamento político da questão.

As disfunções constitucionais burocráticas das polícias que contribuem, no campo das políticas públicas, para a diminuição da credibilidade, do aumento violência policial e da ineficácia do modelo

Observam-se, na Constituição Federal e na relação de Políticas Públicas que, apresentam-se três disfunções burocráticas: i) institucionais (no sentido da vinculação ao centro do poder); ii) orgânicas (na questão da dicotomia e repartição de funções que poderia ser exercido por uma só polícia) e; iii) funcionais (na questão do domínio das políticas públicas e orçamentos estarem vinculados ao poder central e não ao estado que executam as políticas), no modelo de Segurança Pública adotado no Brasil.

O Sistema de Segurança Pública no Brasil foi concebido para ser instrumental e racional, fundado na ação pragmática do Estado controlando às polícias e estas controlando à população, assim o agir racional de cada cidadão em concordar com o *modus operandi*, as Segurança Pública e fruto dessa instrumentalizada, em sua análise, Habermas investiga a ação racional humana, categorizando-a da seguinte forma:

A uma ação orientada para o êxito chamamos instrumental, quando a consideramos sob o aspecto de observância a regras de ação técnicas e avaliamos o grau de eficácia da intervenção que essa ação representa em um contexto de estados e sucessos; [...] As ações instrumentais podem estar associadas a interações sociais. [...] Falo, em contraposição, de ações comunicativas, quando os planos de ação dos atores implicados não se coordenam, através de um cálculo egocêntrico de resultados e sim mediante atos de entendimento. Na ação comunicativa, os participantes não se orientam primariamente para o próprio êxito; antes perseguem seus fins individuais, sob a condição de que seus respectivos planos de ação possam harmonizar-se entre si sobre a base de uma definição compartilhada da situação. (HABERMAS, 1987, p. 367)

O contexto do biopoder e da biopolítica são enraizados na cultura política brasileira, não se pode perder o controle social instrumentalizado, então o Estado faz o uso da violência como forma de dominação, nesse contexto

entram as polícias e não raro ao longo da história brasileira foram utilizadas para aplacar revoltas populares, desde o Império até a redemocratização em 1985, em outras palavras:

[...] Por agora, é preciso repetir: decididamente, a época privilegia a separação, os movimentos de ódio, de hostilidade e, sobretudo, a luta contra o inimigo, e tudo isto é consequência daquilo a que, num vasto processo de inversão, as democracias liberais, já amplamente branqueadas pelas forças do capital, da tecnologia e do militarismo, aspiram (MBEMBE, 2017, p. 72).

Não por acaso, há no Brasil esses modelos *sui generis* de polícia, o problema não passa pela militarização ou desmilitarização, o problema é de gestão e as disfunções que o Sistema de Segurança Pública possui.

Disfunção Burocrática Institucional

Na primeira disfunção burocrática está a Institucional, relativa ao centro do poder sobre as polícias. As Polícias como instituições ligada aos Estados da Federação, causam disfunções na gestão pública, pela exclusão dos municípios e da União na responsabilização direta da Segurança Pública, aponta-se que na maioria dos países ocidentais às polícias ostensivas são nacionalizadas ou municipais, em alguns contextos podem ser metropolitanas.

O modelo de polícia militar e civil estadual brasileiro, exclui a União e os Municípios da gestão e controle das políticas públicas de segurança, muito embora a Força Nacional (a polícia do Governo Federal) tente fazer um papel complementar em operações de garantia da lei e da ordem (GLO), mas ela é formada por policiais militares dos Estado e em nível municipal às guardas municipais, descritas no mesmo artigo 144 § 8º da Constituição, destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, ainda não encontrou a adesão em nível local.

Embora no mundo, conforme a extensão territorial e aspectos da formação do Estado, existe uma diversidade dos sistemas das polícias. No Japão existe apenas uma polícia desmilitarizada e no sistema de polícia comunitária (sistema Koban). Nos Estados Unidos o sistema policial é municipalizado e desmilitarizado, mas existem as polícias estaduais e de condados. Na Espanha a polícia é militarizada, contudo chama-se *Guardia Civil*. “Só que civil neste caso não é o contrário de militar, mas sim originário de “civitas”, ou seja, uma guarda que proteja o cidadão” (ZAVERRUCHA, 2005, p. 76).

Atualmente, na França, subsistem duas corporações policiais herdeiras do sistema napoleônico: a Gendarmerie Nationale (Gendarmaria Nacional), militar; e a Polícia Nacional, civil, definida como uma força instituída para garantir a República, a preservação da ordem e o cumprimento das leis.

Este modelo de polícia francesa propagou-se por todo o mundo no final do século XVIII, servindo de inspiração para as mais modernas gendar-

maria, dentre as quais é possível citar a Arma dei Carabinieri d'Itália (militar), Guarda de Finanças (militar) e Polícia judiciária (civil), os Carabinieri de Chile (militar, hoje em processo de reformulação) e Polícia Judiciária (civil) e a Gendarmeria Nacional Argentina (militar), a polícia federal (civil) e a Polícia da Província (civil).

Em Portugal, existe a Guarda Nacional Republicana (militar), a Polícia de Segurança Pública (civil) e a Polícia Judiciária (civil), na Espanha além da Guarda Civil (militar) existe o Corpo Nacional de Polícia (civil).

O Brasil perdeu-se em múltiplas narrativas políticas em disputa e a população, aduzem Marques; Barros (2020) mais uma vez, está tendo que lidar com os efeitos deletérios e perversos de um modelo de segurança pública obsoleto e que até hoje não foi palco de grandes reformas, mesmo após a Constituição de 1988.

Os países não têm nada remotamente parecido com um manual sobre o que funciona na reforma das organizações policiais em prol da democracia. David Baylei (2001) alerta que embora existam longas listas de obstáculos para a reforma policial no exterior, como corrupção, públicos alienados e hábitos duradouros de repressão, há pouco conhecimento compartilhado sobre o que fazer a respeito desses problemas.

Desenvolver um modelo de Segurança Pública participativa focado em proteger os grupos mais vulneráveis e com a necessária efetividade é um verdadeiro desafio a qualquer estado ou modelo constitucional.

O modelo de segurança pública militarizado e lastreado no confronto, explicam Botelho; Lira (2020) notadamente na guerra as drogas, não é um fenômeno novo, muito pelo contrário. Passa-se a uma breve análise dessa falaciosa guerra.

Um desafio crucial na literatura sobre o crime é obter uma estimativa do efeito do aumento da presença policial. “Como a distribuição dessas instituições pode ser presumida como exógena em uma regressão do crime” (SCHARGRODSKY e DI TELLA. 2004, p. 20).

Deve-se ter sempre clara a ideia de que a sociedade é complexa, ocorrendo conflitos de diversos tipos todos os dias, e que para a resolução destes, os órgãos de segurança pública devem utilizar ações diferenciadas. A polícia não pode utilizar um procedimento padrão, único, para todas as formas de conflito, ela precisa ter a capacidade de ampliar o espaço de decisão nas escolhas de ações e intervenções para cada fato que enfrenta. Assim, a postura mediadora passa a ser uma função importantíssima na ação da polícia (BEN-GOCHEA, 2006).

O policiamento está sendo transformado e reestruturado no mundo moderno. Isso envolve muito mais do que reformar a instituição considerada policial, embora isso também esteja ocorrendo. A chave para a transformação é que o policiamento, ou seja, a atividade de tornar as sociedades seguras, não é mais executado exclusivamente pelos governos. O policiamento entrou em uma nova era, uma era caracterizada por uma transformação na governança

de segurança. (BAYLEY; SHEARING, 2001, p. 1).

Assim o modelo de polícia em nível estadual deve ser enfrentado, sabe-se que o modelo é esgotado e não tem credibilidade popular por motivos históricos, quer pelo caráter da biopolítica e do biopoder e quer por ações de necropolítica, as polícias são utilizadas como massa de manobra para promoverem justiça social criminal com base na morte de pessoas, quer criminosos, quer não.

Disfunção Burocrática Orgânica

Desde o século XIX, nossas polícias são organizadas de maneira dualista ou dicotômica. As forças policiais militarizadas, encarregadas de manter a ordem pública, foram criadas ainda durante o Império e, após a proclamação da República, foram denominadas forças públicas em muitos estados. A elas, sucedeu-se a criação de guardas civis, que passaram a responder pelo policiamento ostensivo, com objetivo de prevenir a criminalidade (FONTOURA et al, 2009, p. 137).

Na segunda hipótese ou questão norteadora a disfunção burocrática orgânica, tem-se a problemática de duas polícias fazerem metade do trabalho, não cumprindo com o chamado: ciclo completo de polícia.

O ciclo completo de polícia deve ser compreendido como a atribuição das atividades de patrulhamento ostensivo e de investigação criminal a uma mesma organização policial, evitando o duplo e burocrático processo de execução criminal.

Luís Flávio Sapori (2016) explica a questão da dicotomia entre as polícias:

Em outras palavras, a mesma polícia tem um segmento fardado que realiza o patrulhamento ostensivo nas ruas e outro segmento constituído de investigadores incumbidos de coletar evidências de materialidade e autoria dos crimes eventualmente registrados. No caso da sociedade brasileira, essa atribuição investigativa corresponde à elaboração do inquérito policial. E ambos os segmentos, geralmente, ficam lotados na mesma unidade policial (SAPORI, 2016, p. 52).

Todas as polícias do mundo quaisquer que sejam o modelo executam o ciclo completo. Há apenas dois países no mundo onde o ciclo completo não é adotado: **Brasil e Guiné Bissal**.

Em 1995, a lei dos juizados especiais cíveis e criminais, Lei nº 9.099/95, possibilitou que crimes de menor potencial ofensivo, pudessem ser processados diretamente pelas polícias militares, conforme a redação contida no art. 69:

Art. 69. A autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado e o encaminhará imediatamente ao Juizado, com o autor do fato e a vítima, providenciando-se as requisi-

Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa, contudo ao passo de vinte e cinco anos da lei ainda estão as polícias militar e civil a lutar por espaço de quem será o executor do chamado Termo Circunstanciado de Ocorrência (TCO).

Uma contenda foi gerada pela interpretação jurisprudencial e doutrinária do art. 69 da lei 9.099/95, que passa pelo conceito de “autoridade policial”, onde os delegados de polícia civil requeriam ser os únicos servidores públicos a ter essa distinção legal, contudo, policiais militares, os policiais rodoviários federais e, até recentemente as guardas municipais, que também reivindicam ser alcançadas pelo conceito de autoridade policial para lavratura e encaminhamento do TCO à justiça, poder ser denominadas de “autoridades policiais”.

Assim a disfunção causada pela ruptura do ciclo completo de polícia é fato ligado a disputa de da biopolítica e biopoder, para proteção de instituições, de lutas de categorias e em nada tem com melhoria de prestação de serviços a população, que talvez fique com os extratos que são os resultantes da necropolítica causada pela relação dicotômica, não diretamente, mas indiretamente pela gestão .

As mudanças têm acolhimento até mesmo entre os operadores da Segurança Pública, que anseiam por mudanças, conforme Luciana Gross Cunha, *et al.* (2014.p.119) aponta desse sentido:

As polícias poderiam ser organizadas em uma carreira única, a fim de se tornarem mais eficientes? A polícia militar deve se desvincular do Exército ou deve manter-se ligada às Forças Armadas? A agenda da desmilitarização, entre outros aspectos, está na pauta de discussão de estudiosos e formuladores de políticas públicas sobre segurança pública.

O constituinte originário, deixou para as futuras legislaturas e para os governos subsequentes a possibilidade de extinção das polícias militar e civil, quando no texto constitucional, não atribuiu a expressão “*instituída por lei como órgão permanente*”, as polícias militar e polícia civil, para que num futuro próximo, saindo do regime totalitário que vivia o Estado brasileiro, os políticos, a sociedade e os acadêmicos, promovessem às reformas necessárias, com a extinção, desmilitarização e unificação, quem sabe até a municipalização ou nacionalização das policiais estaduais. Nada avançou nesses quase trinta e cinco anos.

Desse modo, o modelo dicotômico nacional de polícia ostensiva militarizada e polícia civil repressiva, fazendo cada um seu papel está totalmente ultrapassado, esgotado e ineficiente.

Disfunção Burocrática Funcional

Na terceira hipótese ou questão norteadora, aponta-se a disfunção burocrática funcional, relativa as implementações das políticas públicas.

A gestão pública e a governança são formas utilizadas por atores que detém poder de decisão outra questão de biopolítica e biopoder, da legitimidade política para direcionar possibilidades para mudança em caso de relevância social visando estabelecer formas de melhorias e situações favoráveis a determinados interesses coletivos.

Assim os Estados foram incumbidos de força policial, contudo o sistema de repartição de receitas da Federação, tem provocado todas essas crises fiscal e de gerenciamento da Segurança Pública, quando ainda dependem do governo federal para políticas públicas de equipamentos, salários e até treinamento, sabe-se que Segurança Pública é custosa.

A prevenção, que é a característica de polícia administrativa, fardada e ostensiva, na maioria nas vezes, forjou o lado repressivo, provocando nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã: a falta de credibilidade da Segurança Pública, a violência policial e o desrespeito aos Direitos Humanos.

A promoção de Direitos Humanos e a descentralização das políticas de segurança pública principalmente no seu componente preventivo, aprofundasse através dos anos e com os sucessivos governos democráticos.

No entanto, essa política encontra resistências. De um lado, os agentes governamentais dos diferentes níveis – federais, estaduais e municipais – encontram-se reticentes ao desenvolvimento de ações deliberadas que possam expor seus ganhos políticos. (FONTOURA, 2009, p. 183).

Em 1997, ainda no governo Fernando Henrique (1995-2002), houve a criação as Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), vinculada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.

A SENASP² para além de sua estrutura burocrática, tem cuidado de programas de fomentos e incentivos orçamentários aos Estados para condução de suas políticas públicas locais

A SENASP, como qualquer estrutura de poder, tratou de ter a sua própria Polícia: a Força Nacional, que foi decorrente da lei que fundamentou o Fundo Nacional de Segurança Pública³, com a criação da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP) em 2004, no primeiro governo do presidente Luiz Ignácio Lula da Silva (2002-2009), por intermédio de um Decreto nº 5.289/2004, o que faz com que a FNSP, assemelhe-se muito mais a uma política pública federal de segurança pública do que propriamente a uma polícia nacional de intervenção em ações de Garantia da Lei e da Ordem, função também atribuída as Forças Armadas no Art. 142 da Constituição.

A FNSP repete os mesmo atores dos estados, as polícias militares, sen-

2 Decreto nº 6.061, de 15 de março de 2007.

3 A Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001 foi substituída pela **Lei nº 13.756, de 12 de dez. de 2018.**

do composta basicamente de oficiais e praças, na mesma estrutura hierarquizada e militarizada, não havendo nada de novo em sua gênese e formação.

Há muita disputa política de lançamento projetos-vitrines, o exemplo mais recente dessa modalidade ocorreu no ano de 2019, no Governo de Jair Bolsonaro com o denominado Programa “Em frente Brasil”, cuja finalidade era enfrentamento à criminalidade violenta em “um formato inédito” e que contará com ações conjuntas entre União, Estados e Municípios.

O projeto-piloto foi implementado em cinco cidades, uma em cada região: no Norte, em Ananindeua (PA); no Nordeste, em Paulista (PE); no Sudeste, em Cariacica (ES); no Sul, em São José dos Pinhais (PR); e, no Centro-Oeste, em Goiânia (GO). Os cinco municípios não eram os mais violentos do país, daí a demonstração que o critério na escolha dos locais foi eminentemente político e não técnico., o projeto contava com o reforço da Força Nacional nas cidades, tipo de apoio em situações de segurança pública pode ser feito, no entanto não havia nessas cidades, qualquer situação de anormalidade, onde se crê que esse reforço foi, na linguagem de políticas pública uma ação do governo federal meramente “cosmética”.

O projeto também era baseado na figura do ex-ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro, adquirindo um caráter de personalismo, próprio das gestões das políticas de segurança no Brasil, onde a figura carismática de um gestor sustenta o lançamento de uma política pública, o ex-juiz Sérgio Moro era idealizado como um guardião da Justiça e “emprestava” credibilidade ao projeto. Hoje passado três anos não se tem notícias de aumentos de cidades, o ministro saiu e da mesma forma saiu da agenda o Programa “Em frente Brasil”, só se limitando as quatro cidades.

No Brasil ainda estar-se no aguardo de uma política pública de segurança permanente, que não seja fruto de um projeto político do governante, mas que reflita vontades permanentes da sociedade civil organizada a qual participaria dos processos decisórios, fundada em discussões sobre maiores investimentos financeiro-orçamentários, implementação de uma gestão por resultados, investimentos em tecnologias e inteligência policial, assentada mais na estratégia de uma polícia ostensiva de prevenção e comunitária do que numa polícia repressiva e de governo como forma de controle da criminalidade.

Nesse sentido explica Tercio Sampaio (1990), a comunidade não deve ser afastada, mas convidada a participar do planejamento e da solução das controvérsias que respeitem a paz pública.

Fica-se na espera de uma política pública de segurança bem mais ampla, que agregue a vontade política do governantes, melhores investimentos financeiros-orçamentários no setor com movimentos sérios e contínuos de investimentos em pessoal, equipamentos, tecnologia e inteligência, implementação da gestão por resultados nas secretarias estaduais de defesa social com criação de estratégias preventivas de controle da criminalidade.

Ao operar ao lado das proposições foucaultianas em torno da noção de biopolítica, oferece ferramentas necessárias para se pensar a espacialização

das relações de poder no território brasileiro, em especial das forças policiais.

Considerações finais

Neste trabalho, de acordo com os argumentos apresentados, conclui-se que o respeito à promoção dos direitos humanos é condição indispensável para a garantia de uma sociedade onde se preserve a justiça social e o estado democrático de direito.

O policial brasileiro é uma das autoridades mais próximas do cidadão em situação de violência, o que qualifica o policial como um burocrata em nível de rua, com o dever de pautar todas as suas ações na dignidade da pessoa humana e orientado aos direitos humanos.

A esfera ou espaço público é um fenômeno social elementar, pode ser descrito como uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posições e opiniões; nela, os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos (HABERMAS, 1980, p. 190).

Assim o policial deve estar orientado para a ação comunicativa numa perspectiva habermasiana, para a prevenção e para o relacionamento direto com o cidadão, hoje é o moderno conceito de polícia cidadã ou comunitária.

A polícia cidadã ou comunitária pode ser alcançada com um massivo processo de formação e aculturação dos policiais na proteção do cidadão através dos Direitos Humanos, o policial torna-se parte da comunidade e interage com todos os segmentos sociais de forma dialógica.

Os problemas relacionados à violência e a criminalidade são complexos, conflitivos e dinâmicos. A polícia não se presta somente como órgão de defesa social, para preservação da ordem pública, mas também para promover os Direitos Humanos, mediar conflitos e assegurar os direitos difusos, os direitos coletivos e os direitos individuais de todas as espécies.

A promoção aos Direitos Humanos é condição indispensável para que a justiça, a cidadania e a segurança pública sejam percebidas por todos. A polícia deve se reconhecer como uma conquista democrática do conjunto da sociedade e como uma demanda central da dignidade da pessoa humana.

Para se ter resultados satisfatórios quanto à Segurança Pública são necessárias medidas que extrapolam aquelas de natureza meramente policiais. As medidas repressivas, tais quais as ostensivas correspondem a fatores importantes para a inibição da criminalidade, contudo, não atacam as causas que originariam o crime, hoje tão somente se limitam as consequências.

A Segurança Pública em nada foi modificada nesses quase trinta e cinco anos de Constituição Cidadã, embora muito debata sobre em violência e criminalidade: homicídios, redução de danos nas drogas, violência doméstica e feminicídio, violência carcerária e desrespeito aos Direitos Humanos.

Explica Ricardo Brisolla Balestrieri (2005) que policial deve ser visto como um educador e multiplicador da cidadania, ele deve ser incluído no rol

dos profissionais da educação, ao lado das profissões consideradas formadoras de opinião. Dessa forma, o agente de segurança é um educador, o qual educa por meio de suas atitudes ao lidar com situações cotidianas. O policial educador transmite cidadania, a partir de exemplos de conduta, de comportamentos baseados em moderação e bom senso. O agente de segurança pública não pode mais ser visto, nos dias de hoje, como agente de repressão a mando do Estado.

Promover os direitos humanos na defesa social é tornar a polícia militar mais eficiente e eficaz, não somente no combater o crime com repressão, é prevenir sobretudo a violência com uma ação mais comunicativa e a presença comunitária, assim a polícia militar deve se perceber como uma natureza intrínseca dos direitos humanos: ser uma polícia cidadã.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 06 jun.2022.

BAYLEY, David H. **Democratizing the police abroad: what to do and how to do it. Issues in International Crime**. Washington, D.C.: National Institute of Justice, U.S. Department of Justice, June 2001.

BAYLEY, David H.; SHEARING, Clifford D. **The New Structure of Policing: description, conceptualization, and research agenda**. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, National Institute of Justice, July 2001.

BALESTRERI, R. B. **Direitos Humanos Coisa de Polícia**. Rio Grande do Sul: Capec, 2005.

BENGOCHEA, Jorge. **Ordem e Liberdade - A Revolução da cidadania**. Rio Grande do Sul: Polost, 2006.

BOTELHO, Larissa Gabriela Cruz; LIRA, Joyce Abreu de. **Controle judicial das políticas públicas e necropolítica no Rio de Janeiro em tempos de covid-19**. Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 24, n. 49, p. 157-172, out. 2020. Disponível em: <http://lexcultccjf.trf2.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/458>. Acesso em: 07 jun. 2022.

CUNHA, Luciana Gross et al. **O judiciário, a polícia e as leis na visão dos brasileiros**. Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2014. Obtido em: https://forum-seguranca.org.br/storage/8_anuario_2014_20150309.pdf Acesso em 05 jun. 2022.

FAGUNDES, M. C. de F.; QUEIROZ, T. C. da N. **Revista Abordagens**. João Pessoa. v.1, n.2, ago./dez.2019.

FERRAZ JÚNIOR. T. S. **Interpretação e Estudos da Constituição de 1988**. São Paulo. Atlas. 1990.

FONTOURA, Natália Oliveira de et al. **Segurança pública na Constituição Federal de 1988: continuidades e perspectivas**. Boletim de Políticas Sociais:

Acompanhamento e Análise. Vinte Anos de Constituição Federal. v.3, n. 17. Brasília: Ipea, 2009.

FOUCAULT, M. **História da sexualidade I: a vontade de saber.** Rio de Janeiro: Graal, 2006.

HABERMAS, Jürgen. **Legitimationsprobleme des spätkapitalismus.** Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HIPÓLITO, M. M.; TASCA, J. E. **Superando o mito do espantalho: uma polícia orientada para a resolução dos problemas de segurança pública.** Florianópolis: Insular, 2012.

MARQUES, David; BARROS, Betina Warmling. **O impacto da pandemia no crime e na Violência no Brasil – análise do primeiro semestre de 2020.** Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Anuário brasileiro de segurança pública. 14ª ed: São Paulo, 2020.

MBEMBE, Políticas da Inimizade. Tradução de Marta Lança. Portugal: Antígona, 2017.

MJSP, **Ministério da Justiça e Segurança Pública. Governo Federal lança “Em Frente, Brasil” para combater os crimes violentos no país.** 2019. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1567102301.36>. Acesso em 05 jun. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e Direito Constitucional Internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAPORI, Luís Flávio. **Como implantar o ciclo completo de polícia no Brasil?** Rev. bras. segur. Pública. São Paulo v. 10, Suplemento Especial fev/mar 2016.

SILVA, Thiago Mota Fontenelle e. **Direito e Neoliberalismo: tecnologias jurídicas e governamentalidade em Michel Foucault.** [Tese de Doutorado em Direito]. Universidade Federal do Ceará. 2017.

DIREITO À PRIVACIDADE E SEGURANÇA NACIONAL: CONTEMPORANEIDADE SOCIAL E FRAGILIDADES POSICIONAIS NA PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Luis Claudio Martins de Araujo

Estudos Pós-Doutorais (*Academic Visitor*) pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito pela UERJ. Professor Titular V da graduação do IBMEC. Professor da Pós-graduação *stricto sensu* (PPGD) da Universidade Cândido Mendes (UCAM)

Resumo:

O artigo tem por foco debater as tensões entre a privacidade individual e as medidas adotadas pelos Estados com vistas a assegurar a Segurança Nacional. Para tanto, será realizada uma breve análise conceitual do que se tem por Segurança Nacional, bem como da evolução da ideia de *privacy*. Esta análise abará a legislação estadunidense do início do século XXI e respectivas considerações; a exposição da teoria das esferas, de índole jurisprudencial constitucional alemã; bem como julgados de tribunais superiores norte-americanos e considerações doutrinárias e filosóficas sobre o tema. Da mesma forma, serão investigadas as bases do pensamento comunitarista-liberal de Amitai Etzioni, e os critérios propostos pelo autor para equilibrar interesses individuais e o bem comum, a partir da tentativa de justificação da normatividade intrusiva baseada na Segurança Nacional e pela consequente deslegitimação da privacidade. Por fim, se tentará discutir que a supressão da privacidade, com base em medidas assecuratórias da segurança nacional não pode ser admitida, sob pena de repetição de eventos históricos que não podem ser esquecidos ou relativizados.

Palavras-chave: Privacidade; Comunitarismo; Segurança nacional; Direitos fundamentais; Balanceamento.

Introdução

A realidade contemporânea, visual, fugaz, tecnocientífica, a um tempo que trouxe avanços até então inimagináveis e potencializou exponencialmente o crescimento tecnológico, permitindo expandir ou mesmo relativizar conceitos tradicionais, sobre os quais se alicerçara, até então, toda a base cultural-fi-

losófica sobre a qual se assentaram as sociedades ocidentais, expondo fragilidades e maximizou vulnerabilidades até então não imaginadas. Neste sentido, a excessiva massificação política, cultural e econômica tem apresentado novas ameaças às pessoas enquanto seres individualizados.

Um dos limites tradicionalmente apontados ao exercício do direito à vida privada residiria no interesse público em preservar a segurança nacional de seus cidadãos. O contexto global de uma sociedade em rede, com amplo fluxo de pessoas e dados, produtor de inúmeros choques culturais - no qual a sombra do terrorismo produz temores reais e imaginários, capitalizados politicamente - tem produzido um recrudescimento de medidas governamentais mundo afora¹ e o acirramento do debate em torno da compatibilização entre o interesse público do Estado em salvaguardar a segurança de seus nacionais e o interesse privado em preservar aspectos da vida privada necessários ao desenvolvimento da personalidade humana. Este debate será o mote central deste *paper*, estruturado em três partes principais:

Assim, inicialmente, será promovida uma análise da obrigação assumida constitucionalmente pelos Estados de assegurar a segurança nacional de seus cidadãos e do próprio Estado. Será promovida uma sucinta investigação sobre a origem histórica de tal dever, e os meios e limites necessários ao exercício de tal empresa por parte do Estado. Num segundo momento, será estudada a privacidade, inicialmente através de uma tentativa conceitual que precise seu correto delineamento, para uma igualmente breve análise da virada histórica de tal direito. Por fim, serão tecidas considerações sobre os critérios propostos pelo comunitarismo liberal, na vertente sustentada por Amitai Etzioni, para balancear estes dois aspectos, garantido um equilíbrio que assegure a segurança sem restringir indevidamente direitos individuais.

A obrigação do estado em assegurar a segurança: compreensão e limites

Proporcionar a segurança de seus nacionais é uma das funções essenciais do Estado, desde seu surgimento histórico. Mesmo o Estado liberal, essencialmente minimalista e não intervencionista, trazia como uma de suas tarefas proporcionar segurança aos cidadãos.

Contudo, a preocupação com a garantia da segurança nacional e da segurança pública tem ganhado novos matizes nos diversos ordenamentos jurídicos. A crescente desigualdade social e econômica sobre a qual se assentam os pilares de uma criminalidade emergente tem levado ao clamor popular pelo recrudescimento do tratamento repressivo por parte do Estado, o que culmina por permitir medidas questionáveis sob o ponto de vista das garantias constitucionalmente asseguradas aos jurisdicionados.

Ademais, no plano da segurança nacional e internacional, o fenômeno

¹ Das quais um dos mais relevantes exemplos é o *Patriot Act*, dos EUA, a ser analisado posteriormente neste trabalho.

do terrorismo tem produzido a sensação de insegurança constante, com o desdobramento em inúmeros instrumentos normativos que buscam combater este fato.

Assim, nos Estados Unidos da América, o *Patriot Act*, aprovado pelo Congresso em outubro de 2001, durante o governo Bush, permitiu a adoção de uma série de medidas atentatórias a privacidade dos cidadãos daquele país.

Da mesma forma, a *Terrorist Watch List*, apelidada de *No-Fly List*, derivação do *Patriot Act*, permite ao governo americano submeter os passageiros de voos destinados aos EUA a questionamentos que vão da identificação de etnia até a refeição que lhes foi servida no trajeto².

É bem verdade também que, além do controle do ingresso nas fronteiras, o monitoramento nos espaços públicos por vezes remete à figura do *panóptico*, de Foucault e Bentham:

Em Londres, tendo-se como referência apenas espaços públicos, estima-se a existência de 2,5 milhões de câmeras de segurança; sendo que a imagem de um cidadão britânico médio é capturada cerca de 300 (trezentas) vezes em um mesmo dia. Em Nova York, circunscrita apenas à cidade de Manhattan, identificaram-se 2.397 (duas mil trezentos e noventa e sete) câmeras instaladas para o mesmo fim³.

Assim, desde o percussor sistema *Hollerith* (que permitia o armazenamento de dados sobre cidadãos através do emprego de aparelho eletromecânico que lia, organizava e armazenava dados com base em perfurações em cartões, de modo a identificar o titular de tais dados), programas como o anglo-americano *Programa Echelon*, o programa *Carnivore*, *Magic Lantern* e *TLASystems*, representaram ou representam restrições diuturnas e frequentemente abusivas aos indivíduos, vulnerando direitos individuais fundamentais⁴.

Ora, não se nega a possibilidade de restringir eventualmente alguns direitos e liberdades individuais em nome da segurança nacional, cabendo ao governo o ônus de provar que tais concessões sejam estritamente necessárias⁵.

Contudo, em que pese a ocorrência de inúmeras críticas, um dos direitos postos em xeque pelo discurso da defesa - a todo custo - da preservação da segurança pública e da segurança nacional é o direito à vida privada, que passa a ser analisada a seguir.

2 VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação**: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007, p. 254.

3 VIEIRA, *op. cit.*, p. 206-207.

4 VIEIRA, *op. cit.*, p. 240-249.

5 ETZIONI, Amitai. **How Patriotic is the Patriot Act?** Nova York: Routledge, 2005, p. 44.

Considerações sobre o direito à vida privada

Aspecto preliminar a ser enfrentado envolve estabelecer uma correta compreensão do significado de um direito à vida privada, estabelecendo ainda com maior precisão terminológica as diferenças entre as ideias de privacidade e intimidade.

Por vida privada, tem-se as relações pessoais circunscritas a um círculo limitado de pessoas próximas ao titular do direito. Envolve uma conduta externa, portanto, cujo âmbito de pessoas que dela participarão é delimitado pelo autor do ato.

Intimidade, por sua vez, é conceito ligado aos momentos de isolacionismo, necessários à reflexão. É o refúgio do indivíduo em si mesmo, refletindo seus pensamentos e emoções, “relacionando-se a uma zona mais estrita da pessoa, àquilo que deve ser mantido em sigilo por revelar o íntimo do indivíduo”⁶. Dantas⁷ afirma que a intimidade reflete os pensamentos, ideias e emoções do indivíduo, não refletindo na vida privada de seus semelhantes e somente dizendo respeito a seu titular. A privacidade estaria assim ligada a um aspecto relacional - ainda que limitado -, tendo a intimidade índole exclusivista, ainda que ambas visem afastar a intromissão indevida de terceiros.

A concepção da vida privada em camadas decorre da visão alemã sobre o tema, denominada teoria das esferas. Esta doutrina estabelece a ideia de camadas (círculos), que conferem maior densidade ao direito a medida em que se aproximam de seus níveis interiores:

O primeiro grau diz respeito ao intangível, o indisponível, insuscetível de ponderação, porque sem ele não há respeito à dignidade humana; o segundo grau correspondente a relações e vínculos de identificação pessoal do seu titular com outros sujeitos da comunidade, estando sujeito à ponderação, podendo ser sacrificado em benefício de valores ou interesses superiores; o terceiro grau, decorrente das relações do sujeito com outras pessoas da comunidade que, embora não sejam públicas, não lhe atribuem uma identidade particular, mas correspondem a relações comuns entre pessoas de um determinado grupo social, em que o conteúdo objetivo da comunicação sempre prevalece sobre qualquer interesse individual⁸.

Ademais, complementando a explicação, cabe apontar que:

O primeiro círculo, de maior amplitude, representa a esfera privada - *Privatsphäre* ou *sphere of privacy* dos norte-americanos - excluindo-se do conhecimento de terceiros aspectos específicos da vida da pessoa. O segundo - *Intimsphäre* - compreende os valores atinentes ao âmbito

6 VIEIRA, *op. cit.*, p. 36.

7 DANTAS, Fernanda Lages Alves. **O Paradoxo do Direito à Privacidade e sua Operacionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 31-32.

8 GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias. *In*: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Org.). **Direito Processual em Debate**. Niterói: UFF, 2011, p. 65.

da intimidade ou esfera confidencial, cujo acesso é mais restrito, somente permitindo àqueles indivíduos com os quais a relação pessoal se desenvolve de forma mais intensa. O terceiro e mais fechado dos círculos - *Geheimsphäre* - abrange a reserva, o sigilo, o segredo, as mais profundas manifestações espirituais da pessoa, caracterizadoras da vida íntima *stricto sensu*⁹.

O grande marco teórico do direito à vida privada surge nos EUA, em decorrência de episódio vivido pela atriz Marion Manola, descrito abaixo:

Em 1890, Marian Manola, em uma cena da peça de teatro “Castles in the air”, na qual aparecia com roupas íntimas, viu-se surpreendida pelo espocar do flash da câmera de um fotógrafo do The New York Times (Myers), que se escondera entre os objetos cenográficos no palco. Transtornada ao compreender o que tinha ocorrido, Marian se cobriu com um cobertor e fugiu do palco no meio do espetáculo, vindo depois a dar origem ao processo “Manola vs. Myers” junto à Suprema Corte de Nova York¹⁰.

Muito embora a intenção original do trabalho fosse salvaguardar o direito à vida privada da invasividade dos meios de comunicação, é preciso analisar se um suposto interesse público em revelar (ou ao menos acessar) informação particular potencialmente comprometedor da segurança nacional constituiria um critério válido para suplantam a proteção dada a referido direito.

Cabe lembrar, igualmente, que a noção de vida privada vem sendo redefinida, a partir da crítica ao caráter excessivamente individualista e tipicamente liberal-burguês, que vem se demonstrando como insuficiente para conferir à vida privada proteção plena diante do contexto global (muito embora, ainda aplicável em dada medida), redefine-a como o direito à autodeterminação informativa, assegurando a cada um o controle sobre o fluxo de dados que ajudam a compor seu perfil identitário:

As discussões teóricas e as complexas experiências dos últimos anos demonstram que a privacidade se apresenta, enfim, como noção fortemente dinâmica e que se estabeleceu uma estreita e constante relação entre as mudanças determinadas pelas tecnologias de informação (mas também pelas tecnologias da reprodução, pela engenharia genética) e as mudanças de seu conceito. Uma definição de privacidade como “direito a ser deixado só” perdeu há muito tempo seu valor genérico, ainda que continue a abranger um aspecto essencial do problema e possa (deva) ser aplicada a situações específicas. Na sociedade da informação tendem a prevalecer definições funcionais da privacidade que, de diversas formas, fazem referência à possibilidade de um sujeito conhecer, controlar, endereçar, interromper o fluxo das informações a ele relacionadas. Assim a privacidade pode ser definida

9 VIEIRA, *op. cit.*, p. 37.

10 KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Unifor, v. 18, p. 352-398, 2013, p. 356.

mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações¹¹.

Assim, pode-se observar que o significado histórico da privacidade passa por uma transposição do “direito a ser deixado só”, para o direito à “auto-determinação informativa”, se apartando de uma concepção meramente ligada à propriedade, para vincular-se à pessoa, em que o exercício de autonomia, deixa de estar apenas atrelado ao isolamento, para refletir a construção da própria identidade, que se faz mediante o controle acerca dos dados pessoais.

Ademais, cabe lembrar que a privacidade física teve sua existência reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão, no caso *BverfGe 16.194 – Li- quorentnahme*, de 1963, ao considerar procedente a reclamação constitucional apresentada por um empresário daquele país, forçado a se submeter a uma intervenção cirúrgica para retirada de líquido cefalorraquiano, com propósito de demonstrar-se sua imputabilidade¹².

A Corte na ocasião entendeu que “o interesse público no esclarecimento de crimes não justifica a violação à incolumidade física do reclamante (...)”. Assim, a integridade física, em si, seria um direito da personalidade dotado de proteção própria e autônoma.

Da mesma forma, no que se refere à privacidade domiciliar, ainda, o STF¹³ estende a garantia constitucional para “(a) todo e qualquer compartimento habitado, (b) qualquer aposento ocupado de habitação coletiva e (c) qualquer compartimento privado onde alguém exerce profissão ou atividade”¹⁴.

Neste sentido, a proteção do domicílio como *locus* máximo da vida privada, resultante da máxima “*man’s house is his castle*” alcançou seu ápice no pensamento liberal-burguês, que identificava a vida privada como vinculada ao direito de propriedade, deixando ao desamparo o sujeito não proprietário.

Contudo, a restrição da privacidade ao âmbito domiciliar não mais se justifica nos tempos atuais, em que o domicílio não é mais a “casa-fortaleza”, mais aproximando-se da “casa-vitrine”, na qual, cada vez mais, realizam-se interações sociais¹⁵.

A barreira física dos portões fechados não é mais adequada para fornecer a tutela plena das relações íntimas e a ideia de que a vida privada encontra sua suficiente guarida *intra muros* perde força a partir do momento em que o advento da *internet* e de todas as interações permitidas por ela trouxeram o campo das relações sociais para o interior do lar.

Importante ressaltar também que, sendo a vida privada parte compo-

11 RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 92.

12 VIEIRA, *op. cit.*, p. 33.

13 MS-MC 23.595, DJ 01.02.2000, rel. Min. Celso de Mello.

14 MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 290.

15 RODOTÀ, *op. cit.*, p. 25.

nente da personalidade de seu titular, irá segui-lo onde quer que se encontre, não podendo a sua permanência em local público levar à conclusão de que se encontre desguarnecido (embora possa implicar em um nível menor de proteção, em alguns casos), sendo este um falso parâmetro. É possível encontrar precedente nesse sentido, oriundo da jurisprudência alemã:

A Corte, em 03 de março de 2004, prolatou decisão (*BriefGe 109 279 – Lauschangriff*) sobre ato normativo que regula a “escuta secreta” por parte de agentes do Estado. Em 1998, foram inseridos limites significativos ao direito fundamental à privacidade do domicílio com o objetivo de incrementar a segurança pública diante do crescimento vertiginoso da ameaça terrorista e do crime organizado na Alemanha. O ato normativo, apreciado pelo Tribunal, previa a possibilidade de utilização de minúsculos microfones e micro-câmeras no interior do domicílio de suspeitos de crimes, sem o conhecimento do morador - titular do direito fundamental à inviolabilidade do domicílio. *O Tribunal julgou a reclamação parcialmente procedente, manifestando-se no sentido de proteção da dignidade da pessoa humana em detrimento da segurança pública sempre que a vigilância acústica conduzir ao levantamento de informações provenientes do núcleo absolutamente protegido da vida privada - esfera da intimidade em sentido estrito (Geheimsphäre).*¹⁶

Da mesma maneira, a privacidade (vida privada) de comunicações é essencial para a salvaguarda do direito à liberdade de expressão. Cabe novamente ressaltar seu caráter instrumental, dado que o que se pretende preservar é o conteúdo da correspondência (telefônica, por *e-mail*, e quaisquer outros meios permitidos pela tecnologia).

A privacidade informacional, notadamente quando situada no gerenciamento de informações obtidas no âmbito de atividade estatal encontra uma dupla face, servindo não somente para o estabelecimento de limites negativos ao direito de acesso, mas também como título a participação no procedimento como tais informações são obtidas e tratadas¹⁷, como se observa da jurisprudência alemã:

O referido direito foi reconhecido pela primeira vez na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, no caso da Lei do Censo (*Volkszählungsgesetz*) de 1983, de 25 de março de 1982, em que se ordenou - para fins estatísticos - o recenseamento geral da população coletando-se dados relacionados à profissão, à moradia, ao domicílio e à renda. A lei buscava reunir informações tanto sobre o crescimento populacional, distribuição espacial das pessoas, composição segundo características demográficas e sociais, quanto sobre atividades econômicas. O ato normativo previa também a possibilidade de comparação dos dados levantados com registros públicos já existentes e a transmissão das informações colhidas a repartições públicas

16 VIEIRA, *op. cit.*, p. 160-161.

17 PIERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008, p. 870.

federais, estaduais e municipais. A Corte, em decisão datada de 15 de dezembro de 1983 (*BverfGe 65, 1 - Volkszählungsurteil*), julgou nulos os dispositivos relacionados à comparação e à transmissão dos dados para repartições públicas; reconhecendo o direito à *autodeterminação informativa*, ou seja, o direito que cabe a cada indivíduo de controlar e de proteger os próprios dados pessoais, tendo em vista a moderna tecnologia e processamento de informação¹⁸.

Assim, é no aspecto decisional da vida privada que se encontra seu cerne, na medida em que o valor tutelado aqui é justamente a autonomia do sujeito em relação às informações a ele pertencentes, bem como sua opção por aqueles com quem deseja partilhá-las, como se demonstra das manifestações jurisprudenciais da Suprema Corte dos EUA:

Em 1965, a Suprema Corte Americana, no caso *Griswold v. Connecticut*, afirmou a inconstitucionalidade de lei estadual, que caracterizava como crime, inclusive entre casais casados, o uso de métodos anticoncepcionais artificiais. Fundamentou-se tal decisão no *right to privacy* que, embora não previsto no texto constitucional americano, poderia ser inferido, mediante interpretação sistemática, protegendo-se decisões individuais a respeito de questões envolvendo a vida familiar, o uso de anticoncepcionais, a escolha de escola para os filhos, dentre outros temas. No caso *Roe v. Wade*, em 1973, a Corte foi mais além, decidindo que o direito à privacidade se impõe com amplitude suficiente para conferir à mulher a decisão de interromper ou não a gravidez até o terceiro mês¹⁹.

Em outra passagem dramática do direito daquele país, a Suprema Corte de New Jersey concedeu ao pai de Karen Ann Quinlan²⁰ o direito a decidir que fossem desligados os aparelhos de suporte vital que a mantinham viva, considerando que tal decisão estava ligada à esfera de sua privacidade²¹.

Portanto, sucintamente estruturada a compreensão em torno das variações conceituais que tem experimentado o direito à privacidade/vida privada, bem como as dimensões que a integram, se passará a analisar o discurso que justifica sua restrição (e eventualmente mesmo sua supressão) pautada na garantia da segurança nacional e será apresentada uma tentativa de estabelecer

18 VIEIRA, *op. cit.*, p. 35.

19 VIEIRA, *op. cit.*, p. 34.

20 Karen Ann Quinlan, filha adotiva de Joseph e Julia Quinlan, era uma jovem de 21 anos quando deu entrada no hospital de Sta. Clare de Denville, em New Jersey, no dia 21.04.75, em estado vegetativo persistente em virtude da ingestão de drogas e álcool. Foi mantida viva através do recurso de um respirador artificial. Após o diagnóstico, seus pais manifestaram o desejo de suspender-lhe o tratamento, fato recusado pela direção do hospital, ao argumento que “a postura dos médicos é sempre defender a vida e Karen era maior de idade. Para levar a frente seu desejo tinha de recorrer à justiça e conseguir que um juiz nomeasse como tutor o pai de Karen?”. PESSINI, Leo. **Eutanásia**: Por que abreviar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2004, p. 110.

21 DIAS, Roberto. **O Direito Fundamental à morte digna**: uma visão constitucional da eutanásia. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 164.

critérios equilibradores entre os dois interesses por meio do recurso ao pensamento comunitarista liberal.

O balanceamento entre privacidade e segurança nacional sob a ótica do comunitarismo liberal

Sendo a privacidade e a intimidade consideradas contemporaneamente como direitos da personalidade, há que se questionar se sua tutela se pauta por critérios individualistas (que tomam em conta exclusivamente os interesses da pessoa protegida) ou comunitaristas (que consideram o impacto da tutela de tais interesses no corpo social, não cabendo a proteção de interesses egoísticos, não diretamente conexos ao núcleo dos direitos componentes da personalidade).

É preciso esclarecer que o termo “comunitarismo”, tal qual empregado nessa passagem, não se confunde com o comunitarismo liberal, conforme se percebe do desenvolvimento do raciocínio sobre o tema:

Todo cidadão deve estar atento tanto para o novo cenário mundial que se descortina quanto para a necessidade de se combater com veemência a atividade ilícita em referência, que provoca a morte de tantos inocentes; entretanto, há que ter um mínimo de razoabilidade para não se descambar para extremismos, numa irreversível aniquilação da privacidade. Deve o caráter comunitarista traduzir-se por ações em exata medida que não fulminem a privacidade - preceito tão caro à dignidade da pessoa humana e indispensável à preservação da liberdade de consciência, de crença, e de expressão. O direito à privacidade e o bem jurídico *segurança pública* devem ser devidamente sopesados mediante aplicação do *princípio da proporcionalidade*, previsto expressa ou implicitamente na Constituição de todos os Estados Democráticos de Direito²².

Logo, os riscos da adoção de um discurso falacioso que, pretendendo sacrificar a vida privada individual em nome de um maior nível de preservação da segurança nacional, tende a paradoxalmente culminar em uma “crescente sensação de insegurança, calcada em medidas governamentais assustadoras, como a invasão de domicílios, a instalação indiscriminada de escutas telefônicas e o monitoramento de *e-mails* e sites da internet”²³.

De fato, o recrudescimento do discurso protetivo da segurança nacional diante, especialmente, da ameaça de terrorismo, tem conduzido a uma maior invasividade na esfera privada dos jurisdicionados.

Se é verdade que a adoção de uma visão comunitarista dos direitos da personalidade permite, como já mencionado, a sua ponderação com o interesse coletivo, esta não vai ao ponto de permitir a aniquilação daqueles, mediante

22 VIEIRA, *op. cit.*, p. 48.

23 SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 142.

a afetação de seu *core* essencial.

Uma resposta possível para o dilema enfrentado pode ser fornecida pelo comunitarismo liberal, ou responsivo, escola de pensamento que busca lidar com essas inevitáveis tensões existentes entre os direitos individuais e os interesses coletivos mediante um balanceamento entre ambos²⁴.

Assim, um comunitarista entende que uma “boa sociedade” não pode ser alicerçada somente sobre um discurso de direitos (como sustenta o pensamento libertário), mas também implica na assunção de responsabilidades sociais.

Por outro lado, as preocupações compartilhadas pela sociedade em torno de questões de interesse comum - que compõem a ideia intuitiva e algo fluida e cambiável de “bem comum” - não podem sufocar a autonomia individual a ponto de negar o próprio sujeito (resultando em sociedades potencialmente autoritárias ou mesmo totalitárias), assim como valores morais majoritários e amplamente difundidos não podem ditar pautas impositivas de comportamentos individuais, reprimindo as individualidades e as diferenças inerentes a sociedades plurais, gerando um indesejável e perigoso moralismo.

Assim, a ausência de mecanismos espontâneos produz uma tendência de oscilação entre o estabelecimento de maiores restrições em nome do interesse público ou a flexibilização excessiva de modo a ampliar a tutela dos direitos individuais. Tais oscilações, contudo, podem ser contornadas e reequilibradas mediante o recurso a mecanismos democráticos²⁵.

O direito à privacidade frequentemente colide com interesses associados ao bem comum, como segurança nacional ou saúde pública. Tomando este fato em consideração, o autor propõe quatro critérios cuja combinação permite quando uma restrição realizada em nome de um alegado interesse público seria justificável ou quando a tutela individual deva prevalecer.

O primeiro destes critérios afirma que qualquer restrição à privacidade deva fundar-se em uma ameaça bem documentada e que constitua num risco em larga escala ao bem comum²⁶ não sendo possível fazê-lo com base em meras suposições despidas de um mínimo de concretude.

Segundo, a reação a um perigo significativo e tangível deve priorizar mecanismos que alcancem tal finalidade sem implicar em novas - ou maiores - restrições à privacidade²⁷.

Terceiro, quaisquer medidas restritivas que se façam necessárias devem ser o menos invasivas possível, conforme ilustra o exemplo apresentado pelo próprio autor:

Por exemplo, muitos concordam que os testes de drogas devem ser realizados sobre aqueles, como motoristas de ônibus escolares, dire-

24 ETZIONI, Amitai. **The Limits of Privacy**. Nova York: Basic Books, 1999, p. 05.

25 ETZIONI, *op. cit.*, 2005, p. 05.

26 ETZIONI, *op. cit.*, 1999, p. 12.

27 ETZIONI, Amitai. **Privacy in a Cyber Age**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015, p. 06-07.

tamente responsáveis pela vida de outros. Alguns empregadores, no entanto, recorrem a uma vigilância visual altamente intrusiva para garantir que a amostra seja retirada da pessoa que a entrega. Em vez disso, pode-se confiar no procedimento muito menos intrusivo de medir a temperatura da amostra imediatamente após a entrega²⁸.

Caso se façam necessárias medidas restritivas do direito à privacidade, estas devem ser tão minimamente intrusivas quanto possível²⁹.

E, em quarto lugar, devem ser preferíveis medidas que minimizem efeitos colaterais não desejados ou, ao menos, sejam reversíveis³⁰.

A adoção de tais critérios permitiria fornecer parâmetros seguros que indicassem quais medidas restritivas seriam adequadas e razoáveis a alcançar a finalidade de ponderação, e quais se demonstrariam insuficientes ou excessivas.

Especificamente no que tange à colisão entre privacidade e segurança nacional, a aplicação de um cálculo ponderativo que implique em uma “prestação de contas” (*accountability*), realizado em duas etapas, afastaria, em tese, posicionamentos extremos, que entendam que toda medida governamental destinada a aumentar o nível de segurança seja justificada ou que todas são suspeitas e excessivas³¹.

A primeira etapa do raciocínio pode conduzir a algumas conclusões: (a) algumas medidas são plenamente justificáveis, contudo atrasadas (*overdue*), o que implicaria numa mera necessidade de ajustes da legislação, ou dos instrumentos técnicos disponíveis; (b) Algumas medidas de segurança são razoáveis; (c) outras medidas são injustificáveis - o autor exemplifica como inaceitáveis o uso de tortura, ou mecanismos de detenção de massa baseados no *status* social de determinados grupos; (d) Algumas medidas não são nem justificáveis nem inapropriadas *a priori*, hipótese em que a sua legitimação passa a depender de uma segunda etapa³².

Esta segunda ponderação não tomaria em conta o contraste entre interesse público e direitos individuais, mas os mecanismos de controle e supervisão dos atos do Estado que visem efetivar tais medidas de segurança. Tais mecanismos e garantias devem ser ajustados de modo a evitar o risco de abuso de poder governamental (que poderia ocorrer quando sejam demasiado frágeis), mas não podem ser tão rígidos a ponto de inviabilizar a possibilidade

28 ETZIONI, *op. cit.*, 2015, p. 07. Tradução nossa. No original: “For example, many agree that drug tests should be conducted on those, such as school bus drivers, directly responsible for the lives of others. Some employers, however, resort to highly intrusive visual surveillance to ensure that the sample is taken from the person who delivers it. Instead, one can rely on the much less intrusive procedure of measuring the temperature of the sample immediately upon delivery”.

29 ETZIONI, *op. cit.*, 2015, p. 07.

30 ETZIONI, *op. cit.*, 2015, p. 07.

31 ETZIONI, Amitai. **Law in a New Key**: Essays on Law and Society. New Orleans: Quid pro Quo Books, 2010, p. 44.

32 ETZIONI, *op. cit.*, 2010, p. 45-46.

de atuação estatal³³.

O que se verifica, portanto, é que uma abordagem comunitarista-liberal negará uma maior densidade *a priori*, do interesse público ou dos direitos individuais, privilegiando critérios que mantenham ou retomem um equilíbrio entre ambos. Um comunitarista considerará tanto o interesse público como a autonomia privada mercedores de tutela, na medida em que uma boa sociedade é composta por ambos, opondo-se, portanto, ao argumento que afirma a necessidade de suprimir a privacidade em virtude da necessidade de assegurar uma suposta primazia da segurança nacional.

Deste modo, o *approach* comunitarista pretende formular critérios com a finalidade de assegurar um balanceamento que minimize as tensões. Direitos individuais podem sofrer restrições até certa medida, e isso implica em uma diminuição no exercício da autonomia, que somente será tolerável na medida em que rigidamente pautada por *standards* adequados (concretude da ameaça, inexistência de alternativas não restritivas, menor invasividade e reversibilidade). Qualquer supressão, ou restrição que não esteja amparada por parâmetros como os ora propostos reflete um autoritarismo inaceitável em sociedades democráticas plurais.

Conclusão

Harmonizar interesses coletivos e individuais é uma das mais relevantes e desafiadoras tarefas do Direito, a exigir constantes esforços dos juristas na busca por critérios sólidos e coerentes. Circunstâncias históricas, econômicas ou ambientais podem conduzir a medidas mais restritivas ou liberais. O fenômeno da globalização - e as dificuldades que impõe ao Estado para lidar com suas consequências - acrescenta dificuldades a esta equação.

Um dos aspectos mais atuais e problemáticos envolve a tutela da *privacy*, particularmente quando contraposta a medidas tendentes a assegurar a segurança nacional. A sombra do terrorismo pairando como uma ameaça constante sobre os Estados, em especial os Estados Unidos e os países europeus. A resposta vem sob a forma de verdadeira “histeria legislativa”, produzindo atos normativos altamente invasivos, sob o discurso falacioso que associa transparência à inocência e “deslegitima” a privacidade, muitas das vezes sob o beneplácito das Cortes Constitucionais. Verifica-se, também, sobretudo na Europa, a ascensão de partidos nacional-populistas que adotam um discurso xenófobo, prometendo assegurar um maior nível de segurança ao preço da restrição a certas liberdades (dentre as quais a privacidade). Essa barganha é normalmente aceita pela população, que considera a fórmula “menos privacidade, mais segurança” como uma troca tolerável e justa.

Esse raciocínio, entretanto, é falacioso e os riscos potenciais que traz consigo são um preço muito alto a pagar, frequentemente não compreendido. Não se nega, evidentemente, a importância de medidas assecuratórias da Se-

33 ETZIONI, *op. cit.*, 2010, p. 46.

gurança Nacional, nem que em dadas circunstâncias, rigidamente limitadas e sob critérios sólidos e razoáveis, esta possa justificar algum nível de restrição da privacidade. Contudo, a naturalização de um discurso que “achata” este direito ao ponto de suprimi-lo não pode, sob nenhuma circunstância, ser admitida, sob pena de repetir experiências históricas totalitárias cujos efeitos não podem ser esquecidos ou relativizados.

Referências

DANTAS, Fernanda Lages Alves. **O Paradoxo do Direito à Privacidade e sua Operacionalização**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

DIAS, Roberto. **O Direito Fundamental à morte digna: uma visão constitucional da eutanásia**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ETZIONI, Amitai. **The Limits of Privacy**. Nova York: Basic Books, 1999.

ETZIONI, Amitai. **How Patriotic is the Patriot Act?** Nova York: Routledge, 2005.

ETZIONI, Amitai. **Law in a New Key: Essays on Law and Society**. New Orleans, Quid pro Quo Books, 2010.

ETZIONI, Amitai. **Privacy in a Cyber Age**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.

GRECO, Leonardo. Limitações Probatórias. *In*: NETTO, Fernando Gama de Miranda; MEIRELLES, Delton Ricardo Soares (Org.). **Direito Processual em Debate**. Niterói: UFF, 2011.

KONDER, Carlos Nelson. Privacidade e corpo: convergências possíveis. **Pensar**, Unifor, v. 18, p. 352-398, 2013. Disponível em: <http://ojs.unifor.br/index.php/rpen/article/view/2696/pdf>. Acesso em: 06. 07.2017.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

NETTO, Alcides Munhoz. Estado de Direito e Segurança Nacional. *In*: **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, volume 19, número 0, 1979, p. 161-183. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/8829>. Acesso em: 09.07.2017.

PESSINI, Leo. **Eutanásia: Por que abreviar a vida?** São Paulo: Centro Universitário São Camilo; ed. Loyola, 2004.

PIERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Trad. Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; ROCHA, Luiz Augusto Castello Branco de Lacerda Marca da. Possibilidades e Limites Para a Tutela da Intimidade e da Pri-

vacidade Enquanto Direitos Meta-Individuais. *In: Revista Eletrônica de Direito Processual*, volume 18, número 1, 2017. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>. Acesso em: 06.07.2017.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**. Org. Maria Celina Bodin de Moraes. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2000, p. 107-163.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Tatiana Malta. **O Direito à Privacidade na Sociedade da Informação: Efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2007.

RESQUÍCIOS DO SISTEMA DITATORIAL NA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DO CASO GENIVALDO DE JESUS SANTOS

Giovanna Duarte Zuca

Graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Este artigo propõe busca analisar de que forma a Ditadura Militar (1964-1985) contribuiu para a adoção de uma atuação violenta no âmbito das instituições de segurança. Será feita uma análise sobre a possibilidade de as práticas autoritárias do período ditatorial terem permanecido no período democrático, o que fica claro em diversos casos de abordagens policiais. Assim foi o recente caso de Genivaldo Jesus dos Santos, assassinado após ser colocado no porta-malas do carro da Polícia Rodoviária Federal, no qual, os policiais jogaram gás e fecharam o compartimento, resultando no óbito. As fontes utilizadas consistem na análise de dados bibliográficos, como, artigos científicos, livros, notícias e legislação. Trata-se de um estudo qualitativo, que busca identificar a natureza do fenômeno estudado, envolvendo interpretação de acordo com a hipótese preestabelecida, a qual consiste na premissa de que há resquícios do sistema ditatorial no sistema de segurança pública brasileira, como no caso de Genivaldo dos Santos. Neste sentido, tem-se como objetivo geral identificar de que forma esses resquícios autoritários se mantiveram no sistema democrático e como objetivo específico, será analisada a utilização dessas práticas ilegais, no caso de Genivaldo dos Santos.

Palavras-chave: Segurança Pública; Ditadura militar; Violência.

Introdução

O presente artigo propõe uma abordagem sobre os resquícios do sistema ditatorial na segurança pública brasileira, buscando analisar de que forma a Ditadura Militar (1964-1985) contribuiu para a adoção de um padrão de atuação violento no âmbito das instituições de segurança. Para tanto, proceder-se-á, primeiramente, uma análise sobre a possibilidade de as práticas autoritárias do período ditatorial terem permanecido no período democrático,

bem como, dos fatores que geraram esse fenômeno. Este mecanismo, fica claro em diversos casos de abordagens policiais que envolvem a detenção ilegal ou arbitrária, a utilização de métodos de tortura e até mesmo, assassinatos.

Assim, foi o recente caso de Genivaldo Santos, assassinado durante uma abordagem policial, no município de Umbaúba (SE), no dia 25 de maio, após ser colocado no porta-malas do carro da Polícia Rodoviária Federal, no qual, os policiais jogaram gás e fecharam o compartimento, resultando no óbito da vítima. Este é apenas um dos inúmeros casos que demonstram a permanência de resquícios advindos do período ditatorial, no sistema de segurança pública brasileiro. Para este estudo será utilizado o método dedutivo, e possui cunho exploratório, visando a aproximação com o tema analisado, a fim de inteirar-se com o mesmo.

As fontes utilizadas para a realização desta pesquisa consistem na análise de dados bibliográficos, isto é, artigos científicos e livros, e fontes documentais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), a Constituição Federal (1988), os relatórios e notícias acerca do caso.

Trata-se de um estudo qualitativo, uma vez que busca identificar a natureza do fenômeno estudado, envolvendo interpretação de acordo com a seguinte hipótese preestabelecida, a qual consiste na premissa de que há resquícios do sistema ditatorial no sistema de segurança pública brasileira, em especial no que concerne a utilização da violência por essas instituições, sendo o caso de Genivaldo Santos, uma comprovação desta hipótese.

Neste sentido, tem-se como objetivo geral identificar de que forma esses resquícios autoritários se mantiveram no sistema democrático, o qual, deve prezar pela dignidade humana, um princípio incompatível com a utilização da tortura. Além disso, como objetivo específico, será analisada a utilização dessas práticas ilegais, no caso de Genivaldo Santos, especialmente, da violência utilizada pelos policiais.

Torna-se essencial, portanto, um estudo crítico e humano, capaz de abordar a utilização dessas práticas no aspecto jurídico, tendo em conta que violam as normas jurídicas em vigor, e também, no aspecto humano, haja vista as consequências prejudiciais dessas práticas para os cidadãos que tornam-se vítimas de um sistema de segurança, que em vez de zelar pela segurança e pela vida, acaba tendo uma atuação oposta, colocando em risco o próprio Estado Democrático de Direito o qual deve zelar pela dignidade humana. Por fim, este trabalho buscará identificar os principais problemas ensejados pela manutenção da utilização dessas práticas, viabilizando possíveis propostas de soluções frente a continuidade desses resquícios ditatoriais em nosso sistema democrático.

Ditadura Militar no Brasil (1964-1985)

No Brasil, a Ditadura Militar perdurou de 1964 a 1985, sendo caracteri-

zada pela busca de centralização do poder nas mãos dos militares, que por vezes, desrespeitando as Constituições da época, acabavam concretizando suas próprias vontades através dos chamados Atos Institucionais. Um dos fatores que levou a sociedade a apoiar o Golpe de 1964, foi a crise política e econômica, pela qual o Brasil passava, além do crescente aumento dos ideais comunistas, que levavam as pessoas a temerem um futuro golpe da esquerda. Segundo o historiador Boris Fausto (2006, p. 465), o movimento militar buscava aparentemente “livrar o país da corrupção e do comunismo e para restaurar a democracia, mas o novo regime começou a mudar as instituições do país através de decretos, chamados de Atos Institucionais (AI).”

Diante dessa situação, o regime militar foi instituído no Brasil em 31 de março de 1964 com o Golpe que destituiu o Presidente João Goulart, todavia é importante destacar que tal movimento não nasceu da noite para o dia. Conforme dispõe a historiadora Flávia Lages de Castro (2017, p. 524) “foi apenas um desfecho de uma longa crise política de instabilidades institucionais e de descontentamento por parte dos militares que assolava o país desde 1930.”

Ao chegar ao poder, o governo militar manteve algumas instituições democráticas, como o Congresso Nacional, as eleições para deputados, senadores, vereadores e prefeitos e os partidos, visando assegurar a ideia de que a democracia estava salva e a liberdade seguia sendo um princípio fundamental de nosso país. Porém, na prática, a partir dos Atos Institucionais e da Constituição de 1967 nota-se a verdadeira essência do novo governo: centralizar o poder nas mãos dos militares, combater qualquer ideia oposta ao regime e proibir, das formas mais duras possíveis, grupos de oposição. Logo após chegarem ao poder, o Comando Militar apresentou ao Congresso Nacional o Ato Institucional (AI1), o que segundo, Nelson Werneck Sodré (1984, p.90), foi o que realmente instaurou a ditadura: “A partir daí, realmente, começa a ficar claro que se trata de uma nova ordem”.

Os Atos Institucionais constituem o maior instrumento jurídico de violação dos Direitos Humanos, pois eram documentos que justificavam atos arbitrários do Estado. Entre 1964 a 1969 foram decretados 17 atos institucionais, o primeiro deles (AI-1), foi publicado em 9 de abril de 1964, logo após a destituição do presidente João Goulart e impôs várias cassações de mandatos, suspensões de direitos políticos por dez anos sem direito a apreciação judicial e afastamento do serviço público daqueles que ameaçassem a segurança nacional. Segundo Boris Fausto (2006, p. 399), o AI-1 resultou no expurgo de cerca de 1400 pessoas da burocracia civil e cerca de 1200 nas Forças Armadas. Além disso, foi a partir deste documento, que teve início uma forte repressão aos movimentos sociais, principalmente contra o movimento estudantil (UNE), o movimento comunista e o movimento dos camponeses.

Nota-se que foi através dos atos institucionais que os militares acabaram o governando o país, haja vista que os decretavam conforme suas próprias necessidades, desrespeitando os textos constitucionais da época, haja vista

que tanto a Constituição de 1946 em seu Título IV, Capítulo II, quanto a de 1967 no Título II, Capítulo IV, possuíam garantias aos Direitos Individuais dos cidadãos, como o direito à vida, à liberdade, à apreciação de qualquer lesão de direito individual por parte do Poder Judiciário, a livre manifestação de pensamento e de convicção política, porém, estes direitos foram completamente desrespeitados durante este deplorável período da história do Brasil.

Apesar dos direitos fundamentais estarem legalmente assegurados, na prática não eram observados, em especial pelos órgãos de segurança pública do período, como os Centros de Operação e Defesa Interna (CODI), os Destacamentos de Operação Interna (DOI), o Sistema Nacional de Informações (SNI) e o Centro de Informações do Exército (CIE). Órgãos estes, responsáveis por formarem um aparelho repressivo, responsável pela coleta ilegal de informações pessoais, detenção arbitrária, tortura e até mesmo, assassinatos.

Caso Genivaldo Jesus dos Santos

Genivaldo Jesus dos Santos, um homem negro de 38 anos, foi abordado pela Polícia Rodoviária Federal, no dia 25 de maio de 2022, na BR-101, no município de umabaúba, no Sergipe, por não estar utilizando capacete enquanto dirigia uma motocicleta. Tal abordagem, ficou caracterizada pelo uso escancarado da tortura, haja vista que os agentes policiais após deterem Genivaldo, o prenderam no porta-malas da viatura com uma bomba de gás-lacrimogênio e spray de pimenta, formando uma espécie de câmara de gás, o que culminou no assassinato da vítima, em decorrência de asfixia e insuficiência respiratória.

Segundo consta, em diversas notícias divulgadas pela imprensa, os familiares de Genivaldo, que presenciaram o ocorrido, avisaram aos policiais que ele possuía transtornos mentais, e inclusive, os próprios policiais encontraram uma cartela de medicamentos de uso controlado no bolso da vítima. Entretanto, os policiais o imobilizaram, algemaram e amarraram seus pés. Logo em seguida, Genivaldo foi colocado no porta-malas da viatura, que se encontrava com os vidros fechados. Posteriormente, os policiais jogaram gás-lacrimogênio e fecharam o compartimento. Nas imagens divulgadas na mídia, nota-se que, a vítima, debateu-se com os pés para fora do porta-malas, enquanto que, os policiais pressionaram ainda mais a porta.

Após a repercussão do caso, a Polícia Rodoviária Federal se manifestou em boletim publicado pela Folha de São Paulo, em 27 de maio de 2022, afirmando que “Por todas as circunstâncias, diante dos delitos de desobediência e resistência, após ter sido empregado legitimamente o uso diferenciado da força, tem-se por ocorrida uma fatalidade, desvinculada da ação policial legítima” (PRF, 2022). Apesar do laudo do Instituto Médico Legal, constatar que Genivaldo morreu por asfixia mecânica e insuficiência respiratória aguda, o mesmo boletim, afirma que a vítima, “possivelmente devido a um mal súbito, a equipe foi informada que o indivíduo veio a óbito.” (PRF, 2022).

Diante do caso em questão, fica nítido os inúmeros desrespeitos aos Direitos Fundamentais durante a abordagem feita pelos policiais. Neste sentido, a Comissão de Direitos Humanos, composta por um grupo de senadores, confirmou que o flagrante mostrou um atentado contra o direito à vida e desleixo com os princípios básicos da abordagem policial: legalidade, necessidade, proporcionalidade, moderação e conveniência. Assim, foram as palavras do presidente da CDH, Humberto Costa (2022):

“As imagens da crueldade cometida por aqueles agentes nos mostram que as ações por eles adotadas em nada correspondem com os dispositivos legais que regulam o uso da força pelos agentes de segurança pública; aquelas imagens absurdas nos mostram uma abordagem carregada de crueldade, que nos leva a um passado sombrio”

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal prevê no artigo 5º, inciso III, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano e degradante”. Além disso, a Lei nº 9.455/1997 foi promulgada no Brasil em 1997, com o intuito de descrever o que é considerado tortura e definir quais as penas para quem comete este tipo de crime. A proibição à tortura também está prevista no Código Penal Brasileiro e no Código de Processo Penal Brasileiro, os quais estabelecem que a tortura é um crime inafiançável e que dificulta o livramento condicional.

Nota-se, portanto, que a tortura é expressamente proibida pela legislação brasileira. Tendo em vista que tal prática é contrária à proteção à vida e à dignidade humana, direitos humanos que norteiam o Direito Internacional, a proibição à tortura é uma cláusula pétrea na Constituição Federal, o que importa dizer que, mesmo que haja uma reforma constitucional, a proibição à tortura deve permanecer.

Entretanto, a tortura não é proibida somente no ordenamento jurídico brasileiro, mas em diversos outros ordenamentos e em convenções e tratados internacionais. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, afirma em seu artigo 5º que, “Ninguém será submetido à tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”. O Pacto de San José, ratificado pelo ordenamento brasileiro em 1992, dispõe no artigo 5º, sobre a proibição a torturas, penas ou tratos desumanos ou degradantes.

De acordo, com o artigo 1º. da Convenção Contra Tortura, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa. Conceito este, que se aplica perfeitamente a situação narrada, haja vista que os policiais infligiram dores e sofrimentos agudos em Genivaldo, de maneira intencional, até que este viesse a óbito.

No mais, a tortura é considerada uma prática extremamente “suspeita” em sua eficácia muito antes dessas declarações, já sendo discutida, por exem-

plo, em 1764 por Beccaria em seu Livro dos Delitos e das Penas (BECCARIA, 1764, p. 61), o qual afirmava que “é querer subverter a ordem das coisas exigir que um homem seja ao mesmo tempo acusador e acusado, que a dor se torne o cadinho da verdade, como se o critério dessa verdade residisse nos músculos ou nas fibras de um infeliz.”

José Gomes Canotilho, afirma que uma das funções dos Direitos Fundamentais é a de defesa ou de liberdade: “A primeira função dos direitos fundamentais- sobretudo dos direitos, liberdades e garantias- é a defesa da pessoa humana e da sua dignidade perante os poderes do Estado (e de outros esquemas políticos coactivos”. (CANOTILHO, 2006, p. 407)

No mais, acerca da análise do caso, cumpre salientar que se trata de um crime contra a humanidade, haja vista que se trata de um crime de tortura, proibido em diversos ordenamentos jurídicos, convenções e tratados internacionais, sendo esta, uma prática que viola o Princípio Universal da Dignidade Humana.

Resquícios do sistema ditatorial

Não podemos considerar o caso de Genivaldo, como uma situação isolada, uma vez que, no Brasil há diversos relatos de operações policiais, envolvendo a utilização da tortura. Um exemplo desses inúmeros casos, é a ação do batalhão de operações especiais e da polícia rodoviária federal que acabou em chacina na Vila Cruzeiro, Complexo da Penha, zona norte do Rio de Janeiro. Realizada no dia 24 de maio, a ação resultou na morte de ao menos 23 pessoas, se tornando a segunda maior chacina do estado, ficando atrás somente do massacre do Jacarezinho, em maio de 2021, que deixou 28 mortos. A operação durou ao menos 12 horas e causou ainda o fechamento de escolas e de postos de saúde na comunidade.

Esta conduta policial, acaba sendo algo estrutural no Brasil, uma forma de agir, caracterizada pelo uso recorrente da tortura. Uma das influências dessa lamentável característica nas abordagens policiais, são os resquícios do período ditatorial, ainda muito presentes na segurança pública brasileira. No regime militar (1964-1985), o uso da tortura era recorrente nos interrogatórios, segundo o relatório da Comissão Nacional da Verdade desde 1964, a tortura vinha sendo utilizada em maior ou menor grau por agentes da repressão e não desapareceu com a liquidação das organizações armadas. Era usada para obter informações, mas também como um meio de dissuasão, de intimidação e disseminação do terror entre as forças de oposição. O sistema repressivo aperfeiçoou-se, institucionalizou-se. (CNV, 2014, p. 104)

Durante a Ditadura Militar, o principal motivo que levava os militares a praticarem as torturas em seus interrogatórios era com o fim de obterem informações sobre suspeitas de práticas de “atividades subversivas”, como por exemplo, de grupos comunistas e de oposição ao governo. Porém, essa suspeita era muitas vezes infundada, podendo-se fazer uma relação com a cé-

lebre frase de Beccaria sobre o ilógico uso da tortura: “torturam-te porque és culpado, porque podes ser culpado, porque quero que sejas culpado.” (BEC-CARIA, 1764, p. 61).

Diante dessa afirmação, podemos estabelecer uma relação não apenas como o caso de Genivaldo, mas de tantas outras vítimas da utilização da tortura em operações policiais, uma vez que, a impressão que se passa é que, a tortura é usada não porque és culpado, mas porque o sistema deseja um culpado. Isso fica ainda mais nítido quando observamos que a maioria dessas operações policiais são deflagradas em periferias urbanas, cuja população em sua maioria é negra e acabam se tornando um alvo no sistema de segurança pública brasileiro. Assim, ocorreu com Genivaldo, um homem negro e de baixa renda, a quem não foi dado nenhuma chance de defesa e muito menos, teve seus direitos humanos observados.

Portanto, nota-se que assim como no regime militar, os cidadãos viviam com o risco de serem abordados violentamente, serem detidos arbitrariamente, sem terem seus direitos respeitados, ainda hoje, vivemos nessa lógica de desprezo e insegurança causado por condutas que derivam dos resquícios deixados por esse período autoritário e desumano de nossa história.

Conclusão

Ante o exposto, fica nítido que diversos Direitos Humanos foram violados durante a Ditadura Militar (1964-1985) no Brasil, dentre os principais, destaca-se o direito à liberdade de ir e vir, à liberdade de opinião e expressão, à defesa, à segurança, à vida e à dignidade humana. Além disso, diversas proibições impostas pelos Direitos Humanos, também foram inobservadas, como a proibição da tortura e de tratamento desumano ou degradante, e de interferência na vida privada, no lar ou na correspondência individual.

Vale destacar que esses crimes foram praticados por agentes da repressão, que atuavam em nome do Estado brasileiro, o qual deveria zelar pela dignidade humana de seus cidadãos, mas que acabou por violar esse princípio universal, deixando resquícios até hoje no sistema de segurança pública brasileira.

Torna-se incompreensível, compreender como tais crimes, praticados neste período, considerados até mesmo como crimes de lesa humanidade, puderam sair impunes. Crimes estes que violam diversos Direitos Humanos, mas principalmente, violaram o princípio universal mais básico e importante: a dignidade da pessoa humana. Principalmente, em decorrência da falta de uma responsabilização e punição dos responsáveis pelos atos praticados neste período, é que ainda se tem um forte resquícios dessas práticas na segurança pública brasileira, fortemente caracterizada pela violência policial.

Este resquício fica ainda mais nítido frente à análise do caso Genivaldo de Jesus dos Santos, um homem negro de 38 anos, que foi abordado por agente da Polícia Rodoviária Federal, que o prenderam no porta-malas da via-

tura com uma bomba de gás-lacrimogênio e spray de pimenta, formando uma espécie de câmara de gás, fazendo com que a vítima viesse à óbito, em decorrência de asfixia e insuficiência respiratória.

Nota-se, portanto, que assim como na época do regime militar no Brasil (1965-195), em que os cidadãos viviam com o risco de serem abordados violentamente, detidos arbitrariamente e terem seus direitos desrespeitados, ainda hoje, permanece vívida essa lógica de desprezo e insegurança causada por condutas que derivam dos resquícios deixados por esse período autoritário e desumano de nossa história.

Entretanto, o que se espera é que, diferentemente da época da Ditadura Militar, tais agentes sejam responsabilizados e tenham a devida punição. Além disso, é notório a necessidade de uma reeducação das forças policiais, para que, em sua formação estudem ainda mais, sobre a importância dos Direitos Humanos, para evitar práticas como a tortura em suas abordagens.

Através desta análise, fica ainda mais clara, a necessidade de estudarmos e refletirmos nosso passado, de forma a analisarmos os erros cometidos no passado, em especial os desrespeitos às normas que versam sobre a proteção aos Direitos Humanos, para que referidas violações não sejam mais cometidas e os resquícios, deste lamentável período da história do Brasil, sejam apagados de nossa segurança pública.

Referências

AGÊNCIA SENADO. **CDH vai a Sergipe acompanhar caso Genivaldo**. Brasília, 2022.

Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/06/01/cdh-vai-a-sergipe-acompanhar-caso-genivaldo-1>. Acesso em: 05 set.2022.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. Relatório. Recurso eletrônico. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/index.php>. Acesso em: 05 set. 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: 10 set. 2022.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas; tradução de Alexis Couto. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

CANOTILHO, José Gomes. Direito Constitucional: Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2006.

CASTRO, Flávia Lages. História do Direito: Geral e Brasil.13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CIDH, Convenção Interamericana Sobre Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 10 set. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris. 10 dez. 1948. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM MULHERES TRANS: A DECISÃO DO STJ E AS BARREIRAS ESTRUTURAIS QUE DIFICULTAM O ACESSO PLENO À EFETIVIDADE DE DIREITOS

Ana Paula Bustamante

Doutoranda em Política Social pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professora e coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Unigranrio/Afya. Professora e coordenadora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Litiane Motta Marins Araújo

Doutoranda em Direito pela Universidade Veiga de Almeida. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Coordenadora e Professora do Curso de Direito da Universidade Unigranrio/Afya. Professora de Graduação e Pós Graduação. Avaliadora *ad hoc* Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo refletir sobre a aplicabilidade da Lei 11.340/06 - Lei Maria da Penha às mulheres transexuais, considerando a concepção heteronormativa e cissexista da sociedade brasileira. Para isso, parte-se do princípio que o conceito de mulher na referida lei baseia-se expressamente no gênero e não no sexo biológico. Tendo como marco a jurisprudência da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, de abril de 2022, que de forma unânime entendeu pela aplicação da Lei às mulheres trans e adotando o método de revisão bibliográfica, sobre a violência doméstica envolvendo mulheres trans no Brasil, pretende-se apresentar sua invisibilidade além da discriminação que perpassa pelo sistema de justiça chegando à ausência de atendimento adequado na rede de enfrentamento. A mudança deste cenário é que irá propiciar a igualdade e efetividade de direitos de forma a trazer uma proteção concreta independentemente da raça, classe social, etnia e orientação sexual.

Palavras-chave: Violência doméstica; Mulheres trans; Decisão judicial; Invisibilidade estrutural

Violência doméstica e o conceito de gênero

A violência contra as mulheres, não é recente na história da sociedade, fazendo parte de uma questão histórico-cultural, que ao longo do tempo vem produzindo uma relação assimétrica entre homens e mulheres. Conforme apresentado por Scott (1989), a sistemática entre sexo e gênero, na sociedade ocidental moderna, é baseada na aceção de gênero que pode ser feita como uma construção social e histórica e que se baseia nos significados e simbolismos culturais entre homens e mulheres.

Com isso as relações foram determinadas, os papéis e identidades foram construídos por sujeitos que ao longo do tempo foram fabricando e reproduzindo relações de desequilíbrio social, de dominação e subordinação.

Scott (1989, p. 21) afirma que:

o núcleo essencial da definição baseia-se na conexão integral entre duas proposições: o gênero é um elemento constitutivo de relações sociais baseado nas diferenças percebidas entre os sexos, e o gênero é uma forma primeira de significar as relações de poder.

O gênero é uma categoria de análise das ciências sociais que questiona as diferenças entre os sexos, considerando que as características de cada um deles são produtos de uma situação histórico-cultural e política, recusando, portanto, qualquer tipo de explicação que tenha como base a questão biológica como fundamento para as desigualdades existentes.

Ainda, segundo Scott (1989, p. 7), o gênero indica construções sociais “sobre os papéis próprios aos homens e às mulheres. É uma maneira de se referir às origens exclusivamente sociais das identidades subjetivas dos homens e mulheres”. Para a autora, o gênero é a forma primária que dá significado às relações de poder, afirmando que “é um campo primário no interior do qual, ou por meio do qual o poder é articulado” (1989, p. 88).

Assim, verifica-se que esse poder concedido pelo gênero acaba por gerar as desigualdades que desencadeiam nas situações de violência doméstica sofridas pelas mulheres pelo simples fato de serem mulheres.

O machismo e o patriarcado ainda existente em nossa sociedade favorecem as desigualdades, tanto no espaço público quanto privado, o que faz com que as relações de gêneros operem de forma hierarquizada em que o homem heterossexual cisgênero¹ permaneça em um lugar de poder em relação aos outros gêneros, o que é ainda mais acentuado nas relações que envolvem as mulheres transexuais (MORAES e OSTERNE, 2017).

Numa perspectiva de análise interseccional (COLLINS e BILGE, 2020), na qual se busca analisar e compreender as interações, articulações e sobrepo-

1 Cisgênero é o termo utilizado para se referir ao indivíduo que se identifica, em todos os aspectos, com o seu “gênero de nascença”, ou seja, na pessoa cisgênero a identidade de gênero (a forma como a pessoa se percebe) corresponde ao gênero que lhe foi conferido ao nascer.

sições de trajetórias entre discriminações diversas, como classe, raça, gênero, orientação sexual, deficiências, religião e etc, a mulher trans na sociedade brasileira, além de sofrer com a desigualdade do gênero por ser mulher, também é estigmatizada e marginalizada por conta da sua condição de transexual.

A promulgação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) marcou a história do enfrentamento à violência doméstica no Brasil, representando um avanço na luta pela igualdade e equidade dos gêneros. Registre-se aqui que desde 1988 a Constituição Federal, conhecida como a “Constituição Cidadã” trouxe avanços ao reconhecimento dos direitos individuais e sociais das mulheres, o tratamento igualitário entre homens e mulheres é um deles, com previsão no inciso I do art. 5º (Princípio da Igualdade). Aliado ao princípio da igualdade, a Constituição Federal prevê no inciso III do art. 1º, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Para Sarlet, a dignidade da pessoa é uma:

qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 202, p. 60)

E, considerando que na atualidade, os direitos humanos se constroem com a noção de dignidade da pessoa humana e que esta se expressa nas “condições adequadas de existência” (RAMOS, 2005, p. 20), é possível afirmar que a violência de gênero, é uma violação de direitos humanos, uma vez que é uma violação à dignidade da pessoa humana.

No caso da mulher transexual a situação é ainda mais grave diante da grande divergência quanto a aplicabilidade da Lei Maria da Penha para essas mulheres, já que a sociedade e o sistema de justiça² ainda se posicionam no sentido da visão naturalizada do homem e da mulher, baseada nas diferenças anatômicas (sexo biológico).

A mulher transexual e a aplicabilidade da Lei 11.340/06

Em que pese tamanho arcabouço legal, na prática, ao analisarmos a situação das mulheres trans, percebemos a violação dos direitos garantidos na Lei Maria da Penha e consequentemente dos direitos humanos. A situação

2 O sistema de justiça tem previsão no art. 92 da Constituição Federal de 1988 e é composto pelos órgãos do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunais Regionais Federais e juízes federais, Tribunais e juízes do trabalho e Tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

das mulheres trans é de muita invisibilidade, faltam dados oficiais que tratam dos crimes de violência doméstica, o que percebemos facilmente com a busca aos sites e órgãos de segurança pública.

Percebe-se, que não há ausência de norma, pois leis existem, o que falta é efetividade da norma, visto que na prática não há a concretização do direito, como afirmado por Barroso (2020, p. 42):

efetividade, que é a eficácia social da norma, é a aproximação, tão íntima quanto possível entre o dever ser normativo e o ser da realidade social. Efetiva é a norma constitucional que enseja a concretização do direito que nela se prevê, propiciando o desfrute real do bem jurídico assegurado.

Assim, como afirmado por Smith e Santos (2017, p. 1105), “é possível inferir que a ausência de dados oficiais acerca dos crimes praticados contra a população LGBT no Brasil é consequência da invisibilidade em que são colocadas”, o que acaba por revelar a não concretização dos direitos nas relações entre particulares.

Em 2021, uma mulher transexual, cansada das violências a que era submetida dentro da residência da família, requereu, ao Juízo de primeiro grau do Tribunal de São Paulo, medidas protetivas contra seu pai e diante do indeferimento do pleito recorreu da decisão, o caso chegou no Superior Tribunal de Justiça (STJ) mediante a interposição de recurso especial por parte da vítima e a decisão proferida pode ser considerada um paradigma, por ter sido emanada da instância máxima da justiça brasileira no âmbito infraconstitucional.

Cabe frisar que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), também conhecido como Tribunal da Cidadania, é órgão do Poder Judiciário, e foi criado pela Constituição Federal de 1988, é a corte responsável por uniformizar a interpretação da lei federal em todo o Brasil. As decisões proferidas por este Tribunal terão solução definitiva para os casos civis e criminais, quando não envolvam matéria constitucional ou especializada.

O voto do relator, Ministro Rogério Schietti Cruz, nos autos do Resp 1.977.124/SP³, abordou os conceitos de sexo, gênero e identidade de gênero, com base na doutrina especializada, destacou voto divergente da desembargadora do TJSP, colacionou os julgados de tribunais locais que aplicaram a Lei Maria da Penha para mulheres trans, os entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do próprio STJ sobre questões de gênero e concluiu pela aplicação das medidas protetivas requeridas pela vítima (recorrente), portanto, reconhecendo a mulher trans como mulher e à ela devendo ser aplicada a Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006). Segundo o Ministro:

Este julgamento versa sobre a vulnerabilidade de uma categoria de

3 STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1977124 SP 2021/0391811-0. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma. DJE: 22/04/2022. Disponível em: [pesquisar&li-vre=%22REsp%22+com+%221977124%22](#). Acesso em: 22 out 2022.

seres humanos, que não pode ser resumida à objetividade de uma ciência exata. As existências e as relações humanas são complexas, e o direito não se deve alicerçar em discursos rasos, simplistas e reducionistas, especialmente nestes tempos de naturalização de falas de ódio contra minorias.

Frise-se que o recurso foi provido por unanimidade, ou seja, todos os ministros concordaram com o voto do relator, o que representa um grande avanço sobre o tema dentro dos Tribunais.

Importante também ressaltar a Recomendação nº. 128, de 15 de fevereiro de 2022, do Conselho Nacional de Justiça que delibera sobre a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro.

Esta orientação conceitua sexo, gênero e identidade de gênero, trazendo com clareza informações necessárias para os magistrados que estão comprometidos com julgamentos na perspectiva de gênero. Reforçando, portanto, que “as relações de gênero podem ser estudadas a partir das identidades feminina e masculina, que gênero é uma questão cultural, social e significa interações entre homens e mulheres” (BRASIL, 2022).

Nesse contexto dúvida alguma deve pairar quanto a aplicação da Lei 11.340/06 (BRASIL, 2006) em razão do gênero feminino, até porque a própria lei também define seu campo de incidência⁴, para delimitação do que vem a ser violência doméstica contra a mulher, afirmando expressamente ser esta baseada no gênero, logo, não se funda no sexo biológico.

Assim, a Lei tem seu campo de atuação dilatado, “abrangendo, por exemplo, os homossexuais femininos e masculinos, os travestis, os transexuais e os transgêneros, os quais tenham identidade com o gênero feminino”. (CERQUEIRA, 2009, n.p).

Contudo, na prática ter esta proteção legal ainda é uma barreira a ser vencida pelas mulheres trans. De acordo com notícia veiculada no portal O Tempo (2022), as mulheres trans relatam que convivem com a discriminação no sistema de justiça e que muitas das vezes isto ocorre dentro da Delegacia de Polícia, com a recusa no registro das ocorrências para aplicação da Lei Maria da Penha, sob o argumento de que o documento da mulher ainda possui o nome de registro masculino ou com questionamentos acerca do gênero em razão do timbre de voz.

Segundo Dandara Rudsan, coordenadora do Nepaz (Núcleo Estratégico de Direitos Humanos e Promoção da Paz): “As maiores barreiras para denunciar a violência estão na própria delegacia porque é um local de extrema violência. Elas são questionadas em relação ao gênero, são questionadas se são causadoras da própria violência”.

4 O artigo 5º da Lei 11.340/06 dispõe: “Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no **gênero** que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial.” (grifei)

Diante desta realidade, fica evidente que o sistema de justiça que deveria ser a porta de entrada para acolher essas mulheres, vítimas da violência doméstica, acaba por dissuadi-las a procurar ajuda.

A política de assistência social e a mulher transexual

Outro ponto importante, no que tange a invisibilidade das mulheres, é o abordado por Mesquita e Monteiro (2016, apud GASPAROTTO e GROSSI, 2017) quanto à perspectiva de gênero na política de assistência social. Segundo as autoras, os estudos de gênero na área de serviço social são escassos. Afirmam que De acordo com as autoras, no que se refere a análise dos documentos que constituem e regulamentam o Sistema Único de Assistência Social, identificou-se que a categoria gênero é pouco vista em todos os documentos, seja no Plano Nacional de Assistência Social/2004, seja na Norma Operacional Básica de 2005, bem como, a Norma Operacional Básica de 2012.

Segundo Gasparotto e Grossi (2017) a Política de Assistência Social reproduz as históricas desigualdades de gênero, com a reafirmação de estereótipos e papéis sociais tradicionais atribuídos para homens e mulheres que legitimam o patriarcado e o machismo.

Seguindo ainda o posicionamento de Gasparotto e Grossi sobre gênero da política de assistência social, as autoras afirmam que quanto ao enfrentamento das desigualdades de gênero por intermédio das seguranças sociais afiançadas pelo SUAS, o estudo realizado com os trabalhadores/as, diga-se assessoras técnicas do estado, aponta que a invisibilidade de gênero é fato na Assistência Social, o que confirma a ausência da perspectiva de gênero nessa política pública. São nomeadas pelas técnicas às seguintes situações: “invisibilidade de gênero, invisibilidade das desigualdades de gênero, reprodução dos papéis tradicionais de gênero, invisibilidade da violência contra a mulher e permanência de práticas conservadoras que reproduzem desigualdades de gênero” (GASPAROTTO e GROSSI, 2017, p. 215).

Assim, percebe-se que a Política de Assistência Social tem como padrão entender gênero como um sinônimo de mulher considerando as diferenças anatômico-biológicas entre os sexos.

Considerações finais

Embora o Brasil seja identificado como o país mais violento para a população trans, também é o país que mais tem avançado em conquistas de direitos pró-LGTQIA+, conforme dados da Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA) no Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2021 (BENEVIDES, 2022, p. 70).

Percebe-se, portanto, que o combate à violência contra as mulheres transexuais necessita de políticas públicas que estejam materializadas a partir do enfoque do gênero, de uma rede organizada, exigindo a atuação não só

dos órgãos públicos, mas também da sociedade civil para promover outros avanços necessários no combate das desigualdades, tendo como parâmetro não só a garantia do acesso das mulheres à justiça, saúde e assistência social.

Diante de tantos entraves jurídicos e assistenciais, é necessário investigar e demonstrar as dificuldades estruturais encontradas pela mulher trans, frente a violência nos atendimentos, atravessados pelas interseccionalidades de raça, classe e gênero como agravante da vulnerabilidade na obtenção de seus direitos garantidos na Constituição e no compromisso do país com a igualdade de gênero frente aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas.

Somente assim, poderemos afirmar a efetividade dos direitos das mulheres trans neste país.

Referências

BARROSO, Luis Roberto. Eficácia e Efetividade do Direito à liberdade. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Curitiba. Juruá, n. 5, 2000.

BENEVIDES, Bruna G. (Org.). **Dossiê dos assassinatos e da violência contra travestis e transexuais brasileiras em 2021**. Brasília: Distrito Drag, ANTRA, 2022. Disponível em: <https://antrabrasil.files.wordpress.com/2022/01/dossieantra2022-web.pdf>. Acesso em: 22 out 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). **Recurso Especial 1977124 SP 2021/0391811-0**. Mulher trans, vítima de violência doméstica, aplicação da lei n. 11.340/2006, lei Maria da Penha, critério exclusivamente biológico, afastamento, distinção entre sexo e gênero, identidade, [...]. Recorrente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Recorrido: L A DA S F. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 05 de abril de 2022. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=%22REsp%22+com+%221977124%22>. Acesso em: 22 out 2022.

BRASIL. **Lei nº 11.340, lei Maria da Penha, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, [...]. Brasília; Presidência da República. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm. Acesso em: 22 out 2022.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação nº 128, de 15 de fevereiro de 2022**. Recomenda a adoção do “Protocolo para Julgamento com Perspectiva de Gênero” no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/files/original18063720220217620e8ead8fae2.pdf>. Acesso em: 23 out 2022.

CERQUEIRA, Amanda Patrycia Coutinho de. **Reflexões sobre a abrangência da Lei n. 11.340/2006 e seu conseqüente potencial de efetividade em busca da constitucionalização do Direito Penal**, 2009. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/reflexoes-sobre-a-abrangencia-da-lei-n-11-340-2006-e-seu-consequente-potencial-de-efetividade-em-busca-da-constitucionalizacao-do-direito-penal/>. Acesso em: 24 out 2022.

COLLINS, Patricia Hill e BILGE, Sirma Bilge. **Interseccionalidade**. São Paulo: Boitempo, 2020.

GASPAROTTO, Geovana Prante; GROSSI, Patricia Krieger. A perspectiva de gênero na política de assistência social: um debate necessário. **O Social em Questão**, 2017.

MESQUITA, A. P. de; MONTEIRO, M. O. S. **O Patriarcado e os desafios para o Serviço Social**. In: Encontro Nacional de Pesquisadoras(es) em Serviço Social: Formação e Trabalho Profissional: reafirmando as diretrizes curriculares da ABEPSS, XV, 2016, Ribeirão Preto. Anais. Ribeirão Preto: Associação Brasileira de Ensino e Pesquisa em Serviço Social (ABEPSS), 2016. CD-ROM.

MORAES, Lucas; OSTERNE, Maria do Socorro. Transgressões de Gênero: A aplicabilidade da Lei Maria da Penha e as demandas de mulheres travestis e transexuais. **Revista Ambivalências**, 2017. Disponível em: <https://seer.ufs.br/index.php/Ambivalencias/article/view/6419>. Acesso em: 22 out 2022.

Mulheres trans e travestis encontram barreiras ao denunciar violência doméstica. O Tempo. 24 abr 2022. Disponível em: <https://www.otempo.com.br/brasil/mulheres-trans-e-travestis-encontram-barreiras-ao-denunciar-violencia-domestica-1.2658244>. Acesso em: 22 out 2022.

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais: na Constituição Federal de 1988**. Livraria do Advogado Editora, 2021.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil para análise histórica**. [online]. Trad. Christine Rufino Dabat e Maria Betânia Ávila. 1990. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/185058/mod_resource/content/2/G%C3%AAnero-Joan%20Scott.pdf. Acesso em: 22 out 2022.

SMITH, Andreza do Socorro Pantoja de Oliveira; SANTOS, Jorge Luiz Oliveira dos. Corpos, identidades e violência: o gênero e os direitos humanos. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1083-1112, 2017.

TRANSGENDER EUROPE. **Atualização do TVT TMM. Dia de Lembrança Trans 2021**. 11 nov 2021. Disponível em: <https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>. Acesso em: 24 out 2022.

DIREITO DOS REFUGIADOS E O PRECONCEITO CULTURAL E RACIAL: ENTRE A RESPOSTA HUMANITÁRIA E A MIDIÁTICA

Domingos Polini Netto

Doutorando em Sistema Constitucional de Garantias de Direitos – Centro Universitário de Bauru/SP – Instituto Toledo de Ensino. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Santa Bárbara de Tatuí/SP. Professor da Faculdade Santa Bárbara de Tatuí/SP

Nícolas Ferreira Cândido

Acadêmico do Curso de Direito da Faculdade Santa Bárbara de Tatuí/SP (FAESB)

Resumo:

No presente artigo buscaremos discutir sobre o direito dos refugiados. Na introdução damos alguns breves apontamentos quanto as recentes crises de refugiados que passamos e como isso veio aumentando com o tempo. No primeiro tópico discutiremos sobre a Convenção de 1951 e sua origem histórica sobre como ela foi importante para o direito dos refugiados. No segundo tópico discutiremos sobre a responsabilidade dos Estados em relação ao refugiado, como os Estados devem buscar tratar seus refugiados para garantir a ele a dignidade da pessoa. No terceiro tópico discutiremos sobre o racismo existente dentro do debate envolvendo os refugiados e em como os recentes problemas entre a Rússia e Ucrânia nos mostram como ainda devemos melhorar nossa resposta para com os refugiados e migrantes forçados no geral. No último tópico discutiremos sobre o princípio da responsabilidade compartilhada existente dentro do Direito dos Refugiados, buscando analisar os problemas existentes na comunidade internacional e como poderemos resolver isso através da criação de um órgão que busque a efetivação do direito dos refugiados.

Palavras-chave: Refugiados; Preconceito; Europa; Responsabilidade; Direito

Introdução

Nos últimos 10 anos passamos a enfrentar um efeito global de migração forçada com números alarmantes tendo mais que dobrado o número

de refugiados total do mundo, onde em 2011 o número registrados de refugiados pela UNHCR era de 10.403.951 e em 2021 esse número subiu para 20.835.367. A UNHCR ainda relata o número das pessoas internamente deslocadas (PID, ou sua sigla em inglês IDP), aquelas que não cruzaram as fronteiras e ainda residem no país de origem mas não conseguem abrigos, sendo apenas em 2011 o total de 15.473.378 de IDPs e em 2021 esse número subindo para enormes 50.872.901. Desses 20 milhões de refugiados temos mais de 6 milhões de sírios¹, mais de 1 milhão de mianmarenses/mianmarês e mais de 2 milhões de afegãos, sem contarmos com migrações forçadas de outros conflitos como refugiados da Palestina, Sudão do Sul e até mesmo Somália.

Em decorrência desses conflitos e desse aumento drástico, os olhares ao Direito dos Refugiados faz-se necessário, e de extrema importância e urgência. Porém uma pequena revisão histórica é necessária para compreender o contexto da Convenção de 1951.

Convenção de 1951

Tratarmos de refúgio e refugiado é algo de uma natureza um pouco complexa, principalmente se formos falar sobre a origem do refugiado e dos seus direitos. Mas falarmos disso sem envolvermos os Direitos Humanos é algo que beira o impossível, já que durante os conflitos do século passado, pudemos perceber a necessidade de proteger aqueles que se encontram em situação de migração forçada.

Foi nesse cenário que surge as codificações da Liga das Nações do direito dos refugiados. (HATHWAY, 2021. pág 19). Esse sistema criado pela Liga das Nações foi o primeiro a garantir os direitos às minorias nacionais originadas da Primeira Guerra Mundial. Ela reconhecia a vulnerabilidade das pessoas em situação de deslocamento forçado e que se encontravam fora de seu país de origem. Com os quase dois milhões de russos e armênios apátridas entre 1917 e 1926, a Europa se encontrava em um cenário quase incomum para eles: o grande deslocamento populacional entre nações. Infelizmente esse encontro entre refugiados, se deu junto com uma Europa praticamente arrasada da recente guerra. Devido ao contingente de nacionalidades, muitos países europeus começaram a criar aparatos legais que pudessem facilitar a vida de seus próprios residentes.

Com essas dificuldades existentes as primeiras codificações da Liga das Nações buscava fazer um acordo bilateral entre os países envolvidos, onde o país que recebesse aquele externo, daria os mesmos direitos que os nacionais, da mesma forma que aquele país da onde veio o refugiado daria os mesmos direitos aos nacionais do país de abrigo aos seus refugiados. (HATHWAY, 2021. pág. 19)

Entretanto isso não saiu como planejado já que muitas vezes nenhum dos países envolvidos cumpria a sua parte, ou quando cumpria, era apenas um dos países e ainda não dando direito ao trabalho e até mesmo moradia.

Esses primeiros refugiados ainda tiveram que sofrer com a Europa da crise de 29, onde muitos Estados resolveram fortificar ainda mais as fronteiras e muitos refugiados não conseguiram retornar para seus países de origem.

A crise dos refugiados foi tão intensa que em 1933 a Liga das Nações criou sua primeira convenção Internacional do Status dos Refugiados, o que acabou gerando uma mudança em como pensar o direito do estrangeiro. A Convenção dos Refugiados de 1933 gerou algumas mudanças importantes no acordo de 1928, entre elas o Estado servido de refúgio não poderia retornar o refugiado ao seu país de origem aqueles refugiados que foram aceitos pelo “Estado-Refúgio” (idem. pág. 23). Outras três importantes adicionais: após três anos, caso o refugiado estivesse casado com algum membro daquele país, ou fosse parente de um nacional, ou fosse ex combatente da Primeira Guerra Mundial, ele poderia ter direito ao trabalho; o segundo ponto foi que o refugiado teria direito ao bem-estar do Estado sede incluindo ao sistema médico; o terceiro e último ponto era que o acesso à educação deveria ser facilitado, incluindo a remissão de honorários. (ibidem).

No entanto os anos seguintes não foram fáceis já que apenas oito países ratificaram em seus ordenamentos jurídicos e alguns anos após a convenção de 1933 veio a Segunda Guerra Mundial, o que gerou outra grande massa de refugiados e só entre 1947 e 1951 a Organização Internacional de Refugiados (OIR – IRO) realocou mais de um milhão de europeus entre as Americas, Israel, África do Sul e Oceania.

A convenção de 1951 foi a pedra basilar do atual regimento internacional com relação aos refugiados já que os países ansiavam por voltarem a sua normalidade pré Grande Depressão. A convenção de 1951 foi emendada pelo protocolo de 1967 já definia o que poderia ser refugiado, sendo considerado como refugiado todo aquele que:

“temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.” (art. 1º)

Seguindo exemplo da convenção de 1933, a de 1951 trouxe alguns benefícios da convenção anterior: a garantia ao emprego remunerado (art. 17), ao sistema de racionamento (art. 20), ao alojamento (art. 21), direito a educação pública (art. 22), assistência pública como sistemas de saúde (art. 23), previdência social e legislação trabalhista (art. 24) e o mais importante, o princípio da não expulsão (art. 32 e 33). Alguns adicionais da Convenção de 51 afirmam que o tratamento ao refugiado deva ser igual ao tratamento a qualquer outro estrangeiro, sendo alguns desses artigos o artigo 13º com relação aos bens móveis e imóveis. O citado artigo afirma que:

Os Estados contratantes concederão a um refugiado um tratamento tão favorável quanto possível, e de qualquer maneira um tratamento que não seja desfavorável do que o que é concedido, nas mesmas circunstâncias, aos estrangeiros em geral, no que concerne à aquisição de propriedade móvel ou imóvel e a outros direitos a ela referentes, ao aluguel e aos outros contratos relativos a propriedade móvel ou imóvel.

Como demonstrado, o artigo afirma que o Estado-Refúgio deverá oferecer o mesmo tratamento, com relação as propriedades móveis e imóveis, que ofereceria a outro estrangeiro. Mas o tratamento comum a estrangeiros e refugiados não se encerra por aí, já que na segunda parte do artigo 22 ele afirma que o Estado-Refúgio deverá garantir o mesmo direito e acesso, que ofereceria a estrangeiro geral, com relação ao ensino fundamental e superior, com exceção do ensino primário, onde esse o asilado deveria ter o mesmo direito que um nacional, assim como a legislação trabalhista deverá ser a mesma aplicada para os refugiados e os nacionais, como afirma o artigo 24 da Convenção.

Infelizmente a Convenção não estabeleceu nenhum órgão de observação aos cumprimentos dos artigos presentes, apenas afirma que as controvérsias devam ser levadas a Corte Internacional de Justiça (art. 38) e que denúncias deverão ser feitas ao Secretário-Geral das Nações Unidas (art. 44).

Mas obviamente que apenas a criação da Convenção não se prova como eficácia da mesma, pois contamos apenas com a ACNUR/UNHCR para a efetivação dos direitos dos refugiados, não possuímos outros órgãos para a sua verificação igual possuímos para os Direitos Humanos mesmo quando compreendemos que o Direito dos Refugiados seja uma ramificação dos Direitos Humanos, não conseguimos uma verificação dos ocorridos, sem contarmos que em muitos casos a própria ACNUR não é capaz de auxiliar até mesmo os Estados-Refúgio onde residem os refugiados, pois muitos deles acabam buscando asilo em países vizinhos e que muitas vezes acabam não podendo dar um bom auxílio aos refugiados.

Responsabilidade internacional

A responsabilidade internacional entende-se como a “responsabilidade de proteger” e que ela não deve ser incoerente, ainda mais quando o refugiado “bate a nossa porta” (PATRIOTA, 169).

Antônio Patriota argumenta que devemos estudar as principais causas que fazem com que as pessoas saíam de suas terras natais e isso deve ser um trabalho coletivo entre os Estados, organizações não governamentais e organizações internacionais. O crescimento abrangente dos conflitos mundiais na última década fez com que o número de refugiados também aumentasse e a resposta internacional tanto a esses conflitos, quanto aos refugiados não foi o suficiente para sanar tais problemas pois como já vimos anteriormente o

número de refugiados só aumentou nessa última década. Muitos países que abrigam refugiados são países fronteiriços, entretanto a resposta midiática é sempre direcionada a países já desenvolvidos e de “primeiro mundo”.¹

Tais países acabam não conseguindo suprir a necessidade da alta demanda de refugiados. Isso cria a necessidade de apoio da Comunidade Internacional em auxiliar com a ajuda humanitária e financiamento desses “Estado-Refúgio” para garantir que esses refugiados possam ser realocados, integrados ou até mesmos repatriados. (*ibidem*, pág. 170). A resposta internacional deve sempre buscar prevenir o surgimento daqueles que possam vir a ser declarados como refugiados, ao mesmo tempo que devem buscar proteger os que já se encontram em situação de refúgio (*ibidem*, pág. 171). No caso sul-americano possuímos a Declaração de Brasília Sobre a Proteção de Refugiados e Apátridas no Continente Americano de 20109 onde já em seu primeiro parágrafo acerta sobre a razão da Declaração:

Revitalizar a execução dos programas “fronteiras solidárias”, “cidades solidárias” e “reassentamento solidário” do Plano de Ação do México para Fortalecer a Proteção Internacional dos Refugiados na América Latina de 2004, com o apoio da comunidade internacional, quando necessário.

Em seus parágrafos 6 e 7, a Declaração descreve como os países envolvidos devem atuar para poder efetivar e garantir o direito aos refugiados:

6. Considerar a possibilidade de adotar mecanismos adequados de proteção nacional para lidar com novas situações não previstas pelos instrumentos internacionais relativos à proteção dos refugiados, dando a devida consideração às necessidades de proteção dos migrantes e vítimas de tráfico, incluindo se eles precisam de proteção
7. Instar os países do continente americano a considerarem aderir aos instrumentos internacionais sobre apatridia, revendo a sua legislação nacional para prevenir e reduzir as situações de apatridia e fortalecer os mecanismos nacionais para o registro universal de nascimentos.

Patriota afirma que a responsabilidade sobre os refugiados não devem ser limitadas apenas em oferecer abrigo, mas também em evitar a discriminação, garantir a integração dentro da sociedade que o abrigou, oferecer condições dignas de vida, proteger os migrantes e refugiados da deportação arbitrária e combater o discurso xenofóbico (PATRIOTA, 2017, pág. 174).

O mesmo vale para desassociar a correlação entre terrorismo e migrantes ou refugiados, já que a luta contra o terrorismo não deve ser atrasada por estigmas criados contra certas etnias ou nacionalidades. “Os atos desprezíveis de uns poucos não podem justificar a discriminação e intolerância contra

¹ Lista oferecida pela própria UNHCR mostra os países que mais receberam refugiados até a metade de 2021: <https://www.unhcr.org/statistics/unhcrstats/618ae4694/mid-year-trends-2021.html>

muitos” Além do mais, como argumenta Patriota, criminalizar e marginalizar essas comunidades, que já estão fragilizadas devido a seu caso específico de refugiado, podem ser contraproduativos já que elas podem se tornar mais vulneráveis a retórica extremista e radicalizada. (ibidem, pág. 175). Nesse mesmo contexto, Flávia Piovesan e Ana Carolina Olsen, argumentam da mesma forma, defendendo o respeito que deve ser imposto pelo Estado-Refúgio ao não incentivar preconceitos:

Dessa forma, ser tolerante, no contexto entre nacionais e estrangeiros refugiados, significa vencer o preconceito que eventualmente se tenha, para ver nos outros, sujeitos de direitos assim como nós, bem como reconhecer como válido seu direito de pensar e agir diferente. (PIOVESAN, OLSEN, 2017. pág. 220)

E ainda sobre a responsabilidade internacional, como bem salientado por Dowd e McAdam em 2017, o representante brasileiro durante a reunião da ONU de 2016, salientou sobre a necessidade de uma responsabilidade compartilhada dividida em dois pontos, o primeiro é o auxílio aos Estados-Refúgio no mundo em desenvolvimento a garantir os direitos dos refugiados e o seu bem-estar e o segundo ponto é aumentar os meios de admissão, assim, refugiados que estejam em Estados-Refúgio com uma grande população de refugiados poderão ter seu refúgio admitido em outros países. Dowd e McAdam apontam ainda que os principais países a defender a tese do representante brasileiro são justamente os países em desenvolvimento, enquanto que países desenvolvidos utilizam da “responsabilidade internacional” apenas como uma retórica bonita e cheia de floreios.

O preconceito (seletivo) ao refugiado

Durante o ano de 2015 nós tivemos uma grande crise de refugiados em decorrência da Guerra Civil na Síria. Foram 1 milhão de refugiados que dirigiam-se junto com suas famílias a Europa. Luciane Vieira e Vitoria Costa (2019) alertam que, desde a Primavera Árabe de 2011, os países-membros da União Europeia vêm fortalecendo suas políticas migratórias, começando a fechar suas fronteiras e dificultando o acesso de migrantes forçados, sem contar no avanço do ultranacionalismo europeu e xenofobia (COSTA. VIEIRA, 2019, pág. 145-49).

As autoras reforçam que, durante esse período a Europa vinham passando por crises econômicas, alguns dos quais tem seu reflexo até hoje na sociedade europeia, junto com alta taxa de desemprego e com dívidas em relação a UE. Isso tudo culminou em políticas de austeridade que foram tomadas por muitos desses países e isso acabou gerando um sentimento de descontentamento com a UE, somado com o crescimento do eurocentrismo. Com isso, devido ao grande fluxo migratório que estava surgindo fomentaram em um aumento da xenofobia entre os europeus. Partidos políticos de extrema-direi-

ta da Europa usaram isso como discurso contra a UE alegando que a mesma deveria controlar sua política migratória e impedir a presença de refugiados e migrantes em seus países (*ibidem*, pág. 150).

Quando surge a crise de refugiados de 2015, muitos países estavam a vir pela Turquia, com isso no ano seguinte a UE fez um acordo de contingência do fluxo migratório já que o seu posicionamento geográfico é vantajoso aos que buscam asilo por fazer ponte entre o Oriente Médio e a Europa. Já na primeira cláusula do acordo afirma que todo migrante irregular será retornado para a Turquia. (PIOVESAN, OLSEN, 2017, pág. 221).

Entre as mais diversas tragédias anunciadas pelos jornais com relação a corpos de refugiados sendo encontrados em praias e em caminhões clandestinos, ainda houve os estudos emitidos pela própria comissão europeia demonstrando a existência de discriminação contra migrantes e refugiados durante os anos de 2015 e 2016², sendo apenas na Alemanha um total de 1031 em 2015 e 988 casos de ataques contra migrantes e refugiados motivados por grupos de extrema-direita.

Entretanto, agora com a invasão da Ucrânia por parte da Rússia, nós vemos uma resposta diferente dos países membros da UE. A União Europeia tratou a crise dos refugiados ucranianos como sendo a maior crise humanitária no continente europeu, uma crise jamais vista³, porém não faz tanto tempo desde a última crise de refugiados onde a Europa era o principal alvo de segurança para as vítimas.

As respostas de países vizinhos como a Polônia e Eslováquia foram bem benéficas aos refugiados Ucranianos, assim como a Irlanda anunciou que garantiria um visto para os Ucranianos, enquanto que em outros períodos não houve o mesmo tipo de tratamento⁴. Ainda há a existência de relatos de discriminação contra o povo romani ucraniano e estudantes africanos que estavam na Ucrânia durante a invasão.⁵ Três representantes de países africanos foram até as fronteiras da Ucrânia, junto com representantes da África do Sul, para poder auxiliar esses estudantes e residentes africanos a atravessarem as fronteiras ucranianas.

Ainda podemos citar as respostas da Polônia em 2015 e sua decisão de fechar fronteiras, lembrando que Andrzej Duda já era presidente naquele período junto com a primeira-ministra do mesmo partido Beata Szydło.

2 https://ec.europa.eu/migrant-integration/library-document/racism-and-discrimination-context-migrationeurope_en

3 <https://www.france24.com/en/europe/20220227-europe-must-prepare-for-millions-of-ukrainian-refugees-eu-commissioner-says>

4 https://reliefweb.int/report/ukraine/ukraine-crisis-double-standards-has-europe-s-response-refugees-changed?fbclid=IwAR0ozGE0EIIghIV_DVbvAGIQialrMGBWnIII-1zt_ITzTuMsy-QqmFnnHQXg

5 Os relatos podem ser encontrados nos links a seguir: <https://www.trtworld.com/magazine/not-getting-the-same-treatment-ukraine-refugees-tell-their-stories-55997> <https://www.cbsnews.com/news/black-ukraine-refugees-racism-discrimination-russian-invasion/> <https://www.nexojournal.com.br/expreso/2022/03/01/Como-o-racismo-se-manifesta-na-nova-crise-de-refugiados>

Ou ainda a fala primeiro-ministro húngaro, Victor Orbán sobre os refugiados muçulmanos serem terroristas e invasores⁶ e ainda em 2020 corte da UE descobriu que a Hungria mantinha asilados presos na fronteira com a Sérvia⁷. Relembrando também da fala do primeiro-ministro da Bulgária ao dizer que os refugiados ucranianos não era os mesmos que os europeus estavam acostumados, os ucranianos eram educados, inteligentes e não pessoas com um passado incerto e que poderiam ter sido terroristas.

Esse padrão duplo também afeta outros refugiados, já até mesmo a ONU sofreu com isso, pois durante o apelo humanitário de 2021 com relação ao Iêmen, a ONU tentou arrecadar 4,2 bilhões de dólares, mas infelizmente só conseguiu arrecadar um terço disso⁸.

Os relatos são tragicamente extensos e as respostas em ambas as crises migratórias foi amplamente e visivelmente diferente. Até o presente momento vemos que a visão eurocêntrica permanece entre diversos líderes políticos da Europa, o que apenas nos atrapalha ao buscar soluções para os refugiados. O que podemos propor será disposto no próximo tópico.

Resolução

A resolução desse conflito resulta-se dos problemas já citados: a responsabilidade internacional e o preconceito. Em relação a responsabilidade internacional, podemos observar que ela possui o caráter econômico, visto que o auxílio econômico da comunidade internacional nem sempre é o suficiente para os Estados-Refúgio, e o caráter físico pois o país-sede nem sempre possui capacidades físicas para abrigar tantos refugiados que ele recebe.

Com isso se vê necessária a criação de órgãos observadores, que possuíam quatro obrigações:

1 – Analisar os casos dos refugiados no “Estado-Refúgio”, caso encontre descumprimentos das medidas propostas pela convenção de 51 e convenções regionais, o mesmo poderia acionar as autoridades do país para fazê-lo cumprir as falhas;

2 – O órgão competente por aquela região deverá ser o mediador entre os países em conflito. Caso envolvesse Estados de outras regiões, os órgãos competentes deveriam conversar entre si junto com os Estados envolvidos. Assim poderíamos garantir a possibilidade dos refugiados retornarem a seu país de origem sabendo que ele poderá estar seguro em sua terra-mãe;

3 – Os Estados que promoverem discriminação, desinformação e preconceitos contra refugiados, deverão responder ao órgão de sua região e o órgão tomara as decisões que ele acredite ser cabíveis ao país;

6 <https://www.dw.com/en/viktor-orbans-most-controversial-migration-comments/g-42086054>

7 <https://www.bbc.com/news/world-europe-52663910>

8 https://www.nrc.no/perspectives/the-war-in-ukraine-is-bad-news-for-the-worlds-refugees/?fbclid=IwAR2hV3VsBI_58rV2MBsG0p61NPUz-IRye3MhBx2cJbe7e-5z460UiWDazuIA

4 – Se o Estado-Refúgio não for capaz de cuidar dos refugiados e não tiver as capacidades para isso, o Órgão junto a UNHCR deverá acionar a comunidade internacional para buscarem efetivar de fato o princípio da responsabilidade compartilhada.

Conclusão

A busca pela efetivação dos direitos dos refugiados está longe de ter um fim, entretanto devemos buscar a sua completa efetivação.

Os problemas e preconceitos existentes devem ser combatidos, as políticas migratórias deverão ser revistas e revisada. É para isso que serviriam os órgãos observadores, para garantir que os direitos humanos, os direitos dos refugiados fossem amplamente aplicados.

O Direito é a busca pela efetivação daquilo que é justo, não devemos simplesmente ignorar o que o outro passa apenas por ele ser de outra nação e cultura. Devemos estender nossas mãos e buscar compreender ao próximo e garantir que sua vida também será digna.

Referências

COSTA, Vitória Volcato da; VIEIRA, Luciane Klein. **Nacionalismo, xenofobia e União Europeia: barreiras à livre circulação de pessoas e ameaças ao futuro do bloco europeu.** Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, PR, Brasil, v. 64, n. 3, p. 133-160, set./dez. 2019. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/65536>>. Acesso em: 11 março 2022. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v64i3.65536>.

DOWD, Rebecca. MCADAM, Jane. **International & Comparative Law Quarterly. International Cooperation and Responsibility-Sharing to Protect Refugees: What, Why and How?** Volume 66, Issue 4, October 2017, pp. 863 – 892. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/international-cooperation-and-responsibility-sharing-to-protect-refugees-what-why-and-how/83C23155258B2F45634F38D493301D5C>. Acesso em: 11 de Março de 2022 DOI: <https://doi.org/10.1017/S0020589317000343>

HATHAWAY, James C. **The evolution of the Refugee Rights Regime in The Rights of Refugees under International Law** Pág. 10 – 127. Cambridge. Cambridge University. 2021.

PATRIOTA, Antonio de Aguiar. Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional – Edição Comemorativa Centenária. **STATE RESPONSIBILITY IN THE PROTECTION OF MIGRANTS, REFUGEES AND STATELESS PERSON,** v. 103, ano CIII, n. 125-130, p. 165-175, Junho/Dezembro 2017.

PIOVESAN, Flávia Cristina. OLSEN, Ana Carolina Lopes. Revista de Direito Internacional/Brasílian Journal of International Law. **Tolerância e Refúgio: Um ensaio a partir do acordo EU-Turquia,** v. 14, nº 2, 2017, p. 215-235. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4490/pdf>. Acesso em: 11 de Março de 2022. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v14i2.4490>.

FORCED MIGRATION FROM A PRECAUTORY LOGIC

Ana Isabel García Alfaraz

PhD in Criminal Law. Associate Professor of Criminal Law. University of de Salamanca

Abstract:

Migration is a constant in history. Today, the effects of globalization, poverty, climate change, economic crises, armed conflicts, epidemics, persecution, etc. force people to leave their countries in the hope of improving their living conditions. The vulnerability of migrants, their status as victims or the need for an effective system to protect and guarantee their fundamental rights clash with the omnipresent nature of security and precautionary logic. This article offers a critical analysis of the process of criminalization of immigrants, highlighting the risks derived from implementing a migration policy based on the security, precautionary criminal law, and enemy criminal law. In short, it reflects on the consequences of imposing exceptional precautionary measures restrictive of human rights (such as return) on immigrants simply because they are considered suspects or a threat to security.

Keywords: Forced migration; Vulnerability; Security; Precautionary logic

An approach to migratory movements

Migratory movements have always existed. They are a connatural and inherent phenomenon to human societies¹. In fact, Article 13 (2) UDHR states that: “Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”. Human beings leave their countries, legally or illegally, for a variety of reasons: poverty, climate change, armed conflicts, etc. All of these causes have a global dimension. It can therefore be affirmed that migratory movements have been intensified by the presence of globalization, economic transnationalization and the social exclusion that this generates. Paradoxically, even though we are faced with a clearly international, global phenomenon, the treatment of migratory movements is not. Thus, the liberalization and deregulation of the movement of goods and capital clashes with the

¹ Indeed, the search for food, better weather or contact with peers is a characteristic of birds, animals, but also of humans (BERGALLI, 2006, XII).

imposition of restrictions and obstacles to migratory movements by states, mainly for security or safety reasons, as will be explained in the following section.

International Organization for Migration (IOM), in its first report in 2000, estimated 173 million international migrants; while in the latest report, published in 2022, this figure rises to 281 million international migrants, who move mainly to countries in Europe and North America (IOM, 2022, 21). Thus, in just a few decades, countries such as Spain and Portugal have gone from being countries of emigration to being host countries. The Mediterranean Sea has become the main irregular gateway to the European Union. However, apart from the border control aspect, it is important to highlight the human tragedy. Many people lose their lives in the migration process². From January 2014 to September 2022, 51,448 people are documented to have lost their lives during migration worldwide, though it means that the true number is likely far higher³. Central Mediterranean route is the deadliest with 741 of 849 deaths in the first half of 2021 (IOM, 2021, 4). These data reveal the need to work on promoting safe migration (SDG Goal 11), but also on addressing and reducing vulnerabilities in migration (Goal 7 of the Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)).

In the field of vulnerability, there are some problematic issues regarding the content and scope of this term. The main issue is whether vulnerability only applies to forced migration or also to voluntary migration.

Traditionally, the concept of vulnerability refers to risk exposure and risk management, including insurance against shocks and diversification of assets and income. The Human Development Report (2014, 1), however, introduces the concept of human vulnerability to describe the prospects of eroding people's capabilities and choices. This broad definition focuses attention on the risk of future deterioration in individual, community and national circumstances and achievements (Idem.). This broad meaning of human vulnerability allows it to be easily seen in migration movements (both forced and voluntary).

As to whether vulnerability is excluded from voluntary migration scenarios, this will need to be examined on a case-by-case basis, as vulnerability factors are relative, dynamic, and will depend not only on personal but also on social characteristics.

Finally, it is worth mentioning that differentiating between forced and voluntary migration is not easy. First, because delimiting between forced and

2 Most deaths documented have been recorded between January 2014 and November 2021 on maritime routes to Europe, with 25,816 documented in the Mediterranean Sea crossing, including 18,502 on the Central Mediterranean route between Italy and North Africa. Though other routes to and within Europe are also deadly: at least 2,272 lives have been lost on route to Spain's Canary Islands, 235 were documented on routes through the Western Balkans, 172 on the Turkey–Greece land border, and 158 on the English Channel crossing to the United Kingdom (IOM, 2021).

3 IOM, In: <https://missingmigrants.iom.int/data>

voluntary migration implies a stigmatized way of labelling migrants as victims or threats respectively (GUZMÁN-ORDAZ and PICADO-VALVERDE, 2022, 129 ff). And secondly, because, to what extent is it voluntary (or not forced) to flee inequality, social exclusion and seek a “better” future, an opportunity? Do those who leave their country due to economic vulnerability, political vulnerability, have autonomy? Immigrants recognize that, if they really had a chance in their country, they would not leave it, because leaving it means leaving their home, their loved ones, what they know. Amin MAALOUF states: “les sentiments d’une personne envers la terre qu’elle a quittée ne sont jamais simples. Si l’on est parti, c’est qu’il y a des choses que l’on a rejetées - la répression, l’insécurité, la pauvreté, l’absence d’horizon. Mais il est fréquent que ce rejet s’accompagne d’un sentiment de culpabilité. Il y a des proches que l’on s’en veut d’avoir abandonnés, une maison où l’on a grandi, tant et tant de souvenirs agréables” (1998, 54).

In line with the above, this article upholds the meaning of forced migration as defined by the International Organization for Migration or the Migration and Home Affairs (European Commission) as “a migratory movement in which an element of coercion exists, including threats to life and livelihood, whether arising from natural or man-made causes (e.g. movements of refugees and internally displaced persons as well as people displaced by natural or environmental disasters, chemical or nuclear disasters, famine, or development projects)”.

Security as a supreme value in today’s society

Nowadays, there are many global threats that can affect security: migration, terrorism, pandemics, climate change, economic crises, etc. Security has become the focus of citizens’ attention (CASTRONUOVO, 2011, 2; DONINI, 2009, 3; HERZOG, 1991, 53ff). Citizens demand that public authorities, the law and, of course, criminal law, intervene to guarantee it. The State is obliged to be proactive, to anticipate risks and to control potential damage, thus becoming a “security State”. “Criminal Security Law” aims to establish preventive controls, anticipating its action, anticipating the barriers of intervention in the legal spheres of citizens (SILVA SÁNCHEZ, 2011, 153). Criminal Law is required to solve problems (GARLAND, 2002), to protect against risks, thus turning criminal law into a mere tool to provide security, causing the functionalization of criminal law and the flexibilization of its limits (HASSEMER and MUÑOZ CONDE, 1989, 173-175) but also motivating the expansion of criminal law. In short, the public authorities, criminal law, are called upon to intervene in order to avoid the actualization of the risks or threats that loom over society. Paradoxically, this desire for security is insatiable (PÉREZ CEPEDA, 2007, 49ff, 389), it feeds back, evidencing the existence of an ever-greater sense of insecurity in society (BARBERIS, 2020, 15).

The popularity of this security prism is the result of the continuous creation of threats and general unrest in society (BIGO, 2002, 63). Different public and private actors (companies offering security services, political parties, media, etc.) create threats in society in order to make it a riskier and more dangerous society (or at least perceived as such) and thus justify the need for more security interventions. In short, insecurity and the demand for security are instrumentalized. Public authorities take advantage of this situation to offer security in exchange for freedom. To the extent that citizens are willing to give up their freedom (their fundamental rights) and voluntarily accept increased surveillance and control in order to achieve the desired security. It is simply a matter of providing a sense of security because public authorities cannot assure citizens of “a secure existence and a certain future” (BAUMAN, 1999, 51, 194). But how is this sense of security achieved? BAUMAN summarizes it clearly in the following paragraph:

“Do you want security? Give up your freedom, or at least a good chunk of it. Do you want confidence? Do not trust anybody outside your community. Do you want mutual understanding? Don’t speak to foreigners nor use foreign languages [...] Do you want safety? Do not let the strangers in and yourself abstain from acting strangely and thinking odd thoughts” (BAUMAN, 2001, 4).

Consequently, in the face of the threat of more insecurity and uncertainty, public authorities offer citizens a sense of security. How? By identifying and targeting outsiders for intervention. Foreigners are presented as convenient enemies or scapegoats for the problems of insecurity that plague society. This perception legitimizes decisions such as closing borders to immigrants, tightening asylum and migration law, or expelling undesirable foreigners, etc.

The achievement of the desired security is instrumentalized, helping to generate distrust in citizens towards the unknown, the strange. It is just about labelling people. This process of labelling, of stigmatization is clearly influenced by the insecurity, risk aversion and fears present in society, and focuses on the outsider, on the others, on those who do not belong to our group, from whom we want to distance ourselves because they are risky, dangerous, suspicious and should be treated with caution. Thus, marking the difference between “us”, my cultural and social group; and “the others”, those who are not part of my group (TODOROV, 2007, 13).

Human beings exist not only as individuals, but also as members of social groups. In this sense, TODOROV (2007, 203) indicates that there are two groups to which we belong: to an ethnic group (or culture) and to a State, which are defined by virtue of the relationship they have with the observer (Ibid., 305), because it will be my cultural, social group or my country that has the highest values, because we are better than the others and even as a result of ethnocentrism, we will elevate the values of the society to which we belong to the category of universal values.

In a similar sense, BERGALLI (2006, XIV) warns that the immigrant is no longer identified in the receiving country by his or her name and surname (with a different spelling or difficult pronunciation), but becomes one more in a group, identified and labelled in a derogatory way: the “sudacas”, the “moros”, etc. In a certain way, they lose (or at least deconstruct) their individual identity to become one more, identified by their external appearance, race, way of dressing, customs, etc.

We can see how this new discourse integrates a discourse of risk and a discourse of the enemy (ANITUA, 2006, 140-141). Two parallel legal regimes are created: for us and for the others. In this ways, increased repression against the group of others generates the idea that certain groups of the population are more dangerous than others and justifies the need to subject them to greater control. And this control of the “undesirables” constitutes a clear form of stigmatization. This is because the process of criminalization is directed in a highly selective manner towards the weakest and most marginalized social strata (BARATTA, 2004, 265). The “undesirables” would essentially include irregular or illegal immigrants (who constitute a threat to security) and the poor.

Aporophobia, the phobia of poor or disadvantaged people (CORTINA, 2017) is clearly linked to other phenomena such as racism or xenophobia, since two aspects can coincide in the migrant: rejection of the poor and rejection of the foreigner. However, it should be borne in mind that it is not really annoying that foreigners (CORTINA, 2017), tourists, who are an important source of income or who generate employment, but what is annoying is that they are poor, because they cannot give anything good in return or, at least, it seems that they are not going to be able to do so. Thus, if the migrant is considered to have nothing to contribute, then return is justified.

Criminalizing the poor, the irregular immigrant facilitates the application of a criminal law of the enemy. Classifying them as illegal, clandestine, or undocumented facilitates their dehumanization, their depersonalization and therefore their treatment as non-persons, as enemies, because they are dangerous beings who persist in defying the law (JAKOBS, 2006, 291). Intervention against enemies can and even must consist of a restriction of their rights because the search for security must take precedence. Thus, the criminal law of the enemy justifies a preventive neutralization, anticipating the commission of a criminal act, because the criminal law of the enemy does not focus on criminalizing people for the evil they have committed (“wrongdoing”) but for who they are, for their identity, for their profile, which is considered in itself reprehensible (“wrongbeing”).

The application of precautionary logic: the migrant as a suspect

The rise of securitization implies the consideration of immigrants as a threat to security, to public order (MACQ, 138), which therefore requires the

development of rules and measures in the field of migration policies aimed at controlling and combating migratory movements, in other words, the application of an enemy- and risk-oriented criminal policy. Logically, this restrictive policy finds its maximum justification or legitimization in the idea of preventing potential terrorists from entering the country.

Immigration and foreigners are criminalized⁴ not only through the provision of criminal offences aimed at punishing culturally motivated crimes (e.g. bigamy), illegal entry, transit or stay, but also by facilitating cases of return from the national territory, perpetuating the relationship between immigration and crime, etc.

Political parties, governments (which exploit it for electoral advantage), institutions and the media play an essential role in the consolidation of the immigrant-criminal binomial. The latter, the media contribute to associating insecurity and crime with immigration, that is, they help to form a negative imaginary about immigration (BARATA, 2006), selectively generalizing the cases of one perpetrator to an entire group (DELGADO, 2006, 32-34) and perpetuating stereotypes.

Clearly, public opinion is not immune to exposure to this discourse⁵ and citizens end up not only linking immigration to crime, but also demanding more security, i.e. more control over immigration or, in other words, a more restrictive migration policy.

Tighter controls are required to curb irregular immigration, not only because it is a security threat, but also because of its links to organized crime or terrorism. The primacy of security justifies intervention against irregular immigrants and can be seen as an expression of the paradigm of preventive justice (MITSILEGAS, 11ff). As indicated above, the attribution of this adjective facilitates their consideration as enemies and their deprivation of rights (FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, 2021, 24). The explanation offered is logical: there are illegal immigrants, without papers, because they have not complied with the legal requirements and, therefore, their treatment must be different, they cannot have the same civil, social, and political rights. In this way, not only is their discrimination justified, but also officialized (DELGADO, 2006, 31). This treatment leads to their precarious employment, their marginalization, their absence in social and political debate, etc., in short, to their invisibility. For CIGÜELA SOLA (2019, 128), these measures serve not only to separate, concentrate, and make undesirable people invisible in certain places (the suburbs, slums, etc.) but also to prevent their transit and their coe-

4 STUMPF (2006) coined the term “crimmigration” to refer to the connection between criminal and migratory logics.

5 In this regard, the European Social Survey “Attitudes towards Immigration and their Antecedents” states that perceptions about the impact of migration on crime are heavily weighted towards the negative pole. A clear majority in 2014 (60%) felt that immigration made crime problems worse. Perceptions were also quite negative on taxes and services. People who felt that migrants put in more than they took out (26%) were outnumbered by those who felt migrants take out more (42%).

xistence with successfully integrated populations or groups.

The attribution of enemy status allows the use of coercion in order to neutralize the danger they pose to citizens (JAKOBS and CANCIO MELIÁ, 2006, 25). Even preventive intervention is allowed. It is not necessary for the threat to be real, determined, but it is sufficient to appreciate a symbolic threat, i.e. one that can affect the ultimate foundations of society (SILVA SÁNCHEZ, 2011, 184-185), those aspects that determine the identity of a society. We can see the arrival on the scene of the precautionary logic that allows precautionary measures to be taken without having to wait for the risks or threats to materialize.

The use of the precautionary principle entails a risk: its application in a biased way because the assessment of whether the immigrant constitutes a threat, a danger to society, is not objective. It is not based on scientific arguments, but on political or police reasons.

The consideration of the immigrant as a suspect is based on the presence of stereotypes or preconceived ideas that decide the social labelling of certain ethnic, ideological or origin profiles as dangerous. In other words, the stereotype of a criminal, of a dangerous person, is created and assumed by society, which in turn demands greater persecution of those individuals who correspond to the stereotype. This process of labelling usually leads the subject to end up accepting the imposed label, since this label distances him/her from a job, from society, reduces opportunities, etc. In general, the immigrant accepts the situation of marginalization and does not rebel against it, assuming, on many occasions, the idea that he/she is better off in the host country (even if mistreated and exploited) than in his/her country of origin, and even accepts the possibility of dying during the migratory route.

However, this social, political or police suspicion decides the violation of rights. Migrants, by the mere fact of being different, of coming from another country and not having respected or followed the administrative rules regulating migratory movements, entry and stay in Spain or the EU, are classified as illegal and may be deprived of their liberty in a “foreigner internment center” (hereafter CIE) and forced to return to their country of origin. At this point, it is interesting to address two issues:

The first question is whether migration should be punished: is it legitimate to punish those who flee from war, poverty, hunger, racial or ideological persecution or adverse weather conditions? Can a person be required to behave differently? Can they be required to sacrifice their most precious assets (life, integrity, freedom, etc.) and accept death, hunger, persecution, etc.? Logically, these questions raise doubts about the legitimacy of punishing migration, especially when migrants as human beings are entitled to their human rights. Indeed, Article 13(2) UDHR recognizes that: “Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country”.

Regarding the second question, is the sanction envisaged fair? In these pages we will only refer to return as a “pre-criminal measure”, although Spa-

nish law⁶ also contemplates return as a post-criminal measure, i.e. when the foreigner commits a crime punishable by a custodial sentence of more than one year.

Within the framework of a well-managed migration policy, the EU, through Directive 2008/115/EC. According to its Recital 4, the Directive is supposed to fix rules «to provide for an effective return policy». In this regard, for example, Spanish law provides for return from the national territory in the case of serious administrative offences⁷ such as, for example, being irregularly present in Spanish territory or working without due authorization. However, this measure constitutes a clear violation of human rights, essentially the right to migrate as set out in Article 13 (2) UDHR, especially if it is interpreted in accordance with Article 2 UDHR, which states: “Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty”.

Likewise, it can be seen that return is discriminatory and lacks proportionality, because, firstly, it imposes the same sanction (return) on those who commit an administrative offence in the migratory sphere as on those who commit a criminal offence. However, the criminal offence is reserved for the most serious and harmful conduct. And secondly, because in the case of (post-criminal) return, this is envisaged as a “substitution” for the total or partial execution of the custodial sentence imposed.

In order to ensure compliance with the return, EU (and Spanish) law allows for deprivation of liberty (detention). However, this sanction is only justified in the criminal field, i.e. administrative law cannot impose custodial sanctions. However, in the case of migrants it is possible to deprive them of their liberty. The simplest answer would be because the law (Directive 2008/115/EC and national laws) provides for it. But as Montesquieu said, something is not just because the law provides for it; indeed, only that which is just should be law.

Although detention is considered an exceptional measure, in practice, it is the general rule. Its extensive application is justified on the basis of the purpose pursued: to ensure and finally execute the return of the foreigner, i.e. deprivation of liberty is allowed in order to keep them located during the processing of the return proceedings. Therefore, it should be noted, firstly, that the deprivation of liberty (as a precautionary measure) does not depend on the conduct carried out or the offence, but on the processing of the administrative expulsion or return procedures (TERRADILLOS BASOCO, 2020).

6 Article 89 of the Spanish Criminal Code.

7 Provided for in Article 53 (1) a), b), c), d) y f) of the Law on Foreigners in Spain.

And secondly, the intended purpose is hardly ever achieved. The data show that detention is an ineffective and unnecessary measure in the fulfilment of the function of ensuring the return of the immigrant (MACQ, 2021, 144). This leads to opinions that support the thesis that the ultimate aim of detention is none other than to hide them, to keep them out of sight, to pretend that they do not exist until they are expelled or until the maximum period of detention has expired.

Another aspect subject to criticism is the place where the immigrant is deprived of liberty, fundamentally in the “foreigner internment centers”, which should not be of a penitentiary nature. However, if we analyze their characteristics, we can see a great similarity with penitentiary centers. In fact, some authors call them “covert prisons” (PERNÍA IBÁÑEZ et al., 2011) and detention in these centers also causes negative consequences such as, for example, imprisonment.

Detention in a “foreigner internment center” is characterized by its opacity (AZCÁRRAGA MONZONÍS, 2014), and this contributes to omission, non-compliance with the rights recognized in the legislation, abuses, injustice, or the absence of guarantees (Defensor del Pueblo, 2022, 141-142; Fiscalía General del Estado, 2021, 860ff).

In addition to deficiencies and rights violations, it is noted that places of detention are shared by foreigners with very different profiles and needs, for example, those who have committed a crime and those who simply contravene administrative law, as well as particularly vulnerable groups (minors, disabled people, pregnant women, elderly people, people who have suffered torture, rape or other serious forms of psychological, physical or sexual violence, etc.), for whom detention can be particularly harmful.

Concluding remarks

Many people are forced to leave their countries of origin, because of war, poverty, hunger, persecution, etc. These people are clearly vulnerable and should therefore deserve special protection. However, in receiving countries, migrants are not perceived as victims but as suspects, as a threat, and immigration is therefore managed in terms of security.

Evidently, the delimitation made by migration policy between legal and illegal immigrants is not trivial but justifies differentiated treatment. Thus, those who fall into the category of irregular migrants can have their rights restricted. They are excluded from the category of ‘human beings’ to integrate that of enemies, because they constitute a threat to security and, therefore, the restriction of rights (including those enshrined in the UDHR) is ‘justified’, as well as the use of exceptional measures or rules to combat illegal immigration. In this way, institutions can adopt precautionary measures without having to wait to verify or demonstrate their dangerousness. This precautionary logic is influenced not only by phenomena such as fear of the unknown

or cultural estrangement, but also by other aspects such as aversion to the poor and aversion to risk, to the loss of the *status quo* acquired in the host countries. These concepts have permeated not only society, but also political parties and the law. In fact, transferring the precautionary principle to migratory movements could be risky. First, because its application would be based on police or political conjecture and not on scientific suspicions; and second, because it would highlight the biased nature of the law, i.e. it would show that what is important is not so much the performance of an act considered deviant or illegal, but who is the subject who performs it. Thus, when the subject meets certain characteristics, he or she can be stripped of the status of ‘citizen’, declared an ‘enemy’ and then disproportionate measures can be adopted that negatively affect his or her recognized rights.

The Return Directive 2008/115/EC is considered to be a clear reinforcement of the process of criminalization and deprivation of liberty of irregular immigrants (MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2009). This trend seems set to intensify. This is reflected in the 2018 Proposal for a Recast Directive⁸, which includes the following measures: the elimination of voluntary departure, the extension of the risk of absconding, the incorporation of the obligation to cooperate, the extension of detention periods and, most alarmingly, it provides for the possibility of imposing criminal sanctions in the event of non-compliance with the obligations derived from the European regulation, which is administrative and not criminal in nature (BOZA MARTÍNEZ, 2021).

Bibliography

ANITUA, Gabriel Ignacio. **La inmigración y los discursos de la seguridad**. In: Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios. Barcelona: OSPDH y Anthropos Edit., 2006, p. 135-157.

AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. **Centros de internamiento de extranjeros: principales denuncias y novedades legislativas**. In: BARATARIA Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, 2014, 17, p. 143-163.

BARATA, Francesc. **Inmigración y criminalización en los medios de comunicación**. In: Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios. Barcelona: OSPDH y Anthropos Edit., 2006, p. 261-280.

BARATTA, Alessandro. **Criminología y sistema penal**. Montevideo: B de f, 2004.

BARBERIS, M. **No hay seguridad sin libertad**. E. Merck Giuliani y M. Martínez Neira (Trad.). Madrid: Trotta, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **In search of Politics**. Standford: Stanford University Press, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. **Community. Seeking safety in an insecure world**. Cambridge: Polity Press, 2001.

8 In: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=COM:2018:0634:FIN>

BERGALLI, Roberto. **Presentación. Inmigración y globalización (Aclaraciones semánticas y vocabulario específico.** In: Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios. Barcelona: OSPDH y Anthropos Edit., 2006, p. VII-XX.

BIGO, Didier. **Security and Immigration: Toward a critique of the governmentality of unease.** In: Alternatives, 27, 2002, p. 63-92.

BOZA MARTÍNEZ, Diego. **La propuesta de reforma de la Directiva Retorno: más criminalización de las personas migrantes.** In: Retos en inmigración, asilo y ciudadanía. Perspectiva Unión Europea, internacional, nacional y comparada. Madrid: Marcial Pons, 2021, p. 91-103.

CASTRONUOVO, Donato. **Principio di precauzione e beni legati alla sicurezza.** In: Diritto Penale Contemporaneo, 2011. In: <https://www.penalecontemporaneo.it/upload/Castronuovo%20pdf%20definitivo.pdf>

CIGÜELA SOLA, Javier. **Crimen y castigo del excluido social: sobre la ilegitimidad política de la pena.** Valencia: Tirant lo blanch, 2019.

CRUPI, Rosaria. **Al di là del diritto penale. Exit strategy dalla radicalizzazione.** In: Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche. Torino: Giappichelli, 2018, p. 273-285.

CRUPI, Rosaria. **Alla ricerca dell'uguaglianza nella regolamentazione penale della clandestinità: Un principio a struttura inversa.** In: Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia, 2020, Vol. 33, 3-4, p. 842-873.

Cortina, Adela. **Aporofobia, el rechazo al pobre.** Barcelona: Paidós, 2017.

DEFENSOR DEL PUEBLO. **Informe Anual 2021,** 2022. In: <https://www.defensordelpueblo.es/informe-anual/informe-anual-2021/>

DELGADO, Manuel. **Nuevas retóricas para la exclusión social.** In: Flujos migratorios y su (des)control. Puntos de vista pluridisciplinarios. Barcelona: OSPDH y Anthropos Edit., 2006, p. 1-23.

DONINI, Massimo. **La sicurezza come orizzonte totalizante del discorso penalistico.** *Relazione provvisoria per il Convegno "Sicurezza e diritto penale",* 21.03.2009, Modena.

EUROPEAN COMMISSION, MIGRATION AND HOME AFFAIRS. **Glossary.** In: https://home-affairs.ec.europa.eu/pages/glossary/forced-migrant_en

EUROPEAN SOCIAL SURVEY EUROPEAN RESEARCH INFRASTRUCTURE CONSORTIUM (ESS ERIC). **Attitudes towards Immigration and their Antecedents,** 2016. In: https://www.europeansocialsurvey.org/docs/findings/ESS7_toplines_issue_7_immigration.pdf

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO. **Memoria,** 2021. In: https://www.fiscal.es/memorias/memoria2021/FISCALIA_SITE/index.html

FERNÁNDEZ-PACHECO ALISES, Gloria. **Entendiendo la relación entre menores de origen migrante y la delincuencia: Una aportación criminológica.** Cizur Menor: Aranzadi, 2021.

GARCÍA ALFARAZ, Ana Isabel. **Principio de precaución. Seguridad alimen-**

taria y delito. Valencia: Tirant lo blanch, 2022.

GARLAND, David. **The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society.** Chicago: University of Chicago Press, 2002.

GUZMÁN-ORDAZ, Raquel; PICADO-VALVERDE, Eva. **La vulnerabilidad en los procesos migratorios: ¿Viejos protagonistas y nuevos enfoques?.** In: (In) cumplimiento por el Estado español del Pacto Mundial de Migraciones. Cuestiones preliminares desde una perspectiva de género. Valencia: Tirant lo blanch, 2022, p. 121-149.

HASSEMER, Winfried and MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción a la Criminología y al Derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

HERZOG, Felix. **Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich.** Heidelberg: Decker, 1991.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **World Migration Report 2022.** Geneva, 2022. In: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR MIGRATION (IOM). **Migrant deaths on maritime routes to Europe in 2021.** In: https://missingmigrants.iom.int/sites/g/files/tmzbd1601/files/publication/file/Mediterranean-deaths-Jan-Jun_2021.pdf

JAKOBS, Günther. **Feindstrafrecht? Eine Untersuchung zu Bedingungen von Rechtllichkeit.** In: *HRRS*, 2006, 8-9. In: <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/06-08/index.php?sz=7>

JAKOBS, Günther and CANCIO MELIÁ, Manuel. **Derecho penal del enemigo.** Madrid: Thomson- Civitas, 2006.

MAALOUF, Amin. **Les identités meurtrières.** Paris: Grasset & Fasquelle, 1998.

MACQ, Christelle. **Droit penal et lute contre les migrations irrégulières.** Bruxelles: La Chartre, 2021.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita. **¿Puede utilizarse el Derecho penal en la lucha contra la inmigración irregular? Un análisis del tipo básico del art. 318 bis CP en clave de legitimidad.** In: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2008, 10-06. <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-06.pdf>

MILITELLO, Vincenzo, **La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia.** In: *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche.* Torino: Giappichelli, 2018, p. 31-60.

MITSILEGAS, Valsamis. **The Criminalisation of Human Smuggling as Preventive Justice.** In: *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche.* Torino: Giappichelli, 2018, p. 11-30.

PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. **La seguridad como fundamento de la deriva del Derecho Penal postmoderno,** Madrid: Iustel, 2007.

PERNÍA IBÁÑEZ, Luis, RODRÍGUEZ CANDELA, José and RUIZ ENCISO, Gabriel. **Cárceles encubiertas: Centros de internamiento de extranjeros.** San

Sebastián: GAKOA, 2011.

SANZ MULAS, Nieves. **Criminal policy in the age of globalisation**. Valencia: Tirant lo blanch, 2021.

SERVICIO JESUITA A MIGRANTES. **Informe CIE 2021. Territorio hostil: Formas diversas de hostilidad en los CIE**, 2021. In: <https://sjme.org/informes/>

SILVA SÁNCHEZ, Jesús M^a. **La expansión del Derecho penal**. Madrid: Edisofer S.L., 2011.

SIRACUSA, Licia. **L'espulsione del migrante e la "materia penale" tra punizione e prevenzione**. In: *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*. Torino: Giappichelli, 2018, p. 109-142.

STUMPF, Juliet. **The Crimmigration crisis: immigrants, crime and sovereign power**. In: *American University Law Review*, vol. 56, 2006, p. 367-419.

TERRADILLOS BASOCO, Juan M^a. **Aporofobia y plutofilia: La deriva jánica de la política criminal contemporánea**. Barcelona: J. M. Bosch, 2020.

TODOROV, Tzvetan. **Nosotros y los otros. Reflexión sobre la diversidad humana**. 5^a ed. Madrid: Siglo XXI, 2007.

UNITED NATIONS. **Sustainable Development Goals (SDG)**. In: <https://sdgs.un.org/goals>

UNITED NATIONS. **Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration (GCM)**. In: <https://www.ohchr.org/en/migration/global-compact-safe-orderly-and-regular-migration-gcm>

UNITED NATIONS. **Human Development Report 2014**. In: <https://hdr.undp.org/content/human-development-report-2014>

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. **Derecho penal de la seguridad: ¿seguridad para todos?**. In: *Revista penal México*, 2021, 19, p. 157-174.

ECONOMIA DIGITAL E HOME OFFICE: INCLUSÃO OU INTEGRAÇÃO DOS TRABALHADORES COM DEFICIÊNCIA

Fabiano Carvalho

Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais (Franca, Brasil). Docente no curso de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda (Ribeirão Preto, Brasil). Advogado

Resumo:

O uso das tecnologias nas atividades econômicas tem estimulado a migração de vários setores para o ambiente digital. Assim, ao proporcionar novas maneiras de prestação de serviço, dentre elas o realizado em home office, a economia digital poderia facilitar a contratação de trabalhadores com deficiência na medida em que suas próprias residências já se encontrariam adaptadas às suas necessidades. Tendo em vista um dos pilares do trabalho decente perseguido pela Organização Internacional do Trabalho ser o respeito aos direitos e princípios fundamentais do trabalho e, ao considerar o acesso ao trabalho digno como direito humano fundamental, conclui-se ser a economia digital um facilitador na inclusão das pessoas com deficiência na cadeia de produção de bens e serviços. Diante disso, impõe-se a discussão acerca da diferença entre inclusão e integração dessas pessoas. Relevante verificar se a contratação de trabalhadores com deficiência sob esse prisma é uma forma de inclusão social por meio do direito ao trabalho. Pretende-se analisar a dicotomia entre integração ao trabalho e a efetiva inclusão social desses trabalhadores; verificar se o home office, como consequência da economia digital, pode gerar uma segregação ainda maior dos trabalhadores com deficiência; e, por fim, examinar se tal integração se coaduna com a finalidade das normas vigentes e com a efetivação do equilíbrio e da cidadania laboral no contexto labor-ambiental. Trata-se de uma pesquisa qualitativa e, quanto ao método de procedimento e de abordagem, a pesquisa bibliográfica e o dedutivo respectivamente.

Palavras-chave: Direito ao trabalho decente; Pessoa com deficiência; Economia digital; Home office; Inclusão.

Introdução

O uso das tecnologias no desenvolvimento das atividades econômicas

tem estimulado, cada vez mais, a migração de vários setores para o ambiente digital. Conseqüentemente, diversos recursos tecnológicos vêm sendo incorporados ao contexto do trabalho, visando a maior agilidade no desempenho do labor pelos trabalhadores e ao encurtamento de distâncias, viabilizando o trabalho remoto e dispensando o deslocamento de trabalhadores a lugares físicos para reuniões e concretização de negócios, por exemplo.

Fato que as mudanças no comportamento das pessoas e as constantes evoluções tecnológicas fizeram, principalmente durante e após o período pandêmico da COVID-19, com que o home office se consolidasse e passasse a ser uma alternativa viável para o processo de produção de bens e serviços.

No Brasil, de acordo com a Plataforma Melhor RH (2021), em razão do home office, a Page PCD, consultoria especializada em recrutamento de pessoas com deficiência no Brasil, em setembro de 2021 a contratação de pessoas com deficiência aumentou 147% em relação a agosto de 2020 e vem aumentando.

No entanto, a análise necessária se resvala na qualidade de emprego oferecido e se o labor à distância, na medida em que isentaria o empregador da obrigatoriedade de adaptação do meio ambiente do seu estabelecimento, não aumentaria a segregação social dos trabalhadores com deficiência ao invés de incluí-lo.

Partindo dessa premissa, faz necessário analisar a dicotomia entre integração ao trabalho e a efetiva inclusão social dos trabalhadores com deficiência e verificar se o trabalho em home office, como consequência da economia digital, e os novos meios de comunicação à distância e de tecnologia assistida podem gerar uma segregação ainda maior dos trabalhadores com deficiência pela ausência de convívio com outros profissionais, submetendo tal análise, ainda, às normas vigentes (brasileiras e da OIT) voltadas a essas pessoas, com a responsabilidade social e empresarial e com a efetivação do equilíbrio e da cidadania laboral no contexto labor-ambiental.

Assim, o presente artigo inicia demonstrando que o home office foi um incentivador na contratação de pessoas com deficiência. Em seguida, passa-se à análise do que seria o trabalho decente perseguido pela Organização Internacional do Trabalho – OIT e as pessoas com deficiência sendo também destinatárias das normas locais e convenções internacionais capazes de efetivar o direito e acesso ao trabalho digno, notadamente através da adaptação do meio ambiente laboral para tal fim.

Em seguida, buscou-se verificar se o novo modelo de empregabilidade se coaduna com os princípios legais de inclusão das pessoas com deficiência na cadeia produtiva de bens e serviços, concluindo, por fim, que emprego e trabalho são coisas distintas, e que o home office, por si só, não seria fator de inclusão das pessoas com deficiência nessa cadeia produtiva, notadamente quando a integração do trabalhador com deficiência aos quadros funcionais de uma empresa é desrevestida da adequação do meio ambiente laboral capaz de quebrar barreiras, fornecendo ao trabalhador com deficiência não a garan-

tia de efetivação de seu direito ao trabalho, mas tão-somente o seu direito ao emprego.

Ainda, e por fim, muito embora seja uma pesquisa qualitativa, nas modalidades explicativa e exploratória quanto ao objeto, e quanto ao método de procedimento adotado tenha sido o da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais já publicados, ressalta o autor que a ideia surgiu de forma empírica, em conversa com seu aluno do 7º período do curso de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda Arthur Senna Sperandio, deficiente visual, e que, informalmente, relatou sua experiência no seu estágio em home office.

Home office e a economia digital como facilitadores na contratação de pessoas com deficiência

Profissionais de diversas áreas, mas principalmente os da área de tecnologia, mesmo antes da pandemia causada pelo vírus SARS-CoV-2, já se submetiam à realidade do home office, ou seja, prestavam serviços a partir do âmbito residencial, principalmente os profissionais da área.

As mudanças no comportamento das pessoas e as constantes evoluções tecnológicas fizeram, principalmente durante e após o período pandêmico da COVID-19, com que o home office se consolidasse e passasse a ser uma alternativa viável para o processo de produção de bens e serviços também das mais variadas áreas.

E essa mudança de comportamento na atividade laboral à distância é fruto do crescimento da economia digital, pois diversos recursos tecnológicos vêm sendo incorporados ao contexto do trabalho, visando à maior agilidade no desempenho do labor pelos trabalhadores e ao encurtamento de distâncias, o que viabiliza o trabalho remoto e dispensa o deslocamento de trabalhadores a lugares físicos para reuniões e concretização de negócios.

O conceito de “fazer negócios” sem necessidade de ir a lugar algum, a integração de redes sociais com inteligência artificial, a utilização de meios cibernéticos para realizar pagamentos, comprar produtos, desenvolver programas, assinaturas eletrônicas, telemedicina, a economia digital acaba por englobar todas essas ações, permitindo com que elas sejam desempenhadas de um único lugar: a partir da residência dos prestadores de serviço e dos próprios consumidores.

Pensando sob esse prisma, induz-se a concluir que a contratação de pessoas com deficiência fora facilitada.

Pois bem! A resposta é sim.

No Brasil, de acordo com a Plataforma Melhor RH (2021), em razão do home office, a Page PCD, consultoria especializada em recrutamento de pessoas com deficiência no Brasil, em setembro de 2021 a contratação de pessoas com deficiência aumentou 147% em relação a agosto de 2020.

Tal entendimento é compartilhado por Braga, CEO da Egalité, empresa brasileira especializada na empregabilidade de pessoas com deficiência, ao ser

entrevistado pela Infomoney, considerado um dos maiores sites especializados em mercados, investimentos e negócios do Brasil e do mundo:

A aceleração na adoção do home office pelas empresas devido à pandemia, e a consequente digitalização dos processos, é sem dúvida um facilitador na contratação de PcDs. Eles deixam de estar condicionados a aceitar uma vaga pela dificuldade de mobilidade nas ruas e pela infraestrutura física da empresa. (2021, online)

Ana Laura Magalhaes, da XP Inc., também ao ser indagada pelo Infomoney, assim explica:

Sabendo que o home office é o novo formato de trabalho, fica mais fácil contratar profissionais PcDs. Em tese, a casa do profissional é completamente adaptada a ele. Então, poder trabalhar do seu próprio espaço é um facilitador. Porém, não deveríamos comparar a acessibilidade em casa *versus* a da empresa. Na teoria, prover a acessibilidade deveria ser a obrigação de todas as empresas. O item de acessibilidade na empresa deveria ser como o computador ou o fone para reuniões: é essencial para o dia a dia de trabalho desse profissional (2021, online)

Ratificando o quanto mencionado acima, indubitavelmente que o home office, modelo de prestação de serviço à distância que se tornou muito comum após a digitalização da economia, tenha facilitado a contratação de pessoas com deficiência. No entanto, a análise necessária se resvala na qualidade de emprego oferecido e se o labor à distância, na medida em que isentaria o empregador da obrigatoriedade de adaptação do meio ambiente do seu estabelecimento, não aumentaria a segregação social dos trabalhadores com deficiência ao invés de inclui-lo.

O trabalho decente na organização internacional do trabalho

O conceito de “Trabalho Decente” foi formalizado em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho – OIT, cujo objetivo é a busca pela igualdade de condições entre homens e mulheres na obtenção de um trabalho produtivo e de qualidade, bem como “em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade humanas” (OIT, online).

De acordo com Laís Abramo (2006), diretora do escritório da OIT no Brasil, o trabalho decente é considerado uma “condição fundamental para a superação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável”, sendo tal condição alicerçada sobre quatro pilares estratégicos: os direitos e princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social (ABRAMO, 2006).

Nesse contexto, importante frisar que a OIT acaba por induzir que emprego e trabalho são conceito distintos que se integram na medida em que o

emprego de qualidade, capaz de fornecer renda às pessoas para que elas supram suas necessidades vitais, seja consequência de um trabalho desenvolvido sob a perspectiva de uma realização profissional capaz de levar cidadania ao trabalhador, não apenas dinheiro.

O direito das pessoas com deficiência ao trabalho decente

A busca por políticas públicas voltadas à efetivação do direito das pessoas com deficiência ao trabalho decente é uma preocupação mundial, haja vista as Convenções Internacionais visando à construção de uma sociedade mais inclusiva.

Como bem elucidam Marileide Antunes de Oliveira, Edward Goulart Júnior e José Munhoz Fernandes (2009, p. 229):

A participação das pessoas com deficiência na sociedade depende de profundas transformações, cabendo à sociedade prover os suportes necessários para que esses indivíduos tenham acesso a todos os recursos disponíveis no meio social e, além disso, ao convívio de maneira não-segregada. Uma questão importante, nesse sentido, é a elaboração de políticas públicas no âmbito do trabalho voltadas para pessoas com deficiência. Embora o acesso ao trabalho seja considerado um dos principais direitos civis dos indivíduos, as pessoas com deficiência ainda encontram diversas barreiras para ingressar no mercado profissional.

Marianne Thyssen (2015), comissária europeia para o emprego, assuntos sociais, competências e mobilidade laboral no quinquênio 2014-2019, mencionava que a partir de 2020, 120 milhões de pessoas na União Europeia teriam uma incapacidade que limitasse o seu acesso a determinados produtos e serviços. Ainda, previa que 30% dos europeus com algumas deficiências ou com deficiências graves estariam em risco de pobreza e exclusão social.

A aplicação da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que entrou em vigor na União Europeia em 2011, é o objetivo dos Estados-membros, no entanto, tal aplicação vem sendo realizada de forma diferente por cada um deles, tornando imprescindível à Comissão Europeia de Emprego, Assuntos Sociais e Inclusão a busca por um método de unificação de políticas públicas nessa seara.

No Brasil, a Constituição da República de 1988, já em seu artigo 1º, consagra os valores sociais do trabalho como direito fundamental, concluindo, através de uma interpretação sistemática da Carta de 1988, que esse direito é estendido, indubitavelmente, às pessoas com deficiência. Assim, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro as Leis de nº 7.853/1989 – que dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência e sua integração social – regulamentada pelo Decreto nº 3.298/1999, e a de nº 8.213/1991 que obriga as empresas com cem ou mais empregados a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com pessoas com deficiência, visando, assim, à inserção desses trabalhadores na

cadeia produtiva da economia brasileira.

Em 2015 surge no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.146, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, ratificando e regulamentando o direito ao trabalho das pessoas com deficiência como direito fundamental e apontando os modos de sua inclusão, principalmente através de recursos tecnológicos e adaptações no meio ambiente do trabalho.

Valdete Souto Severo (2015), ao considerar o Direito do Trabalho inscrito no rol dos Direitos Humanos e de dimensão individual e social que não se dissociam, defende a ideia de que ele deverá ser estudado de forma sistêmica, levando-se em consideração, inclusive, o meio ambiente laboral, nos termos do artigo 200 da atual Constituição da República do Brasil.

Assim, o meio ambiente do trabalho está explicitamente previsto pelo Estatuto das Pessoas com Deficiência na medida em que, em seu capítulo VI, além de consagrar o direito ao trabalho da pessoa com deficiência como Direito Fundamental, prevê no *caput* do seu artigo 37 a adaptação razoável do meio ambiente laboral desses trabalhadores como modo de inclusão no contexto laboral e de estabelecimento de igualdades competitivas:

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho. (BRASIL, 2015).

Tendo em vista o tema aqui sugerido, verifica-se que o respeito aos direitos e princípios fundamentais do trabalho consiste, dentre outras, na eliminação de qualquer forma de discriminação em matéria de emprego e ocupação, notadamente quando o foco são as pessoas com deficiência.

Ademais, a promoção do emprego com qualidade não pode ser vista apenas pela remuneração adequada capaz de suprir as necessidades do trabalhador, mas também a discussão e adoção de políticas públicas que visam à adequação do meio ambiente laboral aos trabalhadores com deficiência.

A extensão da proteção social e o diálogo social devem ser capazes de eliminar barreiras, notadamente as atitudinais, impostas aos trabalhadores com deficiência e juntamente com a erradicação de qualquer forma de discriminação no emprego e o meio ambiente equilibrado e adaptado têm que ser vistos como instrumento de resgate da cidadania dessas pessoas através do acesso efetivo à cadeia de produção de bens e serviços.

Inclusão ou integração das pessoas com deficiência no contexto laboral diante da possibilidade do home office

Não restam dúvidas de que as pessoas com deficiência são destinatárias das normas que garantem o direito ao trabalho digno como forma de consoli-

dação de sua cidadania.

Indubitável ainda que a dignidade do trabalho, divorciada de qualquer forma de discriminação, e que se encontra inserida no conceito de trabalho decente perseguido pela OIT, é alcançada através de políticas públicas que visam à adaptação do meio ambiente laboral desses trabalhadores capaz de propiciar o desenvolvimento de suas habilidades, que contribuem no estabelecimento de igualdade de competição e eliminem qualquer forma de barreiras.

Com isso, deverão ser considerados alguns fatores ambientais já consagrados pela doutrina, tendo como referenciais teóricos o quanto exposto através de Urie Bronfenbrenner (1977), ao mencionar os sistemas ambientais; Daniel Stokols (2002) e Victor Hugo de Almeida (2013), que trazem à discussão o meio ambiente, notadamente o do trabalho, e seus aspectos ambientais e pessoais (ou socio-físicos).

Os sistemas ambientais integrados e interdependentes ensinados por Urie Bronfenbrenner (1977), tornam-se realidade legislativa no Brasil na medida em que a Lei nº 13.146/2015 considera não apenas o seu microsistema ambiental como um obstáculo a ser combatido para que a pessoa com deficiência possa ter acesso ao exercício fundamental ao trabalho, mas também todo o seu complexo de sistemas ambientais como, por exemplo, considerar os laços dessa pessoa com deficiência, sua família e a sua moradia, por exemplo.

Victor Hugo de Almeida (2013), ao expor a nítida interdependência entre o contexto labor-ambiental e a saúde do trabalhador, identifica a complexa estrutura do meio ambiente do trabalho, constituído por aspectos ambientes propriamente ditos, como os geográficos, arquitetônicos-tecnológicos, organizacional e cultural, mas também, e com razão, os aspectos pessoais do trabalhador, como biogenéticos, comportamentais e psicológicos.

O meio ambiente do trabalho deve ser entendido, portanto, não apenas pela constituição física onde o trabalhador presta seus serviços, ou mesmo como sinônimo de estabelecimento empresarial (ALMEIDA, 2013), mas também através da sua interação com o meio em que desenvolve seu ofício, seja influenciando-o, como, também, sendo por ele influenciado.

Corroborando referidas teorias multidisciplinares (psicológica e jurídica), o artigo 3º da Lei nº 13.146/2015 não considera apenas as barreiras físicas e arquitetônicas como entraves ao exercício, pelas pessoas com deficiência, ao trabalho digno.

Importante destacar que as barreiras atitudinais, essas consideradas como “[...] atitudes ou comportamentos que impeçam ou prejudiquem a participação social da pessoa com deficiência em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas.” (BRASIL, 2015), da mesma forma são entraves à inserção do cidadão com deficiência ao complexo de direitos fundamentais, dentre eles ao trabalho decente.

Fato é que a economia digital pode ser vista como um fator que propiciou, notadamente durante e após a pandemia do coronavírus, a prestação de

serviços da própria residência dos trabalhadores. A contratação de trabalhadores com deficiência durante essa época, notadamente aos serviços vinculados à tecnologia, aumentou consideravelmente, conforme já mencionado.

Pode-se concluir que o aumento tenha sido em decorrência da facilidade desses trabalhadores em executar suas funções em um ambiente laboral no qual já estariam completamente adaptados: seus lares! Mas não se pode concluir que, mesmo integradas aos quadros de funcionários de uma determinada empresa, tais trabalhadores com deficiência tenham sido efetivamente incluídos à cadeia de produção de bens e serviços.

Um dos grandes entraves à manutenção das pessoas com deficiência em seus trabalhos são as comportamentais (aspectos comportamentais/psicológicos do meio ambiente do trabalho), ligadas à inclusão, integração e a falta de conhecimento de como lidar com elas, desafios esses que dizem respeito às barreiras atitudinais previstos no Estatuto da Pessoa com Deficiência e já mencionadas alhures. (CARVALHO, 2018)

De acordo com Michelle Villaça Lino e Ana Cristina Barros da Cunha:

O fato dos participantes perceberem atitudes preconceituosas e um tratamento reservado por parte das empresas sugere que tais atitudes de reserva e preconceito para com o profissional com deficiência podem se tornar barreiras atitudinais para a inclusão dessas pessoas no mercado de trabalho. (2008, p. 72).

E aqui resta importante frisar a diferença entre integração e inclusão. Conforme elucida Maria Salete Fábio Aranha (2000, p. 3), integração é entendida “[...] como o processo de favorecimento da convivência de alguém tido como diferente, com os demais membros da sociedade, tidos como supostamente iguais.” Já a inclusão, conforme ressalta a mesma autora, é um

Processo mais amplo e complexo do que o proposto pela integração, já que bi-direcional, exige mudanças não somente na pessoa com deficiência, mas principalmente no contexto social, de forma a poder atender às necessidades especiais das pessoas com deficiência também, estejam elas nessas condições definitiva ou temporariamente. [...] Quando se fala em integração, apesar de aparentemente estar se falando do direito da igualdade, na realidade está se atribuindo quase que exclusivamente à pessoa com deficiência a responsabilidade por sua segregação (atribuída à sua “incompletude”) [...]. (2000, p. 4).

Corroborando o entendimento de Maria Salete Fábio Aranha, a Sociedade Brasileira de Pediatria (2017), em seu Manual de “Atualização sobre Inclusão de Crianças e Adolescentes com Deficiência”, assim define a inclusão:

A inclusão nada mais é do que diminuir ou eliminar barreiras que impeçam o pleno desenvolvimento do sujeito. Um caminho de mão dupla: a sociedade precisa entender e perceber que as pessoas com deficiência são parte de um todo a que pertencemos. É preciso não

só lidar com elas, mas também entender que podemos aprender com elas.

Assim, um dos grandes desafios ao se buscar a efetivação do direito ao trabalho decente através da inclusão das pessoas com deficiência é o meio ambiente laboral. E não no tocante às barreiras físicas ou arquitetônicas apenas, mas principalmente ao que está ligado às barreiras atitudinais.

Seria simples e ingênuo pensar que a economia digital na atualidade, ao possibilitar o home office, contribuiria para a efetivação do direito ao trabalho digno às pessoas com deficiência, pois executando suas tarefas a partir de um meio ambiente já plenamente adaptado (seus lares), elas estariam inclusas na cadeia produtiva de bens e serviços.

Não basta integrar, é preciso incluir. Ou seja, não basta integrar o trabalhador com deficiência aos quadros de funcionários de uma empresa para atender à legislação vigente e aos anseios da sociedade quanto à responsabilidade social do empresariado; é preciso incluir essa pessoa com deficiência em todo o contexto laboral. (CARVALHO, 2018)

E incluir o trabalhador com deficiência não é apenas empregá-lo pela sua incapacidade funcional, já que a lei assim obriga, mas ao contrário, é empregá-lo de acordo com a sua capacidade funcional. É isso que vai dar a ele oportunidade de crescimento profissional capaz de efetivar sua cidadania e seu sentimento de dignidade.

“O emprego será capaz de trazer renda à pessoa com deficiência, mas o trabalho, de acordo com sua capacidade funcional e com possibilidade de ascensão profissional, lhe trará dignidade”. (CARVALHO, 2018, p.76)

A inclusão da pessoa com deficiência não é pensar apenas na forma como ela vai desempenhar uma função dentro de um contexto laboral para a qual ela é designada, mas também no convívio com os demais colegas, clientes e empregador.

Como exemplo, pode-se pensar na possibilidade de um empregador oferecer curso de libras a todos os seus empregados de um determinado setor onde haja pessoas com deficiência auditiva trabalhando. Desse modo todos poderiam se comunicar e formar laços. Isso é inclusão, não apenas integração!

De fato, a inclusão ocorre através das atitudes positivas de todos os atores sociais inseridos no meio ambiente laboral: os próprios trabalhadores com deficiência, os seus colegas de trabalho e empregadores. Caso contrário, inexistindo a inclusão, estará sujeito o trabalhador com deficiência à segregação por grupos e categorias, a trabalhos considerados inferiorizados e a atitudes discriminatórias (CARVALHO-FREITAS, 2009).

Considerações finais

Não restam dúvidas que o home office, modelo de prestação de serviço à distância que se tornou muito comum após a digitalização da economia, te-

nha facilitado a contratação de pessoas com deficiência.

No entanto, a distinção entre oferecer emprego e oferecer trabalho deve ser levada em consideração quando se busca a efetivação da cidadania através do trabalho decente, quando se busca a inclusão social das pessoas com deficiência, não apenas a sua integração nos quadros de empregados de uma empresa.

Não basta integrar o trabalhador com deficiência na cadeia produtiva, há necessidade de inclui-lo, e a inclusão deve levar em consideração a adaptação do meio ambiente do trabalho a ele, não o inverso.

Dizer que integrar é o bastante significa aceitar a premissa de que empregar a pessoa com deficiência basta. Não basta alocar, mesmo que em home office, o trabalhador com deficiência sem antes não analisar os aspectos ambientais do meio ambiente laboral onde a função será desenvolvida e, a partir de sua adequação, derrubar barreiras (ou limites). O contrário é aumentar o estigma da desigualdade.

A integração desrevestida da adequação do meio ambiente laboral capaz de quebrar barreiras trará ao trabalhador com deficiência não a garantia de efetivação de seu direito ao trabalho, mas tão-somente o seu direito ao emprego. Trará a esse trabalhador renda, não sua cidadania. Empregá-lo à distância levará a ele apenas a segregação, não a inclusão e o sentimento de pertencimento.

Referências

ABRAMO, Laís. Trabalho decente. **Desafios do Desenvolvimento**. Ano 3, ed. 21. 2006. Ano 3. IPEA: São Paulo. 4 abr 2006. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=802:trabalho-decente&catid=29:artigos-materias&Itemid=34> Acesso em: 19 nov 2022

ALMEIDA, Victor Hugo de. **Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador**. 2013. 241f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ARANHA, Maria Salete Fábio. Inclusão social e municipalização. In: MANZINI, E. (Org). **Educação especial: temas atuais**. Marília: Ed. UNESP-Marília, 2000. Disponível em: <<http://cape.edunet.sp.gov.br/textos/textos/10.doc>>. Acesso em: 2 dez. 2017.

BRAGA, Guilherme. Pandemia, vaga de entrada e salário baixo: PcD enfrenta desafios no Brasil. [Entrevista cedida a] Giovanna Suto. **Infomoney**, São Paulo, 6 mai 2021. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/carreira/pandemia-vaga-de-entrada-e-salario-baixo-pcd-enfrenta-desafios-no-brasil/>. Acesso em: 19 nov 2021.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 19 nov 2022.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 7 jul. 2015. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA. **Atualização sobre inclusão de crianças e adolescentes com deficiência.** Rio de Janeiro, maio 2017. (Manual de Orientação, n. 3). Disponível em: <<http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2017/05/Atualizacao-sobre-Incluso-de-Crianas-e-Adolescentes-com-Deficiencia.pdf>>. Acesso em: 21 nov 2022.

STOKOLS, Daniel. Establishing and maintaining healthy environments. **American Psychologist**, Washington, DC, v. 47, n. 1, p. 6-22, 1992.

THYSSEN, Marianne. Europa age em benefício das pessoas com deficiência. **Público**, Lisboa, 3 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.publico.pt/2015/12/03/sociedade/noticia/europa-age-em-beneficio-das-pessoas-com-deficiencia-1716254>>. Acesso em: 18 nov 2022.

O DIREITO DO TRABALHO COMO MECANISMO DE RUPTURA DE PADRÕES HISTÓRICOS DE DOMINAÇÃO E PERPETUAÇÃO DA ESTRUTURA COLONIAL NO BRASIL

Rosalý Stange Azevedo

Doutoranda e Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região

Daurý Cesar Fabríz

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professor de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo e da Faculdade de Direito de Vitória. Advogado

Resumo:

O objetivo principal deste artigo é de apresentar o Direito do Trabalho a partir da ótica da teoria decolonial, pensamento que representa uma atualização da tradição do pensamento latino-americano, ao questionar a geopolítica eurocêntrica do conhecimento. Para tal desiderato, utiliza-se o método histórico-dialético, com recurso à pesquisa bibliográfica, de forma a contribuir com os estudos voltados à visão crítica do Direito do Trabalho. A dificuldade teórica de avançar uma hipótese construtiva nesse terreno exige a articulação de outros três objetivos, os quais serão divididos em três seções: 1) analisar conceitos centrais ao marco teórico do decolonialismo; 2) reconstruir a trajetória histórica dos direitos laborais no Brasil; 3) refletir sobre mecanismos de ruptura de padrões históricos de dominação e perpetuação da estrutura colonial do Brasil. A hipótese a ser apresentada é a de que o Direito do Trabalho deve ser pensado reconhecendo a existência de grupos historicamente excluídos e marginalizados, herdeiros de séculos de colonização e hiperexploração.

Palavras-chave: Decolonialidade; Modernidade; Direito do Trabalho; Precarização de direitos trabalhistas.

Introdução

No âmbito da narrativa eurocêntrica, o Direito do Trabalho tem sido apresentado como fruto de conquista dos trabalhadores, possibilidade de

conciliação entre capital e trabalho, surgido após o advento da revolução industrial e da superação do absolutismo monárquico pela burguesia.

O objetivo principal deste artigo é de apresentar o Direito do Trabalho a partir de uma ótica distinta, da chamada teoria decolonial, a qual representa uma atualização da tradição do pensamento latino-americano, ao questionar a geopolítica eurocêntrica do conhecimento, valorizando as experiências e estudos produzidos e pensados a partir do Sul Global. A presença da colonialidade no Direito do Trabalho está relacionada à lógica da exploração dos povos colonizados, considerados não humanos ou selvagens, tendência que persiste até os dias atuais através de leis que não asseguram direitos básicos suficientes para uma sobrevivência digna.

Fugindo do debate acadêmico se vivemos ou não no período da pós-modernidade, o mundo do trabalho contemporâneo tem sido marcado por múltiplos formatos, além do trabalho formal: “novos empreendedores“, trabalhadores por aplicativos, trabalhadores alugados, mais conhecidos como terceirizados e quarteirizados, intermitentes, termos que ocultam sujeições e negam o reconhecimento de direitos a estes segmentos sociais, fazendo-se necessária a construção de estudos que pensem estratégias para transformar o Direito do Trabalho em mecanismo de transformação social, ao reconhecer o trabalhador enquanto sujeito que coloca sua força de trabalho à exploração econômica em uma relação subordinada e, portanto, desigual, condição distinta das relações civis.

Para tal desiderato, será utilizado o método histórico-dialético, com recurso à pesquisa bibliográfica, de forma a contribuir com os estudos voltados à visão crítica do direito do trabalho e do próprio constitucionalismo.

A dificuldade teórica de avançar uma hipótese construtiva nesse terreno exige a articulação de outros três objetivos, os quais serão divididos em três seções: 1) analisar alguns conceitos centrais ao marco teórico do decolonialismo; 2) reconstruir a trajetória histórica dos direitos laborais no Brasil, desde a colonização portuguesa, analisando a substituição do trabalho escravo pelas relações de trabalho livre, o surgimento da Consolidação das Leis do Trabalho, em uma estrutura institucional de natureza autoritária e populista, chegando até os dias atuais, com a onda precarizante dos direitos e novas relações de trabalho; 3) refletir sobre os entraves e dificuldades de organização da classe trabalhadora, com a política de desmonte e enfraquecimento dos sindicatos, apresentando propostas com potencial normativo.

Sem rejeitar a construção do saber humano pelo Norte Global, a hipótese apresentada é a que o Direito do Trabalho deve ser construído a partir da concepção que existem grupos historicamente excluídos e marginalizados, herdeiros de séculos de colonização e hiperexploração, buscando mecanismos de ruptura de padrões históricos de dominação e perpetuação da estrutura colonial do Brasil.

Os resultados alcançados por este estudo, além de ter relevância acadêmica, possuem potencial propositivo, na medida em que objetivam influenciar

o debate público e político sobre os efeitos perversos da precarização dos direitos trabalhistas e da redução do patamar civilizatório laboral mínimo.

A teoria decolonial e o Direito do Trabalho

O pensamento decolonial é uma corrente que não tem pretensão de ser neutra e deslocada do contexto social e histórico do qual se origina. Apresenta-se como um movimento que busca o conhecimento partindo do chamado Sul Global e alcança estudos filosóficos, sociológicos, com forte alcance na teoria do direito, justamente por defender a construção de um saber que se coloca não exatamente em oposição, mas como alternativa ao que Ramon Grosfoguel (2008, p. 118) denomina como “paradigmas eurocêtricos hegemônicos”, os quais se apresentam como premissas pretensamente universais.

A modernidade é um projeto global de matriz eurocêntrica, pretensamente universalista e totalizante que desconsidera as diversas realidades históricas e locais, distintas formas de conhecimento construídas em uma determinada região em um determinado período de tempo. Muito embora se reconheça a violência das teorias universais, não são negadas em sua totalidade, mas sim busca-se demonstrar que não são suficientes para solucionar todos os problemas existentes e explicar todas as realidades. A premissa é a de que nem todos os conhecimentos pretensamente universais podem ser aplicados a todas as localidades e nos diferentes contextos históricos. Sem negar a construção do pensamento e da ciência ocidental, afasta-se a sua utilidade para todas as situações, ao se reconhecer que tais teorizações foram contributos ao pensamento humano mas não podem explicar todas as situações que ocorrem em todas as comunidades e tempos históricos. (MIGNOLO, 2003, p. 127-128).

Para além do reconhecimento da geopolítica do conhecimento, há necessidade de se admitir a legitimidade de diferentes críticas voltadas ao paradigma totalizante da modernidade. O decolonialismo não é único discurso crítico da modernidade mas sim mais um movimento anti-modernidade que responde a um legado distinto das demais críticas (MIGNOLO 2003, p. 154)

A crítica às teorias totalizantes não recai apenas aos intelectuais clássicos mas também alcança os marxistas críticos e ao próprio Karl Marx: “O marxismo não nos oferece as ferramentas para poder pensar a exterioridade. O marxismo é uma invenção europeia que surgiu para enfrentar, no seio da própria Europa, tanto a teologia cristã como a economia liberal, ou seja, o capitalismo. (MIGNOLO, 2017, p. 29)

A forma com que os conquistadores encontraram para outorgar legitimidade às relações de dominação impostas pela conquista foi a construção da ideia de raça. A expansão do colonialismo europeu conduziu a uma perspectiva de naturalização das relações coloniais de dominação entre europeus e não europeus. A dominação a partir do conceito de raça foi o mais eficaz e durável instrumento de dominação social, tempo histórico em que os povos

dominados foram colocados em um lugar de desumanização e inferioridade pelos seus traços fenotípicos, sua cultura, história e forma de vida, situação que persiste até a atualidade (QUIJANO, 2005, p. 118).

A proposta de conhecimento com base na razão em Descartes, Kant e Hume permanecem no ideal ocidental que nega o diferente e apresentam a teologia, a filosofia e a ciência do Sul Global como os elementos capazes de trazer a civilização “atrasada no espaço” para o “presente no tempo” (Mignolo, 2010, p. 84-85).

David Hume (2004, p. 252). culpa a natureza pela distinção original entre brancos e negros: “Eu estou em condições de suspeitar serem os negros naturalmente inferiores aos brancos [...] Tal diferença uniforme e constante não poderia ocorrer, em tantos países e épocas, se a natureza não tivesse feito uma distinção original entre essas raças de homens.

Immanuel Kant (1993, p. 75-76) defende a violência contra povos colonizados, despreza suas estruturas culturais e de valores e classifica as raças humanas segundo a cor da pele, traçando uma divisão dos homens em classes biologicamente originais e geograficamente distribuídas: “Os negros da África não possuem, por natureza, nenhum sentimento que se eleve acima do ridículo. [...] Os negros são muito vaidosos, mas à sua própria maneira, e tão matraqueadores, que se deve dispersá-los a pauladas.”

O tema da exploração do trabalho dos grupos colonizados é central aos estudos decoloniais, na medida em que foi a dominação e a exploração da mão de obra de indígenas e afrodescendentes que possibilitaram a expansão do modelo europeu capitalista. Na América Latina o modelo eurocêntrico de Estado-Nação foi adotado pelos grupos dominantes. Assim, o modelo europeu de formação do Estado-nação foi transposto para estruturas de poder organizadas em torno de relações coloniais, os quais reproduziram em suas divisões administrativas, sistemas jurídicos e relações comerciais (QUIJANO, 2005, p. 156).

Os debates sobre quem poderia ser considerado cidadão brasileiro aparece expresso no Diário da Assembleia Geral e Constituinte de 1823. O deputado Montezuma descarta totalmente a possibilidade de o negro ser considerado cidadão, por ser propriedade, jamais um cidadão:

“E quanto aos crioulos cativos, Deus queira que quanto antes purifiquemos de uma tão negra mancha as nossas instituições políticas: Deus queira que em menos de um ano extirpemos do coração do estado, cancro tão virulento, e mortífero: mas em quanto o não façamos de força havemos confessar que não entram na classe dos Cidadãos, que não são membros de nossa política e, portanto, que não são Brasileiros no sentido próprio, técnico das disposições políticas. São homens para não serem tiranizados; mas (permita-se-me o uso da expressão dos juristas, bem que bárbara, mas é política) em quanto ao exercício de direitos na sociedade são considerados coisa ou propriedade de alguém [...]. (BRASIL, 2003)

As mudanças ocorridas com a abolição da escravatura não representaram a emancipação do negro, não foram implantadas políticas públicas de integração do negro como homem livre na economia: “a abolição o descartou e minimizou, reintegrando-o residual e marginalmente na nova economia capitalista que resultou do fim da escravidão. O resultado não foi apenas a transformação do trabalho, mas também a substituição do trabalhador, a troca de um trabalhador por outro. O capital se emancipou, o homem não”. (MARTINS, 2010, p. 35). Era preciso criar um fluxo substitutivo de força de trabalho escravo. Com o advento da Lei de Terras em 1850 foram criadas as condições para que a propriedade fundiária substituísse o escravo como garantia do crédito hipotecário para capital de custeio. (MARTINS, 2010, p. 47)

Combinavam-se os elementos de sustentação da economia de tipo colonial. A renda, até então capitalizada no escravo, tornava-se renda capitalizada na Terra: “Se no regime sesmarial, o da terra livre, o trabalho tivera que ser cativo; num regime de trabalho livre, a terra tinha que ser cativa” (MARTINS, 2010, p. 47)

O direito de propriedade de terras no estado brasileiro foi construído a partir do mesmo critério de classificação social dos colonizadores, foi mantida a grande concentração de terras do sistema sesmarial na mão dos proprietários rurais, únicos detentores do meio de produção., sendo obstado o acesso às terras ao homem comum, ao imigrante, ao negro, ao índio, ao pobre, reproduzindo a distribuição de novas identidades sociais, replicando as formas de exploração do capitalismo colonial: “A libertação do escravo não o libertava do passado de escravo; esse passado será uma das determinações da sua nova condição de homem livre. (MARTINS, 2010, p. 34).

A gigantesca desigualdade social do Brasil é sistema formado a partir das relações de produção e acumulação primitiva colonial. O capitalismo foi, portanto, além das relações coloniais sobre o espaço e forma sociais, tornando-se componente estrutural do seu próprio sistema (FERREIRA, 2014), formando o Estado exportador de *commodities* tal qual conhecemos hoje, não tão diferente de outrora.

Evolução histórica do Direito do Trabalho

No âmbito dos estudos jurídicos, assim como no contexto da sociologia brasileira, o paradigma dominante considera o Direito do Trabalho um produto das transformações econômico-sociais e políticas vivenciadas ao longo do século XIX.

Para fins deste estudo, parte-se do conceito de Direito do Trabalho como um ramo jurídico, constituído por um “complexo coerente de institutos, princípios e normas jurídicas, que resulta de um determinado contexto histórico específico”, proposto por de Maurício Godinho Delgado (2016, p. 89).

O Direito do Trabalho surge na Europa em decorrência do processo da

revolução industrial dos séculos XVII e XVIII, a partir de demandas por melhores condições de trabalho de mulheres e crianças, atado à evolução histórica do capitalismo e cumpre dupla função, a de conferir medida de civilidade, buscando eliminar as formas mais perversas de utilização da força de trabalho, legitimando a relação de poder que a dinâmica econômica cria no âmbito das relações de trabalho (DELGADO, 2016, p. 89-91).

Delgado (2016, p. 89-92) propõe a divisão da evolução histórica do Direito do Trabalho no Brasil em quatro fases, definindo o marco inicial de referência a Lei Áurea. O citado autor justifica a exclusão de anos anteriores nessa periodização por entender que antes do advento do trabalho livre, ocorrido em 1888, o Brasil não reunia as condições necessárias para a viabilização da produção de regras jurídicas trabalhistas, pois as relações de trabalho assalariado não tinham importância social a ponto de gerar ideologias de ação e organização dos trabalhadores. Godinho defende que tais condições somente começam a serem reunidas a partir do final do século XIX, com a chegada de trabalhadores imigrantes e a gradual substituição do trabalho servil ao trabalho assalariado.

O citado autor, ao considerar que somente com a chegada dos emigrantes europeus foi possível a construção de uma ideologia de luta pelo surgimento de regras jurídicas trabalhistas, parte de uma perspectiva culturalista e eurocentrista, sem fazer uma vinculação adequada com a eficácia de instituições fundamentais, afastando a concepção do direito como fruto de construções culturais.

A questão étnico-racial no Brasil tem tido um avanço significativo da produção acadêmica em diversos ramos do conhecimento, havendo necessidade de trazer o debate quanto ao protagonismo de negros e negras brasileiros ao contexto da historiografia do direito do trabalho, de forma a superar a concepção totalizante, colocando a resistência negra ao lugar central no marco do surgimento do trabalho livre e, em consequência, no nascimento também do arcabouço normativo que regulamenta as relações de trabalho.

O Direito do Trabalho no Brasil nasceu a partir de lutas do homem e da mulher negra, escravizados, como sujeitos de resistência na luta contra exploração. Tal perspectiva não nega a contribuição dos imigrantes europeus que chegaram para substituir a mão-de-obra cativa nas lavouras, tão somente reconhece o protagonismo do trabalhador e da trabalhadora negra na história do Direito do Trabalho, em sua luta pelo reconhecimento de pessoa livre. Segundo Moura (1993, p. 17), “o corpo do escravo era comparado ao dos animais, violentado, mutilado e espancado até a morte. Somente através do espírito de rebeldia, da luta e da reelaboração de comunidades livres ele conseguia a sua reumanização”.

A luta pelo trabalho livre ocorreu a partir do protagonismo e organização de negros e negras ao fugir, ao criar quilombos, sabotando as plantações, organizando insurreições armadas e se colocando contra o sistema escravista, uma forma de luta organizada contra o sistema (MOURA, 1992).

Os quilombos nasceram a partir de uma importante forma de organização social, política, cultural do povo negro brasileiro e um modo de resistência ao genocídio dos povos escravizados.

As insurreições e revoltas como os levantes dos negros malês na Bahia, (entre 1807 e 1835) e a Balaiada, (em 1839) no Maranhão também foram formas de luta pelo advento do trabalho livre, em busca de uma condição de sujeito livre, em contraposição a sua mercantilização (SOARES, 2020, p 58).

Talvez o aspecto que mais cause perplexidade nos estudos decoloniais sobre o Direito do Trabalho seja, justamente sua função paradoxal: ao mesmo tempo que protege o trabalhador na relação de trabalho, definindo um patamar civilizatório mínimo, também legitima juridicamente essa mesma relação de exploração. Os mesmos direitos conquistados historicamente com lutas se ajustam a natureza contratual de forma a pacificar os conflitos e a tornar mais dócil a sujeição do trabalhador perante o poder de seu empregador, sendo impensável o capitalismo sem o Direito do Trabalho. Aqui reside exatamente o grande dilema do Direito do Trabalho: o mesmo direito transformador, que atende às pautas dos trabalhadores por melhores condições de vida e trabalho, também tem uma função de conservação e perpetuação do capitalismo.

O segundo período do Direito do Trabalho, na periodização proposta por Delgado (2016, p. 114) é a fase de institucionalização do Direito do Trabalho, com a “Era Vargas”, com o marco inicial em 1930, até o final da ditadura getulista em 1945, fase em que os direitos da cidadania eram exercidos mediante o pertencimento a uma profissão reconhecida pela legislação, em uma lógica distinta do processo histórico ocorrido no Sul Global.

A incorporação dos direitos sociais nos Estados europeus ao status da cidadania, ocorrida no século XX foi consequência do fortalecimento da organização da classe operária, que possibilitaram a inclusão aos debates formais estatais de indivíduos que outrora não estavam integrados nas arenas políticas (MARSHAL, 1967, p. 43. Os trabalhadores puderam buscar melhorias do padrão de desigualdade social por meio de sindicatos autônomos em relação ao Estado.

No Brasil, a ordem do surgimento dos direitos, da transformação da noção de cidadania e organização sindical foi invertida em relação ao padrão europeu, conforme observa José Murilo de Carvalho (2002 p.124). Os direitos sociais foram introduzidos sem a correlata ampliação dos direitos políticos. Os “trabalhadores foram incorporados a sociedade por virtude das leis sociais e não de sua atuação sindical e da política independente”. Na era getulista, moldava-se “não apenas o cidadão-trabalhador, mas o cidadão trabalhador-patriota”, de acordo com a atividade econômica exercida. Aos trabalhadores que não possuíam o documento que atestasse tal condição, a carteira de trabalho, era-lhe negado o reconhecimento à condição de integração à pátria.

O Direito do Trabalho surgiu relacionando a pacificação social por meio da harmonia de classes com a criação de um espírito docilizado patriótico, de forma a se obstar a emancipação política da classe trabalhadora.

A política protetiva do Estado Novo criou o que Wanderley Guilherme dos Santos (1979, p. 75): chama de “cidadania regulada”, conceito de cidadania forjado não em um código de valores políticos, mas em um sistema de estratificação ocupacional, a qual reconhece como cidadãos aqueles membros da comunidade que se encontram nas ocupações reconhecidas em lei. Estavam fora desse conceito, portanto, todos aqueles trabalhadores cuja ocupação a lei não abarca: os trabalhadores domésticos, os trabalhadores rurais e os trabalhadores urbanos não agraciados pela relação taxativa de trabalhadores-cidadãos-patrióticos, uma grande massa de indivíduos destituídos da dignidade social e política.

A fase de institucionalização do Direito do Trabalho mantém seus efeitos ao menos até o advento da Constituição Cidadã de 1988, quando é iniciada a terceira fase, no que diz respeito à construção histórica dos direitos laborais (DELGADO, 16, p. 118)

A nova fase de transição democrática do Direito do Trabalho iniciada a partir da Constituição de 1988 possui algumas contradições antidemocráticas posto que o texto original da Constituição preservou alguns institutos inadequados para afirmação e desenvolvimento do direito dos trabalhadores, principalmente quanto à unicidade e ao sistema de enquadramento sindical. Houve porém inegáveis avanços constitucionais no período seguinte à promulgação condicional, de forma a aperfeiçoar a renovação democrática iniciada em 5 de outubro de 1988: a liberdade associativa e a sindical são asseguradas; importantes incentivos para o reconhecimento da negociação coletiva trabalhista, com a interveniência das entidades sindicais; ocorreu a expansão da Justiça do Trabalho para o interior do Brasil; foram conferidas novas estruturas e ampliação da atuação do Ministério Público do Trabalho, com incentivo do manejo das ações coletivas. (DELGADO, 2016, p. 120).

A partir dos últimos anos da década de 1970 despontou na Europa a crise do Direito do Trabalho, iniciando, na evolução histórica do Direito do Trabalho, a fase da Desregulamentação e flexibilização das normas trabalhistas, estratégias criadas para “extração do mais-valor e manutenção da lucratividade dos negócios” (FONSECA, 2019, P. 189). A onda neoliberal de desmantelamento das poucas conquistas dos trabalhadores, decorrente da reestruturação das novas formas de organização produtiva, como o *toyotismo* e o *fordismo*, chegou no Brasil ao longo da década de 1990, desarticulando o processo de democratização dos direitos sociais.

O rastro de destruição que a onda da mutação do modo de produção capitalista no contexto neoliberal contemporâneo deixa marcas indeléveis ao arcabouço social até então construído pela classe trabalhadora a duras penas: ampla precarização dos direitos sociais, com a admissão da modalidade de trabalho por aluguel: terceirização e quarteirização de trabalhadores; desemprego estrutural e exclusão do espectro de proteção do Direito do Trabalho de um enorme contingente de trabalhadores surgidos a partir da intermediação da tecnologia como instrumento de escamoteio dos requisitos da relação de

emprego, os chamados “trabalhadores por aplicativos”.

Marcio Porchmann, (2002, p 98) reconhece que “o emprego assalariado formal representa o que de melhor o capitalismo brasileiro tem constituído para sua classe trabalhadora, pois vem acompanhado de um conjunto de normas de proteção social e trabalhista”.

Segundo Delgado, (2016, p. 58), o Direito do Trabalho tem a função civilizatória democrática como “dos instrumentos mais relevantes de inserção na sociedade econômica de parte significativa dos segmentos sociais desse possuídos de riqueza material acumulada E que, por isso mesmo, vivem, essencialmente, do seu próprio trabalho”.

O Direito do Trabalho, ao longo dos últimos 150 e 200 anos adquiriu o patamar do principal mecanismo de atenuação das distorções sócio-econômicas inevitáveis do mercado do sistema capitalista, consumando-se como o mais eficaz instrumento de gestão e moderação das relações de poder existentes na sociedade contemporânea, a relação de emprego. (DELGADO, 2016, p. 58).

É essa dimensão, a qual exige, portanto, um efetivo consenso valorativo, reconhecendo a importância de conquistas históricas da classe trabalhadora, por melhores condições de trabalho, como condição de existência digna. É preciso trazer para uma posição central nos estudos decoloniais os debates voltados ao fortalecimento da classe trabalhadora, defesa intransigente dos direitos sociais conquistados, ampliação do espectro de proteção aos novos trabalhadores surgidos a partir da utilização de tecnologias digitais.

O legado colonial no mercado de trabalho é exclusão de segmentos sociais abaixo da linha que divide o padrão necessário ao reconhecimento do indivíduo enquanto cidadão, digno de reconhecimento, negação a estes grupos historicamente marginalizados dos espaços de poder, manifesta na distribuição desigual das funções conforme raça, classe social e gênero. A inserção no mercado de trabalho de grupos vulneráveis: mulheres, homens e descendentes de negros e indígenas é sempre em posições subalternas, com baixa remuneração e em relações mais precárias nesses grupos de trabalhadores marginalizados, herdeiros da exclusão social de gerações passadas. (MURADAS, PEREIRA, 2018, p. 2136).

O Direito do Trabalho, ao restringir sua proteção apenas aos que estão acobertados pela relação formal de emprego, acaba por cristalizar desigualdades existentes desde o Brasil Colônia.

Considerações finais

Para os objetivos deste estudo, portanto, o fundamental é que o Direito do Trabalho seja construído e pensado de forma a romper os padrões históricos de colonialidade, reconhecendo a situação de sujeição de grupos que não conseguiram sair do círculo de reprodução da pobreza, de exclusão e subalternização.

Não apenas os estudos coloniais, mas toda a arena política deve considerar a dimensão competitiva pelo desempenho diferencial, em virtude da falta de pressupostos mínimos para uma competição bem-sucedida dos grupos historicamente colonizados, buscando, não apenas a manutenção de conquistas históricas da classe trabalhadora, mas a ampliação dessa proteção, para abarcar um maior contingente de trabalhadores.

O Direito do Trabalho no Brasil tem seu início a partir das lutas do homem e da mulher negra. O reconhecimento do lugar de glória dos povos escravizados é tarefa essencial para se encontrar o preciso posicionamento na história, reconhecendo-os como sujeitos protagonistas na resistência na luta contra a exploração. O preço desse lugar na história foi pago com o corpo, com açoites, violações de toda a sorte.

Negar o reconhecimento e a importância da luta organizada dos quilombos, insurreições, fugas e revoltas como sementes no processo de construção da identidade da classe trabalhadora no Brasil é perpetuar a violência contra os povos colonizados.

O Direito do Trabalho brasileiro deve reconhecer o seu lugar social e encontrar a forma de recuperar a identidade da classe trabalhadora, deixando de lado epítetos como micoempreendedores individuais, colaboradores, trabalhadores por aplicativos e tantos outros, colocando o ser social em seu lugar: classe operária que precisa se organizar e se fortalecer coletivamente, reconhecendo a luta histórica dos trabalhadores contra a mercantilização de seus corpos, luta que não terá fim esse mesmo sistema não é superado.

Esse será o Direito do Trabalho construído a partir do nosso lugar.

Referências

BRASIL. Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa (1823). **Diário da Assembleia Geral, Constituinte e Legislativa do Império do Brasil**, 1823. Brasília: Senado federal, Conselho Editorial, 2003. Tomo III. Fala do Sr. Montezuma. p. 90.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: longo Caminho**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019

FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Direito humano e fundamental ao trabalho na perspectiva marxiana**. 2017. 589 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2017.

GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 80, Março 2008, p. 115-147.

HUME, David. **Resumo de um Tratado da natureza humana**. Tradução de Rachel Gutiérrez e José Sotero Caio. Porto Alegre: Edições Paraula, 1995.

- KANT, Immanuel. **Observações sobre o sentimento do belo e do sublime**. Tradução de Vinicius de Figueiredo. Campinas: Papirus, 1993.
- MARSHALL, Thomas Humphrey. **Cidadania, classe social e status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- MARTINS, José de Souza. **O cativo da terra**. São Paulo: Hucitec, 2010.
- MIGNOLO, Walter. **Histórias locais/projetos globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.
- _____. **Desobediência epistêmica: retórica de la modernidad, lógica de la colonialidad y gramática de la descolonialidad**. Buenos Aires: Ediciones del Signo, 2010.
- _____. Desafios decoloniais hoje. **Revista Epistemologias do Sul**, Foz do Iguaçu, n. 1 v. 1, p. 12-32, 2017.
- MOURA, Clóvis. **História do negro brasileiro**. São Paulo: Editora Ática, 1992.
- _____. **Quilombos: resistência ao escravismo**. São Paulo: Editora Ática, 1993.
- MURADAS, PEREIRA. Decolonialidade do saber e direito do trabalho brasileiro: sujeições interseccionais contemporâneas. **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2117-2142.
- POCHMANN, Marcio. **O Emprego na Globalização – a nova divisão internacional do trabalho e os caminhos que o Brasil escolheu**. 1ª ed./1. São Paulo: Boitempo, 2002, p. 98.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidad do poder, eurocentrismo e América Latina. In LANDER, Eduardo (org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.
- SOARES, Maria Raimunda Penha. Lutas e resistências quilombolas no Brasil: um debate fundamental para o Serviço Social: **Revista da Faculdade de Serviço Social da Universidade do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. 2o Semestre de 2020 - n. 46, v. 18, p. 52 – 67.
- SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **Cidadania e justiça: a política social na ordem brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1979.

TRABALHO DECENTE *VERSUS* DIREITO DO TRABALHO LÍQUIDO: A NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO DA PROTEÇÃO SOCIAL LABORAL PARA AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO DA ECONOMIA DIGITAL

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho e em Direito Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora contratada do Centro Universitário de Goiatuba

Resumo:

A facilidade de conexão, promovida pela disseminação das Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC's), impacta a organização da sociedade. No âmbito do trabalho, com a economia digital, originária das NTIC's, nota-se uma reestruturação do processo produtivo, não mais concentrado e hierarquizado, e sim em redes e mercado pela crescente desconcentração, facilitada pela gestão algorítmica e irrupção do fenômeno da plataformação. Neste contexto, observa-se, como reflexos destas alterações tecnológicas na reorganização laboral, modificações na regulamentação do direito do trabalho, que, ao invés de ampliar seu âmbito de incidência para contemplar as novas formas de extração do trabalho humano, incrementa o descompasso protetivo, porque institucionaliza em suas normativas a flexibilização, com destaques para os trabalhos de curto prazo, temporários, terceirizados e intermitentes, exemplos que refletem a criação de um direito do trabalho líquido, expressão cunhada por Jorge Pinheiro Castelo para se referir a um direito do trabalho descompromissado com a efetivação dos direitos humanos e fundamentais. Baseando-se no cerne protetivo de criação do direito do trabalho, o artigo objetiva estudar a viabilidade de incorporar proteções trabalhistas para as novas realidades de trabalho da economia digital. Afinal, a efetivação de um dos objetivos traçados pela Organização Internacional do Trabalho (OIT) para a promoção e alcance do Trabalho Decente é a ampliação, e não regressão, da proteção social. Para cumprir com o desiderato proposto, a pesquisa, de natureza qualitativa e descritiva, adota, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica, e como método

de abordagem, o dedutivo.

Palavras-chave: Direito do trabalho líquido; Economia digital; Proteção social; Trabalho decente.

Introdução

A utilização de tecnologias não é uma novidade da Quarta Revolução Industrial. Há bastante tempo, com o rompimento das fronteiras e desmaterialização dos bens e serviços, observa-se os avanços das tecnologias de informação e de comunicação, de modo a se alcançar eficiência por meio da capacidade de conexão dos envolvidos na cadeia produtiva. No entanto, destaca-se com a Quarta Revolução Industrial uma intensificação e ampliação da utilização tecnológica, para todos os ambientes e meios, fato que pode ser constatado com a consolidação da economia digital, isto é, economia baseada em tecnologias, o que nas relações laborais se repercute, por exemplo, com a irrupção do fenômeno da plataformização dos trabalhos.

Com as plataformas digitais promovendo alterações na organização produtiva laboral, por serem consideradas como intermediadoras, pelas vias tecnológicas, da relação usuário-consumidor e usuário-trabalhador, constata-se a construção de outros e novos papéis sociais no âmbito dos trabalhos. Fala-se, conforme pontua Ricardo Antunes (2018), em parceiros e em empreendedores e, conseqüentemente, em empresas intermediadoras e trabalhadores independentes e autônomos, ou ainda, em encontro de demanda e oferta, promovidos pela conectividade advinda dos meios tecnológicos. Em outros termos, com a economia, também digital, permita-se ou admita-se novos métodos de realização de atividades, ainda que as profissões se mantenham, como é o do caso dos motoristas, profissão antiga, mas que agora se utiliza de plataformas para a sua execução.

Considerando as menções acima e o fato de que o direito do trabalho representa um papel, para além do social, político e econômico, pois exige-se uma adaptação constante de suas regulamentações para o sadio desenvolvimento das sociedades, o presente artigo direciona os estudos para a análise da absorção ou não destas novas realidades laborais advindas da economia digital pelo ordenamento jurídico trabalhista brasileiro, discutindo, portanto, a viabilidade e a necessidade de ampliação da proteção social do direito do trabalho para a efetiva promoção e alcance do Trabalho Decente. Isto porque, defende-se que o direito do trabalho não pode ser desconectado das condições a que se sujeitam os trabalhadores da economia digital, tendo-se como exemplo de estudo os trabalhadores plataformizados.

O caminho percorrido para a pesquisa perpassou pelo exame, por meio da técnica de pesquisa de levantamento bibliográfico, sob o emprego do método de abordagem dedutivo, da viabilidade da ampliação da proteção social

laboral para as novas formas de trabalho da economia digital, tendo em vista, notadamente, o ideal de combate à precarização do trabalho e, concomitantemente, a intenção de alcançar e promover efetivamente o Trabalho Decente, nos moldes alçados pela OIT.

Para cumprir com os objetivos propostos, em um primeiro momento, analisou-se a Quarta Revolução Industrial e seus impactos no mundo do trabalho, especialmente para as novas modalidades laborais advindas da economia digital, tendo como principal exemplo os trabalhadores de plataformas digitais. Depois, como ação em busca do alcance e promoção do Trabalho Decente, verificou-se a necessidade de ampliação da proteção social para estas novas modalidades laborais. Por fim, apresentou-se estratégia, que perpassa pelo reconhecimento da dependência na relação laboral, para a ampliação da proteção social aos trabalhadores plataformizados. Como conclusão parcial, assegura-se que a proteção trabalhista deve ser indistinta, sendo irrelevantes as alterações fáticas vislumbradas nos modos de exercício laboral, importando, para além do encaixe jurídico, a proteção da pessoa humana, razão pela qual deve incidir os direitos e garantias fundamentais do texto constitucional, notadamente os preconizados no art. 7º.

Revolução 4.0 e seus impactos no mundo do trabalho: novas formas laborais na economia digital

Apesar de a utilização de tecnologias não ser novidade no âmbito empresarial, atualmente o destaque advém do fato que ela assumiu “um papel de meio de organização e não apenas de ferramenta ou técnica acessória” (OLIVEIRA, CARELLI, SAYONARA, 2020, p. 2616). Os algoritmos, por exemplo, são capazes de operar inúmeras informações e dados, de modo que passam a ser não um simples direcionador, mas o próprio fator determinante. Por isso, hoje, eles se tornaram um denominador comum no processo de gestão empresarial.

Tanto é que, nos últimos anos, muitas das transformações nos arranjos empresariais e no mundo do trabalho estão relacionadas as Novas Tecnologias de Informação e Comunicação (NTIC's), advindas da economia digital, *gig economy*, *platform economy*, *sharing economy*, *crowdsourcing*, *on-demand economy* ou outras nomenclaturas e expressões adquiridas (FILGUEIRAS, 2022), que apesar de não serem sinônimas, apresentam características comuns, tais como:

- 1) contatos on-line entre produtores/provedores e consumidores, trabalhadores e empresas; 2) uso de plataformas para acesso em computador ou em instrumentos móveis de comunicação; 3) uso intensivo de dados digitais para a organização e a gestão dessas atividades; 4) relações completamente instáveis e imprevisíveis para os trabalhadores (FILGUEIRAS, 2022, p. 2).

Dentre as características comuns, verifica-se o fenômeno da platafor-

mização, advindo da economia digital, que atingiu não apenas os setores produtivos, industriais e varejistas, mas também e, principalmente, a prestação de serviços, impactando o modo de desenvolvimento do trabalho humano. Tal irrupção para todas as searas da vida pode ser explicada pelas características da técnica apresentadas por Jacques Ellul, autor que há tempos apontou o domínio das técnicas na sociedade (Sociedade Técnica), em razão do reconhecimento de sua autonomia, universalismo, geográfico e qualitativo, autocrescimento, racionalidade, artificialidade e automatismo (ELLUL, 1968).

Hoje, de fato, tem-se que redes tecnológicas organizacionais representam uma organização inovadora ou disruptiva no mundo dos trabalhos, notadamente quando comparadas com a organização empresarial tradicional fordista e centralizada, e as plataformas digitais representam um retrato de modelo ou forma empresarial moderna e de sucesso, no tocante ao aumento dos lucros, da eficácia e eficiência da economia digital, em razão da agregação das transformações tecnológicas. Transformações tecnológicas estas que representam um aperfeiçoamento do controle sobre o trabalho humano, por sua intensidade, precisão e onipresença.

Sobre a tipologia das plataformas, múltiplas são as possibilidades classificatórias e nenhuma contempla, em sua totalidade, a heterogeneidade de vias, de modo que são reconhecidas plataformas que conectam: pessoas e empresa P2B (*peer-to-business*); pessoas entre si (*peer-to-peer*), bem como plataformas de trabalhos e outras que facilitam o acesso a bens, propriedade e capital. Na especialidade de plataformas de trabalho, por exemplo, pode-se ter a classificação, ainda, quanto à dimensão: global ou regional; quanto à execução: on-line ou offline; quanto ao local de prestação: remoto, doméstico ou por demanda, como é o caso do serviço de transporte de passageiros; quanto ao conteúdo: criativo, repetitivo ou de microtarefas; quanto à forma de pagamento: dependente do resultado, por hora ou por tarefa (ALOISI; DE STEFANO, 2018).

De um ou de outro modo, observa-se o desenvolvimento do trabalho por meio de plataformas, que, por sua vez, se valem de tecnologias digitais, razão pela qual as empresas querem se encaixar como empresas de tecnologia e não de transporte de pessoas, mercadorias ou quaisquer outras atividades que verdadeiramente realizem, em uma tentativa de esvaírem-se de suas responsabilidades, tributárias, trabalhistas, previdenciárias, etc.

Partindo-se do modelo de trabalho via plataformas, em que se tem “a infraestrutura ou ambiente que possibilita a interação entre dois ou mais grupos” (OLIVEIRA, CARELLI, SAYONARA, 2020, p. 2613), o que no âmbito digital pode ser expresso da mesma forma para infraestruturas ou ambientes digitais que permitem a interação de dois ou mais grupos, observa-se contravérsias quanto ao reconhecimento de direitos, bem como de identificação e conformação quanto à categoria de trabalho pertencente. Isto porque, devido:

“à ampliação das TIC, engendrando uma espécie de neoempreendedorismo, que é uma radicalização do empreendedorismo, porque o

uso das tecnologias (particularmente a internet e as plataformas) sugere uma aparente democratização dos meios de produção: basta ter um computador, um carro ou mesmo uma bicicleta para a produção “autônoma” de renda, seja como criador, seja como parceiro de uma *startup*” (FILGUEIRAS, 2022, p. 2).

Assim, com a evolução tecnológica, com o rompimento das fronteiras, a globalização e a capitalização financeira, a relação formal de emprego perde prestígio e centralidade para formas alternativas de trabalho, com destaques, por exemplo, para o fenômeno da plataformização dos trabalhos, pois “a transformação das empresas em plataformas e das plataformas em grandes empresas é um processo em curso” (OLIVEIRA, CARELLI, SAYONARA, 2020, p. 2615).

As plataformas, então, se valem de um denominador comum, que é a chamada gestão por algoritmos e afirmam serem empresas de tecnologias que intermedeiam atividades em que trabalhadores oferecem serviço de forma autônoma, eliminando a subordinação e garantindo a liberdade de se escolher onde, quando e como trabalhar (FILGUEIRAS, 2022). Verifica-se, assim, a partir deste discurso de flexibilidade, liberdade e autonomia, outra característica dos trabalhos na economia digital, exercido por meio dos trabalhos em plataformas: a transferência dos riscos para os trabalhadores, em que a remuneração, por exemplo, depende da efetiva tarefa (demanda) executada.

Em cenários de crises, subempregos, informalidades etc., ainda mais “pós-pandemia”, em que o trabalho em plataformas digitais aparece como uma oportunidade de renda, é preciso refletir sobre o anacronismo do direito do trabalho, afinal, diante das tecnologias de comunicação e informação, são “novas”¹ as formas de trabalho e as normativas precisam acompanhá-las e nos moldes previsto,

o Direito do Trabalho segue desconectado das plataformas digitais, as quais estabelecem condições fáticas da atividade laboral dos usuários parceiros em uma zona cinzenta. Nestes trabalhos via plataformas, a dimensão clássica da subordinação jurídica é de difícil visualização e caracterização. Isto porque os requisitos do contrato de trabalho são facilmente maquiados e afastados, mesmo quando se observa a presença de alguns de seus elementos, como a flagrante manifestação de uma nova forma de subordinação pelo algoritmo e também, na feição antiga da subordinação, o exercício do poder fiscalizatório e punitivo terceirizado ao usuário (OLIVEIRA; ASSIS, 2019, 263-264).

Assim, atualmente, as principais discussões que envolvem os trabalhadores plataformizados perpassam pelo enquadramento jurídico de seus exer-

1 O termo novas apareceu entre aspas, porque pretende-se destacar o fato de que muitas vezes as profissões são mantidas, alterando-se o modo de exercício da atividade, como é o caso dos trabalhos desenvolvidos por intermédio das plataformas. Cita-se o caso dos entregadores de aplicativos.

cícios laborais. Eles são autônomos ou empregados? Não são autônomos e nem subordinados? Eis as questões a serem resolvidas para a tutela e proteção do trabalhador. Por tais razões, concorda-se que “urge, então, encontrar os meios – especialmente a interpretação protetiva trabalhista – para reconstituir o Direito do Trabalho aos trabalhadores das plataformas digitais, a fim de lhes assegurar a proteção constitucional destinada a quem trabalha” (OLIVEIRA; ASSIS, 2019, p. 264). Pretende-se pensar a reconexão pela análise da viabilidade de se promover a ampliação da proteção social, como forma de alcance do Trabalho Decente, para esses trabalhadores plataformizados, frutos da economia digital.

A promoção do trabalho decente aos trabalhadores plataformizados da economia digital

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi criada em 1919, logo após a Primeira Guerra Mundial, para garantir os direitos humanos do trabalho no plano internacional, tendo como principal objetivo a promoção da paz social, a qual somente será alcançada diante da realização justiça social. Por isso, a atuação da OIT é no sentido de ampliar a proteção social e, consequentemente, promover a melhoria das condições de trabalho nos Estados Membros, como é o caso do Brasil, signatário desde a fundação da agência do Sistema das Nações Unidas.

Nesse viés, em 1999, criou-se, no âmbito da OIT, a Agenda do Trabalho Decente, representada por quatro principais diretrizes ou também eixos centrais, a saber, a) criação de emprego; b) aumento da proteção social; c) respeito aos direitos e garantias e às normas internacionais do trabalho; e d) a promoção e o fortalecimento do diálogo social.

Primeiro, observa-se que o Trabalho Decente pode ser compreendido como “o trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna” (OIT, 1999, s.p). Depois, constata-se que a ampliação da proteção social conforma parte do conceito de Trabalho Decente, de modo que se pode inferir ser a ampliação da proteção social necessária ao incremento e consecução do Trabalho Decente.

No Brasil, destaca-se que, em 2006, foi instituída a Agenda Nacional de Trabalho Decente com a intenção de gerar Trabalho Decente e, consequentemente, combater a pobreza e as desigualdades sociais, com três eixos prioritários, a saber, i) gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; ii) erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas; iii) fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática (OIT, 2006). Em 2010, com vistas a implementação das supramencionadas prioridades, criou-se o Plano Nacional de Trabalho Decente (OIT, 2010).

Considerando o contexto de trabalhadores da economia digital, nota-

damente o exercido por plataformas digitais, e as estratégias a serem seguidas para o alcance e promoção do Trabalho Decente, questiona-se: quais podem ser os caminhos a serem seguidos pelo direito trabalho? Murilo Carvalho Sampaio Oliveira, Rodrigo de Lacerda Carelli e Sayonara Grillo (2020) apresentam quatro possíveis respostas a serem ofertadas.

A primeira é de não incidência da regulação juslaboral para os trabalhos em âmbito de plataformas digitais, sendo estas consideradas meras intermediadoras, que proporcionam ampla liberdade aos trabalhadores, diante da ausência de hierarquia pessoal e organizacional. A segunda resposta defende a necessidade de nova regulação, por se tratar de uma nova realidade de trabalho, oportunidade em que se deve ponderar sobre a concessão de direitos, como são os casos da parassubordinação na Itália e do trabalho autônomo dependente na Espanha, sendo, portanto, assegurada uma proteção intermediária.

A terceira resposta reconhece se tratar de uma nova e peculiar modalidade de trabalho, no entanto a ela também devem ser estendidos todos os direitos trabalhistas. A quarta resposta defende a aplicabilidade da atual legislação laboral para estes modos diferentes de extração do trabalho humano como são os casos das plataformas que manifestam um direcionamento na prestação dos serviços (OLIVEIRA; CARELLI; GRILLO, 2020).

Os autores propagam pela quarta forma resolutiva, pois defendem que sustentar “a regulação trabalhista das plataformas digitais dirigentes é, novamente, defender a ontologia e a razão de ser do Direito do Trabalho como instrumento de civilidade e dignidade para o trabalho assalariado” (OLIVEIRA; CARELLI, 2021, p. 169).

No entanto, ao contrário do esboçado, não é nesse sentido que caminham as últimas modificações da legislação trabalhista brasileira. Como consequência de políticas governamentais neoliberais de fomento à atividade empresarial, verificam-se inovações legislativas em detrimento de direitos fundamentais e, conseqüentemente, uma redução da proteção trabalhista e ampliação da precariedade (OLIVEIRA; CARELLI; SAYONARA, 2020, p. 2611).

Em 2017, por exemplo, regulamentou-se o contrato de trabalho intermitente (art. 443, *caput* e §3º, da CLT), alterou-se as disposições do contrato a tempo parcial (art. 58-A da CLT) e extinguiu-se o pagamento das horas *in itinere* (art. 58, §2º, da CLT).

Também, em 2022, a Lei n. 14.297/2022, ao dispor sobre medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviços por intermédio de empresa de aplicativo durante a crise pandêmica de COVID-19, considerou a empresa de aplicativo de entrega como “empresa que possui como principal atividade a intermediação por meio de plataforma eletrônica, entre o fornecedor de produtos e serviços de entrega e o seu consumidor” (art. 2º, inciso I, da Lei n. 14.297/2022), ou seja, o legislador, na oportunidade, optou por não reconhecer vínculo direto entre o trabalhador e a empresa proprietária da plataforma. Ao contrário, reconheceu a intermediação (meio) e não o fim

(serviço de transporte, por exemplo).

O Direito do Trabalho, criado como um compromisso e pacto de responsabilidade social e de solidariedade para com os eventos patológicos derivados das relações laborais, passa a ser tido como “obstáculos para oportunidades de amanhã” (PINHEIRO, 2017, p. 52). Por isso, crescem as contratualizações leves, superficiais, com menores riscos de prejuízos, em caso de modificações da situação fática, como contingências, imprevistos, descumprimentos contratuais e outros, de modo que, outra vez, percebe-se a transferência dos riscos dos negócios para os trabalhadores, que trabalham sem seguranças e garantias.

Tais situações caracterizam o denominado, por Jorge Pinheiro Castelo (2017), “Direito do Trabalho Líquido”, compreendido como “a disciplina do descompromisso (entre empregadores e trabalhadores) e da irresponsabilidade social, pautado na insegurança como elemento estrutural e natural do funcionamento da sociedade de consumo (aderente ao capitalismo líquido) e da satisfação e descarte instantâneos” (PINHEIRO, 2017, p. 54).

Ainda, continua o supramencionado autor “a proposta do modo de trabalho ou do direito do trabalho líquido derivado do capitalismo líquido e hiperliberal está estruturada num patamar de rentabilidade e num ciclo de produção em que não há longo prazo para nada mais” (PINHEIRO, 2017, p. 54), prevalecendo a flexibilidade, a volatilidade e a falta de compromissos.

Observa-se, assim, que tais modificações refletem no que se considera de ética e ontologia do direito do trabalho (compromissado, protetivo e de segurança), e, conseqüentemente, vai de encontro com a proposta de Trabalho Decente apresentada pela OIT e pactuada pelo Brasil. Afinal, uma das diretrizes do Trabalho Decente é a ampliação da proteção social e não a retirada de direito, como propaga o direito do trabalho líquido, descompromissado socialmente.

Questiona-se: é possível alcançar o Trabalho Decente quando os riscos do desenvolvimento da atividade são transferidos exclusivamente ao trabalhador? Cita-se como exemplo destes riscos no trabalho plaformizado por demanda: “o cancelamento das chamadas, o tempo de espera não remunerado e o risco social de doença ou acidente, além das despesas com equipamento ou veículos” (OLIVEIRA; ASSIS, 2019, p. 256). Ainda, pode-se alcançar o Trabalho Decente quando se está diante de relações que se encontram em limbo trabalhista entre o que se entende por autonomia e subordinação? Certamente não. Portanto, mister a discussão e defesa quanto à necessidade de ampliação da proteção social aos trabalhadores plataformizados da economia digital.

A necessidade de ampliação da proteção social aos trabalhadores da economia digital, especialmente os plataformizados, para a promoção do trabalho decente

Considerando o contexto de trabalhadores da economia digital e as es-

estratégias a serem seguidas para o alcance e promoção do Trabalho Decente, questiona-se: como ampliar a proteção social trabalhista para os novos trabalhadores da economia digital? No tópico anterior, apresentou-se possíveis proposições e explanou-se a defendida por Murilo Carvalho Sampaio Oliveira e Rodrigo de Lacerda Carelli, a saber, o reconhecimento do vínculo empregatício.

No entanto, considerando algumas características particulares dos trabalhadores plataformizados e as tendências modernizadoras e flexibilizantes desenvolvidas na legislação trabalhista contemporânea, como o “direito do trabalho líquido” supramencionado, bem como considerando os inúmeros julgamentos no país de inexistência de relação de emprego, optou-se por seguir, ou melhor, por ora estudar e se aprofundar por uma outra linha, apesar de entender ser o reconhecimento do vínculo celetista o mais protetivo aos trabalhadores.

Ressalta-se, em um primeiro momento, que tal linha também busca a ampliação da proteção social, mas não pelo simples encaixe dos trabalhadores plataformizados ao moldes celetista de proteção do emprego, mas sim pela regulação e reconhecimento da dependência, a qual está intrinsecamente relacionada com o conceito de vulnerabilidade, reconhecida e encontrada na situação fática entre o trabalhador e a empresa detentora da plataforma, em que se dá o desenvolvimento laboral, para, por fim, fazer incidir os direitos e garantias fundamentais do texto constitucional brasileiro (art. 7º), de eficácia normativa destinada à todos os trabalhadores indistintamente.

Desta forma, cessam as discussões existentes entre o encaixe da dicotomia de autônomo ou subordinado por uma simples constatação: a de dependência, critério que permite “deslocar o debate da dinâmica da organização do trabalho para a forma pela qual os trabalhadores se relacionam com suas atividades” (KALIL, 2020, p. 250). Ademais, aponta para a importância que a plataforma possui na subsistência do trabalhador e o espaço disponível para desenvolver atividade profissional (KALIL, 2020). Ainda, continua o supramencionado autor:

O estabelecimento de uma categoria de trabalho dependente, ao lado do trabalho subordinado, permite que diferentes realidades do mercado de trabalho sejam contempladas na regulação laboral e que trabalhadores em arranjos contratuais nos quais a subordinação não é identificada sejam protegidos (KALIL, 2020, p. 251).

O fato é que: a não configuração da subordinação não pode afastar direitos e, muito menos, afastar o reconhecimento de outros elementos que identificam a relação de trabalho. É possível identificar, para além da dependência econômica (o trabalho como meio de subsistência para o alcance do mínimo existencial, nele compreendido, não exclusivamente, a alimentação, moradia, saúde e educação) nos trabalhos plataformizados, a chamada de de-

pendência técnica, uma vez que é necessário a plataforma da empresa para a execução da atividade do trabalhador.

Cita-se, exemplificativamente, o fato de não ser possível oferecer serviço de transporte pela empresa Uber sem que se faça uso do aplicativo, em que o trabalhador se cadastra e se conecta com clientes. Não haveria dependência no caso de o aplicativo/plataforma pertencer ao próprio trabalhador e ser para ele e por ele comandado.

Pode-se, ainda, pensar em outras dependências, como, a informacional e de controle. Pela primeira, observa-se que não há a devida transparência e publicidade quanto ao sistema de avaliações e pontuações realizadas, que, inclusive, afetam a remuneração e a quantidade de trabalhos. A falta de informações, por sua vez, reflete no exercício do controle. Controla-se o ingresso, a manutenção e a saída da plataforma.

Verifica-se, portanto, uma nítida assimetria de poderes, em que um depende do outro. O trabalhador depende do detentor da plataforma para executar seu trabalho e a empresa depende do trabalhador para que a sua organização produtiva seja desempenhada.

O reconhecimento da mútua dependência afasta a caracterização ou incidência da autonomia, e, ainda que não se reconheça a subordinação, em razão de algumas liberdades, como a de horário de trabalho e o poder de recusa, mister a aplicação, aos trabalhadores plataformizados, do art. 7º da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 (CRFB/88), segundo o qual os trabalhadores fazem jus ao salário mínimo, ao décimo terceiro, às férias, à limitação de jornada de 44 horas semanais e 8 horas diárias, aos intervalos, inter e intrajornadas, às horas extraordinárias superiores em, no mínimo, 50% à hora normal, ao adicional noturno, dentre outros.

Ressalta-se, por fim, que, apesar de se reconhecer a existência de diferenças de tratamento e direcionamento entre diferentes empresas detentoras das plataformas, identifica-se em todas elas a dependência do trabalhador para com seu sistema de desenvolvimento e atuação e a da empresa para com a necessidade dos trabalhos humanos para seu desenvolvimento e desempenho organizacional.

Portanto, o que se observa é que “as relações de trabalho devem ser reconhecidas como tal, independentemente da constatação da existência de vínculo empregatício ou de trabalho autônomo” (KALIL, 2017, p. 253), razão pela qual deve-se abordar e aprofundar a situação de (in)efetividade do art. 7º da CRFB/88 a todos os trabalhadores, já que não se olvide da relação de trabalho existente, ainda que não subordinada, nos moldes celetistas previstos, mas que, de um ou outro modo, é dependente e não autônoma.

De fato, verifica-se que, para a promoção e alcance do Trabalho Decente, a aplicação de direitos aos trabalhadores plataformizados é primordial. Afinal, representa a ampliação da proteção social, diretriz básica e mínima para o exercício do trabalho em condições de dignidade. Por ora, considerando a previsão dos direitos e garantias fundamentais da CRFB/88, o modo de se

fazer incidir (efetivar) tais previsões demanda estudos, formulações e proposições de políticas públicas, bem como reformulações de condutas empresariais, o que pode ser feito pela adoção de práticas de *compliance*, por exemplo.

Esclarece-se, ainda, que não se pode apegar a uma ou outra classificação, seja de trabalho ou de plataformas. Em um mundo dinâmico e de rápidas mudanças, dificilmente se encontrará o encaixe perfeito e ideal. No entanto, não se deve admitir que a dinamicidade gere como fruto desproteção. Reconhecida, portanto, a necessidade de ampliação social, e mais, constatada a ampliação social pela aplicabilidade do art. 7º da CRFB/88, importante são as discussões sobre a inefetividade do texto constitucional, pois vive-se uma realidade de trabalhos sem a devida aplicação destes direitos, situação que não pode prosperar e caberá a nós buscar meios e modos de cumprimentos. Ádua e necessária tarefa. Avante.

Conclusão

São novos os modos de exercício do trabalho na economia digital, pois as incursões tecnológicas permitiram a execução das profissões pelas vias plataformas, fato que se denominou de “irrupção do fenômeno da plataforma”, caracterizado, dentre outras particularidades, pela gestão algorítmica. Assim, ainda que mantida as funções, novas são as formas de realização dos trabalhos.

Quanto às plataformas digitais, fenômeno da economia digital, marcada pela ampla difusão das NTICs, observa-se que são múltiplas as possibilidades classificatórias, mas em todas elas reconhece-se a dependência da empresa detentora da plataforma para com o trabalhador e do trabalhador para com a empresa detentora da plataforma, de modo que a organização dos fatores de produção não acontece sem a junção do trabalhador com e na plataforma.

Por isso, a discussão quanto ao enquadramento dos trabalhadores platformizados em empregados ou autônomos pelo reconhecimento ou não do critério da subordinação, pode ser afastada, de modo que não se deixe de proteger os trabalhadores. Como defendido, a promoção e alcance do Trabalho Decente, compreendido como aquele realizado em condições de propiciar uma vida digna aos trabalhadores, e norte a ser alcançado pelo OIT em todos os seus Estados-Membros, inclusive o Brasil, exige ou requer a ampliação da proteção social, sendo esta uma de suas diretrizes fundamentais.

A ampliação da proteção social, por sua vez, está consagrada na Constituição de 1988, notadamente no art. 7º, o qual não apresenta distinção entre o trabalhador e o empregado. Ao contrário, apresenta uma ampla lista de direitos e garantias fundamentais a serem efetivados a todos que se encontrem em relação de trabalho, como é o caso dos trabalhadores platformizados, situação em que se identifica a dependência do trabalhador para o desenvolvimento da atividade da empresa detentora da plataforma, bem como desta para o exercício laboral do trabalhador.

Identificada, portanto, a relação trabalhista, ainda que se discuta a existência de autonomia, pela flexibilização da jornada e dos locais de trabalho, ou da subordinação, pelos controles, poderes e gestões realizados, necessária a aplicação dos direitos fundamentais.

Assim, deve-se buscar pelo alcance da efetividade do texto constitucional, para que ele não seja regulamentação sem aplicabilidade. Também não se pode caminhar para um “direito do trabalho líquido”, descompromissado com a proteção e responsabilidade social, situação que o afasta de toda sua ontologia de criação e, conseqüentemente, de seu sentido e razão. Portanto, deve-se lutar não apenas pelo direito do trabalho, mas também pelo direito de todos os trabalhadores, sejam quais forem as situações e modos de realizações do exercício laboral, pois em todos eles tutela-se a dignidade e não uma simples mercadoria de troca.

Referências

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

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto-lei n. 5.452**, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho [CLT]. Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil: seção 1, Rio de Janeiro, DF, ano 82, n. 184, p. 11937-11984, 9 ago. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. **Lei n. 14.297**, de 5 de janeiro de 2022. Dispõe sobre medidas de proteção asseguradas ao entregador que presta serviços por intermédio de empresa de aplicativo de entrega durante a vigência da emergência em saúde pública decorrente do coronavírus responsável pela covid-19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2022/Lei/L14297.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

CASTELO, Jorge Pinheiro. **O direito do trabalho líquido: o negociado sobre o legislado, a terceirização e o contrato de curto prazo na sociedade da modernidade líquida**. São Paulo: LTr, 2017.

DE STEFANO, Valerio; ALOISI, Antônio. **European legal framework for “digital Labour platforms”**. Luxembourg: Publications Office of The European Union, 2018.

ELLUL, Jacques. **A técnica e o desafio do século**. Tradução e prefácio de Roland Corbisier. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1968.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Trabalho, Tecnologias da informação e comunicação e condições de vida: tecnologia para que(m)? “Novas” empresas e “velha” exploração do trabalho. **Revista katálysis**. Florianópolis, v. 25, n. 1, jan./abril. 2022, p. 1-5.

KALIL, Renan Bernardi. **A regulação do trabalho via plataformas digitais**. São

Paulo: Blucher, 2020.

KALIL, Renan Bernardi. Direito do trabalho e economia de compartilhamento: apontamentos iniciais. *In*: ZANATTA, Rafael A. F; PAULA, Pedro C. B.; KIRA, Beatriz (orgs). **Economia de compartilhamento e direito**. Curitiba: Juruá, 2017.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio.; CARELLI, Rodrigo de Lacerda. **As plataformas digitais e o direito do trabalho: como entender a tecnologia e proteger as relações de trabalho no século XXI**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2021.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio.; CARELLI, Rodrigo de Lacerda; GRILLO, Sayonara. Conceito e crítica das plataformas digitais de trabalho. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, 2020, p. 2609-2634.

OLIVEIRA, Murilo Carvalho Sampaio; ASSIS, Anne Karolline Barbosa. O direito do trabalho (des)conectado das plataformas digitais. **Revista Teoria Jurídica Contemporânea**. Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, 2019, p. 246-266.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Agenda Nacional de Trabalho Decente**. Brasília, 2006. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/WCMS_226229/lang--pt/index.htm%22. Acesso em: 14 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Plano Nacional de Trabalho Decente**. Brasília, 2010. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_226249/lang--pt/index.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

***FLEXICURITY* E O CONCEITO DE TRABALHO DECENTE – CONFLITOS EM TEMPOS DE CRISES**

Giovanni Paolo Pilosio

Docente na Escola Superior de Engenharia e Gestão. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Mestre em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente trabalho busca explorar a relação entre o conceito de Flexicurity – o qual busca unir flexibilidade das leis trabalhistas com aumento de empregabilidade do trabalhador, aliado com políticas de segurança por parte do Estado para garantir a sobrevivência do empregado durante os períodos que não estivesse empregado – com o conceito de Trabalho Decente – conceito desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho para atender os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável lançados pela Organização das Nações Unidas. O que se verificará com o desenvolvimento do texto é que tais critérios, apesar de muitas vezes serem mostrados como complementares, na realidade são antagônicos, posto que a Flexicurity, em última análise, não traz em sua aplicação prática a ideia de Emprego Pleno e Produtivo, conceito bastante caro à noção de Trabalho Decente.

Palavras-chave: Flexicurity; Flexibilidade; Direito do Trabalho; Crise; Trabalho decente.

As relações de trabalho sempre foram marcadas pela dinâmica entre o capital e a venda da mão de obra. Referidas relações foram, ao longo de toda a história, marcadas por essa luta entre esses dois polos e pela “simbiose” de tais relações, posto que o capital depende da venda da força de trabalho e o trabalho depende do capital, partindo do pressuposto de uma ótica socioeconômica capitalista.

Assim, as relações nunca foram pacíficas. Constata-se um moto-contínuo de lutas, conflitos, crises e um ciclo que sempre se renova com o passar dos tempos. Pela argumentação, o período da Revolução Industrial do século XIX (tendo essa revolução se iniciado na segunda parte do século XVIII) foi marcado por uma pressão esmagadora do capital sob o proletariado, que resultava em jornadas de trabalho completamente desumanas, sem qualquer

cuidado ou proteção ao trabalhador, observando-se precipuamente os ditames dos doutrinadores liberais, em destaque para Adam Smith e sua tão famigerada Lei da Oferta e Demanda.

O chamado *trabalho livre* nessa ótica foi brilhantemente retratado por Maurício Godinho Delgado:

Ora, a existência do trabalho livre (isto é, juridicamente livre) é pressuposto histórico-material do surgimento do trabalho subordinado (e, via de consequência, da relação empregatícia). Pressuposto histórico porque o trabalho subordinado não ocorre, de modo relevante, na história, enquanto não assentada uma larga oferta de trabalho livre no universo econômico-social. Pressuposto material (e lógico) porque o elemento subordinação não se constrói de modo distintivo senão em relação em que o prestador não esteja submetido de modo pessoal e absoluto ao tomador dos serviços (como ocorre na servidão e escravidão, por exemplo). (DELGADO, 2010, p. 81)

Por conta da abundância da mão de obra disponível e sem qualquer intervenção estatal na relação de trabalho, verificou-se nesse momento uma completa espoliação da condição humana em detrimento dos ganhos de capital e do lucro, condição já relatada em inúmeros trabalhos e obras.

Esse cenário levou a diversas revoltas e movimentos por parte dos trabalhadores a fim de estabelecer (ou melhor, restabelecer) patamares mínimos de humanidade na relação de trabalho. A estipulação de máximos de jornada de trabalho, de proibições de contratação e de formas de trabalho (especialmente infantil) são algumas das conquistas dos trabalhadores, após muitas lutas e mortes.

A partir desse patamar diversos direitos foram reconhecidos pela relação de trabalho ao passar dos anos tais como direito às férias (depois às férias remuneradas), direito às trabalhadoras, licenças, salário mínimo, dentre outros.

A partir da década de 70 do século passado, constata-se que as crises do capitalismo seguem um padrão: há um desespero por parte do setor econômico com anseios de liberalismo, partindo de um pressuposto que as leis do mercado seriam autorregulatórias, mas o que se constata é que há uma quebra do sistema econômico financeiros nessas crises, onde o Estado precisa intervir a fim de restaurar o equilíbrio econômico.

Quando o Estado intervém na economia, há consequentemente um desbalanceamento na disponibilidade de recursos para a atuação social do Estado.

Esse breve histórico tem uma razão bastante clara de figurar no presente trabalho. Como se verificará mais adiante, os ciclos dessas relações de trabalho estão, no momento atual, quase que como no início do relato, demonstrando que essas relações estão longe de um entendimento pacífico e permanente.

Após diversas crises econômicas e com nítidos contornos e consequên-

cias sociais bem como a constante globalização de processos e serviços, constata-se uma alteração nas relações de trabalho.

O fenômeno da globalização, conforme ilustra brilhantemente Brayn apud Chahad (2006, p. 61), pode ser conceituado por vários elementos que lhe dão forma. Entre eles, pode-se destacar a liberalização do comércio internacional, a privatização da produção, a desregulamentação dos mercados, a eliminação de barreiras aos fluxos financeiros internacionais, a garantia dos direitos de propriedade, a maior disciplina nos gastos públicos, a redução de impostos e a flexibilidade no mercado de trabalho.

Diante de tal fenômeno, que deve-se ressaltar que não é necessariamente atual, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), com o objetivo claro de oferecer uma resposta e soluções aos problemas socioeconômicos mundiais na época, em sua Conferência Internacional do Trabalho de 1998, propôs a chamada Declaração da OIT relativa aos princípios e direitos fundamentais no trabalho, servindo como uma reafirmação universal das obrigações de cunho trabalhista e sociais de seus Estados membros.

Esse importantíssimo texto teve como ponto de referência quatro princípios fundamentais, (a) a liberdade sindical e o reconhecimento efetivo do direito de negociação coletiva; (b) a eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório; (c) a abolição efetiva do trabalho infantil; (d) a eliminação da discriminação em matéria de emprego e ocupação.

Em 1999, o Diretor Geral da OIT Juan Somavia, no relatório anual de avaliação das atividades da organização, que foi apresentado na 87ª Conferência Internacional, propôs a adoção de um novo referencial para as políticas sociais dos Estados membros: o conceito de Trabalho Decente.

Ericson Criveli ressalta que o conceito de trabalho decente é uma ideia-chave que concatena diversas noções e princípios:

O trabalho decente, como se pode perceber, é uma ideia-chave que articula, ao mesmo tempo, a noção do direito ao trabalho, a proteção de direitos básicos, a equidade no trabalho, segurança social, uma representação dos interesses dos trabalhadores e, ainda, que o trabalho esteja envolto num meio ambiente social e político adequado à noção de liberdade e dignidade humana. (CRIVELI, 2010, pg. 175)

A atuação da OIT, embasada nesse contexto, teve sua direção apontada para a promoção de oportunidades dos homens e das mulheres dos Estados membros de obterem um trabalho decente e produtivo em condições de liberdade, igualdade, segurança e dignidade humana. Essa é a ideia principal do Trabalho Decente e modelo a ser encampado pelos Estados Membros.

Ocorre que esse direcionamento não agradou o capital. Não é condizente (apesar de alguns teórico apontarem que são conceitos complementares) com a prática capitalista de deterioração do valor do trabalho em detrimento ao valor da mercadoria produzida (admitindo-se conforme a conceituação tratada minunciosamente no *Capital* de Karl Marx de que mesmo o trabalho

é uma mercadoria, mas de valor inferior à mercadoria vendida e gerada a partir do trabalho). A proposta do capital é de flexibilizar ainda mais os direitos trabalhistas, posto que eles seriam uma trava à posposta global de prática de preços.

A lógica tratada seria a seguinte: posto que existem diversas áreas do planeta onde os direitos do trabalho são desrespeitados ou praticamente não existem, para se assegurar a existência dos postos de trabalho em lugares onde os direitos trabalhistas sejam mais atuantes, seria necessário flexibilizá-los para assegurar a continuidade dos postos de trabalho.

Essa visão é bastante polêmica e requer uma análise cuidadosa. Aqueles que apoiam a flexibilização argumentam que ela é uma consequência inevitável da modernização das condições de trabalho, além de ser uma forma de dar aos empregadores o suporte necessário para competir tanto no mercado interno quanto externo.

Para aqueles que criticam a flexibilização, argumenta-se que seus efeitos são bastante prejudiciais à sociedade como um todo. Alegam que isso reduziria os direitos conquistados pelos trabalhadores ao longo da história e que a flexibilização do trabalho seria uma prática de precarização do trabalho. Além disso, essa medida aumentaria a incerteza na sociedade como um todo e teria um grande impacto econômico negativo.

Essa flexibilização do direito do trabalho está relacionada à mudança da estrutura do trabalho, com a desintegração da relação de trabalho dita por alguns de “tradicional”. A *uberização* das relações de trabalho é uma expressão que se refere à utilização de plataformas digitais por meio de aplicativos, com a gestão dos trabalhadores por meio de algoritmos. Esse modelo que supostamente oferece mais “liberdade” aos trabalhadores na realidade precariza suas condições de trabalho, sem qualquer garantia social.

A plataformização, conforme ressaltado por FRANCO, tem por prerrogativa transformar os trabalhadores autônomos (que são chamados como “microempreendedores”) em atores subordinados às plataformas de prestação de serviços, impondo regras e ditames sem ao menos prover qualquer benefício em contrapartida, formando um “emaranhado de mediações que obscurecem as novas conformações da classe trabalhadora”.

Além dessa forma, a flexibilização (e em última análise, a desregulamentação) dos direitos dos trabalhadores no Brasil se deu em sua face mais nítida com promulgação da Lei nº 13.467/2017, intitulada por muitos como “reforma trabalhista”. Na aludida lei verifica-se a flexibilização de direitos dos trabalhadores como a mitigação da hipossuficiência (com a inclusão do parágrafo único do art. 444 da Consolidação das Leis do Trabalho), a inclusão da modalidade de trabalho intermitente (denominada como “Bico Oficial” por Homero Batista Mateus da Silva) e todas as limitações impostas às entidades sindicais, especialmente quanto ao financiamento do movimento sindical como com a possibilidade de negociações entre trabalhador e empresa, sem a intermediação do sindicato profissional.

Assim, antes mesmo da pandemia de COVID-19, já havia um movimento constante de flexibilização dos direitos dos trabalhadores, sempre com o mote de dar competitividade ao empresariado frente às questões econômicas.

Importante verificar que as mudanças aplicadas pela plataformização do trabalho, que consiste em criar uma intermediação entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviço, por meio de aplicativo ou software, foram criadas com o mote de “modernização” do mercado de trabalho, mas na verdade apresentam verdadeira forma de burlar o sistema de proteção aos direitos do trabalhador.

Mas, com o surgimento da pandemia de COVID-19, verifica-se que o Direito do Trabalho, tão enfraquecido pelas questões econômicas, ocupa um papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais dos trabalhadores e se apresenta, mais que nunca, como instrumento de preservação de tais direitos fundamentais.

E diante de tal situação calamitosa, verifica-se que os limites de flexibilização dos direitos trabalhistas, tratados por esse autor em dissertação de mestrado, foram ultrapassados, sendo os trabalhadores restaram-se desprotegidos, tolhidos de suas garantias fundamentais conquistadas historicamente com luta.

Com números alarmantes de desemprego e com o temor da difícil retomada econômica (e social, por que não?), muitos autores voltam a propor a instituição da flexisegurança no Brasil, posto que tal modelo, já nascido de diversas crises (ainda que de matrizes diversas à atual) em alguns países vem, supostamente, se mostrando eficaz.

A flexisegurança, apresentada inicialmente pelo professor Ton Wilthagen às crises impostas à população trabalhadora europeia, encerra uma ideia de se conciliar a flexibilização das leis protetivas aos direitos dos trabalhadores (e em última análise, promover a flexibilização dos próprios) e assegurar os postos de trabalho, fazendo com que o Estado promova a qualificação dos trabalhadores (promovendo assim o suposto aumento de empregabilidade) e providenciando benefícios aos trabalhadores quanto estes estiverem desempregados.

Esse conceito, mesmo que mascarado como uma aliança entre a iniciativa privada e políticas públicas, é contrária ao conceito de Trabalho Decente trazido pela OIT.

Considerando o diálogo social tripartite como referência, observa-se que o empregador defende a flexibilização, incluindo a flexisegurança, como uma opção competitiva e uma política social que mantém os postos de trabalho. Por outro lado, as Centrais Sindicais, representando os trabalhadores, aceitam a flexibilização dos direitos trabalhistas apenas nos casos previstos por lei, argumentando que isso pode levar à precarização das condições de trabalho. O Governo, por sua vez, trabalha na reinserção do desempregado no mercado de trabalho e garante uma renda mínima, aquecendo a economia e adotando uma postura protecionista.

É importante destacar que, no meio desse conflito social que foi descrito, existem aqueles que são totalmente excluídos do mercado de trabalho, mas que são utilizados por ele por meio do modelo de flexisegurança. Essas pessoas são os chamados “empreendedores de si mesmos”, que atuam como trabalhadores de plataforma.

Trabalhadores em vários países do mundo estão operando sem a proteção de regulamentações adequadas, embora na Europa haja um movimento recente para introduzir regulamentações básicas de proteção. No Brasil, a Lei nº 14.297/22 é uma das poucas leis criadas especificamente para proteger os entregadores de aplicativos, e foi promulgada com base na pandemia de COVID-19.

Na citada lei, direitos básicos como garantir água potável aos empregado teve que estar expressamente descrito, conforme se verifica no art. 6º.

Em meio a crise pandêmica, algumas soluções (apontando o lado mais “security” da flexisegurança) foram adotadas em países europeus como Itália, Espanha, Dinamarca, entre outros. Políticas como instituição de smart working, pagamento de bônus, suspensão do contrato de trabalho, redução salarial, proteção da mulher, entre outras, são apontadas como políticas de enfrentamento da pandemia e de preservação dos postos de trabalho.

Com tais políticas se verifica que o foco que antes, conforme os ditames da flexisegurança, era de garantir empregabilidade aos trabalhadores e não visar a proteção do posto de trabalho em si, muda com a chegada da pandemia.

Por conta de tais ações, ventila-se por mais uma vez a aplicação do conceito de flexisegurança no Brasil, como uma medida salvadora, que poderia resguardar tanto os postos de trabalho quanto à economia, severamente abalada.

Medidas como o Kurzarbeit são apontados por NASSIF como já adotadas pelo Brasil:

O Kurzarbeit, ou redução da jornada de trabalho, é um dos principais instrumentos para evitar dispensas coletivas e consiste na concessão, pelo Estado, da percepção de subsídio para trabalhadores que tenham tido sua jornada reduzida.

Quem se lembra das negociações envolvendo a Volkswagen e seus funcionários, no que tange à jornada de trabalho semanal de quatro dias por semana, que salvou quase 30 mil empregos mediante a redução da jornada laboral em 20% de toda a categoria na Alemanha? Pois, em 2020, a Volks fez o mesmo, porém, no Brasil, que adotou, pela primeira vez em sua história, com a Medida Provisória 936, um Kurzabeit, ou seja, uma participação do Estado na estabilização da relação de emprego, compondo parte da redução de salário ou da suspensão do contrato. (NASSIF, 2021)

Seria a implementação de políticas de flexisegurança a solução mais adequada para proteger os direitos fundamentais dos trabalhadores em um cenário já tão prejudicado pelos ataques aos direitos trabalhistas? É possível

comparar as medidas propostas pelo Governo Brasileiro com as adotadas na Europa? Com o enfraquecimento dos sindicatos, ainda é possível garantir a proteção dos trabalhadores? É importante que as medidas adotadas sejam orientadas para a preservação do trabalho digno e decente, em vez de apenas visar os indicadores econômicos, considerando que o índice de desemprego é um indicador macroeconômico.

A situação agrava-se quando se analisa a ponta do sistema produtivo calcado nas políticas de flexisegurança: o trabalhador de plataforma digital. Como já dito anteriormente, referida modalidade de trabalho vem ganhando dimensão enorme no já fragmentado mercado de trabalho. A criação de “novas tecnologias” tem o intuito apenas de afastar o trabalhador de suas garantias e direitos mais fundamentais, em prol de uma produtividade e empregabilidade em que o trabalhador obteria pouco ou quase nenhum proveito.

A manutenção de tal sistema (de um sistema sustentado por uma grande massa de trabalhadores que não estão tutelados pelas leis laborativas ou que tenham um tratamento diverso dos outros trabalhadores) gera um círculo vicioso no qual a exclusão é a maior marca. As empresas que são as detentoras das plataformas digitais alegam que não exploram a atividade fim, mas apenas a intermediam a prestação de serviço, buscando com isso a isenção de responsabilidade.

Além disso, observa-se a fragmentação da prestação de serviço e a necessidade de inscrição em diversas plataformas a fim de que consiga prover o mínimo para o sustento. Tal situação corrobora com o aumento do chamado trabalhador pobre, que, conforme a OIT é aquele trabalhador que não consegue manter um emprego decente (nos moldes do Trabalho Decente) que lhe assegure a remuneração justa e equitativa. Jornadas reduzidas com ganho reduzido, prestação de serviços para múltiplas plataformas digitais geram ao final uma quantidade de horas absurdas para o atingimento do mínimo sustentável.

Conclui-se, portanto, que é preciso ter como objetivo a realização dos direitos humanos e sociais, incluindo o direito ao trabalho e, em última análise, a implementação das políticas de Trabalho Decente estabelecidas pela Organização Internacional do Trabalho. Além disso, é importante melhorar a aplicação de políticas tributárias e previdenciárias.

Referências

ANTUNES, Ricardo (org.). **Uberização, trabalho digital e Indústria 4.0**. 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2020.

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo, Ltr, 2002.

_____. **Os impactos da integração económica no direito do trabalho: globalização e direitos sociais**. São Paulo: LTr, 1998.

_____. **O direito do trabalho em transformação**. In: Revista do Advogado:

AASP, 2010.

_____. **Direito do Trabalho: crise económica, flexibilização e desenvolvimento tecnológico.** In: Empresa e trabalho: estudos em homenagem a Amador Paes de Almeida. São Paulo: Saraiva, 2010.

BRAYN, Alessandra Serampomba Almeida. **Trabalho decente: uma avaliação da possibilidade de aplicação do conceito.** 2006. Dissertação (Mestrado em Economia Política). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

BRITO, Gabriela Calafate. **Da crise de 1929 à Grande Depressão: Influências do Padrão-Ouro.** Monografia de Bacharelado apresentado à Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2010.

CORRÊA, Antonio Claudio de França e PEDROSO JR, Oswaldo Antunes. **A crise do petróleo e os desafios do pré-sal.** Rio de Janeiro: FGV ENERGIA, 2016.

CRIVELI, Ericson. **Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo.** São Paulo: LTr, 2010

FRANCO, David Silva. **Uberização do trabalho: a materialização do valor entre plataformas digitais, gestão algorítmica e trabalhadores nas redes do capital (Tese de Doutorado).** UFMG, 2020. Disponível em <[https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/35738/3/_Tese_Uberiza%
c3%a7%c3%a3o%20-%20vers%
c3%a3o%20final.pdf](https://repositorio.ufmg.br/bitstream/1843/35738/3/_Tese_Uberiza%c3%a7%c3%a3o%20-%20vers%c3%a3o%20final.pdf)>. Acesso em 21 de jul. de 2022.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico.** São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

ILO (International Labour Organization). **Report of the Director-General: Decent Work.** Geneva, 1999. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em 21 de jul de 2022.

_____. **Report of the Director-General: Reducing the decent work deficit – a global challenge.** Geneva, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/rep-i-a.htm>>. Acesso em 21 de jul. de 2022.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxos do direito e do processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

SPANGER, Marlene e HVALKOF, Sophia Dörffer. **The ‘Danish Model’ of exploiting migrant workers.** Copenhagen, 2021. Disponível em <<http://www.open-democracy.net/en/beyond-trafficking-and-slavery/the-danish-model-of-exploiting-migrant-workers>> . Acesso em 21 de jul. de 2022.

IMPACTOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NO ACESSO À MORADIA ADEQUADA

Gabriele Cremm Rodrigues

Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie

Resumo:

Visando dar maior proteção às empresas, flexibilizaram-se os direitos trabalhistas sob argumento de que referidas medidas aqueceriam a economia e manteriam os postos de trabalho. Entretanto, com o passar dos anos verificou-se que a flexissegurança no Brasil, apenas deu o aval para que mais e mais trabalhadores fossem contratados por salários menores, ou ainda, migrados, quase que compulsoriamente, para o trabalho informal. Tais condições dificultaram ainda mais o acesso do trabalhador à moradia, seja por falta de renda suficiente, problemas no que tange à comprovação de renda ou ainda falta recolhimento de FGTS.

Palavras-chave: Flexicurity; Trabalho informal; Impacto recolhimento de FGTS; Moradia adequada; Trabalho decente.

Introdução

A implementação à brasileira da “flexicurity”, previu um suposto aquecimento econômico, mas deixou de prever os impactos sociais de tais mecanismos. Assim, utilizando-se dos métodos de pesquisa dedutivo e histórico, o objetivo é discutir os impactos da flexibilização dos direitos trabalhistas no Brasil no que tange o acesso à moradia adequada, isso porque, milhares de trabalhadores foram excluídos do mercado formal e estão sendo deslocados para locais periféricos das grandes cidades, acabam residindo áreas de risco, sem saneamento básico e sem estrutura de acesso à saúde e educação ou até mesmo ficam sem moradia e em situação de rua.

Ainda, tendo em vista que o trabalhador necessita de comprovação de renda e que o uso do FGTS é uma das formas de pagamento dos financiamentos imobiliários, a cada dia que passa mais trabalhadores ficam sem acesso à moradia adequada.

A abordagem do tema é de suma importância visto que o acesso à moradia adequada é direito fundamental e a existência de qualquer diretriz eco-

nômica, incluindo a desregulamentação trabalhista, que traga obstáculos à sua consecução, viola os direitos humanos e deve ser amplamente debatida para que se criem mecanismos de proteção à moradia adequada dentro da concepção do trabalho decente.

É notório que os Direitos Trabalhistas trazem consigo mecanismos que também dão acesso aos Direitos Humanos. Assim, quando maior as garantias trabalhistas respaldadas no conceito de trabalho decente, maior o acesso à moradia adequada.

Nesse contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, prevê entre outros direitos, a dignidade humana, o direito à vida, à liberdade e à segurança, bem como o direito a um padrão de vida adequado à saúde e bem-estar do indivíduo e de sua família.

Ao longo dos anos, a questão do acesso à moradia adequada também foi consolidada no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966 e amplamente difundida nas legislações mundo afora.

Todos esses direitos fundamentais estão bem relacionados e atrelados ao conceito de moradia adequada, conforme se extrai do Comentário Geral nº 4 do Comitê sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Sexta sessão, 1991):

Assim, a concepção de adequação é particularmente significativa em relação ao direito à habitação, desde que serve para realçar um número de fatores que devem ser levados em consideração para constituir “habitação adequada”, pelos propósitos da Convenção. Enquanto a adequação é determinada em parte por fatores sociais, econômicos, culturais, climáticos, ecológicos e outros fatores, o Comitê acredita, contudo, que é possível identificar certos aspectos do direito que devem ser levados em consideração para este propósito em qualquer contexto particular. Eles incluem os seguintes:

a. Segurança legal de posse. A posse toma uma variedade de formas, incluindo locação (pública e privada) acomodação, habitação cooperativa, arrendamento, uso pelo próprio proprietário, habitação de emergência e assentamentos informais, incluindo ocupação de terreno ou propriedade. Independentemente do tipo de posse, todas as pessoas deveriam possuir um grau de sua segurança, o qual garanta proteção legal contra despejos forçados, pressões incômodas e outras ameaças. Estados-partes deveriam, conseqüentemente, tomar medidas imediatas com o objetivo de conferir segurança jurídica de posse sobre pessoas e domicílios em que falta proteção, em consulta real com pessoas e grupos afetados.

b. Disponibilidade de serviços, materiais, facilidades e infraestrutura. Uma casa adequada deve conter certas facilidades essenciais para saúde, segurança, conforto e nutrição. Todos os beneficiários do direito à habitação adequada deveriam ter acesso sustentável a recursos naturais e comuns, água apropriada para beber, energia para cozinhar, aquecimento e iluminação, facilidades sanitárias, meios de armazenagem de comida, depósito dos resíduos e de lixo, drenagem do ambiente e serviços de emergência.

c. Custo acessível. Os custos financeiros de um domicílio associados à habitação deveriam ser a um nível tal que a obtenção e satisfação de outras necessidades básicas não sejam ameaçadas ou comprometidas. Passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar que a porcentagem dos custos relacionados à habitação seja, em geral, mensurada de acordo com os níveis de renda. Estados-partes deveriam estabelecer subsídios habitacionais para aqueles incapazes de arcar com os custos da habitação, tão como formas e níveis de financiamento habitacional que adequadamente refletem necessidades de habitação. De acordo com o princípio dos custos acessíveis, os possuidores deveriam ser protegidos por meios apropriados contra níveis de aluguel ou aumentos de aluguel não razoáveis. Em sociedades em que materiais naturais constituem as principais fontes de materiais para construção, passos deveriam ser tomados pelos Estados-partes para assegurar a disponibilidade desses materiais.

d. Habitabilidade. A habitação adequada deve ser habitável, em termos de prover os habitantes com espaço adequado e protegê-los do frio, umidade, calor, chuva, vento ou outras ameaças à saúde, riscos estruturais e riscos de doença. A segurança física dos ocupantes deve ser garantida. O Comitê estimula os Estados-partes a, de modo abrangente, aplicar os Princípios de Saúde na Habitação, preparado pela OMS, que vê a habitação como o fator ambiental mais frequentemente associado a condições para doenças em análises epidemiológicas, isto é, condições de habitação e de vida inadequadas e deficientes são invariavelmente associadas com as mais altas taxas de mortalidade e morbidade.

e. Acessibilidade. Habitações adequadas devem ser acessíveis àqueles com titularidade a elas. A grupos desfavorecidos deve ser concedido acesso total e sustentável para recursos de habitação adequada. Assim, a grupos desfavorecidos como idosos, crianças, deficientes físicos, os doentes terminais, os portadores de HIV, pessoas com problemas crônicos de saúde, os doentes mentais, vítimas de desastres naturais, pessoas vivendo em áreas propensas a desastres, e outros deveriam ser assegurados um patamar de consideração prioritária na esfera habitacional. Leis e políticas habitacionais deveriam levar em conta as necessidades especiais de habitação desses grupos. Internamente, muitos Estados-partes, aumentando o acesso a terra àqueles que não a possuem ou a segmentos empobrecidos da sociedade, deveriam constituir uma meta central de políticas. Obrigações governamentais precisam ser desenvolvidas, objetivando substanciar o direito de todos a um lugar seguro para viver com paz e dignidade, incluindo o acesso para o terreno como um direito reconhecido.

f. Localização. A habitação adequada deve estar em uma localização que permita acesso a opções de trabalho, serviços de saúde, escolas, creches e outras facilidades sociais. Isso é válido para grandes cidades, como também para as áreas rurais, em que os custos para chegar ao local de trabalho podem gerar gastos excessivos sobre o orçamento dos lares pobres. Similarmente, habitações não deveriam ser construídas em locais poluídos nem nas proximidades de fontes de poluição que ameacem o direito à saúde dos habitantes.

g. Adequação cultural. A maneira como a habitação é construída, os

materiais de construção usados e as políticas em que se baseiam devem possibilitar apropriadamente a expressão da identidade e diversidade cultural da habitação. Atividades tomadas a fim do desenvolvimento ou modernização na esfera habitacional deveriam assegurar que as dimensões culturais da habitação não fossem sacrificadas, e que, entre outras, facilidades tecnológicas modernas sejam também asseguradas.

Levando-se em consideração os elementos norteadores da moradia adequada, verifica-se que o trabalho decente é o elemento que é a chave de acesso à adequação.

Nesse sentido, vale lembrar do conceito de trabalho decente segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), que diz que o trabalho decente é o “trabalho adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna”.

Nota-se que a garantia à uma vida digna é comum ao trabalho decente e à moradia adequada. Assim, diante dos elementos trazidos, até 2015, a experiência brasileira, guardadas críticas, era no sentido de prover o trabalho decente e trabalhar em prol de programas sociais que davam ao cidadão condições mínimas de acesso à moradia, tal como o programa minha casa minha vida que, aliados aos direitos trabalhistas davam lastro e acesso à uma vida digna.

Entretanto, sob o “argumento” de que o país enfrentava uma grave crise econômica e com o intuito de preservar as empresas, tidas como as grandes provedoras dos postos de trabalho, iniciou-se um grande desmonte da legislação trabalhista e demais programas sociais que em tese estavam onerando a economia e agravando a crise econômica.

Deu-se assim, a implementação à brasileira da flexibilização dos direitos trabalhistas.

Nos países em que tal modelo foi implementado, a flexibilização previa uma contrapartida do Estado, provendo benefícios financeiros, estudos, tudo para um melhor reposicionamento no mercado de trabalho do trabalhador que havia sido dispensado.

O modelo de origem dinamarquesa, foi amplamente difundido como uma grande ferramenta para o progresso econômico e preservação da empregabilidade, entretanto, o modelo hoje que também sofre críticas em seu país de origem. Uma das diferenças que devemos avaliar é a situação econômica de cada país, no Brasil, por exemplo, o número de pessoas que não tem acesso à alimentação, moradia e educação é muito maior do que na Dinamarca. A verdade é que um trabalhador desempregado na Dinamarca, dificilmente será privado de manter o mínimo de dignidade, visto que a maioria consegue manter o acesso à moradia adequada e a flexibilização se deu com suporte do governo, por meio de programas específicos.

Ao contrário do que ocorreu em outros países que utilizam ou utilizaram o modelo da flexissegurança, no Brasil, os direitos trabalhistas apenas

foram modificados, entretanto, não houve qualquer política de contrapartida para trabalhador que ficou fora do mercado de trabalho formal.

Passados alguns anos, a promessa do milagre econômico não aconteceu, por outro lado, a situação agravou-se com a pandemia da COVID-19, e, quando mais os trabalhadores necessitavam de suporte financeiro ou de benefícios sociais, muitos deles já não detinham mais o vínculo de emprego que lhes garantisse o sustento mínimo ou ainda direito ao seguro-desemprego, dado o aumento da chamada *terceirização* ou *uberização*.

Passou-se então à um período que a vida digna foi deixada em último plano em favor do mercado e da economia.

Conforme o esperado, quando há um movimento em prol da economia sem a contrapartida da proteção ao trabalho, programas sociais e de distribuição de renda, o que se cria, é um enorme contingente de pessoas que ficam à margem de uma vida digna em prol de poucos que ostentam um aumento do padrão financeiro.

Um dos impactos desse movimento deu-se com a alteração do Programa Minha Casa Minha Vida para o Programa Casa Verde Amarela. Em termos numéricos, o corte havido de 98%, em 2021, para o Programa Casa Verde Amarela gerou impactos econômicos em diversos setores. Conforme se depreende da pesquisa realizada pelo DIEESE, temos que:

O programa “Casa Verde Amarela”, lançado em 2020, encerrou completamente os subsídios para a “Faixa 1”, o que atingiu a população de menor renda familiar e a mais representativa dentro do déficit habitacional. Além disso, frente à média histórica de recursos destinada ao programa, o gasto de apenas R\$ 1 bilhão, sendo apenas R\$ 27 milhões para a antiga Faixa 1 do MCMV, praticamente encerra o esforço de reduzir o déficit habitacional da população mais pobre.

E ainda, segundo simulações do DIEESE, em caso de manutenção do Programa Minha Casa Minha Vida nos moldes estabelecidos entre os anos de 2008 a 2019, teríamos o seguinte cenário:

Na realização de simulações a partir da MIP para o ano de 2018, a última disponível, com um choque na demanda final (*input*) de R\$ 11,3 bilhões (a média anual de gastos do MCMV) de 2009 a 2018 na economia brasileira, o potencial de geração de ocupações seria de até 365.914 postos de trabalho, importante contribuição para a redução do desemprego. Também poderia aumentar a arrecadação de impostos em até R\$ 2,8 bilhões, o valor adicionado (VA) em até R\$ 16,3 bilhões, a massa salarial em até R\$ 5,8 bilhões e a arrecadação da previdência e do FGTS em até R\$ 1,3 bilhão; e, ainda haveria a dinamização não somente do setor da construção, mas de inúmeros outros, como fornecedores, comércio, serviços financeiros, de consultoria, entre outros. Números não desprezíveis para uma economia em evidente deterioração, já anterior à pandemia, mas, com fragilidades exacerbadas por ela.

Sem uma política habitacional efetiva e sem a criação de postos de trabalho formal e com as garantias devidas, uma grande parcela da sociedade brasileira viu-se em situação de extrema pobreza e que ainda se agravou com a pandemia. A solução para muitos foi trabalhar para aplicativos ou em mais de um posto de trabalho, mantendo horas e horas de trabalho além das 40 (quarenta) horas semanais previstas em lei, para garantir pelo menos a alimentação. Outros, além de trabalhar por mais tempo para garantir o mínimo para existência, tiveram que mudar o local de suas residências para locais mais periféricos e sem a estrutura adequada. Vale ainda mencionar aqueles que já habitavam em zonas periféricas e tiveram que receber mais familiares em suas residências, ocasionando o adensamento habitacional. E, por fim, a mais grave situação se dá quando da análise do aumento da população em situação de rua nos últimos anos.

Nesse contexto, temos que a população em situação de rua sempre apresentou crescimento no Brasil, mas diante das políticas públicas que visavam a garantia de uma vida digna, o aumento se dava de forma menos acentuada.

Ocorre que, como reflexo da mudança drástica das diretrizes políticas no Brasil a partir de 2016, a população em situação de rua deu um salto nos últimos seis anos.

	NORTE	NORDESTE	SUDESTE	SUL	CENTRO-OESTE	BRASIL
Set./2012	3.218	16.450	47.753	16.286	8.808	92.515
Mar./2013	3.280	16.972	50.779	16.632	8.896	96.560
Set./2013	3.300	17.152	50.374	16.215	8.892	95.933
Mar./2014	3.573	17.755	56.640	17.645	9.657	105.270
Set./2014	3.739	17.852	58.324	18.072	10.043	108.029
Mar./2015	3.999	22.742	63.777	19.381	10.676	120.575
Set./2015	4.178	26.767	64.049	19.708	10.929	125.631
Mar./2016	4.515	27.803	73.153	21.619	10.760	137.849
Set./2016	4.729	27.592	75.240	22.294	9.865	139.720
Mar./2017	5.447	27.262	86.694	26.018	11.477	156.898
Set./2017	5.901	25.917	91.652	28.574	12.285	164.329
Mar./2018	7.406	29.164	100.119	32.267	14.064	183.020
Set./2018	8.247	30.490	99.473	33.684	14.586	186.480
Mar./2019	8.299	34.014	111.577	33.699	15.041	202.631
Set./2019	7.706	35.396	117.248	31.763	14.577	206.691
Mar./2020	9.626	38.237	124.698	33.591	15.718	221.869

Fonte: IPEA – Estimativa da população em situação de rua no Brasil (SET 2012 – MAR 2020)

Dos dados acima coletados, analisou-se o perfil da pessoa em situação de rua no Brasil, e trouxe dado que guarda relação direta com o tema aqui abordado, pois 70,9% exercem alguma atividade remunerada, sendo que dentre eles apenas 1,9% trabalham com carteira assinada, mas 69,9% dormem na rua.

Conclusões

Os dados nos fazem concluir que exercer uma atividade remunerada sem que este trabalho se enquadre no conceito de trabalho decente definido pela OIT não dá acesso à alimentação e moradia adequada. Inflar os números de “trabalhadores”, para maquiar os dados, não é o suficiente para esconder o problema. Fato é que, será necessário retomar os direitos trabalhistas visando o acesso ao trabalho decente para uma verdadeira retomada econômica e acesso à vida digna.

Referências

AGÊNCIA DO SENADO. **Senado aprova novas regras trabalhistas para períodos de calamidade**. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/08/03/senado-aprova-novas-regras-trabalhistas-para-periodos-de-calamidade>> Acesso em 30 de agosto de 2023

ANTUNES, Ricardo (org). **Riqueza e miséria do trabalho no Brasil IV: trabalho digital, autogestão e expropriação da vida – o mosaico da expropriação**. 1. Ed. São Paulo: Boitempo, 2019

BELTRAN, Ari Possidonio. **Direito do trabalho e direitos fundamentais**. São Paulo, Ltr, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CUBERO, Maria Cecília. Importância do FGTS e os impactos da reforma trabalhista. Disponível em <https://brasildebate.com.br/importancia-do-fgts-e-os-impactos-da-reforma-trabalhista/> Acesso em 10 de setembro de 2023.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Impactos econômicos do corte do programa Casa Verde e Amarela em 2021**. Disponível em <<https://cbic.org.br/estudo-revela-impactos-economicos-dos-cortes-no-casa-verde-e-amarela/>>. Acesso em 24 de julho de 2023.

FARIA, José Eduardo (Org). **Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FORRESTER, Viviane. **O horror econômico**. Tradução de Álvaro Lorencini. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

ILO (International Labour Organization). Report of the Director-General: Decent Work. Geneva, 1999. Disponível em : <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm>>. Acesso em 10 de out. de 2022.

_____. **Report of the Director-General: Reducing the decent work deficit – a global challenge**. Geneva, 2001. Disponível em: <<http://www.ilo.org/public/english/standards/relm/ilc/ilc89/rep-i-a.htm>>. Acesso em 10 de out. de 2011.

MEILAND, Cristèle. **Le Modèle de Flexicurité face aux défis de la crise du Covid-19**. Paris, 2020. Disponível em <https://www.cairn.info/revue-chronique-internationale-de-l-ires-2020-4-page-59.htm>. Acesso em 20/03/2021.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD) Better Life Index. **Como vai a vida?**. Disponível em: <<https://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/paises/denmark-pt/>>. Acesso em 08 de agosto de 2023.

PILOSIO, Giovanni Paolo. **Limites à flexibilização dos direitos trabalhistas e flexisegurança**. Dissertação de Mestrado. USP, 2014. Disponível em https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-08042016-142432/publico/Giovanni_Paolo_Pilosio_Dissertacao_Final.pdf. Acesso em: 18 abr. 2022.

SOCIEDADE BRASILEIRA PARA A SOLIDARIEDADE (SBS). **Saiba quantas pessoas moram na rua no Brasil em 2022**. Disponível em <<https://sbsrj.org.br/moradores-de-rua-brasil/>>. Acesso em 25 de setembro de 2023.

A PROTEÇÃO DOS DADOS PESSOAIS DOS TRABALHADORES - APLICAÇÃO DA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS COMO FERRAMENTA DE TRABALHO DECENTE

Aya Sugiya

Graduanda da Faculdade de Direito ESEG – Escola Superior de Engenharia e Gestão de São Paulo; Pós-graduada em Tecnologia de Análise e Projetos de Sistemas pela FATEC-SP; Executiva de Contratos de Tecnologia

Resumo:

Vivemos uma era de revolução digital onde o modelo de negócios das empresas está cada vez mais voltado ao tratamento dos dados. A Lei de Proteção de Dados Pessoais já tem um alcance bastante amplo para dar segurança jurídica tanto aos cidadãos quanto para as empresas, contudo essa lei não aborda diretamente o direito do trabalho nem trata das relações trabalhistas. As empresas já possuem prerrogativas para tratar dados pessoais de seus próprios funcionários, desde que legítimos, contudo, a governança de dados é de fundamental importância para que elas definam internamente as políticas que serão utilizadas no uso dos dados pessoais de seus funcionários e promovam a transparência necessária para que o titular dos dados tenha visibilidade de como que essa governança será realizada. Na esfera trabalhista, um vazamento de dados pessoais sensíveis é fator alarmante, pois as consequências poderão ser extremamente danosas aos titulares de dados. A tecnologia é uma aliada imprescindível para que as organizações possam se adequar à Lei Geral de Proteção de Dados, assim como a criação de uma área de proteção de dados que possa garantir que a empresa está em compliance com as políticas definidas, contudo requer um investimento que muitas vezes a empresa não está disposta a empreender. Este trabalho tem por objetivo estudar as relações de trabalho frente à um incidente de vazamento de dados sensíveis de funcionários, o poder do empregador e suas formas de manifestação, além dos direitos constitucionais e fundamentais do trabalhador.

Palavras-chave: Lei Geral de Proteção de Dados; Relações trabalhistas; Vazamento de dados sensíveis; Governança de dados.

Introdução

A Constituição Federal tem com um dos seus fundamentos a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), e por isso considera na lista de garantias do art. 5º, “a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas” (inciso X) e a inviolabilidade do sigilo de dados (inciso XII). Por este motivo, sendo a intimidade e os dados inerentes à personalidade da pessoa enquanto sujeito de direito, é elemento bastante importante para receber a tutela jurídica do Estado.

Os direitos da personalidade são todos aqueles relacionados ao indivíduo, englobando seu corpo, sua imagem, seu nome, e todos os aspectos que caracterizam sua identidade. No Brasil, os direitos da personalidade estão previstos em capítulo próprio do Código Civil, do artigo 11 ao 21, mas vale destacar que tais disposições não são taxativas, também havendo proteção legal a esses direitos no texto constitucional.

De modo geral, a doutrina jurídica classifica os direitos da personalidade em três grandes grupos: Direitos inerentes à integridade física (abrangendo o corpo e os aspectos físicos do indivíduo); Direitos inerentes à integridade moral (a intimidade e a honra) e Direitos inerentes à integridade psíquica - são direitos da personalidade que englobam não somente as informações e dados pessoais do indivíduo, como também a sua segurança, o seu lar, suas finanças e correspondências, enfim, tudo aquilo que caracteriza sua vida privada; a proteção às informações pessoais das pessoas ganhou uma nova vertente com o advento da Lei Geral de Proteção de Dados (lei 13.709/2018).

Os direitos da personalidade possuem uma característica “elástica”, especialmente diante do gigantesco volume de dados produzidos pela atual sociedade da informação. Nesse sentido, os direitos da personalidade não se limitam ao rol de situações previstas nos artigos 11 a 21 do CC, abrindo caminho para reconhecimento da proteção dos dados pessoais também como um direito da personalidade.

É mister ressaltar que ao falar de direito da personalidade, estamos por discutir sobre a proteção jurídica utilizada para a satisfação do desenvolvimento da pessoa e não à personalidade jurídica da pessoa. Neste caso, os bens da personalidade são extrapatrimoniais e, portanto, tratam de bens que promovem a pessoa humana e não seus bens econômicos.

O direito a privacidade de dados do trabalhador

O surgimento de novas tecnologias fez com que toda a estrutura da sociedade mudasse; surgiu o conceito da sociedade da informação, baseada numa transformação iniciada há várias décadas, mas que ganhou velocidade somente no final do século passado e que gerou mudanças nas formas de produção, economia e organização do trabalho. Nessa nova sociedade, os dados pessoais surgem como um valioso produto, cobiçado pelo mercado, assim como uma pedra preciosa cobiçada pelos garimpeiros.

Nessa nova sociedade da informação, a internet surgiu como ferramenta que impulsionou a mudança de muitos serviços e fez com que as pessoas pudessem aproveitar melhor seu tempo. Hoje em dia, muitos trabalhadores, principalmente os de trabalho intelectual, já praticam o trabalho remoto e conseguem atuar profissionalmente sem sair de suas casas, fazendo melhor uso do tempo de deslocamento em comparação com o tempo em que tinham que fazer o trabalho presencialmente; houve também o surgimento dos serviços bancários virtuais e muitas das necessidades que antigamente dependiam a presença física na fila de um banco agora podem ser resolvidas num simples acesso ao home banking; até mesmo uma consulta médica agora pode ser realizada no formato virtual através de uma videoconferência.

O empregador passa a controlar o comportamento remoto dos seus empregados, seus interesses pessoais, a utilização da internet para questões pessoais e até mesmo conteúdo de e-mails, tudo isso apoiado muitas vezes de um disfarce de monitoramento da produtividade de cada trabalhador, da competitividade no mercado e até mesmo da segurança organizacional. Muitas vezes, o empregador armazena dados tão detalhados sobre tudo que o empregado fez durante seu expediente de trabalho, chegando ao nível de se ter o registro de todo o histórico de quais sites visitou, quando, quanto tempo ficou, onde clicou e até mesmo o armazenamento de todas as conversas realizadas em aplicativos de mensagens, interceptando ilícitamente até comunicações privadas. O controle eletrônico pode se tornar extremamente intrusivo na medida em que as pessoas utilizam este meio como uma forma de obter informação, muitas vezes de caráter extremamente pessoal, podendo o empregador conhecer muitas características pessoais que em nada contribuem para a análise da aptidão ou produtividade do trabalhador na função em que está.

Com as novas tecnologias, surge um aumento expressivo da capacidade de armazenamento de informações, permitindo ao empregador um tratamento de dados pessoais do trabalhador de forma ilimitada e indiscriminada. Tecnologias como o Big Data e a Inteligência Artificial já oferecem possibilidades de reunir um conjunto de dados das pessoas que isoladamente nada representam, mas que organizados de forma sistemática e cruzada, permitem a apresentação de uma informação detalhada sobre o perfil de cada pessoa, além de controles de comportamentos individuais e coletivos.

Com a obrigação de garantir a segurança do seu ambiente computacional, muitas empresas adotam soluções de monitoramento e detecção de análise de tráfego de rede, identificação e análise de endpoints, antivírus e antimalware, filtragem de e-mails e controles de acesso. Através de alguns softwares de segurança, associados com as análises de dados baseadas em Inteligência artificial, as empresas conseguem analisar as ameaças de segurança, mas também realizar análises de comportamento que acabam por registrar, além das ameaças à possíveis incidentes de segurança, dados de registros, eventos e outras informações de seus funcionários.

A transformação digital trouxe inúmeras vantagens para as empresas, contudo trouxe também riscos associados aos direitos fundamentais dos trabalhadores, em especial o direito à privacidade. O controle dos trabalhadores à distância torna o empregador cada vez mais intrusivo, afetando cada vez mais esse direito fundamental de qualquer cidadão.

O princípio da transparência precisa ser utilizado nas relações trabalhistas. Os trabalhadores precisam ser informados de como, quando e de que forma seus dados são armazenados e por quanto tempo. Pode o empregador fundamentar que esse controle está relacionado com a propriedade, a segurança, a rentabilidade, a produtividade da empresa e a responsabilidade do empregador por fatos cometidos por seus trabalhadores, o que pode ser até legítimo, contudo há de se colocar os direitos dos trabalhadores que pretendem preservar seus direitos fundamentais, principalmente o direito à privacidade no próprio local de trabalho na medida que a Internet é um espaço de comunicação no seu sentido amplo, englobando a informação, constituindo ainda e principalmente um espaço de trabalho.

Maria Regina Redinha e Maria Raquel Guimarães, defendem que na atualidade “o motor de crescimento econômico é a informação” [REDINHA e GUIMARÃES, 2003, P. 647 e 648]. Com a expansão da vigilância digital e do poder que ela traz para o detentor desse poder, a pessoa passa a contar não pelo que ela realmente é, mas pela informação que a define.

A capacidade de coleta, armazenamento e tratamento de dados pessoais possibilitada pelas novas tecnologias envolve graves perigos que exigem soluções de proteção altamente eficazes para a proteção dos dados das pessoas e suas privacidades. O descontrole do tratamento dos dados ou a falta de um controle de segurança eficaz, acarreta riscos e vulnerabilidades extremamente graves para a privacidade das pessoas.

A “Teoria dos Círculos Concêntricos da Personalidade” ou “Teoria das esferas”, subdivide a vida privada em Esfera Privada como a mais ampla, a Esfera íntima e dentro dela a Esfera secreta. José Afonso da Silva, relaciona o segredo da vida privada como condição de expansão da personalidade ligada à liberdade da vida privada, cujo desenvolvimento deve ocorrer sem a exposição para terceiros – contra a privacidade podem colidir em geral duas espécies de atentados, contra os quais se põe o direito à privacidade: “a *divulgação*, ou seja, o fato de levar ao conhecimento do público, ou a pelo menos de um número indeterminado de pessoas, os eventos relevantes da vida pessoal e familiar; a *investigação*, isto é, a pesquisa de acontecimentos referentes à vida pessoal e familiar; envolve-se aí também a proteção contra a conservação de documento relativo à pessoa, quanto tenha sido obtido por meios lícitos.” [SILVA, 2011, p.208]. O autor ressalta o fato hoje notório que o segredo da vida privada é cada vez mais ameaçado por investigações e divulgações ilegítimas por registros de imagem, sons e dados.

Na Modernidade, Thomas Hobbes, no *Leviatã*, assume como função principal do Estado a tutela da segurança, partindo de uma antropologia pes-

simista e de uma ideia de estado de natureza como fonte de todos os perigos. A segurança aparece, pois, como uma tarefa essencial do Estado. Recentemente foi promulgada a Emenda Constitucional 115/2022 que acrescentou o inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição para assegurar “nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”

A LGPD e a proteção trabalhista

A Lei nº 13.709/2018, Lei Geral de Proteção de dados Pessoais (LGPD), dispõe sobre o tratamento de dados pessoais realizados no território nacional, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais da liberdade e de privacidade.

Como explica Patricia Peck Pinheiro,

A LGPD surge com o intuito de proteger direitos fundamentais como privacidade, honra, direito de imagem e dignidade. Pode-se pontuar também que a necessidade de leis específicas para a proteção dos dados pessoais aumentou com o rápido desenvolvimento e a expansão da tecnologia no mundo, como resultado dos desdobramentos da geolocalização, que trouxe como uma de suas consequências o aumento da importância da informação. Isso quer dizer que a informação passou a ser um ativo de alta relevância para governantes e empresários: quem tem acesso aos dados, tem acesso ao poder. [...] Assim como o GDPR – lei europeia que trata do assunto, a LGPD advém da evolução e expansão dos direitos humanos e resulta da atualização/adaptação de documentos internacionais de proteção aos direitos humanos. [PINHEIRO, 2021, p. 92].

Nos termos do artigo 5º, da LGPD, dado pessoal é toda informação relacionada a pessoa natural, identificada ou identificável, enquanto os dados sensíveis são aqueles relacionados a características da personalidade do indivíduo e suas escolhas pessoais tais como origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou organização de caráter religioso, referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, entre outros. Ademais, também podemos considerar como dados pessoais as correspondências eletrônicas, capturas das imagens no local de trabalho, fotos de identificação pessoal, folhas de ponto, dados biométricos, registros de chamadas por videoconferência e dados dos familiares.

Além da observância ao princípio da boa-fé, a LGPD considera alguns outros princípios que devem ser respeitados durante o tratamento de dados pessoais, entre eles estão as medidas técnicas e administrativas para proteção desses dados e a prestação de contas pelo agente, pelas medidas tomadas capazes de comprovar a proteção dos dados pessoais. Apesar de não haver citação expressa da responsabilidade do empregador pelos dados pessoais dos funcionários, não há dúvidas que toda a responsabilidade de armazenamento dos dados pessoais dos funcionários é de responsabilidade do empregador,

desde o recrutamento até o encerramento do contrato de trabalho; a partir do momento que o Departamento de Recursos Humanos começa a coletar as informações pessoais necessárias para início das relações de trabalho, qualquer acesso ou tratamento indevido a esses dados imputam em responsabilidade civil ao empregador, dada a relação jurídica que se formou. O Prof. Emílio Betti esclarece que

A relação jurídica, no campo do direito privado, pode caracterizar-se, precisamente, como uma relação que o direito objetivo estabelece entre uma pessoa e outra pessoa, na medida em que confere a uma um poder e impõe à outra um vínculo correspondente. Ao mesmo tempo que se diferencia numa grande variedade de tipos, ela constitui a espécie saliente, e mais completamente desenvolvida, do gênero “situação jurídica”, entendida esta expressão no seu significado mais lato e exprime, com a bilateralidade que lhe é própria, a correlação necessária que ocorre entre poder e vínculo entre posição ativa e posição passiva. [BETTI, 1969, p. 26]

Diante disso, as empresas devem se atentar às novas determinações da LGPD, em especial sobre as determinações relacionadas ao tratamento dos dados pessoais que somente poderá ser realizado mediante consentimento do titular e, caso a empresa possua esse consentimento e necessite comunicar ou compartilhar os dados com outros colaboradores, também deverá obter consentimento específico (art. 7º, inciso I); o consentimento deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação do titular, em sendo por escrito, deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais (art. 8º); as empresas que contratam menores aprendizes também devem tratar dos dados apenas com consentimento específico fornecido por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal, o qual contenha todas as informações sobre o tratamento dos dados (art. 14º); quando do encerramento do contrato de trabalho, esses dados coletados e armazenados devem ser eliminados, sendo autorizado o armazenamento com a finalidade de cumprimento de obrigação legal ou regulatória, ou seja, pelos prazos prescricionais legais e os dados da seleção da fase pré-contratual, salvo consentimento específico do candidato, caso ele não seja contratado, devem ser eliminados (art. 15 e 16); a indicação de quem é o encarregado pelo tratamento de dados pessoais, cuja identidade e informações de contato devem ser divulgadas publicamente (art. 41) e, adoção de medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito dos dados dos empregados.

Os desafios da tecnologia na proteção de dados dos funcionários

Desde 2020, algumas vulnerabilidades de segurança cibernética nas empresas, que aumentaram significativamente o volume de incidentes de segu-

rança de dados, com grandes danos às empresas e aos usuários dos ambientes computacionais, deixou ainda mais claro que há uma grande dependência destes ambientes e que investimentos devem ser realizados para proteger as empresas e os dados nela contidos.

Em 2021 foi noticiada a maior violação de dados já conhecida, com a abertura de informações sobre 3,2 bilhões de endereços de e-mails e senhas das contas do Netflix, LinkedIn, Exploit.in, Bitcoin, Gmail, Hotmail e Yahoo. Na mesma época, 533 milhões de usuários do Facebook tiveram seus dados pessoais expostos enquanto no Brasil, ainda em 2021, os jornais revelaram um vazamento com informações de 223 milhões de CPFs, 40 milhões de CNPJs e 104 milhões de registros de veículos.

Dentro de uma organização empresarial, um incidente de ataque cibernético com violação de dados das empresas pode, além de gerar significativo impacto financeiro e reputacional para a organização, poderá ferir a dignidade do trabalhador e gerar danos inimagináveis caso seus dados pessoais cheguem às mãos de criminosos que comercializem esses dados ou façam uso destes para, por exemplo, realizar transações comerciais ilícitas em nome de trabalhadores cujos dados foram acessados. Numa sociedade desigual, a assimetria de poderes inerente às relações de trabalho se mostra ainda mais evidente à proporção de que o poder empresarial tem o acesso e administração dos dados sensíveis dos trabalhadores enquanto estes titulares estão muitas vezes em contextos de exclusão digital.

O Identity Theft Reserch Center informou que no último trimestre de 2021, o número de violações de dados já havia ultrapassado o número do ano de 2020 inteiro; a Cybersecurity Ventures publicou que os ataques de ransomware podem ter chegado à cerca de US\$ 20 bilhões em perdas corporativas globais em 2021. Com essas informações, é sabido que grandes empresas relatam ataques hackers, expondo dados inclusive de funcionários. “Para agravar o cenário, mais da metade das organizações no mundo não realizou nenhuma ação que promovesse um impacto mais duradouro na gestão de riscos de terceiros.” [PricewaterhouseCoopers, Global Digital Trust Insights Survey 2022].

A LGPD exige que as empresas devam ter processos e controles claros sobre o a coleta, armazenamento e tratamento de dados, contudo existe falta de um mapeamento claro do fluxo de informação e principalmente os seus pontos de vulnerabilidade. Para se evitar advertências e multas que podem ser de até 2% do faturamento no último ano, além das penalidades judiciais de um terceiro impactado, há necessidade de estruturação de uma equipe de TI além da constituição de um definir um controlador de dados (o Data Protection Officer – DPO), profissional com conhecimentos técnicos e jurídicos, para garantir que a LGPD esteja sendo cumprida e seja a interface de comunicação com a ANPD (Agência Nacional de Proteção de Dados).

As responsabilidades de uma equipe de TI são muitas e a TI acaba sendo a responsável por diagnosticar, modelar, montar o plano de segurança, in-

fluenciar a alta gestão para que os investimentos necessários sejam realizados, implementar as mudanças necessárias, promover a melhoria contínua, auditar constantemente o ambiente e muitas vezes mudar a cultura de segurança de toda uma organização.

Com tantas necessidades dentro de uma equipe de TI, é necessário que haja investimento em recursos e ferramentas para que as demandas sejam atendidas. Muitos projetos, poucos integrantes dentro da equipe, várias tarefas simultâneas e a grande pressão para cumprir prazos faz com que o setor de TI fique no epicentro das transformações e com isso deixou de ser apenas uma equipe operacional para se tornar mais estratégico dentro das organizações.

A Brasscom, Associação das Empresas de Tecnologia da Informação e Comunicação e de Tecnologias Digitais, lançou em março de 2022 o relatório setorial de Segurança Cibernética e da Informação em que mostra que apenas no setor de TI, nos próximos três anos, os investimentos em segurança cibernética e de informação deverão ficar em R\$ 46,7 bilhões, com crescimento de 10% ao ano, o que exigirá atenção em três pilares fundamentais: processos, tecnologia e pessoas. No mesmo relatório, a criação e manutenção do processo de gerenciamento de risco é imposição de uma boa governança, até como requisito obrigatório da LGPD.

O cumprimento das boas-práticas de segurança cibernética pelas empresas

Embora seja de conhecimento comum que investimentos em segurança precisam ser feitos tanto em ferramentas como em recursos humanos (área técnica e área de governança), muitas empresas acabam por subestimar tais investimentos e correr o risco de um possível ataque cibernético.

É necessário que as empresas possuam regras claras e práticas realmente executadas sobre todas as normas que fazem parte dos fluxos de informação. É preciso que o foco seja realmente na estratégia de uma real privacidade e não criação de uma possível conformidade para aparentemente demonstrar estar dentro da Lei e não de fato tratar realmente a questão da privacidade de seus funcionários.

A LGPD em seu art. 42, determina que os responsáveis pelos danos ficarão obrigados a indenizar o titular dos dados, contudo um vazamento de dados sensíveis de funcionários pode gerar danos impensáveis a esses funcionários e muitas vezes apoiados pelas normas sobre responsabilidade civil, que pedem pela demonstração de provas para acontecer a indenização, as empresas preferem muitas vezes poupar os investimentos em segurança e assumir possíveis riscos de vazamento de dados.

A alta gestão da empresa precisar conhecer a LGPD e as ações necessárias contra possíveis incidentes de vazamento de dados e a TI precisa poder contar com a alta gestão para conseguir os investimentos necessários e o apoio na construção de uma governança de dados que consiga perpetrar em

todas as áreas da organização.

Considerações finais

O não cumprimento das boas práticas de segurança, principalmente nos casos de corporações que possuem recursos financeiros para tal e não o fazem visando por aumento de lucros, deixa cada vez mais em desvantagem a balança entre empregado e empregador.

Em um incidente de vazamento de dados sensíveis de funcionários, comumente realizado por ransomware, pode-se gerar uma violação da intimidade de funcionários tendo por exemplo uma divulgação na deep web de nome, foto, salários, fichas de avaliação, registros de advertências, e até mesmo avaliações de reprovação e currículos de candidatos por equipes de recrutamento. Num incidente deste tipo, será muito difícil um trabalhador conseguir demonstrar provas de que foi em função de um incidente de segurança na empresa que trabalha que seus dados estão circulando na deep web ou servindo para fraudadores criarem contas falsas para atos ilícitos.

Ainda há dúvida se a jurisprudência no Brasil já entende que ter os dados vazados já basta para indicar o dano ao titular ou se o vazamento por si só não é capaz de gerar presunção de dano moral sendo necessário evidenciação. Fato é que, apesar das evoluções e conquistas já apresentadas pela LGPD no Brasil, ainda há que se observar sobre o prisma do direito do trabalho os danos que podem ser ocasionados.

A escolha das organizações pela não implementação ou pelo adiamento dessas devido à outras questões organizacionais, acaba por conflitar com alguns princípios da LGPD, principalmente no que tange aos princípios da segurança, da prevenção e da responsabilidade e prestação de contas. Diante disso, as empresas estão por buscar adquirir processos de governança de dados, estruturados, com procedimentos e práticas que formalmente existem, mas que na realidade nunca foram praticadas. Busca com isso evitar uma possível penalidade pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) num possível incidente. Acabam buscando ações eticamente incorretas e socialmente irresponsáveis a fim de se proteger de possíveis penalidades e esses aspectos não podem ser desconsiderados numa possível ação de reparação de danos.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BETTI, Prof. Emílio, Teoria Geral do Negócio Jurídico, Coleção Coimbra Editora, Coimbra, 1969.

BIONI, Bruno R. Proteção de Dados Pessoais - A Função e os Limites do Consentimento, (3rd edição). Grupo GEN, 2021.

- DONEDA, Danilo. Da privacidade à proteção de dados pessoais. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- FACHIN, Luiz Edson; PIANOVSKI, Carlos Eduardo. A dignidade da pessoa humana no direito contemporâneo: uma contribuição à crítica da raiz dogmática do neopositivismo constitucionalista. Revista trimestral de direito civil: RTDC, v. 9, n. 35, jul./set. 2008.
- FRANÇA, Rubens Limongi. Manual de Direito Civil, vol. I. 3 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1975.
- MAGRO, Américo Ribeiro e ANDRADE, Landolfo. Manual de Direito Digital, Editora Jus Podivm, 2. Ed. São Paulo, 2022.
- MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. Estudos de Direito do Trabalho, Editora Almedina, 2016.
- MOREIRA, Tereza Alexandra Coelho. Estudos de Direito do Trabalho – Volume II, Editora Almedina, 2016.
- PINHEIRO, Patrícia Peck. Proteção de Dados Pessoais: Comentários à Lei N. 13.709/2018 (LGPD). São Paulo: Saraiva, 2021.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de direito privado. T - I. Campinas: Bookseller, 1999.
- PRINCEWATERHOUSECOOPERS, Global Digital Trust Insights Survey 2022.
- REDINHA, Maria Regina e GUIMARÃES, Maria Raquel. O uso do correio eletrônico no local de trabalho – algumas reflexões, *in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Jorge Ribeiro de Faria*, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. Malheiros. São Paulo, 2011.

***FLEXICURITY* – EFEITOS TRIBUTÁRIOS E ORÇAMENTÁRIOS – UMA BREVE VISÃO A PARTIR DA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA**

Carlos Henrique Crosara Delgado

Advogado em São Paulo - Brasil, formado em direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, especialista em direito tributário pela mesma instituição e mestre em direito tributário pela Universidade de São Paulo

Resumo:

O presente artigo tem por finalidade, de início, estudar sucintamente os principais aspectos do *flexicurity* (flexissegurança) no direito do trabalho comparado e, em seguida, contextualizá-lo no ordenamento jurídico pátrio, de modo a examinar a forma pela qual ele foi implementado no Brasil, isto é, averiguar se realmente promove flexibilidade na contratação/demissão de postos de trabalho, nas obrigações trabalhistas e se, ao mesmo tempo, imprime a propalada segurança e rapidez na recolocação dos empregados no mercado de trabalho, para combater o desemprego e a informalidade. Feito esse estudo preliminar, o passo seguinte será identificar os principais tributos que gravitam em torno desse fenômeno e suas particularidades. Na sequência, far-se-á o exame dos efeitos do *flexicurity* na carga tributária das pessoas jurídicas (especialmente no imposto sindical, na tributação da renda e das contribuições previdenciárias sobre a folha de salários) e no orçamento público federal (arrecadação tributária), de modo a verificar consequências positivas e/ou negativas, bem como sugerir alternativas de aperfeiçoamento, quando possível.

Palavras-chave: *Flexicurity*; Efeitos tributários; Efeitos orçamentários.

Introdução

De um modo singelo, dá-se o nome de *flexicurity* ou flexissegurança ao instituto de direito do trabalho que visa, como a própria nomenclatura sugere, ao mesmo tempo atribuir maior *flexibilidade* ao empregador em relação ao preenchimento do conteúdo material dos direitos trabalhistas dos seus empregados (aqui incluídas a contratação e a demissão desses) e, contrapartida, garantir-lhes uma rápida e compatível recolocação do mercado de trabalho, de modo a mitigar os riscos de aumento do desemprego e da economia

informal¹.

Trata-se de instituto criado em meados dos anos 1.990, provavelmente na Dinamarca, como afirma parte considerável dos autores que estudaram o assunto mais detidamente. Naquele tempo, o país visava se tornar mais competitivo economicamente ao redor do mundo e aumentar suas taxas de emprego², de modo que fazia sentido, no entendimento da época, reduzir alguns direitos trabalhistas (e.g. indenizações rescisórias pesadas), já que naquele cenário o acesso à reciclagem profissional era amplo, o que garantia o contínuo aprimoramento técnico dos empregados e, conseqüentemente, fortalecia a empregabilidade.

Outros países, pegando esse embalo, vivenciaram situação semelhante à da Dinamarca e optaram por flexibilizar alguns direitos. Vale aqui destacar o caso da Holanda, antes marcada por uma forte rigidez quanto à vigência de normas trabalhistas, em especial na demissão sem justa causa, que migrou para um regime mais maleável que, na visão de Ton Wilthagen, seria baseado num *trade-off* (escolha) entre formas de flexibilização (sobretudo na demissão) e segurança de grupos de empregados mais fracos e vulneráveis, garantindo-lhes maior empregabilidade por meio de agências de trabalho temporário, por exemplo³.

Já o modelo norte-americano de *flexicurity* é, de certo modo, similar ao dinamarquês, no ponto que permite maior facilidade na contratação e na demissão de empregados, o que era esperado dentro de um modelo econômico mais liberal, no entanto, há mecanismos de proteção social do governo, como o seguro-desemprego e a chamada Assistência Federal de Ajuste Comercial (tradução livre de *Federal Trade Adjustment Assistance*), que combinam treinamento aos desempregados e alguns benefícios contra o desemprego⁴.

No caso do Japão, ao enfrentar crises, esse país migrou de um modelo de trabalho vitalício para outro embasado em contratos temporários de serviços. Os benefícios lá pagos aos desempregados são custeados pelos empregadores em conjunto com o governo, o que pode levar a um colapso no médio e no longo prazos⁵.

1 Conforme DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Flexissegurança nas Relações de Trabalho. Que bicho é esse?”. In Revista Trabalhista: Direito e Processo, ano 7, N°. 25, LTr. 2008.

2 PILOSIO, Giovanni Paolo. Limites à flexibilização dos direitos trabalhistas e flexissegurança. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2015, Pág. 08. doi:10.11606/D.2.2016.tde-08042016-142432. Acesso em: 11/11/2022.

3 WITTHAGEN, Ton. “The Concept of ‘Flexicurity’: A new approach to regulating employment and labour markets.” In: European Review of Labour and Research, Vol. 10, n. 2, 2004, P. 176.

4 ILSOE, Anna. The Danish Flexicurity Model-a Lesson for the US? Flexicurity and the Lisbon Agenda (pp.65-104) Publisher: Intersentia Editors: Frank Hendrickx. P. 19-22. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228797315_The_Danish_Flexicurity_Model-a_Lesson_for_the_US. Acesso em 10/11/2022.

5 BREDGAARD, Thomas; LARSEN, Flemming. Comparing Flexicurity in Denmark and Japan. Disponível em https://vbn.aau.dk/ws/portalfiles/portal/8320939/JILPT_re

A uma primeira análise, parece tal instituto tratar de algo paradoxal, pois visa facilitar a contratação e, sobretudo, a demissão de empregados, com menor ônus aos empregadores e, ao mesmo tempo, manter intacta a empregabilidade⁶, o que é difícil de imaginar, sobretudo quando se considera uma situação de crise econômica, na qual as curvas de oferta e demanda de produtos e serviços, em geral, diminuem, o que dificulta uma absorção maior de mão de obra ociosa. É importante destacar que o *flexicurity* – originariamente - surgiu para desatolar o mercado, buscando maior *lucratividade* e *competitividade* para as empresas, facilitando a demissão de funcionários em troca de empregabilidade, amenizando custosas indenizações rescisórias, o que se torna um verdadeiro problema em cenários de crise e escassez financeira.

Fato é que o *flexicurity* encontra simpatizantes e críticos ao redor do mundo. No primeiro caso, esse fenômeno é visto com bons olhos pelos empresários e pelos governos europeus⁷, pois eles entendem que, para que haja empregabilidade possível, é necessário primeiramente que as empresas possuam boa saúde financeira para garantir competitividade e crescimento, daí, pois, a necessidade de contenção de despesas trabalhistas. Ou seja, por esse prisma, a preocupação maior é a de manter a *lucratividade* das empresas para assegurar um índice minimamente aceitável de empregabilidade, mesmo que, para tanto, alguns direitos trabalhistas sejam sacrificados. Em outras palavras: de nada adianta abrir um extenso leque de garantias e direitos irrenunciáveis aos empregados se a economia não permitir aos empregadores suportá-los. Tal excesso levaria, irremediavelmente, à demissão, à informalidade e ao subemprego.

Já no segundo caso, do lado dos empregados, muitos autores veem o *flexicurity* como verdadeira *precarização* de seus direitos sociais e trabalhistas, ao mesmo tempo que não garante uma rápida ou imediata recolocação no mercado de trabalho, pelo contrário: acaba aumentando os níveis de desemprego e informalidade e, como se não bastasse, viola o conceito de *trabalho decente*, conforme defende Giovanni Paolo Pilosio⁸. Por esse ângulo de análise, a preocupação maior é a de preservar os mencionados direitos para a garantia do mínimo existencial digno dos empregados, o elo mais fraco da relação laboral, ainda que isso sacrifique, em parte, a rentabilidade das empresas.

É importante destacar que a *flexicurity*, apesar de haver ampla controvérsia doutrinária a respeito de sua eficácia, disseminou-se em algumas partes do mundo, sobretudo em épocas de crise, mas não há uma *equação matemática universal* que consiga, em todos os países, harmonizar os interesses contrapostos, fixando um grau aceitável de flexibilização de direitos sociais e trabalhistas,

port-final_1_.pdf. Acesso em 11/11/2022.

6 REZENDE, Matheus Ribeiro. Revisitando a flexisegurança. In Revista trabalhista: direito e processo – Ano 1, v. 1, n.1, Rio de Janeiro, Forense, jan/mar 2002, p. 203.

7 COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Growth, competitiveness, employment. The challenges and ways forward into the 21st century. Bulletin of the European Communities. Supplement 6/93, 1996, Pág. 10.

8 Obra citada, pág. 39.

já que as realidades econômicas e sociais, bem como outros fatores, como os culturais, variam substancialmente de lugar para lugar.

Portanto, esse tema deve ser estudado no caso a caso, para mensurar até que ponto se pode ou não “calibrar” os interesses dos empregadores e empregados, de modo a atingir um desejável equilíbrio, com o mínimo sacrifício de direitos fundamentais para ambas as partes.

Flexicurity e a experiência brasileira

Antes de 1.943, o ordenamento jurídico brasileiro era pobre em matéria de tutela dos direitos trabalhistas, havendo apenas alguns previstos em legislação esparsa⁹. A codificação do direito do trabalho no Brasil e a sua elevação a um ramo autônomo do direito, objeto de particular estudo científico, se deu principalmente no tempo de Getúlio Vargas, com a edição do Decreto-lei n.º. 5.452/43, que introduziu a chamada Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, inspirada na *Carta del Lavoro* italiana, sob a égide do governo de Benito Mussolini.

Tendo em vista esse passado incipiente em matéria trabalhista, para preencher essa lacuna, a CLT girou 180° e trouxe entre nós um modelo sistematizado *rígido e protecionista* aos empregados brasileiros, refletindo a visão positivista e antiliberal de Getúlio Vargas¹⁰, garantindo-lhes direitos irrenunciáveis e insuscetíveis de afastamento ou redução por convenção entre as partes, que foram ampliados ao longo do tempo por diversas leis posteriores, tais como salário-mínimo, aviso-prévio, 13º salário, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, férias acrescidas de 1/3, horas extras, adicionais noturno, de periculosidade e de insalubridade, licenças maternidade e paternidade etc.

Àquele tempo, o legislador, com a missão maior de juridicamente proteger os empregados, não considerou que tais direitos e encargos trabalhistas pesariam sobremodo nas empresas, impactando diretamente na carga tributária incidente sobre a folha-de-salários, em particular na da contribuição previdenciária patronal e, ato reflexo, na *lucratividade*. Grosso modo, os direitos e encargos trabalhistas e previdenciários dobram as folhas-de-salários, onerando consideravelmente as empresas.

Some-se a isso que o descumprimento desses direitos por parte dos empregadores não passa despercebido nem por pequeno espaço de tempo, pois havia e ainda há, no Brasil, além de um Ministério Público do Trabalho atuando

9 Antes da CLT, vigiam no Brasil, ilustrativamente, a Lei n.º. 4.682/23 (Lei Eloy Chaves) fixando aposentadorias, pensões e estabilidade de emprego para trabalhadores ferroviários que completassem dez anos de trabalho; a Lei n.º. 4.982/25, que tratou do direito às férias; Decreto n.º. 17.934/27, que dispôs sobre o trabalho de menores etc.

10 BIAVASCHI, Magda Barros. O Direito do Trabalho no Brasil – 1930/1942: A construção do sujeito de direitos trabalhistas. Tese de doutoramento em economia submetida à Universidade Estadual de Campinas, 2005, Pág. 120. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/media/431607/ODireitodoTrabalhonoBrasil19401942.pdf>. Acesso em 11/11/2012.

te, uma Justiça do Trabalho especializada que, na prática, ainda tem viés mais voltado à proteção dos direitos dos empregados (*in dubium pro misero*), bem como milhares de sindicatos com forte poder de negociação coletiva.

Ocorre que, passadas várias décadas, o Brasil se distanciou consideravelmente daquele longínquo cenário de 1.943, passando de país quase que agrário e industrialmente em formação a um emergente e em franco desenvolvimento, figurando hoje dentre as maiores economias mundiais, importando e exportando capitais e mão-de-obra ao redor do globo.

Diante dessa nova realidade que vem se construindo ao longo do tempo, há anos o modelo celetista vem sendo criticado, sobretudo pelo mercado, ao argumento de que ele contribui para prejudicar a competitividade das empresas no exterior e promove um engessamento no capital de giro, tirando-lhes o necessário fôlego para novos investimentos, aumentando-lhes a dependência junto aos bancos e ao capital externo, além de representar-lhes ônus considerável, sendo que suportá-lo especialmente em tempos de crise torna-se um verdadeiro martírio. Daí, pois, a necessidade de sua “modernização”¹¹.

Dentro desse contexto, sem prejuízo de outras medidas legais anteriores, no governo de Michel Temer foram apresentadas reformas trabalhistas consideráveis no Brasil; a *primeira*, veio através da Medida Provisória n.º 808/2017, que vigeu até 24/04/2018 e a segunda, por meio da Lei n.º 13.467/2017, atualmente em vigor. Essas medidas foram implementadas para aliviar o mercado dos efeitos da crise econômica e, em seguida, veio a se inserir durante a pandemia da COVID-19, no começo do ano de 2.020.

De modo resumido, essas reformas trabalhistas implementaram no ordenamento jurídico brasileiro as seguintes alterações: **1** – Extinção da obrigatoriedade da contribuição sindical, passando a ser facultativa; **2** – Acordo extrajudicial de rescisão, sem necessidade de negociação coletiva via sindicato; **3** – Contrato de trabalho intermitente; **4** - Ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem prêmios e abonos deixam de ter natureza salarial e não mais são gravadas pelas contribuições previdenciárias; **5** – Os prêmios passam a se desvincular da natureza salarial se forem pagos por “desempenho extraordinário” dos empregados; **6** – Na participação nos lucros e resultados, os empregados com curso superior e remuneração acima do dobro do teto pago pelo INSS poderão negociar o PLR diretamente com o empregador; **7** – Acordos entre sindicato e empresas prevalecem sobre a lei trabalhista, abrangendo jornada de trabalho, PLR e banco de horas; **8** – Contratos de trabalho temporários ficam ampliados para 180 dias, prorrogáveis por mais 90 dias; **9** – Possibilidade de terceirização da atividade-fim; e **10** – Intervalo intrajornada.

Não há aqui espaço para discutir essas medidas no detalhe, mas, por promoverem sensíveis mudanças e terem sido implementadas a “toque de caixa”, sem grande discussão plurilateral de propostas no âmbito do Poder

11 ABDALA, J. O. N. & LOOS, M. J. (2019). Os impactos da reforma trabalhista para o trabalhador, empresas e sindicatos: Uma análise da lei 13.467/2017. *Journal of Perspectives in Management* – JPM, 3(1), P. 34.

Legislativo e num cenário político conturbado, vêm sendo duramente combatidas por boa parte da doutrina nacional, já pairando sobre elas considerável *contencioso trabalhista* que lhes pleiteia a declaração de inconstitucionalidade, ainda pendente de desate no Poder Judiciário¹².

Diante dessa perspectiva, já se nota um esboço histórico *radical e pendular* em matéria trabalhista no Brasil, sempre cercado de grande litigiosidade. De um cenário de poucos direitos, a partir de 1.943, passou-se a uma maior regulamentação e ao forte protecionismo com a entrada em vigor da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, mas, a partir de 2017, tal cenário foi revisito e sofreu novas e relevantes mudanças, com maior *plasticidade* de direitos e *arrefecimento* da rigidez que outrora lhes envolvia.

No campo doutrinário, muito se critica a reforma trabalhista, essencialmente, por ela ter se preocupado mais com a questão mercadológica, fragilizada pela crise, desaguando, na prática, numa “modernização destrutiva”¹³ com redução de direitos dos empregados, sem positivar normas que buscassem, em compensação, garantir-lhes um padrão mínimo de empregabilidade e uma rápida recolocação, em caso de despedida sem justa causa.

Levando em conta essas peculiaridades, os doutrinadores brasileiros, de um modo geral, têm entendido que as reformas trabalhistas acima citadas não podem ser caracterizadas exatamente como *flexicurity*, pois elas representaram tão somente uma redução de direitos trabalhistas, da dignidade dos empregados¹⁴ e vulneração econômica, de modo a favorecer apenas o empresariado, não havendo, em contrapartida, uma garantia de empregabilidade no mercado de trabalho, como escudo protetor ao desemprego.

Ainda sob esse ponto de vista, vale contextualizar que a maior parte da força de trabalho brasileira é composta por mão-de-obra de baixa qualificação, substituída, em parte, pela *robotização e automatização*, mais baratas, cenário esse que dificulta a recolocação no mercado. Logo, para essas pessoas, esse fenômeno seria aparente *nocivo* e geraria informalidade e subemprego.

No momento mais agudo da crise, o desemprego no Brasil chegou ao seu auge na pandemia da COVID-19, alcançando a cifra de 14,7% no primeiro trimestre de 2021¹⁵, percentual esse que, por outro lado, tem baixado, chegando recentemente a algo em torno de 10,1 milhões de desempregados¹⁶,

12 Exemplificativamente, pode-se citar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADC's n.ºs. 5794, 5806, 5867, 5870 etc., todas em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal.

13 GHIRALDELLI, Reginaldo. (Contra) Reforma Trabalhista: “modernização” destrutiva no Brasil das desigualdades. *Libertas*, v. 19, n. 02, p. 387-407, 2019.

14 OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. BELTRÃO, Rogério Coutinho. Flexicurity e Garantia do Trabalho em Tempos de Crise Econômica: Uma possibilidade jurídica ou uma realidade atual? In: *Revista de Direito do Trabalho Atual e Meio Ambiente do Trabalho*, Maranhão, Vol. 03, n. 2, Jul/Dez. 2017, Pág. 80.

15 Conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-no-trimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.ghtml>. Acesso em 11/11/2022.

16 Conforme levantamento do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 11/11/2022.

no segundo semestre de 2022. Fato é que, mesmo tendo o Brasil superado em grande parte a pandemia da COVID-19 (com índices atuais baixos de mortalidade), ainda existem muitas pessoas desempregadas no país, que dependem de subsídios estatais para sobreviver, tais como o seguro-desemprego e o “Renda Brasil”, este último, medida emergencial que surgiu no governo Bolsonaro.

Muitos empregados que permaneceram nos seus postos de trabalho, tiveram reduções de jornada e/ou acabaram perdendo direitos, no todo ou em parte, tendo de se desdobrar em tantas partes quanto necessárias para buscar novas fontes de renda (por exemplo, com trabalhos temporários e informais, ou então formais com meia jornada); e os que foram demitidos sem recolocação, dependeram ou ainda dependem de subsídios estatais. Suficientemente esclarecido o cenário econômico e o jurídico, produzido pelas reformas trabalhistas, vale agora conferir os seus principais efeitos tributários e orçamentários.

Tributos impactados pela reforma trabalhista – Efeitos na carga tributária

Feito o necessário introito, cabe agora examinar, um a um, os tributos impactados pela reforma trabalhista brasileira, com as estimativas de efeitos sobre as respectivas cargas tributárias.

Contribuição sindical

Antes da reforma trabalhista, a contribuição sindical era de recolhimento *obrigatório* pelos empregadores¹⁷ e empregados¹⁸, conforme previa artigo 578 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho. Com a alteração promovida pela Lei nº. 13.467/2017, passou a ser tal contribuição *facultativa*, o que fez cair muito o seu volume de arrecadação (queda de cerca de 97,5%, de acordo com o Ministério do Trabalho¹⁹).

A impressão que se tem é que essa redução enorme do produto da arrecadação revela que seus contribuintes, sejam os empregadores ou empregados, ou não querem arcar com o ônus financeiro que ela representa, ao argumento de que esse dinheiro pode-lhes fazer falta; ou porque não se sentem fielmente representados pela entidade sindical de sua categoria econômica.

Imposto de Renda da Pessoa Física - IRPF

O fato gerador do imposto de renda, de acordo com o artigo 43, do

17 O *quantum* devido se define mediante aplicação de tabela progressiva de alíquotas sobre o valor do capital social da empresa, conforme artigo 580, III da CLT.

18 O quantum devido equivale à remuneração de um dia de trabalho, qualquer que seja a sua forma, conforme artigo 580, I da CLT.

19 Estudo divulgado em <https://www.poder360.com.br/economia/arrecadacao-com-contribuicao-sindical-cai-975-desde-2017/>. Acesso em 17/11/2022.

Código Tributário Nacional – é o acréscimo patrimonial ou o recebimento de proventos.

No caso dos empregados, a principal fonte de renda que auferem são os *salários* que recebem de seus empregadores, em contrapartida aos serviços prestados. Tais salários, por serem considerados rendimentos, são tributáveis²⁰ em regime de fonte, sendo que os empregados, quando da entrega da declaração de ajuste anual do imposto, podem abater os valores retidos de imposto ao longo do ano do valor reputado devido ao final do exercício.

Tendo em vista que o *flexicurity* é fenômeno que implica, necessariamente, na redução de direitos trabalhistas, dentre os quais a jornada de trabalho e as remunerações dos empregados, tal situação leva a crer, ao menos *a priori*, que a carga tributária desse imposto deverá cair. A mesma redução seria esperada no volume de arrecadação desse imposto aos cofres públicos, no entanto, tal como será visto mais adiante, o que se constatou foi justamente o inverso.

Contribuição previdenciária das empresas

O fato gerador da contribuição previdenciária patronal é a totalidade das *remunerações* pagas aos empregados, em contrapartida às prestações por eles desempenhadas, de acordo com a definição do artigo 22, I da Lei n.º 8.212/91²¹.

Teoricamente, tendo em vista a desvinculação de várias rubricas vistas anteriormente da natureza salarial²², possibilidade de trabalho intermitente, terceirização etc., é de se presumir que o peso das contribuições previdenciárias das empresas reduziu sobre a folha de pagamento.

Some-se a isso que, com a terceirização da atividade-fim, muitos empregados que antes constavam da folha-de-salários, passaram a ser *sócios* de suas próprias empresas, de modo que a maior parte de suas remunerações (dividendos) não são passíveis de tributação pela contribuição previdenciária, porque desatrelados do conceito de remuneração pelo trabalho, restringindo-se a tributação ao *pro labore* recebido pelo sócio prestador de serviços.

20 Conforme artigo 36, I do Decreto n.º 9580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda).

21 “Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de: I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.”

22 Em especial, a ajuda de custo, auxílio-alimentação, diárias para viagem, prêmios e abonos.

Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL)

Tanto o Imposto de Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ), quanto a Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL) no Brasil são tributos que incidem sobre os resultados das empresas, podendo ser apurados mediante as sistemáticas do *lucro real* e *presumido*. Dá-se o nome de *lucro real* à base de cálculo que tem como ponto de partida o *lucro contábil* das empresas, devidamente ajustado de acordo com normas jurídicas tributárias, que preveem ajustes, tais como adições, exclusões e compensações²³.

O lucro contábil é apurado a partir da receita bruta, sendo dela deduzidos todos os custos e despesas operacionais (incluídos os tributos) considerados legalmente como dedutíveis. A CSLL tem como base de cálculo o lucro líquido contábil apurado pelo balanço das empresas, com alguns poucos ajustes previstos na sua legislação própria²⁴.

Já a sistemática do *lucro presumido* parte do faturamento das empresas, fazendo incidir sobre essa grandeza percentuais presumidos de lucratividade²⁵, a partir dos quais se chega à base de cálculo do IRPJ e CSLL, percentuais esses que variam numericamente a depender do segmento da economia em que se encontra determinado contribuinte, não exigindo dele a preparação de muitas obrigações tributárias acessórias, a não ser o livro caixa.

Para as empresas optantes do *lucro real*, tendo em vista que vários direitos trabalhistas deixaram de compor a massa salarial, a qual serve de base de cálculo para as contribuições previdenciárias patronais, o impacto na folha e a carga tributária dessas se tornou menor e, conseqüentemente, os recolhimentos e respectivas deduções sob essa rubrica para a apuração do lucro real tributável foram menores, havendo, portanto, menor impacto na lucratividade e, ato reflexo, aumento da carga tributária do IRPJ e da CSLL.

Já para as empresas optantes do *lucro presumido*, tendo em vista que não são obrigadas a escriturar livros contábeis e como o impacto a menor da tributação sobre a folha de pagamento é indiferente na apuração das bases de cálculo do IRPJ e da CSLL, o efeito dela será sentido apenas no fluxo de caixa.

Efeitos da reforma trabalhista na arrecadação tributária federal

Cabe esclarecer, inicialmente, que não foi encontrado nenhum estudo que tenha mensurado os efeitos específicos da reforma trabalhista na arrecadação tributária federal. Por essa razão, infelizmente, não será possível falar muito a esse respeito. Tem-se apenas uma avaliação da carga tributária geral,

23 Conforme artigo 258, do Decreto n.º 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda).

24 Conforme artigo 2º, da Lei n.º 7.689/88.

25 Conforme artigos 587 e 592, do Decreto n.º 9.580/2018 (Regulamento do Imposto de Renda).

como um todo que, de 2017 para cá, vem crescendo de modo linear²⁶.

No tocante à arrecadação previdenciária (INSS), o dado mais recente encontrado da Receita Federal do Brasil é de julho de 2022, sendo que, até essa data, foram arrecadados R\$ 44,444 bilhões, com um aumento de 3,65%, se comparado com julho de 2021. A explicação é que houve aumento real de 10,59% da massa salarial e o pagamento do SIMPLES NACIONAL (metodologia de recolhimento simplificada de tributos para micro e pequenas empresas) de abril a junho²⁷.

De notar que, teoricamente, era esperada uma redução da massa salarial por conta da reforma trabalhista, no entanto, o efeito foi inverso graças à melhora da economia brasileira, por conta da redução da mortalidade da pandemia do COVID-19 e a redução dos níveis de desemprego e informalidade, o que contribuíram para o aumento da base de arrecadação.

Já no que concerne ao Imposto de Renda da Pessoa Física - IRPF, os rendimentos de trabalho arrecadaram R\$ 13,229 bilhões (crescimento real de 5,66%), a situação é semelhante, cujo resultado que se deve a fatores como o acréscimo real de 8,65% na arrecadação do item Rendimentos do Trabalho Assalariado; aos decréscimos de 9,45% registrados no item Aposentadoria do Regime Geral ou do Servidor Público; e de 62,65% no item Participação nos Lucros ou Resultados²⁸. Ou seja, esse incremento de arrecadação segue a melhora da economia.

Já o IRPJ e a CSLL arrecadaram R\$ 53,152 bilhões (crescimento real de 17,48%), graças aos acréscimos reais de 10,86% na arrecadação da estimativa mensal; de 52,14% na arrecadação do balanço trimestral; e de 15,63% na arrecadação do lucro presumido²⁹.

Com a redução da pandemia, dos índices de desemprego e a retomada na economia, novos postos de trabalho surgiram, daí, pois, os reflexos positivos na arrecadação tributária federal. Quanto ao PLR, mesmo tendo ele natureza não-salarial, para o Fisco, não deixa de ser rendimento tributável, pois acresce o patrimônio dos empregados.

Conclusões

De acordo com o que foi examinado até agora, pode-se seguramente concluir que a evolução do direito do trabalho no Brasil tem se mostrado *pendular*, isto é, atravessou no começo situações de quase anomia, migrando para o lado oposto com maior regulamentação e forte proteção aos empregados e, por fim, no atual momento vivenciado, volta ao cenário de redução, cortando

26 Conforme estudo realizado no Portal da Transparência, disponível em <https://www.portaltransparencia.gov.br/receitas?ano=2019>. Acesso em 17/11/2022.

27 Conforme divulgado pela Agência Brasil. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-08/arrecadacao-da-receita-federal-ultrapassa-r-2025-bilhoes-em-julho>. Acesso em 17/11/2022.

28 Idem.

29 Idem, ibidem.

um suposto “excesso” de direitos trabalhistas, ainda que fortemente discutido judicialmente.

A última reforma trabalhista apresentada lançou um pacote de medidas perpetradas pelo Governo para lidar com crises econômicas e, na sequência, acabou adentrando em todos os problemas oriundos da pandemia da COVID-19.

Tais reformas, no entanto, não devem ser consideradas propriamente como *flexicurity*, na medida em que representaram apenas redução na massa de direitos trabalhistas dos empregados, não havendo, em contrapartida, uma garantia de fato ou legalmente prevista de que essas perdas seriam compensadas pela rápida absorção pelo mercado de trabalho, em condições melhores. Também não se vê, nem do Governo, nem da iniciativa privada, um massivo processo de capacitação da mão-de-obra para melhor empregabilidade, a exemplo dos Estados Unidos.

No entanto, ao contrário do esperado, tais reformas, apesar de em alguns casos terem representado redução dos níveis de carga tributária em alguns casos (sobretudo nas contribuições previdenciárias e no IRPF), acabou representando aumento em relação a outros tributos, notadamente o IRPJ e a CSLL, apurados pela sistemática do lucro real.

A preocupação maior seria a de que tais reformas trabalhistas representassem perda de arrecadação sobretudo das contribuições devidas à Seguridade Social (contribuições devidas sobre a folha de salários e a CSLL), pois são elas que custeiam os benefícios sociais pagos aos desempregados e às pessoas carentes, tais como o seguro-desemprego e a renda cidadã.

No entanto, o que se constatou foi justamente o contrário, ou seja, que a arrecadação aumentou, uma vez que a economia tem melhorado de 2017 para cá, conforme se pode verificar dos números apresentados acima.

Além disso, pôde-se verificar uma redução nos índices de desemprego e informalidade, de modo que, com a criação de novos postos de trabalho com carteira assinada, ainda que com salários menores, há incremento na arrecadação, pois aumenta-se a base de contribuição. Em outras palavras: acredita-se que, com a pandemia e em períodos de crise, muitos funcionários tiveram que trabalhar em dois ou mais empregos formais para contrabalançar os efeitos de *flexicurity*, da redução de jornada e de salário do emprego inaugural, o que aumentou a criação de novos postos de trabalho.

Mesmo com uma proliferação de salários menores por conta das reformas trabalhistas, muitos dos salários pagos, na grande maioria das empresas, passaram pela folha, o que garante, ao mesmo tempo, uma tributação suportável por elas e um aumento na base de arrecadação, já que os índices de informalidade são reduzidos, diferentemente de um cenário em que há grande quantidade de direitos trabalhistas, mas que muitos ou não são pagos ou são “pagos por fora”, passando ao largo da tributação.

Aliado esse fenômeno à retomada da economia, nota-se que os índices de arrecadação tributária vêm aumentando, o que garante um mínimo de ver-

bas para empregados que se encontram em situação de desemprego, mas tal cenário não pode durar muito tempo, sob pena de comprometer o orçamento público federal.

Por fim, fazendo-se um balanço geral da situação, parece-nos que o *flexicurity* mudou substancialmente os padrões trabalhistas então praticados, podendo, sob uma análise individualizada, ter implicado em restrição de direitos aos empregados, que tiveram de buscar fontes alternativas de renda para contornar essa situação, mas, em contrapartida, a arrecadação tributária vem aumentando, pelos motivos acima expostos, o que é bem-vindo para fortalecer os cofres públicos da Seguridade Social e ajudar temporariamente os desamparados.

Urge, porém, melhorar a capacitação dos empregados para melhor absorção de mão-de-obra para não depender de subsídios do governo, sendo essa uma obrigação do Estado brasileiro e dos empresários.

Referências

ABDALA, J. O. N. & LOOS, M. J. (2019). Os impactos da reforma trabalhista para o trabalhador, empresas e sindicatos: Uma análise da lei 13.467/2017. *Journal of Perspectives in Management – JPM*, 3(1).

AGÊNCIA BRASIL. Arrecadação da Receita Federal ultrapassa R\$ 202,5 bilhões em julho. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-08/arrecadacao-da-receita-federal-ultrapassa-r-2025-bilhoes-em-julho>. Acesso em 17/11/2022.

BIAVASCHI, Magda Barros. O Direito do Trabalho no Brasil – 1930/1942: A construção do sujeito de direitos trabalhistas. Tese de doutoramento em economia submetida à Universidade Estadual de Campinas, 2005. Disponível em <https://www.trt4.jus.br/portais/media/431607/ODireitodoTrabalhonoBrasil19401942.pdf>. Acesso em 11/11/2012.

BREDGAARD, Thomas; LARSEN, Flemming. Comparing Flexicurity in Denmark and Japan. Disponível em https://vbn.aau.dk/ws/portalfiles/portal/8320939/JILPT_report-final_1_.pdf. Acesso em 11/11/2022.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. Growth, competitiveness, employment. The challenges and ways forward into the 21st century. *Bulletin of the European Communities*. Supplement 6/93, 1996.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Flexissegurança nas Relações de Trabalho. Que bicho é esse?”. In *Revista Trabalhista: Direito e Processo*, ano 7, Nº. 25, LTr. 2008.

GHIRALDELLI, Reginaldo. (Contra) Reforma Trabalhista: “modernização” destrutiva no Brasil das desigualdades. *Libertas*, v. 19, n. 02, 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Desemprego fica em 147% no trimestre terminado em abril e Desemprego. Artigos disponíveis em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/06/30/desemprego-fica-em-147percent-no-trimestre-terminado-em-abril-diz-ibge.ghtml>. <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 11/11/2022.

ILSOE, Anna. The Danish Flexicurity Model-a Lesson for the US? Flexicurity and the Lisbon Agenda (pp.65-104) Publisher: Intersentia Editors: Frank Hendrickx. P. 19-22. Disponível em https://www.researchgate.net/publication/228797315_The_Danish_Flexicurity_Model-a_Lesson_for_the_US. Acesso em 10/11/2022.

OLIVEIRA, Flávia de Paiva Medeiros de. BELTRÃO, Rogério Coutinho. Flexicurity e Garantia do Trabalho em Tempos de Crise Econômica: Uma possibilidade jurídica ou uma realidade atual? In: Revista de Direito do Trabalho Atual e Meio Ambiente do Trabalho, Maranhão, Vol. 03, n. 2, Jul/Dez. 2017, Pág. 80.

PILOSIO, Giovanni Paolo. Limites à flexibilização dos direitos trabalhistas e flexisegurança. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, University of São Paulo, São Paulo, 2015, doi:10.11606/D.2.2016.tde-08042016-142432. Acesso em: 11/11/2022.

PODER 360 GRAUS. Arrecadação com contribuição sindical cai 97,5% desde 2017. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/economia/arrecadacao-com-contribuicao-sindical-cai-975-desde-2017/>. Acesso em 17/11/2022.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA (Brasil); CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO - CGU. Portal da Transparência do Governo Federal, <https://www.portal-transparencia.gov.br/receitas?ano=2019>. Acesso em 17/11/2022.

REZENDE, Matheus Ribeiro. Revisitando a flexisegurança. In Revista trabalhista: direito e processo – Ano 1, v. 1, n.1, Rio de Janeiro, Forense, jan/mar 2002.

WITHAGEN, Ton. “The Concept of ‘Flexicurity’: A new approach to regulating employment and labour markets.” In: European Review of Labour and Research, Vol. 10, n. 2, 2004.

DEPOIMENTO ESPECIAL: AFIRMAÇÃO OU VIOLAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS?

Mariene dos Santos Pereira

Doutoranda e Mestre em Serviço Social pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Mestre em Évaluation et Management des Politiques Sociales pela Université Grenoble Alpes - França. Assistente Social no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Resumo:

A Lei brasileira nº 13.431/2017, estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, e define que para os efeitos desta Lei, estes devem ser ouvidos sobre a situação de violência por meio de escuta especializada e depoimento especial. Embora tal legislação tenha como objetivo assegurar a proteção integral e garantir as oportunidades e facilidades para que as vítimas possam viver sem violência e tenham preservadas sua saúde física e mental e seu desenvolvimento moral, intelectual e social, a forma como tem sido realizada no âmbito da Justiça Criminal, revela que além de não garantir a proteção integral, o Depoimento Especial figura como outra forma de violação contra as crianças e adolescentes que são submetidas a oitiva. Nesse sentido, o presente artigo irá abordar três aspectos violadores desta prática. Primeiramente, a responsabilização da criança e do adolescente em produzir provas em sua defesa, no segundo momento a revitimização aliada à violência institucional a que são expostas e por fim a secundarização do atendimento às necessidades das vítimas e suas famílias em detrimento da criminalização do agressor. As considerações finais versam principalmente sobre o aspecto violador de direitos humanos que se delinea na prática do Depoimento Especial, tal como ele tem sido realizado no Brasil.

Palavras-chave: Depoimento especial; Criança e adolescente; Abuso sexual.

Introdução

O abuso sexual no Brasil apresenta dados alarmantes. Segundo a Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos (ONDH), registrou-se um total de 7.447 denúncias de estupro no Brasil nos cinco primeiros meses de 2022. Destas vítimas, 5.881 são crianças ou adolescentes que representam quase 79% das denúncias, o que revela um aumento de 76% dos casos em relação

ao ano de 2021.

Os dados levantados pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, apresentam números ainda mais preocupantes através de documento intitulado Anuário Brasileiro de Segurança Pública, onde se constata que os casos de estupro de vulnerável no Brasil apresentaram um crescimento de 2020, com 43.427 registros, em relação à 2021, com 45.994.

O ordenamento jurídico brasileiro determina que as crianças e adolescentes vítimas de crimes sexuais tenham seu depoimento coletado através de procedimento diferenciado intitulado depoimento especial. Ele figura como a possibilidade de produção de provas, tendo como um dos principais objetivos responsabilizar legalmente abusadores para que não continuem impunes, visando que tais processos possam coibir futuras situações de violação.

O que pretende-se tratar nesse artigo é a contradição latente da prática do Depoimento Especial, visto que seu principal objetivo é a garantia da proteção integral da criança e adolescente vítima de tal violência, no entanto, revela-se violador de direitos através de processos de revitimização e violência institucional.

Conceituação e apontamentos sobre o que é o Depoimento Especial

O Depoimento Especial (DE) é o procedimento utilizado para a oitiva da criança e adolescente vítima ou testemunha de violência. A legislação brasileira que o regulamenta é a Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Ela tipifica as condutas criminosas que serão por ela consideradas, que são violência física, psicológica, sexual e institucional. O presente artigo versará sobre os crimes de natureza sexual.

Esta lei garante que a escuta da vítima seja realizada em sala separada das demais partes e do suposto autor da violência. Ela ocorre por meio de videoconferência, em que a criança e/ou adolescente passa a ser ouvida com o apoio de profissional especializado. No Brasil esse procedimento tem sido realizado por assistentes sociais e psicólogos, mas é possível que a criança ou adolescente seja ouvida diretamente pelo/a magistrado/a caso queira, ou que o D.E. não ocorra, caso a vítima opte por não depor.

O Protocolo Brasileiro de Entrevista Forense (PBEF) oferece uma metodologia de tomada de depoimento especial. Foi instituído como uma referência metodológica nacional por meio da Resolução nº 299/2019 do Conselho Nacional de Justiça. Embora tal protocolo figure como orientação para a entrevista, faz-se necessário compreender que o depoimento especial não se restringe unicamente a esta etapa. Segundo Danilo Salles Faizibaioff (2021), psicólogo do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, tão importante quanto a oitiva são as demais fases que compõem o Depoimento Especial.

A primeira etapa é a leitura dos autos, ou seja, do processo que originou a demanda pela coleta do depoimento. É importante ressaltar que esse momento permitirá uma primeira aproximação com as informações da vítima do abuso sexual. Alguns elementos são passíveis de serem analisados tais como laudos elaborados no inquérito, relatórios de escutas especializadas¹, relatórios dos serviços que estão acompanhando a vítima, tais como Conselho Tutelar, Centro de Referência Especializado de Assistência Social(-CREAS), Instituição de Ensino, entre outros. A leitura de tais documentos, além de possibilitar uma visão ampliada do caso em tela, pode ofertar elementos que auxiliem no processo de avaliação prévia ao depoimento. A exemplo de um dos processos em que foi solicitado a coleta do depoimento especial, e nos autos constavam os registros de ao menos 07 vezes que a adolescente fora ouvida pelas instituições pelas quais percorreu. Diante de tal informação, o profissional instituído para a condução do Depoimento Especial avaliou que uma nova entrevista poderia gerar implicações psicológicas prejudiciais à adolescente. Expô-la reiteradamente à inquirições desnecessárias indicaria a constituição da violência institucional imposta pelo Tribunal de Justiça a partir desta obrigatoriedade, então, visando sua prevenção sugeriu a reconsideração e reavaliação da necessidade de novo depoimento.

O segundo momento compreende-se como a entrevista prévia, etapa em que será possível realizar avaliação da existência de condições da criança para enfrentar essa experiência. Nessa ocasião é necessário apresentar de forma clara e compreensível ao nível cognitivo da criança ou adolescente quais seus direitos afiançados através desta lei. Nesse sentido, deve-se questionar se a vítima quer de fato depor, se deseja que isso ocorra através do depoimento especial, quem são as pessoas que estarão assistindo e através de quais equipamentos isso ocorre, onde fica a sala de depoimento e onde fica a do(a) juiz(a), bem como se deseja conhecê-lo(a), ou seja, prestar informações pertinentes à dinâmica da entrevista à vítima e seu responsável. Ainda nesse momento, é de extrema importância identificar se estão sendo acompanhados pelos serviços ofertados pela rede socioassistencial do município, visando o acesso à proteção social integral que consta como principal objetivo da lei.

Ao se constatar a impossibilidade da realização do mesmo, é necessário a elaboração de documento em que conste a contra indicação da realização do depoimento, fundamentando os motivos que subsidiaram tal avaliação. De acordo com o rito processual, o Ministério Público irá avaliar o parecer apresentado e posteriormente o magistrado. Há situações que mesmo com a contra indicação do setor técnico, é solicitado que se realize a entrevista, elemento que deflagra um dos aspectos violadores que o D.E. pode assumir.

Por fim, realizar-se-á a oitiva da vítima. Durante a entrevista, somente

1 A Escuta especializada é regulamentada pela mesma lei que o Depoimento Especial, 13.341/17, e trata-se do procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

a criança ou adolescente poderá estar na sala junto ao profissional que irá conduzir o depoimento. Este, será transmitido em tempo real para uma sala virtual, em que estarão presentes o juiz, o promotor de justiça, a defesa do acusado e a escrevente. No Estado de São Paulo a Corregedoria Geral da Justiça, através do Comunicado CG N° 585/2022, de 20 de setembro de 2022, estabeleceu que o juízo, ao identificar que criança ou adolescente vítima de violência será ouvido em depoimento especial, deverá intimá-lo, na pessoa do representante legal para constituir advogado de sua confiança ou informar que não possui recursos financeiros para a constituição de advogado particular. Trata-se de alteração recente que ainda encontra-se em fase de implementação, visto que até então, apenas o defensor do acusado participaria da oitiva.

Faizibaioff (2021) enfatiza a ideia de que o D.E. só pode se tornar um instituto protetivo se ele for compreendido para além da entrevista forense em si. Há um trabalho muito importante que realiza-se anterior e posteriormente a entrevista. A leitura analítica dos autos, a avaliação prévia, o encaminhamento e interlocução com a rede socioassistencial que acompanha ou deveria acompanhar a família compõem as etapas do que deve-se compreender por Depoimento Especial.

Por fim, algumas inquietações emergem acerca do D.E. e de como tem sido utilizado no âmbito sócio jurídico. Qual a lógica preponderante na sua utilização, protetiva ou punitivista? Quando é imprescindível? Em tais processos, a proteção integral à criança e ao adolescente é garantida? Estão sendo criados mecanismos para prevenir e coibir a violência? A partir de tais questionamentos, serão abordadas algumas das facetas desprotetivas que o Depoimento Especial pode assumir.

Responsabilização da criança e do adolescente em produzir provas em sua defesa

Por tratar-se de crimes de natureza sexual, sabe-se da dificuldade em comprovar sua veracidade, visto que, como destacam Moraes, Amaral, e Sanches, (2021), casos dessa natureza são difíceis de serem identificados, dado o *modus operandi* do delito, que comumente é cometido na clandestinidade, às escuras e longe de testemunhas oculares e apresentam um desafio de serem comprovados. Baseia-se neste argumento para justificar a necessidade absoluta do Depoimento Especial em detrimento de outras provas que poderiam ser utilizadas no curso do processo criminal.

Na etapa de elaboração do Inquérito Policial, nos casos de denúncias de estupro de vulnerável², alguns procedimentos são utilizados para apresentação das provas como exames periciais realizados no Instituto de Medi-

2 O Código Penal Brasileiro estabelece em seu artigo 217-A estupro de vulnerável como ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos e praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem.

cina Legal (IML), laudo psicológico realizado por profissional do Instituto de Medicina Social e de Criminologia; a coleta das declarações de possíveis testemunhos, e em alguns casos, a delegacia solicita ao serviço responsável pela Escuta Especializada que a realize durante essa fase e elabore relatório para compor o inquérito relatado.

Quanto mais elementos comprobatórios forem elaborados nesta etapa, menores as chances da necessidade da coleta do Depoimento Especial. Ocorre que, embora haja o pressuposto de que a existência de provas irrefutáveis seja o suficiente, há processos em que o Ministério Público exige que o D.E. seja coletado, e tem sua manifestação acolhida pelo magistrado, incitando o questionamento levantado anteriormente: quando ele é realmente necessário? A exemplo de um dos processos em que esta autora conduziu as entrevistas, a situação havia sido flagrada por duas pessoas que adentraram o local em posse de um celular, filmando o estupro com a intenção de produzir provas que sustentassem a denúncia a ser feita, ou seja, havia um vídeo em que duas crianças foram encontradas nuas e sendo abusadas sexualmente por um homem de 57 anos. Embora houvesse provas como um vídeo e duas testemunhas, o promotor de justiça compreendeu ser necessário o Depoimento Especial, mesmo sendo elaborado relatório de contra indicação.

A promotoria sustentou sua decisão em dois motivos principalmente. O primeiro a alegação do direito ao contraditório³ e o segundo a possibilidade de comprovar que o crime havia sido cometido mais de uma vez, visto que esta informação constava no relatório da escuta especializada. Nesse caso especificamente, a lógica punitivista se sobressaiu à demanda de proteção que as crianças apresentavam na ocasião de grave violência da qual foram vítimas.

Nesse sentido, pode-se identificar que a coleta do D.E. apresenta inerente dualidade, visto que, imputa sobre a vítima a responsabilização pela produção de provas em processo de natureza criminal, limitando a intervenção no âmbito da justiça à criminalização do autor, e não à proteção integral de crianças e adolescentes violentados.

Cabe ressaltar que ao apresentar o questionamento à lógica punitivista, não se deslegitima a importância de punição aos abusadores, mas questiona a ideia do Depoimento Especial figurar como a única forma de comprovação dos fatos, mesmo em que casos em que existam outras provas capazes de comprovar a veracidade do crime sexual.

3 A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV, institui que LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Segundo NOVELINO (2016). No processo penal, para a plena realização e observância desta garantia, devem ser asseguradas tanto a defesa técnica exercida por advogado, quanto a autodefesa, com a possibilidade dada ao acusado de ser interrogado e de presenciar todos os atos instrutórios. A ausência do acusado, ainda que preso, na audiência de instrução, poderá acarretar a nulidade absoluta dos atos instrutórios aos quais foi negado o direito da presença pessoal. Nesse sentido, em casos dessa natureza, parte-se do princípio de que não utilizar o depoimento especial como a principal prova, visto que nessa etapa é garantida a presença da defesa do acusado, poderia acarretar na nulidade da denúncia.

Depoimento Especial e exposição à revitimização aliada à violência institucional

A tomada do Depoimento Especial é regida por importantes pressupostos. Um dos mais relevantes é a garantia de que a vítima não passe por processos de revitimização, ou seja, que ao relatar sobre a situação do abuso sexual, ela não seja exposta ao sofrimento gerado àquela ocasião. Embora a lei 13.431/2017 preveja em seu artigo 10º a importância de que ele seja realizado apenas uma vez ao longo do processo, ela também abre margens para sua repetição ao definir que não será admitida a tomada de novo depoimento especial, *salvo quando justificada a sua imprescindibilidade* pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal.

Ocorre, que ao analisar os processos de crimes de natureza sexual contra criança e adolescentes, e traçar um percurso institucional pelo qual as vítimas percorreram até o momento da coleta do D.E., é possível identificar que ela já relatou a experiência em diferentes instituições, após a revelação. Serviços tais como Conselho Tutelar, IML, CRAS, CREAS, Instituições de Ensino coletam informações das vítimas, sem a preocupação da repetição desnecessária da narrativa dos fatos. Ou seja, a preocupação com a revitimização, não se legitima nas práticas existentes tanto no campo sociojurídico, como na rede socioassistencial.

Alguns autores levantam outro aspecto importante da exposição da criança à repetidas declarações, que é a vitimização secundária que em síntese, trata-se de vitimização que decorre da resposta de instituições e indivíduos e não do agente que originalmente teria sido o autor da violência (COIMBRA, NUNES e CORDEIRO,2021). Acrescentam ainda:

“A vitimização secundária deriva de ação indevida e incorreta de serviços que deveriam proteger a criança e o adolescente, tanto quanto de reação social negativa à vitimização primária. Ela é o resultado de respostas erradas às necessidades das vítimas, produto de inquirições repetidas e redundância de procedimentos ao longo do processo judicial.”

Portanto, faz-se necessário a distinção entre a revitimização e a vitimização secundária, visto que trata-se de autores diferentes de violência, a primeira é o acusado do abuso sexual, a segunda são as instituições que deveriam garantir a proteção integral da criança e do adolescente, porém, acabam por expô-las à violência institucional através de repetidas inquirições, gerando um dano adicional à vítima.

Secundarização do atendimento às necessidades das vítimas e suas famílias

De acordo com a lei do depoimento especial, em processos judiciais

que versam sobre a denúncia de abuso sexual, é indissociável a perspectiva da proteção integral da criança e adolescente em matéria de processo penal. A implementação desta lei revela uma mudança de paradigma, visto que a partir da sua promulgação é possível versar sobre *processo penal protetivo*, principalmente quando se trata de criança vítima da violência. Nesse sentido, embora seja necessário pensar sob a ótica do acusado, que deverá ter acesso à ampla defesa, ao contraditório, será indispensável priorizar a perspectiva da vítima, e se pensar sob a ótica da proteção integral. Ou seja, entre um valor e outro, que são o direito à defesa e o direito à proteção integral, este último sempre deverá prevalecer.

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) rege-se a partir da Doutrina da Proteção Integral, visto que consta no ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 227 da Constituição Federal que é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar, à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Segundo Dóí e Ferreira (2020) a adoção da doutrina de proteção integral

representa um avanço em termos de proteção aos direitos fundamentais, posto que está calcada na Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, tendo, ainda, como referência documentos internacionais, como Declaração Universal dos Direitos da Criança, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, aos 20 de novembro de 1959, as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça da Infância e da Juventude - Regras de Beijing - Res. 40/33 de 29 de novembro de 1985, as Diretrizes das Nações Unidas para a prevenção da delinquência juvenil - Diretrizes de Riad, de 1º de março de 1988 e a Convenção sobre o Direito da Criança, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989 e aprovada pelo Congresso Nacional Brasileiro em 14 de setembro de 1990.

O grande desafio que se delinea é garantir que nos processos que se tratam de abuso sexual contra a criança e adolescente, a vítima acesse os serviços capazes de ofertar a proteção social que demandam frente a vivência da violência pela qual passaram.

O Conselho Federal de Serviço Social, publicou nota intitulada *Inversão de prioridades: política de criminalização em detrimento do atendimento de crianças e adolescentes (2019)*, em que argumenta que a forma como propõem-se que seja executado o depoimento especial, deixa de lado o atendimento às necessidades da criança e/ou adolescente e sua família, desviando tanto o trabalho das equipes interprofissionais nos Tribunais de Justiça, como os da Rede de Proteção, para aumentar os índices de sentenças criminais em relação aos acusados de praticar a violência.

A aposta de que existe verdade a ser alcançada no testemunho, na sempre reiterada ausência de quaisquer outras provas, fecunda o solo no qual germina a expectativa do que poderá ser revelado nas audiências judiciais, com o intermediário, os equipamentos de videogravação, os protocolos. No limite, a busca pela verdade real, motivo de disputas recorrentes, a título de justiça, não raras vezes acaba por fazer tábula rasa das necessidades da vítima, deixando nela marcas que são também signos de violência. Por esse ângulo, não causa estranheza afirmações de que a vítima não existe no âmbito da justiça criminal (Felman, 2014; Khaled Jr., 2013; Ramos & Ligeiro, 2018).

É imprescindível que o trabalho no âmbito da justiça esteja articulado com o a rede socioassistencial, para que essa criança, adolescente e sua família acessem o atendimento necessário após a situação de abuso sexual. Esse trabalho não pode ser feito de forma superficial, ou se pautar na intervenção de um único serviço, pois demanda de uma intervenção intersetorial. Nesse sentido, é essencial o estabelecimento do fluxo de atendimento que possa garantir, que no momento em que houver a notícia de abuso, a autoridade policial e demais instituições que recebem a denúncia ou revelação espontânea, sejam capazes de acionar a rede de proteção para o atendimento desta criança ou adolescente.

Considerações finais

O presente artigo buscou analisar de que maneira o Depoimento Especial, estabelecido em Lei como mecanismo de garantia de direitos e forma de proteção às crianças e adolescentes vítimas de violência, tem figurado como procedimento violador dos direitos humanos. Após breve conceituação do que se trata a prática do D.E., buscou-se especificar três aspectos violadores de direitos que ele pode apresentar.

Foi verificado que uma das facetas violadoras é imputar sob a vítima a produção de provas em sua defesa. Sabe-se da importância do Depoimento Especial para a comprovação do crime, no entanto, questiona-se se essa é única via capaz de garantir sua comprovação. A investigação realizada na fase de elaboração de inquérito deveria desenvolver mecanismos de qualificar as provas existentes, de buscar informações correlatas, de elaborar relatório substancial visado prevenir a necessidade da coleta do Depoimento Especial.

Portanto, deve-se compreender que sua utilização não é condição *sine qua non* de comprovação dos fatos e que ele não figura como necessário em todos os processos de estupro de vulnerável.

Por conseguinte, observou-se que, a forma como tem sido utilizada, como um rito processual e não como uma possibilidade de produção de provas, gera muitas vezes a revitimização ou vitimização secundária das crianças e adolescentes que foram abusadas, deflagrando que a lógica punitivista, que preza pela responsabilização do agressor, se sobressai às lógica protetiva, que garante e viabiliza a proteção integral que a vítima e família demandam após a

violência sofrida.

Desta maneira, fica evidente que as demandas por proteção integral são muitas vezes negligenciadas e secundarizadas em relação a necessidade por garantia da constituição de provas capazes de comprovar a materialidade do crime. Muitas destas crianças e adolescentes, após a revelação da situação abusiva, nunca acessaram os serviços da rede socioassistencial que arquetaria atendimento visando a superação da situação traumática vivenciada.

Pelo exposto, podemos concluir que embora a implementação do Depoimento Especial tenha como objetivo garantia da proteção às crianças e adolescentes vítimas de violência, ela tem assumido um papel contraditório, à medida que pode gerar a revitimização, a vitimização secundária e a violência institucional. Nesse sentido, faz-se necessário o aprimoramento da aplicabilidade da lei, para que enfim assuma seu caráter protetivo.

Referências

BRASIL. **Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/ondh>. Acesso em: 30 de setembro de 2022.

CONSELHO FEDERAL DE SERVIÇO SOCIAL. **Nota sobre a Resolução 299/2019 do CNJ. Inversão de prioridades: política de criminalização em detrimento do atendimento de crianças e adolescentes.** Brasília, 2020.

ESCOLA SUPERIOR DO MPSP: **Estamos fazendo direito? O depoimento especial na teoria e na prática.** Entrevistados: Daniela Romanelli da Silva e Danilo Salles Faizibaioff. Entrevistadora: Aline Riera. Spotify. 22 de setembro de 2021. Podcast. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/39SdVjLk54A07uxKsSSgYZ?si=2M0L4yUZQFKe9o0FLyRYnA&utm_source=copy-link. Acesso em 24 de setembro de 2022.

COIMBRA, J. C., NUNES, R. G., & CORDEIRO, C. F. (2021). **Depoimento especial, testemunho judicial, diretrizes internacionais: Dissonâncias.** Psicologia: Ciência e Profissão, 41, 1-14. <https://doi.org/10.1590/1982-3703003220412>

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA (Brasil). **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022 - Violência sexual infantil, os dados estão aqui, para quem quiser ver.** São Paulo, 2022.

MORAES, C. A.; AMARAL, M. M.; SANCHES, S. K. R. **Escuta de crianças e adolescentes em crimes de estupro de vulnerável: analogia entre a Resolução nº 17/2002 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Lei nº 13.431/2017.** Revista Eletrônica Direito e Sociedade: Direito em movimento e perspectiva. Canoas, v. 9, n. 2, 2021.

NOVELINO, M. **Curso de Direito Constitucional.** 11ª edição. Salvador: JusPodivm, 2016.

O CRESCENTE ATIVISMO JUDICIAL NO BRASIL COMO FORMA DE GARANTIA E PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL

Rafaela Perugini

Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário UniDomBosco.
Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

Importante inovação trazida pela Constituição Federal de 1988 foi a promoção de um extenso rol de direitos fundamentais sociais que podem ser considerados como parte do mínimo existencial. Através da previsão desses direitos, a intenção do texto constitucional foi fazer com que os indivíduos possuíssem condições mínimas de dignidade humana, a fim de que todos tivessem a oportunidade de exercer os seus direitos civis e políticos de forma plena. Neste sentido, ficou à cargo do Poder Público a concretização fática desses direitos, o que é feito através da implementação de políticas públicas. Todavia, o Estado não vem cumprindo de forma efetiva com essa obrigação, de modo que as pessoas passaram a buscar a tutela do Poder Judiciário para fazer com que seus direitos constitucionalmente previstos fossem garantidos na prática. Assim, a intenção deste estudo é analisar essa posição ativista do Poder Judiciário, quais os seus contornos atuais e se ela é benéfica ou não para a promoção do mínimo existencial.

Palavras-chave: Mínimo existencial; Direitos e garantias fundamentais; Direitos Humanos; Reserva do possível; Ativismo judicial.

Introdução

As décadas de 1970 e 1980 no Brasil foram fortemente marcadas por lutas sociais e sindicais que tinham como objetivo central o reestabelecimento da democracia no País e a busca pela instauração de uma nova ordem política que tivesse como uma de suas prioridades basilares o comprometimento com o desenvolvimento social de toda a população, indistintamente. Como forma de materializar essas reivindicações feitas pelos movimentos sociais e romper com as medidas ditatoriais que restringiam direitos essenciais dos cidadãos e que impunham a censura, perseguição política e repressão aos atos que eram considerados contra o regime militar, foi promulgada em 1988 uma nova

Constituição Federal para o Brasil, que ficou conhecida como “Constituição cidadã” justamente por ser fruto da participação social e ser a carta constitucional mais democrática do País até os dias de hoje.

Foi a partir da entrada em vigor da Constituição de 1988 que uma série de direitos e garantias individuais foram colocados na condição de cláusula pétrea. Ao impor limitações materiais à possibilidade de reforma dos direitos considerados como fundamentais aos cidadãos, restou evidenciado o compromisso da nova ordem constitucional em promover a dignidade humana aos brasileiros, bem como em executar os preceitos contidos na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Diante deste contexto, o Poder Público foi colocado na posição de garantidor da efetivação dos direitos fundamentais sociais esculpido no texto constitucional, porém, na realidade fática, o que ocorre é que o Estado não vem conseguindo cumprir de forma efetiva com essa obrigação, uma vez que demanda elevado gasto público e planejamento neste sentido – ressalta-se que, principalmente nos momentos de crise econômica, esses direitos são os primeiros a serem sacrificados e flexibilizados, sob a justificativa de insuficiência de recursos e com o ilusório pretexto de que com menos custos para a máquina estatal, haveria mais criação de empregos, por exemplo.

Em razão disso, o Poder Judiciário brasileiro vem assumindo uma posição mais ativista, conferindo tutela jurisdicional a fim de suprir a lacuna deixada pelo Poder Público, preservando e promovendo o mínimo existencial à população, de modo a garantir com que os direitos fundamentais básicos, que conferem a todas as pessoas uma vida mais digna, sejam observados. Sendo assim, o objetivo central deste artigo é contribuir academicamente para o debate que envolve o ativismo judicial no âmbito da proteção e garantia dos direitos que compõem o mínimo existencial.

Portanto, para o desenvolvimento deste estudo, será utilizado o método de abordagem indutivo e pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais. A relevância desta temática justifica-se pelo fato de o objeto ser extremamente atual e necessitar de um aprofundamento a fim de compreender quais os limites e alcances da atuação ativista do Poder Judiciário que, como instância garantidora, também tem papel essencial na proteção do mínimo existencial.

O direito ao mínimo existencial: apontamentos históricos e noções introdutórias

A história jurídica registra que as primeiras discussões relevantes em torno do mínimo existencial surgiram na Alemanha a partir da edição da Lei Fundamental de 1949 (LF), a *Grundgesetz*. Referido texto, que inicialmente tinha a pretensão de ser provisório, acabou se transformando na Constituição do País, e é reflexo de seu contexto histórico: o pós Segunda Guerra Mundial.

É sabido que neste segundo grande conflito, uma série de atrocidades

contra a humanidade foram cometidas, de tal sorte que o novo texto, responsável por inaugurar uma nova ordem constitucional para a Alemanha, a partir da transição do totalitarismo nazista para a democracia, prezou por conferir especial atenção às liberdades e aos direitos dos cidadãos. A este respeito, ensina Jürgen Schawabe (2005, p. 165) que

A Grundgesetz é uma ordem ligada a valores, que reconhece, como suprema finalidade de todos os direitos, defender a liberdade e a dignidade humana. Com efeito, seu conceito do ser humano não é o do indivíduo autocrático, mas o da personalidade inserida na sociedade e com ela comprometida de diversas formas.

A partir deste momento, começou-se a pensar, então, em um direito fundamental que garantisse condições para que todas as pessoas tivessem uma vivência mais digna, principalmente as que se encontram em uma situação de maior vulnerabilidade social e econômica. No âmbito da doutrina alemã, merece destaque os estudos pioneiros de Otto Bochof que, já no início da década de 1950, ponderava que a dignidade da pessoa humana, a que faz alusão o art. 1º, I, da LF, não deveria ser pensada somente no âmbito de assegurar a liberdade às pessoas, “mas também um mínimo de segurança social, já que sem os recursos materiais para uma existência digna, a própria dignidade da pessoa humana estaria sacrificada” (SARLET, 2013, p. 31).

Em breves palavras, pode-se concluir que o publicista defendia que sem os recursos materiais necessários, a promoção da vivência digna das pessoas ficaria comprometida, razão pela qual seria preciso de uma prestação estatal positiva a fim de que os indivíduos tivessem o mínimo de condições materiais para poder viver adequadamente e exercer as suas dignidades de modo pleno.

Além disso, é relevante trazer para o debate os delineamentos que a jurisprudência germânica foi traçando ao longo dos anos, de modo a reconhecer que o mínimo existencial é um direito fundamental. Como exemplo, tem-se a *BverfGE* 40, 121 [133], decisão proferida em 1954 pelo Tribunal Constitucional Alemão, em que é possível extrair o seguinte excerto em tradução livre:

Certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social. [...] Isto inclui, necessariamente, a assistência aos concidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, se encontram limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar estas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

Posteriormente, referida decisão foi acompanhada por outros arestos do próprio Tribunal, de modo que ficou consolidado na Alemanha o status cons-

titucional da garantia estatal ao mínimo existencial. Neste aspecto, é necessário evidenciar, ainda, que a doutrina alemã reconhece que essas condições consideradas como indispensáveis para uma existência digna constituem uma das principais funções e obrigações do Estado de Bem-Estar Social (SARLET, 2013, p. 33), em que, admitindo a existência de desigualdades entre as pessoas, ao Estado é atribuído o papel de buscar a igualdade e auxiliar os menos favorecidos – e isso ocorre através de intervenções na ordem econômica e social.

Passando para a análise do mínimo existencial no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, é possível verificar que o fenômeno se desenvolveu com afincamento no País após o fim da ditadura militar, período marcado por torturas, assassinatos, censura e supressão de direitos humanos no geral. Após os 21 anos de regime militar, a democracia voltou a ser instaurada no Brasil, havendo a consequente promulgação de uma nova Constituição Federal em 1988 a fim de consagrar os valores e diretrizes da ordem constitucional que estava sendo estabelecida no País.

Em que pese não haver nenhuma previsão constitucional expressa acerca de um direito geral ao mínimo existencial, isto é, de um conjunto de prestações estatais que assegurem a todas as pessoas uma vida condigna, há na Constituição brasileira, diferentemente do que ocorre na Lei Fundamental alemã, um extenso rol de direitos fundamentais sociais que abarcam algumas das dimensões do mínimo existencial.

Desta forma, referidos direitos fundamentais foram colocados como sendo cláusulas pétreas da Constituição, razão pela qual existem uma série de limitações materiais à possibilidade de reforma destes dispositivos, ainda que a intenção seja usar a via da Proposta de Emenda à Constituição (PEC). Segundo Fábio Martins de Andrade (2009, p. 212),

as cláusulas pétreas (ou “superconstitucionais”, como sugere Oscar Vilhena Vieira) prestam-se a proteger “a estrutura central do poder contra uma total ruptura”, “buscam impedir que mudanças constitucionais ‘normais’ gerem uma erosão dos princípios e valores básicos da Constituição” e “também servem como princípios que auxiliam a interpretação constitucional”.

Logo, através do estabelecimento de cláusulas pétreas, o objetivo do Poder Constituinte Originário foi fazer com que as questões que envolvem a dignidade humana sejam colocadas “acima do poder de deliberação dos órgãos do Estado, de forma a evitar que maiorias políticas ocasionais, empolgadas com êxitos eleitorais conjunturais, coloquem em risco a sua tutela” (BRANDÃO, 2010, p. 02). É por esta razão que se pode afirmar que os direitos fundamentais previstos na Constituição representam um freio aos abusos dos governantes em face aos direitos humanos dos cidadãos, motivo pelo qual eles não podem sofrer alterações por nenhuma medida estatal, fundamentadas pelas conveniências políticas, no que concerne à sua efetividade.

Destaca-se, ainda, que as contribuições pioneiras de Ricardo Lobo Torres, com o ensaio “o mínimo existencial e os direitos fundamentais”, publicado em 1989, também foram de extrema importância para o desenvolvimento do mínimo existencial no campo da doutrina brasileira. Segundo o autor, “há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas” (TORRES, 1989, p. 29).

Assim, assegurar aos indivíduos o direito à assistência social, educação, saúde, moradia, alimentação, previdência social e salário-mínimo, são algumas das formas que o legislador constitucional encontrou de fazer com que todos tenham uma existência considerada como minimamente digna, ainda que essas pessoas não possuam condições de promover, por si só ou com o auxílio de seu núcleo familiar, o sustento próprio.

Entretanto, evidente que não basta a simples previsão no texto constitucional para que as desigualdades existentes na sociedade sejam sanadas; é preciso, então, de uma atuação positiva por parte do Estado – neste caso, do Poder Público através da implementação de políticas públicas que possuam como finalidade fazer com que esses direitos se materializem na prática, saindo da mera previsão na Constituição e atingindo diretamente a vida das pessoas, pois, a partir do momento em que elas possuem dignidade, passa a ser possível que elas exerçam de forma plena os seus direitos políticos e civis.

O papel do Poder Público na promoção dos direitos fundamentais sociais

Importante inovação promovida pela Constituição Federal de 1988 foi a expansão do rol dos direitos e garantias individuais, passando a incluir também os direitos sociais. Esses direitos, que estão positivados principalmente no título II, capítulo II da Carta Magna, são aqueles responsáveis por diminuir as desigualdades existentes na sociedade através da garantia de condições mínimas de sobrevivência aos indivíduos considerados como social e economicamente vulneráveis. Por esta razão, esses direitos possuem um caráter eminentemente prestacional, podendo ser exigíveis perante o Estado para que sejam concretizados – e referida efetivação prática ocorre através das políticas públicas.

À vista disso, ensina José Afonso da Silva (2014, p. 289) que:

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.

Do mesmo modo, Alexandre de Moraes (2003, s/p) explica que:

Direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

Entretanto, em virtude de necessitarem de uma prestação positiva estatal e, portanto, da alocação de recursos financeiros para essa destinação, a efetivação integral das políticas públicas que envolvem os direitos fundamentais sociais encontra obstáculos nos argumentos referentes à falta de recursos disponíveis para a sua materialização. Assim, utilizando-se deste pretexto financeiro, tornou-se muito comum que o Poder Público invocasse a reserva do possível como sinônimo de indisponibilidade de capital.

Neste aspecto, é relevante fazer a menção de que foi em uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão que os primeiros delineamentos acerca da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) foram traçados. Na ocasião do aresto *Numerus Clausus BverfGE 33, S. 303*, discutia-se acerca da constitucionalidade ou não da limitação de vagas para cursos universitários e, em breves palavras, decidiu-se que, dentro daquilo que o indivíduo pode exigir do Poder Público, é preciso que haja a observância dos limites da razoabilidade – verifica-se, pois, que em sua essência, a reserva do possível não se relaciona com a ausência orçamentária, mas sim com a plausibilidade do pedido considerando o bem-comum da maioria.

Na experiência brasileira, por outro lado, apesar de não haver um consenso acerca da definição do referido princípio, quando houve a importação do conceito, este perdeu parte do seu sentido inicial, tendo em vista que quando ele é invocado, não é para discutir acerca de uma razoabilidade da pretensão, mas tão somente acerca da disponibilidade financeira para materializar o pedido. Considerando este cenário, é pertinente trazer a crítica feita por José Joaquim Gomes Canotilho (2004, p. 481) acerca desta concepção deturpada do princípio da reserva do possível:

Rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível (*Vorbehalt des Möglichen*) para traduzir a ideia de que os direitos sociais só existem quando e enquanto existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob “reserva dos cofres cheios” equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica.

Em consonância com a crítica formulada por Canotilho, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 110) complementa dizendo que:

No Brasil, portanto [a reserva do possível], passou a ser fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro somente na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras

dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanentemente a possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática.

Do mesmo modo, em recente voto no âmbito do Recurso Extraordinário nº 566.471/RN, o Ministro Marco Aurélio, relator na ocasião, ressaltou o seu entendimento que “o Estado deve assumir as funções que lhe são próprias, sendo certo, ainda, que problemas orçamentários não podem obstaculizar o implemento do que previsto constitucionalmente”, deixando claro, em outra passagem, que “a tese da reserva do possível – como reserva fática ou como legalidade orçamentária – não merece prosperar”.

Sendo assim, é entendimento deste estudo de que a tese da reserva do possível somente é admissível como meio de defesa ao Poder Público quando estiver objetivamente comprovada a inexistência de recursos financeiros para a realização do ato, bem como quando a pretensão do particular é considerada como desproporcional – e isso deve ser auferido casuisticamente, de modo que é preciso analisar se há uma irrazoabilidade entre aquilo que é exigido do Estado, a efetividade da medida e o bem comum.

Desta forma, quando o ente estatal invoca genericamente o princípio da reserva do possível para se eximir dolosamente de uma obrigação envolvendo a implementação dos direitos fundamentais sociais, e isso é motivado por razões puramente financeiras, sem qualquer comprovação objetiva de insuficiência orçamentária, há uma violação do texto constitucional.

Traçadas essas considerações, observa-se que o Estado ainda continua se esquivando da sua função de executar as políticas públicas que materializam os direitos fundamentais sociais – seja por motivos financeiros, seja pela conveniência política do momento. Em razão desta carência de proteção, os indivíduos passaram a buscar a tutela do Poder Judiciário a fim de garantir com que haja a efetivação destes direitos constitucionalmente garantidos, o que vem fazendo com que os tribunais assumam uma posição ativista.

A posição ativista do Poder Judiciário brasileiro e seus contornos

Tema muito debatido e controverso nos últimos anos é o do ativismo judicial no âmbito dos tribunais brasileiros, prática que se fortaleceu no País a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988. Apesar de não haver um consenso acerca de sua definição, é possível compreender o termo como sendo utilizado para se referir à atuação ativa do Poder Judiciário para além das funções que lhe são ordinariamente atribuídas pela ordem jurídica.

Essa feição assumida pelo Poder Judiciário tem sido objeto de muitas discussões, principalmente no que concerne se a prática é positiva ou negativa no contexto brasileiro. No viés das críticas, os contrários argumentam que quando os magistrados exercem uma posição mais ativista, eles estão dota-

dos de uma espécie de discricionariedade e arbitrariedade, de modo que seria “como se a Constituição permitisse que ela mesma fosse ‘complementada’ por qualquer aplicador, à revelia do processo legislativo complementar (portanto à revelia do princípio democrático)” (CAMARGO, 2016 p. 245).

Outro argumento utilizado é o do risco de politização indevida da Justiça, em que é defendido que o direito não deve ser confundido com a política. Entretanto, é preciso considerar que a interpretação do direito “sempre terá uma dimensão política, ainda que balizada pelas possibilidades e limites oferecidos pelo ordenamento vigente” (BARROSO, 2009, 27).

Há, ainda, o posicionamento de que o ativismo judicial representa uma violação à separação dos poderes e, por consequência, à própria democracia em si. Isto porque o Poder Judiciário, ao intervir na gestão pública do Poder Executivo, por exemplo, estaria rompendo com a harmonia e independência dos poderes consagrada pelo art. 2º da Constituição.

De outro lado, há os posicionamentos que defendem que o ativismo judicial é uma prática positiva, uma vez que o Judiciário está socorrendo as demandas da sociedade que não estão sendo atendidas pelos legisladores (muito em razão do fato de que o direito não consegue se atualizar contemporaneamente a todas as necessidades sociais) e pelo Estado, uma vez que, conforme discutido anteriormente, existe uma “limitada disponibilidade de recursos do Poder Público para promover as ilimitadas necessidades da coletividade” (SOUZA, 2013, p. 213).

É diante desta falha do próprio sistema que o ativismo judicial assume um papel de relevância. Segundo os ensinamentos de Luís Roberto Barroso (2009, p. 22):

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A posição ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislados, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Assim, “mesmo que os magistrados não desejem tal situação ou que, num primeiro momento, a refutem em razão de seu papel político, ou ainda da formação e rotina dos juízes, ela é imposta pela natureza da demanda das partes” (SOUZA, 2010, p. 82).

Além disso, é imperioso ressaltar que no Brasil existem duas formas de ativismo judicial: o difuso e o concreto. O primeiro é, em regra, exercido pelo Supremo Tribunal Federal quando aprecia ações que discutem a constituio-

nalidade ou não de determinada norma – e é chamado de difuso justamente porque os seus efeitos atingem um número indeterminado de pessoas. Já a segunda maneira, concreta, é aquela exercida pelos juízes quando da apreciação das questões suscitadas em uma ação judicial (que envolve direitos individuais ou coletivos) e seus efeitos somente incidirão para as partes envolvidas naquela situação.

Um exemplo brasileiro muito famoso de ativismo judicial é o caso das uniões homoafetivas, decidido pelo Supremo Tribunal Federal em 2011. Não havia nenhuma disposição expressa no texto constitucional nem no Código Civil acerca da permissibilidade de uniões entre casais do mesmo sexo, mas a decisão de conferir uma igualdade de tratamento a todos os casais, homoafetivos ou heterossexuais, veio a partir de uma interpretação do art. 3º, IV da Constituição, que veda qualquer forma de discriminação e preconceito em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou qualquer outro motivo.

Considerações finais

Ao longo de toda a exposição, buscou-se analisar os delineamentos do mínimo existencial, desde sua origem, que reporta à Alemanha do pós Segunda Guerra Mundial, até como o instituto vem sendo aplicado no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Foi visto que, apesar de não existir uma previsão constitucional específica no Brasil, algumas de suas dimensões são abarcadas pelos direitos fundamentais sociais, que estão elencados na condição de cláusula pétreia na Constituição Federal.

Desta forma, tem-se que os direitos fundamentais sociais possuem como finalidade assegurar que todos os indivíduos possuam uma vida digna, o que ocorre por meio das proteções e garantias dadas pelo Estado através da promoção de políticas públicas. Contudo, é sabido que essas políticas públicas dependem de uma atuação positiva do Poder Público para que sejam materializadas na prática, o que envolve uma série de fatores. Entre eles, é possível citar a disponibilidade orçamentária, o planejamento neste sentido e a vontade/ conveniência política para a sua efetivação.

Na prática, é muito comum o Poder Público se esquivar de suas obrigações constitucionais de garantir o mínimo de dignidade às pessoas através da justificativa genérica de impossibilidade financeira, trazendo para a discussão a reserva do possível. A partir de todas as considerações traçadas por este estudo, entende-se que o princípio da reserva do possível pode ser invocado quando existir razoabilidade (o que deverá ser auferido casuisticamente) e se comprovada objetivamente a inexistência de recursos que justifique a não implementação de uma política pública que tenha como finalidade a promoção de um direito fundamental social.

Assim, diante desta inércia (intencional ou não) do Estado, as pessoas passaram a buscar socorro no âmbito do Poder Judiciário a fim de fazer com que seus direitos constitucionalmente previstos sejam assegurados na realidade.

de fática. Neste cenário, o Poder Judiciário vem assumindo uma posição mais ativista, suprindo as lacunas deixadas pelo Poder Público e fazendo com que o mínimo existencial seja garantido e respeitado.

Entretanto, referida atividade do Poder Judiciário vem sendo alvo de muitas discussões, de modo que existem argumentos contrários e favoráveis à prática. A posição adotada por este estudo é que o ativismo judicial é uma ferramenta importante para a promoção do mínimo existencial, de modo que o Poder Judiciário, enquanto guardião da Constituição, também tem papel na garantia dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, dos valores democráticos.

Desta forma, conclui-se que o ativismo judicial é um importante remédio existente para ajudar a combater as desigualdades sociais, mas que deve ser utilizado com cautela e prudência, não devendo se tornar a regra no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar deste mecanismo ser de extrema relevância na promoção do mínimo existencial, não se deve esquecer que ele é resultado de um problema maior existente, do qual não se deve desviar a atenção: a necessidade de reforma política.

Referências

ANDRADE, Fábio Martins de. As cláusulas pétreas como instrumento de proteção dos direitos fundamentais. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 46, n. 181, p. 207-226, jan./mar. 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional**, Madrid, n. 13, p. 16-32, 2009.

BRANDÃO, Rodrigo. São os direitos sociais cláusulas pétreas? Em que medida? **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, vol. 02, p. 01-25, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 566.471/RN**. Relator: Ministro Marco Aurelio. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/re-566471-votopdf.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2022.

CAMARGO, Gerson Ziebarth. Aspectos doutrinários favoráveis e desfavoráveis ao ativismo e à autocontenção judicial. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc.** UNIPAR. Umuarama, v. 19, n. 2, p. 233-264, jul./dez. 2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e alguns desafios. **Revista do CEJUR/**

TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis, v. 01, n. 01, p. 29-44, dez. 2013.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Berlim: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005. Traduzido por Beatriz Hennig.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2014.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, Pouso Alegre, v. 29, n. 1, p. 205-226, jan./jun. 2013

SOUZA, Luiz Henrique Boselli de. **A correlação da efetividade das normas constitucionais com o suprimento das omissões normativas**. 2010. 226 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 29-49, jul./set. 1989.

O IMPOSTO SOBRE GRANDES FORTUNAS NO BRASIL: A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO 55/DF E A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS TRIBUTÁRIAS

Mario Di Stefano Filho

Doutorando em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos com bolsa do Programa de Excelência Acadêmica da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior; Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

A desigualdade social demonstra-se um intenso problema na realidade brasileira, que vem se acentuando gradativamente ao longo dos anos. A principal forma de combater as desigualdades sociais é por meio da redistribuição de renda. Contudo, o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) é o único tributo previsto na Constituição Federal e não instituído, sendo isso extremamente lesivo aos cidadãos mais carentes, especialmente pelo fato de sua receita ser vinculada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza. Além disso, a falta de tributação do patrimônio e da renda gera concentração de riqueza, aumentando ainda mais a desigualdade. Assim, o presente trabalho tem como objeto a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 55/DF, que alega omissão institucional pela não instituição do IGF. Para o exame do proposto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se no modelo de Karl Popper, juntamente com a pesquisa bibliográfica de livros e artigos qualificados e pertinentes ao tema como método de pesquisa. Por fim, ressalta-se a relevância da temática frente ao cenário de desigualdade brasileira, potencializado ainda mais com a pandemia de COVID-19 que se alastrou pelo país no ano de 2020.

Palavras-chave: Desigualdade social; Judicialização; Políticas públicas tributárias; Tributação das grandes fortunas; Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 55/DF.

Introdução

A partir do cenário de desigualdade social no Brasil, que vem demonstrando uma piora gradual nos últimos anos, especialmente potencializados pela pandemia de COVID-19, debate-se sobre meios efetivos de combate à pobreza extrema gerado pela desigualdade. Desse modo, entende-se como meio eficaz de diminuição da desigualdade social a redistribuição de riqueza, baseada na tributação de patrimônio e renda.

Todavia, o meio fiscal, no ordenamento jurídico brasileiro, mais condizente com tal atribuição é o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF), o único imposto previsto na Constituição Federal de 1988 e não instituído. Essa omissão política viola os objetivos da República, previsto no artigo 3º, III que é justamente a erradicação da pobreza e da marginalização, uma vez que a arrecadação de tal imposto tem finalidade específica de financiar o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, de acordo com o artigo 80, III dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Portanto, percebe-se uma nítida incongruência entre os objetivos da República e a escolha política de não instituir uma fonte tributária, constitucionalmente determinada, para custear a concretização desse objetivo. Frente a omissão consciente do Poder Legislativo ajuizou-se a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 55/DF, objeto desse trabalho que alega omissão institucional pela não instituição do Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF).

Nessa linha, reconhecem-se as políticas públicas tributárias, que terão caráter progressivo quando atuarem a favor da majoração ou instituição a tributação de patrimônio e renda. Por outro lado, terão caráter regressivo quando agirem pela manutenção da desigualdade social ao isentar ou extinguir a tributação do patrimônio e renda, ou ainda, instituir ou majorar a tributação do consumo, modalidade que onera os mais carentes.

A partir disso, as políticas tributárias, como qualquer política pública, serão definidas por atos discricionárias da Administração Pública, levando em consideração o cenário de escassez de recursos e a demanda ilimitada de serviços públicos. Diante desse contexto, a instituição do IGF é considerada uma política pública tributária de modalidade progressiva e redistributiva, vez que propõe políticas públicas sociais destinada aos mais carentes, financiadas pelo estrato mais privilegiado da sociedade.

Assim, o objetivo da presente pesquisa é realizar uma revisão sistemática de literatura, com a finalidade de examinar o limite da discricionariedade da Administração Pública para a escolha das políticas tributárias indutoras. Para o exame do proposto, optou-se pelo método hipotético-dedutivo, baseando-se no modelo de Karl Popper (2002).

Dessa maneira, a problemática consiste no fato de que as políticas tributárias preferidas pela Administração não diminuem a desigualdade ou almejam alcançar os objetivos da República. Nesse sentido, em sede de hipó-

tese-tentativa, levanta-se a hipótese de que embora a Administração se valha de sua discricionariedade, essa não é absoluta, sendo vedada a instituição de políticas tributárias claramente regressivas, tornando a matéria passível de judicialização. Ademais, elencou-se como método de pesquisa a revisão bibliográfica de livros e artigos qualificados e pertinentes ao tema, bem como dados de instituições oficiais como a Secretaria da Receita Federal do Brasil.

Os resultados obtidos apontam para um limite, constitucionalmente estabelecido, para a discricionariedade administrativa, sob pena de violação da Carta Magna. Por fim, ressalta-se a relevância da temática frente ao cenário de desigualdade brasileira, potencializado ainda mais com a pandemia de COVID-19.

O custo dos direitos

A Constituição de 1988 é conhecida como a “Constituição Cidadã”, visto que foi oriunda da redemocratização do país após o fim da ditadura militar. A referida Carta Magna trouxe consigo o dever de pagar uma dívida social para com os brasileiros, por meio do reconhecimento e responsabilização do Estado para a concretização de direitos fundamentais.

Dessa maneira, o texto constitucional elencou diversos direitos fundamentais, como a educação, saúde, moradia, alimentação, segurança pública, transporte, lazer entre outros. Apesar disso, é fundamental salientar que, a concretização desses direitos têm custos ao Estado.

Holmes e Sustain (1999) apontam que todo tipo de direito gera um custo ao Estado, seja ele positivo ou negativo. Entende-se como direito positivo aqueles que necessitam de uma prestação efetiva do Estado, como a educação e a saúde, assim, serão necessários gastos com a contratação de profissionais (professores e médicos), materiais (carteiras e macas) e espaços físicos (escolas e hospitais). Por outro lado, os direitos negativos são aqueles que não dependem do Estado para serem concretizados, como o direito à vida, à liberdade de expressão, à liberdade religiosa entre outros.

Contudo, Holmes e Sustain (1999) explicam que mesmo nesses casos, há custos ao Estado. Isso porque o Estado precisa de uma estrutura judicial (Poder Judiciário) e fiscalizatória (Poder de Polícia) para socorrer seus cidadãos no caso da violação de algum desses direitos negativos.

Além disso, necessário frisar que a realidade vivida é da chamada escassez de recursos (Pierdoná; Leitão; Furado Filho, 2019). Isto é, a demanda por serviços públicos é ilimitada, porém os recursos são escassos, fazendo com que a atuação satisfatória em todas as áreas sociais seja inexistente.

Portanto, resguardados os investimentos mínimos previstos constitucionalmente, a escolha na alocação de recursos será uma escolha política. Assim, beneficia-se diretamente a área escolhida e, conseqüentemente, deixa de investir em todas as outras, dando o nome de “escolhas trágicas” para a alocação de recursos nos cenários de escassez (Pierdoná; Francisco; Freire Neto,

2020).

À respeito dos direitos positivos, estes terão um custo direto ao Estado que se valerá das políticas públicas para realizá-los.

As políticas públicas da modalidade tributária

A partir disso, as políticas públicas são os instrumentos pelos quais o Estado vai materializar as suas prestações positivas, mediante uma ação direta.

João Pedro Schmidt (2018, p. 122) apresenta seu conceito de políticas públicas:

Na literatura da ciência política há inúmeras definições, mas sobressai-se um conceito: políticas públicas são respostas do poder público a problemas políticos. Ou seja, as políticas designam iniciativas do Estado (governos e poderes públicos) para atender demandas sociais referentes a problemas políticos de ordem pública ou coletiva.

Entretanto, importante frisar que o termo “políticas públicas” e “políticas sociais” não são sinônimos (Mastrodi; Ifanger, 2019). Desse modo, o termo “políticas públicas” é gênero, enquanto “políticas sociais” é espécie, havendo outros tipos, como ambientais, financeiras e tributárias.

As políticas públicas tributárias serão as escolhas políticas de arrecadação do orçamento, que posteriormente financiarão as políticas públicas sociais (Difini; Jobim, 2019). Ademais, outra característica marcante desse tipo de política pública é o poder de influenciar comportamentos, por meio da extrafiscalidade (Borges, Teodorovicz; Esteche Filho, 2021).

Contudo, a mera escolha de quem tributar pode impactar diretamente no combate ou não da desigualdade social. Isso, pois onerar de maneira desproporcional os mais carentes vai contra os valores constitucionais de 1988, da mesma medida que deixar de onerar os mais privilegiados.

Assim, há quatro áreas para se arrecadar, o consumo, a produção, o patrimônio e a renda. Tributar a produção é o consumo onera, proporcionalmente, os mais carentes, visto que estes dedicam uma parcela maior de seu orçamento pessoal para produtos básicos alimentícios (Portella; Guimarães, 2020). Portanto, o melhor caminho de combater a desigualdade social é através da tributação de patrimônio e renda.

Theodore J. Lowi (1963) estabelece as políticas públicas redistributivas como um tipo das políticas públicas, sendo definida por políticas tributárias que majoram ou instituem a tributação de patrimônio e renda, realizando de fato uma redistribuição. Entretanto, Lowi (1972) explica que esse tipo de política é de difícil aprovação no sistema político (*politics*), visto que estabelece um perdedor direto, os mais ricos.

Basta, assim, verificar os resultados de arrecadação do Brasil para averiguar se a situação é progressiva, ou seja, privilegia mais a tributação do patrimônio e da renda, ou regressiva, dando mais ênfase na tributação da produção

e do consumo (Anselmini; Buffon, 2020). Mario Di Stefano Filho e Marciano Buffon (2022, p. 146) elucidam de acordo com os resultados de arrecadação:

Ao analisar os resultados da arrecadação tributária do Brasil no ano de 2019, publicados em Julho de 2020, tem-se como “política tributária indutora” a tributação do consumo. Tal modalidade é responsável por 43,30 % da arrecadação do período. Em sentido oposto, apenas 22,45% do arrecadado foi originado pela tributação de renda (BRASIL, 2020, p. 4). A partir desse cenário, é possível argumentar pela regressividade do sistema tributário brasileiro

Desse modo, notado é a regressividade do sistema tributário brasileiro, pois arrecada da mesma parcela a quem deve amparar. Apenas através de uma tributação sobre as grandes riquezas (Piketty, 2014), pode-se falar em combater o acúmulo exacerbado de capital.

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO) 55/DF e o fundo de combate e erradicação de pobreza

Diante de tal cenário, o mecanismo constitucional mais efetivo para alcançar a política pública tributária do tipo redistributivo desenhado por Lowi é o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF). Previsto no artigo 153, VII da Constituição é a única modalidade de imposto presente no texto constitucional e não instituído.

Sua omissão consciente pode ser considerada uma política pública tributária de não instaurar o referido imposto, contudo há um dever constitucional em se combater as desigualdades e erradicar a pobreza, cuja principal ferramenta será o Fundo de Combate e Erradicação d Pobreza, no qual seu financiamento depende do IGF, conforme o Art. 80, III do ADCT.

Logo, é ilógico que o tributo que concretizaria um objetivo da República não seja instituído, não devendo dessa maneira ser respeitada a discricionariedade do administrador, frente ao desmando Constitucional.

Julia Pires Peixoto dos Santos, Mario Di Stefano Filho, Vinícius Gomes Casalino (2020, p. 191) elucidam sobre o tema:

Por derradeiro, não há espaço para que o legislador opte pela não instituição do IGF, pois, sob a lógica apresentada, a Constituição não autoriza que a omissão do Estado frustre a concretização dos objetivos fundamentais da República. Assim, apesar de tratada como dogma pela doutrina publicística brasileira, não subsiste a concepção da facultatividade como atributo inerente ao exercício da competência tributária. Portanto, verifica-se que, ao destinar os recursos provenientes da arrecadação do Imposto sobre Grandes Fortunas para o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, o texto constitucional impõe que aquele seja implementado. Descumprindo tal mandamento, há flagrante inconstitucionalidade na postura do legislador federal, que já tarda em aprovar a lei complementar necessária para a viabilização do imposto.

Em 2019 o Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) acionou a Suprema Corte com uma Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) alegando mora do Poder Legislativo em editar uma lei complementar que instaurasse o IGF. Em 2021, a Procuradoria-Geral da República ofereceu parecer pela improcedência do pedido, utilizando como principal argumento a separação de poderes e a função típica do legislativo em legislar matérias de interesse comum do povo.

Já houveram diversas tentativas de instituição do IGF, desde 2008 já acumulam projetos de lei complementar, mas que não são aprovadas sempre baseado no mesmo argumento: Evasão fiscal e falta de experiência internacional bem sucedida no assunto (Santos; Stefano Filho; Casalino, 2020).

Ocorre que, estatisticamente falando, a carga tributária do Brasil é menor do que muitos países do G7, e isso não os faz deixar de ser competitivos internacionalmente. Ainda pior, é alegada a falta de experiência internacional para tributar as grandes fortunas, mas não para isentar os dividendos em 100%, prática só feita no Brasil e na Estônia (Stefano Filho, Buffon, 2022).

Nota-se que o argumento de Lowi estava certo acerca da dificuldade política de se aprovar políticas públicas redistributivas. Ora, se as políticas beneficiarem certa camada social e forem financiadas pela população em geral os perdedores serão “indiretos”, mas se a política onerar os ricos em detrimento dos mais carentes, os perdedores serão “diretos” e isso por si só gerará mais embate político (Casalino, 2021).

Em 17 de Junho de 2021, o relator Ministro Marco Aurélio votou favorável pela omissão do Poder Legislativo, resta aguardar o resto do julgamento. Entretanto, não defende o Relator a fixação de prazo para a atuação do Poder Legislativo, conforme menciona:

Ausente regulamentação do tributo, constitui passo demasiado largo fixar prazo ao legislador, visando a adoção de providências. Mantenho-me fiel ao que venho sustentando, em se tratando da mora de outro Poder. Não cabe ao Supremo, sob pena de desgaste maior, determinar prazo voltado à atuação do Legislativo. É perigoso, em termos de legitimidade institucional, uma vez que, não legislando o Congresso Nacional, a decisão torna-se inócua (STF, 2021, p. 6).

Apesar da decisão favorável, a falta de prazo deixa o Poder Legislativo em uma inércia sem perspectiva de movimentação, não alterando a situação até o momento.

Conclusão

As desigualdades sociais se agrava cada vez mais no Brasil, e a própria Carta Magna de 1988 deu instrumentos suficientes para combatê-las. Dentre os principais mecanismos está o Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF) cuja arrecadação está vinculada ao Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza.

Ocorre que, a instituição ou não de tal tributo é caracterizado como uma política pública tributária, isto é, uma escolha política de arrecadação típica do poder executivo. Entretanto, tal escolha não é livre ao administrador, a discricionariedade tem lastro com a constitucionalidade das escolhas efetuadas.

Diante dessa conjectura, a hipótese-tentativa levantada se confirma, visto que a discricionariedade administrativa não é absoluta. A escolha de não instituir o IGF, assim, pauta-se em latente inconstitucionalidade, qual reconhecida pelo relator da ADO 55/DF o Ministro Marco Aurélio do STF.

Referências

ANSELMINI, Priscila; BUFFON, Marciano. Extrafiscalidade como meio de realização de políticas públicas: a busca pela concretização do 'bem comum' no Estado Democrático de Direito. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Itajaí, v. 15, p. 295-315, 2020.

BORGES, Antônio Moura; TEODOROVICZ, Jeferson; ESTECHE FILHO, Victor Guilherme; SIMIONI FILHO, Daniel Luiz. Políticas públicas tributárias anticíclicas: Análise do contexto brasileiro na crise decorrente da COVID-19. **Revista Jurídica**, Curitiba, vol. 2, n. 64, 2021, p. 515-539.

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, Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade por omissão 55/DF**. Relator: Min. Marco Aurélio, Brasília: 2019.

CASALINO, Vinícius Gomes. Economia de mercado e políticas públicas: elementos de epistemologia à luz da obra de Theodore J. Lowi. **Revista de Direito Público (RDP)**, Brasília, volume 18, n. 98, 615-644, mar./abr. 2021.

DIFINI, Luiz Felipe Silveira; JOBIM, Eduardo de Sampaio Leite. Estado fiscal, tributação e os critérios de justiça no direito tributário. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. Porto Alegre, n. 41, p. 278-304, dez. 2019.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes**. New York: W.W. Norton Company, 1999.

LOWI, Theodore J. American Business, Public Policy, Case-Studies, and Political Theory. In: **World Politics**, Vol. 16, Issue 04, July 1963, pp. 677-715.

LOWI, Theodore J. Four system of Policy, Politics, and Choice. **Public Administration Review**, Vol. 32, N. 04 (Jul – Ago 1972), pp. 298-310.

MASTRODI, Josué; IFANGER, Fernanda Carolina de Araújo. Sobre o conceito de políticas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, Florianópolis, v. 24, n. 9, p. 05-18, Set./Dez. 2019.

PIERDONÁ, Zelia Luiza; FRANCISCO, José Carlos; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda. Direitos sociais em tempos de crise: Vedação ao retrocesso social e moderação judicial. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, vol. 34, n. 1, pp. 57-75, 2020.

PIERDONÁ, Zelia Luiza; LEITÃO, Andre Studart; FURTADO FILHO, Emmanuel Teófilo. Primeiro, o básico. Depois, o resto: O direito à renda básica. **Revista Jurídica**, Curitiba. Vol. 02, n. 55, pp. 390-417, 2019.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

POPPER, Karl Raimund. **An unended quest**. Psychology Press, 2002. p. 315.

PORTELLA, André Alves; GUIMARÃES, Rebeca Bárbara. Análise-crítica da proposta de reforma tributária brasileira à luz da concepção de tributação equitativa de Thomas Piketty. **Revista de Direito Internacional Econômico e Tributário (RDIET)**, Brasília, v. 15, n. 1, p. 112-142, Jan-Jun, 2020.

SANTOS, Julia Pires Peixoto dos; STEFANO FILHO, Mario Di; CASALINO, Vinícius Gomes Imposto sobre Grandes Fortunas e Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza: competência tributária, omissão inconstitucional e violação de direitos fundamentais. **Revista Meritum**. Belo Horizonte, vol. 15, n. 4, p. 172-195, 2020.

SCHMIDT, João Pedro. Para estudar políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas. **Revista do Direito**, Santa Cruz do Sul, v. 3, n. 56, p. 119-149, set./dez. 2018.

STEFANO FILHO, Mario Di; BUFFON, Marciano. Benefícios fiscais regressivos: Um estudo sobre políticas públicas distributivas à luz de Theodore J. Lowi. **Revista de Estudos Institucionais (REI)**, v. 8, n. 1, p. 138-159, jan./abr. 2022.

A TRIBUTAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS COMO FORMA DE IMPLEMENTAR DIREITOS SOCIAIS

Roselaine Carvalho Rocha

Graduada em Direito pela IBGEN School Business. Pós-graduada em Direito Empresarial e Tributário. Pós-graduanda em Direito Público, Mestranda em Direito Público pelo Programa de Pós Graduação em Direito - Unisinos

Resumo:

A presente pesquisa busca analisar se a cobrança de tributos das novas tecnologias, podem contribuir na implementação dos direitos sociais. Leva-se em consideração os argumentos de Klaus Schwab, que defende um dos impactos econômicos causados pelas novas tecnologias, que é o aumento das desigualdades sociais, e Juergen Habermas que escreve sobre os princípios do estado de direito. Inicialmente, faremos uma contextualização sobre a quarta revolução industrial, que trabalha aspectos societais; a mudança de paradigma da sociedade transacional, alinhado aos valores da sociedade contemporânea, à luz dos direitos fundamentais, e em seguida sobre as operações com as tecnologias. A preocupação é, justamente, como tais princípios conversam com os aspectos geradores de desigualdades acentuadas apontadas por Klaus Schwab. Por si, só, a temática sobre as desigualdades sociais, é complexa e abrangente, no entanto, o que se pretende é trazer à baila a possibilidade de tributação das novas tecnologias e como elas atuariam para frear o avanço das desigualdades. A metodologia utilizada baseia-se na pesquisa qualitativa, exploratória, bibliográfica, e na análise de referências específicas (desigualdades sociais, justiça, tributação) dos objetivos traçados. Tais aspirações têm objetivo de dialogar com as questões sobre direitos humanos, de uma perspectiva dos direitos sociais, que se fundamentam no princípio da dignidade humana dentro do ordenamento vigente. A partir das crescentes “dores” da sociedade, isto é, o aumento significativo da população necessitando da assistência do Estado, que possui recursos finitos.

Palavras-chave: Desigualdade; Quarta Revolução Industrial; Justiça; Tributação das novas tecnologias.

Introdução

Com a quarta revolução industrial a sociedade se vê desafiada, frente ao

aumento das desigualdades sociais. E por conta disso a dependência do Estado tende a aumentar e por conseguinte a despesa financeira para implementar políticas sociais.

Um dos meios que podem ajudar a implementação de políticas públicas é a tributação das novas tecnologias destinadas à implementação de direitos sociais. Se por um lado a tecnologia traz benefícios, ela também traz prejuízos. Mas há um desafio por parte do Estado que é a fuga dos indivíduos para a autorregulação, onde os indivíduos são livres para transacionar.

Para a sociedade vigente a tributação já é excessiva, portanto, não justificaria uma implementação de uma nova tributação, por outro lado, o impacto das desigualdades sociais, está cada vez mais chocante e disseminado por todos os seguimentos da sociedade, ensejando uma atuação mais eficaz das autoridades na concretização de direitos, o que é um grande desafio na sociedade moderna atual.

A quarta Revolução Industrial e a tributação das novas tecnologias

Os impactos sociais da quarta Revolução Industrial

A quarta revolução industrial traz muitos desafios para sociedade contemporânea, dentre eles o aumento das desigualdades sociais mais acentuadas por todo mundo. A preocupação assemelha-se com aquela no período da terceira revolução industrial que causou um grande temor por parte da população.

Para Schwab¹ a quarta revolução industrial pode trazer grandes benefícios, mas igualmente enormes desafios devido a acentuada desigualdade:

A quarta revolução industrial irá gerar grandes benefícios e, em igual medida, grandes desafios. Uma preocupação particular é a desigualdade exacerbada. Os desafios colocados pelo aumento da desigualdade são difíceis de quantificar, pois, em grande maioria, somos consumidores e produtores; dessa forma, a inovação e a ruptura afetarão nossos padrões de vida e bem-estar tanto de forma positiva quanto negativa.

O motivo está na centralização dos investimentos na melhoria dos processos tecnológicos e novas tecnologias. A prova disso, é que cada vez mais aumenta o número de pessoas que necessitam do auxílio do estado para sobreviver, entre eles pessoas os quais encontram-se na faixa etária do envelhecimento e que não possuem mais condições de trabalhar e verter recolhimento previdenciário para o sistema da seguridade social.

À vista disso, os hábitos e padrões tendem a se modificar conforme o envelhecimento da sociedade, porém no caso de uma sociedade com processo tecnológico, ela está fadada a um crescimento desacelerado, exceto se a tecnologia acelerar a capacidade de trabalhar de forma que as pessoas sejam

1 SCHWAB, Klaus. a quarta revolução industrial. Cap.III.

capazes de produzir mais sem o dispêndio da sua energia vital, isto é, sem o esgotamento da força de trabalho².

Desde os primórdios a sociedade está estruturada no trabalho gerações após gerações, sendo ameaçada com a incorporação maciça das tecnologias aos processos das empresas e por conta disso a substituição do trabalhador pela tecnologia, deixando assim muitos à margem da sociedade.

Nas palavras de Habermas³ o trabalho perdeu sua força persuasiva na sociedade e como tal a capacidade integrativa do sujeito na sociedade:

A utopia de uma sociedade do trabalho perdeu sua força persuasiva - e isso não apenas porque as forças produtivas perderam sua inocência ou porque a abolição da propriedade privada dos meios de produção manifestamente não resulta por si só no governo autônomo dos trabalhadores. Acima de tudo, a “utopia perdeu seu ponto de referência na realidade: a força estruturadora e socializadora do trabalho abstrato. Claus Offe compilou convincentes “indicações da força objetivamente decrescente de fatores como trabalho, produção e lucro na determinação da constituição e do desenvolvimento da sociedade em geral.

Em outras palavras, a introdução acelerada das novas tecnologias na sociedade afeta diretamente aqueles indivíduos que não conseguem adaptar-se ao processo evolutivo do século XXI, tornando-os incapazes de proverem suas necessidades de modo independente, ensejando a exclusão social.

Com a incapacidade da população de se sustentar, a dependência do Estado tende a aumentar e por conseguinte a despesa financeira para implementar políticas sociais que possam alcançar esses indivíduos marginalizados.

Nesse sentido, Rawls⁴ vai dizer que a justiça é o primado das instituições sociais:

A justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento.[...] Cada pessoa possui uma inviolabilidade fundada na justiça que nem mesmo o bem-estar da sociedade como um todo pode ignorar.

Então, na visão acima de Rawls nenhum indivíduo pode ter suas necessidades ignoradas em prol do bem comum e portanto o Estado deve ter como porta voz a obrigação de promover o bem estar de todos.

Já Dallari⁵ assevera que se o objetivo da sociedade é o bem comum, ela tem o dever de implementar condições que permitam que cada pessoa, grupo

2 Idem.

3 HABERMAS, Juergen. A nova intransparência. A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O ESGOTAMENTO DAS ENERGIAS UTÓPICAS. Disponível em:<https://cemap-interludium.org.br/wp-content/uploads/Habermas-nova-intranspar%C3%Aancia.pdf>.

4 RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

5 DALLARI, Dalmo. pg.35

social possa atingir a concretização dos seus objetivos particulares.

Tendo em conta a disseminação das novas tecnologias e os fatores que desencadeiam o aumento das desigualdades sociais, por todos os segmentos da sociedade, e a necessidade de uma atuação mais efetiva do Estado, há uma grande preocupação e incerteza quanto à efetivação dos direitos sociais, em razão do grande contingente de pessoas que buscam a prestação social estatal como fonte primária de subsistência.

Das dificuldades de implementação dos direitos sociais através de políticas públicas

Na concepção de Rawls⁶, a base da sociedade está estruturada num sistema cooperativo, através de instituições políticas movidas por acordos económicos e sociais, sendo que as decisões são tomadas a partir dos direitos e deveres de cada um, pelas instituições mais importantes. Ou seja, para que haja uma igualdade todos os sujeitos devem estar em posições iguais, portanto estariam aptos a escolher de acordo com os seguintes princípios: primeiro que todas as pessoas devem ter a mesma liberdade em relação umas às outras; e segundo: tanto as desigualdades sociais, tanto as sociais devem estar organizadas a serem pensadas como vantajosas para todas as pessoas e ligadas às posições na sociedade acessíveis a todos. Nos termos atuais

Portanto a luz de tais princípios são admissíveis desigualdades sociais dentro de um sistema que garanta o direito de todos os acessos às mesmas oportunidades e liberdades. Mas, no caso atual, tal argumento não é aplicado em termos de justiça, isso porque a grande maioria dos indivíduos não possuem os mesmos direitos e tampouco a liberdade para acessar as instituições, levando-os a buscar a prestação estatal em termos de garantias sociais.

Há em termos de evolução da sociedade situações antagónicas: de um lado um crescimento sem precedentes em razão da tecnologia e maior acessibilidade e por outro um periclitamento na implementação de políticas públicas que possam encaminhar a perfectibilização dos direitos sociais para todos. Em vista disso, sob a visão rawlsiana, as desigualdades nas sociedades tecnológicas, não são admitidas. Isso porque, segundo a teoria de Rawls⁷, os indivíduos não estão, sob a mesma condição de escolha segundo os requisitos apontados no princípio da diferença, pelo fato de que há uma aceleração do número de desamparados, oriundos do desenvolvimento tecnológico, fazendo com que as pessoas não tenham os mesmos direitos e nem as mesmas oportunidades de escolha, em relação àqueles sujeitos que possuem.

Habermas⁸ defende que a forma de o Estado resolver esse antagonis-

6 RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

7 Idem

8 HABERMAS, Juergen. A nova intransparência. A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O ESGOTAMENTO DAS ENERGIAS UTÓPICAS. Disponível em: <https://cemap-interludium.org.br/wp-content/uploads/Habermas-nova-intranspar%C3%AAnc>

mo para atingir o Estado Social é via legitimação nas eleições, esbarrando na capacidade e aparelhamento estatal de forma que sua intervenção possa proteger o capitalismo e simultaneamente abrandar as crises.

Nesse aspecto, as políticas encontram um grande obstáculo e muitas vezes não chegam aos destinatários necessários, pois faltam recursos para tanta contingência, embora, no caso da Constituição de 1988 o rol de direitos seja amplo e abrangente. Além da dificuldade em atender todas as necessidades que surgem dia após dia, há também em termos de obstáculo o custo dos direitos e a cláusula da reserva do possível, influenciando rigorosamente a efetividade dos direitos sociais no Brasil⁹.

Nas palavras de Leivas a razão para esse fato é que a maioria dos direitos sociais têm a sua gênese prestacional, exigindo do estado uma intervenção direta, diferentemente das prestações negativas estatal que exigem um não fazer¹⁰. Sob essa ótica, o estado social expõe-se ao perigo de afastar-se de sua essência social e assim concorrer para uma crise social nunca imaginada.

Da tributação das novas tecnologias

Com a crescente evolução dos negócios nos ambientes virtuais, temos um grande desafio para o ordenamento jurídico sobre como tutelar direitos dentro dessa nova roupagem de negócios do século XXI. Mas há, ainda, um desafio maior dentro dessa nova perspectiva mundial em face à implementação de direitos sociais, que se concretizam através de políticas públicas dirigidas aos jurisdicionados.

Se por um lado a constituição oferece um grande guarda-chuva de direitos, por outro ela também impõe limites ao poder de tributar do Estado e como resultado há um entrave na realização dos direitos sociais, por meio das políticas públicas¹¹. Essa limitação do poder de tributar vincula-se ao custeio dos direitos sociais, os quais servem como falta de implementação de políticas públicas que visem alcançar renda mínima e direitos básicos para todos.

A tributação das novas tecnologias originou-se a partir do Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) coordenado pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE)¹². O objetivo central é combater a elisão fiscal por meio de colaboração de 137 Nações baseado na Declaração sobre uma solução de dois pilares para enfrentar os desafios fiscais decorren-

9 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

10 LEIVAS, Paulo Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

11 SCHIER, Paulo Ricardo e Adriana da Costa Ricardo. Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação

12 Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) <https://www.oecd.org/tax/beps/>

tes da digitalização da economia¹³.

Dentro do sistema tributário vigente não há previsão sobre tributação das operações realizadas dentro das plataformas tais como blockchain, aplicativos e negócios de nuvem. Um dos motivos se dá pelo fato de que não há uma definição dos conceitos de mercadoria, para fins de instituição do fato gerador do tributo, outro fator é, que os sistemas jurídicos estão atrasados quanto a modernização das operações na infosfera. Além disso, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais tributários, são barreiras, ao exercício do poder de tributar do Estado Brasileiro, evitando a tributação com o cunho confiscatório, somando-se a multiplicidade de leis esparsas, que versam sobre tributação, deixando o sistema tributário vigente, complexo e obtuso, fornecendo desculpas aos vícios na aplicação das leis tributárias¹⁴.

Contudo, com o problema endêmico em fase avançada de desigualdades, há necessidade de novos arranjos de tributação, para fins de custeio do Estado, e põe em cheque a onerosidade excessiva tão contestada por parte dos contribuintes sob o argumento que a tributação vigente é excessiva.

A tentativa do Estado de tributar as operações das novas tecnologias, esbarra, também, no fato de que ao migrarem com seus negócios para ciberespaços, os indivíduos buscam fugir da regulação e por consequência da tributação, tornando assim as operações mais baratas, aumento da lucratividade por não haver incidência de imposto. Sobre ideias de diminuição das desigualdades sociais cidadania fiscal, Unger¹⁵ defende novos arranjos tributários:

Há dois modos de explicar, no contexto de sociedades relativamente desiguais e despolitizadas, os benefícios da geração de receita por meio da taxação indireta do consumo. A primeira explicação, é a mais básica, e o efeito assimétrico da redistribuição por meio de taxação progressiva ou de redistribuição pelo gasto público, fundada em um impacto abrangente, de alíquota única, sobre o valor agregado (a forma exemplar de tributação indireta do consumo), sobre estruturas e incentivos econômicos estabelecidos. A taxação direta e progressiva, particularmente se incidir sobre renda ou riqueza, afeta diretamente o comportamento individual. O gasto público, financiado pelo instrumento relativamente neutro do imposto abrangente, de alíquota única, sobre o valor agregado, também influencia as estruturas e os incentivos, mas de maneira mais oblíqua (deslocando o equilíbrio entre recursos e responsabilidades públicos ou privados).

Em vista disso a visão de cidadania fiscal na contemporaneidade, não implica na existência de cidadãos buscando para si a efetividade de direitos e ao mesmo tempo se neguem a pagar tributos, como forma de contribuição na

13 Idem.

14 DESCARTES, René. DISCURSO DO MÉTODO MEDITAÇÕES. Tradução: Roberto Leal Ferreira. Ed. Martin Claret.

15 UNGER, Roberto Mangabeira. DEMOCRACIA REALIZADA a alternativa progressista. Editorial Boitempo, São Paulo, 1999.

implementação de tais direitos¹⁶, e sim a participação de todos na busca de uma sociedade mais igual. Vale dizer, que no caso do Brasil, já houve a criação de imposto, com a correspondente destinação, ou seja, a arrecadação somente poderia ser utilizada para aquele fim que foi descrito na norma instituidora, assemelhando-se às contribuições previdenciárias que destinam-se ao custeio da seguridade social.

Diante dessa perspectiva ungariana e visão de cidadania fiscal, a tributação das novas tecnologias direta, por meio do consumo, poderia trazer maior transparência, atingindo o poder econômico daqueles do topo da pirâmide. Os valores arrecadados do imposto único serviriam para implementar políticas públicas, já que são os mesmos indivíduos que reclamam para si a efetividade dos direitos sociais. De modo que, em termos de tributação e operações, atribuir incidência de imposto para as novas tecnologias seria uma forma do Estado alcançar a posição inicial de igualdade defendida por Rawls, os quais cada indivíduo estaria apto a aceitar as desigualdades em prol da harmonização do bem comum e a paz social.

Considerações finais

Com aumento das desigualdades sociais em virtude da expansão acelerada das novas tecnologias, tendem a aumentar. A razão está no fato de que os hábitos e padrões tendem a se modificar conforme a sociedade vai envelhecendo. Todavia, no caso de uma sociedade com processo tecnológico, ela está predestinada a uma desaceleração no crescimento, a menos que a tecnologia possa acelerar a capacidade de trabalhar das pessoas, que passam a produzirem mais, senão a sociedade torna-se a beira do processo evolutivo.

Um dos maiores desafios do estado moderno é promover políticas públicas que alcancem a todas as pessoas afetadas pela quarta revolução industrial. Em termos de políticas públicas há um déficit da prestação estatal, pois falta recurso para tanta demanda. Sob o aspecto da justiça proposta por Rawls, as desigualdades somente são aceitas se os indivíduos têm os mesmos direitos e oportunidades de escolha. Para que isso aconteça, todos os sujeitos devem estar em posições iguais, pois a partir daí estariam aptos a escolher pautados nos seguintes princípios: primeiro todas as pessoas devem ter a mesma liberdade em relação umas às outras; e segundo: tanto as desigualdades sociais, tanto as sociais devem estar organizadas a serem pensadas como vantajosas para todas as pessoas e ligadas às posições na sociedade acessíveis a todos.

Portanto a luz de tais princípios são admissíveis desigualdades sociais dentro de um sistema que garanta o direito de todos os acessos às mesmas oportunidades e liberdades. Mas, no caso atual, tal argumento não é aplicado em termos de justiça, isso porque a grande maioria dos indivíduos não pos-

16 BUFFON, Marciano. TRIBUTAÇÃO E DIGNIDADE HUMANA entre direitos e deveres fundamentais. pg.100.

suem os mesmos direitos e tampouco a liberdade para acessar as instituições, levando-os a buscar a prestação estatal em termos de garantias sociais.

Uma das formas de reduzir o impacto das novas tecnologias é a tributação das novas tecnologias, visto que a gama de negócios na rede têm aumentado. Mas, ainda sim, talvez não seja o suficiente para alcançar a todos que precisarem de auxílio.

Há em termos de evolução da sociedade situações antagonônicas: de um lado um crescimento sem precedentes em razão da tecnologia e maior acessibilidade e por outro um pericimento na implementação de políticas públicas que possam encaminhar a perfectibilização dos direitos sociais para todos. Em vista disso, sob a visão rawlsiana, as desigualdades nas sociedades tecnológicas, não são admitidas. Isso porque, segundo a teoria de Rawls¹⁷, os indivíduos não estão, sob a mesma condição de escolha, segundo os requisitos apontados no princípio da diferença, pelo fato de que a aceleração do números de desamparados, provocados pelo desenvolvimento tecnológico, faz com que as pessoas não tenham os mesmos direitos e as mesmas oportunidades de escolha, em relação àqueles sujeitos que possuem.

Habermas¹⁸ defende que a forma de o Estado resolver esse antagonismo para atingir o Estado Social é via legitimação nas eleições, esbarrando na capacidade e aparelhamento estatal de forma que sua intervenção possa proteger o capitalismo e simultaneamente abrandar as crises.

Nesse aspecto, as políticas encontram um grande obstáculo e muitas vezes não chegam aos destinatários necessários, pois faltam recursos para tanta contingência, embora, no caso da Constituição de 1988 o rol de direitos seja amplo e abrangente. Além da dificuldade em atender todas as necessidades que surgem dia após dia, há também em termos de obstáculo o custo dos direitos e a cláusula da reserva do possível, influenciando rigorosamente a efetividade dos direitos sociais no Brasil¹⁹.

Nas palavras de Leivas a razão para esse fato é que a maioria dos direitos sociais têm a sua gênese prestacional, exigindo do estado uma intervenção direta, diferentemente das prestações negativas estatal que exigem um não fazer²⁰. Sob essa ótica, o estado social expõe-se ao perigo de afastar-se de sua essência social e assim concorrer para uma crise social nunca imaginada. A visão ungariana de tributação no consumo direto pode trazer novos horizontes para a questão tributária, na ideia de que todos devem contribuir para a

17 RAWLS, John. Uma teoria da justiça.

18 HABERMAS, Juergen. A nova transparência. A Crise do Estado de Bem-Estar Social e o Esgotamento das Energias Utópicas. Disponível em: <https://cemap-interludium.org.br/wp-content/uploads/Habermas-nova-intranspar%C3%AAnc>

19 TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

20 LEIVAS, Paulo Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

manutenção da sociedade e o bem comum, sendo inevitável a contribuição dos indivíduos por intermédio da tributação.

Referências

BUFFON, Marciano. **Tributação e dignidade humana entre direitos e deveres fundamentais**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

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: 20 de nov. 2022.

DALLARI, Dalmo. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. 33ª edição, editora: Saraiva, São Paulo, 2016.

DESCARTES, René. **Discurso do Método Meditações**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. TEXTO INTEGRAL. Copyright desta tradução: Editora Martin Claret, São Paulo, 2008.

HABERMAS, Juergen. A nova intransparência. **A CRISE DO ESTADO DE BEM-ESTAR SOCIAL E O ESGOTAMENTO DAS ENERGIAS UTOPI-CAS**. Disponível em: <https://cemap-interludium.org.br/wp-content/uploads/Habermas-nova-intranspar%C3%A4nci-a-Anc>. Acesso: 21.11.2022.

HABERMAS, Juergen. **Os Fundamentos do Estado Democrático de Direito**: Disponível em: <https://www.scielo.br/j/trans/a/xWbY9dstVR5sJkzGBnz8D-Gy/?lang=pt&format=pdf>. Acesso: 12.08.2022

LEIVAS, Paulo Cogo. **Teoria dos direitos fundamentais sociais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

Projeto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) <https://www.oecd.org/tax/beps/>

<https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.htm>

<https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/tributacao-das-novas-tecnologias/>

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta, LENITA M. R. ESTEVES, Editora: Martins Fonte, São Paulo, 2000.

SCHWAB, Klaus. **a quarta revolução industrial**. edipro, 1ª edição, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo e Adriana da Costa Ricardo. **Direitos sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação**. Disponível: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1047A> Acesso: 12.08.2022

TIMM, Luciano Benetti. **Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?** In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, Apud Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier.

UNGER, Roberto Mangabeira. **DEMOCRACIA REALIZADA a alternativa progressista**. Editorial Boitempo, São Paulo, 1999.

A REVOLUÇÃO DOS CRAVOS EM PORTUGAL E SUA EVOLUÇÃO POLÍTICA À LUZ DO DISCURSO NORTE-AMERICANO SOBRE DIREITOS HUMANOS

Misael Arturo López Zapico

Universidad Autónoma de Madrid. Historiador formado pela Universidad de Oviedo, Mestre em História e Análise Sociocultural pela Universidad de Oviedo e Doutor em História pela Universidad de Huelva

Daniel Azevedo Muñoz

Universidad Autónoma de Madrid. Jornalista formado pela Universidade de São Paulo e Mestre em História Contemporânea pela Universidad Autónoma de Madrid

Resumo:

Este artigo pretende documentar a relação das políticas externas para com os direitos humanos, perpetradas pelos Estados Unidos no período da Guerra Fria tardia, com o processo revolucionário ocorrido em Portugal em 1974, com a Revolução dos Cravos e a posterior reorganização do sistema político lusitano. Discute-se as origens de tais políticas estadunidenses, seus espelhos e divergências com as políticas da Comunidade Europeia da mesma temática, as variações entre as administrações republicanas e democratas nos Estados Unidos e os resultados de suas “intervenções” baseadas no ideal da defesa dos direitos humanos. Utiliza-se de fontes oficiais e jornalísticas para a análise das reais consequências de tais políticas, além de se usar o caso português como base de investigação, porém sem deixar de realizar as devidas comparações com os resultados das mesmas políticas em outros países do eixo mediterrâneo, que também passavam por processos de mudança política pós-regimes ditatoriais, como a Espanha e a Grécia, além de países da América Latina, onde tais políticas tiveram distintos resultados nas ditaduras militares da região. Conclui-se este estudo com os resultados políticos internos nos Estados Unidos das distintas fases de tais políticas, passando pela Alliance for Progress, pelo Kissingerianismo e pelas políticas de pressão de Jimmy Carter.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Política externa dos Estados Unidos; Guerra Fria; Democracia; Revolução dos Cravos

Introdução

O democrata Jimmy Carter começou sua caminhada presidencial no dia 20 de janeiro de 1977, ao derrotar nas urnas Gerald Rudolph Ford Jr., seu adversário republicano nas eleições pela Casa Branca, onde ocupava a presidência após a renúncia de Richard Milhous Nixon, em agosto de 1974. A distância percentual entre os candidatos foi de apenas um ponto, o que indica a polarização que apresentava a sociedade estadunidense naquele momento. Carter, acompanhado na chapa presidencial pelo senador pelo Estado de Minnesota, Walter Mondale, havia se apresentado como um homem de fora do *establishment* de Washington, disposto a trabalhar para curar as feridas internas deste, além das que existiam em matéria de política externa, que ameaçavam o seu país¹.

No que se refere às ações externas dos Estados Unidos, a nova administração aspirava corrigir a imagem negativa que se projetava sobre o país em determinadas regiões do globo. Para isso, apostaram em transformar a política Kissingeriana, notoriamente realista, criando um novo modelo de liderança para o Bloco Ocidental, centrado em diálogo e entendimento. Uma aposta por outro tipo de diplomacia, cuja pedra angular fosse a defesa dos valores democráticos e dos direitos humanos como indicativo maior da conduta da superpotência americana². Não obstante, não se produziu um abandono das políticas de dissuasão armada, mesmo com o avanço global em matéria de não proliferação, e tampouco se produziu uma rutura completa com as políticas das administrações republicanas, mantendo-se, por exemplo, as intenções e avanços na normalização das relações com a República Popular da China,

1 Stuart E. Eizenstat, **President Carter: The White House years** (Nova Iorque: St. Martin's Press, 2018).

2 Mais de quarenta anos depois do final do mandato presidencial de Carter, continua aberto o debate sobre a eficiência de sua política externa e sobre as reais oportunidades de sucesso por trás de seus intentos. Em linhas gerais, a bibliografia produzida no período mais próximo de seu governo destacava os erros em suas decisões e a falta de coerência nas ações internacionais dos Estados Unidos à época, especialmente ao forçar-se a defender princípios que debilitariam sua posição no concerto da Guerra Fria. Contudo, atualmente, alguns autores propuseram uma revisão menos crítica de seu mandato, na qual se procura contextualizar um programa de governo que encontrou obstáculos intransponíveis, mas que deixou bases que acabaram por influenciar em algumas administrações posteriores, condicionando assim as relações posteriores com a União Soviética. A título de exemplificar, destaca-se tais obras no que concerne este debate: Gaddis Smith, **Morality, Reason and Power: American diplomacy in the Carter years** (Nova Iorque: Hill & Wang, 1986); Donald S. Spencer, **The Carter Implosion: Jimmy Carter and the amateur style of diplomacy** (Nova Iorque: Praeger, 1988); David F. Schmitz e Vanessa Walker, **“Jimmy Carter and the Foreign Policy of Human Rights: The development of a post-Cold War foreign policy”**, *Diplomatic History*, Vol. 28, n° 1, 2004, pp. 113-143; Scott Kauffman, **Plans Unraveled: The foreign policy of the Carter administration** (DeKalb, Northern Illinois University Press, 2008); Mary E. Stuckey, **Jimmy Carter, Human Rights, and the National Agenda** (College Station: Texas A&M University Press, 2008); Umberto Tulli, **A Precarious Equilibrium: Human rights and détente in Jimmy Carter's soviet policy** (Manchester: Manchester University Press, 2021).

em detrimento de Taiwan³. O paradigma institucionalista, mesmo que inicialmente aceito e compartilhado pelo núcleo duro do time de Carter, não deixava de demonstrar seus claros problemas de realização. Desta forma, tais questões se evidenciaram no enfrentamento entre o Secretário de Estado, Cyrus Roberts Vance, notório defensor da necessidade de ampliar o entendimento com a União Soviética, contra o Conselheiro de Segurança Nacional, Zbigniew Kazimierz Brzezinski, que apostava por seguir mantendo distância dos soviéticos, em uma política de não demonstrar nenhum tipo de fraqueza em concessões, nem na Europa do Leste, nem em outros pontos “quentes” do planeta⁴.

Princípios da política de Carter

O traçado a respeito de quais deveriam ser os princípios organizadores da política externa de Carter durante a sua presidência se fixaram no muito conhecido discurso pronunciado pelo mandatário na católica *University of Notre Dame du Lac*, em Indiana, em razão de um evento de graduação, em maio de 1977. A fala do presidente, preparada até o último detalhe, incluía trechos como o seguinte:

“(...) I believe we can have a foreign policy that is democratic, that is based on fundamental values, and that uses power and influence, which we have, for humane purposes. We can also have a foreign policy that the American people both support and, for a change, know about and understand.

I have a quiet confidence in our own political system. Because we know that democracy works, we can reject the arguments of those rulers who deny human rights to their people.

(...)

(...) We can no longer separate the traditional issues of war and peace from the new global questions of justice, equity, and human rights.

It is a new world, but American should not fear it. It is a new world, and we should help to shape it. (...)

(...)

First, we have reaffirmed America's commitment to human rights as a fundamental tenet of our foreign policy. (...) We want the world to know that our Nation stands for more than financial prosperity.”⁵

3 Raymond A. Moore, **“The Carter Presidency and Foreign Policy”**, em M. Glenn Abernathy (Ed.), Dilys M. Hill (Ed.) e Phil Williams (Ed.), **The Carter Years: The president and policy making** (Nova Iorque: St. Martin's Press, 1984), pp. 54-83.

4 Sobre esta difícil relação pessoal e suas consequências, ver: James Winfield Lumberg, **Conflicts Between Cyrus Vance and Zbigniew Brzezinski: A cause of inconsistent American foreign policy during the Carter administration** (Cambridge: Harvard University Press, 1989). Mais recentemente, a questão foi revisitada em: Christopher Wallis, **The Thinker, The Doer and The Decider: Zbigniew Brzezinski, Cyrus Vance and the bureaucratic wars of the Carter administration**. Tese de doutoramento (Northumbria University, 2018). Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/196578372.pdf> (acesso em: 20/11/2022).

5 Jimmy Carter, discurso inaugural na *University of Notre Dame du Lac*. Disponível online por Gerhard Peters e John T. Woolley, em The American Presidency Project: <https://>

Claramente se observa toda uma declaração de intenções, acompanhada dos compromissos explícitos expressados acima, no discurso do democrata.

A origem da ideia dos Direitos Humanos como imperativo estadunidense de política externa

Há de recordar, contudo, que Carter não retirou a ideia de usar da defesa de uma democracia efetiva e da superioridade moral ocidental no quesito dos direitos humanos de uma total inovação de sua parte. Na realidade, a velha política da *Alliance for Progress*, idealizada nos princípios dos anos 1960, no final da administração do martirizado democrata John F. Kennedy, já colocava que a defesa da democracia e dos direitos humanos integrariam os ideais do presidente estadunidense para a sua política de freio das revoluções socialistas⁶. O laboratório utilizado para tal política foi a América Latina, onde o governo estadunidense realizou a sua política de ajudar (financeiramente) o desenvolvimento da região, fazendo com que assim os países naturalmente se aproximassem mais dos valores ocidentais, se afastando de Moscovo e de Fidel Alejandro Castro Ruz. Porém, na prática não houve absolutamente nenhuma ação perante as exigências da democracia e dos direitos humanos na região, as ações foram somente económicas, e as exigências também acabaram por ser, fazendo com que os Estados Unidos entrassem de cabeça nas políticas do pragmatismo que os levou a fazer alianças com regimes ditatoriais e violentos, desde que estes freassem o comunismo e garantissem o livre-mercado norte-americano na região⁷.

Neste caso, os discursos pelos direitos humanos de Kennedy não somente foram esquecidos por seu sucessor Lyndon B. Johnson (e os republicanos que o sucederam), como tais defesas ficaram marcadas como simples espantalhos de discurso, o que contaminou até os mais democratas dos formadores de opinião, que passaram a ver com ceticismo tais ações, apelando para uma ideia Kissingeriana do *détente*. Pode-se observar claramente isso na cobertura do *The New York Times* da evolução dos regimes militares latino-americanos, aliados dos Estados Unidos, que foram legitimados no início por

www.presidency.ucsb.edu/node/243018 (acesso em: 24/10/2022).

6 Para uma bibliografia sobre a política da *Alliance for Progress*, ver: Michael Dunne, **“Kennedy’s Alliance for Progress: Countering revolution in Latin America: Part I: From the White House to the Charter of Punta del Este”**, *International Affairs*, Vol. 89, n° 6, 2013, pp. 1389-1409; e Jerome Levinson e Juan de Onís, **The Alliance That Lost Its Way: A critical report on the Alliance for Progress** (Chicago: Quadrangle Books, 1970).

7 Sobre o resultado de tal política, a obra de Levinson e Onís explica os problemas gerados, em parte justamente pela falta de seriedade na exigência de que tais países aliados seguissem básicos valores de democracia e respeito aos direitos humanos. Na análise desta obra, a política de Kennedy foi um fracasso tanto neste quesito, quanto também no quesito de afastar as esquerdas da região de um ideal revolucionário, já que a violência dos regimes militares fez com que o radicalismo crescesse entre as resistências dos países, os aproximando mais de Castro que dos ideais da ala mais à esquerda do Partido Democrata dos Estados Unidos. Ver *Ibid*.

tais media, por causa de uma confiança nos planos de seu presidente, somente para depois se tornarem uma marca do fracasso de sua política e de vergonha para as ações tão pragmáticas de um “moralmente superior” ocidente⁸.

O caso português

Para o caso que é o foco deste artigo, que é o processo democratizador de Portugal – aberto com expectativas incertas na Revolução dos Cravos de 1974 – resulta especialmente interessante avaliar qual foi a postura mantida pela administração Carter perante o cenário luso, sob o mencionado paradigma institucionalista. Centremo-nos para isso nas documentações presidenciais e do Departamento de Estado dos Estados Unidos, disponíveis nos correspondentes volumes da série *The Foreign Relations of the United States (FRUS)*⁹. Através desta consulta, comprovamos qual foi a mensagem que chegou de Washington aos mandatários portugueses e aos cidadãos lusitanos.

Quando a administração Carter começa o seu mandato, observa-se que o complexo panorama aberto no dia 25 de abril de 1974 já havia em grande parte se solucionado. A Revolução dos Cravos foi uma surpresa para o presidente Nixon e seus assessores, concentrados naquele momento em resistir à crise aberta pelo escândalo *Watergate*. Diante destes acontecimentos, Henry Alfred Kissinger se posicionou a favor de isolar Portugal da Organização do Tratado do Atlântico Norte (OTAN) e aproveitar a oportunidade aberta para usar o ostracismo luso como uma vacina perante o possível contágio revolucionário nos países da bacia mediterrânea¹⁰. Tal postura se intensificou em julho deste mesmo ano, com a *Metapolitefsi* na Grécia. Em contraponto ao bloqueio do Secretário de Estado, se articularam outras estratégias, destacando-se especialmente a proposta defendida pelo embaixador estadunidense de Lisboa, Frank Charles Carlucci III, que julgava mais conveniente implementar

8 São múltiplos os editoriais e artigos de opinião veiculados no *The New York Times* que podem ser utilizados como exemplo desta mudança de pensamento, observa-se uma enorme adesão e “fê” nos ideais da *Alliance* nos meados dos anos 1960, seguida de uma cambiante e finalmente desistente crença no sucesso de tais políticas, no final da década citada, especialmente após as denúncias de fortes violações aos direitos humanos sendo descobertas por tais media. O caso brasileiro foi um dos primeiros a servir de base de mudança de opinião pública neste caso. Como fonte, observa-se os artigos do então correspondente Juan de Onís, que acabou por transformar suas análises entre chamar o que aconteceu no Brasil de “revolução”, para finalmente em 1968 definir o regime como uma autêntica “ditadura militar”. O trabalho do também correspondente Joseph Novitski também serve como termômetro desta mudança de visão, especialmente em suas notícias sobre os abusos cometidos pelos militares no gigante país sul-americano.

9 A série *The Foreign Relations of the United States* compila documentos estadunidense sobre as relações internacionais do país, tendo múltiplos volumes para cada período documentado, separados por administrações presidenciais. Pode-se consultar todos os tomos em: <https://history.state.gov/historicaldocuments> (acesso em: 24/10/2022). As obras contemplam todas as administrações dos Estados Unidos, desde Abraham Lincoln até Bill Clinton.

10 Bernardino Gomes e Tiago Moreira de Sá, **Carlucci vs. Kissinger: Os EUA e a Revolução Portuguesa** (Lisboa: Dom Quixote, 2008).

uma política de ajudas económicas condicionadas à moderação da experiência política portuguesa e à perda de espaço do influente Partido Comunista Português, liderado por Álvaro Barreirinhas Cunhal, potenciando assim outras opções políticas. Autores como Tiago Moreira de Sá¹¹ e Encarnación Lemus López¹² documentaram proficuamente este choque de posturas.

Tal política de simplesmente aplicar auxílios económicos direcionados, costumeiramente em situações e localizações calculadas para enfraquecer a capilaridade de movimentos socialistas entre as massas, pode ser interpretada como um retorno ao *status quo* da velha, já declarada falha, política de Kennedy. Além disso, as já citadas consequências negativas da política internacional do martirizado democrata ainda faziam parte dos motivos pelos quais, mesmo os media mais alinhados aos próprios ideais democratas, tratavam já este tipo de ação como uma verdadeira “inação”, que não traria nenhum benefício aos direitos humanos “apenas” por melhorar a saúde da economia de tais regiões. O exemplo do erro vinha justamente da América Latina, e essa ligação interpretativa se dava mais forte do que se antecipava, algumas vezes até por vias mais diretas, como no caso da correspondente-chefe do *The New York Times* no Brasil, Marvine Howe, que quando deixou seu cargo no país sul-americano, foi justamente assumir a chefia do escritório português do jornal nova-iorquino. A reação do *The New York Times* à Revolução dos Cravos foi de reticência pelo seu caráter comunista, mas também de compreensão e validação dos pontos de contestação dos opositores do regime de Marcello Caetano, especialmente por causa dos conflitos coloniais na África, que marcavam negativamente o Estado Novo português no que concerne os ideais de democracia e direitos humanos que o jornal seguia defendendo, neste caso inclusive à revelia dos interesses de seu próprio governo¹³.

Enquanto a administração Ford se debatia entre ambas posições, a Comunidade Económica Europeia (CEE) se alçou como uma protagonista de primeiro nível. As potências europeias tiveram uma agenda muito mais pragmática, tal e como documentou Víctor Fernández Soriano, condicionando seu apoio ao processo democratizador lusitano, mas também ao grego e ao espanhol, junto da aceitação e o respeito aos direitos humanos¹⁴. Em boa parte, os principais países europeus se converteram em fiadores da estraté-

11 *Ibid.*

12 Encarnación Lemus, “**Con la Vista en Portugal y Mirando a España: EE. UU. y el cambio político peninsular**”, *Hispania*, Vol. LXXII, nº 242, 2012b, pp. 723-754.

13 Para um compilado da cobertura do *The New York Times* sobre a Revolução dos Cravos e as contextualizações necessárias, ver os artigos de Henry Giniger, Henry Kamm, John Grimond, Lawrence Fellows e Paul Hofmann, veiculados no jornal estadunidense entre 4 de novembro de 1973 e 18 de agosto de 1974. Os ecos desta cobertura em relação à Espanha podem ser observados na monografia: Misael Arturo López Zapico, **El Tardofranquismo Contemplado a Través del Periódico The New York Times, 1973-1975** (Gijón: CICEES, 2010), pp. 102-106.

14 Víctor Fernández Soriano, **Le Fusil et L’olivier: Les droits de l’Homme en Europe face aux dictatures méditerranéennes (1949-1977)** (Bruxelas: Université de Bruxelles, 2015).

gia anunciada pelo embaixador Carlucci: o intercâmbio de metas políticas por ajudas económicas. O protagonismo europeu opacou, portanto, as iniciativas norte-americanas a respeito de Portugal, o que fez com que o papel dos Estados Unidos tenha ficado mais vinculado ao imaginário coletivo da notória visão de curto prazo encarnada por Kissinger¹⁵.

A Conferência de Segurança e Cooperação na Europa (CSCE) e o papel da CEE

O todo-poderoso Secretário de Estado tampouco mostrou qualquer confiança nos resultados que poderiam surgir da CSCE, iniciada em julho de 1973 e concluída na capital finlandesa em julho de 1975¹⁶. A reação sincera de Kissinger pôde ser observada na fala confidencial realizada ao presidente Ford, em reunião no *Oval Office* em agosto de 1974: “*On CSCE – we never wanted it but we went along with the Europeans. (...)*”¹⁷. Entre os signatários da Ata Final de Helsínquia estava Portugal. Não se tratava de um tratado vinculante, mas uma declaração de princípios, porém se via no sétimo título tudo que concerne ao “respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, incluindo a liberdade de pensamento, consciência, religião ou crença”¹⁸.

A adesão de certos países à ata, como a União Soviética ou a Espanha franquista, que teve a questionável honra de ser o primeiro Estado a violar os princípios da mesma por causa dos últimos fuzilamentos da ditadura, parece retirar peso a este compromisso com os direitos humanos e com as liberdades. Contudo, continua significativo como este discurso se convertera nos meados dos anos 1970 em um elemento muito visível e interiorizado, especialmente entre as democracias europeias. Por isso, não resulta estranho que em 1976 se aprovou no texto constitucional português, em seu artigo sétimo, dedicado às relações internacionais, o seguinte:

“1. Portugal rege-se nas relações internacionais pelos princípios da independência nacional, do respeito dos direitos do homem, dos direitos dos povos, da igualdade entre os Estados, da solução pacífica dos conflitos internacionais, da não ingerência nos assuntos internos dos outros Estados e da cooperação com todos os outros povos para a emancipação e o progresso da humanidade.”¹⁹

15 Tiago Moreira de Sá, **Os Americanos na Revolução Portuguesa (1974-1976)** (Lisboa: Editorial Notícias, 2004).

16 Ata final de Helsínquia, 1º de agosto de 1975, disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/7/b/39506.pdf> (acesso em: 24/10/2022).

17 Memorando da Casa Branca, criado por Brent Scowcroft, Ford e Kissinger em 15 de agosto de 1974. Classificado por Kissinger e desclassificado com partes suprimidas em 21 de março de 2000. p. 5.

18 Ata final de Helsínquia, 1º de agosto de 1975, disponível em: <https://www.osce.org/files/f/documents/7/b/39506.pdf> (acesso em: 24/10/2022). p. 6.

19 **Constituição da República Portuguesa**, VII Revisão Constitucional, 2005. Disponível em: <https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (acesso em: 24/10/2022). Artigo 7º.

Tais adesões vinham também num contexto em que a hegemonia sobre o monopólio do discurso de defesa dos direitos humanos por parte dos Estados Unidos passava a ser questionada inclusive pelo Bloco do Leste, o que também contribuiu para que Carter “engrossasse” o discurso com ações mais efetivas, para que não perdesse a queda de braço intelectual com Leonid Ilitch Brejnev.

Papel dos Estados Unidos no caso português

Efetivamente, a situação política lusa era já muito diferente quando Carter chegou à presidência, quando se compara com os anos anteriores. Entretanto, a experiência portuguesa pode ser um exemplo para comprovar se efetivamente os integrantes da administração democrata eram defensores desta mudança de política externa, mesmo antes de chegarem à Casa Branca. Não parece, por exemplo, ser o caso do senador Mondale, quem se expressava nos seguintes termos na Câmara Alta estadunidense em um debate sobre a política externa de seu país, pós-Vietname:

“Portugal offers another example of how dealing with specific interests rather than the concept of national security helps clarify what is at stake. While we would like to see a democratic Portugal, and should do what we can to encourage that, our primary interest is military. We must not be too pious in our criticism of the present government and forget that we were willing to tolerate a truly odious dictator for generations – precisely because the Salazar regime²⁰ provided us with a military base in the Azores that enabled us to control the Atlantic and support the Middle East.

By putting our interest in Portugal’s internal affairs into perspective, I think it should make it even more possible for us to be patient, to be more understanding of the very difficult internal problems of establishing a reasonable representative and progressive government in the aftermath of decades of tyranny. I believe we need not worry too much about how the political complexion in Portugal may change from day to day. Personally, I will be rooting for the moderate and democratic forces in Portugal, but as a government we should be clear that the essential American concern is for the continuation of our military relationship.”²¹

Nesta fala se observa um cenário que pode se encaixar com perfeição à postura plenamente realista protagonizada pela administração Ford. Contudo, um pouco depois, o senador Mondale faria referência à necessidade de advogar pelo respeito dos direitos humanos e das liberdades, independentemente de qual fosse a ideologia do governo que estivesse pisoteando estes²². É um bom exemplo de como nem sempre resultava fácil conciliar o interesse nacional com o foco humanitário. Neste sentido, antecipando as conclusões,

20 Nota no documento original, diz: “Reference is to Antonio de Oliveira Salazar, who served as the Portuguese Prime Minister from 1932 until 1968.”

21 Kristin L. Ahlberg (ed.) e Adam M. Howard (ed.), **Foundations of Foreign Policy, 1977-1980**, Vol. 1 (Washington: United States Government Printing Office, 2014). pp. 11-12.

22 *Ibid.*

tudo parece indicar que durante o mandato de Carter, os princípios dos direitos humanos como política externa foram mais simples de aplicar no caso da América Latina, enquanto as vozes das democracias europeias se tornaram as protagonistas no processo de transição que se abriu em Portugal a partir de 1974. Portanto, não se trata de negar que houvesse um compromisso explícito do lado norte-americano nestes casos, mas sim de compreender que este se limitava a ser uma expressão de apoio, como aquelas manifestadas pelo presidente dos Estados Unidos diante da Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU), em março de 1977: *“The United States will support the efforts of our friends to strengthen the democratic institutions in Europe, and particularly in Portugal and Spain.”*²³.

Seja como for, nem tudo ficou pendente da confiança em um catálogo de boas intenções. Por exemplo, quando fora consultado o já mencionado embaixador Carlucci, este manteve diante dos integrantes da nova administração democrata a sua firme convicção de que era necessário que os dólares – que vinham ou na forma de ajudas, ou na forma de crédito – seguissem fluindo em direção a Lisboa²⁴. De qualquer maneira, o que fica claro nos volumes publicados do FRUS (alguns de relevância especial, como o dedicado à Europa Ocidental, que segue ainda em revisão e pendente de difusão) é que essencialmente se utilizou do caso de Portugal, normalmente traçando um paralelo com as referências à Espanha, para demonstrar o compromisso de Carter com os direitos humanos no âmbito exterior²⁵. Entre as comunicações preparadas por seu Conselheiro de Segurança Nacional, feitas para um encontro do presidente com jornalistas europeus, que ocorreu em abril de 1977, o tema parecia alinhado:

*“Democracy and Human Rights:*²⁶ *The added strength that all the Western nations draw from a renewed understanding of the democratic basis of common action – and of our internal political strength. For the first time the NATO Allies are all democracies, and – with developments in countries like Portugal and Greece (and Spain) – the basic vitality of democracy has been proved again. This has given an added impetus to the human dimensions of policy: not just human rights, but also the basic moral purpose of our nations which given them both legitimacy and strength.”*²⁷

23 *Ibidem*, p. 110. É significativo que Carter tenha expressado em seguida o seu convencimento de que havia a necessidade de seguir aprofundando tal questão nos acordos de Helsínquia, postura que o torna divergente de seus predecessores: *“We will work closely with our European friends on the forthcoming Review Conference on Security and Cooperation in Europe. We want to make certain that the provisions of the Helsinki agreement are fully implemented and that progress is made to further East-West cooperation.”*

24 **“Financial Assistance for Portugal”**, Jimmy Carter Presidential Library (JCPL), Carter Presidential Papers – Staff Offices (CPP-SO), National Security Affairs – Brzezinski Material (NSA-BM), National Security Agency (NSA): President’s Daily Report File, caixa 2, 19 de maio de 1977.

25 Série *The Foreign Relations of the United States*. Pode-se consultar todos os tomos em: <https://history.state.gov/historicaldocuments> (acesso em: 24/10/2022).

26 Itálico no documento original.

27 Kristin L. Ahlberg (ed.) e Adam M. Howard (ed.), **Foundations of Foreign Policy**,

Quicá além desta retórica preparada por Brzezinski, deve-se destacar também que este amplo compromisso com a democratização dos lusitanos e dos espanhóis foi por sua vez apresentado sob um planejamento muito mais pragmático: “*I would certainly welcome the absorption within the European Community of Portugal and Spain*”, afirmou Carter diante de repórteres do *The Times*, *Le Monde Diplomatique*, *Die Welt* e *La Stampa*²⁸. Por mais que tenha sido uma decisão que fosse somente da competência dos sócios comunitários e que o presidente estadunidense se esforçasse para apresentar a questão com sumo cuidado, evitando a interpretação de que se tratava de uma ingerência da superpotência, para os países ibéricos tais declarações acabaram por ser importantes. Parece plausível que, com elas, Washington queria corrigir determinados excessos da administração republicana a respeito de Portugal. Como expressava Brzezinski, no início de 1978, ao traçar o balanço do primeiro ano do governo Carter, referia-se a uma herança complexa:

“The international position of the United States at the end of 1976 was not good. Our Allies were uneasy about our constancy, our will, and our ability to lead. (...) (...) The two Economic Summits²⁹ had not succeeded in restoring a sense of confidence that the Western States could overcome their economic difficulties, either individually or in concert. That economic woe was compounded by uncertainty over the course of domestic European politics, especially in southern Europe. The fact that the Republican administration had seemed to be writing Portugal off as lost compounded European anxieties.”³⁰

Como pode-se observar, foi necessário recuperar a confiança perdida. A partir deste ponto, o futuro de Portugal, Grécia e Espanha se comportaram como uma pendência que os Estados Unidos não podiam mais ignorar. A administração Carter não quis, como já havia ocorrido no passado, que somente os países da Europa Ocidental levassem o crédito pela defesa dos valores democráticos, em contraste com a já recorrente *realpolitik* norte-americana. Assim ficou patente, em agosto de 1980, com a fala de Edward Sixtus Muskie, que havia a poucos meses substituído Vance na Secretaria de Estado, após o fiasco da operação militar para tentar libertar os reféns no Irão:

“Ultimately, our firm support for human rights, for human freedom, will help

1977-1980, Vol. 1 (Washington: United States Government Printing Office, 2014). p. 145.

28 *Ibid.*

29 Nota no documento original, diz: “References are to the November 1975 Economic Summit at Rambouillet, France and the June 1976 Economic Summit at Dorado Beach, Puerto Rico. For documentation on both summits, see **Foreign Relations, 1969-1976** (itálico no documento original), vol. XXXI, *Foreign Economic Policy, 1973-1976, Documents 91-152*.”

30 Kristin L. Ahlberg (ed.) e Adam M. Howard (ed.), **Foundations of Foreign Policy, 1977-1980**, Vol. 1 (Washington: United States Government Printing Office, 2014). pp. 284-285.

build a more stable world. It will help remove the causes of violent and convulsive change.

*There is, in various places in the world, a strong tide for human rights. We see the evidence for this in Spain, in Greece, in Portugal, in Ghana, in Nigeria, in Ecuador and in Peru, in other nations which have recently embraced and strengthened democracy. America cannot claim sole credit for these developments. But we can take pride that we have encouraged abroad the freedoms we enjoy at home, for they run hand in hand.*³¹

Este sentimento de que os Estados Unidos voltaram a ser como um farol, que ilumina o caminho do mundo livre, contudo, não deixava de ser em grande parte mais voluntarista do que real. Os críticos de Carter aproveitaram estas declarações para denunciar a perda de influência da superpotência no cenário internacional, graças a uma excessiva confiança na defesa dos direitos humanos, esta que na prática sequer foi tão extrema. Vale a nota de que no próprio seio da administração, os democratas eram conscientes de suas limitações, algo que novamente nos conecta em cheio com o exemplo luso:

*“The human rights policy is off to a good start but, to no one’s surprise, problems remain. (...) No authoritarian regime has fundamentally altered its political system, nor are the hard-core dictatorships likely to take action which they would perceive (in some cases rightly) as political suicide. But some political systems are becoming somewhat freer. The opposition in Brazil is increasingly active. El Salvador and Nicaragua have lifted states of siege. Bolivia, Peru, and Ecuador have announced intentions to hold elections in 1978. **The most notable advances in political freedom – in India, Portugal, and Spain – were independent of our human rights advocacy; but democratic forces in all three seem to be taking heart from our new focus.**”³²*

Tal afirmação, expressada com esta honestidade brutal, faz parte do documento que o *Director of the Policy Planning Staff*, William Anthony Kirsopp Lake, remeteu em janeiro de 1978 ao Secretário de Estado, Vance, de forma a oferecer um balanço sobre a política externa centrada nos direitos humanos, para o caso português. Fica então claro que os próprios impulsores de tais ações eram conscientes de que, em um ano de política, pouco se havia conseguido avançar, além da geração de boas expectativas. Os momentos cruciais da democratização de Portugal se produziram durante a era Ford e no curto período de transição entre administrações. Tal conclusão é alcançada através da sustentação realizada em um trabalho em que se analisam os rumos seguidos por Espanha e Portugal, diante da integração europeia:

*“Las dudas que planteaba el modelo Kissingeriano de **détente**³³ y la crisis económica de los setenta hicieron obligatorio el concurso de las potencias europeas*

31 *Ibid.* p. 769.

32 Kristin L. Ahlberg (ed.) e Adam M. Howard (ed.), **Human Rights and Humanitarian Affairs**, Vol. 2 (Washington: United States Government Printing Office, 2013), pp. 354-359.

33 Itálico no documento original.

*como pieza clave para reconducir la situación de España y Portugal, sin perder de vista otras latitudes como Grecia o Chipre. Es justo en este punto crítico, una vez que sus socios de Europa Occidental se movilizan, cuando los analistas estadounidenses prefieren volver a enfocar los escenarios español y luso de manera diferenciada. Así, Portugal estaría llamada a encontrar la estabilidad mediante su ingreso en la CEE, mientras que España precisaba de pasar previamente por el feto de la Alianza Atlántica. Tal disyuntiva implica introducir un nuevo factor diferenciador en la imagen y representación que desde Washington se proyecta de los procesos democratizadores ibéricos. Se trata del tamaño de sus respectivas economías.*³⁴

Conclusões

Em suma, enquanto a política de Kissinger tinha sido a de deixar os sócios europeus “fazerem o trabalho”, no caso da Península Ibérica, quando foi a vez da administração Carter, a situação já tinha amadurecido e praticamente se resolvido. Portugal já se dispunha de uma Carta Magna e a Espanha avançava para as suas primeiras eleições democráticas, desde os tempos de sua Segunda República. É certo que para o caso espanhol, Carter interveio em oferecer visibilidade à figura de Adolfo Suárez González, porem viu pouca efetividade na melhora da opinião pública do país, já que as consequências das relações hispano-estadunidenses, forjadas nos pactos de 1953, impediram que a sociedade espanhola visse com bons olhos as iniciativas da administração democrata, em contraste com a opinião perante uma Comunidade Europeia, vista como uma verdadeira garantia das liberdades e, em último caso, dos direitos humanos. Por isso, a administração Carter apenas pôde tirar proveito do caso lusitano, no que concerne o seu reajuste de discurso de política externa. Aqui, cabe especial destaque a uma curta análise do contraexemplo de tais ações na América Latina.

Os casos latino-americanos se pautaram em alguns ganhos para as políticas estadunidenses, mas principalmente em múltiplos fracassos no discurso de interferência direta das políticas de Carter. Portanto, por mais que o líder democrata possa ter influenciado positivamente nos processos de reaberturas políticas destes países, como foi no caso brasileiro, por exemplo, tais ações não renderam frutos políticos para ele, servindo inclusive como arma de discurso do candidato republicano Ronald Wilson Reagan, que viria a destruir Carter. A “necessidade”, ou melhor dizendo, decisão de Carter de colocar uma pressão maior sobre tais regimes aliados enfraqueceu as alianças e rompeu o *détente*, fazendo com que o pânico rapidamente se instaurasse nos momentaneamente céticos e pragmáticos jornalistas do espectro democrata.

34 Misael Arturo López Zapico, “¿Rumbos Paralelos o Caminos Divergentes?: Percepción de la diplomacia e inteligencia estadounidense acerca de los procesos transicionales hispano-portugueses y su camino hacia las Comunidades Europeas”, em Julio Prada Rodríguez (ed.), Emilio F. Grandío Seoane (ed.) e José Ramón Rodríguez Lago (ed.), **En Transición: Europa y los retos de la representatividad** (Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020), p. 79.

A política do presidente na Argentina e no Chile tampouco trouxe resultados desejados nestes países, mesmo com Carter tratando estes casos como profundamente exitosos³⁵. Enquanto no caso brasileiro, onde a influência do jovem democrata foi essencial para a movimentação pró-abertura no país, se relata nos media que a política tinha sido um desastre no país, tampouco permitindo que Carter colhesse louros de suas ações³⁶. Podemos concluir que a opção por tomar ações mais diretas sobre a ideologia dos direitos humanos, por parte de Carter, mesmo que possa ter rendido a tais movimentações alguns frutos, não brindou o seu principal objetivo: a manutenção do poder dos Estados Unidos no cenário internacional, utilizando-se deste argumento moral. Carter acabou se tornando um presidente derrotado, sua política reappropriada e modificada por Reagan, deixando nela apenas o discurso simbólico novamente, como nos anos de Johnson. No caso europeu, os países da região Sul do continente se encontraram com as políticas desejáveis perante a democracia e os direitos humanos e se desenvolveram novamente nesta área. No caso latino-americano, mesmo com todos os esforços, os países não conseguiram realizar o salto civilizatório esperado nesta área, e nem optaram por seguir o modelo estadunidense, quando foram finalmente se emancipando de seus Regimes Militares.

Referências

AHLBERG, Kristin L. (ed.) e HOWARD, Adam M. (ed.). *Foundations of Foreign Policy, 1977-1980*, vol. 1. Washington: United States Government Printing Office, 2014;

AHLBERG, Kristin L. (ed.) e HOWARD, Adam M. (ed.). *Human Rights and Humanitarian Affairs*, vol. 2. Washington: United States Government Printing Office, 2013;

AZEVEDO MUÑOZ, Daniel. Entre Nixon e Reagan: A tentativa de Jimmy Carter de promover os direitos humanos na relação entre os Estados Unidos e a Ditadura Militar Brasileira (1977-1979), em NUNES, César Augusto R. (org. et al). *Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021*. Vol. 2. Campinas/Jundiaí: Editora Brasília e Edições Brasil, 2022;

Constituição da República Portuguesa. VII Revisão Constitucional, 2005;

35 Para uma aproximação geral de como a administração Carter lidou com suas relações com ditaduras, incluindo as latino-americanas, ver: David F. Schmitz, **The United States and Right-wing Dictatorships, 1965-1989** (Cantabrigia: Cambridge University Press, 2012), pp. 143-193. Sobre as políticas de Carter perante o Regime Militar argentino, ver: William Michael Schmidli, **The Fate of Freedom Elsewhere: Human rights and U.S. Cold War policy toward Argentina** (Ithaca, Cornell University Press, 2013).

36 Sobre as políticas de Carter perante o Regime Militar brasileiro, ver: Daniel Azevedo Muñoz, **“Entre Nixon e Reagan: A tentativa de Jimmy Carter de promover os direitos humanos na relação entre os Estados Unidos e a Ditadura Militar Brasileira (1977-1979)”**, em César Augusto R. Nunes (Org. et al), **Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021**, vol. 2 (Campinas/Jundiaí, Editora Brasília e Edições Brasil, 2022).

DUNNE, Michael. Kennedy's Alliance for Progress: Countering revolution in Latin America: Part I: From the White House to the Charter of Punta del Este. *International Affairs*, vol. 89, n° 6, 1389-1409, 2013;

EIZENSTAT, Stuart E. *President Carter: The White House years*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 2018;

FERNÁNDEZ SORIANO, Víctor. *Le Fusil et L'olivier: Les droits de l'Homme en Europe face aux dictatures méditerranéennes (1949-1977)*. Bruxelas: Université de Bruxelles, 2015;

GOMES, Bernardino e MOREIRA DE SÁ, Tiago. *Carlucci vs. Kissinger: Os EUA e a Revolução Portuguesa*. Lisboa: Dom Quixote, 2008;

KAUFFMAN, Scott. *Plans Unraveled: The foreign policy of the Carter administration*. DeKalb: Northern Illinois University Press, 2008;

LEMUS, Encarnación. *Con la Vista en Portugal y Mirando a España: EE. UU. y el cambio político peninsular*. *Hispania*, vol. LXXII, n° 242, 723-754, 2012b;

LEVINSON, Jerome e ONÍS, Juan de. *The Alliance That Lost Its Way: A critical report on the Alliance for Progress*. Chicago: Quadrangle Books, 1970;

LÓPEZ ZAPICO, Misael Arturo. *El Tardofranquismo Contemplado a Través del Periódico The New York Times, 1973-1975*. Gijón: CICEES, 2010;

LÓPEZ ZAPICO, Misael Arturo. *¿Rumbos Paralelos o Caminos Divergentes? Percepción de la diplomacia e inteligencia estadounidense acerca de los procesos transicionales hispano-portugueses y su camino hacia las Comunidades Europeas*, em PRADA RODRÍGUEZ, Julio (ed.), GRANDÍO SEOANE, Emilio F. (ed.) e RODRÍGUEZ LAGO, José Ramón (ed.). *En Transición: Europa y los retos de la representatividad*. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2020;

MOORE, Raymond A. *The Carter Presidency and Foreign Policy*, em ABERNATHY, M. Glenn (ed.), HILL, Dilys M. (ed.) e WILLIAMS, Phil (ed.). *The Carter Years: The president and policy making*. Nova Iorque: St. Martin's Press, 1984;

MOREIRA DE SÁ, Tiago. *Os Americanos na Revolução Portuguesa (1974-1976)*. Lisboa: Editorial Notícias, 2004;

SCHMIDLI, William Michael. *The Fate of Freedom Elsewhere: Human rights and U.S. Cold War policy toward Argentina*. Ithaca: Cornell University Press, 2013;

SCHMITZ, David F. e WALKER, Vanessa. *Jimmy Carter and the Foreign Policy of Human Rights: The development of a post-Cold War foreign policy*. *Diplomatic History*, vol. 28, n° 1, 113-143, 2004;

SCHMITZ, David F. *The United States and Right-wing Dictatorships, 1965-1989*. Cantabrigia: Cambridge University Press, 2012;

SMITH, Gaddis. *Morality, Reason and Power: American diplomacy in the Carter years*. Nova Iorque: Hill & Wang, 1986;

SPENCER, Donald S. *The Carter Implosion: Jimmy Carter and the amateur style of diplomacy*. Nova Iorque: Praeger, 1988;

STUCKEY, Mary E. *Jimmy Carter, Human Rights, and the National Agenda*. Col-

lege Station: Texas A&M University Press, 2008;

TULLI, Umberto. *A Precarious Equilibrium: Human rights and détente in Jimmy Carter's soviet policy*. Manchester: Manchester University Press, 2021;

WALLIS, Christopher. *The Thinker, The Doer and The Decider: Zbigniew Brzezinski, Cyrus Vance and the bureaucratic wars of the Carter administration*. Tese de doutoramento. Northumbria University, 2018. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/196578372.pdf>;

WINFIELD LUMBERG, James. *Conflicts Between Cyrus Vance and Zbigniew Brzezinski: A cause of inconsistent American foreign policy during the Carter administration*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

O CONSTITUCIONALISMO POPULISTA COMO UM DESAFIO DA DEMOCRACIA DO SÉCULO XXI: COMENTÁRIOS SOBRE OS DIREITOS LGBTQIA+ NA HUNGRIA

Maria Tereza Zolyomy Torres

Doutoranda em Democracias no Século XXI. Centro de Estudos Sociais
Universidade de Coimbra

Resumo:

Liderada por um partido nacionalista conservador, em 2011, a Hungria substituiu a constituição de 1949 pela denominada Lei Fundamental húngara. Entretanto, a partir de um processo constitucional de legitimidade duvidosa, produziu-se um documento criticado na esfera do direito constitucional em razão da inserção de elementos político-ideológicos que refletem a ideologia populista do governo na liderança. A partir disso, foi possível observar considerável retrocesso democrático no país no sentido de afastar os princípios liberais do Estado, o qual atualmente já não se inclui mais em democracias plenas, mas sim na esfera dos regimes híbridos, em razão de ser uma democracia iliberal. O objetivo, portanto, é abordar o constitucionalismo populista húngaro e os reflexos iliberais na democracia, com ênfase nos direitos humanos da comunidade LGBTQIA+, pois, desde o advento da eleição do partido populista de direita, esta minoria tem sofrido especial criminalização social e supressão de direitos. Adota-se a abordagem qualitativa, desenvolvendo o trabalho a partir do método indutivo, abordando o tema de forma argumentativa-expositiva, exaltando a utilização de referencial bibliográfico, artigos técnico-científicos e legislação recente. Apoiado nisso, chega-se ao resultado de que a Hungria sempre foi um país de pensamento nacionalista, e que a avalanche de ideias cosmopolitas após o fim da Guerra Fria, junto com a implementação da democracia liberal, ocasionou uma reação cultural que foi rompida nos últimos anos devido à liderança do governo populista conservador.

Palavras-chave: Constitucionalismo; Democracia; Hungria; LGBTQIA+; Populismo.

Introdução

O estudo do fenômeno do populismo tem apresentado interesse generalizado. Para quem o aborda de forma positiva, o uso é uma forma de demonstração da supremacia popular, principalmente em momentos de libertação, rompendo com uma ordem anterior. Já seu uso negativo tem crescido muito nos últimos tempos, mesmo que, muitas vezes, de forma precipitada, sem a devida contextualização histórica ou fundamentação ao caso concreto. A utilização do populismo no sentido depreciativo baseia-se, entre outras noções, no impacto que o fenômeno pode ter no aspecto liberal da democracia, ocasionando sua fragmentação.

Essa grande flexibilidade permite que o populismo se aglutine em diversas esferas e utilize-as como mecanismo de força para a ideologia. Exemplo disso é o direito constitucional, mais especificamente, o constitucionalismo. O populismo encontrou no constitucionalismo a força que precisava para estruturar-se nas democracias do século XXI. A começar por uma releitura constitucional, líderes eleitos democraticamente iniciam a reformulação do Estado com base nas convicções populistas, buscando a legitimidade dos seus feitos com discursos ideológicos.

Ocorre que, não raras vezes, a liderança populista, com intuito iliberal, foge dos conceitos ideais da vontade popular, e acaba por desestabilizar democraticamente o Estado. E, a partir desse momento, constatando um nível avançado e densificado de mudanças constitucionais realizadas, os iniciais titulares da soberania popular (o povo) veem-se acimentados a um governo que não os representa mais. Isto porque, as transformações foram tantas que nem é possível reconhecer o Estado como uma democracia liberal. É o que acontece, por exemplo, com a Hungria.

É sobre as modificações constitucionais orientadas pelo populismo a caminho da democracia iliberal, especificamente nas questões de afirmação da política contra a comunidade LGBTQIA+¹ que este trabalho se debruça. Inicialmente, tece-se comentários acerca do constitucionalismo populista de forma geral. Depois, analisa-se o caso instalado na Hungria, e como refletiu na formação da democracia iliberal. Por último, acentua-se as alterações constitucionais e infraconstitucionais especificamente no que tange os direitos LGBTQIA+, e como essa mudança demonstrou apenas uma formalidade do discurso conservador que já estava sendo produzido informalmente.

O que é constitucionalismo populista?

Em 2013, David Landau escreveu seu famoso artigo a respeito do constitucionalismo abusivo, o qual contextualizava a utilização de mecanismos constitucionais para alterar a ordem e torná-la significativamente menos democrática (LANDAU, 2013). Após quase 10 anos deste trabalho, outros es-

1 Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais ou Transgêneros, Queer, Intersexo, Assexual, e todas as demais possibilidades de orientação sexual ou identidade de gênero possíveis.

tudos demonstraram que o adjetivo que acompanha o termo “constitucionalismo” pode mudar conforme o fenômeno político que influencia a esfera constitucional.

O populismo como um fenômeno político não é novo. Movimentos agrários ocorridos no fim do século XIX, os *Narodniks* na Rússia e *People's Party* nos Estados Unidos (LACLAU, 2007), marcam o início da cronologia populista. Já agora, de forma geral, desde o início do século XXI, tem-se evidenciado uma forte ascensão da onda populista no mundo. O que chama à atenção é a tendência de mais figuras de direita radical e os recursos que estes utilizam para chegarem e se manterem no poder por longos períodos.

Exemplos vivenciados por Hungria, Polônia, Turquia, Estados Unidos e Brasil representam como democracias liberais estáveis podem diminuir consideravelmente seus níveis democráticos em razão da liderança populista. É adequado dizer, portanto, que o constitucionalismo abusivo inaugurou o tema e, com o decorrer dos anos, dada a efervescência do populismo, passou-se a analisar as alterações constitucionais a partir desta ótica mais direcionada.

Partindo da hipótese, portanto, que o constitucionalismo abusivo é utilizado para minar a democracia e o populismo entende que a democracia liberal é inadequada para promover a soberania popular (BLOKKER, 2019), e tendo em vista que democracia iliberal para fins deste trabalho não é democracia, conclui-se que o populismo pode ser utilizado por pretensos líderes autoritários como ferramenta de constitucionalismo abusivo, pois é uma técnica para minar a democracia.

Nesse sentido, o mesmo movimento que tende a minar o liberalismo, provavelmente minará a democracia também (LANDAU, 2021). Isto porque, liberalismo não é apenas utilizado para limitar o poder público, mas também é uma precondição para constituir a democracia, a qual engloba o Estado de Direito, sistema de freios e contrapesos, e a garantia dos direitos individuais (HALMAI, 2018).

Importa ainda destacar que o populismo inclui um especial engajamento político em projeto de elaboração de uma nova constituição e de reforma constitucional (BLOKKER, 2018). Os populistas, quando estão no poder, eles pretendem de forma intensa, e até mesmo abusiva, reformar a constituição existente para indicar como é crucial o poder do Estado em projetos populistas (*idem*). Essa ideia surge para contrastar com a percepção de que o populismo é apenas um fenômeno de oposição (e não capaz de gerar poder) e antipolítico (*idem*).

Os líderes que detêm apoio parlamentar suficiente procuram instituir uma nova constituição com desenho populista, no sentido de haver um novo pacto sociopolítico, bem como um novo conjunto de regras políticas (MÜLLER, 2017). E neste novo projeto constitucional, reserva-se características específicas: a função de romper com a ordem política anteriormente existente, ser crítica àquela ordem constitucional e consolidar o poder nas mãos dos líderes (LANDAU, 2018). Segue-se o exemplo da Hungria que, em 2010,

elegeu Viktor Orbán, líder do partido *Fidesz* e protagonista de um discurso populista, e é responsável por diversas emendas constitucionais entre 2010 e 2011 até a substituição constitucional húngara em 2011.

O processo de alterações sucessivas seguido da substituição constitucional é claramente denominado de constitucionalismo abusivo (LANDAU, 2013). Além do mais, a própria Lei Fundamental húngara de 2011, a qual será objeto de estudo posteriormente, é uma constituição populista (LANDAU, 2018), que mesmo depois de elaborada ainda continuou a ser emendada no intuito de torná-lo ainda menos liberal e menos democrático.

Reflexos do constitucionalismo populista na formação da democracia iliberal húngara

Quando eleito pela primeira vez em 2010, o *Fidesz* não tinha um modelo iliberal perfeitamente desenhado, no entanto, é possível visualizar traços autoritários que refletem a atualidade, tal como a redação e aprovação praticamente unilateral da Lei Fundamental de 2011 pelo partido (BOZÓKI, 2021). Com o passar dos anos e, conseqüentemente, com as posteriores emendas constitucionais, o país moldou-se ao regime híbrido. Destaca-se, inclusive que uma das maiores representações do início de um Estado iliberal foi a quarta emenda constitucional realizada em 2013 (GOVERNO DA HUNGRIA, 2022), permitindo que a Corte Constitucional revogasse todas as decisões tomadas antes de 2010 (BOZÓKI, 2021).

Se depois da alteração da Lei Fundamental restava algum vestígio da antiga ordem institucional, a quarta emenda constitucional representou, entre outras coisas, a ruptura total, demonstrando um dos maiores feitos do constitucionalismo populista na Hungria. No entanto, o simples fato de mudanças constitucionais terem sido implementadas sob a vigência de um governo populista, não podem ser consideradas como constitucionalismo populista se não demonstrarem características efetivamente diferentes das ocorridas em governos autoritários (SZENTE, 2022).

Destacados como critérios primários estão os elementos objetivos, isto é, a soberania popular, a democracia direta, a luta antielitista e a fala antipluralista (*idem*). São características diretamente ligadas à forma conceitual do populismo, por isso norteiam objetivamente o constitucionalismo populista. Já como critérios secundários, pode-se destacar elementos subjetivos que são valorados histórico, social e culturalmente (*idem*).

A identidade constitucional é uma característica utilizada com ênfase para defender os valores de uma identidade da comunidade, exemplo é o forte nacionalismo e o cristianismo (*idem*). A utilização desses conceitos simboliza a identidade por um lado, mas, por outro, excluem quem assim não se identifica. Por exemplo, a Lei Fundamental protege o direito à liberdade de crença, mas, atualmente, na prática pública, o conceito de nação inclui tanto a etnia húngara quanto a comunidade cristã (HALMAI, 2019). Quem não se

inserir nestes dois elementos, sente-se excluído da nação húngara (*idem*).

O nativismo apresenta-se como uma característica subjetiva do constitucionalismo populista e, conseqüentemente, origina sentimentos conexos, tal como a impaciência e a discriminação contra certas minorias, especialmente os imigrantes, comunidade LGBTQIA+, e certas religiões diversas do cristianismo (SZENTE, 2022). Esse nativismo conecta-se à característica anterior, pois, ao criar uma identidade constitucional, cria-se padrões expectáveis. Com isso, quem não se insere nos contextos descritos na Lei Fundamental, cumulados com as práticas públicas de discriminação, não pertencem ao povo, e acabam por serem alvos de restrições de certos direitos fundamentais, tal como a liberdade de expressão, direito de constituir família, direito de igualdade, e outros.

Destaca-se outras características subjetivas, tal como a gestão de crises que é o aproveitamento de situações externas graves (exemplo, pandemia COVID-19) para utilizar mecanismos constitucionais e romper as barreiras legais ao exercício do poder (SZENTE, 2022). O empréstimo constitucional abusivo consiste no fato de estabelecer formalmente uma constituição com aspectos de democracia liberal, mas, na prática, apresentarem efeitos diversos (*idem*). O clientelismo (*idem*), porque para alcançar o controle do Estado é necessário preencher as instituições com pessoas politicamente confiáveis, por isso, utilizam-se de recursos constitucionais e legais para tal mecanismo.

Justamente por serem subjetivos, pode-se elencar mais do que cinco critérios, entretanto, os acima destacados, em conjunto com os critérios objetivos, classificam cuidadosamente o constitucionalismo populista, ou melhor, o “projeto constitucional” populista (BLOKKER, 2019) implementado e utilizado pelos populistas modernos para alcançarem seus fins não liberais.

O novo desenho constitucional, em termos de populismo moderno, é necessário porque o conceito de sociedade cosmopolita e as regras liberais que a rege são incompatíveis com os valores da ideologia. Especial ênfase é dada ao populismo de direita do regime Orbán, o qual realça uma separação cultural: a identidade nacional, étnica e religiosa do povo contra grupos externos que representam ameaças à vontade popular (DEMURO, 2021). Dentro desses grupos externos encontra-se a comunidade LGBTQIA+, a qual será analisada na ótica de uma sociedade iliberal nas próximas linhas.

Os direitos LGBTQIA+ na Hungria

A comunidade LGBTQIA+ apenas pôde ver seus direitos protegidos depois da implementação do conceito de sociedade cosmopolita, que defende ideias cosmopolitas, sublinhando a abertura de fronteiras, a circulação de pessoas, o compartilhamento de valores culturais, diversidade de pessoas e estilos de vida, formando sociedades abertas (INGLEHART & NORRIS, 2016).

Em contraposição, o populismo defende valores de continuação cultural, e estas sociedades abertas que são compostas por valores liberais desafiam

a lógica autoritária do populismo (*idem*). Nesse sentido, o populismo se opõe ao constitucionalismo liberal (DEMURO, 2021), isto é, sistema de freios e contrapesos, proteção das minorias, participação nas eleições e filiação dos partidos políticos, tolerância da diversidade social, intelectual e política, pluralismo, além de igualdade de gênero e minorias, identidade de gênero e direitos LGBTQIA+, proteção ambiental e valores seculares em detrimentos dos religiosos (INGLEHART & NORRIS, 2016).

Por isso, Estados que pretendem seguir uma ordem claramente iliberal, baseado em uma governança populista, utilizam-se do constitucionalismo próprio da ideologia para alcançar a finalidade almejada. É o que se observa nas alterações constitucionais que relativizaram e suprimiram consideravelmente os direitos fundamentais LGBTQIA+.

Desde que o *Fidesz* foi eleito, os discursos que englobam as políticas de integração familiar são alinhados às falas anti gênero do governo (KOVÁTS & PETŐ, 2017). Uma das primeiras inovações foi a substituição constitucional que, entre outras coisas, restringiu o artigo L) (1) à proteção da instituição do casamento apenas nos casos em que seja a união entre um homem e uma mulher. (GOVERNO DA HUNGRIA, 2022).

Posteriormente, com a nona emenda constitucional de 2020, restringiu-se ainda mais a esfera da família, tornando constitucional a proibição de adoção de crianças por casais não heterossexuais. A redação do artigo, segundo a última atualização (23/07/2022) é

A Hungria deve proteger a instituição do casamento como sendo a união de um homem e uma mulher estabelecido pela decisão voluntária, e a família como a base para a sobrevivência da nação. A base da relação familiar é o casamento ou a relação pai-filho. A mãe é uma mulher, o pai é um homem. (tradução própria)

Um dos principais argumentos para concretização dessas alterações é como o governo vê a comunidade LGBTQIA+ como uma ameaça ao conceito tradicional de família cristã, e uma resposta à onda liberal que emerge do Ocidente. Consequentemente, o governo húngaro conseguiu expandir seu discurso a ponto de considerar apenas saudável o desenvolvimento da criança de acordo com a identificação do sexo de nascimento (LINNAMÄKI, 2022), isto é, o controle estatal conseguiu alcançar a esfera privada da sexualidade das crianças, no intuito de torná-las “menos LGBTQIA+”.

Além do que se consta na Lei Fundamental, outras medidas normativas ao longo dos últimos 12 anos foram tomadas com claro intuito não liberal. O Ato LXXIX (GOVERNO DA HUNGRIA, 2021) alterou diversas leis húngaras no sentido de criminalizar a homossexualidade, marcando uma nova onda de políticas iliberais do governo com punho mais forte, explicitando o que antes era informal e modificando certas políticas de mídia e educação (LINNAMÄKI, 2022).

Este pacote de alterações legislativas tem como principais destaques o provimento pelo Estado do direito da criança de se identificar com o sexo do nascimento e a proibição de fornecimento e acesso a materiais pornográficos para menores de 18 anos que insinuem ou propague a sexualidade no sentido oposto ao sexo do nascimento, à mudança de sexo ou à homossexualidade.

A modificação antagonística destas leis, por meio do Ato LXXIX, encontra legitimidade em uma alegada proteção da criança húngara das representações não heterogêneas na sociedade (*idem*). Dessa forma, o governo consegue conectar elementos do discurso iliberal e garantir o futuro também iliberal da Hungria, uma vez que está trabalhando nas gerações desde a base.

Nesta percepção, Jan-Werner Müller vai dizer que “as constituições populistas são desenhadas para limitar o poder dos não populistas mesmo quando estes últimos não estejam no governo.” (MÜLLER, 2017). Isto é, as mudanças implementadas pelo constitucionalismo populista vincularam, inclusive, os partidos de oposição no sentido de que, se estes vencerem as eleições, “sob o novo regime, os autores da constituição mantêm o mesmo poder mesmo no caso de perderem eleições.” (*idem*).

Em outras palavras, Viktor Orbán tem governado a Hungria desde 2010, e ao que tudo indica não há indícios de deixar o poder tão cedo. No entanto, todas as alterações realizadas por ele caminham em um sentido que, após esse período iliberal, demorará pelo menos o dobro de tempo para retornar as rédeas liberais do país, devido ao constitucionalismo populista.

Conclusão

Anos de luta foram necessários para chegar em um momento de mínima garantia constitucional dos direitos fundamentais LGBTQIA+. Mas, em pouco tempo, todo o desenvolvimento liberal e ideias cosmopolitas alcançados na sociedade húngara foram abandonados, dando lugar ao discurso iliberal conservador do populismo de direita radical de Viktor Orbán.

O trabalho teve como intuito buscar contextualizar o constitucionalismo populista como um projeto constitucional. Isto é, demonstrar a necessidade para o populismo da alteração da constituição para a efetivação das ambições do fenômeno. Além disso, estabeleceu-se conexão entre o constitucionalismo populista e o constitucionalismo abusivo, sendo este um gênero daquele, o qual desenvolveu-se devido à efervescência política nos últimos anos.

Imprescindível destacar como a democracia iliberal húngara somente se tornou o que é hoje devido ao constitucionalismo populista, bem como as características que a difere de um sistema autoritário. No mais, teceu-se comentários sobre as alterações específicas dos direitos LGBTQIA+, e como estes mecanismos de supressão normativa representam a fixação da ideologia populista e a afirmação do discurso iliberal, para além da transformação da nação húngara num ambiente hostil para não heterossexuais.

Em um discurso final é possível concluir que as alterações constitucio-

nais implementadas foram e têm sido feitas para durar no tempo, mesmo que sob regência da oposição. Ao mesmo tempo, deve-se lembrar que a Hungria é e sempre foi um país de pensamento conservador, mas as reações culturais de cunho discriminatório, mesmo que signifique uma identidade ou um nativismo, não legitimam práticas iliberais.

Referências

BLOKKER, P. (2018). Populist constitutionalism. In C. de la Torre (Ed.). **Routledge Handbook of Global Populism** (pp.113-128). London: Taylor & Francis Group. <https://doi.org/10.4324/9781315226446>.

BLOKKER, P. (2019). Varieties of populist constitutionalism: The transnational dimension. **German Law Journal**, 20(3), 332-350. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.19>.

BOZÓKI, A. (2021). Viktor Orbán and János Kádár A post-Communist and a Communist autocrat in Hungary: A comparative analysis (Kádár: 1912–1989; Orbán: born 1963). In K. Larres (Ed.). **Dictators and Autocrats – Securing Power across Global Politics** (pp. 346- 366). London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781003100508-24>.

DEMURO, G. (2021). Between Law and Revolution: Is Populism Constitutional? In M. Belov (Ed.). **Populist Constitutionalism and Illiberal Democracies: Between Constitutional Imagination, Normative Entrenchment and Political Reality** (pp. 117-128). Cambridge: Intersentia. <https://doi.org/10.1017/9781839701399.007>.

GOVERNO DA HUNGRIA (2021). Ato LXXIX. <https://njt.hu/jogszabaly/en/2021-79-00-00>.

GOVERNO DA HUNGRIA (2022). Lei Fundamental da Hungria de 2011. <https://njt.hu/jogszabaly/en/2011-4301-02-00>.

HALMAI, G. (2018). Is there such thing as ‘populist constitutionalism’?: the case of Hungary. **Fudan journal of the humanities and social sciences**, 11(3), 323-339. <http://hdl.handle.net/1814/59969>.

HALMAI, G. (2019). Populism, authoritarianism and constitutionalism. **German Law Journal**, 20(3), 296- 313. <https://doi.org/10.1017/glj.2019.23>.

INGLEHART, R., & NORRIS, P. (2016). **Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash**. HKS Faculty Research Working Paper Series RWP16-026, Harvard Kennedy School. <https://www.hks.harvard.edu/publications/trump-brexit-and-rise-populism-economic-have-nots-and-cultural-backlash#citation>.

KOVÁTS, E., & PETŐ, A. (2017). Anti-gender movement in Hungary: A discourse without a movement. In R. Kuhar & D. Paternotte (Eds.), **Anti-gender campaigns in Europe: Mobilizing against equality** (pp.117–131). London: Rowman & Littlefield.

LACLAU, E. (2007). **On populist reason**. London: Verso.

LANDAU, D. (2013). Abusive constitutionalism. **U.C. Davis Law Review**, 47(1),

189-260. <https://ir.law.fsu.edu/articles/555/>.

LANDAU, D. (2018). Populist Constitutions. **The University of Chicago Law Review**, 85(2), 521-544. <https://lawreview.uchicago.edu/publication/populist-constitutions>.

LANDAU, D. (2021). The Myth of the Illiberal Democratic Constitution. In A. Sajó, R. Uitz, & S. Holmes, (Eds.). **Routledge Handbook of Illiberalism** (pp. 425-441). London: Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780367260569-33>.

LINNAMÄKI, K. (2022). Not in Front of the Child: Illiberal Familism and the Hungarian Anti-LGBTQ+ “Child Protective Law”. **Politics and Governance**, 10 (4), 16-25. <https://doi.org/10.17645/pag.v10i4.5521>.

MÜLLER, J. W. (2017). **O que é o populismo?** (Miguel Freitas da Costa, Trad.). Alfragide: Texto Editores.

SZENTE, Z. (2022). A populista alkotmányosság mítosza Magyarországon és Lengyelországban. Populista vagy tekintélyelvű alkotmányosság? **Közjogi Szemle**. 11-26. https://orac.hu/Szente_Zoltan_A_populista_alkotmanyossag_mitosza_Magyarorszagon_es_Lengyelorszagban.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Pedro Lucas Ribeiro Rodrigues das Chagas

Graduando em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais e membro do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Humanos, Pena e Execução Penal

Resumo:

O presente artigo possui como objetivo discutir acerca da função do Ministério Público e seu controle de convencionalidade, bem como, a eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos em face da Constituição Federal. O trabalho aborda quando e como o Ministério Público afere (através de pareceres ou peças processuais, solicitando ao poder judiciário a resolução da questão) ou controla (no âmbito de suas próprias competências) a convencionalidade, com foco na compreensão da instituição como defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, além disso, a Carta Magna outorgou-lhe como o principal legitimado coletivo, dando a instituição autonomia e independência em relação aos poderes constituídos. Em seu cerne, o trabalho aborda quando e como o Ministério Público afere (através de pareceres ou peças processuais, solicitando ao poder judiciário a resolução da questão) ou controla (no âmbito de suas próprias competências) a convencionalidade, com foco na compreensão da instituição como defensora da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. O estudo considera que as funções do Ministério Público alteraram ao longo do tempo, exigindo uma postura com maior dinamicidade e observância dos tratados internacionais de direitos humanos (controle de convencionalidade) por parte da instituição. O artigo se utiliza da metodologia dogmática jurídica, de forma descritiva e com base nas fontes bibliográficas.

Palavras-chave: Ministério Público; Controle de convencionalidade; Direitos Humanos

Introdução

A Constituição Federal, em seus artigos 127, 128 e 129, deu uma relevância ao papel social desempenhado pelo Ministério Público, outorgando-lhe uma disciplina constitucional robusta e complexa compatível com a tendência

dos ordenamentos jurídicos mundiais. Na sua origem, o Ministério Público estava ligado a ideia da realização da pretensão punitiva do Poder Público, mas atualmente o Ministério Público é uma instituição permanente essencial à função jurisdicional, “incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. (BRASIL, 1988)

A Constituição Federal pensando na importância da autonomia institucional do Ministério Público, garantiu aos seus integrantes as prerrogativas de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, com o objetivo de possibilitar o cumprimento de suas funções constitucionais na defesa do interesse público de forma livre e sem constrangimentos dos outros poderes e autoridades constituídas.

O Ministério Público tem um papel decisivo perante a sociedade na tutela dos direitos humanos, na efetivação das garantias constitucionais e na promoção do exercício pleno da cidadania. Por isso, como defensor dos interesses da sociedade, o Ministério Público não deve medir esforços para exigir que a lei seja cumprida e sejam respeitados os direitos individuais e coletivos, utilizando dos instrumentos e ações legais e judiciais.

O presente trabalho tem como objetivo analisar a importância do controle de convencionalidade na ampliação da proteção dos direitos humanos, focando a função e a atuação do Ministério Público dentro da garantia dos direitos humanos. A importância do tema é sustentada pelos principais valores que a Constituição Federal tutela, como a dignidade da pessoa humana e o regime democrático de direitos. Para que a dignidade seja preservada, os direitos humanos devem ser respeitados, e, portanto, os tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo país devem ser observados.

O artigo se utiliza da metodologia dogmática jurídica, de forma descritiva e com base nas fontes bibliográficas, de forma a construir o referencial teórico, buscando a compreensão da lei e sua aplicabilidade, por meio da jurisprudência.

Desenvolvimento

A eficácia dos tratados de Direitos Humanos na ordem constitucional

A proteção histórica dos direitos humanos em diplomas internacionais começa com a fundação das Nações Unidas, em 1945. A preocupação com os direitos humanos e a necessidade de uma ação internacional mais eficaz na defesa desses direitos foi resultado, principalmente, das monstruosas violações de direitos ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 representou o início do reconhecimento dos direitos humanos na ordem internacional. (REZEK, 1996, p. 223)

Essa Declaração reconheceu a dignidade da pessoa humana, a igualdade e inalienabilidade dos direitos como fundamento da liberdade, da justiça e da

paz no mundo, e determinou a obrigação dos Estados de assegurá-los e efetivá-los em suas ordens internas.

Flávia Piovesan (2013) ressalta a importância da criação das Nações Unidas como um marco na instituição de “um novo modelo de conduta nas relações internacionais”, que trouxe novas pautas e preocupações para os membros da sociedade internacional, que “incluem a manutenção da paz e segurança internacional, o desenvolvimento das relações amistosas entre os estados, o alcance da cooperação internacional” e fundamentalmente no plano econômico, social e “a proteção internacional dos direitos humanos”.

Os direitos humanos são entendidos como direitos necessários para o convívio em uma sociedade justa e fraterna, além de serem essenciais para a garantia da dignidade da pessoa humana.

A previsão dos direitos humanos fundamentais direciona-se basicamente para a proteção à dignidade humana em seu sentido mais amplo, de valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos. (MORAES, 2003)

É interessante diferenciar os termos. Os direitos humanos são aqueles garantidos na ordem internacional, por meio de declarações e tratados. Enquanto, os direitos fundamentais são os direitos humanos presentes na ordem interna e positivados pela Constituição.

No Brasil, após o período da Ditadura Militar, e com a redemocratização em 1985, o país passou a ratificar diversos tratados internacionais de direitos humanos, mostrando-se para a comunidade internacional como um país preocupado com a segurança destes. Desse modo, o surgimento dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem jurídica brasileira está intimamente ligado ao processo de redemocratização do Brasil, que por sua vez teve seu processo democrático reforçado pela maior garantia de direitos provenientes do instrumento internacional. (PIOVESAN, 2013)

Nesse diapasão, os tratados internacionais, especificamente de direitos humanos, são extremamente importantes, haja vista que expressam a evolução da sociedade internacional ao requererem dos Estados o reconhecimento, a promoção e a tutela desses direitos essenciais à condição humana. Desde Jean Bodin (1576), o qual afirmava que a soberania estatal se apresentava como poder supremo, absoluto, ilimitado e perpétuo sobre os cidadãos e súditos, que o conceito de soberania dos Estados tem sido um dos pontos mais estudados pelos cientistas políticos. Até os dias de hoje que a soberania dos Estados é relativizada para que possam comprometerem-se em tratados

internacionais que garantam a responsabilização dos países que violarem os direitos, e, conseqüentemente, prevenindo barbáries outrora vistas (DIAS; GORCZVSKI, 2012, p. 243).

A Constituição Federal de 1988 traz vários dispositivos que reproduzem fielmente enunciados constantes dos tratados internacionais de direitos humanos, o que deixa evidente o fato de o legislador buscar inspiração e orientação nestes instrumentos, revelando a preocupação do legislador em padronizar e harmonizar o direito interno às exigências internacionais (PIOVESAN, 2013).

E o parágrafo 2 do artigo 5 da CF estabelece que os direitos e garantias nela expressas não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Atribuiu aos direitos humanos presentes nos tratados internacionais uma natureza especial e diferenciada, permitindo que a norma internacional tem efeito de complementar e aperfeiçoar a legislação interna de direitos humanos. (DONADELI, 2010)

Fator relevante para a regulamentação da entrada dos dispositivos legais internacionais na legislação pátria foi a Emenda Constitucional nº 45 de 2004. Até então, o Supremo Tribunal Federal tinha uma posição pacífica de que os tratados internacionais de direitos humanos tinham natureza de lei ordinária. Após essa emenda constitucional, o tribunal avançou no estudo do tema e afastou o tratamento da lei ordinária. Atualmente, o STF entende que os tratados internacionais de direitos humanos que seguem o rito de serem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, previsto no § 3º do art. 5º da Carta Magna, serão equivalentes às emendas constitucionais. Desta forma, a simples ratificação do tratado gera efeitos imediatos na ordem interna. “Esses tratados ganham natureza especial, porque estão acima da questão de soberania, objetivam a garantia universal dos direitos do ser humano, indistintamente da nacionalidade”. (DONADELI, 2010)

Se para os tratados internacionais em geral, se tem exigido a intermediação pelo poder Legislativo de ato com força de lei de modo a outorgar as suas disposições vigência e obrigatoriedade no plano do ordenamento jurídico interno, distintamente no caso dos tratados de proteção internacional dos direitos humanos em que o Brasil é parte, os direitos fundamentais neles garantidos, passam a integrar o elenco dos direitos constitucionalmente consagrados e direta e imediatamente exigíveis no plano do ordenamento jurídico interno. (TRINDADE, 1993)

Nesse tema, a doutrina diverge em duas posições: a primeira acredita que em razão do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, todos os tratados internacionais

de direitos humanos tem natureza constitucional, seguem esse entendimento Flávia Piovesan, Valério Mazzuoli, Celso de Mello, dentre outros. A parte majoritária dos ministros do STF entende que os tratados que seguirem o rito do § 3º do art. 5º da Carta Magna terão natureza constitucional, os demais possuirão natureza supralegal. (NUNES, 2019)

O controle de convencionalidade

Ao longo da história, o controle de convencionalidade advém do Conselho Constitucional Francês de 15 de janeiro de 1975, que após julgar um caso sobre interrupção voluntária de gravidez, entendeu não ser competente para aferir se a lei constitucional estava em conformidade com as disposições de um tratado, convenção ou acordo internacional ratificado pela França. A decisão foi fundamentada pelos membros pelo entendimento de que a corte deveria ser responsável apenas pelo “bloco de constitucionalidade” e não pelo “bloco de convencionalidade” que emana de tratados e jurisprudências internacionais (BRUCE, 2005, p.5 apud ARAUJO, 2015, p. 40).

A partir do entendimento do Conselho, aliado com o crescimento da pressão internacional pela proteção e garantia dos direitos humanos, os países foram aderindo cada vez mais a internalização da norma internacional e, portanto, ao instituto supracitado.

Desse modo, o controle de convencionalidade surgiu com a necessidade de observância de uma das fontes de Direito Internacional Público, os tratados internacionais, aliado com o cumprimento dos princípios gerais de direito, nesse caso, do dever de cumprimento do acordo (*pacta sunt servanda*), bem como, o meio para que a manifestação da vontade possa ser efetiva (*liberum consensus*).

Controle de convencionalidade é o nome dado à verificação da compatibilidade entre as leis de um Estado com as normas dos tratados internacionais firmados e incorporados à legislação do país. No contexto regional onde o Brasil está inserido, em que vale o sistema interamericano de direitos humanos, esse controle tem o poder de suprimir, revogar ou suspender efeitos jurídicos de determinada norma de um país se houver afronta à Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), à Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADDH) ou à Convenção Interamericana de Direitos Humanos – o Pacto de San José da Costa Rica. (CNJ, 2021)

O exame de convencionalidade suspende a eficácia da norma que compõe o ordenamento jurídico, sendo assim, caso o Brasil deixe de ser signatário do Pacto de São José da Costa Rica, poderia haver novamente prisão para depositários infiéis. A teoria da recepção das normas infraconstitucionais tem seu plano de atuação na existência dessas normas a nova realidade jurídica e o controle de constitucionalidade tem como plano de atuação a validade das normas. No Brasil, grande parte da doutrina segue a teoria da nulidade ao se

tratar da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo (afetando o plano da validade), pela forte influência do direito norte-americano no âmbito constitucional. (LENZA, 2020, p. 184)

Com isso, é preciso dizer que apesar de grande parte da comunidade jurídica utilizar o termo “inválida” para a lei considerada contrária aos tratados internacionais de direitos humanos, por se tratar de controle de convencionalidade, o plano de incidência é a eficácia, e para tanto, o termo que se faz mais adequado diz sobre a não eficácia da lei, isto é, inconvenção ou até mesmo ineficiente.

Tal preceito foi apresentado no voto do Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343/SP, referente à prisão civil por depositário infiel:

Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (art. 5º, inciso LXVII) não foi revogada pelo ato de adesão do Brasil ao Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), mas deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)

E também no voto relator Ministro Ribeiro Dantas, acerca da validade, eficácia e subsistência do crime de desacato em face da compatibilidade com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, nos embargos de declaração no recurso especial nº 1.640.084/SP referente ao direito à liberdade de expressão:

Quanto à natureza jurídica das regras decorrentes de tratados de direitos humanos, firmou-se o entendimento de que, ao serem incorporadas antes da Emenda Constitucional n. 45/2004, portanto, sem a observância do rito estabelecido pelo art. 5º, § 3º, da CRFB, exprimem status de norma supralegal, o que, a rigor, produz efeito paralisante sobre as demais normas que compõem o ordenamento jurídico, à exceção da Magna Carta. Precedentes. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2021)

A verificação da convencionalidade inaugurou o que a doutrina chama de dupla compatibilidade vertical material, isto é, a lei pátria deve estar de acordo com o conteúdo tanto da Constituição Federal, quanto dos tratados internacionais de direitos humanos, os quais o país ratificou. É importante

frisar que a necessidade é de uma compatibilidade material, e não formal, pois só a Constituição tem a descrição de como deve ser a forma para existência da lei, o que não vai ser correspondido pelos tratados.

Desse modo, há o interesse do Estado em que o controle de convencionalidade seja exercido para que não seja responsabilizado internacionalmente, garantindo a proteção dos direitos humanos e a harmonização entre as leis domésticas e internacionais. (GOMES, 2020)

O controle de convencionalidade no Brasil decorre da posição atual do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual os Tratados Internacionais de Direitos Humanos têm forma de norma supralegal e infra-constitucional. Dessa maneira, para que as leis sejam válidas, precisam ser compatíveis com esses tratados supralegais. Controle de convencionalidade, no Brasil, portanto, é a verificação da compatibilidade das leis e atos normativos com os tratados supralegais (MARTINS apud NUNES, 2019)

Para que o controle de convencionalidade seja exercido de forma fundada, a doutrina elenca alguns princípios que devem ser considerados no exame de compatibilidade da norma: a) princípio da presunção relativa de convencionalidade de atos normativos internos: em simetria com a presunção relativa de constitucionalidade, bem como com o dever do Estado de cumprir com o tratado assinado; b) princípio da interpretação conforme os direitos humanos: buscar a norma mais favorável à dignidade da pessoa humana ao caso concreto, seja costumes internacionais, princípios gerais do direito ou atos unilaterais; c) princípio da atipicidade dos meios de controle da convencionalidade: por não haver uma forma específica de exercer a convencionalidade, segundo a Convenção Americana de Direitos Humanos; d) por último, princípio *pro persona*: que determina a interpretação mais favorável ao indivíduo no caso concreto. (HEEMANN, 2019)

O caso pioneiro na argumentação da convencionalidade em âmbito internacional foi o *Almonacid Arellano e Outros vs Chile*. Nesse sentido, o posicionamento:

Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Porém, quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e fim, e que desde o seu início carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, senão também a interpretação que do mes-

mo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana (CORTE IDH, 2006).

Após o Caso dos Trabalhadores Demitidos do Congresso vs. Peru, a Corte fundamentou no sentido de que os órgãos do poder judiciário devem exercer não somente um controle de constitucionalidade, mas também de convencionalidade *ex officio* entre as normas domésticas e a Convenção Americana (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020).

E após o precedente do caso Gelman vs. Uruguai ficou a cargo de todos os órgãos essenciais à função jurisdicional do Estado a análise da convencionalidade:

Quando um Estado é parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, incluídos seus juízes, estão a ele submetidos, o qual os obriga a velar a que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, pelo que os juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana (CORTE IDH, 2011)

O controle de convencionalidade está cada vez mais presente no ordenamento jurídico ao longo do mundo, possibilitando o controle pelo poder judiciário de toda legislação pátria em face da compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigência no país (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 264). Nesse diapasão, o controle de convencionalidade vai possibilitar a dupla compatibilidade vertical material, isto é, além da compatibilidade das leis infraconstitucionais com o conteúdo da Constituição Federal, também é necessário que sejam compatíveis materialmente com os tratados internacionais de direitos humanos, tal entendimento foi posto pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Aliado com a esse posicionamento da Corte que favorece a uma maior amplitude dos meios de garantias dos Direitos Humanos, e considerando o artigo 127 da Constituição Federal que diz o Ministério Público é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, pode afirmar que cabe ao Ministério Público o exame de convencionalidade.

Sendo assim, o Ministério Público deve manifestar-se pela aferição da convencionalidade da norma dentro dos casos que sua intervenção é prevista em lei, quando chamado para intervir no processo, antes de analisar o mérito, deve compatibilizar a lei interna com os tratados internacionais de direitos humanos ratificados e em vigência, pois o dever institucional do órgão é defender a ordem jurídica (*custos legis*), o que inclui os tratados internacionais de direitos humanos, que cada vez mais estarão presentes na ordem jurídica

brasileira da pós-modernidade.

Vale ressaltar que o Ministério Público não é o único órgão que deve aferir a convencionalidade das leis, trata-se de uma competência que envolve todos os órgãos do sistema jurídico brasileiro desde que as competências sejam previstas na Constituição e nas leis. O controle de convencionalidade também pode ser realizado por outros órgãos, não necessariamente jurisdicionais, como a Câmara dos Deputados ou o Senado Federal, por meio das suas Comissões de Constituição e Justiça (CCJ), que podem entender pela inconvencionalidade de uma lei, caso o dispositivo legal infrinja tratados internacionais de direitos humanos.

O Ministério Público afere a convencionalidade quando atua como parte ou como fiscal da lei e da ordem jurídica, podendo dar pareceres ou formular peças pedindo que a norma em questão seja declarada inconvencional. Como exemplo de aferição, o Procurador-Geral da República, na ADPF 320/DF, manifestou-se (aferiu) de modo a incompatibilizar a Lei da Anistia com a Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na fundamentação da Procuradoria-Geral da República (PGR) dentro da ADPF 320/DF, em que se pede que a Lei da Anistia (Lei nº 6.683 de 28 de agosto de 1979) não se aplique aos crimes de graves violações de direitos humanos, cometidos por agentes públicos, civis e militares contra indivíduos que de modo suposto ou efetivo, praticaram crimes políticos, entendeu: “Esses crimes devem ser objeto de adequada investigação e persecução criminal, sem que se lhes apliquem institutos como anistia e prescrição” (PGR, 2021). Esse posicionamento é precedido da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24 de novembro de 2010, que condenou o Brasil por unanimidade no caso *Gomes Lund e Outros vs Brasil*:

Dada sua manifesta incompatibilidade com a Convenção Americana, as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos carecem de efeitos jurídicos. Em consequência, não podem continuar a representar um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter igual ou similar impacto sobre outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. (CORTE, 2010)

Por outro lado, o Ministério Público controla a convencionalidade:

Quando a sua atuação funcional tem como pressuposto e justificativa a realização do referido controle. Tais casos são ligados à atuação ministerial no âmbito de procedimentos investigatórios destinados à tutela de interesses de ordem metaindividual e à análise de inquéritos policiais e de procedimentos de investigação criminal, destinados a embasar a promoção da ação penal pública (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 281)

Nessa situação, o exemplo mais comum é o arquivamento de inquérito civil, em que fica a cargo do Conselho Superior do Ministério Público aprovar a fundamentação do arquivamento com base no controle de convencionalidade. Sendo assim, a compatibilização ou não da norma seria decidida dentro da instituição ministerial e não no poder judiciário, como ocorre na aferição.

Mas também, ocorre o controle de convencionalidade quando o Ministério Público efetua o termo de ajustamento de conduta (TAC), instrumento utilizado pelo Ministério Público para proteger direitos difusos e coletivos, trata-se de um título executivo extrajudicial com a obrigação de fazer ou não fazer em face do descumprimento legal, previsto no § 6º, do art. 5º da LEI nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

O Ministério Público Federal acompanhado do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul celebraram um termo de ajustamento de conduta com o Carrefour Comércio e Indústria Ltda, fundamentado na Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Racial da ONU, de 1965, incorporada ao ordenamento brasileiro pelo Decreto 65.810/1965, além da Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, com o objetivo de estabelecer medidas para evitar a ocorrência de atos de racismo e discriminação racial, em âmbito nacional, para fins de combate ao racismo, à discriminação e à violência, bem como da promoção de diversidade. Ademais, o Carrefour ficou responsável por implementar um plano antirracista, nessas condições o inquérito foi arquivado (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2021).

Ocorre o exame da convencionalidade pelo Ministério Público quando há o arquivamento do inquérito policial com base em tratados internacionais de direitos humanos, haja vista que o órgão ministerial pode fundamentar que a investigação policial está perseguindo a autoria e materialidade de um crime vai contra o tratado internacional ratificado pelo país. Antes da Lei n. 13.964/2019, o arquivamento era um ato exclusivo do juiz, após a reforma, cabe ao Ministério Público ordenar o arquivamento, e conseqüentemente, a possibilidade de controlar a convencionalidade.

Mas também, quando o Ministério Público oferece a denúncia em substituição ao arquivamento indevido sob a ótica da Convenção, configura o controle de convencionalidade, pois caso o arquivamento permanecesse haveria impunidade. Haja vista que o Estado deve propiciar que os órgãos essenciais à administração da justiça propiciem o livre exercício dos direitos humanos, aplicando punição para quem os viole, independentemente de que os responsáveis pelas violações destes direitos sejam agentes do poder público ou particulares (MENEZES, 2009, p. 295).

Considerações finais

Depreende-se, portanto, a função do Ministério Público começou tradicionalmente como de fiscal da lei (custos legis), no entanto, as mudanças

da sociedade, principalmente na pós-modernidade, após as grandes guerras mundiais, trouxeram uma preocupação em escala global com os direitos humanos, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Para que esses direitos sejam efetivados, faz-se necessário a atuação do Ministério Público atual e pós-moderno, que não coloque limites tradicionalistas de apenas fiscalizar a lei, como sugere a antiquada nomenclatura *custos legis* (MAZZUOLI; FARIA; OLIVEIRA, 2020, p. 267).

Ademais, o Ministério Público na atualidade, através do controle de convencionalidade, expande a proteção dos direitos humanos e complementa as leis nacionais. De outro modo, há uma clara alteração entre fiscal da lei (*custo legis*) para defensor da ordem jurídica (*custos juris*), com foco no controle de convencionalidade e a fiscalização e aplicação de todas as normas vigentes na ordem jurídica do Brasil, incluindo os tratados internacionais.

Nesse sentido, a instituição deve demonstrar-se ativa na proteção e efetivação dos direitos humanos previstos nos tratados internacionais, identificando quando aferir e controlar a convencionalidade, almejando harmonizar as normas internas com as normas internacionais e evitando a responsabilização internacional do país. Pois, além do poder judiciário, legislativo e outras instituições, o Ministério Público tem o dever constitucional de garantir a defesa da ordem jurídica.

Referências

ARAUJO, Louise de. **Os direitos humanos como parâmetro de aplicação do controle de convencionalidade das leis: precedentes do sistema interamericano e o caso brasileiro.** Tese (Mestre na área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas/Menção em Direito Internacional Público e Europeu) - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra, 85 f. 2015. Disponível em: <<https://estudogeral.uc.pt/bitstream/10316/34840/1/Direitos%20humanos%20como%20parametro%20do%20controle%20de%20convencionalidade%20precedentes%20do%20sistema%20interamericano%20e%20o%20caso%20brasileiro.pdf>> Acesso em 16 set. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Controle de convencionalidade contribui para garantia de direitos humanos.** Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/controlado-de-convencionalidade-contribui-para-garantia-de-direitos-humanos/>> Acesso em: 09 set. 2021.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano: exceções preliminares, mérito, reparações e custas, § 126.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_por.doc>. Acesso em: 03 set. 2021.

CORTE IDH. **Caso Gelman vs. Uruguai, Sentença de Mérito e reparações, § 193.** Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_por.doc>. Acesso em: 04 set. 2021.

CORTE IDH. **Caso Gomes Lund e Outros (“Guerrilha do Araguaia”) vs. Brasil.** Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_por.pdf> Acesso em: 06 set. 2021.

DIAS, Felipe da Veiga; GORCZEWSKI, Clóvis. **A Imprescindível Contribuição dos Tratados e Cortes Internacionais para os Direitos Humanos e Fundamentais**. In: Revista Sequência, nº 65, p. 241-272, dez. 2012. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v-33n65p241/24291>> Acesso em 17 set. 2021.

DONADELI, Paulo Henrique Miotto. **Os tratados internacionais e seus reflexos jurídicos na ordem interna brasileira**. Revista Jurídica Unicoc, ano VII, out. 2010.

GOMES, Eduardo Biacchi. **Controle de constitucionalidade no Brasil: tópicos sobre o controle de convencionalidade**. Curitiba: InterSaberes, 2020. (Sério Direito Público).

HEEMANN, Thimotie Aragon. **O exercício do controle de convencionalidade pelo membro do Ministério Público. 2019. no prelo**. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/MP_Academia/Teses_2019/Thimotie_Heemann_-_O_exercicio_do_controle_de_convencionalidade.pdf> Acesso em: 08 set. 2021.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; FARIA, Marcelle Rodrigues da Costa; OLIVEIRA, Kledson Dionysio de. **Aferição e controle de convencionalidade pelo Ministério Público**. In: Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 78, p. 263-296, out./dez. 2020. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/documentos/20184/2026467/Valerio_de_Oliveira_Mazzuoli_%26_Marcelle_Rodrigues_da_Costa_e_Faria_%26_Kledson_Dionysio_de_Oliveira.pdf> Acesso em 03 set. 2021.

MENEZES, André Felipe Barbosa de. **Controle de convencionalidade no sistema interamericano de direitos humanos**. 2009. 361 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4162>>. Acesso em 15 de set. 2021

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Termo de ajustamento de conduta assinado com o Carrefour**. Acessível em: <<http://www.mpf.mp.br/rs/atos-e-publicacoes/termo-de-ajustamento-de-conduta-tac/termo-de-ajustamento-de-conduta-tac-assinado-com-o-carrefour>> Acesso em: 10 set. 2021.

MORAES, A. de. **Direitos humanos fundamentais e as Constituições brasileiras**. In: SILVA, J. G. T. da (Coord.). Constitucionalismo Social: estudos em homenagem ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello. São Paulo: Ltr, 2003

NUNES Júnior, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

PROCURADORIA GERAL DA REPÚBLICA. **PGR defende não aplicação de parte da Lei da Anistia**. Disponível em: <<https://pgr.jusbrasil.com.br/noti>>

cias/147876963/pgr-defende-nao-aplicacao-de-parte-da-lei-da-anistia> Acesso em: 06 set. 2021.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Embargos de declaração no recurso especial nº 1.640.084 - SP**. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, julgado em 13/04/2021. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf> Acesso em: 05/09/2021

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso especial 466.343 / SP**. Rel. Min. Cezar Peluso. Julgado em 03/12/2008. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>> Acesso em: 08 set. 2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Recurso especial 511961**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 17/06/2009. Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>> Acesso em: 08 set. 2021.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A interação entre o direito internacional e o direito interno na proteção dos direitos humanos**. Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, n. 182, p. 28 –29, jun. / dez. 1993.

DA AREIA AO ASFALTO: A EXTREMA VULNERABILIDADE DOS MENINOS E MENINAS DE RUA NO BRASIL

Raíssa Amarins Marcandeli

Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru. Pesquisadora na área de gênero, segurança pública e direitos humanos. Advogada

Vanessa Nunes Pereira

Mestranda em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos pelo Centro Universitário de Bauru – mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Professora de Direito Civil na Faculdade Itiana de Botucatu, mantida pela Instituição Toledo de Ensino. Advogada

Resumo:

A pesquisa busca discorrer sobre as circunstâncias que crianças e adolescentes enfrentam nas ruas brasileiras, ressaltando os impactos e o exponencial aumento ocasionado pelo Covid-19, refletindo a reiterada violação dos direitos humanos. Com isso, buscou-se inicialmente traçar a dura realidade enfrentada, trazendo os dados estatísticos encontrados, ante a intensa invisibilidade desse grupo populacional, com ênfase na necessidade de adoção de políticas públicas efetivas e da aplicabilidade da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato contínuo, reverberou-se a comparativa entre a realidade e a narrativa de “Capitães da Areia”, de 1937, em que se vislumbrou a correspondência de valores e de vivências, apenas com o diferencial de que hoje crianças e adolescentes são sujeitos de direitos e não mais extensão familiar. E diante de tais perspectivas, é que a pesquisa buscou apresentar a solução encontrada por Portugal ante a junção das entidades governamentais com instituições privadas na busca da erradicação da problemática infanto-juvenil visualizada.

Palavras-chave: Crianças em situação de rua; Direitos Fundamentais; Direitos Humanos; Capitães da Areia; Direito e Literatura.

Introdução

No presente artigo buscar-se-á apresentar o atual cenário das crianças

que sobrevivem nas ruas, apesar da invisibilidade dos reais números que representam tal circunstância, de maneira a demonstrar que se trata de uma realidade e grande problemática brasileira, eis que os submete a situações que violam frontal e rotineiramente os direitos humanos e fundamentais.

Além disso, abordar-se-á o fato de que a situação atual das crianças e adolescentes que se encontram em situação de rua foi retratada pela obra “Capitães da Areia”, escrita em 1937, demonstrando-se que a infância deles, que deveria ser vivida e garantida, de acordo com os ditames da Constituição Federal do Brasil e do Estatuto da Criança e do Adolescente, atualmente, é renegada, abandonada e invisibilizada.

Justifica-se a pesquisa na necessidade de voltar maior atenção, tanto no aspecto social como político, quanto à efetivação de direitos dessa minoria populacional que em grandes centros tem se mostrado maioria (a chamada maioria qualitativa) da qual se intensificou com o advento do Covid-19, evidenciando que os Direitos Fundamentais e Humanos precisam ser efetivamente aplicados.

Desse modo, será ressaltada a essencialidade de se discutir e agir em relação às crianças em situação de extrema vulnerabilidade, bem como destacar a importância da adoção de projetos subordinados ao Governo e que auxiliem nessa missão, a exemplo do que fora efetivamente exercido em Portugal que hoje não mais vivencia situações como essa. Traçar-se-á pela pesquisa a necessidade de os preceitos constitucionais quanto ao tripé de proteção da criança e do adolescente serem efetivados, para que a morada de meninos e meninas “sob a lua, num velho trapiche abandonado” (AMADO, 2008, p. 27) à beira da praia ou do asfalto não mais subsista.

O trabalho será desenvolvido pelo método dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica e análise doutrinária e estatística, apresentando os aspectos mais relevantes do tema, a fim de reformar as alegações teóricas ventiladas.

Sobreviver nas ruas: realidade e problemática brasileira que viola frontalmente Direitos Humanos e fundamentais de crianças e adolescentes

Em 23 de dezembro de 2009 o Decreto nº 7.053 instituiu a Política Nacional para a População em Situação de Rua e seu Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento, após irrestrita pressão da população brasileira. Em seu artigo 7º estão previstos os objetivos da Política Nacional para tal população, como o acesso amplo, simplificado e seguro aos serviços e programas que integram as políticas públicas de saúde, educação, previdência, assistência social, moradia, segurança, cultura, esporte, lazer, trabalho e renda.

Além desse objetivo, tem-se também a previsão que busca garantir a formação e capacitação permanente de profissionais e gestores para atuação no desenvolvimento de políticas públicas intersetoriais, transversais e intergovernamentais direcionadas às pessoas em situação de rua ou ainda desenvol-

ver ações educativas permanentes que contribuam para a formação de cultura de respeito, ética e solidariedade entre a população em situação de vulnerabilidade e os demais grupos sociais, de modo a resguardar a observância aos direitos humanos.

Incentivar a pesquisa, produção e divulgação de conhecimentos sobre a população em situação de rua, contemplando a diversidade humana em toda a sua amplitude étnico-racial, sexual, de gênero e geracional, nas diversas áreas do conhecimento também é um dos objetivos instituídos pela Política.

Todavia, a Política Nacional chega ao seu décimo terceiro aniversário no ano de 2022 sem efetivar a maioria de seus desígnios. A intenção do isolamento, da penalização e do afastamento dessas pessoas ainda persiste em todo o seio da nação brasileira.

Com isso, observa-se, que a escassez de atenção a esses grupos mais vulneráveis não se trata de um problema atual, tanto que buscamos delinear e traçar essa perspectiva por meio de uma narrativa comparada com a obra *Capitães da Areia*, de Jorge Amado, em que a narrativa realista e dotada de grande segregação social apresentada discorreu e retratou fielmente o sofrimento de uma infância desprezada e abandonada pela sociedade individualista da época e para a qual o Estado cerrava seus olhos, dada a ausência de provimento de questões primárias e de dispositivos legais para tanto.

Utilizando como marco o Decreto nº 7.053 de 2009 e o incremento das narrativas institucionais e de movimentos sociais que passaram a reconhecer a população em situação de rua como “sujeitos de direitos”, buscar-se-á refletir e analisar as tensões que envolvem os Direitos Humanos e Fundamentais da população em situação de rua, nesta oportunidade, em especial das crianças e dos adolescentes.

Ressaltando-se, ainda, o UNICEF, que foi criado para fornecer assistência emergencial a milhões de crianças no período pós-guerra na Europa, no Oriente Médio e na China, tornando-se órgão permanente do sistema das Nações Unidas e que teve seu mandato ampliado para chegar ao alcance de crianças e adolescentes em todo o mundo.

Pessoas em situação de rua formam um grupo heterogêneo que possui em comum a condição de extrema vulnerabilidade social, os vínculos familiares interrompidos ou fragilizados e a inexistência de moradia convencional regular. Essas pessoas habitam espaços normalmente públicos, frequentemente nas imediações de centros comerciais devido à maior possibilidade de garantir a subsistência, ainda que de maneira precária. Compõe o mesmo grupo aquelas pessoas que almejam e conseguem abrigo nos Centros de Acolhida/Albergue para pernoite (ROSA, 2021).

E esse cenário tornou-se a realidade de inúmeras pessoas a partir do advento da pandemia do coronavírus. Em consonância com a representante do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), Tatiana Dias, a estimativa entre fevereiro e março do ano de 2020, momento de eclosão da pandemia, era de 221 mil pessoas em situação de rua. Todos os elementos indicam que

o número tenha se expandido, conforme reforçou Veridiana Machado, representante do Comitê Intersetorial de Acompanhamento e Monitoramento da Política Nacional para a População em Situação de Rua (Ciamp-Rua) (GAMEIRO, 2021).

Veridiana Machado ainda salientou que o número é expressivo inclusive de crianças que passam os dias nos sinais pedindo dinheiro (GAMEIRO, 2021). Nessa acepção, o censo antecipado pela Prefeitura de São Paulo revela que a população em situação de rua cresceu 31% nos últimos dois anos, entre 2020 e 2021. Segundo a pesquisa, atualmente, há 31.884 pessoas nas ruas da cidade. Em 2019, eram 24.344 pessoas: o aumento numérico é de 7.540 pessoas, o equivalente a toda população em situação de rua no Rio de Janeiro (SECRETARIA ESPECIAL DE EDUCAÇÃO, 2022).

Enquanto em 2019 havia 24.344 pessoas em situação de rua na cidade, no final de 2021, havia 31.884 pessoas identificadas no Censo. Deste total, 19.209 foram recenseadas quando estavam em logradouros públicos e outras 12.675 enquanto estavam abrigadas nos Centros de Acolhida da rede socioassistencial do município.

Outra comparação que ressalta a dimensão da nova realidade paulistana indica que o contingente em situação de rua já é maior que o número de habitantes da maioria das cidades do Estado, uma vez que das 645 cidades paulistas, 449, ou 69,6% do total, têm quantidade de moradores menor do que a população em situação de rua aferida na cidade de São Paulo.

Ademais, há também a pesquisa feita pelo Observatório Brasileiro de Políticas Públicas com a População em Situação de Rua, plataforma do Programa Transdisciplinar Polos de Cidadania da Universidade Federal de Minas Gerais (POLOS-UFMG), que aponta que a população em situação de rua no Brasil cresceu cerca de 16% somente entre os meses de dezembro de 2021 e maio do ano de 2022. De acordo com os dados do Observatório, em dezembro de 2021, segundo cadastros no CadÚnico, eram 158.191 pessoas vivendo nas ruas do Brasil. Em maio deste ano, o número saltou para 184.638. (FIGUEIREDO, 2022).

Nessa perspectiva, é facilmente possível denotar que nas praças ou embaixo de viadutos de grandes cidades famílias inteiras se encaixam em meio às lonas frias e sujas ou em barracas improvisadas, mantendo-se uma rotina que cada vez mais é insustentável, mas a situação ainda piora quando se trata de crianças e adolescentes em situação de rua, realidade que também aumentou nos últimos anos no Brasil.

A Prefeitura de São Paulo realizou o Censo de Crianças e Adolescentes em situação de rua após 15 anos sem nenhum levantamento sobre este grupo na cidade, de acordo com a matéria. A última pesquisa foi realizada em 2007. A etapa censitária, realizada no mês de maio de 2022, apontou a existência de 3.759 crianças e adolescentes, entre 0 e 17 anos e 11 meses, em situação de vulnerabilidade social, que usam as ruas para dormir, praticar atividades irregulares ou ilícitas, e que estão acolhidas em serviços da rede socioassistencial

(VIEIRA, 2022).

O levantamento demonstrou que 10,7% deste total, que corresponde a 401 crianças e adolescentes, pernoitam nas ruas; outras 609 (16,2%) estão acolhidos nos Serviços de Acolhimento Institucional para Crianças e Adolescentes (Saica) e em Centros de Acolhida Especial para Famílias. Os dados revelam ainda que a maior parcela, 2.749 (73,1%) crianças e adolescentes, utiliza as ruas como forma de sobrevivência, ainda que por um breve período do dia (VIEIRA, 2022).

Atualmente, especialmente quando se vive em médias e grandes cidades, é raro que crianças ou adolescentes não sejam vistos oferecendo serviços nos faróis ou centros urbanos, como, praticando a venda de doces ou simplesmente pedindo por ajuda financeira para si e sua família. Essa é a realidade de inúmeras crianças e adolescentes brasileiros que, além da falta de meios financeiros para subsistência, enfrentam diversos problemas relacionados ao rompimento de vínculos familiares, como o abandono.

Nesse passo, tem-se que a situação de rua que envolve crianças e adolescentes os proporcionam rotineira violação de seus direitos, já que sobrevivem em circunstâncias de extrema vulnerabilidade, mantendo contato precoce com o crime, drogas, álcool e o trabalho forçado, o que impacta negativamente na saúde e na educação deles.

A vida nas ruas é marcada por diversas formas de violência, privação de direitos fundamentais, violação de direitos humanos, discriminação, ausência de acesso à saúde, educação, meios para manter a higiene básica, falta de privacidade, dentre tantos outros elementos. Não o suficiente, ainda são acometidos pela precariedade do sono e da alimentação. Se trata de uma série de aspectos que impõem ao indivíduo uma realidade sem dignidade, demasiadamente sofrida, o que piora exponencialmente quando se trata de uma criança ou de um adolescente.

Quem deveria proteger e assegurar à criança e ao adolescente dignidade, com absoluta prioridade, consoante prevê a Constituição Federal em seu artigo 227, renega e os abandona. Mesmo que existente o tripé da garantia de proteção, consistente na família, sociedade e Estado, a eles é oportunizada uma vida sem direito à saúde, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, respeito, liberdade, convivência familiar, passando a suportar uma situação de reiterada negligência, exploração, crueldade e opressão.

Crianças e adolescentes em situação de rua possuem seus direitos humanos e fundamentais rotineiramente violados, além de serem submetidos ao trabalho forçado, em decorrência da necessidade de encontrar meios para subsistência, são expostos com frequência ao crime, às drogas e ao álcool.

O Estado, a família e a sociedade desprezam o fato de que grande parte do futuro da nação está sobrevivendo em condições desumanas, sem educação, saúde e alimentação. Seres que deveriam ter sua infância garantida são lançados à margem da sociedade, vivendo com fome, medo e insegurança, travando batalhas diárias para se obter o mínimo que todo ser humano neces-

sita.

Trata-se de seres invisíveis, que se deparam diariamente com uma situação de miséria, violência e discriminação desde o início da vida, vez que por muitas vezes além de serem desamparados pela própria família, o Estado não lhe estende o véu da proteção necessária.

Isso posto, no próximo ponto do presente estudo a obra “Capitães da Areia” será abordada, de modo a fazer uma comparação com o atual cenário das crianças de rua, demonstrando que a infância que deveria ser vivida e garantida foi abandonada e invisibilizada.

Infância que deveria ser vivida e garantida segundo a Constituição Federal do Brasil e o Estatuto da Criança e do Adolescente: situação atual que é retratada em “Capitães da Areia”

O tópico anterior nos apresentou a permanência na atualidade das precárias condições destinadas às crianças e adolescentes que vivem nas ruas, seja das grandes cidades, seja do interior, fato é que mesmo com a proteção Constitucional destinada para tanto, bem como legislações específicas e ações sociais que visam erradicar essa situação, a mesma persiste e se encontra, infelizmente, enraizada na sociedade brasileira em que tais mazelas sociais tornaram-se seculares mesmo com os esforços empenhados para sua mitigação.

Menino de rua, é expressão que transmite a realidade mencionada e que ganhou destaque na década de 1980, fazendo referência aos seres em desenvolvimento e que constantemente possuem seus direitos violados, fazendo da rua como seu espaço de moradia e sobrevivência, em razão do rompimento de vínculos familiares e comunitários acrescido da extrema pobreza e da ausência de políticas públicas.

Destarte, valendo-se dessa realidade ainda permanente é que se buscou pela correlação de toda a previsão legal existente com o que fora retratado na obra literária “Capitães da Areia”, que foi lançada em 1937, pouco antes do Estado Novo e do início da Era Vargas (1930-1945), e encontra-se inserida no contexto da década de 20 e 30 em que o Brasil passava por intensa transformação política, econômica e social.

Ora, a narrativa constante da obra literária comparativa é realista e evidencia a segregação social pelas crianças e adolescentes do trapiche sofridos, bem como retrata fielmente o sofrimento de uma infância desprezada e abandonada pela sociedade individualista da época e para a qual o Estado cerrava seus olhos, dada a ausência de provimento de questões primárias e de dispositivos legais para tanto, o que não mais verificamos hoje quanto à ausência de tutela legislativa.

Verifica-se, então, que o retrato da narrativa é fiel quanto à exposição do cotidiano de crianças vulneráveis às mazelas sociais, abandonadas pelos pais e pelo Estado e que são inseridos, em razão das circunstâncias vividas, na vertente marginalizada revelando os efeitos da prática sobre as crianças e,

principalmente, a necessidade de sua execução quanto à garantia de sua sobrevivência, de modo que passaram a ser vislumbrados pela sociedade que os deveria acolher e guiar como sendo os “delinquentes” que o Código de Menores à época buscava erradicar.

Destarte, segundo elucida Luiz Henrique Martim Herrera (2016, p. 90): “o contexto literário da década de 30 expõe mazelas sociais que transcendem o tempo: mostra as brutais diferenças de classe, a má distribuição de renda e os efeitos da marginalidade nas crianças e adolescentes discriminados”.

A leitura da obra em tela, portanto, mostra-se mais atual e necessária do que se imagina, pois ainda hoje estamos diante de enfrentamentos que há 80 (oitenta anos) eram retratados e pasmem, em uma sociedade que pouco se modificou quanto à discriminação e segregação social, racial e de classe.

Tem-se que Capitães da Areia ainda retrata a dura realidade brasileira das crianças e adolescentes que vivem nas ruas nos grandes centros urbanos, visto que as façanhas cotidianas nada sociáveis dos personagens para sobreviver em uma sociedade que diariamente os repele, transforma-os em “meninos-heróis” e a saga de cada qual transformou-se em uma luta em favor da dignidade humana (FIGUEIREDO, 2014, p. 118) que é rechaçada e colocada como inexistente nesse cenário, de modo que de lá em diante vislumbrou-se a premente necessidade e o dever do Estado em assistir à criança e ao adolescente.

Como outrora mencionado a questão das crianças e adolescentes serem hoje visualizadas como sujeitos de direitos e protagonistas destes trata-se de inserção recente, já que quando do lançamento da obra em discussão tais indivíduos eram apenas visualizados como extensão de seus pais, de sua família e de sua comunidade.

O Código de Menores, assinado em 12 de outubro de 1927, em que pese fosse destinado apenas às crianças e adolescentes considerados marginais, com foco na penalização destes, trouxe para a época determinados avanços quanto à exploração da mão de obra infantil em que elevou para 11 anos a idade permitida ao trabalho, assim como em relação à penalização que teve sua idade elevada para 18 anos, de modo que os adolescentes de 14 a 17 anos não eram submetidos à prisão, mas a uma escola de reforma (reformatório) em que aprenderiam um trabalho e receberiam educação.

Vislumbra-se, então, que a lei em comento sucintamente determinava que o governo, a sociedade e a família cuidassem bem dos menores de 18 anos. No entanto, como é de conhecimento geral, em que pese o Código de Menores tenha sido revolucionário, já que fora o promissor quanto à obrigação do Estado de cuidar dos abandonados e reabilitar os delinquentes, a historiadora Maria Luiza Marcilio (*apud* Agência Senado, 2015) faz uma pequena ressalva de que: “Como sempre acontece no Brasil, há uma distância muito grande entre a lei e a prática. O Código de Menores trouxe avanços, mas não conseguiu garantir que as crianças sob a tutela do Estado fossem efetivamente tratadas com dignidade, protegidas e recuperadas”.

Seguindo-se exatamente nessa linha é que o Código de Menores de 1979 criado pela Ditadura Militar se convalidou e perpetuou o foco nas penalizações mais do que na restauração e na inserção de tais indivíduos como sujeitos na sociedade. Entretanto, em que pese esse cenário instalado, necessário trazer à baila que foi em 1959 que, pela primeira vez, a criança e, conseqüentemente, o adolescente, teve seu direito considerado como superior e invocou uma direta atenção do Estado, da família e da sociedade por meio da Declaração Universal dos Direitos da Criança, de modo que o Pacto de São José da Costa Rica, posteriormente, em 1969 corroborou tal determinação através de seu artigo 19 que assim dispõe: “Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

E exatamente nesse contexto de evolução social e de maiores ansios para crianças e adolescentes, é que a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 verdadeiramente voltou sua atenção para essa parcela populacional, visto que trouxe até mesmo um capítulo exclusivo destinado aos mesmos e denominado “Da família, da criança, do adolescente e do idoso”.

Nessa esteira, observa-se que o direito das crianças e dos adolescentes foi, por fim, constitucionalizado, além de ter representado uma intensa transformação da doutrina da situação irregular para a da proteção integral que vinha sendo defendida e impulsionada em diversos documentos internacionais como a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), a Declaração Universal dos Direitos das Crianças (1959) e as Regras Mínimas das Nações Unidas para Administração da Justiça de Menores (Regras Mínimas de Beijing – 1985) (KREUZ, 2012, p. 64).

No entanto, não paramos por aí, já que o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, que completou 32 anos no corrente ano, foi pensado e retratado como uma forma de ser destinado para a tutela dos direitos das crianças e adolescentes e não mais para as punições que eram até então empenhadas, afora que foi destinado para todas as crianças e adolescentes de forma geral, não mais sendo voltado a uma classe social em prol de uma mazela desprezada, ou seja, se aplicado para os meninos e meninas do trapiche certamente o Estatuto da Criança e do Adolescente destinaria a estes o devido processo legal, a oportunidade de serem ouvidos e, acima de tudo, a ampla defesa e o contraditório, assim como a ressocialização em entidade voltada para tanto.

Ou seja, o Estatuto da Criança e do Adolescente vem de encontro ao que era até então disciplinado e invocado no âmbito de proteção e, até mesmo, de penalização das crianças e dos adolescentes, até porque se considerarmos o contexto da obra de Jorge Amado em 1937 essa se deu sob a vigência do Código Penal de 1930 que tinha por objetivo a ordem pública e manutenção da paz social que eram concretizadas por meio do controle de parte da população tida por inconveniente, isto é, os mendigos, delinquentes, ébrios e,

com certeza, os menores do trapiche se enquadrariam nessa inconveniência perpetrada.

E tamanho era o absurdo em questão que é possível, até mesmo, comparar essa necessidade de ordem social com a ideia de sociedade disciplinar pregada por Foucault que delimita os espaços de normal e anormal, em que os anormais certamente seriam caracterizados pelos meninos e meninas do trapiche que haveriam de ser controlados e postos sob o prisma de “sujeitos de obediência” (HERRERA, 2016, p. 99).

Destarte, tamanha foi a importância da inserção do Estatuto da Criança e do Adolescente no ordenamento jurídico brasileiro no que tange ao reconhecimento de tais indivíduos como sujeitos de tutela legal e, principalmente, para que tivessem asseguradas todas as garantias possíveis, assim como que lhes fosse aplicado o princípio do melhor interesse do menor, considerando o fato de se tratarem, acima de tudo, seres em desenvolvimento e que exige o tripé de proteção constitucional do Estado, Família e Sociedade.

Todavia, como nem tudo são flores e como o Direito não é perfeito em sua correspondência redacional e prática, tem-se que mesmo com todas as garantias destinadas para tanto observa-se, ainda hoje e, principalmente, após o advento da pandemia do Covid-19, a ausência de políticas públicas efetivas em relação a essa mazela populacional, ou seja, essa imputação de responsabilidades de um para outro – União para Estado, Estado para Município e assim por diante – não se mostra recente e, diferentemente do que se costuma elucidar, evidencia o modo de agir institucional frente a questões sensíveis e de alta complexidade como a violência, a marginalização, a miséria, a distribuição de renda, a ausência de moradia, dentre tantos outros pontos que poderiam ser destacados.

Ora, frente a tudo o que fora pesquisado e no decorrer da pesquisa apresentado, é que se torna latente nesse momento proceder à comparação quanto ao sistema adotado em Portugal, pois em que pese em ambos os territórios os direitos das crianças e dos adolescentes sejam tratados na esfera constitucional e em legislação esparsa, em Portugal a legislação específica destina-se para as situações de perigo, uma vez que o país em tela não mais enfrenta e não mais vivencia crianças e adolescentes em situação de rua como se verifica no Brasil e isso justamente pelo fato de que Portugal soube unir as forças governamentais com os órgãos e instituições privadas que possuem ampla e efetiva atuação na promoção e efetivação de programas voltados para tanto.

Logo, ainda que sejamos considerados um modelo exitoso em relação à legislação protetiva na garantia dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil, ainda estamos deveras distantes de promover um efeito que garanta recursos que de fato, privilegiem e concedam à criança e ao adolescente a prioridade absoluta legalmente e internacionalmente prevista quanto à sua infância e à sua inserção no seio social.

Constata-se, por fim, que Capitães da Areia, em que pese sua vertente literária em muito se entrelaça com o Direito, de modo que nos impõe e nos

demonstra uma realidade de exclusão social que custa a ser sanada e que até os dias de hoje é incansavelmente perpetrada e enraizada, permitindo-nos enxergar que as políticas públicas pelo Estado propostas nada mais são que medidas pontuais e ausentes de consistência, isto é, são práticas temporárias que visam tão somente garantir uma boa imagem governamental no que tange à resolução de problemas sociais que serão adiados quanto à sua efetiva solução e erradicação.

Estamos diante exatamente da denominada legislação simbólica engendrada por Marcelo Neves e que possui como um de seus propósitos a criação das chamadas legislações álibi que se destinam à construção de uma boa imagem Estatal em relação à resolução de problemas sociais, quando, na realidade, o verdadeiro propósito intrínseco em tais objetivos é o adiamento da solução de tais conflitos (NEVES, 2007, p.27-43).

Alcança-se, então, não obstante alguns avanços quanto ao olhar destinado para crianças e adolescentes desde 1937 para cá, que grande parte dos Estados brasileiros, principalmente, aqueles dotados de grande contingente populacional ainda enfrentam realidades e problemas paralelos com o relatado em Capitães da Areia pelos meninos e meninas que vivem “sob a lua, num velho trapiche abandonado” (AMADO, 2008, p. 27), evidenciando-se a necessidade premente de implementação de um caráter misto quanto à transferência das responsabilidades na efetivação das políticas públicas existentes, assim como se deu em Portugal que hoje, mostra-se como um parâmetro e um exemplo para tanto.

Por conseguinte, entre chegadas e partidas, fantasia e realidade, a problemática da marginalidade, do menosprezo e do conseqüente abandono social e político de tais minorais (ou maiorias qualificadas) necessitam ser escancaradas, eis que estamos diante de um grupo que cotidianamente transforma-se em maioria e que rotineiramente são esquecidos a ponto de sequer integrarem censos que nos permitam mapear a realidade em discussão e, conseqüentemente, buscar pela efetivação e conseqüente aplicação da legislação constitucional e das políticas públicas a tanto destinadas.

Considerações finais

A tutela de crianças e adolescentes seja em situação de vulnerabilidade ou não é questão efetivamente e expressamente garantida pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, assim como pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Contudo, em que pese a efetiva proteção para tanto destinada, a transcendência das mazelas sociais até hoje visualizadas e enfrentadas mostra-se latente e, posteriormente ao advento do Covid-19, mostra-se exponencialmente elevada, principalmente no que diz respeito às crianças e adolescentes que passaram a fazer das ruas sua morada, sua escola, seu lar e sua fonte de subsistência.

Com o foco voltado para tanto é que a presente pesquisa percorreu em

seu primeiro capítulo a respeito do enfrentamento dessa dura realidade e do esquecimento cotidianamente enfrentado por essas crianças e adolescentes proveniente daqueles – Estado, sociedade e família - que deveriam proteger, mas acusam, renegam e abandonam.

Nessa esteira, então, evidenciou-se os dados estatísticos, ainda que escassos, dada a extrema invisibilidade desse grupo marginalizado, destacando-se que além da ausência de direitos básicos, principalmente no que tange à efetiva dignidade humana, essas crianças e adolescentes rotineiramente convivem com as drogas, o álcool, a marginalidade, bem como, em grandes casos, são vítimas desses extremos.

Em continuidade e buscando salientar a perpetuação desse comportamento e sua longevidade alcançada, é que a pesquisa passou a traçar a comparação existente entre o texto da obra literária de “Capitães da Areia” com a situação das crianças e adolescentes de rua. E isso pelo fato de que, em que pese tenha sido uma obra escrita há 80 anos, sua narrativa mostra-se fiel e real à rotina hoje visualizada, com a simples diferença de que, atualmente, as crianças e adolescentes são destacados como sujeitos de direitos, ao passo que à época dos meninos do trapiche eles não passavam de uma extensão de sua família, do Estado e da comunidade em que viviam.

Contudo, ainda que tutelados e com a esfera legislativa a seu favor, as crianças e adolescentes permanecem marginalizados, isto é, colocados à margem da sociedade e tratados com a mesma segregação enfrentada por negros e pobres, demonstrando a necessidade da adoção de políticas públicas efetivas para que, o futuro da nação e da perpetuidade de nossa geração, possa ser de fato visualizado e tenha, efetivamente, sua dignidade enquanto ser humano e sujeito de direitos garantida.

E justamente nesse sentido, é que a pesquisa trouxe como extremo comparativo o que hoje é adotado em Portugal, já que nosso país vizinho e ancestral, erradicou e não mais vivencia crianças e adolescentes em situação de rua, haja vista o trabalho conjunto entre Estado e órgãos e instituições privadas, dos quais laboram com a criação de programas assistenciais e de projetos que visam educar, formar e, acima de tudo, mudar, a exemplo dos denominados de “Educar e Formar para Inserir” e “Aprender na Rua”, os quais trouxeram cuidados para com o próximo, laboratório social para entendimento da perspectiva enfrentada e destaque do problema social que clama por uma intervenção estatal e da sociedade como um todo.

Logo, pugna-se com o estudo em tela que as políticas públicas sejam de fato apresentadas e praticadas, para que as crianças tenham, verdadeiramente, a infância resgatada, o carinho e o semblante restaurado, a fim de que não mais se reconheça a realidade de 80 anos atrás no presente e que os meninos e meninas de Capitães da Areia, Pedro Bala, Professor, Sem-pernas não mais - “olhou para trapiche. Não era como um quadro sem moldura. Era como a moldura de inúmeros quadros. Como quadros de uma fita de cinema. Vidas de luta e de coragem. De miséria também” (AMADO, 2008, p. 231) – olhem

para a rua e vejam nela tão somente a vida de miséria abandonada, mas sim vejam a beleza que é o caminhar e a vivência sob a dignidade humana há tanto esperada.

Referências

AMADO, Jorge. **Capitães da Areia**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.

ARRUDA, Érica Maia Campelo. NUNES, Ana Morena Sayão Capute. ARAÚJO, Natália de Souza e Mello. **“Capitães da Areia” de Jorge Amado e o Estatuto da Criança e do Adolescente**. In: Jornada Norte-Nordeste de Direito e Literatura da RDL. Disponível em: <<https://editorarealize.com.br/artigo/visualizar/30232>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto n.º 678, de 6 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm> Acesso em: 01 nov. 2022.

FIGUEIREDO, Carolina. População em situação de rua no Brasil cresce 16% de dezembro a maio, diz pesquisa. **CNN Brasil**, São Paulo, 10 jun. 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/populacao-em-situacao-de-rua-no-brasil-cresce-16-de-dezembro-a-maio-diz-pesquisa/#:~:text=A%20seguir-,Popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de%20rua%20no%20Brasil%20cresce%2016,dezembro%20a%20maio%2C%20diz%20pesquisa&text=A%20popula%C3%A7%C3%A3o%20em%20situa%C3%A7%C3%A3o%20de,2021%20e%20maio%20deste%20ano>> Acesso em: 17 out. 2022.

FIGUEIREDO, ELL. **Beecher Stowe e Jorge Amado: uma visão Jusliterária da injustiça social**. In: SWARNAKAR, S., FIGUEIREDO, ELL., and GERMANO, PG., orgs. Nova leitura crítica de Jorge Amado [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2014, pp. 112-135. ISBN 978-85-7879-328-9. Disponível em: <<https://books.scielo.org/id/2yqzj/pdf/swarnakar-9788578793289-07.pdf>> Acesso em: 14 jun. 2022.

GAMEIRO, Nathália. População em situação de rua aumentou durante a pandemia. **FioCruz Brasília**. Disponível em: <<https://www.fiocruzbrasil.fiocruz.br/populacao-em-situacao-de-rua-aumentou-durante-a-pandemia/>>. Acesso em: 17 out. de 2022.

HERRERA, Luiz Henrique Martim. **Capitães da Areia, um retrato do presente: reflexões sobre a normalização do saber jurídico e a necessidade de formação “de rua” do bacharel em direito**. In: COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. (Org). **Crime, Direito, Arte e Literatura: Estado, Responsabilidade, Inclusão ou Exclusão Social**. Curitiba: Instituto Memória, 2016.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar e da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional**. Curitiba: Juruá, 2012.

LÍRIO, Flávio Corsini. BONITO, Jorge. **Estudo comparativo entre Brasil e Portugal da Política de Proteção Infanto-juvenil**. **SER Social**, [S. l.], v. 19, n. 41, p. 459–478, 2018. DOI: 10.26512/ser_social.v19i41.14951. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/SER_Social/article/view/14951>. Acesso em: 1 nov.

2022.

MIRANDA, Humberto Silva. **Entre chegadas e partidas: do Projeto Alternativas ao Movimento Nacional de Meninos e Meninas de Rua (Brasil, década de 1980).** *Revista Brasileira De História & Ciências Sociais*, 13(25), 200–222. Disponível em: <<https://doi.org/10.14295/rbhcs.v13i25.11998>> Acesso em: 14 jun. 2022.

NEVES, Marcelo. **Constitucionalização Simbólica.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

ROSA, Anderson da Silva. População de rua: a vida a céu aberto. **Escola Paulista de Medicina – Universidade Federal de São Paulo.** São Paulo, 18 ago. 2021. Disponível em: <<https://sp.unifesp.br/epm/noticias/populacao-em-situacao-de-rua-2021>> Acesso em: 17 out. 2022.

SECRETARIA ESPECIAL DE EDUCAÇÃO. **Censo antecipado pela Prefeitura de São Paulo revela que população em situação de rua cresceu 31% nos últimos dois anos.** 23 jan. 2022. Disponível em: <<https://www.capital.sp.gov.br/noticia/censo-antecipado-pela-prefeitura-de-sao-paulo-revela-que-populacao-em-situacao-de-rua-cresceu-31-nos-ultimos-dois-anos>> Acesso em: 17 out. 2022.

SIRGADO, Matilde. **Crianças em situação de rua: o caso do IAC – Projeto Rua <<Em Família para Crescer>>.** Lisboa: Edições Sílabo, 2016.

SOBRE O UNICEF. **Fundo das Nações Unidas para Infância.** Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/sobreunicef#:~:text=O%20Fundo%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,que%20alcancem%20seu%20pleno%20potencial.>> Acesso em: 08 nov. 2022.

VIEIRA, Roberto. Censo de Crianças e Adolescentes em situação de rua revela que mais de 70% deles estão em busca de recursos financeiros para sobreviver. **Cidade de São Paulo – Assistência e Desenvolvimento Social.** São Paulo, 30 jul. 2022. Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/assistencia_social/noticias/?p=332785>. Acesso em: 17 de out. de 2022.

WESTIN, Ricardo. Crianças iam para a cadeia no Brasil até a década de 1920. **Agência Senado,** 07 jul. 2015. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/07/07/criancas-iam-para-a-cadeia-no-brasil-ate-a-decada-de-1920>> Acesso em: 01 nov. 2022.

O PAPEL DA CORTE CONSTITUCIONAL NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO COMPARADO ENTRE BRASIL E COLÔMBIA

Luana Mariani de Aguiar Furtado

Graduada em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduada em Direitos Humanos pelo Centro de Estudos Renato Saraiva. Assessora jurídica na 1ª Defensoria Regional de Direitos Humanos da Defensoria Pública da União no Estado do Rio de Janeiro

Resumo:

O trabalho tem como objetivo primordial promover uma reflexão sobre o papel das Cortes Constitucionais na efetivação dos direitos fundamentais no contexto das democracias modernas, a partir da comparação entre o Supremo Tribunal Federal (STF) e a Corte Constitucional da Colômbia. A par da realidade brasileira, o estudo se volta para a análise do desempenho do STF nesta função, apontando as desvirtuações que o modelo de Corte Constitucional sofreu no Brasil, sobretudo com relação ao seu desenho institucional, vez que parte diminuta de sua atuação se refere às demandas por direitos fundamentais. Como recorte temático, adotam-se dois pilares norteadores do estudo: as competências das cortes e o acesso às suas jurisdições. Nesse aspecto, a Corte Constitucional da Colômbia é apresentada como um modelo referencial na atuação em prol dos direitos fundamentais, sobretudo pelo alto grau de especialização e pela permeabilidade do acesso à sua jurisdição. Assim, procura-se demonstrar como alguns mecanismos próprios da corte vizinha poderiam ser aplicados à realidade brasileira, com as devidas adaptações.

Palavras-chave: Cortes Constitucionais; Direitos fundamentais; Constitucionalismo democrático; Supremo Tribunal Federal; Corte Constitucional da Colômbia.

Introdução

O artigo busca traçar ideias para melhorias institucionais a serem perseguidas pelo STF, a partir da comparação com a Corte Constitucional da Colômbia, tida como exemplo de corte progressista em matéria de direitos fundamentais e com um importante papel emancipatório naquele país. Assim é

que, num primeiro momento, pretende-se definir a função precípua delineada para a jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A comparação com a Colômbia é importante porque há muito em comum entre os cenários das duas cortes. Além de estarem inseridas no contexto latino-americano, ambas surgiram praticamente na mesma época ou período histórico. Tanto o STF quanto a Corte Constitucional da Colômbia lidam com constituições muito generosas em matéria de direitos fundamentais, e as duas cortes exercem um controle de constitucionalidade misto.

Por isso, ao final, o trabalho promove algumas reflexões sobre características institucionais que o STF poderia absorver da Corte Constitucional da Colômbia, tomando como parâmetro os pilares das competências constitucionais e do acesso à jurisdição.

O papel da Corte Constitucional no Estado Democrático de Direito

Para a maior compreensão sobre o papel da Corte Constitucional, é imprescindível que se entenda o constitucionalismo democrático como seu pressuposto lógico, cujo principal fundamento está na limitação dos poderes políticos do Estado.

Não obstante se adotem diferentes variações do modelo de Corte Constitucional, invariavelmente o constitucionalismo democrático propiciará um embate entre a soberania popular, exprimida pelo governo da maioria, e os direitos fundamentais das minorias quantitativas e qualitativas. Muito se discute, nesse ponto, sobre a legitimidade democrática do Poder Judiciário e a intensidade de sua atuação, sobretudo no exercício da jurisdição constitucional, visto que os seus membros não são eleitos pelo povo.

Embora se reconheça a importância dessa discussão, é certo que um Estado Democrático de Direito, pautado no constitucionalismo, não se limita a consagrar a democracia em seu sentido mais intuitivo, como governo da maioria.¹ Isso é o que Dworkin chama de “democracia constitucional”², sendo que as condições democráticas seriam os direitos fundamentais, sem os quais não existe um verdadeiro processo político deliberativo.³

Daí porque o controle jurisdicional de constitucionalidade dos atos editados pelos demais poderes e a interferência da corte em demandas constitucionais são perfeitamente compatíveis com a democracia: na proteção de direitos fundamentais, a fiscalização de constitucionalidade é justificada como

1 CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 35.

2 DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. The moral reading of the American Constitution. Oxford University Press, 1996, p. 17-18.

3 BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 92.

um “trunfo” contra práticas políticas majoritárias.⁴

Portanto, em muitos Estados democráticos, é comum que as discussões mais relevantes para a vida política e social passem pelas Cortes Constitucionais e repercutam diretamente na vida dos cidadãos. Ao fim e ao cabo, essas cortes devem exercer um papel de ordem contramajoritária para assegurar a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, exercício que está intrinsecamente relacionado com a salvaguarda da própria democracia.

Supremo Tribunal Federal: Corte Constitucional do Brasil?

O artigo 102 da Constituição de 1988 estabelece que “[c]ompete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição”. Esta é uma das disposições vigentes que reforça o intuito do constituinte de atribuir papéis de uma Corte Constitucional ao STF.⁵

No entanto, o que se verifica na prática é um tribunal múltiplo, sobrecarregado por processos oriundos das competências originárias e recursais, que atua a um só tempo como Corte Constitucional, órgão de cúpula do Poder Judiciário e foro especializado.⁶

Nesse contexto, a porta de entrada do STF dificilmente se abre às causas por direitos de grupos sociais vulneráveis e marginalizados, apesar do asoberbamento da pauta do tribunal por tantas outras espécies de demanda. A partir dessa ideia, pretende-se explicitar dois problemas centrais que afligem o STF: as competências previstas pela Constituição de 1988 e o acesso à sua jurisdição.

Competências

A partir de uma análise da atuação do STF ao longo dos anos, verifica-se que a Constituição de 1988, a legislação infraconstitucional subsequente e a jurisprudência do próprio tribunal o transformaram em uma corte eminentemente recursal, além de ter sido capturado por interesses políticos, econômicos e corporativos, seja em sua atuação como tribunal recursal ou no exercício de suas atribuições originárias. Essas características afastam o STF do modelo de uma Corte Constitucional autêntica.

Em 2011, a Fundação Getúlio Vargas (FGV) concluiu estudo intitulado “O Supremo em Números”, com o objetivo de realizar análises quantitativas sobre o comportamento do STF. O período de estudo compreendeu os anos de 1988 até 2009. No relatório, a atuação do tribunal é dividida em três espécies ou *personas*: uma Corte Constitucional, uma Corte Recursal e uma Corte

4 DWORKIN, R. Rights as trumps. In: WALDRON, J. *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

5 COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006, p. 186.

6 VIEIRA, O. V. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 2, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008, p. 444.

Ordinária. Esta divisão ilustra bem a característica do “múltiplo Supremo”.⁷

Um panorama geral do perfil decisório do STF foi traçado, revelando que a atuação da Corte Constitucional no âmbito do controle concentrado de constitucionalidade, no período analisado, representou apenas 0,51% do acervo do tribunal, enquanto a Corte Ordinária chegou à porcentagem de 7,80% e a Corte Recursal se ocupou de 91,69% das demandas, tudo isso em um universo de 1.222.102 processos.

O maior infortúnio está no fato de que a própria Administração Pública se revelou como a grande usuária do STF recursal, sobretudo o Executivo Federal. Da análise das partes mais representativas neste âmbito de atuação do tribunal, concluiu-se que 90% delas são públicas, sendo 87% provenientes do Poder Executivo. Para tornar a situação ainda mais dramática, constatou-se que apenas três partes figuravam em mais de 50% dos processos recursais: a Caixa Econômica Federal, a União e o INSS.⁸

A abissal desproporção entre as três diferentes cortes existentes no STF revela o desequilíbrio nas demandas do tribunal e, mais ainda, o pouco espaço que sobra para a Corte Constitucional na atuação prática.⁹ Apesar de ter se passado mais de uma década desde a pesquisa realizada pela FGV, a realidade é que este cenário pouco mudou desde então, e as mesmas críticas seguem sendo feitas ao STF pela literatura constitucional brasileira.

Também é digna de nota a excessiva constitucionalização de matérias relativas à ordem tributária, econômica e administrativa, a partir da Constituição de 1988. Num cenário de constitucionalização muito abrangente de questões envolvendo assuntos pertinentes a variadas áreas, como a previdência social, o regime de servidores públicos e o sistema tributário, por exemplo, é natural que discussões nesses âmbitos ganhem *status* constitucional.¹⁰

Assim é que o desenho institucional do STF, delineado como um tribunal múltiplo, somado à excessiva constitucionalização de matérias e às práticas judiciais, levaram a corte a uma grave crise numérica. Nem mesmo a introdução de filtros de acesso à sua jurisdição, com reformas legislativas e constitucionais, como a Emenda Constitucional n° 45/04¹¹, solucionaram este problema.

7 FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011, p. 22.

8 *Ibid.*, p. 67-69.

9 Ressalta-se que a ideia de Corte Constitucional traçada no presente artigo não se limita à atuação no âmbito do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, como delineado por Hans Kelsen. Apesar de o estudo da FGV adotar este critério, entende-se como função precípua das Cortes Constitucionais a defesa da Constituição e a atuação contramajoritária em prol dos direitos fundamentais, no controle concentrado ou difuso.

10 Cf. SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

11 Conhecida como Reforma do Judiciário, a EC n° 45 de 08 de dezembro de 2004, que introduziu duas novidades dignas de nota: (i) a repercussão geral como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários e (ii) a criação das súmulas vinculantes.

Ainda, importa sublinhar que a competência originária do STF também não deixa de apresentar problemas. Ganha relevo no atual contexto a atuação do tribunal como foro especializado: o STF é o responsável por julgar criminalmente autoridades políticas, agindo como uma espécie “privilegiada” de juízo de primeira instância. Esta atividade passou a despertar o interesse da mídia e da opinião pública a partir do paradigmático caso do Mensalão, e permaneceu em destaque em episódios da Operação Lava Jato.

A realidade é que o STF não possui capacidade institucional para analisar pormenorizadamente estas demandas criminais postas a seu juízo; como bem salientado por Vieira, ainda que esta capacidade fosse ampliada, “seu escasso tempo seria consumido em intermináveis instruções criminais, desviando-o de suas responsabilidades mais propriamente constitucionais”. E, para além do enorme custo gerencial de lidar com tantos processos cujo nível de instrução demanda muito tempo do tribunal, esta competência ainda gera o desgaste da própria autoridade do STF, ao envolver-se em questões ensejadoras de disputas políticas.¹²

Também no âmbito dos processos de competência originária, o STF tem as atribuições de julgar demandas de extradição, homologação de sentenças estrangeiras e um grande número de *habeas corpus*, mandados de segurança e ações cíveis em virtude do *status* do réu.

Como se vê, o excesso de competências estabelecidas pela Constituição de 1988 prejudica a qualidade do trabalho da corte brasileira, diante do grande número de demandas submetidas à sua jurisdição. Por isso é que se afirma que o STF é um tribunal dotado de um sistema irracional e disfuncional, capturado por interesses corporativos, políticos e econômicos, e que pouco interage com as entidades de defesa dos direitos fundamentais.

Acesso à jurisdição

É sintomático o fato de que o rol de legitimados ao controle concentrado de constitucionalidade no Brasil, apesar de ter sido ampliado após 1988, representa um conjunto de entidades que, majoritariamente, atua em defesa tão somente de seus próprios interesses ou de grupos de pressão. Entre esses legitimados, destacam-se as entidades de classe de âmbito nacional, conforme artigo 103, inciso IX da CRFB/88.

O STF firmou, logo no início dos anos 1990, uma orientação jurisprudencial restritiva, que reforça o corporativismo dessas entidades de classe ao exigir que comprovem a pertinência temática entre o objeto da ação ajuizada e os seus próprios interesses.¹³ Apesar de a posição ser totalmente contrária ao ideal de democratização do acesso à Corte Constitucional, a orientação jurisprudencial não havia sido revisitada até então. Por diversas vezes, o STF negou legitimidade a organizações que se prestam à defesa de direitos funda-

12 VIEIRA, Oscar Vilhena. Op. cit. p. 448-449.

13 STF, ADI 79 QO/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, j. 13/04/1992, p. 05/06/1992.

mentais por conta dessa jurisprudência.

Essa posição revela um descolamento entre o discurso de efetivação dos direitos e a prática do STF, deixando de fora da jurisdição constitucional concentrada entidades de defesa dos direitos fundamentais e humanos, associações da sociedade civil e a Defensoria Pública¹⁴, restringindo, por conseguinte, a entrada de casos relativos aos grupos marginalizados.¹⁵

Nesse ponto, sublinha-se a recente decisão do Plenário do STF, no âmbito da ADPF 709/DF¹⁶, que reconheceu expressamente a legitimidade das instituições que representem grupos vulneráveis para propor ações diretas de controle de constitucionalidade. Essa decisão abre o caminho para a superação da jurisprudência restritiva que entende como “entidades de classe de âmbito nacional”, somente aquelas representantes de segmentos e categorias econômicos ou profissionais específicos.

Sabe-se, no entanto, que este é um pequeno passo diante do enorme desafio de tornar o STF um verdadeiro fórum de discussão e de realização dos direitos fundamentais, principalmente dos grupos minoritários. Até porque o tribunal não apresenta, tradicionalmente, uma cultura de respeito aos seus próprios precedentes, o que aconselha uma postura um tanto quanto cética diante de um único precedente isolado.

Outro bloqueio ao acesso à jurisdição constitucional do STF diz respeito aos casos advindos do controle difuso de constitucionalidade. Nesse âmbito, a repercussão geral é instrumento criado para racionalizar e conferir celeridade aos trabalhos, servindo como um filtro de acesso ao tribunal por meio do recurso extraordinário. Em última análise, o mecanismo importa para que a atuação do STF se reserve a casos constitucionais de maior relevância.

A seleção dos recursos extraordinários que serão apreciados goza de certa discricionariedade, apesar de pautar-se nos critérios da relevância do tema e da transcendência da questão debatida, significando que deva existir um expressivo interesse social na demanda, que extrapole o caso concreto em apreço. A questão analisada em um recurso extraordinário deve ser relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, contribuindo para a unidade do Direito. Por outro lado, a transcendência da controvérsia deve ser tomada por dois aspectos: (i) o quantitativo, que leva em consideração a quantidade de pessoas atingidas pela decisão; e (ii) o qualitativo, que aponta a

14 Oportunamente, tramita na Câmara dos Deputados a PEC 61/2019, que teve origem com a PEC 31/2017, iniciada no Senado Federal, e já aprovada por esta Casa. A proposta visa à atribuição de legitimidade ativa ao Defensor Público Geral Federal para a propositura de ADI e ADC, além do Incidente de Deslocamento de Competência para a Justiça Federal, alterando, assim, as redações dos artigos 103 e 109 da CRFB/88.

15 LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS, Patrícia Perrone (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 464.

16 STF, ADPF 709 MC-Ref/DF, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 05/08/2020, DJe de 07/10/2020.

importância da questão debatida para o sistema e para o desenvolvimento do Direito.¹⁷

Nesse ponto, verifica-se que a seleção feita pelo STF apresenta um problema qualitativo, ainda que com ela se busque solucionar o inconveniente quantitativo que assola a pauta do tribunal. Isso porque a qualidade dos temas selecionados em repercussão geral dificulta ainda mais o atingimento de uma agenda típica de Corte Constitucional.¹⁸

Não há dúvidas de que são, quase sempre, dotadas de relevância ou transcendência aquelas questões envolvendo disputas ou violações a direitos fundamentais, sejam eles materiais ou processuais.¹⁹ No entanto, o aspecto qualitativo do caso, muitas vezes, não é suficiente para o tribunal reconhecer a repercussão geral. Exige-se que seja um caso concreto com potencial multiplicador, comum dentre os conflitos humanos; assim, na prática do STF, a transcendência como critério da repercussão geral conversa tão somente com números, e não propriamente com a relevância social do tema.²⁰

Em síntese, o que se percebe da análise da repercussão geral é que ela vem sendo utilizada pelo STF mais como um mecanismo de gestão de processos repetitivos e de uniformização da jurisprudência do que, propriamente, como um filtro de questões materialmente relevantes do ponto de vista constitucional.²¹ De fato, existe a necessidade de gerir o alto número de processos que chega ao tribunal, mas o uso da repercussão geral deve ser feito racionalmente, para que ela se coadune com a atuação da Corte Constitucional, sendo imperativa a superação desta prática de triagem de índole exclusivamente quantitativa.

Por fim, pode-se concluir que são muitos os filtros de acesso ao STF, tanto no controle concentrado, quanto no controle difuso de constitucionalidade. Os canais de entrada na jurisdição constitucional brasileira são bloqueados à sociedade civil organizada e às entidades e instituições especializadas em litígios estratégicos de direitos humanos, o que, por consequência, torna

17 BATISTA JUNIOR, Márcio Roberto Montenegro. *Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/repercussao-geral-como-pressuposto-de-admissibilidade-do-recurso-extraordinario/#_ftnref39. Acesso em 15/11/2022.

18 A esse respeito, afirma Carlos Alexandre: “Dentre as centenas de matérias reconhecidas como tendo repercussão geral, a significativa escassez de casos paradigmáticos envolvendo direitos fundamentais chama a atenção. Tal quadro, acredito, sugere a hipótese de a maioria dos ministros, seja quando da escolha individual do tema a ser inserido no Plenário Virtual, seja no momento da votação colegiada virtual, aplicar os critérios da “relevância” e “transcendência” das matérias, respectiva e predominantemente, sob os ângulos econômico e numérico.” Cf. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A indispensável faceta qualitativa da repercussão geral: o Supremo entre a qualidade e a quantidade*. JOTA, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indispensavel-faceta-qualitativa-da-repercussao-geral-17102014>. Acesso em 15/11/2022.

19 BATISTA JUNIOR, Márcio Roberto Montenegro. Op. cit.

20 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Op. cit.

21 SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes*. Relatório final da pesquisa (versão simplificada), Ministério da Justiça: Série Pensando o Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), v. 35, 2010, p. 23.

o STF praticamente impermeável às demandas por direitos fundamentais de grupos minoritários.²²

Corte Constitucional da Colômbia: referência na atuação em direitos fundamentais

A partir das constatações a que se chegou no capítulo anterior acerca do desenho institucional do STF, passa-se então à análise de algumas características da Corte Constitucional da Colômbia que apontam um caminho mais racional para a efetivação de direitos fundamentais por meio da jurisdição constitucional.

O protagonismo da corte colombiana no campo dos direitos não se deve a uma tradição consolidada de longa data. A sua criação é relativamente recente, passando a funcionar somente a partir de 1992. Em menos de trinta anos, a instituição se consolidou como uma das mais imprescindíveis ao bom funcionamento do Estado Democrático de Direito na Colômbia, e das mais prestigiadas no cenário internacional.

Competências

À Corte Constitucional cabe zelar pela integridade e supremacia da Constituição colombiana, sendo a responsável pelo controle de constitucionalidade das leis e dos decretos com força de lei, bem como pela revisão das ações de tutela. Trata-se de um órgão judicial que exerce a jurisdição constitucional, apartada e independente das demais.

As competências constitucionais da Corte, previstas pela Constituição de 1991, podem ser relacionadas assim: (i) decidir sobre a constitucionalidade formal ou material de leis ou decretos executivos com força de lei; (ii) avaliar a constitucionalidade de projetos de lei ou de vetos a projetos de lei realizados pelo Poder Executivo; (iii) julgar a constitucionalidade de emendas constitucionais, somente por vícios formais; (iv) apreciar preventiva e automaticamente a constitucionalidade formal das leis que convoquem referendo ou assembleia constituinte; (v) realizar um controle repressivo de constitucionalidade sobre os referendos de leis, as consultas populares e os plebiscitos de ordem nacional, apenas por vícios de procedimento em sua convocação ou realização; (vi) apreciar as ações judiciais relacionadas com as ações de tutela propostas inicialmente em outras instâncias; e (vii) realizar o controle de constitucionalidade automático de tratados internacionais e das leis que os aprovem.²³

Além das competências constitucionais, a Corte Constitucional da Colômbia também é responsável por: (i) decidir sobre as justificativas prestadas por pessoas naturais ou jurídicas por não comparecerem quando convocadas por uma comissão permanente do Congresso; (ii) decidir sobre a exequibilidade

22 NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 1-14.

23 COLOMBIA. Constitución Política de Colombia (1991). Art. 241.

de de tratados internacionais e das leis que os aprovelem; e (iii) decidir sobre o seu próprio regulamento interno.²⁴

Como se vê, o controle de constitucionalidade pode ser originado por diversas vias. Mas, para os fins deste trabalho, nos concentraremos na ação de inconstitucionalidade e na ação de tutela, que tomam conta da maior parte do acervo da Corte Constitucional e cuidam diretamente da guarda da Constituição e da proteção de direitos fundamentais.

A ação pública de inconstitucionalidade é ação própria do controle concentrado e abstrato, permitindo o acesso direto à Corte Constitucional a qualquer cidadão, para que conteste as leis, e os decretos com força de lei, contrários à Constituição.

Apesar de sua indiscutível relevância, a ação pública de inconstitucionalidade se revelou insuficiente para a garantia dos direitos fundamentais na Colômbia. Por muito tempo, o uso deste tipo de ação se restringiu a grupos políticos e econômicos fortes, tornando-se um instrumento de promoção de interesses privados²⁵, o que muito se assemelha às críticas anteriormente tecidas ao atual STF.

Por isso a nova ordem constitucional colombiana veio com o propósito de proteger os direitos fundamentais do cidadão de uma forma mais ampla. Nesse sentido, a ação de tutela é considerada a inovação mais importante trazida pela Constituição de 1991, e um dos institutos jurídicos mais aclamados pelos colombianos.²⁶ Trata-se de um mecanismo voltado especificamente para a defesa dos direitos fundamentais, por meio do qual o cidadão pode reclamar perante qualquer juiz²⁷, por intermédio de um procedimento preferencial e sumário, a proteção imediata destes direitos, quando sejam ameaçados ou violados pela ação ou omissão de uma autoridade pública, de particulares que prestem um serviço público, ou, ainda, de particulares em relação aos quais o solicitante esteja subordinado ou em estado de vulnerabilidade, conforme determinação da lei.²⁸

Na análise das ações de tutela, a Corte Constitucional não atua como uma instância processual, mas sim, como uma eventual revisora. Logo, o objetivo da seleção e da revisão das decisões sobre a tutela de direitos fundamentais é estabelecer uma jurisprudência sobre casos paradigmáticos, estabe-

24 DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño. Corte Constitucional de Colombia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 2, enero/diciembre 1998, p. 106-107.

25 Cf. NUNES, Daniel Capecchi. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*, Salvador: Juspodivm, 2017, p. 122.

26 PÉREZ, Juan Fernando Jaramillo. La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos. In: VILLEGAS, Mauricio Garcia et al. *Constitución, democracia y derechos: textos escogidos de Juan Jaramillo Pérez*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016, p. 65.

27 Para dotar a tutela de maior efetividade, o constituinte estabeleceu que todos os juízes da República teriam competência para conhecer desta ação, salvo os juízes penais militares, os juízes de paz e a jurisdição especial indígena.

28 DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño. Op. cit. p. 111.

lecendo bases sólidas nas quais possam se basear os administradores da justiça na aplicação dos direitos fundamentais.²⁹ Por isso, mesmo diante do grande número de ações de tutela ajuizadas, a Corte Constitucional revisa apenas uma quantidade reduzida delas.³⁰

Sem dúvidas, a ação pública de inconstitucionalidade e a ação de tutela representam dois mecanismos essenciais para a afirmação da cidadania e a emancipação dos direitos fundamentais na Colômbia, por meio da atuação de movimentos sociais, organizações não governamentais e grupos tradicionalmente marginalizados que têm a possibilidade de provocar a Corte Constitucional.

Acesso à jurisdição

Desde a criação da Corte Constitucional, a ideia de torná-la um órgão destinado ao exercício da jurisdição constitucional e à efetivação dos direitos fundamentais esteve intrinsecamente relacionada com a abertura à participação ativa de todos os cidadãos. O modelo de acesso universal à jurisdição constitucional na Colômbia merece destaque, uma vez que foi um dos elementos principais para a transformação da realidade constitucional do país, somado à construção de instrumentos efetivos, ao estabelecimento de prazos máximos para a resposta jurisdicional e ao fortalecimento do controle concreto de constitucionalidade, pela via da ação de tutela.³¹

Na Colômbia, qualquer cidadão tem legitimidade para ajuizar ações em defesa da Constituição e da lei, e também para recorrer ao Judiciário sempre que um direito fundamental seja ameaçado ou violado. O acesso à jurisdição constitucional no país é, de fato, muito amplo, sendo que todos os cidadãos contam tanto com a via do controle concentrado quanto com a do controle difuso para obter a proteção de seus direitos. Além do mais, é interessante notar que nenhuma destas ações perante a Corte Constitucional exige a constituição de um advogado, o que denota a facilidade de acesso e a informalidade do processo.

Quanto à ação pública de inconstitucionalidade, ela pode ser ajuizada apenas por pessoas naturais nacionais da Colômbia, que gozem de cidadania. Trata-se, em última análise, de um direito político dos cidadãos colombianos. Além disso, a ação não pode ser ajuizada em nome de um grupo coletivo, mas é possível que um número plural de pessoas, que atuem em nome próprio, a

29 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-037/96.

30 A revisão da tutela não é propriamente um recurso, pois o seu propósito não é adiar ou corrigir eventuais equívocos cometidos nas instâncias inferiores. Ela visa, sobretudo, à guarda da integridade e da supremacia da Constituição, no cumprimento de um interesse geral. Cf. FREIRE, Alonso. Desbloqueando canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 611.

31 SCHOR, Miguel. An essay on the emergence of Constitutional Courts: the cases of Mexico and Colombia. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 173-194, 2009, p. 187-188.

promova.

No que concerne à ação de tutela, esta pode ser ajuizada por qualquer pessoa, física ou jurídica, seja nacional ou estrangeira. Também é possível que a tutela seja ajuizada por várias pessoas em conjunto, mesmo que o grupo não tenha personalidade jurídica, ou ainda, que seja manejada em prol de direitos fundamentais coletivos, desde que o solicitante seja legitimado pela própria comunidade cujos direitos pretende-se proteger.

Importante assinalar, ainda, que a Corte Constitucional já decidiu que o *defensor del pueblo*³² também possui legitimidade para ajuizar tanto a ação de inconstitucionalidade quanto a ação de tutela. O reconhecimento de sua legitimidade é fundamental, podendo o defensor, no caso da ação de tutela, ajuizá-la em nome de qualquer pessoa que esteja impedida de ajuizar em nome próprio por alguma razão.³³

Como se nota, a Corte Constitucional da Colômbia se abriu à cidadania e, sobretudo pela via do controle difuso e concreto, fez surgir uma cultura de direitos entre os cidadãos do país. As decisões do tribunal são tomadas como referência na luta por direitos promovida pelos atores e movimentos sociais, o que engrandece o papel da Corte Constitucional mesmo nos contextos políticos mais complexos.

O que o STF pode extrair da Corte Constitucional da Colômbia: enxugamento das competências e desbloqueio do acesso

O intuito do trabalho foi discutir o papel de uma Corte Constitucional no Estado Democrático de Direito e chamar o leitor a uma reflexão sobre o desenho institucional do STF e a maneira como isso impacta na sua atuação em matéria de direitos fundamentais. Decerto, as Cortes Constitucionais ocupam um espaço de maior relevância nas sociedades democráticas ao limitarem a ação do poder político e atuarem de forma contramajoritária para a promoção dos direitos de todos.

O exemplo paradigmático da Colômbia revela como uma Corte Constitucional pode funcionar de forma efetiva e racional, encarnando papel de destaque na emancipação dos direitos em um Estado. Naturalmente, também merecem destaque as importantes decisões relativas a direitos fundamentais proferidas pelo STF nas últimas décadas, que muito contribuem para o reconhecimento de direitos de grupos minoritários ou vulnerabilizados, ou ainda, para a efetivação de direitos sociais. Mas a realidade é que análises mais aprofundadas evidenciam que a atuação do tribunal brasileiro para a efetivação de direitos fundamentais ainda é bastante acanhada.

As reflexões propostas ao longo do texto pautaram-se em dois pilares essenciais: as competências das cortes e o acesso à jurisdição constitucional.

32 O cargo de *defensor del pueblo* na Colômbia corresponde, em certa medida, ao defensor público no Brasil. Na Colômbia, no entanto, a *Defensoría* está inserida na estrutura do Ministério Público.

33 Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-596/93.

Nesse ponto, a Colômbia é referência pela alta especialização da Corte Constitucional, que conta com um conjunto de competências diminuto e racional, e pela democratização do acesso à sua jurisdição.

Enquanto à Corte Constitucional da Colômbia foram previstas competências substantivamente constitucionais, relacionadas, em regra, com a proteção e a efetivação de direitos fundamentais, ao STF a Constituição de 1988 previu toda qualidade de competências. Majoritariamente, o tribunal brasileiro se ocupa de questões apenas formalmente constitucionais, que, por uma opção do constituinte originário, se encontram no texto da Constituição. Por isso, o STF é um tribunal capturado por interesses políticos, econômicos e corporativos, afogado em um mar de demandas que pouca ou nenhuma relação tem com o conteúdo substancial da Constituição e que asfixia a sua atuação em prol dos direitos fundamentais.

Sobre esse aspecto, apenas uma reforma constitucional poderia dar conta de solucionar o problema por completo. Sabe-se que reformas dessa magnitude demandam um momento político propício e devem ser pensadas com seriedade e fins republicanos, na esteira do que já vem debatendo a literatura constitucional brasileira há algum tempo.³⁴ Ainda que a postura institucional do STF e algumas de suas decisões recentes apontem para uma tentativa de enxugar o acervo do tribunal, nesse caso, apenas a mudança jurisprudencial não é suficiente – até porque, sabe-se, o tribunal ainda não consolidou uma cultura de respeito aos próprios precedentes.

Em relação à permeabilidade da jurisdição constitucional às demandas por direitos fundamentais, a Colômbia conta com um modelo de acesso universal dos cidadãos. No Brasil, porém, nos parece que o mais racional seja permitir o amplo acesso às entidades de defesa dos direitos fundamentais e humanos, representantes de grupos minoritários e vulneráveis, movimentos sociais e Defensoria Pública. Permitir, de forma irrefletida, o acesso amplo e irrestrito de qualquer pessoa física ao STF poderia acarretar outros problemas sérios. É preciso considerar a conjuntura do Brasil, um país repleto de complexidades e dono de dimensões continentais, com uma população muito superior à da Colômbia. A universalização do acesso ao STF ensejaria o agravamento do já assoberbado acervo do tribunal, acarretando uma mudança drástica no sistema processual brasileiro, o que poderia gerar uma série de disfunções com as quais a máquina judiciária não está preparada para lidar.

Além do mais, diferentemente da Colômbia, onde o contexto de seve-

34 Nesse sentido, já se pronunciaram Carlos Mário Velloso, Dalmo de Abreu Dallari, Paulo Bonavides e Oscar Vilhena Vieira, por exemplo. Cf. VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil (uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 192, abr./jun. 1993; DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996; BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, mai./ago. 2004; VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 2, São Paulo, jul./dez. 2008.

ra violência política mina a atuação dos movimentos sociais³⁵, tornando o acesso dos cidadãos primordial para a permeabilidade democrática da Corte Constitucional, no Brasil, a sociedade civil pode se organizar com maior grau de liberdade, realizar trabalhos mais efetivos por meio de entidades desvinculadas do governo e criar importantes pautas de atuação.

Por fim, conclui-se pela importância de que o desenho institucional do STF seja repensado para que, a exemplo da vizinha colombiana, venha a desenvolver uma atuação pautada nos direitos fundamentais, assumindo o papel de uma autêntica Corte Constitucional. É evidente que a jurisdição constitucional não é a única, mas pode se constituir como uma das mais importantes instâncias de proteção e efetivação dos direitos fundamentais em um país. Para tanto, é preciso concentrar os esforços da corte no âmago constitucional, naquelas questões mais caras à sociedade. Não é que devamos transplantar o modelo da Colômbia, mas, naturalmente, podemos nos inspirar pelo exemplo de Corte Constitucional que o país oferece.

Referências

BATISTA JUNIOR, Márcio Roberto Montenegro. *Repercussão geral como pressuposto de admissibilidade do recurso extraordinário*. Âmbito Jurídico, 2013. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-civil/repercussao-geral-como-pressuposto-de-admissibilidade-do-recurso-extraordinario/#_ftnref39.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). *Estudos Avançados*, v. 18, n. 51, mai./ago. 2004.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. *A indispensável faceta qualitativa da repercussão geral: o Supremo entre a qualidade e a quantidade*. JOTA, 2014. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indispensavel-faceta-qualitativa-da-repercussao-geral-17102014>.

CLÈVE, Clemerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo democrático e jurisdição constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, 2016.

COSTA, Emília Viotti da. *O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania*. 2. ed. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo: Saraiva, 1996.

DOMÍNGUEZ, Francisco Caamaño. Corte Constitucional de Colombia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 2, enero/diciembre 1998.

DWORKIN, Ronald. *Freedom's law*. The moral reading of the American Constitution. Oxford University Press, 1996.

DWORKIN, Ronald. Rights as trumps. In: WALDRON, Jeremy. *Theories of rights*.

35 YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, ano 4, jan. 2007, p. 62.

Oxford: Oxford University Press, 1984.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o Múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

FREIRE, Alonso. Desbloqueando canais de acesso à jurisdição constitucional do STF: por que não também aqui uma revolução de direitos? In: SARMENTO, Daniel (org.). *Jurisdição constitucional e política*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

LELLIS, Carina. Diálogos sociais no STF: o art. 103, IX, da Constituição e a participação da sociedade civil no controle concentrado de constitucionalidade. In: BARROSO, Luís Roberto; CAMPOS, Patrícia Perrone (Coord.). *A República que ainda não foi: trinta anos da Constituição de 1988 na visão da Escola de Direito Constitucional da UERJ*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MARINO, Catalina. Botero. *La acción de tutela en el ordenamiento constitucional colombiano*. Consejo Superior de la Judicatura, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”. Bogotá: 2009.

NUNES, Daniel Capecchi. Corte Constitucional da Colômbia: os cem anos de solidão da jurisdição constitucional. In: BRANDÃO, Rodrigo (org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*, Salvador: Juspodivm, 2017.

NUNES, Daniel Capecchi. *Minorias no Supremo Tribunal Federal: entre a impermeabilidade constitucional e os diálogos com a cidadania*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

PÉREZ, Juan Fernando Jaramillo. La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos. In: VILLEGAS, Mauricio Garcia et al. *Constitución, democracia y derechos: textos escogidos de Juan Jaramillo Pérez*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2016.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHOR, Miguel. An essay on the emergence of Constitutional Courts: the cases of Mexico and Colombia. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, v. 16, p. 173-194, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari; SOUZA, Rodrigo Pagani de. *Repercussão geral e o sistema brasileiro de precedentes*. Relatório final da pesquisa (versão simplificada), Ministério da Justiça: Série Pensando o Direito, Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP), v. 35, 2010.

VELLOSO, Carlos Mário. O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil (uma proposta que visa a tornar efetiva a sua missão precípua de guarda da Constituição). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, 192, abr./jun. 1993.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista DIREITO GV*, v. 4, n. 2, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur – Revista Internacional de Direitos Humanos*, n. 6, ano 4, jan. 2007.

O USO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO INSTRUMENTO CONTRAMAJORITÁRIO DE DEFESA DE DIREITOS HUMANOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM COMPARAÇÃO COM OUTROS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS

Luiz Felipe da Rocha Azevedo Panelli

Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Maria Cristina Angelim Barboza

Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.
Professora da Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo

Resumo:

Trata-se de artigo em que se discute a atuação do Supremo Tribunal Federal, por meio do controle de constitucionalidade, na defesa de grupos minoritários, inclusive no plano eleitoral. A análise é feita de forma comparada, levando em consideração outras Cortes Constitucionais, em especial os tribunais constitucionais dos Estados Unidos e da Europa. Discute-se se o STF age de maneira que pode ser considerada “ativista”, como querem os críticos, ou se a atuação mais ativa é necessária para salvaguardar os direitos de minorias. Discute-se também se o alargamento do controle de constitucionalidade em sua modalidade concentrada e abstrata, em especial por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, contribuiu – e de que forma – para que o Tribunal passasse a analisar questões que antes eram alheias à alçada jurisdicional. Por fim, há uma análise de alguns casos emblemáticos da Suprema Corte dos EUA e do Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de entender que mais influi na atividade do STF.

Palavras-chave: Minorias; Jurisdição constitucional; Supremo Tribunal.

Introdução

O presente artigo tem como objetivo analisar o uso do controle de constitucionalidade como um instrumento contramajoritário de proteção dos

direitos humanos, em uma perspectiva comparada com outros tribunais constitucionais, em especial a Suprema Corte dos Estados Unidos na última década e o Tribunal de Justiça da União Europeia.

O aumento de poder do judiciário

A promulgação da Constituição Federal (CF) de 1988 aumentou significativamente os poderes do Judiciário brasileiro, em especial os do Supremo Tribunal Federal (STF), acarretando um avanço desse Poder em um palco político antes frequentado apenas por atores do Legislativo e do Executivo. Barroso destaca que esse avanço foi identificado em vários países no período pós 2ª Guerra Mundial, concretizando-se com a ampliação de poderes constitucionais do Judiciário (jurisdição constitucional); o aumento de decisões de natureza políticas por parte de órgãos do Judiciário (judicialização da política); e a alteração significativa na linguagem, na argumentação e na participação da sociedade quando da reivindicação de direitos¹ (ativismo judicial e politização do Judiciário).

Esse novo papel do Judiciário possui inúmeras causas, dentre elas: (i) o processo de redemocratização, com o fortalecimento do Judiciário e o aumento da demanda por justiça² (recuperação das garantias da magistratura, ambiente democrático, expansão do Ministério Público e Defensoria Pública etc.); (ii) a constitucionalização abrangente³, tendência mundial⁴ de inclusão na CF de matérias antes tratadas apenas na seara majoritária, especialmente àquelas relacionadas à garantia de direitos humanos; (iii) a crise da democracia representativa, com a o aumento da desconfiança da sociedade nos partidos políticos, nos parlamentares e nos chefes do Executivo.

No Brasil, complementando o processo descrito acima, diversas mudanças legais e jurisprudenciais ocorridas após promulgação CF de 1988 aumentaram o poder do Judiciário, deslocando o STF do papel de um discreto partícipe no mundo político para o papel de protagonista - algumas vezes desempenhando um papel mais ativo do que o Congresso Nacional (CN) na tomada de decisão de questões de natureza política.

Uma das novidades da CF de 1988 foi o aumento do rol de legitimados para provocar a jurisdição do STF por meio do controle concentrado de constitucionalidade na modalidade abstrata e concentrada. Tradicionalmente, no direito brasileiro, esse controle era realizado pela via concreta e difusa, mas o aumento do número de legitimados e a independência funcional conferida ao procurador-geral da República tornou o controle de constitucionalidade pela via concentrada e abstrata a modalidade preferencial de provocação ao

1 BARROSO, 2009, p. 11-22.

2 Ibid.

3 Ibid.

4 Há ainda a difusão da ideia do chamado judicial review, que se originou nos EUA com o caso julgado pela Suprema Corte americana: *Marbury v. Madison*.

STF. Um dos novos legitimados pela CF de 1988 são os partidos políticos que têm representação no CN - e basta um deputado federal para que o STF considere o partido como representado. Como se sabe, um dos muitos males da organização política brasileira é o excessivo número de partidos políticos - boa parte deles sem uma ideologia coesa entre seus membros. Qualquer um destes partidos, derrotado em uma votação no CN, pode ir ao STF alegando inconstitucionalidade da lei recém aprovada. Ademais, parte da doutrina passou a admitir que o controle de constitucionalidade não é meramente negativo, ou seja, não se limita a retirar enunciado normativo inconstitucional do sistema⁵.

Neste contexto, de fácil acesso ao STF, diversos atores políticos passaram a ignorar o CN e procurar diretamente o STF (um verdadeiro “*bypass*”) para perseguir suas pretensões na natureza política. Tal situação foi sendo cada vez mais observada à medida que novos membros do Tribunal demonstraram perfil menos contido do que os anteriores. No entanto, o ponto principal de inflexão, que fez com que o STF assumisse de fato o protagonismo político, foi a promulgação da Lei nº 9.882/99, que instituiu a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF).

Com efeito, a partir da inauguração da ADPF, diversos atores passaram a judicializar questões que antes eram consideradas totalmente alheias à esfera do Judiciário. Chegou-se a questionar, por exemplo, seja por ADPF ou outras ações de controle abstrato, a possibilidade de interrupção da gravidez de feto com anencefalia⁶; a possibilidade de realização da Marcha da Maconha⁷; a união homoafetiva⁸; a proibição de importação de pneus usados⁹; a constitucionalidade da lei de Anistia¹⁰; as cotas raciais nas universidades¹¹; entre outras tantas questões de natureza política relevantes.

Os principais pressupostos teóricos que embasaram esta atuação do Judiciário brasileiro são o “pós-positivismo” e o “neoconstitucionalismo”. Evidentemente, tais movimentos geraram uma reação de perplexidade por parte

5 SIMÃO, 2015. p. 206.

6 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 54**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2226954>. Acesso em: 12 nov. 2022.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 187**. Relator: Min. Celso De Mello. 15/06/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=5956195>. Acesso em: 12 nov. 2022.

8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 132**. Relator: Min. Ayres Britto. 05/05/2011. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 12 nov. 2022.

9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 101**. Relatora: Min. Cármen Lúcia. 24/06/2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629955>. Acesso em: 12 nov. 2022.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 153**. Relator: Min. Eros Grau. 29/04/2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>. Acesso em: 12 nov. 2022.

11 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 186**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 26/04/2012. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6984693>. Acesso em: 12 nov. 2022.

da doutrina. Em que pese o fato de muitos membros da comunidade jurídica elogiarem o novo protagonismo assumido pelo STF, parte da doutrina se insurgiu contra o que foi considerado um “ativismo judicial”.

Independentemente de quaisquer críticas, o fato inegável é que o protagonismo do Poder Judiciário cresceu imensamente. Boa parte deste novo papel desempenhado pelo Poder Judiciário se deve, justamente, às decisões contramajoritárias.

As decisões contramajoritárias

Os Estados democráticos de direito contemporâneos se organizam em torno de algumas ideias centrais, dentre elas: (i) a existência de um regime político democrático, no qual todo o poder emana do povo e em seu nome será exercido; (ii) a separação dos poderes públicos, de modo que as principais funções do Estado sejam executadas por entidades que se complementam e/ou se controlam, a depender do sistema de governo adotado; (iii) o Estado enquanto entidade abstrata e despersonalizada de poder, regulamentado por meio de leis gerais e abstratas produzidas pelo povo para regular as atividades da sociedade; iv) o respeito aos direitos humanos, em detrimento de qualquer composição política dos poderes majoritários, e cujos avanços não poderão ser desrespeitados com o tempo; (v) a existência de uma Constituição, que organiza o Estado, garante o exercício dos direitos humanos estabelecendo suas garantias, assim como a vedação do retrocesso, organiza as funções públicas e garante a limitação do exercício do poder; e estabelece os instrumentos para o exercício e garantia de manutenção da supremacia da soberania popular.

Nesse contexto, a Constituição adquire um papel fundamental para a legitimidade do Estado, como defende Ackerman, pois ela representa uma garantia de que o este, independentemente de quem estiver no poder, protegerá a dignidade da pessoa humana e a supremacia política da soberania popular, figurando, assim, como “a pedra angular do sistema”¹².

A jurisdição constitucional, nesse sistema, representa um instrumento contramajoritário por natureza. O Legislativo, eleito pelo povo, traduz a vontade da maioria, transformando-a em lei. A lei é instrumento poderoso no Estado democrático de direito, em razão da ideia de que o Estado é uma entidade abstrata e despersonalizada de poder, mas ela não pode tudo. Se uma determinada lei (ou qualquer atividade estatal) macula um direito fundamental ou está em dissonância com a CF, cabe ao Judiciário, por meio do controle de constitucionalidade, afastar tal lei do ordenamento jurídico (ou o ato estatal). Em consequência, a revisão judicial não deixa de ser uma afronta ao Legislativo ou ao Executivo - isto é, à vontade popular da maioria - o que faz com que o controle de constitucionalidade seja sempre alvo das mais diversas críticas.

Uma destas críticas é que um pequeno número de pessoas, que não foram eleitas, pode se sobrepor à vontade de um grande número de legisladores

12 ACKERMAN, 2009. (Publicação original: 2000).

que foram escolhidos diretamente pelo povo¹³, configurando um governo de juízes. À tal crítica se contrapõe a explicação de que a legitimidade do Judiciário se encontra na CF, tal e qual a legitimidade do Legislativo¹⁴.

Bickel¹⁵ também abordou a dificuldade contramajoritária das decisões do Judiciário, quando opostas às preferências dos representantes do povo. Em sua obra, o autor destaca que o controle de constitucionalidade desafia as democracias porque (i) é incompatível com a lógica do governo de maioria; (ii) a anulação de leis/atos dos poderes majoritários acaba por “irresponsabilizar” os representantes do povo por seus erros e/ou abusos (por suas afrontas à Constituição ou aos direitos humanos), permitindo que os mesmos atuem de forma descomprometida, irresponsável e/ou demagoga; (iii) as decisões contrárias à opinião pública ou à pressão da maioria, somadas à baixa força institucional dos juízes, geram um desgaste do Judiciário ao longo do tempo. No entanto, apesar desses desafios, o Judiciário é o poder “menos perigoso” para tomar decisões contramajoritárias, pois ele não se submete ao regime de *accountability*, ou seja, seus membros não são eleitos diretamente pelo povo.

O autor alerta, entretanto, que a revisão dos atos do Legislativo e do Executivo podem gerar, ainda, duas consequências: enfraquecimento do processo democrático a longo prazo; e desobediência das decisões do Judiciário, por serem impopulares ou por demandarem ações concretas dos demais poderes. Para reduzir esses riscos, os juízes devem utilizar-se de suas “virtudes passivas”, ou seja, (i) não devem afrontar diretamente e desnecessariamente os poderes majoritários; (ii) não devem decidir em casos difíceis (aguardar o “maravilhoso mistério do tempo”); (iii) devem decidir com prudência, virtude, cautela e cuidado; (iv) devem evitar decidir quando existissem fundamentos infraconstitucionais suficientes para a tomada de decisão; e (v) devem evitar tornar conflitos jurídicos em políticos e/ou constitucionais.

Barroso, sobre os riscos da judicialização da política, destaca os seguintes: (i) à legitimidade democrática, com criação de um sistema “juriscêntrico” e elitista, conduzido por “juízes filósofos” (qual a legitimidade de deliberações que invalidam decisões políticas tomadas por aqueles que exercem mandato popular?); (ii) à politização da justiça, com a prevalência de premissas políticas, ao invés de normativas, nos processos de tomada de decisões dos tribunais; (iii) à capacidade institucional do Judiciário, pois nem sempre esse poder poderá ser o mais “habilitado” para a tomada de decisões que pressupõem conhecimentos técnicos e/ou científicos específicos¹⁶.

À falta de legitimidade democrática, Barroso¹⁷ destaca que a CF definiu as regras para a soluções das tensões advindas da garantia do jogo democrático e da proteção dos valores e direitos fundamentais, mesmo contra atos e

13 O conceito de povo e democracia, porém, pode ser usado de maneira populista. Ver CUNNINGHAM, 2009, p. 28-30.

14 SILVEIRA, 2014, p. 39.

15 GONÇALVES; PASQUINI, 2020.

16 BARROSO, 2009, p. 11-22.

17 Ibid..

normas formulados por aqueles que representam a vontade do povo. Dessa forma, o controle de constitucionalidade não seria um risco à democracia, e sim uma garantia do seu exercício em plenitude. O autor defende o uso extensivo da jurisdição constitucional para proteger os direitos de minorias (que, justamente por serem minorias, não conseguem sucesso nas votações do CN), pois a democracia não se resume a procedimentos, tendo também um aspecto substantivo¹⁸. O fato de um tribunal constitucional tomar medidas enérgicas contra preferências do Legislativo ou do Executivo é necessário e positivo, mesmo que às custas de um choque maior com esses poderes. Tais decisões não seriam, em sentido estrito, um “ativismo judicial”, mas somente a concretização de direitos já previstos na CF, mesmo que de forma implícita.

Com relação à politização da Justiça, cabe aos tribunais constitucionais¹⁹: (i) a tomada de decisões com base em argumentação racional e persuasiva, baseada nas leis e na CF; (ii) a deferência às decisões do Legislativo e do Executivo; e (iii) a atuação em consonância com o “sentimento social”, sempre que possível. Desse modo, quando o STF invalidar uma lei, por exemplo, ele estará atuando em favor da democracia, e não contra ela.

Por fim, para equalizar os riscos oriundos da falta de capacidade institucional, o Judiciário deve atuar com cautela e deferência ao demais poderes, principalmente na esfera da “microjustiça”, pois o apesar do tribunal “quase sempre poder atuar”, ele “nem sempre deve intervir”. Decisões “extravagantes e emocionais” dos juízes, principalmente quando interferem na execução de políticas públicas, podem desorganizar as atividades do Executivo e a alocação dos recursos públicos escassos.

Voltemos então à concepção, tão em voga por parte da doutrina, de que faz parte da jurisdição constitucional se indispor contra a maioria do povo (expressa por meio da vontade do Legislativo, que se consubstancia em lei) para proteger uma minoria. A própria sistemática de direitos fundamentais e a proteção que a eles se dá contra reformas parece prestigiar tal concepção. Parece, portanto, que todo tribunal constitucional está fadado a ser, de certa forma, um guardião de direitos de minorias, à medida que é por elas provocado. Mesmo em países em que não há uma jurisdição abstrata - nos referimos, notadamente, àqueles países que adotam o *common law* - são as minorias que fatalmente provocarão o tribunal constitucional. É de se admitir, portanto, que a noção de direitos fundamentais como protetor de minorias contra maiorias (eventuais ou mesmo permanentes) deve ser prestigiada.

Na prática, porém, é muito difícil traçar o limite entre uma situação na qual o tribunal constitucional está protegendo um direito por meio de interpretação dos direitos fundamentais (decisões contramajoritárias destinadas à proteção das minorias) e uma situação em que o mesmo está simplesmente “abusando” do seu poder, invadindo a esfera discricionária reservada ao Legislativo e ao Executivo para tomada de decisões de natureza política (ati-

18 BARROSO, 2019, p. 419-440.

19 BARROSO, 2009, p. 11-22.

vismo ou politização do Judiciário). Isso porque o Judiciário, como qualquer outro detentor de poder, pode dele abusá-lo, o que torna imperativo que mecanismos de freios e contrapesos também a ele se apliquem.

Disto decorrem outras questões, como por exemplo: Qual é o limite de atuação de um tribunal constitucional em termos de proteção de minorias? A tensão entre o tribunal e o legislador deve ser considerada e minimizada? O uso abusivo da jurisdição constitucional por minorias não pode acabar caracterizando um governo de minorias, pervertendo a própria ideia de democracia - afinal, as minorias devem ter direitos, mas não devem mandar na maioria - e transformando o sistema em uma espécie de aristocracia formada por uma aliança entre minorias e juízes? As decisões contramajoritárias, fundamentadas em direitos humanos, são incrementadas em termos quantitativos à medida que o perfil do Legislativo se torna mais conservador com relação aos direitos fundamentais? Ou a ampliação da interferência do tribunal constitucional na esfera legislativa, promovendo direitos fundamentais por meio de decisões contramajoritárias, pode gerar uma onda de insatisfação e conservadorismo na sociedade?

Não pretendemos, nesse curto espaço, responder tais questões, que são extremamente difíceis. O ponto, porém, é que a promulgação da CF de 1988 e a mudança no perfil dos juízes do STF brasileiro fizeram com que o tribunal exercesse um papel bem mais ativo na vida pública. Agora, parte da comunidade jurídica acusa o STF de ter exagerado no exercício de sua jurisdição, criando sérios descompassos²⁰. Em um país como o Brasil, que tem tradição de instabilidade institucional, corrupção e distorção de conceitos - ou seja, em que a teoria política que embasa as instituições é sempre pervertida para privilegiar determinados grupos - tal prática tem potencial muito danoso.

Se o quadro institucional brasileiro é - permanentemente - tão frágil, cumpre à doutrina encontrar referências no direito estrangeiro que possibilitem o uso da jurisdição constitucional como proteção de minorias (sempre com base nos direitos fundamentais e sua hermenêutica própria) e, ao mesmo tempo, permitam às majorias exercer legitimamente o governo e as opções políticas consubstanciadas por meio da lei.

Sem prolongar o debate teórico sobre questões envolvendo o chamado “pós-positivismo” - que, apesar de interessantes, não cabem deste breve artigo - analisemos a atuação do STF de forma comparada, a fim de tentar entender seus erros e acertos.

Jurisprudência comparada

Em 2008 o STF entendeu²¹ que, em decorrência da regra constitucional

20 A melhor das críticas - e há várias - foi, em nossa opinião, formulada por Elival da Silva Ramos, para quem a frênesi “antipositivista e neoconstitucionalista” traduz “uma retórica tautológica e permeada de argumentos emocionais e, portanto, de reduzido valor científico”. Ver RAMOS, 2015, p. 37-47.

21 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 26.603/DF**. Relator: Min. Celso de Mello.

que determina o voto proporcional para a Câmara dos Deputados (ou seja, as cadeiras destinadas a cada Estado são divididas pelos partidos em proporção ao voto que tiveram e, após tal operação, os mais votados dentro do partido ocupam as cadeiras conquistadas pelos partidos), os deputados têm um dever de fidelidade para com seus partidos, não podendo deles se desligar salvo em hipóteses excepcionais. O julgamento teve como base a decisão do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) que, em sede de consulta (portanto, sem exercer jurisdição propriamente dita), entendeu que a fidelidade partidária é decorrência do modo proporcional de votação, previsto na CF de 1988.

Um crítico do Judiciário brasileiro poderia argumentar que se operou, na verdade, uma reforma eleitoral de profundas consequências à margem da lei. É pertinente lembrarmos, entretanto, que a Justiça Eleitoral brasileira é bastante atípica no direito comparado. No Brasil, uma das funções do Judiciário é administrar as eleições, sendo que a Justiça Eleitoral tem poder normativo e pode responder a consultas. Há previsão constitucional de tais poderes, o que faz com que não haja, neste caso, ativismo propriamente dito.

Contrastemos tal entendimento com o caso conhecido como *Merrill v. Milligan*, em apreciação da Suprema Corte dos EUA. O sistema eleitoral americano não usa o voto proporcional; cada Estado divide o seu território em distritos eleitorais, em número igual àquele de sua bancada na Câmara dos Representantes federal. Em cada distrito há uma eleição majoritária. A divisão do território estadual em distritos, porém, é assunto controverso; há acusações de que tais divisões são feitas arbitrariamente para agrupar eleitores de certa demografia e ideologia, a fim de garantir que determinados candidatos tenham êxito. A prática é conhecida como *gerrymandering*.

Em *Merrill v. Milligan*, a Corte deverá responder se o Estado do Alabama, ao fazer a divisão do seu território, não o fez de maneira arbitrária a fim de deixar eleitores negros excessivamente agrupados em um único distrito, deixando todos os demais com uma maioria de eleitores brancos, o que, na prática, diminuiria a chance de eleição de representantes negros. A Corte ainda não julgou o caso, mas, de forma provisória, se negou a determinar que o mapa eleitoral do Alabama fosse redesenhado até que o mérito do caso fosse julgado. Ao negar a tutela de urgência requerida, a Corte se valeu de um precedente de 2006, firmado no caso *Purcell v. Gonzalez*, em que foi decidido que não deve haver revisão judicial de leis eleitorais em período muito próximo das eleições.

É evidente que, se compararmos a atuação do STF no MS 26.603 com a atuação da Suprema Corte americana tanto em *Merril* como em *Purcell*, veremos que o STF fez intervenções muito mais agressivas no sistema eleitoral. Cumpre lembrar, porém, que o caso *Merril* ainda não teve seu mérito julgado e que, como dito, a Justiça Eleitoral brasileira é peculiar, tendo um poder normativo e administrativo atípicos no direito comparado, mas decorrente de

04/10/2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 13 nov. 2022.

disposições expressas da CF.

Se o posicionamento do STF no MS 26.603 é justificável, o mesmo não pode ser dito do caso envolvendo a chamada ‘cláusula de barreira’²², em que, em nome do direito das minorias de participarem do processo eleitoral, o STF fez uma intervenção radical e acabou colocando em xeque toda a governabilidade e articulação política no parlamento. O caso teve início quando pequenos partidos políticos contestaram a constitucionalidade de lei que determinava que um partido deveria ter um determinado desempenho eleitoral para ocupar um assento no CN. Em nome do direito das minorias, o STF invalidou tal lei. O resultado foi que o CN passou a ser composto de várias dezenas de pequenos partidos políticos, forçando o governo a fazer enormes coalizões - muitas vezes unidas por interesses escusos - para governar. A fim de manter tais coalizões, os cargos no governo (inclusive os ministérios) aumentaram enormemente. Os trabalhos parlamentares ficaram seriamente inviabilizados por conta do enorme número de partidos e sua pesada estrutura.

Em outro caso envolvendo o poder de minorias - desta vez, de grupos minoritários no CN - o STF entendeu que a Mesa diretora da Câmara dos Deputados não podia deixar de instaurar Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) quando os pressupostos constitucionais de apoio por um terço dos deputados fossem regularmente atingidos. A CF dispõe que basta que um terço dos membros de uma Casa legislativa requeiram uma CPI para que a Casa a instaure, mas mecanismos de regimento interno frequentemente davam certa discricionariedade à Mesa para decidir sobre a conveniência da instauração. O STF decidiu, no entanto, que não cabe à Mesa fazer tal juízo de oportunidade.

Pode-se argumentar - e acreditamos que tal argumento é correto - que o STF agiu bem, porque a regra que condiciona a abertura de CPI à coleta de assinaturas de apoio de apenas um terço dos parlamentares tem previsão constitucional expressa. A CF, como se sabe, tem um texto muito detalhado, o que permite ao STF fazer incursões mais ousadas no concerto político; se compararmos a situação brasileira com a americana, em que há uma Constituição muito sintética, justifica-se mais uma contenção judicial.

Tal contenção foi o que se observou quando a Suprema Corte americana julgou o caso *National Labor Relations Board v. Noel Canning*. Em regra, o presidente dos Estados Unidos pode nomear pessoas para altos cargos na Administração, com aval prévio do Senado. Quando o Senado está em recesso, o presidente pode fazer a nomeação e garantir ao nomeado a posse e exercício do cargo, submetendo o nomeado à apreciação do Senado posteriormente, ao fim do recesso. Ocorre que o Senado, para impedir que o então presidente Obama fizesse nomeações durante o recesso, fez uma série de ses-

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n.º 1351-3**. Relator: Min. Marco Aurélio. 07/12/2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=416150>. Acesso em: 13 nov. 2022. [BRASIL. Supremo Tribunal Federal]. **ADI n.º 1354-8**. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/barreira_gilmar.pdf. Acesso em: 13 nov. 2022.

sões simbólicas, muitas vezes com a presença de apenas um senador, em que nada era deliberado. O governo americano entendeu que tais sessões eram inválidas e que o Senado estava em recesso e decidiu promover as nomeações, dando posse de cargo aos nomeados. A Suprema Corte, por sua vez, invalidou tais nomeações. Para a Corte, cabe ao Senado, e somente a ele, dizer se está em sessão, não cabendo ao presidente dos Estados Unidos interpretar se uma sessão do Senado é válida.

Se um comparativo da atuação do STF nas últimas duas décadas com a Suprema Corte dos EUA, no mesmo período, revela um STF menos contido – mais ativista, diriam os críticos – o mesmo não pode ser dito de um comparativo com o Tribunal de Justiça da União Europeia. Com efeito, a Corte Europeia se mostrou bem menos preocupada do que a Suprema Corte dos EUA com o exercício de uma autocontenção.

Em 1976, a Corte Europeia julgou o famoso caso *Defrenne v Sabena* (No 2), em que ficou estabelecido que a Comunidade Europeia (que mais tarde se tornaria União Europeia) é mais do que uma comunidade meramente econômica; seu objetivo é a progressiva melhora social da população. Considerando que o caso começou como uma mera reclamação de uma aeromoça que entendia que a regra da lei belga que forçava sua aposentadoria aos quarenta anos de idade era discriminatória, percebe-se que a Corte Europeia foi bastante ousada em interpretar a lei da então Comunidade Europeia para julgar a inconveniência de discriminação de tratamento entre diferentes sexos, mesmo em se tratando de relações privadas.

A Corte Europeia também entrevistou diretamente em casos referentes ao Reino Unido. Uma das críticas feitas a tais intervenções é no sentido de que isto aumentou a tensão entre Reino Unido e União Europeia, fortalecendo parte do corpo político britânico que denunciava uma ingerência de Bruxelas nos assuntos britânicos e contribuindo para a saída do Reino Unido do bloco europeu.

Independentemente do mérito da crítica exposta no parágrafo anterior, destacamos três intervenções da Corte Europeia em questões britânicas:

- 1) O direito britânico teria falhado em sua regulamentação ao inverter a ordem e exigir um complicado processo para o reconhecimento da paridade de valor do trabalho entre homens e mulheres (Case 61/81);
- 2) No Case 142/84 (Marshall), a Corte identificou no tratamento diferente dispensado pelos britânicos entre homens e mulheres um atentado ao princípio da igualdade dos sexos (caso de aposentadoria);
- 3) No caso Barber, a Corte afirmou que certos tipos de vantagens no pagamento de pensões integravam a remuneração e que a concessão dessas vantagens deveria atender ao princípio da não discriminação, sendo violadora desse princípio a norma britânica de aposentadoria mais cedo das mulheres com a glosa de parte dessas vantagens

(Case 262/88).

Devemos lembrar que, até pouco tempo atrás, o Reino Unido tinha como principal órgão Judiciário uma comissão da Câmara dos Lordes; a Suprema Corte britânica é instituição bem recente. É possível que intervenções judiciais drásticas em um país cuja comunidade jurídica não estava acostumada a isso tenha contribuído para a criação de um ressentimento que, em último caso, fomentou o sentimento de oposição à União Europeia.

Conclusões

Guardadas as devidas - e enormes - diferenças entre o direito constitucional brasileiro, europeu e americano, o que se percebe é que o STF é muito menos tímido, em comparação à Suprema Corte dos Estados Unidos, para fazer intervenções em domínios que seriam do Legislativo. Parte disto pode ser atribuído ao sistema de controle concentrado-abstrato de constitucionalidade, que permite interferências mais bruscas.

A Corte Europeia, por outro lado, se mostra mais desenvolvida. É interessante notar que estes movimentos mais bruscos da Corte Europeia têm início na década de 70 do Século XX, quando o STF brasileiro ainda era bastante tímido – como convém em uma ditadura, frise-se – mas o desenvolvimento de uma doutrina que, em boa parte dialogando com a jurisprudência europeia, pregava um Judiciário mais ativo na defesa de direitos fundamentais, tem origem justamente nesta época. O STF do Século XXI se espelha muito na doutrina e na jurisprudência da Europa do último quarto do Século XX.

Finalmente, No Século XXI, o STF adotou uma postura bem menos contida na efetivação de direitos, inclusive de minorias, abrindo espaço para críticas sobre “ativismo judicial”.

Fica claro que o STF parece dialogar mais com Cortes Constitucionais europeias, que têm uma doutrina mais propensa a intervenções um pouco mais fortes, do que com a Suprema Corte americana. Deve-se lembrar, no entanto, que mesmo as Cortes europeias exercem a jurisdição de forma mais cautelosa. A Corte alemã, por exemplo, tem mecanismos de apelo ao legislador para impedir intervenção brusca. Ademais, o modo de deliberação do STF, o excessivo número de processos e a fundamentação dos acórdãos – fundamentação esta que pouco tem de trabalho coletivo e muitas vezes tem deficiências sérias – destoa dos demais tribunais estrangeiros.

É possível arriscar uma previsão de que, nos próximos anos, o STF continuará a se alinhar mais à Corte Europeia do que à Suprema Corte dos Estados Unidos, adotando uma postura ativa na defesa de minorias. O desafio, porém, será racionalizar o sistema processual brasileiro e enfatizar a necessidade de colegialidade e fundamentação suficiente das decisões, bem como traçar limites de intervenção nas políticas públicas e formas de garantir a segurança jurídica.

Referências

ACKERMAN, Bruce. **A nova separação dos poderes**. Tradução: Isabelle Maria Campos Vasconcelos e Eliana Valadares Santos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **Suffragium**: Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 419-440.

CUNNINGHAM, Frank. **Teorias da democracia**: uma introdução crítica. 1. ed.. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GONÇALVES, Heloísa Alva Cortez; PASQUINI, Bruna Ferrarin. A Corte no país da imprevisibilidade: o papel contramajoritário das Cortes, as virtudes passivas de Alexander M. Bickel e a *judicial review* no Estado Democrático brasileiro. **Revista Digital Constituição e Garantia de Direitos**, Natal, v. 13, n.2, ago./dez. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoogarantiadedireitos/article/view/22775>. Acesso em: 27 out. 2022.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SILVEIRA, Daniel Barile da. **O poder contramajoritário do Supremo Tribunal Federal**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

SIMÃO, Calil. **Elementos do sistema de controle de constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

OS REFLEXOS DA PANDEMIA DO COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO À LUZ DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Allana Regina Andrade Kinjyo

Instituto Toledo de Ensino – ITE (Bauru/SÃO PAULO/BRASIL). Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da ITE-SP. Especialista em Direito de Família e Sucessões – UNICA/MG. Advogada

Resumo:

O presente estudo tem por espoco, discutir e analisar os efeitos da pandemia, decorrente da proliferação do vírus SARS-COV, responsável pela doença “COVID-19”, no sistema prisional brasileiro, à luz do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional. A referida técnica decisória foi importada ao ordenamento colombiano, e em sede de decisão liminar, requerida nos autos de Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (Autos n. 347 de 2015), proposta perante o Supremo Tribunal Federal. A aplicabilidade inédita da técnica no direito pátrio, resultou no reconhecimento da inconstitucionalidade e do quadro massivo de violação de Direitos Humanos. À época, já era possível reconhecer a precariedade das condições prisionais nacionais, tendo tal quadro institucional sido agravado pela situação pandêmica mundial vivenciada. As péssimas estruturas dos presídios brasileiros, os altos níveis de superlotação e a circulação no ambiente externo por parte dos funcionários e familiares, indicavam um considerável potencial para a propagação do vírus, dentro do sistema. No referencial teórico da presente pesquisa, destacam-se autores como Andréa (2019), Canotilho (2002), e Campos (2019). A metodologia utilizada teve por embasamento revisão bibliográfica, por meio de livros, pesquisa em sítios na internet e artigos científicos. Ao final pesquisa, concluiu-se que a desídia jurídica por parte do Supremo Tribunal Federal, no que concerne à temática, tal como, a ausência de políticas públicas, por inatividade do Poder Legislativo e Executivo, resultou no agravamento da situação prisional, com severos efeitos institucionais e pessoais, daqueles ali tutelados, em exegese as consequências derivadas da pandemia do COVID-19.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Sistema prisional; Estado de Coisas Inconstitucional; Covid-19.

Introdução

No Brasil, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, presenciamos a concretização do Estado Democrático de Direito, resultado da solidificação da transição entre o antigo regime e a “Nova República”, efeito do anseio de uma população que por 21 (vinte e cinco) anos viveu um período de exceção. José Afonso da Silva (2013, p. 117) disserta, no que tange à passagem ao Estado Social de Direito, que “Transforma-se em Estado Social de Direito, onde o ‘qualificativo social’ refere-se à correção do individualismo clássico liberal pela afirmação dos chamados direitos sociais e realização de objetivos de justiça social”. Por decorrência lógica do Estado Social, elabora-se constitucionalmente previsibilidade legislativa não somente das necessidades de um povo, mas de igual modo, se procede a regulamentação de possíveis situações de omissão legislativa que possam inviabilizar a efetivação dos direitos.

No que concerne ao Estado Constitucional democrático, o constitucionalista J.J. Gomes Canotilho (1941), afirma que “O Estado constitucional é ‘mais’ do que Estado de Direito. O elemento democrático não foi apenas introduzido para ‘travar’ o poder; foi também reclamado pela necessidade de legitimação do mesmo poder”. Da mesma forma, é de suma importância, em seara constitucional, a observância da atuação do Poder Público (Poder Executivo) na implementação e concretização de normas de cunho programático, especialmente no que tange aos direitos econômicos, sociais e culturais.

A Constituição de 1988 pode ser interpretada como uma carta dirigente e aberta, contendo em seu bojo normas programáticas, aos quais, se enquadra em uma das classificações desenvolvidas por diversos juristas constitucionalistas brasileiros, em especial, do jurista José Afonso da Silva. Nesse sentido, a dissonância constitucional da norma ou da ação perpetrada por um dos poderes ou ainda, dos seus respectivos órgãos, se distanciam da “essência da Constituição”, como bem explica Ferdinand Lassalle (2013), e diante disso, necessário se faz sua respectiva intervenção constitucional em caráter jurisdicional, a partir do viés do ativismo judicial. O Supremo Tribunal Federal (STF), na qualidade de guardião da Constituição Federal, tem por dever incursionar a dimensão jurídico-constitucional, diante das alterações e modulações sociais, que pleiteiem a sua atuação contramajoritária.

Dentre as reformulações sociais recentemente mais impactantes está a epidemia chinesa iniciada no ano de 2020. A pandemia do COVID-19 pelo “novo” coronavírus (SARS-CoV-2) se apresentou como um dos maiores desafios sanitários presenciados em escala mundial do século XXI. Diante da inconstitucionalidade do sistema prisional, plenamente reconhecida e declarada no sistema prisional, pelo STF, em sede da ADPF n. 347/2015, no deflagra de uma pandemia mundial, tal cenário já previa um agravamento da situação nas instituições penitenciárias de todo o país.

Estado de Coisas Inconstitucional

A técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) foi elaborada pela Corte Constitucional Colombiana, diante da recorrência de situações sociais que se percebeu a necessidade da intervenção judicial, com vistas à proteção jurídica a grupos vulneráveis. A possibilidade do reconhecimento do ECI ocorre diante da verificação de um quadro de proteção insuficiente dos direitos e liberdades fundamentais, ao passo que este poderá ser tutelável e exigível por parte de uma jurisdição constitucional, independentemente da estrutura do enunciado correspondente. O cenário de inconstitucionalidade é resultante da falha de coordenação entre o Poder Legislativo e Executivo, o que implica em deficiências na consecução de políticas públicas. A omissão inconstitucional caracteriza a deficiência de garantia do conteúdo ético-jurídico fundamental da sociedade.

O jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2019), sustenta que “configurada uma realidade massiva e sistemática violação de direitos fundamentais, decorrente da deficiência institucional e estrutural do Estado ou de bloqueios políticos, passa-se da inconstitucionalidade por omissão ao estado de coisas inconstitucional (ECI)”. Assim, a aplicação do ECI objetifica o desdobramento da concepção dos direitos fundamentais, em sua ordem objetiva de valores e dever de proteção, que alcança, precipuamente, a atividade legislativa.

Para fins de reconhecimento, é necessário o preenchimento de quatro requisitos, quais sejam, (a) a constatação de um quadro de violação massiva e contínua de diferentes direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; (b) omissão reiterada e persistente das autoridades públicas no cumprimento de suas obrigações de defesa e promoção de direitos fundamentais; (c) expedição de remédios e ordens constitucionais não apenas a um órgão, mas a um conjunto desses, atribuindo a responsabilidade a uma pluralidade de atores públicos e; (d) efeito decisório amplo e potencial, que reflita em um número elevado de pessoas que tenham sofrido com a violação de direitos, com vistas a evitar demandas judiciais repetidas, que somada às já existentes, resultaria em grave congestionamento da máquina judiciária.

No Brasil, a importação da técnica decisória do Estado de Coisas Inconstitucional foi realizada, e materialmente reconhecida em sede de julgamento liminar da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), n. 347 de 2015. A citada ação foi protocolada perante o Supremo Tribunal Federal (STF), pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), e teve por relatoria conduzida pelo ministro Marco Aurélio. Segundo os termos sustentados na petição inicial, o PSOL argumentou que, diante do reconhecimento e declaração do ECI, o STF deveria impor aos Poderes Públicos a realização de medidas urgentes e necessárias, com vistas à superação do cenário de violações massivas de direitos fundamentais ocorridas no sistema prisional nacional. Outrossim, segundo os peticionantes, além de determinar a elabora-

ção e cumprimento das medidas, a Suprema Corte deveria ainda, supervisionar a efetivação na implantação das ações. No que tange ao cenário intervenção judicial em âmbito de políticas públicas, os litigantes argumentaram que esta somente é levada a feito em situações excepcionais, quando verificada a existência de violação grave e sistemática de direitos fundamentais/humanos, e em razão de possíveis “bloqueios institucionais”, verifica-se a imprescindibilidade da atuação da Corte.

O ativismo judicial em questão, seria necessário diante da precariedade das instituições, tendo em vista que, segundo o partido, “as prisões brasileiras são, em geral, verdadeiros infernos dantescos, com celas superlotadas, imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida intragável, temperaturas extremas, falta de água potável e de produtos higiênicos”. Em verdade, as pessoas em situação de cárcere no Brasil, não possuem acessos básicos, tais como, auxílio técnico judiciário, à saúde, à educação, ao trabalho, dentro outros direitos. Destacam os autores da ação que a melhor solução para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional, deve ser alcançado por meio de técnicas decisórias flexíveis, que visem possibilitar “o diálogo e a cooperação” entre os poderes públicos. Quanto à necessidade da formulação das medidas com cunho de flexibilidade, é citada a tese de doutorado do jurista Carlos Alexandre de Azevedo Campos¹, ao asseverar que,

Ao formular ordens flexíveis, juízes buscam o equilíbrio entre fazer valer os direitos constitucionais e respeitar o papel político e a capacidade institucional do Legislativo e do Executivo. (...) Remédios flexíveis são modelados pelas cortes para serem cumpridos, implementados, mas deixando margens de criação legislativa e de execução a serem esquematizados e avançados pelos outros poderes de forma a permitir que efetivamente cumpram estas ordens. (CAMPOS, 2015, p. 208).

O julgamento liminar da ADPF nº. 347/2015, pelo Supremo Tribunal Federal ocorreu, em três sessões plenárias distintas, entre os dias 27 de agosto de 2015 a 09 de setembro de 2015, na última citada data, foi proferida pelo colegiado, uma decisão liminar. No julgamento dos pedidos liminares realizados, o Supremo deliberou, por decisão majoritária, em deferir a medida cautelar no que tange o item “b”, a fim de determinar que os juízos da execução penal, reconheçam a aplicabilidade imediata dos termos dispostos nos artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Cíveis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana. O deferimento deste pedido resultou na determinação de realização das audiências de custódia, em até 90 (noventa) dias, para fins de comparecimento do preso defronte a autoridade judiciária, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, contados do momento do recolhimento². O segundo pedido

1 Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Da Inconstitucionalidade por Omissão ao Estado de Coisas Inconstitucional**. p. 208.

2 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed.

liminar concedido foi aquele pugnado à alínea “h”, onde foi decidido, por maioria do Colegiado, a determinação à União Federal para que procedesse, no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, a contar da data da publicação da decisão, a adequação para fins de cumprimento do que foi pugnado³. Neste tópico, foram vencidos em parte, os Ministros Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber. Com a concessão deste pedido liminar, a União deveria proceder o descongestionamento do saldo acumulado no Fundo Penitenciário Nacional – FUNPEN, que à época, acumulava o valor de aproximadamente R\$ 2,2 bilhões de reais⁴, bem como, se abster de proceder novos congestionamentos orçamentários. Cinco anos após a histórica decisão liminar que reconheceu o ECI do sistema prisional brasileiro, a citada ADPF encontra-se em trâmite, ainda sem julgamento final de mérito.

Pandemia do “Covid-19” no sistema carcerário brasileiro

Uma nova modalidade de vírus foi identificada na cidade de Wuhan, na China, em dezembro de 2019, tendo por denominação “Coronavírus”. Após um mês da descoberta, a doença já era percebida em pelo menos 17 (dezesete) países, proliferada entre os primeiros casos de pessoas que estiveram presentes no país chinês, e ao embarcar em aviões com diversos destinos globais, sem terem ciência da sua infecção, acabaram por delongar a disseminação do vírus por onde passaram. No Brasil, o primeiro óbito em decorrência de infecção pelo Coronavírus aconteceu, oficialmente, no dia 12 de março de 2020, de acordo com o Ministério de Saúde do Brasil.

O escasso conhecimento científico e medicinal sobre o novo coronavírus, somado à alta velocidade de proliferação e a forte capacidade de causar mortes em populações vulneráveis resultou em um mar de incertezas sobre quais caminhos seriam seguidos para o enfrentamento deste novo cenário. Em plano nacional, os desafios percebidos em se tratando de uma questão epidemiológica eram ainda maiores, tendo em vista as características de uma sociedade com extremas desigualdades sociais, onde milhares de pessoas vivem em condições de habitação em altíssima precariedade, marcado por uma deficiência ou até mesmo ausência de saneamento básico e, em muitos casos, sem acesso sistêmico à água e em situações de aglomeração.

A preocupação dos ativistas de direitos humanos defensores do enfrentamento à inconstitucionalidade do sistema carcerário, bem como, de órgãos e organizações afins, se deu em razão das péssimas condições estruturais das instituições penitenciárias no Brasil, dado os altos índices de superlotação da população carcerária e conseqüente circulação no ambiente externo por parte dos agentes e funcionários institucionais, e respectivamente, seu contato com

Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 301.

3 <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm>. Acesso em: 07 de nov 2020.

4 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional**. 2ª Ed. Rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2019. p. 297.

seus familiares. Todos esses fatores indicavam o alto potencial de propagação do coronavírus dentro do sistema prisional brasileiro, que há décadas tem sofrido com a omissão inconstitucional do Poder Público, em detrimento de diversas falhas estruturais e ausência de políticas públicas suficientes.

No mês de março de 2020, diante das primeiras descobertas sobre os padrões de propagação do novo vírus, grande parte das Unidades Federativas suspenderam completamente as visitas dentro das instituições prisionais, quando se iniciaram os registros dos primeiros casos no Brasil, ao tempo que ainda não havia sido reconhecido situações de infecção dentro dos presídios⁵.

Segundo dados disponibilizados pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), somente o estado do Espírito Santo iniciou as restrições no mês de abril de 2020. À época, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Recomendação n. 62, ao qual “recomenda ao Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus (COVID-19), no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo”⁶, com clara ênfase à reavaliação das prisões provisórias e orientações com vistas à ampliação destas, quanto da possibilidade de aplicação no caso concreto.

As demais medidas iniciais foram estabelecidas por meio de portarias estaduais, aos quais incluíam a proibição de que os familiares das pessoas presas procedessem a entrega de mantimentos, produtos de higiene e vestimentas aos internos, como forma de limitar as interações com o plano externo e conseqüentemente, diminuir o risco de contágio pelo vírus. Em mesmo período, também ficou determinada a suspensão de circulação dos presos com autorização para o trabalho externo. Noutro giro, em primeiro plano, ainda no ano de 2020, já se percebia uma preocupação quanto à possibilidade de subnotificações dos casos e de óbitos da doença. Em certo momento, chegou-se a cogitar que tal fato seria resultante do baixo nível de letalidade, em razão da predominância de jovens em situação de cárcere, grupo este que diante da idade, a princípio, foi menos atingido pelas versões mais severas da doença.

Diante de diversos questionamentos quanto à realidade fática, tal como, em razão da cobrança midiática e social quanto as informações sobre o avanço da situação pandêmica nos presídios, o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão ligado ao Ministério da Justiça, anunciou no mês de abril de 2020, um painel de monitoramento de casos confirmados e óbitos

5 Segundo o boletim semanal de registros de contágios e óbitos do Conselho Nacional de Justiça, o primeiro óbito por Covid-19 no sistema prisional brasileiro foi registrado no início de abril. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagios-obitos/>. Acesso em 25/09/2022.

6 De acordo com os escritores do Fórum de Segurança Pública, em texto publicado no seu 16º Anuário, estes consideram que “a Recomendação parece ter surtido algum efeito, com pequeno recuo da população prisional em cumprimento de pena em regime fechado. Em 2020, havia um total de 571.688 presos neste regime, valor que caiu para 566.396 em 2021.”

causados pela contaminação do COVID-19, em unidades penitenciárias. O citado painel de visualização era resultante dos dados disponibilizados pelas unidades federativas, mas sem possibilidade de acesso aos microdados utilizados para elaboração do panorama informativo. Ainda segundo estatísticas do DEPEN, no que tange às testagens para verificação da infecção, em 2020 foram realizados 85.329 testes para COVID-19 entre a população carcerária, o que representa um total de 114 testes para cada 100 mil pessoas.

Inobstante, conforme dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre os meses de abril e setembro de 2020, foram registrados 27.207 casos de infecção pelo COVID-19 entre as pessoas em privação de liberdade nos ambientes carcerários, o que ocasionou 113 óbitos⁷. Em perspectiva nacional, segundo dados das secretarias de saúde, monitoradas até aquele momento pelo Ministério de Saúde, no mesmo período, foram registrados 4,7 milhões de casos confirmados de contaminação pelo vírus na população brasileira, que ocasionou 141.406 mortes. Segundo dados disponibilizados pelo Boletim CNJ de Monitoramento Covid-19, na edição publicada em 17/05/2021, restou evidente que não só a população encarcerada que foi exposta aos riscos da propagação do vírus, considerando que os agentes penitenciários e demais funcionários institucionais foram as principais vítimas da pandemia dentro das prisões nacionais. Quando se procede análise dos dados de mortalidade por coronavírus, os números indicam que aqueles que trabalham nas penitenciárias correram sérios riscos não apenas de se contaminar com a doença, mas também de vir a falecer em decorrência desta.

Neste sentido, a par dos índices registrados no ano de 2021, entre os presos foram contabilizadas 201 vítimas fatais e uma taxa de 26,7 óbitos para cada 100 mil pessoas, entre os quais, em mesmo parâmetro, entre os funcionários foram registradas 224 vítimas, o que significou uma taxa de mortalidade de 191,6%. Este dado indica uma proximidade considerável aos 206 óbitos por 100 mil habitantes registrados nacionalmente, no mesmo período e que considerou todas as faixas etárias populacionais. Os altos índices de letalidade em relação aos servidores do sistema prisional, segundo artigo publicado na *newsletter* “Fonte Segura”, em 14/04/2021, de autoria de Maria Palma Wolff e Felipe Athayde Lins de Melo, indica que esse quadro de mortes “vieram acompanhados de um processo de silenciamento” sobre a real situação fática no interior dos presídios. Ainda segundo a narrativa apresentada no citado artigo, os relatos apresentados por esses trabalhadores que foram afastados em razão da contaminação, declaram terem sido “orientados” a não tecer comentários sobre os óbitos de funcionários, em mais um movimento de não publicizar estes casos.

Estes dados indicam que ainda que, as providências tomadas pelo CNJ,

7 Os dados referem-se às infecções e óbitos de pessoas presas. Segundo o Conselho Nacional de Justiça – CNJ, até 23/09/2020 foram registradas em todo o Brasil 83 mortes de servidores da administração prisional. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19/registros-de-contagiosobitos/>. Acesso em 25/09/2022.

tal como, pelas administrações estaduais, estas foram substancialmente ineficientes, principalmente em termos de distribuição dos Equipamentos de Proteção Individual (EPIS), tendo em vista que não foram competentes suficientemente para evitar a circulação e propagação do vírus em ambiente prisional. Por todo o exposto, resta claro que os efeitos em decorrência do cenário pandêmico do coronavírus restaram estarecedores, em sede de sistema prisional, fato este que somente ratifica que o Estado de Coisas Inconstitucional, já reconhecido e declarado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2015 na ADPF n. 347/2015, se perpetuou e agravou durante a pandemia do COVID-19. As péssimas condições estruturais das instituições penitenciárias, a superlotação da população e as circunstâncias de insalubridade que pairam esses ambientes contribuíram substancialmente para o resultado subumano pandêmico vivenciado dentro do sistema.

Cenário pandêmico e a perpetuação do Estado de Coisas Inconstitucional

A questão dos presídios nacionais, há muito tempo vem sendo objeto de judicialização contínua nos últimos anos perante o Supremo, sendo uma questão de conhecimento público e notório também do Poder Legislativo, que chegou a instaurar no ano de 2015, por Ato da Presidência da Câmara dos Deputados, uma Comissão Parlamentar de Inquérito⁸ destinada a investigar a realidade do sistema carcerário brasileiro. O relatório final desta CPI resultou na elaboração de propostas legislativas como medidas de contingência da inconstitucionalidade atestada no decorrer procedimental da investigação, mas que até o momento não foram concretamente implantadas. No que tange ao Poder Executivo, Andréa (2019) ressalta que “a situação calamitosa dos presídios brasileiros não é desconhecida das autoridades do Executivo e dos parlamentares brasileiros”.

O ajuizamento da ADPF n. 347 quase 05 (cinco) anos antes do início da imaginável pandemia do COVID-19, instaurada em âmbito mundial, já anunciava uma tragédia, ao tempo que, em situação de “normalidade mundial”, já se discutia a necessidade de ir além de mera problemática que envolvia o dever do Poder Público de realizar melhorias nas instituições penitenciárias ou até mesmo, a possibilidade construção de novos presídios com o intuito de reduzir o enorme déficit de vagas no sistema. Os efeitos tímidos resultantes do reconhecimento e declaração do Estado de Coisas Inconstitucional já indicava possíveis falhas no processamento liminar pelo Supremo em relação à uma temática tão complexa quanto ao sistema prisional, e que de igual forma, provável ausência de aprofundamento na técnica do ECI, visto que sua

8 BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>. Acessado em: 29 de set. de 2022.

importação denotou uma inovação processual em sede de sistema de controle de constitucionalidade.

A academia brasileira teceu alguns comentários críticos sobre a importação da técnica processual, ao qual Andréa (2019) ressalta que “dentro algumas manifestações, destacam-se dois textos críticos que procuram apontar os perigos da importação da figura colombiana para terras brasileira”. O autor faz referência ao texto de Raffaele de Giorgi, José Eduardo Faria e Celso Campilongo, publicado no Estadão⁹, e o segundo, de autoria do jurista Lenio Luiz Streck, oriundo de sua coluna semanal no site Conjur¹⁰. Em primeiro plano, os apontamentos realizados nos dois textos nos parecem resultar posicionamentos de certa forma extremista, ao proceder a análise da questão que tangencia a ferramenta processual, visto que diante da complexidade de sua formação e conseqüente importação, muito há de ser ainda aperfeiçoado em sede de direito pátrio. Nesse sentido, Campos (2019), a fim de refutar os argumentos disparados em desfavor do ECI, defende que a Corte Constitucional Colombiana assentou haver três pressupostos essenciais para a configuração do ECI:

“no plano dos fatos, viger uma realidade manifesta de violação massiva e sistemática de diferentes direitos fundamentais; no plano dos fatores, a situação inconstitucional decorrer de ações ou omissões estatais sistêmicas (falhas estruturais, máxime de políticas públicas), e se perpetuar ou mesmo agravar-se em razão de bloqueios políticos e institucionais persistentes e, aparentemente, insuperáveis; no plano dos remédios, ante as causas estruturais, a superação do quadro a exige medidas não apenas de um órgão, e sim de uma pluralidade desses (remédios ou sentenças estruturais)”¹¹

Por ser uma figura até então desconhecida, de certo é que demandará

9 Segundo Andréa (2019), “Os autores do primeiro texto sustentam que a adoção do ECI pode trazer mais dificuldades à eficácia da Constituição do que se imagina. Propõem um exercício lógico, no sentido de que se “as coisas” e, por isso a ordem jurídica é ineficaz e o acesso a justiça não se concretiza, por que não decretar a inconstitucionalidade da Constituição e fechar os Tribunais? Continuam os autores: ‘Se por exemplo, 51% dos deputados forem acusados de corrupção, o STF declarará o ECI, ordenando o fechamento do Congresso ou atribuirá a política a outros Órgãos?’. Ainda colocam em dúvida a legitimidade do Tribunal para decidir qual seria a melhor alternativa para a superação do ECI e como se daria a execução dessa decisão. Finalizam, com a preocupação da completa confusão que esta figura poderá proporcionar entre direito e política.”

10 Ainda de acordo com Andréa (2019), “O autor do segundo texto tece duras críticas ao mecanismo sob o argumento de que viola o princípio da separação de poderes e pode promover decisões arbitrárias e absurdas. Destaca que o ECI é figura ‘fluída, genérica e líquida’, de ‘substrato frágil’; um ‘conceito ônibus’, onde tudo cabe, implicando a ubiquidade das declarações de inconstitucionalidade. Salienta, outrossim, o risco ainda que por meio do ECI seria possível declarar a inconstitucionalidade do Brasil, já que não cumpre a Constituição Federal”.

11 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional?” Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out. 2015. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acessado em: 29 de set. de 2022.

tempo para a modulação plena da compreensão e adaptação do instituto do Estado de Coisas Inconstitucional no direito pátrio. Noutra passo, no que tange às medidas liminares promulgadas pelo Supremo, é possível constatar que a maioria delas, foram direcionadas ao Poder Judiciário e ao Poder Executivo, sendo que as últimas ações, foram majoritariamente dirigidas à União e aos estados da federação. No que concerne ao ônus do Poder Legislativo, diante deste cenário e segunda a fundamentação do ECI, em sua forma originária, teria responsabilidade constitucional, para fins de dirimir a omissão normativa inconstitucional, asseverou-se que o legislativo tem “um dever constitucional concreto de atuação político-normativo” (CAMPOS, 2019, p. 34), razão pela qual, não foi ele, incluído como parte na ADPF n. 347/2015.

Ainda em sede de ADPF 347/2015, oportuno registrar que segundo os dados apresentados pela Pastoral Carcerária Brasileira, em março de 2020, quando estes peticionaram requerendo o ingresso nos autos da ADPF n. 347/2015, na qualidade de *amicus curie*, os mesmos relataram que nas instituições penitenciárias observadas pela Pastoral, semanalmente em suas visitas, mais de 70% das unidades encontram-se com racionamento de água e, em relação à prestação de assistência básica, 77,28% das unidades carcerárias estatais, não possuem equipe mínima de saúde, conforme dispõe o Plano Nacional de Saúde do Sistema Prisional. Nesta senda, resta comprovada que a situação nas instituições se agravou, durante a Pandemia decorrente do vírus “COVID-19”.

Imperioso ressaltar que, segundo relatório *Covid-19 in U.S State and Federal Prisons*, publicizado pela *National Commission on Covid-19 and Criminal Justice*, em dezembro de 2020, atenção foi direcionada aos dados sobre as taxas de infecção, visto que no período de novembro de 2020, registraram 12.724 casos confirmados por 100 mil pessoas presas. Ou seja, o valor era 3,7 vezes maior do em relação a taxa de infecção no país, e em relação aos óbitos, a taxa chegou a registrar 98 mortes a cada 100 mil pessoas, o que indica mais do que o dobro do número de mortes aguardada para um grupo com semelhantes características, como as que estão sob custódia prisional. Tal quadro resultou na publicação pelo jornal *The New York Times*, em que foi afirmado que os centros de detenção norte-americanas estavam entre os locais mais perigosos em termos de risco de contaminação do vírus. Em análise paralela com as prisões norte-americanas e as brasileiras, para fins de cognição sumária, é certo afirmar que todo esse quadro fático demonstra que foi subestimada a gravidade situacional, no que tange à incidência de casos entre pessoas em situação de cárcere no Brasil, o que indica uma ausência de medidas governamentais plenamente eficazes ao enfrentamento da pandemia em sistema prisional nacional.

Por todo o exposto, é possível observar que apesar do avançado sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, ainda não há plenitude de conhecimento de um mecanismo capaz de enfrentar as falhas estruturais, decorrentes de ações comissivas e omissivas por parte dos poderes públicos e

seus respectivos órgãos, que se encontram em situação de bloqueio político e institucional no que se referente à tutela e garantia da efetividade em dimensão objetiva dos direitos constitucional brasileiro em sistema prisional. Andréa (2019, p. 185) acentua ainda que “questões que são objeto diuturno de debates perante o Executivo e o Legislativo, constando sempre de programas programáticos partidários em anos de eleições, não podem ser considerados completamente ‘abandonados’, ou sujeitos a falhas estruturais em sua implementação”. O quadro fático decorrente da pandemia do coronavírus somente acentuou um cenário que já se encontrava em calamidade institucional, que resultou em taxas de contaminação e letalidade de extrema desumanidade, ratificando verdadeira omissão inconstitucional por parte dos Poderes no enfrentamento do cenário pandêmico dentro do sistema prisional.

Conclusão

O ano de 2020 ficou marcado na história global como o momento em que o mundo presenciou o início de uma pandemia em níveis inimagináveis, fruto da proliferação e contaminação por um novo vírus que afetou e ainda afeta muitas vidas. Novos protocolos foram instaurados e a sociedade mundial reestruturada a uma nova realidade, refutando padrões antes conhecidos, e em plano concreto, obrigou muitas pessoas a pensarem e repensarem seus conceitos, vivências e princípios. Essas foram experiências do mundo externo, e em paralelo, no sistema prisional brasileiro, o novo cenário pandêmico decorrendo da propagação do vírus COVID-19 e as medidas realizadas na tentativa de contenção tiveram por resultado o agravamento das condições de encarceramento da população e aprofundaram ainda mais, as violações constitucionais e de direitos humanos.

Em março de 2020, Philip Meissner, especialista em reforma prisional da United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC)¹², realizou propositura em cenário mundial, que “a superlotação das prisões, (...) aumenta os desafios postos pela COVID-19 e a atual viabilidade de levar prevenção e medidas de controle da pandemia a esses locais”. Acrescentou o especialista ainda que, os presidiários são “desproporcionalmente” afetados pelo coronavírus, tal como, os agentes prisionais e trabalhadores de saúde do sistema prisional sofriam maior risco de contaminação.

Dois anos após o início da pandemia do coronavírus no Brasil, é possível concluir que tal expectativa do especialista supramencionada foi concretizada, visto que, segundo o último boletim publicado no portal do CNJ, de março de 2022¹³, foram registrados 108.358 casos desde o início da pandemia em março de 2020, e 661 óbitos, em igual período. O referido número total

12 Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2021/03/covid-19-ja-contaminou-mais-de-meio-milhao-de-presos-em-todo-o-mundo--aponta-unodc.html>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

13 Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/04/boletim-co-vid-19-marco2022.pdf>. Acesso em: 30 de set. de 2022.

contempla 75.337 pessoas presas e 33.021 de servidores que foram infectados, fato que resultou no óbito de 320 encarcerados e 341 servidores. Em escala de imunização, ainda de acordo com os últimos dados do CNJ, 66,9% das pessoas presas e servidores(as) completaram o ciclo de vacinal, com pelo menos a 2ª dose/dose única.

Atualmente, a população prisional nacional que se aproxima a bater o recorde de 1 milhão de pessoas em situação de cárcere, e mesmo antes da pandemia, a problemática inconstitucional já estava instalada. Muitas prisões já lutavam institucionalmente para cobrir necessidades básicas e assegurar a dignidade mínima dos detentos, que diariamente são submetidos a condições subumanas, sem acesso ao saneamento básico e ausência do seu exercício constitucional do direito à saúde, trabalho e educação. Constata-se a ausência de espaço suficiente, em decorrência da superlotação da população carcerária, déficit de nutrição, água potável, acesso a itens de limpeza e higiene, e até mesmo de ventilação apropriada.

Em muitos presídios nacionais, suas estruturas não disponibilizam áreas de trabalho e espaços dignos de vivência e convivência. Essa situação ratifica o cenário de desafio instaurado durante a pandemia, com prevalência de ausência do acesso à equipamentos de proteção pessoal, termômetros e material de testagem de COVID-19. Todos esses fatores influenciaram para o agravamento do perfil deste grupo, que tipicamente demonstra uma saúde frágil, incluindo a alta prevalência de doenças contagiosas e crônicas. Por todo o exposto, é possível concluir que o cenário pandêmico, em sede de sistema prisional brasileiro resultou em severas marcas de sofrimento e dor, em diversos âmbitos fáticos, tendo em vista à precariedade institucional que já se percebia anteriormente, e somente se agravou, diante da deflagração de uma nova pandemia, que com as condições desumanas desses espaços, “beneficiou” a tendência de proliferação, contaminação e conseqüente, letalidade, das pessoas em situação de cárcere, tal como, de todos os servidores e funcionários públicos, que convivem diariamente nas instituições prisionais.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. O Estado de Coisas Inconstitucional no Constitucionalismo Contemporâneo: Efetivação da Constituição ou Ativismo Judicial. **Interpretação constitucional no Brasil**. Coordenação: Renato Siqueira de Pretto; Richard Pae Kim e Thiago Massao Cortizo Teraoka. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017.

ARIZA, Libardo José. The Economic and Social Rights of Prisoners and Constitutional Court Intervention in the Penitentiary System in Colombia. In: MALDONADO, Daniel Bonilla. **Constitutionalism of the Global South. The Activist Tribunals of India, South Africa and Colombia**. New York: Cambridge University Press, 2013.

BARROS, Betina Warmling. **O sistema prisional em 2020-2021: entre a Covid-19 e o atraso na vacinação e a continuidade dos problemas estruturais**.

Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021, ano 15. Acessado 25 set. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf>. ISSN 1983-7364.

BOEHM, Camila. **Covid-19: SP tem 94 da população carcerária com vacinação completa.** Agência Brasil. Publicado em 16/11/2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-11/covid-19-sp-tem-94-da-populacao-carceraria-com-vacinacao-completa>. Acessado em: 25 de set. de 2022.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário. CPI sistema carcerário. – Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2009. 620 p. – (Série ação parlamentar; n. 384). Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/relatorio-cpi-sistema-carcerario.pdf>. Acessado em: 29 de set. de 2022.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de coisas inconstitucional.** 2ª ed. rev., atual. e ampl. - Salvador: JusPodivm, 2019.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo Campos. **Devemos temer o “estado de coisas inconstitucional?”** Consultor Jurídico, São Paulo, 15 out. 2015. Opinião. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-out-15/carlos-campos-devemos-temer-estado-coisas-inconstitucional>. Acessado em: 29 de set. de 2022.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição.** 7ª ed., 14 reimp. – Portugal; Coimbra: Edições Almedina, 1941.

Costa, Jaqueline Sérgio da et al. **COVID-19 NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: DA INDIFERENÇA COMO POLÍTICA À POLÍTICA DE MORTE.** Psicologia & Sociedade [online]. 2020, v. 32. Acessado em: 25 set. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240218>>. Epub 04 Set 2020. ISSN 1807-0310. <https://doi.org/10.1590/1807-0310/2020v32240218>.

IBRAHIM, Cesar Antonio Calejon. **Tempestade perfeita: o bolsonarismo e a sindemia Covid-19 no Brasil.** 1ª ed. – São Paulo: Editora Contracorrente, 2021.

Incarcerated and Infected: How the Virus Tore Through the U.S. Prison System. The New York Times, April 10, 2021. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2021/04/10/us/covid-prison-outbreak.html?smid=url-share>. Acesso em: 28 de set. de 2022.

LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição.** 1ª ed. – Rio de Janeiro: Editora Lumen, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Controle de Constitucionalidade e Diálogo Institucional.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

Werneck, Guilherme Loureiro e Carvalho, Marília Sá. **A pandemia de COVID-19 no Brasil: crônica de uma crise sanitária anunciada.** Cadernos de Saúde Pública [online]. v. 36, n. 5. Acessado 25 set. 2022. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>>. ISSN 1678-4464. <https://doi.org/10.1590/0102-311X00068820>.

WOLFF, Maria Palma; MELO, Felipe Athayde de. **Mortes e silenciamento na rotina de servidores penais.** Fonte Segura – Edição 84. Publicado em 14/04/2021. Disponível em: <https://fontesegura.org.br/multiplas-vozes/pf6qrmui3>. Acesso em: 28 de set. de 2022.

PRECEDENTES JUDICIAIS COMO MEIO DE PROTEÇÃO DAS MINORIAS

Lara Tiemy Prieto Vieira

Centro Universitário de Bauru, mantido pela Instituição Toledo de Ensino.
Graduanda

Resumo:

O tema em debate busca expor os mecanismos de defesa das minorias através de precedentes judiciais visto que a construção de igualdade começa na observância dos princípios fundamentais, como igualdade, liberdade e a dignidade da pessoa humana. Tal mecanismo de defesa tem o fito de proporcionar maior segurança jurídica ao cidadão, uma vez que as decisões proferidas em um caso concreto são futuramente utilizadas como alicerce em casos semelhantes. Os precedentes buscam garantir o acesso e segurança judicial a todos, as minorias possuem o direito de serem ouvidas, assim como, deve-se pensar nelas quando da tomada de decisões, em observância ao princípio da igualdade. Com isso, percebe-se a importância dos precedentes judiciais, os quais podem dar voz a esse grupo, além de trazer significativa atenção da sociedade a elas, podendo mudar o olhar e contexto social. Com a utilização de precedentes judiciais, as minorias saberão que estão seguras, isso porque, terão certeza que quando necessitarem de ajuda, o Poder Judiciário poderá ajudá-los da melhor forma.

Palavras-chave: Minorias; Precedentes judiciais; Segurança jurídica; Constituição Federal e Direitos Humanos.

Introdução

É de saber notório que em toda e qualquer sociedade há grupos menos favorecidos, mais vulneráveis e com certo grau de desvantagem social, político ou econômico. O ponto crucial deste embate é que esses grupos possuem a mesma finalidade: sua inclusão social.

Ao adentrarmos no assunto de suma importância, necessário se faz pontuar o conceito de minorias e seu papel desempenhado na sociedade. Infelizmente tal assunto não é um dos mais fáceis de ser abordado, visto que até a ONU (Organização das Nações Unidas) teve certo grau de dificuldade em definir “minorias”. Com isso, em 18 de dezembro de 1992 a foi aprovada pela

Assembleia Geral da ONU a Resolução 47/135, abordando o tema “Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes ou étnicas, religiosas e linguísticas Minorias Nacionais”, a qual assegura em seu art. 2º que:

1. As pessoas pertencentes a minorias nacionais ou étnicas, religiosas e linguísticas (doravante denominadas “pessoas pertencentes a minorias”) têm o direito de fruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua própria religião, e de utilizar a sua própria língua, em privado e em público, livremente e sem interferência ou qualquer forma de discriminação.
2. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente na vida cultural, religiosa, social, econômica e pública.
3. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de participar efetivamente nas decisões adotadas a nível nacional e, sendo caso disso, a nível regional, respeitantes às minorias a que pertencem ou às regiões em que vivem, de forma que não seja incompatível com a legislação nacional.
4. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de criar e de manter as suas próprias associações.
5. As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de estabelecer e de manter, sem qualquer discriminação, contactos livres e pacíficos com os restantes membros do seu grupo e com pessoas pertencentes a outras minorias, bem como contactos transfronteiriços com cidadãos de outros Estados com os quais tenham vínculos nacionais ou étnicos, religiosos ou linguísticos.

Além disso, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica - assinada em 22 de novembro de 1969, reconheceu em inúmeros direitos importantes para as minorias, além de estabelecer deveres a serem seguidos pelos Estados. Com isso, estabeleceu em seu art. 13, *in verbis*:

Artigo 13 - Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito inclui a liberdade de procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza, sem considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito à censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente previstas em lei e que se façam necessárias para assegurar:
 - a) o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas;
 - b) a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias e meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e

opiniões.

4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.

5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

Nas palavras de Canotilho¹:

Minoria será, fundamentalmente, um grupo de cidadãos de um Estado, em minoria numérica ou em posição não dominante nesse Estado, dotado de características étnicas, religiosas ou linguísticas que diferem das da maioria da população, solidários uns com os outros e animados de uma vontade de sobrevivência e de afirmação da igualdade de facto e de direitos com a maioria.

Nesse contexto, também é necessário diferenciar, mesmo que superficialmente, minorias e grupos vulneráveis, utilizados como sinônimos, mas que são completamente distintos.

Em síntese, por minorias entende-se por um grupo que possui traços diferentes dos “comuns”, seja ligado à cultura, religião, idioma ou até mesmo a tradições, além disso também é entendido como um grupo que não possui o elemento dominância ou está em desvantagem numérica, como por exemplos negros e índios.

Já os grupos vulneráveis são “possuidores de direitos civis e políticos, possuindo o direito de cidadão, porém, a sociedade de maneira geral e pelo fato desta ser majoritária, macula certos direitos inerentes as pessoas vulneráveis”², nesse caso podemos citar o direito do consumidor, Estatuto da Pessoa com Deficiência, entre outros.

Por derradeiro, frisa-se que minorias não se trata somente de desvantagem numérica, mas também pode ser desvantagem de poder, social ou econômico.

A vulnerabilidade dos grupos minoritários

Ao falarmos de minorias estamos nos referindo negros, mulheres, apátridas, LGBTQIA+, idosos, crianças, adolescentes, indígenas, povos ribeirinhos, moradores de rua ou moradores de lugares de extrema pobreza e portadores de deficiência, ou seja, grupos dos quais a sociedade não direciona atenção. Minorias refere-se a algum grupo que está em desvantagem ou sofre estigmatização, sendo ocasionalmente excluídas de certa forma.

1 CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. 7ª ed. p. 387

2 TREVIZAN, Ana Flávia. AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Diferenciação Entre Minorias e Grupos Vulneráveis**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>. Acesso em: 06 ago 2022.

Imperioso destacar que não se trata de quantidade, mas sim de uma desproporcionalidade de vantagens. Sabemos que o poder de uma sociedade está concentrado nas mãos de poucos governantes. Todavia, somos nós, a grande maioria, que os elegemos.

As minorias merecem serem ouvidas, visto que aos olhos da sociedade muitas vezes são grupos marginalizados, os quais dificilmente possuem oportunidades, uma vez que há um pré-conceito em relação a elas.

Junto a esse pré-conceito existente, há a discriminação, xenofobia, homofobia, racismo, dentre outros crimes e pensamentos cruéis e deturpáveis. É necessário desconstruir essa impressão, conceder maior oportunidade de fala, visto que, “a Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos”.³

Uma pessoa não pode ser medida somente por sua aparência, sua capacidade vai muito além disso, é necessário oportunizar, criar caminhos adequados para que esses grupos ganhem força.

Os precedentes são meios que trazem essa oportunidade, ou seja, que dão voz e força às minorias, visto que aplicam-se em casos semelhantes aos que foram originados, e, ao abordar a temática minorias, como por exemplo defesa das mulheres, idosos, proteção de crianças e adolescentes, os rumores acerca desse assunto crescem, criando-se, muitas vezes lei de proteção, como é o caso da Lei Maria da Penha que concedeu maior visibilidade à mulheres que sofreram algum tipo de violência.

A tipo exemplificativo e maiores esclarecimentos importante citar um caso que ocorreu em pleno 2022, onde uma senhora de 86 (oitenta e seis) anos foi resgatada após trabalhar por setenta e dois anos em uma casa em condições análogas à escravidão. O referido caso gerou grande repercussão e comoção social, uma vez que as condições em que a idosa vivia eram precárias ferido gravemente a dignidade da pessoa humanos, assim como estabelecido no art. 6º da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*:

1. Ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas.
2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de que proíbe o cumprimento da dita pena, imposta por juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso.
3. Não constituem trabalhos forçados ou obrigatórios para os efeitos deste artigo:
 - a) os trabalhos ou serviços normalmente exigidos de pessoa reclusa

3 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 3ª ed. 1995, p. 10

em cumprimento de sentença ou resolução formal expedida pela autoridade judiciária competente. Tais trabalhos ou serviços devem ser executados sob a vigilância e controle das autoridades públicas, e os indivíduos que os executarem não devem ser postos à disposição de particulares, companhias ou pessoas jurídicas de caráter privado:

- b) o serviço militar e, nos países onde se admite a isenção por motivos de consciência, o serviço nacional que a lei estabelecer em lugar daquele;
- c) o serviço imposto em casos de perigo ou calamidade que ameace a existência ou o bem-estar da comunidade; e
- d) o trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas normais.

Podemos observar que há muito trabalho a ser feito, que infelizmente, até nos dias atuais não há conscientização do verdadeiro significado de igualdade e compaixão para com o próximo.

Desde sempre a sociedade sempre foi dominada por grupos com maior vantagem econômica, social ou política, no entanto, não podemos deixar que tais acontecimentos se protraíam nos dias atuais.

As minorias precisam saber que quando necessitarem socorrer-se ao Poder Judiciário, suas súplicas serão ouvidas, ou seja, precisam saber que independentemente de seu grupo social, quando elas precisam de ajuda serão socorridas, com igualdade como o restante da sociedade.

É necessário concentrar esforços na formação de precedentes judiciais que visem ajudar e dar visibilidade aos a esses grupos que necessitam de atenção, sendo que assim terão certeza e segurança que quando necessitarem serão ajudados.

Portanto, é sim, imprescindível debate-se e priorizar as minorias, as quais que precisam ser tuteladas, além disso, os precedentes como meio de proteção *têm bases no passado para ser um guia confiável para o futuro*⁴. Com os erros do passado é possível construir um futuro com mais igualdade e visibilidade à todos.

Precedentes judiciais como meio de proteção

Precedentes judiciais são definidos como decisões proferidas em um caso concreto que oportunamente serão utilizadas como pilares em casos parecidos, com isso, o operador do direito terá um caminho para guiar-se.

As Cortes devem focar-se e *direito*⁵ transformando-o em uno, trazendo maior segurança jurídica aos seus usuários, visto que a interpretação do texto normativo será um só e os precedentes advindos daquele determinado assunto será utilizado para guiar a interpretação não só da defesa, mas do julgador.

4 FILHO, Ruy Alves Henriques. **Identificação dos Precedentes Judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Editora Thoth, 2021, p. 231

5 MÍTIDIERO, Daniel. **Precedentes – Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 81.

Como bem ressaltado por Daniel Mitidiero⁶, não se pode uniformizar os precedentes, ou seja, aplica-lo em toda o e qualquer caso semelhante, mas sim, dar unidade é ele, sendo um guia para as decisões, sendo um sistema seguro que deve ser analisado em cada caso concreto.

A segurança jurídica evita as chamadas – decisões surpresas – além disso, como bem colocado por Marinoni e Mitidiero⁷ o direito à segurança jurídica no processo constitui direito à certeza, à estabilidade, à confiabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais.

Os precedentes devem ser analisados com cautela pensando no bem-estar social, assim como pontua Canotilho⁸ “por vezes, a importância do assunto exige maiorias qualificadas não só para se garantir a bondade intrínseca da decisão mas também para a protecção das minorias.”

Como bem definido por Mitidiero⁹:

Precedentes são razões jurídicas necessárias e suficientes que resultam da justificação das decisões prolatadas pelas Cortes Supremas a pretexto de solucionar casos concretos e que servem para vincular o comportamento de todas as instâncias administrativas e judiciais do Estado Constitucional e orientar juridicamente a conduta dos indivíduos e da sociedade civil.

Com isso, é possível observar que os precedentes devem ser aplicados aos seus semelhantes, *similibus ad similia* – cada qual com seu igual – nesse sentido a interpretação ficará una, ou seja, *erga omnes*, evitando-se decisões conflitantes e, conseqüentemente tendo em sistema jurídico mais harmônico.

O sistema luso-brasileiro (relativo à Portugal e Brasil) tem finalidades em comum, como ideias de igualdade, celeridade processual e segurança jurídica.

Focando-se na segurança jurídica, importante ressaltar que:

O novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica, obviamente de índole constitucional, pois que se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito e visa a proteger e a preservar as justas expectativas das pessoas.

Todas as normas jurídicas devem tender a dar efetividade às garantias constitucionais, tornando “segura” a vida dos jurisdicionados, de modo a que estes sejam poupados de “surpresas”, podendo sempre prever, em alto grau, as conseqüências jurídicas de sua conduta. (Código de processo civil e normas correlatas, 2015)

6 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes – Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

7 SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2021. São Paulo: Saraiva Jur, 2021. Pág. 906.

8 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993. 6ª ed. Pág. 481.

9 MITIDIERO, Daniel. **Precedentes – Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 89.

Ainda, o intuito de proferir decisões igualitárias e coerentes visa a previsibilidade do Direito, garantindo ao cidadão o que esperar das relações sociais, a estabilidade no trato dos casos semelhantes de forma semelhante, culminando na segurança jurídica.¹⁰

Desse modo, em qualquer sistema jurídico, há uma tendência de os Tribunais darem certo peso aos precedentes, independentemente dos méritos intrínsecos da decisão contida neles o que pode ser fortemente justificado pela necessidade de estabilidade e previsibilidade tanto do direito quanto das decisões judiciais proferidas em nome da lei.¹¹

Além disso, devem ser observados os direitos fundamentais esculpidos na Constituição, visto que não basta somente “ir concedendo direito” deve ser analisado e pesado sua aceitabilidade na sociedade, diante de todos os grupos:

(...) um Estado Democrático de Direito que pretenda uniformizar suas decisões ao mesmo tempo em que assegure e garanta a efetivação dos direitos fundamentais, - como forma também de realização da própria democracia-necessita observar preceitos constitucionais. A abertura ao diálogo com permissibilidade de decisões não unânimes é indispensável neste processo, e sua utilização deve ser concebida como ferramenta de um método adequado de argumentação e não de falta de integralidade.¹²

Diante da extensiva explicação da aplicação dos precedentes judiciais, se faz necessário abordar sua aplicação como forma de proteção das minorias. Isso porque, ao analisarmos, a desvantagem sofrida pelas minorias, também é uma falha tanto no Poder Legislativo, em direcionar maior cuidado à esses grupos, como também do Poder Judiciário, o qual aproveitando-se de sua influência e visibilidade, poderia incentivar e promover projetos sociais e políticas públicas em prol das minorias. Nesse sentido:

A decisão oriunda do Poder Judiciário deve proporcionar a participação, seja ela direta ou indireta, legitimando-se por um contraditório efetivo, exercício do direito de defesa e participação, mas nem sempre pela maioria, cabendo-lhe, em diversos casos, assegurar o direito das minorias.¹³

10 FILHO, Ruy Alves Henriques. **Identificação dos Precedentes Judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Editora Thoth. 2021. P.326

11 QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica : fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.P. 595.

12 FILHO, Ruy Alves Henriques. **Identificação dos Precedentes Judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Editora Thoth. 2021, p.251

13 CÚRY, Felipe Cesar. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. FLORES, Nilton Cesar da Silva. **A Vinculação aos Precedentes Judiciais Estabelecida pelo Artigo 927 do**

Portanto, os precedentes podem e devem ser utilizados como meio de proteção, no caso em deslinde, atribuí maior segurança e proteção às minorias, as quais necessitam ser ouvidas e vistas pela sociedade, possibilitando maior inclusão social.

Da superação dos precedentes

É de conhecimento notório que a sociedade está em constante evolução, e, com isso, o Direito deve segui-la. Não seria diferente com os precedentes:

Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se, quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.¹⁴

Assim, tem-se que existem formas de superação dos precedentes, sendo as principais, o chamado *Overruling* e o *Overriding*.

O *Overruling* traz uma superação total de um precedente, ocorre quando aquele precedente já não possui mais eficácia, ou seja, surge um novo entendimento, por parte do Tribunal, acerca de uma mesma questão, sendo, nestes casos, substituídos por outro precedente

O *Overriding*, por sua vez, traz uma superação parcial dos precedentes. Nestes casos, surgem novas regras que limitam a aplicabilidade do precedente, entretanto, por ser, em partes, aplicável, não é integralmente superado.

Tem-se ainda a figura do *distinguishing*, o qual, embora não se funda com as formas de superação dos precedentes, consiste em uma forma de aferir a inaplicabilidade de uma decisão judicial ao caso concreto por não serem demandas idênticas ou semelhantes, ou seja, por terem objetos diferentes, tem por afastada sua incidência.

Conforme discorrido supra, a sociedade evolui constantemente e não podemos permitir que o Direito vire apenas uma ideia retrógrada, limitando o caminhar social. Há, no direito, num todo, e em especial no âmbito dos precedentes, o binômio estabilidade/previsibilidade, o qual deve ser sempre levado em consideração, para que as decisões proferidas por nossos tribunais não sejam guiadas por entendimentos que já não condizem com o a sociedade em que estamos inseridos.

As decisões devem caminhar junto ao desenvolvimento social, gerando

Código de Processo Civil: Uma Perspectiva Comparada. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19 - n. 2, p. 71-99, 2º sem. 2021. Disponível em: <https://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/download/392/147/>. Acesso em: 20 jul 2022.

14 QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira.** São Paulo: Saraiva, 2014. E-book, p. 535.

proteção a todos e, conseqüentemente, ao bem estar da sociedade num todo. Nesse ínterim, os precedentes judiciais, além de levarem a uma justa e rápida solução de litígios, garantem ainda a previsão e proteção ao convívio social, ou sejam, trazem segurança jurídica. A esse respeito, são os dizeres de Lucas Buril de Macedo:

A contribuição dos precedentes é, nesse ponto, muito valiosa, especialmente no que toca às demandas repetitivas, impedindo o acesso aos tribunais de maior hierarquia de questões já analisadas e decididas e facilitando a tomada de decisão pelos tribunais e juízes inferiores.¹⁵

Portanto, entendendo que o meio em que se está inserido passa por mudanças constantes, devem surgir direitos que os prevejam e protejam e, por óbvio, para melhor atender aos anseios e necessidades de todos, devem os precedentes evoluírem junto. Aliás, os precedentes são justamente uma forma rápida e eficaz de garantir a atualização do Direito ao caso concreto.

Há sim, de se ter previsibilidade, mas convenhamos que visa-se um sistema justo, sendo que com cautela e muita análise as decisões podem mudar.

(...) Ressalta-se que essa incoerência não significa que não se esteja buscando a integridade. A integridade não significa apenas coerência entre as decisões, é mais que isso, exige o respeito ao passado, mas este respeito não significa imutabilidade dos precedentes. Os precedentes podem ser alterados e mesmo assim pode-se garantir a integridade da decisão judicial se quando do julgamento e da revogação do precedente, o juiz respeita o passado, justifica sua mudança ou justifica a não aplicação daquele caso concreto. Ou seja, a coerência deve-se dar com a totalidade do sistema e não apenas com a decisão anterior.¹⁶

Com os erros do passado é possível criar um futuro mais igualitário e justo para todos e não seria diferente na esfera processual. O presente trabalho busca abordar precedentes sob a ótica da proteção das minorias, portanto, reflete-se que com o tempo as minorias ganhem força e, com isso, passam a ocupar uma posição mais vantajosa, percebe-se que o contexto social foi alterado. Portanto, imprescindível que as decisões sigam o mesmo caminho e não fiquem ultrapassadas.

Conclusão

Conforme amplamente debatido, é possível notar que os precedentes

15 MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e do Direito Processual Civil**. 2017, p. 125.

16 QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book. P. 530.

judiciais têm uma importância significativa na proteção das minorias, visto que sua aplicabilidade além de garantir a observância aos preceitos fundamentais, também garante segurança jurídica à esse grupo.

É necessário que não somente a sociedade se volte com outros olhares às minorias, mas que estes também sintam-se abraçados por elas, sintam-se incluídos e aceitos sem qualquer tipo de pré-conceito. Além disso, os precedentes podem se tornar a base da proteção das minorias, através de decisões que as protegem.

A utilização desse mecanismo de defesa – precedentes judiciais- também auxilia na inclusão das minorias, mas é necessário que elas saibam que estão protegidas, que caso necessitem do Judiciário, sabem serão ouvidas.

Referências

ÁVILA, Humberto. **Segurança Jurídica**. São Paulo: Malheiros, 2011.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. 7ª ed.

Código de processo Civil e Normas Correlatas. Disponível em <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 ago 2022.

CURY, Felipe Cesar. SILVA, Larissa Clare Pochmann da. FLORES, Nilton Cesar da Silva. **A Vinculação aos Precedentes Judiciais Estabelecida pelo Artigo 927 do Código de Processo Civil: Uma Perspectiva Comparada**. Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 19 - n. 2, p. 71-99, 2º sem. 2021. Disponível em: <https://emerj.com.br/ojs/seer/index.php/direitoemmovimento/article/download/392/147/>. Acesso em: 20 jul 2022.

FILHO. Ruy Alves Henriques. **Identificação dos Precedentes Judiciais: criacionismo judicial, precedentes em espécie, força vinculante, dificuldades em sua aplicação e revisão**. Londrina: Editora Thoth. 2021.

MACEDO, Lucas Buril de. **Precedentes Judiciais e do Direito Processual Civil**. 2017, p. 125.

MELLO. Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 3ª ed. 1995.

MITIDIERO, Daniel. **Precedentes – Da Persuasão à Vinculação**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017

QUEIROZ, E. M. D. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: fundamentos e possibilidades para a jurisdição constitucional brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-book.

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2021. São Paulo: Saraiva Jur, 2021.

TREVIZAN. Ana Flávia. AMARAL. Sérgio Tibiriçá. **Diferenciação Entre Minorias e Grupos Vulneráveis**. Disponível em: <http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/ETIC/article/viewFile/2319/1814>. Acesso em: 06 ago 2022.

STF E GÊNERO: ANÁLISE DA UTILIZAÇÃO DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO MECANISMO DE GARANTIA DE DIREITOS HUMANOS

Isabela Vince Esgalha Fernandes

Doutoranda em Estudos Interdisciplinares em Mulheres, Gênero e Feminismo.
Universidade Federal da Bahia

Resumo:

No Brasil, o complexo cenário político, repleto de disputas de interesses compromete cada vez mais a capacidade do poder executivo de responder às necessidades dos cidadãos. Esse cenário se agrava com o fortalecimento do conservadorismo na política, fato que tem como reflexo o embaraço e/ou impedimento de iniciativas de grupos vulneráveis que possam ir de encontro aos valores e interesses de tais setores conservadores. Uma das áreas em que este fenômeno tem ocorrido de forma cada vez mais frequente no Brasil se refere a agenda de gênero. Em todas essas ocorrências, a intervenção do poder judiciário, e mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, se mostrou decisiva para assegurar direitos pela utilização do mecanismo de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, a proposta do presente trabalho, é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal na promoção e defesa de direitos relacionados as questões de gênero e diversidade através da análise de processos ajuizados, elegendo como objeto de estudo um processo de grande projeção ajuizado por meio de cada modalidade de controle de constitucionalidade prevista pela Constituição Federal Brasileira, buscando apreender o contexto em que se deu cada ação, os atores envolvidos e os impactos da decisão na proteção de direitos, refletindo sobre as circunstâncias que levaram ao protagonismo do judiciário na resolução de tais questões, bem como os possíveis impactos desse fenômeno para a democracia brasileira. Para tanto, utilizar-se-á do método qualitativo e análise documental.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade; Direitos Humanos; Gênero; Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal e o Controle Concentrado de Constitucionalidade

O fenômeno do fortalecimento e protagonismo do Supremo Tribunal Federal nas transformações sociais teve início, sobretudo a partir do processo de redemocratização. Com a Constituição de 1988, passaram a ser previstas diferentes possibilidades de atuação da corte, sobretudo através do controle de constitucionalidade.

Cabe salientar, entretanto, que para além das disposições normativas, o contexto social e político do país constituiu um importante fator para que tal fortalecimento ocorresse.

As omissões e arbitrariedades daqueles que deveriam representar a população e agir conforme os preceitos constitucionais e defender o estado de direito trouxeram um desencantamento dos cidadãos pela política de forma geral (MIGUEL, BÓGEA, 2020). A participação nas decisões é esvaziada por uma desesperança em relação às possibilidades de transformações advindas da atuação daqueles representantes alçados à tal função através do processo eleitoral.

A desigualdade e violações de direitos mais básicos, materializados em diferentes problemas, tais como insuficiência de recursos para oferta de serviços como de saúde e educação), omissão na regulamentação de direitos para seu efetivo exercício, e pela criação deliberada de obstáculos para o desenvolvimento de iniciativas de promoção da igualdade e, portanto, para a garantia dos direitos humanos, objetivo máximo da Carta Magna, se tornaram cada vez mais comuns.

Com o crescimento do conservadorismo, algumas áreas se tornaram alvos centrais, tais como políticas e ações de promoção da igualdade de gênero (VIEIRA, EFREM FILHO, 2020). Isto ocorreu sobretudo em função da ameaça representada pelas conquistas obtida pelas mulheres e grupos LGBTQIA+ nas últimas décadas para a manutenção do *status quo*, que sobrevive às custas da reprodução de valores de raízes religiosas e morais responsáveis por tolher a liberdade de tais grupos, vulneráveis em um sistema caracterizado pela essência patriarcal e excludente (MISKOLCI, CAMPANA, 2017).

Nesse sentido, testemunhou-se não apenas o impedimento de novas conquistas para a proteção de seus direitos, mas, de forma ainda mais preocupante, o desmantelamento de direitos já resguardados, inclusive constitucionalmente.

Assim, diferentes atores sociais se voltaram ao poder judiciário como último recurso para se proteger de tais ataques, e é nesse contexto que a atuação do Supremo Tribunal Federal se tornou central para se não solucionar, ao menos impedir o retrocesso (FERNANDES, ZARDO, 2020).

O instrumento utilizado para tanto tem sido o controle de constitucionalidade, sobretudo quando se trata do controle concentrado, modalidade em que não se analisa o caso concreto, o que significa dizer que a lei ou ato nor-

mativo impugnado é analisado em abstrato, ou seja, analisa-se a compatibilidade da norma em face da Constituição Federal. Se a lei ou ato normativo for considerado inconstitucional, será retirado do ordenamento jurídico pela sentença. Caso tenha a constitucionalidade confirmada, nenhum juiz poderá deixar de aplicá-la.

Após um levantamento preliminar, verificou-se que a temática de gênero tem sido com cada vez mais frequência objeto de tais ações, ora discutida em um contexto que se denuncia a omissão do Estado em regulamentar/desenvolver ações que se inserem na agenda de gênero, ora em virtude da atuação estatal considerada em desacordo com a Constituição Federal, ou em outras palavras, inconstitucional.

Em virtude a existência de um grande número de ações ajuizadas nos últimos anos relacionadas à agenda de gênero, a proposta da presente pesquisa foi analisar uma ação de cada modalidade prevista para o controle de constitucionalidade abstrato ou concentrado, quais sejam: Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Ação de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO); e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Desta forma, será possível obter um panorama sobre a forma com que tais ações tem sido instrumentalizadas neste contexto, os atores envolvidos e os possíveis impactos de tais ocorrências.

Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.617

Prevista pelo art. 102, I, “a”, CF/1988 e regulamentada pela Lei nº9.868/1999, a Ação Direta de Inconstitucionalidade tem como objetivo a declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado, a fim de expurgar do sistema a norma viciada, buscando sua invalidação.

Para isso, o(s) ato(s) devem ser mostrar incompatíveis com o paradigma de confronto. O STF é competente para julgar ação direta de inconstitucionalidade que tenha por objeto lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição Federal. São legitimados para ajuizar ADI: (i) o Presidente da República; (ii) a Mesa do Senado Federal; (iii) a Mesa da Câmara dos Deputados; (iv) a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (v) o Governador de Estado ou do Distrito Federal*; (vi) o Procurador-Geral da República; (vii) o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; (viii) partido político com representação no Congresso Nacional; (ix) confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A decisão do tribunal produzirá efeitos *erga omnes*, e terá efeito vinculante.

A ação escolhida para ser analisada nesta modalidade foi ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5617, ajuizada em 2016 pela Procuradoria Geral da República (PGR). Neste processo, atuaram como Amicus Curie – Academia Brasileira de Direito Eleitoral e Político (ABRADEP) Cidadania,

Estudo, Pesquisa, Informação e Ação (CÉPIA).

O objetivo da ação foi a impugnação do art. 9º da Lei 13.165/2015, norma que alterou as Leis nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, com o objetivo de reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina.

Tal regulamentação buscou sanar a ausência de mulheres na política, já que, apesar das inúmeras conquistas femininas ao longo das últimas décadas, sua participação ainda é extremamente pequena. Apenas a título de exemplo, a porcentagem de mulheres no Congresso Nacional não chega a 10% do total (RODRIGUES, 2017).

Os obstáculos para a participação feminina têm naturezas diversas, e incluem, sem dúvida, a desigualdade estrutural oriunda das hierárquicas estruturas de gênero que separam o ambiente público do privado, relegando às mulheres este último. Estudos sugerem, porém, que as dificuldades advindas da cultura patriarcal e excludente não seriam sequer o principal motivo para a baixa participação feminina, mas sim obstáculos encontrados a nível institucional, tal como o recrutamento e seleção por parte dos partidos políticos e o reduzido financiamento para as candidaturas de mulheres, por exemplo (RODRIGUES, 2017).

Nesse sentido, a solução encontrada, qual seja, a aprovação de legislações que estabelecem e regulamentam a implementação de cotas de gênero se revela, apesar de sua natureza coercitiva, uma alternativa para lentamente promover uma mudança na lacuna em relação à participação feminina.

No Brasil, a existência de cotas não é novidade. Desde 1997 existe a regulação do tema, com a previsão de reserva de 30% das candidaturas para as mulheres. Apesar da regra, verificou-se que esta não resultou em um crescimento significativo no número de mulheres na política, principalmente pela não adesão dos partidos à regra, motivo pelo qual em 2009 houve uma alteração na legislação para que a porcentagem incidisse não no registro de candidaturas, mas sobre o total de vagas.

Porém, como bem ressaltado pela Procuradoria na petição inicial da ação em análise, a “[...] opção legislativa de materialização do princípio da igualdade, só será efetiva se acompanhada de proporcional destinação de recursos financeiros, por tempo razoável, já que mudanças sociais profundas não ocorrem em prazo curto” (Procuradoria Geral da República, ADI nº 5.617, p. 14).

Essa realidade passou a se transformar em 2015, quando a Lei 13.165, finalmente trouxe a obrigatoriedade de reserva do fundo partidário para o financiamento de campanhas de mulheres. Apesar de consistir em uma mudança importantíssima e necessária, o dispositivo aprovado acabava por, indiretamente, favorecer a manutenção da desigualdade de gênero.

O dispositivo impugnado pela ADI 5617 previa que nas três eleições que seguissem à publicação da norma, os partidos deveriam reservar o míni-

mo de 5% e máximo de 15% do montante do fundo partidário destinado ao financiamento de campanhas de candidatas, acarretando em uma diferença injustificável entre o percentual mínimo da reserva de vagas (30%) e o valor máximo de fundos que deveriam ser reservados para a candidatura de mulheres.

Assim, a definição de um valor máximo de 15% às mulheres significaria, obviamente, que os demais 85% do montante seria destinados aos homens, regra que, em última instância, permitia a manutenção do desequilíbrio entre as candidaturas entre os sexos.

Ademais, a lei aprovada definia que a reserva do fundo partidário deveria ocorrer nas três eleições que ocorressem após a reserva de vagas (art. 9). Impossível encontrar qualquer lógica para inserção desse limite, considerando que desde a aprovação da primeira lei que tratou da temática das cotas, muitos anos antes da aprovação da lei de 2015, não houve qualquer mudança substantiva na participação de mulheres nas eleições, ou seja, mudanças sociais, sobretudo quando esbarram em normas culturais e estigmas presentes na sociedade, tais como a presença de mulheres no espaço público, não ocorrem rapidamente, e a estipulação de um curto prazo para uma ação afirmativa dessa natureza acaba por criar obstáculos à mudança efetiva para a qual tal dispositivo foi pensado.

Nesse contexto, o objetivo principal da ação foi dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas ao mínimo de recursos do Fundo Partidário e fixar que, na hipótese de haver percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhes fosse alocado na mesma proporção. Além disso, a ação buscou a declaração de inconstitucionalidade da expressão “Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei” presente na norma objeto da ação.

Objecções foram levantadas pela Presidência da República e pelo Congresso Nacional, norteadas pelo argumento de que a procedência da ação configuraria uma violação à separação de Poderes, de modo que o Corte atuaria como “legislador positivo”, considerando que a procedência significaria promover regra de financiamento não prevista pela norma legal.

O Tribunal, por maioria, deu procedência à ação, dando interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei 13.165/2015 de modo a (a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãos), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais.

De acordo com o Ministro Fachin, ao formular seu voto,

Os obstáculos para a efetiva participação política das mulheres são ainda mais graves, caso se tenha em conta que é por meio da partici-

pação política que as próprias medidas de desequilíbrio são definidas. Qualquer razão que seja utilizada para impedir que as mulheres participem da elaboração de leis inviabiliza o principal instrumento pelo qual se reduzem as desigualdades. Em razão dessas barreiras à plena inclusão política das mulheres, são, portanto, constitucionalmente legítimas as cotas fixadas em lei a fim de promover a participação política das mulheres [...] (Fachin, ADI 5617, p. 17)

Para o Ministro Dias Toffoli, a decisão não se tratava de um ativismo judicial, ou uma tentativa de estabelecer uma norma, papel do Congresso Nacional, mas sim de “dar um *enforcement* à igualdade de gênero”. Alinhando-se à esta interpretação, o Ministro Luiz Fux (ADPF 5617, p. 07) defendeu, por sua vez, que [...] as decisões do controle de constitucionalidade não atingem o Legislativo, só o Judiciário e a Administração, porque eles têm essa capacidade de, acrescentando ônus argumentativo, modificar o quadro normativo.

O fato de ser necessário a existência de uma sentença judicial para reconhecer a flagrante desigualdade na redação de um dispositivo que apenas existe para a superação do desequilíbrio nas oportunidades e tratamento dado à homens e mulheres em suas candidaturas, revela o nível das falhas no sistema político, e nos leva a concluir que não há real compromisso com uma mudança estrutural das desigualdades de gênero na atuação do estado.

Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 19

A Ação Declaratória de Constitucionalidade está prevista no art. 102, I, “a”, CF/1988, e é Regulamentada pela Lei nº 9.868/1999. Seu objetivo é declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal que, apesar de a princípio presumir-se constitucional, cabe prova em contrário, já que tal presunção é apenas relativa.

O objetivo da ADC, então, transformar a presunção relativa em absoluta, ou seja, se julgada procedente, a decisão vinculará os demais órgãos da Administração Pública a agirem em conformidade com a norma objeto da ação. São legitimados para a ADC são os mesmos da ADI, e os efeitos da ADC são a eficácia erga omnes, efeito ex tunc (retroage) e vinculante em relação ao judiciário e demais órgãos da administração pública.

No que se refere especificamente à ação em análise, a ADC 19 foi ajuizada em 2007 pela Presidência da República, e teve como interessados o Conselho Federal da OAB, THEMIS - Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero; IPÊ - Instituto para a promoção da equidade; Instituto Antígona e Instituto Brasileiro de direito de família (BRASIL, 2012).

O Objetivo da ação foi sanar a controvérsia acerca da suposta inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha em relação aos artigos 1º, 33 e 41 da Lei que, de acordo com reiteradas decisões judiciais país afora, afrontariam princípio da igualdade (5º, I, CF/88); a competência atribuída aos estados para fixar organização judiciária local (art. 125, parágrafo 1º, II, “d” e a Competên-

cia dos juizados especiais (art. 98, I, CF/1988).

Ou seja, mesmo após um processo de elaboração e aprovação marcado pela intensa participação da sociedade civil e movimentos sociais reforçando a indiscutível legitimidade da norma como real produto de processo democrático, a Lei Maria da Penha, logo após seu nascimento, enfrentou significativos obstáculos, com diversas ocorrências de recusa em sua aplicação por sua suposta inconstitucionalidade, sobretudo por tratar-se de uma ação afirmativa pensada para a proteção de um grupo vulnerável, as mulheres.

Na sentença, o Tribunal declarou por unanimidade a constitucionalidade dos artigos objetos da ação declaratória, utilizando entre os argumentos para a fundamentação, além do próprio precedente da corte, o alinhamento da lei com a obrigação assumida pelo Estado Brasileiro pela Convenção Belém do Pará e o entendimento de que não se revela desproporcional o uso do sexo como critério de diferenciação, já que “A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado (Ministro Marco Aurélio). Na fundamentação de seu voto, a Ministra Rosa Weber (ADC 19, p. 03) aduziu que a Lei

[...]traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.

A ministra afirmou ainda que

[...]o amplo reconhecimento do fato de que, uma vez marcadas, em uma sociedade machista e patriarcal como a nossa, as relações de gênero, pelo desequilíbrio de poder, a concretização do princípio isonômico (art. 5º, I, da Lei Maior), nessa esfera – relações de gênero – reclama a adoção de ações e instrumentos afirmativos voltados, exatamente, à neutralização da situação de desequilíbrio (Rosa Weber, ADC 19, p. 05)

Nesse sentido, a atuação do Tribunal se revelou imprescindível para garantir a aplicação de um legítimo instrumento legal injustificavelmente afastado por juízes nas demais instâncias do poder judiciário.

Aqui, diferentemente das demais ações analisadas, o agente que impedia o exercício dos direitos que a lei buscava garantir, foi o próprio poder judiciário, supostamente aquele que deveria fazer valer nossas prerrogativas. Isto nos leva a concluir que depositar todas nossas esperanças em um único caminho, um único poder, (neste caso, o poder judicial), é um risco que nos coloca em situação de vulnerabilidade na proteção de nossos direitos.

Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347

A ADPF está presente no art. 102, §1º, CF/1988 e regulamentada pela Lei nº 9.882/1999, a ADPF tem como objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental¹.

Consiste em um Ação Subsidiária do Controle Concentrado, ou seja, poderá ser ajuizada quando não couber as demais ações. Tem por objeto leis municipais, leis anteriores à CF/1988, leis revogadas e leis temporárias já expiradas. Julgada a ação, fixa-se condições e o modo de interpretação e aplicação do preceito fundamental. A decisão tem eficácia erga omnes e efeito vinculante relativamente ao judiciária e demais órgãos do poder público, além de efeitos retroativos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental transformou-se em um dos principais instrumentos para a garantia de direitos relacionados à igualdade de gênero, uma vez que as decisões advindas de tais ações tiveram impactos substanciais na sociedade, tais como a ADPF 54, que tratou da interrupção da gravidez em casos de fetos anencéfalos, (conquista inestimável à defesa dos direitos reprodutivos), ou mesmo as mais recentes decisões acerca da inconstitucionalidade de normas aprovadas em diversos estados e municípios objetivando vetar a temática de gênero dos currículos e atividades escolares, alinhando-se ao princípio da igualdade e aos direitos humanos em um contexto sociopolítico de instabilidade no que se refere à proteção de tais direitos (FERNANDES, 2020).

Para a presente pesquisa, a ação escolhida para análise dentro da modalidade de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental foi a ADPF nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL).

Apesar de não constituir uma ação ajuizada pensando apenas e especificamente na defesa de direitos relacionados à agenda de gênero, os impactos advindos de sua decisão reverberaram de forma significativa na vida das mulheres, principais afetadas pelas estruturas de gênero.

O objetivo principal da ação foi o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional² do sistema penitenciário brasileiro, buscando sanar as sistemáticas violações de direitos fundamentais e reiterada inércia estatal (BRASIL, 2015). Os requerentes trouxeram, como fundamentação, a situação precária do sistema penitenciário, arrolando todas as inúmeras violações ocorridas dia após dia, tais como a superlotação das celas, ausência de condições mínimas de higiene, violência entre inúmeras outras que afrontam o princípio

1 De acordo com a doutrina e jurisprudência, incluem princípios fundamentais da república - arts. 1º a 4º da CF/88); direitos e garantias fundamentais (arts. 5º a 17º da CF/88); cláusulas pétreas -art.60, §4º, entre outros (NUNES JÚNIOR, 2019).

2 Estado de coisas inconstitucional se refere à uma técnica decisória não expressamente prevista no arcabouço jurídico que possibilita à corte constitucional impor a Estado a adoção de medidas para a superação de violações massivas de direitos humanos e supervisionar sua implementação (Psol, ADPF 347).

da dignidade da pessoa humana.

A decisão, de natureza inédita no Brasil, determinou a realização de medidas estruturais a serem manejadas e monitoradas pela corte, com o auxílio dos demais poderes, órgãos e pessoas afetadas, reconhecendo a necessidade de uma transformação no sistema carcerário.

De acordo com o Ministro Marco Aurélio quando da fundamentação de seu voto,

“A ausência de medidas legislativas, administrativas e orçamentárias eficazes representa falha estrutural a gerar tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e o agravamento da situação. A inércia, como dito, não é de uma única autoridade pública – do Legislativo ou do Executivo de uma particular unidade federativa –, e sim do funcionamento deficiente do Estado como um todo. Os poderes, órgãos e entidades federais e estaduais, em conjunto, vêm se mantendo incapazes e manifestando verdadeira falta de vontade em buscar superar ou reduzir o quadro objetivo de inconstitucionalidade. Faltam sensibilidade legislativa e motivação política do Executivo (Marco Aurélio, ADPF 347, p. 09)

Para o Ministro, a gravidade das violações de direitos fundamentais, que atingiam a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial justificaria uma “atuação mais assertiva” da corte, considerando que apenas o Supremo Tribunal Federal seria capaz, [...] ante a situação descrita, de superar os bloqueios políticos e institucionais que vêm impedindo o avanço de soluções, o que significa cumprir ao Tribunal o papel de retirar os demais Poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados”

O julgamento da ADPF 347 preparou terreno e forneceu subsídios para a fundamentação e procedência do julgamento do Habeas Corpus 143.641, impetrado em 2017 pela Defensoria Pública da União em favor de todas as mulheres presas preventivamente, fossem gestantes, puérperas ou de mães de crianças sob sua responsabilidade, bem como em nome das próprias crianças, tendo em vista as inúmeras violações de direitos enfrentadas pelas mulheres presas, tais como a precariedade dos estabelecimentos prisionais, a ausência de programas de saúde pré-natal e assistência na gestação e no pós parto, bem como a privação das crianças de condições adequadas ao seu desenvolvimento.

A situação do encarceramento de mulheres no Brasil deixa claro as implicações de gênero do processo penal em relação às mulheres. Apenas 11% delas recebe pena mínima por tráfico de drogas, enquanto 42% dos homens são beneficiados nas mesmas circunstâncias. Mulheres também têm mais chance de ser enquadradas pelo crime de tráfico do que como usuárias (DIAS, MENEGUETI, 2020). Tais fatos escancaram a omissão do estado em garantir condições mínimas às presas e, conseqüentemente criar dificuldades ainda

maiores à possibilidade de ressocialização e reintegração destas à sociedade.

Felizmente, o STF, apesar de não haver previsão constitucional expressa para uma habeas corpus coletivo, admitiu seu cabimento, determinando a substituição da prisão preventiva por prisão domiciliar de mulheres presas por crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, em todo o território nacional, que fossem gestantes, mãe de crianças de até doze anos, ou responsáveis por pessoas com deficiência, beneficiando centenas de mulheres Brasil à fora.

A decisão gerou diversas controvérsias no cenário jurídico brasileiro (WERMUTH, NIELSSON, 2019). Contudo, o alargamento da atuação do Tribunal, sobretudo após o então recente julgamento da ADPF 347 que determinou a decretação do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário, permitiu a inédita decisão.

Obviamente, a simples decisão do tribunal não significa que automaticamente o direito das mulheres serão automaticamente resguardados e toda a situação precária do sistema prisional transformada, e já se pode vislumbrar alguns deles como a resistência na aplicação da decisão (DIAS, MENEGUETTI, 2020). Ainda assim, a decisão foi muito importante e benéfica para muitas mulheres e crianças.

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26

A ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão é um instrumento que está previsto pelo Art. 103, § 2º, CF/1988 e regulamentado pela Lei nº 12.063/2009. Tem a função de combater a inefetividade decorrente de omissão, que pode ser total, quando não houver o cumprimento do poder de normatizar, ou parcial, quando a normatização infraconstitucional é insuficiente para assegurar o exercício e/ou proteção de direitos. Esta omissão pode advir de qualquer um dos poderes. Legitimados - os mesmos da ADI Declarada a inconstitucionalidade por omissão, será dada ciência ao poder competente para adoção das providências necessárias, sob pena de responsabilidade.

Para o presente trabalho analisaremos a ADO nº 26, ajuizada em 2013 pelo Partido Popular Socialista e julgada pelo tribunal em 2019³, que tinha como objetivo reconhecer o enquadramento da homofobia e a transfobia no conceito ontológico-constitucional de racismo, bem como a declaração da mora do Congresso Nacional na criminalização específica da homofobia e da transfobia (...), buscando a aprovação de legislação criminal que puna a violência física, os discursos de ódio, os homicídios, a conduta de ‘praticar,

3 A ação teve a participação dos seguintes atores como *Amicus Curiae*: Grupo Gay da Bahia; Associação de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestir e Transexuais – ABGLT; Grupo de Advogados pela Diversidade Sexual – GADVS; Associação Nacional de Juristas Evangélicos (ANAJURE); Frente Parlamentar Mista da Família e Apoio à vida; Grupo Dignidade pela Cidadania de Gays Lésbicas e Transgêneros; Convenção Brasileira das Igrejas Evangélicas Irmãos Menonitas (COBIM); Partido Socialista dos Trabalhadores Unificado (PSTU); Conselho Federal de Psicologia; Associação Nacional de Travestis e Transexuais (ANTRA); Defensoria Pública do Distrito Federal.

induzir e/ou incitar o preconceito e/ou a discriminação' por conta da orientação sexual ou da identidade de gênero, real ou suposta, da pessoa (BRASIL, 2019).

Tendo em visto a complexidade do tema e a inovação que representaria a procedência de tal ação, o julgamento foi caracterizado por intensos debates. Um dos argumentos apresentados pelos ministros se refere à compreensão do conceito de racismo para além do caráter biológico, mas em sua dimensão social, senão vejamos:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito [...] (Celso de Mello, ADO 26, p. 12)

Por unanimidade de votos, o tribunal conheceu parcialmente a ação, reconhecendo o estado de mora inconstitucional na implementação da prestação legislativa, declarando a existência de omissão normativa e enquadrando a homofobia, até que sobrevenha legislação autônoma, nas espécies do gênero racismo. De acordo com o Ministro Luis Fux,

[...] o grau de impasse ou de inércia dos atores políticos, os impactos e os incentivos gerados pela decisão proferida, a mobilização social presente, a via judicial escolhida, a seara do direito inserida, a concordância prática com outras normas constitucionais -, a Corte deve atuar de forma mais ou menos expansiva. Diante de tais balizas, deve-se notar que a presente demanda conclama o Poder Judiciário, dentro de sua legitimidade contramajoritária, a se revelar o foro adequado para atingir o objetivo de “obter a criminalização específica de todas as formas de homofobia e transfobia” (Luis Fux, ADO 26, p.11-12)

O Tribunal, como é possível verificar, reforça em cada voto dos Ministros a legitimidade de sua atuação, cada vez mais alargada e por vezes ultrapassando suas competências. Ainda assim, em que pese a existência de questionamentos no que se refere à solução encontrada para a criminalização da homofobia, qual seja, o seu enquadramento como racismo, o fato é que agora este grupo vulnerável possui um respaldo legal antes inexistente por uma evidente omissão do poder legislativo.

Reflexões a partir dos dados encontrados

Apesar de não haver espaço para nessa oportunidade discutir de forma aprofundada cada uma das ações aqui discutidas, bem como todos os aspectos e reflexões que poderiam ser levantados, espera-se que tenha sido possível compreender o contexto que levou à atuação do tribunal e a importância e impacto de cada uma das decisões na sociedade brasileira.

A partir dos processos analisados, conclui-se que, de fato, o STF se tornou peça-chave para garantir o exercício e proteção dos direitos das mulheres e grupos LGBTQIA+ no Brasil, sobretudo após o crescimento do conservadorismo nos últimos anos. Partidos Políticos, Organizações Não Governamentais, e entre outros atores têm se voltado ao Poder Judiciário como último recurso para defender os direitos da população, em um contexto político onde a violação de tais garantias se tornou a regra.

Nesse sentido, não é exagero dizer que o Supremo Tribunal tem, a curto prazo sido o baluarte que impede o desmantelamento completo de direitos mais fundamentais obtidos através de árduas lutas sociais.

É preciso ter cautela, no entanto.

A judicialização da política, denominação que traduz o fenômeno da atuação do judiciário em questões sociais que deveriam originalmente ser solucionada no âmbito dos outros poderes, tem diversas consequências, algumas das quais podem ser consideradas positivas, como a defesa dos direitos fundamentais, a promoção da transparência e da responsabilidade na gestão pública, e o acesso à Justiça de grupos tradicionalmente marginalizados. Outras consequências, no entanto, podem ser consideradas negativas, como o aumento da insegurança jurídica, a interferência do Judiciário em questões que deveriam ser tratadas exclusivamente pelo Poder Legislativo ou pelo Poder Executivo, e o risco de o Judiciário se sobrepor aos outros poderes da República.

Depender da representação de um tribunal significa apoiar-se em um processo em que não há espaço para a participação dos cidadãos, já que, ainda que as partes/interessados possam se manifestar, a decisão final é a do tribunal, ou seja, depende-se da sensibilidade subjetiva e boa vontade dos juizes, em um processo que se desenrola sem a existência de mecanismos de controle e ou fiscalização.

Um dos aspectos a serem considerados, também, se refere ao perfil da corte que decide sobre nossas vidas e políticas de gênero e sexualidade. Assim como nas demais esferas do poder estatal, a suprema corte é, em sua maioria, branca, masculina e de uma elite de classe social. Ironicamente, a fundamentação que deu origem à decisão de constitucionalidade de cotas, por exemplo, poderia ser aplicada ao próprio tribunal. Assim como os movimentos pela representatividade feminina e negra no âmbito do poder executivo e legislativo, a ausência da mesma representatividade nos faz refletir sobre responsabilidade colocada sob aqueles decidiram importantes aspectos da nossa vida em

sociedade, ainda que as recentes decisões tenham sido positivas para a agenda de minorias.

Além disso, diferentemente da permanente dialética entre grupos com interesses opostos característica da representação intermediada por processos eleitorais, na lógica de um processo judicial há vencedores e vencidos, e estes últimos experimentam se não a impossibilidade, ao menos uma enorme dificuldade em discutir em outra oportunidade suas demandas, considerando a natureza definitiva da resolução dos conflitos pela via judicial.

Não se defende, aqui, que o Supremo Tribunal Federal não deva agir de forma a abster violações e omissões, afinal, esta é uma de suas principais funções.

No entanto, é necessário refletir acerca dos motivos pelos quais a corte tem se tornado canal ordinário quando deveria ser excepcional de promoção de direitos, e o que isso representa no que tange ao funcionamento dos outros poderes. Não seria a atuação do tribunal apenas um remédio paliativo para problemas estruturais que atingem nossa democracia? A longo prazo, será isso benéfico para os cidadãos, antes ativos no processo decisório e agora inertes enquanto aguardam decisões daquele que, como foi possível verificar apenas com alguns dos trechos das decisões reproduzidas neste trabalho, legitimam sua atuação colocando-se como representante dos interesses sociais?

Obviamente, o funcionamento dos demais poderes não tem ocorrido de forma adequada. As falhas nos sistemas são tantas e ocorrem em um nível tão profundo que os próprios representados não acreditam naqueles que escolhem para representa-los, apesar desse processo ocorrer por vias democráticas e garantir a participação da população, ainda que mínimo. Se não fossem tais falhas, não haveria espaço para tal fortalecimento do Supremo Tribunal Federal.

Entretanto, a criação, elaboração e implementação de políticas públicas deveria fazer parte de um processo político que pressupõe a participação social de diversos grupos vulneráveis, tais como mulheres, negros e LGBT-QIAP+ com debates, diálogos e soluções pensadas em conjunto com a população, para, em seguida, fazer parte de um arcabouço normativo de cunho formal como prevê o funcionamento do Estado brasileiro, de forma a garantir que o interesse do povo esteja sendo satisfeito e seus direitos protegidos.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 19 ajuizada pelo Presidente da República. Relator: Min. Celso de Mello, 09 de fevereiro de 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Medida Cautelar na Arguição de descumprimento de preceito fundamental 347 ajuizada por Partido Socialismo e Liberdade. Relator: Min. Marco Aurélio, 09 de setembro de 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.321-1/2007.

dade nº 5617 ajuizada pela Procuradoria Geral da República. Relator: Min. Edson Fachin, 15 de março de 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Plenário). Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão Nº 26 ajuizada por Partido Popular Socialista. Relator: Min. Celso de Mello, 13 de junho de 2019.

DIAS, Camila Caldeira Nunes Dias. MENEGUETI, Vanessa. A (não) aplicação da prisão domiciliar a mulheres presas mães ou gestantes: reflexões sobre as relações entre punição e gênero. Trabalho apresentado no 44º Encontro Anual da ANPOCS, 2020. Disponível em: <https://anpocs.com/index.php/encontros/papers/44-encontro-anual-da-anpocs/gt-32/gt47>

FERNANDES, Isabela Vince Esgalha; ZARDO, Sinara Pollom. Educação em gênero sob ataque: análise de legislações educacionais de municípios do Paraná objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Simpósio Gênero e Políticas Públicas, v. 6, p. 1916-1935, 2020.

MIGUEL, Luis Felipe; BOGÉA, Daniel. O juiz constitucional me representa? O Supremo Tribunal Federal e a representação argumentativa. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 35, 2020.

MISKOLCI, Richard; CAMPANA, Maximiliano. “Ideologia de gênero”: notas para a genealogia de um pânico moral contemporâneo. *Sociedade e Estado*, v. 32, n. 3, p. 725-748, 2017.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. Curso de direito constitucional / Flávio Martins Alves Nunes Júnior. – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

VIEIRA, Adriana Dias; EFREM FILHO, Roberto. O rei está nu: gênero e sexualidade nas práticas e decisões no STF. *Revista Direito e Práxis*, v. 11, p. 1084-1136, 2020.

WERMUTH, M. A. D.; NIELSSON, J. G. O Habeas Corpus 143.641/SP e a tutela coletiva do status libertatis: condição de possibilidade para a humanização do cárcere feminino no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 152, n. 2019, p. 89-115, 2019.

TELECONSULTA: A INCLUSÃO DA MULHER PRIVADA DE LIBERDADE NA ERA DIGITAL

Fernando Moreira de Andrade

Doutorando da Faculdade de Saúde Pública de São Paulo/USP, Mestre pela Universidade Federal de São Paulo, Médico Assistencial do Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário

Soraya Gomes de Amorim Andrade

Doutoranda da Faculdade de Saúde Pública de São Paulo/USP, Mestre pela Universidade Federal de São Paulo, Médica Assistencial do Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário

Resumo:

No Estado de São Paulo estão aproximadamente 8,8 mil detentas. A grande vulnerabilidade da mulher privada de liberdade em relação à sua saúde é evidente. Ademais, a dificuldade e custos de remoção das reeducandas para unidades de saúde, tornam o acesso das mesmas ainda mais difícil. O objetivo do trabalho foi incluir essa população na era digital, através de 86 teleconsultas realizadas no período de março de 2021 a agosto de 2022, a partir do Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário de São Paulo. Durante esses atendimentos de retornos remotos, após a devida verificação dos sinais vitais, feitas por agentes da saúde das unidades de origem, eram discutidos os resultados dos exames, as etiopatogenias das afecções e prescritos os tratamentos. Durante esse período não houve caso que o médico indicasse a remoção da paciente, para unidade externa de emergência em função de sinais vitais alterados. As teleconsultas duravam em média 11 minutos e recursos visuais educativos, selecionados pelos médicos, eram compartilhados em tela, quando necessários. Concluímos que, as teleconsultas não só incluem as reeducandas na era digital, como reduzem o grande número de remoções diárias, muitas vezes, para ter orientações e tratamento de baixa complexidade, podendo ter características da multidisciplinaridade. Ademais, podem suprir a falta de profissionais da saúde que poderão, mesmo de locais longínquos, resolver casos para que a detenta, após a liberdade, seja reinserida de forma saudável à sociedade e levando à médio e longo prazo, a economia ao Sistema Único de Saúde.

Palavras-chave: Teleconsulta; Detentas; Saúde; Inclusão; Direito

Introdução

Em novembro de 2022 a população mundial atingiu a marca de 8 bilhões de habitantes e o Brasil ocupa o sétimo lugar entre os países mais populosos do mundo com 215 milhões habitantes, dos quais 51,1% são mulheres. O Estado de São Paulo congrega aproximadamente 22% dessa população, ou seja, abrange em torno de 47 milhões de habitantes e, as mulheres, também já se mostram a maioria, com 51,2% segundo o IBGE.

Por outro lado, a população prisional mundial até o final de 2021 era de aproximadamente 11,5 milhões de detentos e a parcela brasileira, em junho de 2022, incluía 837.433, sendo 28.699 (3,4%) constituída por mulheres, o que lhe conferia a 3ª posição no mundo, só perdendo para os EUA e a China, respectivamente, primeiro e segundo lugares, segundo o escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes.

Continuamente tem havido um esforço internacional com o intuito de se promover reformas no sistema prisional visando custódia segura e humanizada para todos os detentos, segundo avaliação de Fair H.

No final de junho de 2022, a população carcerária do Estado de São Paulo era de 197.441 (23,6%), sendo que o contingente feminino atingia 8.828 mulheres, correspondente a 4,5% dos presos do Estado e, aproximadamente a 31% de todas as mulheres reclusas no Brasil, segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública do Brasil, na figura do Departamento Penitenciário Nacional.

Segundo a Secretaria de Atenção Penitenciária (SAP) do Estado de São Paulo, as mulheres privadas de liberdade em São Paulo aguardam seus julgamentos nos Centros de Detenção Provisória (CDP), ou cumprem sentença nas Penitenciárias Femininas (PF), nos Centros de Progressão Penitenciária (CPP), nos Centros de Ressocialização (CR) ou, raramente, na unidade de Regime Disciplinar Diferenciado (RDD); podem ainda ficar internadas no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário (CHSP), sendo esse último o local onde o presente estudo está sendo realizado.

As penitenciárias femininas do Estado de São Paulo localizam-se em Campinas, Guariba, Mogi-Guaçu, Pirajuí, Ribeirão Preto, Penitenciária Feminina da Capital (PFC), Penitenciária Feminina de Santana (PFS) - ambas na Capital Paulista -, além de Tupi Paulista, Votorantim e Tremembé I e II.

Como Centro de Detenção Provisória, o governo dispõe de Franco da Rocha e, como Centro de Progressão Penitenciária, disponibiliza o de São Miguel Paulista e o do Butantan.

Durante o confinamento para cumprirem suas penas, as mulheres ficam com difícil assistência, o que dificulta a efetivação de políticas públicas específicas de forma integral e efetiva, segundo esta mesma secretaria.

O governo federal desenvolveu um projeto que pudesse contemplar todas as pessoas privadas de liberdade para terem acesso universal e igualitário às ações e serviços, focados na promoção, proteção e recuperação da saúde.

Com esse propósito, o Ministério da Saúde lançou a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP), por meio de uma Portaria Interministerial (nº 1, de 2 de janeiro de 2014), com o intuito de ampliar as ações de saúde do Sistema Único de Saúde (SUS); nessa portaria propôs que cada unidade básica de saúde prisional passasse a ser visualizada e responsabilizada como ponto da Rede de Atenção à Saúde.

A PNAISP surgiu logo após as conclusões de uma avaliação de dez anos do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário (PNSSP), cujo modelo tinha se mostrado claudicante e não abrangia a totalidade das instituições prisionais. A implementação da PNAISP resultou em inúmeros benefícios direcionados para a garantia e defesa dos direitos humanos, em harmonia com a Constituição Brasileira, que já contemplava a obrigatoriedade do direito à saúde a todos.

Dessa forma, a PNAISP passou a coordenar e disciplinar os objetivos, as diretrizes e responsabilidades dos Ministérios da Saúde, Justiça e Segurança Pública, bem como dos Estados/Municípios e Distrito Federal, por meio de suas Secretarias de Saúde, Justiça ou congêneres.

Atualmente a PNAISP prevê que os serviços de saúde no sistema prisional passem a ser ponto da Rede de Atenção à Saúde (RAS), qualificando a “Atenção Primária” no âmbito prisional como porta de entrada do sistema e ordenadora das ações, com o objetivo de garantir o acesso e os cuidados integrais no SUS a todas as pessoas privadas de liberdade.

Muitas das pessoas privadas de liberdade, também chamadas de reeducandas fazem parte do sistema prisional semiaberto (Centro de Progressão Penitenciária), que se caracteriza pela liberação da detenta para trabalhar fora da prisão; assim, elas são autorizadas a sair todos os dias da prisão, pela manhã e, retornarem até doze horas após. Essa possibilidade não só traz benefícios ao empregador, que fica isento das obrigações trabalhistas, mas também às reeducandas, que recebem salário-mínimo e vale transporte. A legislação brasileira contempla, ainda, outro benefício, que é a remissão da pena por trabalho ao preso condenado que cumpre sua pena em regime semiaberto; assim, para cada três dias trabalhados, a reeducanda consegue reduzir sua pena em um dia, o que faz com que a maioria dos detentos se comprometa intensamente com o seu trabalho, evitando ao máximo faltar às suas atividades, para não perder a oportunidade de remissão de sua pena.

O número de mulheres no sistema carcerário vem aumentando de forma significativa; de fato, o número de detentas nas prisões paulistas é de 8.828, o que corresponde a 31% do total de todas as reeducandas brasileiras. Ademais, dados recentes mostram que a taxa de aprisionamento da população feminina no Brasil aumentou 512% em 22 anos (2000 a 2022) segundo dados do Ministério da Justiça - DEPEN.

Segundo Fernandes et al, o confinamento vivido pelas reeducandas e a consequente privação do contato com familiares promovem expectativas que

podem redundar em um contínuo processo de estresse físico e emocional, possível de acarretar maior risco de doenças físicas e mentais. Esse risco pode ainda ser potencializado por desequilíbrios alimentares e pelo sedentarismo a que estão expostas, o que condiciona a ocorrência de agravos específicos, como doenças cardiovasculares, metabólicas e oncológicas, dentre outros.

Deve ser ainda considerado que as reeducandas no Brasil fazem parte de uma população mais jovem com algumas peculiaridades, tais como prática sexual desprotegida e relacionamento com múltiplos parceiros, o que podem se associar à um maior risco de doenças sexualmente transmissíveis, como o HPV que, por sua vez se relaciona a um maior risco câncer de colo uterino segundo Nicolau et al. Mas, há ainda, outras peculiaridades nessa população no tocante ao impacto sobre o organismo, como o etilismo, uso de drogas ilícitas (de até 50%¹⁹), condições que podem comprometer ainda mais a saúde, especialmente órgãos como o cérebro, fígado, pâncreas, intestinos, bexiga e outros sítios. O confinamento pode também propiciar maior risco de afecções respiratórias, como a tuberculose, H1N1 e, atualmente a COVID-19, segundo Gois et al.

Assim, diante do número crescente de mulheres encarceradas e, frente a uma população de risco para o desenvolvimento de doenças, especialmente o câncer de colo uterino, torna-se necessário discutir e investigar as reais necessidades de saúde dessa população que se associam a inequívocas questões de Saúde Pública segundo a Política Nacional de Promoção da Saúde dentro do Ministério da Saúde.

Do exposto se depreende ainda que os cuidados com a saúde dessas reeducandas representam um grande desafio para o sistema de saúde, pois inúmeras são as dificuldades no tocante ao diagnóstico e tratamento precoces de vários agravos, particularmente os cânceres.

E, nesse sentido, a detecção precoce desses agravos é fundamental, pois escassas são as estratégias de controle de doenças crônicas dentro do sistema prisional, o que legitima essa intervenção de acordo com análise de Sparrow N.

Ademais, a prevenção e a detecção precoce desses agravos podem resultar em significativa redução de custos para o sistema de saúde, afinal o tratamento é muito mais oneroso. Mas, o Estado ainda tem se deparado com inúmeros motivos de entraves à implantação dessas medidas no sistema carcerário e entre eles o destaque é a falta de recursos humanos, corroborado por Ugaldo.

Poucos são os profissionais de saúde que se motivam para este mister, pois frequentemente relatam medo de trabalharem em ambiente considerado insalubre ou expressam insegurança pela falta de uma programação preventiva referente à saúde das reeducandas, ou até manifestam o preconceito de trabalhar com pessoas vistas como “criminosas”, de acordo com Batista e Barsaglini. Essas possibilidades podem justificar não só a carência de médicos, mas também a de psicólogos, enfermeiros e assistentes sociais interessados de

atuarem em presídios, segundo Oliveira.

De acordo com a resolução do CFM, número 2.314 de 20 de abril de 2022 onde define e regulamenta a telemedicina, como forma de serviços médicos mediados por tecnologias de comunicação, considera que a constante inovação e o desenvolvimento de novas tecnologias digitais de informação e comunicação que facilitam o intercâmbio de informação entre médicos e entre médicos e pacientes, que a medicina, ao ser exercida com a utilização dos meios tecnológicos e digitais seguros, deve visar o benefício e os melhores resultados ao paciente, que o médico deve avaliar se a teleconsulta é o método mais adequado às necessidades do paciente, naquela situação, que a consulta médica presencial permanece como padrão ouro, ou seja, referência no atendimento ao paciente, que as informações sobre o paciente identificado só podem ser transmitidas a outro profissional com prévia permissão do paciente, mediante seu consentimento livre e esclarecido e com protocolos de segurança capazes de garantir a confidencialidade e integridade das informações, entre outras considerações e define a telemedicina como o exercício da medicina mediado por Tecnologias Digitais, de Informação e de Comunicação (TDICs), para fins de assistência, educação, pesquisa, prevenção de doenças e lesões, gestão e promoção de saúde, além de que ao médico é assegurada a autonomia de decidir se utiliza ou recusa a telemedicina, indicando o atendimento presencial sempre que entender necessário e sua autonomia está limitada à beneficência e à não maleficência do paciente, em consonância com os preceitos éticos e legais.

Os serviços médicos a distância jamais poderão substituir o compromisso constitucional de garantir assistência presencial segundo os princípios do SUS de integralidade, equidade, universalidade a todos os pacientes.

“A lei deve ser uma e a mesma para todos; qualquer especialidade ou prerrogativa que não for fundada só e unicamente em uma razão muito valiosa do bem público será uma injustiça e poderá ser uma tirania”, segundo Pimenta Bueno

Segundo Marcial FM, a cadeia não comporta a totalização dos apenados, os agentes penitenciários não têm formação adequada e tampouco ética no cotidiano com o preso; muitas vezes desrespeitando Princípios básicos de Direitos Humanos e das Garantias Fundamentais como a preservação da saúde para um retorno à sociedade, de no mínimo, igual a de quando entrou no sistema penitenciário.

A isonomia se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. A presunção genérica e absoluta é a da igualdade, porque o texto da Constituição assim o rege.

Objetivo

1. Caracterizar as teleconsultas realizadas no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário.

2. Descrever as teleconsultas realizadas no setor da ginecologia assim como seus benefícios.

Métodos

As especialidades atendidas por teleconsultas no Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário são:

Ginecologia, Cardiologia, Infectologia, Clínica Médica, Urologia, Dermatologia, Cirurgia,

Tisiologia, Psiquiatria, Fonoaudiologia, Terapia ocupacional, Psicologia e Fisioterapia

As teleconsultas são realizadas no próprio ambulatório onde são feitas as consultas presenciais. São preenchidas as fichas de atendimento ambulatorial, evolução clínica e receita médica se necessário, tanto para as consultas presenciais como para as on line. Na teleconsulta a paciente assina consentimento para transmissão de dados pessoais junto à uma auxiliar da saúde no local de origem. Antes do início da teleconsulta são feitas aferições de vitalidade como pressão arterial, pulso, temperatura, saturação de oxigênio e frequência respiratória.

Foram coletados outros dados epidemiológicos como: idade, cor, grau de instrução, presença de afecções clínicas e conduta. Além desses, foram coletados dados administrativos como a taxa de absenteísmo e tempo de consulta, e da qualidade de transmissão da teleconsulta. A utilização ou não de material didático compartilhado em tela também foi um dado colhido na pesquisa

Resultados

Foram ofertadas 2.349 teleconsultas para todas as especialidades, no período de março de 2021 até agosto de 2022, com o agendamento de 891 teleconsultas no mesmo período, sendo uma taxa de aproveitamento de 37,9% do ofertado. Das 891 teleconsultas agendadas foram realizadas 739 com uma taxa de atendimentos de 82,9%. Houve uma evolução do ano de 2021 com uma taxa de 80,5% para 85,6% em 2022.

Na especialidade de ginecologia e obstetrícia foram ofertadas no mesmo período 157 consultas, agendadas 111 teleconsultas e 86 atendidas. Taxa de atendimento de 77,5%. Houve uma evolução do ano de 2021 com uma taxa de 72,5% para 80,3% em 2022.

Dentro da especialidade da ginecologia e obstetrícia tivemos, a mais, os seguintes resultados:

- Idade: Nas 86 teleconsultas realizadas tivemos uma idade média das pacientes de 36 anos, sendo a menor de 21 anos e a maior de 50 anos;
- Cor: Em relação a cor das pacientes tivemos a seguinte distribuição; 51% de pessoas pardas, 34% de brancas e 15% de pretas;
- Grau de instrução: Obtivemos 49% de pacientes com ensino funda-

mental completo, 31% com ensino fundamental incompleto, 16% com ensino médico completo, 2% de analfabetas e 1% com ensino superior completo;

- Afecções clínicas: 53% tinham vulvovaginites, 20% displasia do colo uterino, 9% nódulo de tireóide, 8% opinião médica de achados de outras especialidades e de exames, 5% patologias das mamas e 5% outras afecções

- Sinais vitais: A aferição dos sinais vitais foi adotada como protocolo a partir de novembro de 2021 e entraram no protocolo 71% das pacientes, sendo destas 92% com aferição dos sinais vitais dentro da normalidade, 5% não aferido no momento da teleconsulta e 3% de sinais alterados (pressão alta e hipertermia).

- Conduta: a alta ambulatorial foi a maioria com 56% dos atendimentos, retorno virtual em 26%, retorno presencial em 12% e avaliação de outra especialidade em 7%

- Tempo de teleconsulta: a média do tempo de atendimento (vídeo ligado) foi de 11 minutos, sendo o maior tempo de consulta 26 minutos e o menor 5 minutos. O tempo de teleconsulta não contempla o tempo que o médico gasta com o vídeo desligado para preencher todas as documentações necessárias para a teleconsulta.

- Material didático: O material didático compartilhado em tela foi necessário em 7% dos atendimentos. Não houve compartilhamento de tela em 93% das teleconsultas

- Vídeo: a infraestrutura para a teleconsulta no quesito vídeo foi eficaz em 94% dos atendimentos, em 4% se encontrava instável, mas não impedindo o teleatendimento e esteve ineficaz, impedindo a teleconsulta em 2% de todos os atendimentos.

- Som: a infraestrutura para a teleconsulta no quesito som foi eficaz em 96% dos atendimentos, em 4% se encontrava ineficaz, impedindo a teleconsulta.

- Absenteísmo: Das 111 consultas agendadas foram realizadas 86, gerando um absenteísmo de 23%, destes 64% por cancelamento na unidade de origem da paciente, 20% por cancelamento pelo CHSP (Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário) e 16% por emissão de alvará de soltura antes da teleconsulta.

Discussão

O Centro Hospitalar do Sistema Penitenciário (CHSP) que funciona desde 2009, somente com o Covid-19, adotou como nova ferramenta de atendimento, a teleconsulta. A realização deste trabalho nos mostrou o quanto é importante o investimento em novas tecnologias que vêm agregar a promoção da saúde.

As taxas de atendimentos vêm crescendo com o passar do tempo uma vez que os profissionais da saúde estão se habituando com essas novas tecnologias que já existiam, mas com o Covid-19 passaram a fazer parte cada vez

mais frequente do dia a dia dos médicos. Foi com a pandemia que os órgãos reguladores normatizaram os teleatendimentos culminando com a resolução de número de 2022.

O grande número de especialidades que fazem o teleatendimento mostra um engajamento crescente de todas as áreas dentro do CHSP, crescimento de 6,3 % de 2021 para 2022. Especificamente dentro da especialidade de ginecologia e obstetrícia neste mesmo período o crescimento foi de 10,8%.

No que se refere, a idade, cor e grau de instrução a amostra estudada segue o padrão dos atendimentos presenciais das diversas penitenciárias femininas que encaminham suas detentas para acompanhamento no CHSP.

Da amostra estudada, em relação às afecções dentro da especialidade de ginecologia e obstetrícia, 53% tinham vulvovaginites, 20% displasia de colo uterino e 5% patologias das mamas. Em função de muitas pacientes terem feito um check-up na primeira consulta, 9% tinham nódulos de tireóide e 5% outras afecções menos frequentes. Além disso 8% da amostra era para uma opinião médica, quer um parecer de resultado alterado de exame até a prescrição para tratamentos da especialidade.

A alta ambulatorial foi a conduta mais frequente, 56% possivelmente por se tratar de retornos de uma primeira consulta presencial onde o papanicolaou se encontra alterado. O retorno virtual com 26% dos casos, principalmente com a solicitação de mais exames como a colposcopia para os casos de displasias de colo uterino. Retorno presencial em 7% para casos crônicos mais graves e muitas vezes acompanhados de outras afecções como a soropositividade para o HIV. Muitos desses casos de infecções, dermatopatias eram encaminhados para os colegas especialistas, perfazendo 7% de encaminhamentos para outras especialidades.

O tempo médio de consulta por vídeo, ou seja, o tempo em que o vídeo entre profissional da saúde e reeducanda ficou ativo, foi de 11 minutos. O menor e maior tempo foram respectivamente, 5 e 26 minutos. Lembramos que esse tempo não contemplava o tempo do profissional da saúde em preencher todas as fichas e evoluções clínicas assim como, a prescrição de uma receita. Tempo esse que passou a ser computado após a realização do trabalho.

O material didático compartilhado em tela, normalmente figuras obtidas pela internet, ocorreu somente em 7% das teleconsultas. Há um contrassenso entre o baixo grau de instrução, 80% distribuídos entre ensino fundamental incompleto e completo, e a baixa procura pelo material didático. Podemos inferir essa baixa procura por duas possíveis razões, uma delas seria a vergonha de se expor a falta de conhecimento e a outra seria a baixa complexidade dos tratamentos propostos, como é o exemplo frequente, do uso do aplicador vaginal.

A infraestrutura para a teleconsulta na grande maioria das vezes se mostrou eficaz, sendo o vídeo em 94% e o som em 96% das vezes.

O absentéismo foi de 23%, ou seja, das 111 consultas agendadas foram realizadas 86. As causas desse absentéismo foi em 64% das vezes por cancela-

mento a partir da origem da unidade prisional em que se encontrava a reeducanda a ser atendida, por diversas causas diversas entre elas, falta de pessoal, ocorrências na unidade com deslocamento de pessoal, recusa da reeducanda etc. A partir do CHSP, o cancelamento ocorreu em 20% das vezes, predominantemente por problemas de infraestrutura. O alvará de soltura contribuiu com 16% desse absenteísmo.

Conclusão

A tecnologia na saúde vêm crescendo de modo exponencial e nesse sentido devemos com essa ferramenta tecnológica, controlar a constitucionalidade e proteção dos direitos humanos, criando mecanismos de defesa das minorias como o apresentado neste artigo onde ficam evidentes as vantagens do uso da teleconsulta.

Atendimento sem deslocamento é a “febre” no período de pandemia e pós pandemia em diversas áreas e setores da saúde. Muito já era feito, mesmo antes da pandemia, no setor judiciário com as tele audiências, em que as pessoas privadas de liberdade participavam de audiências com os juízes à distância. A saúde dentro do sistema prisional, aqui representado pelo CHSP, aproveitando toda essa estrutura física das audiências à distância mostrou a capacidade de encurtar a distância entre a reeducanda e o profissional da saúde com as teleconsultas. Entre os benefícios que esta forma de atendimento trouxe, podemos destacar que o não deslocamento das reeducandas permite que elas continuem as suas atividades que laboral ou educacional sem perder se quer um dia. Outro aspecto de suma importância são os profissionais administrativos e de segurança que não precisam ter todo o trabalho para que um deslocamento ocorra, sem levar em consideração o transporte e a escolta propriamente dita que onera muito o estado. Tendo um acesso fácil à atenção primária à saúde, uma atenção secundária ou mesmo terciária pode ser acionada por teleconsulta abreviando à investigação diagnóstica e possível tratamento principalmente a esse grupo de pessoas tão vulnerável.

É dever de todo profissional da saúde o rastreamento precoce das doenças evitando assim, maiores agravos, complicações e sequelas.

Referências

BARSAGLINI I, R. Do Plano à Política de saúde no sistema prisional: diferenciais, avanços, limites e desafios. *Physis*, 2016;26(4):1429-1439.

BATISTA, M. A, ARAÚJO, J. L. de, Nascimento EGC do. Assistência à saúde das pessoas privadas de liberdade provisória: análise da efetividade do plano nacional de saúde do sistema penitenciário.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde. Política nacional de promoção da saúde/ Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde. - Brasília: Ministério da Saúde, 2006.60p.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA - CFM, resolução número 2.314 de 20 de abril de 2022.

ESCRITÓRIO das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes. Dispõe sobre a população carcerária no mundo.

FAIR, H.; WALMSLEY, R. World Prison Population List 2022.

FERNANDES, L. H.; ALVARENGA, C. W.; SANTOS, L. L. dos; PAZIN FILHO, A. Necessidade de aprimoramento do Atendimento à Saúde no sistema carcerário. *Rev Saúde Publ.* 2014;48(2):275-83.

GOIS, S. M.; SANTOS JUNIOR, H.; PIRES de O.; SILVEIRA, M. F. A.; GAUDÊNCIO, M. M. de P. Para além das grades e punições: uma revisão sistemática sobre a saúde penitenciária. *Ciênc Saúde Coletiva.* 2012;17(5):1235-1246.

IBGE Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Referente à população brasileira e paulista.

MARCIAL, F. M. Os direitos humanos e a ética aplicada ao sistema penitenciário.

MINISTÉRIO da Justiça e Segurança Pública do Brasil. Departamento Penitenciário Nacional, DEPEN.

MINISTÉRIO da Saúde do Brasil. Secretaria de Atenção Primária. Dispõe sobre a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde das Pessoas Privadas de Liberdade no Sistema Prisional (PNAISP) Portaria Interministerial (nº 1, de 2 de janeiro de 2014).

NICOLAU, A. I. O.; PINHEIRO, A. K. B. Sociodemographic and sex determinants of knowledge, attitude and practice of women prisoners regarding the use of condoms. 2017;21(3):581-90.

OLIVEIRA, T. F. F.; FERREIRA, P. J. O.; ROSA, R. K. G. Perfil da saúde no sistema penitenciário brasileiro: uma revisão integrativa da literatura brasileira. *Revista Expressão Católica (Saúde).* 2016;1(1):121-125.

PIMENTA Bueno em Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império, Rio de Janeiro, 1857, p. 424.

SECRETARIA de Atenção Penitenciária de São Paulo. SAP, 2022.

SPARROW, N. Health care in secure environments. *Br J Gen Pract.* 2006;56(530):724-5.

UGALDE LOBO, J. G.; HERNANDEZ, M. V. Estado actual de la atención médica de los detenidos en cárceles de Costa Rica. *Med Leg Costa Rica.* 1958;5(1):8-9.

CIUDADANÍA, DERECHO Y BIEN COMÚN DESDE LOS POSTULADOS DE LA FILOSOFÍA DEL LIBERALISMO ÁRQUICO

Juan Velayos Vega

Universidad de Castilla la Mancha. Doctorando de Filosofía del Derecho

Resumen:

El liberalismo árquico, como forma de pensamiento que se compone de un aspecto teórico, y no doctrinario, que necesita de la práctica política para ser considerado como una auténtica corriente realista. Describir el marco en el que desarrolla y ensalza el sentido de la realidad de esta forma de pensamiento es el objetivo de este trabajo. En él se describe como se identifica el liberalismo árquico con la acción del hombre sobre el hombre, para alumbrar a un tipo de ciudadano que se aproxima al concepto de persona y se aleja del individuo. Donde está presente el sentido de generosidad, de donación, que demuestra que el hombre es un ser moral y que el único fin que legitima la política es el Bien Común, el bien de todos y de nadie en particular, independientemente de su posición social. Un orden que como indica Freund no es ni espontáneo ni artificial, sino que contempla el grupo social como conjunto de órdenes históricos concretos y particulares. En el que la persona vive inmersa en la realidad de lo político para interactuar mediante la política de las formas contingentes de organización. Unas formas diversas que surgen del orden, del conflicto y de la acción. Y donde la importancia de lo político no puede restar el protagonismo de la política, por ser algo que está más allá de las formas de gobierno o agrupaciones políticas diferentes.

Palabras clave: Liberalismo; Ciudadanía; Bien común; Árquico; Legitimidad.

Introducción

La clasificación del pensamiento liberal a la que se hace referencia en este documento parte de la idea desarrollada por el profesor Gambescia en su obra *Liberalismo triste*, donde recoge, en cuatro grandes líneas, el desarrollo del pensamiento político liberal. Gambescia es sociólogo, orientado al estudio del comportamiento desde la vertiente social. Dentro de su obra destaca también *Metapolítica*, quizás su obra más importante. Es descrito por aquellos que mejor le conocen como un sociólogo que no cree en la sociología, como

un auténtico pensador político, y es por esta característica que su forma de entender la realidad ofrece un enfoque distinto y digno de ser mencionado.

Su clasificación, original y distinta, divide el pensamiento liberal en cuatro grandes grupos de pensamiento microárquico, macroárquico, anárquico y árquico. Enfoque con el que trata de recuperar la importancia de lo político frente a lo económico. Donde vuelve a presentar esa forma de pensar que reconoce que lo económico, históricamente, siempre estuvo condicionado por la política. Una atalaya desde donde el gobierno se erige como el timón que debe proporcionar ese equilibrio necesario que sólo se puede alcanzar mediante el ejercicio de la acción política, activa o pasiva, para la resolución de los conflictos que van surgiendo en esa comunidad formada por la ciudadanía y cuyo principal objetivo es el bien común.

El pensador afín a esta corriente considera al hombre como un ser social que necesita del grupo para completarse, para alcanzar el ser humano del ser humano.

Es una forma melancólica de observar la realidad, y por tanto, realista, que no necesita ni terminológicamente ni conceptualmente de prefijos, pues reconoce la existencia ineludible del poder desnudo y sin ropaje del hombre sobre el hombre. Un modo de describir la existencia del poder como componente ineludible de la vida social y política (Gambescia, 2015, p.129), que no es otra cosa que esa relación entre la ciudadanía y el bien común. Una forma de entender la realidad que está íntimamente unida con los elementos principales de la civilización occidental que describe Perpiña Grau en *Determinantes económico políticos de los grandes espacios* como son el Normativo, defensivo, económico, político y religioso, que tienen su origen en Grecia, Roma y cuya universalización se produce con el cristianismo.

Es un realismo político entendido como forma-límite del pensamiento político. Una acción que describe el quehacer de unos pocos con la capacidad de definir la conducta de los hombres, que denuncia al poderoso y estimula al pueblo. Y donde el sentido de la realidad alcanza su máxima expresión por el reconocimiento consciente de la importancia de lo político y de la necesidad de saber aprovechar el instante favorable desde una interpretación de la política que supera las formas de gobierno y las agrupaciones de intereses políticos que conforman esas oligarquías de las que trata Negro en sus obras, especialmente en *La ley de hierro de la oligarquía* (2019).

El pensador árquico destaca por la virtud de la prudencia, una precaución política en la que lo político va más allá del Estado, alejándose de esa ontologización que ofrece una sensación de preexistencia que puede llegar a someter y condicionar, en ocasiones, la decisión adecuada. Posición que, tal y como sostiene Röpke, se mueve entre el estatalismo político intervencionista y el sistema de libre mercado. Es una forma de actuar en la que destaca el “saber de prudencia” (Molina, J., 1997). Cautela que no es neutral, porque implica tomar decisiones para la resolución de los conflictos que vayan surgiendo dentro de la comunidad, que no es otra cosa que el ejercicio del poder

considerando la historicidad del hombre. Un conocimiento que es propio de la naturaleza del hombre y de la comunidad en la que se desarrolla, dando paso a la resolución de los conflictos de cada supuesto en concreto, los cuales se podrán alcanzar mediante modelos ya experimentados. Es un conocimiento del conflicto a través del presente, sin olvidar el análisis de la historicidad del hombre, y donde es lícito intentar pronosticar el futuro. Un análisis donde todos los que encajan en la idea árcuica del liberalismo se sumergen en el presente, mirando al mismo tiempo hacia atrás y hacia delante.

Y donde todos ellos entienden que la libertad es un misterio, desde el punto de vista profano, que es la auténtica tradición de la libertad y donde la ciencia política sólo se entiende como la prudencia del gobernante.

La legitimidad del poder

Uno de los grandes enigmas de la historia de la Humanidad es la naturaleza del Poder. Encontrar su origen y tratar de explicar por qué las luchas por el mismo consumen tanto al género humano es una de sus constantes preocupaciones de los intelectuales árcuicos.

Tal vez la mejor respuesta al origen de su poder y el misterio que encierra sea el estudio que realizó Ferrara donde, de inicio, descarta que se deba a la búsqueda de una mejora de la comunidad política, y se atreve a considerar, tal vez fruto de su perspicacia intelectual, que se debe probablemente a la existencia de ciertas fuerzas que se desconocen, pero que operan en el interior de los grupos y que luchan por consolidarse en formas únicas y eternas de privilegio. Unas extrañas fuerzas que describe como los genios invisibles de la ciudad. Genios intangibles que son frecuentemente olvidados, que están presentes, y sin embargo regulan el actuar y el ser de la persona.

En su estudio describe los principios de legitimidad como justificaciones del Poder, es decir, del derecho a mandar. Unos mecanismos que operan como respuesta a este derecho y a la obligación de obedecer. Donde distingue cuatro principios de legitimidad históricos: el principio electivo, el hereditario, el aristocrático-monárquico y el democrático, que han ido entremezclándose a lo largo de la historia, combatiéndose o colaborando. Sin embargo, sea cual sea el que opere, es necesario que el poder actúe según alguno de estos principios. Todos son, al menos en parte, instrumentos de la razón, y los hombres pueden utilizarlos para crear sistemas eficientes de gobierno siempre que lo deseen.

Ferrero entiende que un poder por la simple fuerza no es nada, es sólo violencia o coacción, y se hace necesario justificar una legitimidad que lo sustente. Legitimidad que consiste en un acuerdo tácito y sobreentendido entre gobernantes y gobernados, en virtud del cual se establecen ciertos principios y reglas que sirven de pautas, como normas que ayudan a establecer los límites a los que necesariamente se deben ceñir las acciones de los que ejercen el gobierno mediante el poder. Unas normas y principios generalmente acepta-

dos por aquellos que están destinados a obedecer, y sólo desde ese momento se puede hablar de poder legítimo.

Es esta una noción de legitimidad que no se limita a las sociedades tradicionales, modernas o aquellas que poseen normas escritas. Es algo que va más allá de los sistemas complejos de relaciones, pues los pueblos primitivos que no conocen el concepto de legitimidad reconocen el respeto a las normas y unos principios, lo que es para Ferrero la fuente originaria de todo poder. Que es en esencia la manifestación suprema del temor que el hombre padece, o se provoca a sí mismo, por evitar el terror. Un esfuerzo que suele ser inútil, pero que por la necesidad que tiene el hombre de sentirse seguro le lleva a tratar de evitar la situación de anarquía y de conflicto para establecer eso que se llama Poder.

Y partiendo de ese descubrimiento del Poder comprende entonces que en la legitimidad lo fundamental no reside en las formas en que se plasma, sino en el respeto del espíritu que las anima. Una praxis de la obediencia nacida en el seno de una comunidad a través del transcurso de tiempo, porque para que un pueblo reconozca un poder como legítimo, es necesario cierto tiempo. “Pues la legitimidad, está precedida por un estado preparatorio que puede llamarse de prelegitimidad. La prelegitimidad es como la infancia de la legitimidad. Todo gobierno legítimo comienza siendo un gobierno que todavía no ha obtenido la aceptación universal por la que lucha y que tiene serias posibilidades de alcanzar” (Ferrero, 2022, p.131). Es cuando se alcanza esa legitimidad que surge el auténtico resultado del cambio histórico del que nace una auténtica acción legítima bajo una nueva forma política. Donde el cambio histórico adquiere el significado de cambio de régimen. Y viceversa, donde se puede producir un cambio en el cual el nuevo régimen no se legitima desde ese estadio prelegítimo, lo que origina un falso cambio histórico. Hecho que significa que bajo una apariencia de cambio existen formas de coacción social injustas, ilegítimas. Sólo en un régimen legítimo la presión social existente no se siente como tal, sino como perteneciente al orden natural, porque del cambio histórico sólo el historiador-filósofo-político puede dar cuenta tras su análisis y estudio. También por qué el anhelo del cambio suele revestir la forma de reivindicación de derechos naturales que se pueden justificar en lo que Kriele llama forma de liberación social por el Derecho o del Derecho. Una forma de acción o movimiento que puede producirse dentro del seno de una comunidad mediante la protección que otorga el sistema normativo ante una situación ilegítima que proviene del exterior, protección por el Derecho; o la que se produce por el alzamiento que despoja al gobernante de la legitimidad otorgada en otras circunstancias, que es la liberación del Derecho manifiestamente injusto.

Es por esta protección que otorga la norma que no hay auténtico cambio histórico cuando el cambio se hace por imposición directa del régimen y a costa de la auténtica legitimidad o cuando se instaura una forma que no tiene un origen espontáneo en el que obedece. Un hecho que demuestra que,

tal y como veía Jouvenel en *Sobre el poder: historia natural de su crecimiento*, lo que verdaderamente existe es la creencia humana en la legitimidad del poder, la esperanza en su poder bienhechor y la conciencia que se tiene de la existencia de su fuerza (Jouvenel, 1998).

Los modos de la legitimidad

Ferrero no construye un concepto unívoco de legitimidad, sino que más bien es, en palabras de García, “una categoría vaporosa y escurridiza”, y la delimitación de lo que pueden ser los modos definitorios básicos de esta pueden ayudar, no a construir un concepto exacto, sino a facilitar lo que se puede entender sobre el concepto mismo.

La legitimidad puede ser entendida como la expresión consolidada que articula la obediencia política de una forma natural. Donde la justificación del Poder se fundamenta en la aceptación del uso de la fuerza por parte del gobernado, no por el temor del uso de la coacción y la violencia, sino por entender que le corresponde gobernar sin la necesidad de imposición por la fuerza.

Es una categoría fruto de la evolución social que aparece con la superación de las comunidades pre-éticas. Momento en el que los hogares ceden las estructuras básicas que dan origen a la civilización occidental para alcanzar cotas que van más allá de su propio hogar. Se transforman en auténticas comunidades, como fenómeno cultural que surge de la necesidad de integrar los objetivos individuales en torno a determinados vínculos culturales.

Una fórmula compartida que evoluciona y se consolida con el transcurso de tiempo, que confiere estabilidad social y proporciona equilibrio a las instituciones sobre las que se construye el orden de una comunidad política.

La legitimidad es entendida como un principio natural nacido de la evolución de la realidad social, fruto de la interacción humana para la solución de conflictos. Y por tanto es algo que evoluciona, que está en movimiento y no puede identificarse con una posición estática, porque la esencia de la política es la resolución de problemas, con la más que probable generación de otros futuros como consecuencia de la solución dada a la inicial. Una característica del ser humano que le hace ser humano, de ahí la justificación de su no extinción. Por eso una de sus funciones es la de conferir estabilidad al poder y asegurar su continuidad mediante el acuerdo construido de forma natural, sin coacción ni violencia, basado en la libertad e igualdad que asimiló el Imperio Romano del cristianismo.

La legitimidad no es sólo constitucional, no es algo propio de la democracia moderna, pues en ocasiones se presupone que es la única expresión del orden político. Y la normativización de la política resulta insuficiente o perjudicial si no está estrechamente unida a la auténtica realidad social que proporcione una forma de gobierno que emerja de abajo hacia arriba hasta alcanzar el auténtico consenso. En el que no tiene cabida la mentira o imposición sin sentido, porque conduce a una vía de degradación que, a través

de la impostura, acaba con la credibilidad del sistema político sobre el que se sustenta. Es una auténtica religión política que necesita ser reconocida como cierta para disponer de la convicción moral que permite a los gobernantes imponer conductas de forma normativa y así proporcionar formas de conducta a los gobernados.

Es un principio que tiene como enemigo el deterioro del entramado colectivo. Que se expresa en una manifestación de la desaparición de la vida política que opera no como una amenaza real de imposición violenta, sino como un artificio que bajo la apariencia del consenso aísla al ciudadano del resto de ciudadanos hasta hacer desaparecer a toda comunidad intermedia entre la forma política de gobiernos y los gobernados.

Tal vez tenga razón Röpke, con el que mantuvo contacto Ferrero por coincidir en Suiza y en el mundo académico universitario, cuando afirma que para una democracia sana, que tiene su origen en la verdadera legitimidad, es necesario realizar la aproximación a esta forma de lo político desde tres requisitos previos fundamentales: en primer lugar, debe existir un grado mínimo de espíritu de solidaridad nacional y de uniformidad en el modo de pensar y de sentir, lo que podría entenderse como esos *genii*; en segundo lugar, ha de descentralizarse todo lo posible el gobierno, una idea que extrae del federalismo de Suiza y de las relaciones de proximidad que surgen en sus comunidades vecinales, que es el consenso entre gobierno y gobernado; y, en tercer lugar, la que es quizá la condición más importante, que el gobierno ha de limitarse sólo a aquellas funciones de gobierno cuya legitimidad es la esencia de la nación y sobre la que puede esperarse el máximo de unidad de criterio de todas las fuerzas que ejercen esa acción, independientemente de la forma de gobierno que este instaurada.

Legitimidad que, en palabras de Negro, “sólo puede otorgarla una instancia distinta, exterior y superior a lo legitimado. De ahí que, en virtud de la distinción eclesiástica entre lo religioso y lo laico, se distinga entre legítimo con connotación moral y legal con connotación jurídica, dos palabras de la misma raíz” (Negro, 1995, p.116). Un encuentro, entre la cultura griega y la idea cristiana, que se produce dentro del Imperio Romano. Que es origen de la cultura y civilización europeas, y por extensión de la occidental. En la que resulta imposible “conservar y respetar el principio de legitimidad que la protege del más terrible de los miedos si no es consciente de la fuerza que el tiempo emplea para destruirlo, y si no sabe que su lucha contra el tiempo en defensa del principio es la más seria e importante de las realidades” (Ferrero, 2022).

El ciudadano árcuico y el bien común

La forma que tiene al pensador árcuico de entender al ciudadano y al bien común, partiendo de esa concepción de la legitimidad y poder, es un tipo de orden político que se identifica con la visión que ofrece Aristóteles al refe-

irse a la *polis*. Un lugar donde, según las normas de la ciencia política, el que alternativamente manda y obedece, es gobernante. Y donde el ciudadano por nada se define mejor que “por participar en la administración de justicia y en el gobierno”. (Aristóteles, 1997, p.68). Un ciudadano que si bien, es distinto en cada régimen, se define sobre todo desde una democracia, pero sin negar que es posible en los demás regímenes.

Una forma de entender la participación en la *polis* que no deja de ser identificativa con los postulados defendidos por el liberalismo árcuico, donde la forma de entender la ciudadanía es principalmente social. Y esta forma de describir los elementos característicos del ciudadano conducen al reconocimiento del hombre como ser histórico que mediante los acontecimientos vividos y las diferentes experiencias políticas se va perfeccionando. Una evolución que, en consecuencia, trata de conciliar el enfrentamiento que se produce entre todos los sujetos para lograr armonizar la vida de las personas dentro de la comunidad, garantizar el logro de sus fines y contribuir de este modo, dentro de un ámbito de libertad, al desarrollo de toda la comunidad en su conjunto.

Por esta razón es imprescindible es necesario partir de principios permanentes y universales que puedan estar basados en la verdadera esencia de la naturaleza humana y descubrir los fundamentos de la organización jurídica de la comunidad, entender el significado de la vida social del hombre, del ciudadano.

Pero, ¿Esta intención es viable? Los intelectuales árcuicos aprecian, para alcanzar esos principios generales de ciudadanía, la necesidad de recuperar la distinción entre gobierno y Estado. Donde se reconoce que el Estado es una forma histórico-política y el gobierno es una institución formada por hombres concretos que son representantes de una comunidad orgánica natural (Negro, 2002). Sin embargo, existe, en la historia reciente, la confusión entre ambos conceptos, entre lo político y la política, la forma de gobierno y el régimen de gobierno. Desconcertos que son el resultado de una evolución terminológica y social que transforma, sin ser conscientes, el sentido del Derecho como regulador de las actividades y relaciones humanas. En las que se confunde, o al menos no se distingue de forma nítida dentro de ese marco de actuación, a la persona del individuo, un tipo de ser humano impersonal, igualitario. Que olvida esa riqueza que proporciona la semejanza, que es distinción, que es el auténtico ser humano del ser humano.

Y es con la expresión Estado Minotauro que Bertrand de Jouvenel trata de explicar una forma concreta de lo político que es evolución del Leviatán de Hobbes. Una recreación de esta imagen mitológica, monstruosa, que hace referencia a la sed insaciable del Estado mediante el requerimiento de actitudes ordenadas legislativamente por parte de sus gobernados, donde la máxima expresión de la norma jurídica es imponer una forma de ser del ciudadano para arrebatar la vida a la sociedad y define un bien común deformado, que es más un bien propio de unos pocos. Una denuncia con la que trata de advertir

sobre el Estado Total, y que actualmente, en el mundo occidental, ha evolucionado hacia un subtipo, denominado por Negro como Estado Providencia que tiene su origen en el Estado de Derecho (Negro, 2010).

Para alejarse de esta postura, el pensador árquico reconoce que esa división entre gobierno y estado siempre ha existido. Que el hombre no es simple súbdito o sujeto pasivo de los poderes estatales; sino que es socio o miembro activo de la comunidad política y, por tanto, corresponsable del bien común. Y que, por estar unido a otras personas dimanan de forma natural unos derechos políticos y unos deberes cívicos. Es por esta afirmación que se puede considerar que la condición de ciudadano se podría sustentar en los tres principios que señala Hervada (2015): el principio de igualdad, el principio de diversidad de funciones y el principio de autoridad. Por el principio de igualdad se entiende que todos los ciudadanos son corresponsables del bien común y, en consecuencia, son iguales ante la ley; Por el principio de diversidad de funciones se hace referencia a que cada hombre contribuye al bien común de la sociedad política según sus capacidades y desde los distintos oficios, puestos y profesiones; y, por el principio de autoridad se hace referencia a que todos los ciudadanos deben obedecer sus dictados, por ser la autoridad un elemento necesario, postulado históricamente por la ley natural, para ordenar en la unidad social la pluralidad de componentes. Un orden que queda plasmado en la norma jurídica que armoniza y da sentido a todo el conjunto social. En el que de forma espontánea se estructura esa relación que establece que existan unos pocos que mandan y otros que obedecen.

Pero la relación entre ciudadanos no puede reducirse a un mero ser libre que se une a otros seres libres, y es por eso que la organización de la comunidad política debe asentarse en esa condición de libertad que contenga, a parte de los cauces para el desarrollo libre de la persona, el elemento esencial de la lealtad. Una característica que acepta el poder establecido, lo hace propio y se orienta hacia el respeto a los demás y al cumplimiento de los fines propios del grupo, que son aquellos que ayudan a perfeccionar al resto.

Considerar como capital el respeto a la libertad, o de la condición de libertad, del ciudadano implica que el Estado, o la forma de lo político en la que se desarrolla la comunidad, no sólo no invada, sino que garantice, proteja y ayude, tanto aquello que corresponde a lo individual del hombre, como lo que le es propio de la sociabilidad humana distinta de la esfera de la comunidad. Una forma de reconocimiento de la singularidad de la persona, donde no se identifica con la mera animalidad, sino que reconoce la existencia del auténtico ser humano que reside en cada persona. Justificación de la diferencia que explica el surgimiento del derecho como algo propiamente humano, con base social y ordenado en torno al grupo.

Los derechos humanos no dejan de ser derechos políticos, que son aquellos que corresponden al ciudadano en cuanto miembro de una comunidad política y en relación a su organización y desarrollo. Siendo el derecho político más general el de participar activamente en la vida de la comunidad

política, sin perder su identidad. Un derecho que tiene muy diversas manifestaciones según la forma política que adopte el Estado o la forma política de que se trate.

Pero cabe recordar que los derechos de los ciudadanos no son absolutos ni ilimitados; y como regla general, habría que tratar de determinar sus límites conforme a la comunidad en la que se desarrolla, como por ejemplo: los derechos de los demás, la salud y moral públicas y el orden público. Todo ello orientado a esa máxima que establece que *salus populi suprema lex est*, y donde la comunidad, tal y como puso de manifiesto Aristóteles, surgió por causa de las necesidades de la vida, pero existe ahora para vivir bien. Una comunidad perfecta en la que todos los ciudadanos con sus derechos políticos y deberes civiles contribuyan a la perfección del otro mediante la política farmacológica adecuada.

Referencias

- ARISTÓTELES. Política. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997
- FERRERO, Guglielmo. Poder: los genios invisibles de la ciudad. Madrid: Tecnos, 2022
- GAMBESCIA, Carlo. Liberalismo triste: un recorrido de Burke a Berlín. Madrid: Encuentro, 2015.
- HERVADA, Javier. Introducción crítica al derecho natural. Pamplona: EUNSA, 2015
- JOUVENEL, Bertrand de. Sobre el poder: historia natural de su crecimiento. Madrid: Unión Editorial, 1998
- MOLINA, Jerónimo. La supuesta apoliticidad del liberalismo. Madrid: Revista veintiuno, 1997, págs.89-122
- NEGRO, Dalmacio. La tradición liberal y el estado. Madrid: Unión Editorial, 1995.
- NEGRO, Dalmacio. Gobierno y Estado. Madrid: Marcial Pons, 2002
- NEGRO, Dalmacio. Historia de las formas del Estado: una introducción. Madrid: El Buey Mudo. 2010
- NEGRO, Dalmacio. La ley de hierro de la oligarquía. Madrid: Encuentro, 2015
- NEGRO, Dalmacio. La tradición de la libertad. Madrid: Unión Editorial, 2019
- PERPIÑÁ GRAU, Román. Determinantes económico-políticos de los grandes espacios. Barcelona: Labor, 1973

LA REVOLUCIÓN FRANCESA Y LOS DERECHOS HUMANOS HOY

Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte

Profesor de Filosofía del Derecho y de Derechos Humanos en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid; Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España; Socio de Número de la Sociedad Española de Retórica; Subdirector del Laboratorio de Cultura Jurídica en Derecho Complutense

Resumen:

Se suele sostener, sesgadamente, sobre todo en el ámbito político y también en el académico, que los derechos humanos, tal y como los conocemos hoy, encuentran su inspiración en los ideales propuestos y defendidos por la Revolución Francesa. Esta afirmación pretende dar una visión bondadosa y virtuosa a los acontecimientos históricos ocurridos en el tendenciosamente llamado Siglo de las Luces o de la Ilustración, nombres estos que buscan dotar de una visión favorable a la Revolución blindándola contra toda crítica que cuestione esas supuestas luces, ilustradas y virtuosas. En este trabajo académico afirmo que la Revolución Francesa, sus forjadores, sus normas legales y sus consecuencias, realmente, arrojan más sombras que luces. Y si esto es así, entonces, la deficiencia de hoy para la atención y exigencia de respeto a los derechos humanos encontraría su explicación, precisamente, en las sombras que se pretenden ocultar de ese periodo histórico, y que explicarían bien el porqué del problema hoy: esto es, que son inspiración de esas sombras. Así pues, el objetivo de este estudio, sirviéndose del método histórico, es repensar la Revolución Francesa desde un enfoque crítico sustentado en datos históricos y verosímiles que no oculten aquellas situaciones que cierto sector, hoy, se esmera en encubrir o, directamente, en negar que ocurrieran.

Palabras clave: Revolución Francesa; Racionalismo; Sombras; Discriminación.

Introducción

No cabe duda la envergadura que tuvo la Revolución Francesa en la historia de la humanidad. Hasta el día de hoy se le reconocen atributos que han traspasado las fronteras geográficas y temporales en el desarrollo histórico.

El siglo XVIII impuso el nuevo modelo humano: el individuo. Este no está contextualizado en la naturaleza, en la sociedad ni en el campo, ni en la ciudad, ni en el cielo, ni en la tierra. Frente al ciudadano y frente a la persona se introduce una nueva concepción del ser humano que es el individualismo. Se impone una nueva concepción de la libertad. En el mundo antiguo grecorromano la libertad consistía en un estatus social que significaba no ser esclavo, ni extranjero, ni de la plebe, ni de una serie de cosas; por su parte, en el mundo medieval, la libertad es una condición personal que está relacionada con la libertad moral. Luego, en cambio, a partir del Renacimiento la libertad es ya un objetivo histórico; es algo que no se tiene, sino que se va a conseguir en el futuro, y para conseguirlo hay que luchar. Entonces, no es una característica que ya tengamos. Esta diferencia es importante advertirla: el ciudadano tiene libertad política, la persona tiene arbitrio que se establecía en la escolástica y el individuo tiene autonomía; por cierto, la autonomía no es lo mismo que la libertad. Todo esto está ligado por eso está ligado al Renacimiento y al cambio de curso de la cultura europea que se introdujo a partir de él.

Se podría decir que Europa proviene de tres pueblos: los griegos, los romanos y los judíos; estos son como los padres de Europa. Estos tres pueblos piensan la vida en términos de ciudadanía y, a partir de aquí se empieza la idea de persona. Es recién en el Renacimiento cuando se impone la idea de individuo. Así pues, advertiremos que no es lo mismo la persona que el individuo, aunque se refieran al mismo sujeto. Lo que quiero resaltar es lo que se produce cuando cambia el curso para de la cultura europea. Parecía que Europa era una continuidad, una estabilidad; sin embargo, a partir del Renacimiento se produjeron una serie de cambios importantes.

Todos esos cambios que se producen tienen que ver con la implantación de los estados soberanos, en detrimento de la principal organización social en Europa que era el imperio. En los siglos XIII y XIV el Estado significaba lo que era estable, lo que no era removible en los problemas sociales, pero que, con el paso del tiempo pasó a relacionarse, básicamente, con la organización militar asentada sobre un territorio y, por tanto, estaba ligado a tener un ejército que mantuviera el orden sobre un territorio. Solo un pequeño número de estados puede reivindicar un nombre y la existencia de una entidad administrativa sobre un mismo territorio desde antes de 1450. (Balibar & Wallerstein, 1990, págs. 90, 91) Es decir, antes de 1450 prácticamente no había ningún estado; los estados son reconstrucciones posteriores de la organización administrativa que existía en esos territorios. El estado pues, es una organización moderna de carácter político que se contraponen al imperio; hay una reconstrucción posterior. Los estados surgen en un proceso de emancipación y están ligados al establecimiento de fronteras. Tened en cuenta que en la Edad Media no existían propiamente fronteras, no existían fronteras estatales porque no había estados. 'El Mundo medieval en el Occidente concebido como una unidad (...) que es ajeno a las ideas de "frontera", "territorio", "Estado" y "soberanía nacional" tal y como hoy las entendemos'. (Weckmann, 1997,

pág. 12) Vemos entonces, que, inicialmente el estado es básicamente una organización de poder y una organización militar; es un conjunto de hombres armados, por decirlo de alguna manera, implantado sobre un territorio; están ligados a una nueva organización de los ejércitos y a nuevas formas de armamento. La soberanía del estado se relaciona básicamente con el poder de carácter militar, con el nuevo armamento y la nueva organización de los ejércitos que pasan a ser permanentes. Secundariamente, la implantación del Estado sobre una frontera está también vinculada al establecimiento de un sistema tributario para mantener los ejércitos (un ejército no se puede mantener con colaboraciones voluntarias). Posteriormente, la idea de estado se liga a la idea de soberanía que se entiende como monopolio de la legislación, de hacer leyes. Téngase en cuenta que, anteriormente, las leyes era una cuestión profesional e intelectual por parte de los juristas que salían de Bolonia; no había una función legislativa en los reinos medievales. Entonces, en otras palabras, el estado está ligado al ejército, al monopolio de la fuerza dentro de un territorio que está delimitado por una frontera, a la capacidad de recaudar impuestos, también está ligado al monopolio de la legislación, al monopolio de la jurisdicción y también al monopolio de la emisión de dinero. Las fronteras con la implantación de los estados se acentuaron. En la edad media la circulación de persona era libre, mucha gente iba a estudiar a Bolonia; de aquí venían las ideas jurídicas fundamentales que se irradiaban por el prestigio de los autores de las ideas y por las ideas mismas; la cuestión es que antes el derecho no era impositivo, el derecho valía por el prestigio que tenía, por la autoridad en sentido moral no en sentido de poder.

Esto también dio lugar a una centralización política, a una centralización administrativa; es un proceso histórico complejo que no se llevó a cabo de un momento a otro. De hecho, una de las cosas que hicieron colecciona los Reyes Católicos es introducir un nuevo modelo administrativo que es un poco equivalente a lo que ahora llamamos administración pública, que es distinto al feudalismo el que se podría considerar como una forma de administración privada, en el sentido de que se basaba en relaciones personales. Entonces, en ese contexto de implantación del estado se produjo un acontecimiento que tiene que ver con la ruptura religiosa de Europa a que dio lugar a las mal llamadas guerras de religión; estas supusieron una fractura importante -eran guerras principalmente políticas entre los poderes que estaban emergiendo y se estaban consolidando en Europa, y utilizaron a la religión porque era el principal pacto de conformación de los seres humanos-. Esto se tradujo en una acentuación del conflicto político en Europa. En un cuarto del siglo XVI no se produjeron gestas militares relevantes; sin embargo, '(...) en el siglo XVII solo transcurrieron siete años sin guerras entre estados'. (Anderson, 1998, pág. 28) Todo esto se tradujo en que los conflictos dejaron de ser resolubles apelando y ya no hubo cabida para lo que ocurría en la Edad Media, donde se apelaba a una cultura común que era, básicamente, religiosa. En la Edad Media los conflictos entre las distintas entidades integrantes del impe-

rio se resolvían apelando a la tradición compartida, al arbitraje basado en la religiosidad compartida y también apelando a una autoridad que arbitraba y que era reconocida socialmente. Pero como todos estos factores desaparecieron, el nuevo factor que sustituyó a esas apelaciones fue la razón, porque se suponía que era aquello y único que compartían todos los seres humanos; eso impulsó el desarrollo de un movimiento que es el ‘racionalismo’. Es decir, el factor de la razón se fue imponiendo a partir del siglo XVI con lo que llamamos ‘Renacimiento’, en el siglo XVII con lo que llamamos ‘Racionalismo’ y en el siglo XVIII, propiamente, con lo que llamamos ‘Ilustración’. La Ilustración que es la aplicación de las ideas racionalistas a la vida social. En el siglo XVII es el racionalismo aplicado al mundo natural -aplicar la razón al descubrimiento del mundo natural- y, en el siglo XVIII la aplicación del racionalismo a la sociedad -al diseño y a la transformación de la sociedad-.

Se puede decir, entonces, que el racionalismo es un movimiento de ideas y que, en cierto modo, persisten en la actualidad. El racionalismo cambió la estructura social y organizativa de Europa y también la imagen del ser humano que tiene de sí mismo.

Caracteres filosóficos

Los caracteres filosóficos giran en torno al significado de la razón. Se puede empezar certeramente afirmando que el significado de la razón que tenían los racionalistas es muy discutible: la idea fundamental es que la razón, para ellos, es un instrumento de dominación del mundo más que de conocimiento; ellos consideran que es la única instancia de conocimiento, pero según se advierte ya desde 1507 con la famosa frase de Francis Bacon, en *Meditaciones Sacrae*, ‘ipsa scientia potestas est’ (‘El conocimiento es poder’), todo lo que no sea poder no es saber; entonces, la razón es el instrumento de dominación de la naturaleza y del ser humano. La razón es una especie de herramienta, no es una no es una forma de conocimiento; el dominio del ser humano sobre la naturaleza se ejerce a través de la ciencia y, por ello, se le da tanta importancia al método. Por ello, uno de los libros fundamentales del racionalismo es el *Discurso del método* de 1637 de Rene Descartes (Descartes, 1993), además de otro libro importante que también es un metodológica, el *Novum Organum* de 1620 de Francis Bacon (Bacon, 2013)

Todo esto da lugar a un pensamiento complejo que gira sea entorno a la razón. Podemos decir que, la razón de la que ellos hablan es una razón instrumental, no es una razón teleológica, no es una razón que oriente al hombre, sino que es una razón técnica, una razón calculadora pero no es una razón finalista.

El racionalismo introduce unos caracteres morales. El racionalismo produce un nuevo modelo humano que es el individuo autónomo; con lo cual. la imagen que tiene el hombre de sí mismo es diferente, antes y después del racionalismo. Entonces, el racionalismo, moralmente, distingue dos mundos

completamente heterogéneos y separados que no son conciliables entre sí. Esto tiene que ver con la distinción Descartes entre la *res cogitans* y la *res extensa*. La primera será el mundo del pensamiento -la sustancia pensante- y, la segunda, es el mundo material -de la extensión, de los objetos-. Los racionalistas, distinguen entre la naturaleza y la razón, y que son dos mundos completamente heterogéneos, que no tienen conexión entre sí; el mundo de la naturaleza lo ubicarían en la *res extensa*. Por su parte, el ser humano es una sustancia pensante (una cosa que piensa). Por un lado, está la materia -con todas sus formas y modificaciones- y, por otro lado, está el pensamiento. Esta es la diferencia claves del racionalismo. Para los racionalistas, el mundo de la *res extensa* es el mundo del caos; en cambio, el mundo de la *res cogitans* es el mundo del orden. El mundo de la naturaleza está en la *res extensa* y aquí el ser humano es un animal salvaje, hasta que, cuando pasa a la *res cogitans* se convierte en un ser social. En la *res extensa* el ser humano es un ser egoísta, pero en el nivel de la *res cogitans* es un ser solidario. El ser humano es un hombre en el nivel de la *res extensa*, pero, en el nivel de la *res cogitans* pasa a ser un ciudadano. La *res cogitans*, como se puede advertir, es un nivel superior para los racionalistas. Esto es importante tenerlo en cuenta, porque en la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano se mantiene, claramente, esa distinción entre el hombre y el ciudadano. Esta, claro está, es una diferenciación muy drástica y aguda entre el mundo de la *res extensa* (la selva) y la *res cogitans* (la ciudad); una cosa es la animalidad instintiva, pasional, caótica y destructiva del ser humano, y otra es el orden social, pacífico y seguro.

Entonces, lo que acentúa y lo que da importancia a esta diferenciación, es que la historia humana se entiende como un paso de la naturaleza a la sociedad. Se pasa del caos y de la opacidad de la materia, a la transparencia de la razón. Todo esto da lugar al proceso de racionalización del mundo; una especie de huida de la condición natural del ser humano; así, para los racionalistas, el ser humano por naturaleza es un ser animal y es la sociedad quien lo politiza. Por lo tanto, esto da lugar a un proceso de transformación social. El hombre por naturaleza no es como debe ser, sino que el hombre se construye artificialmente, se hace un ciudadano, deja de ser un animal salvaje y agresivo y pasa a socializarse por medio de un instrumento que nosotros conocemos 'pacto social'. Esto lo podemos advertir en la obra *El contrato social* de 1762 de Rousseau (además de otros autores que defienden, más o menos la misma idea, con distintas matizaciones). (Rousseau, 2004) Rousseau sostendrá que no se puede ser humano, no se puede ser racional, viviendo en las condiciones actuales en las que vivían los seres humanos hasta ese entonces a los que consideraba salvajes; de hecho, todavía en el siglo XIX, en el Pacto de la Sociedad de Naciones se distinguían a los pueblos en civilizados, bárbaros y salvajes. O sea, que la historia para ellos es un proceso de civilización, un proceso de transformación de los hombres en ciudadanos. El pacto social no es un contrato jurídico, es un pacto que establece la socialización que transforma los derechos naturales y riquezas naturales del ser humano en liberta-

des políticas y derechos políticos. Esta cuestión es importantísima porque da lugar a que el principal logro de la cultura occidental, que es considerar al ser humano persona, aquí no signifique nada o solo sería un simple salvaje, dado que la persona estaría ubicada en el nivel de la *res extensa* y, el espacio social, se somete al proceso de transformación y da lugar a un nuevo espacio que es el espacio público. El ser humano de la *res cogitans* es el ser humano racional.

Este es pues, para los racionalistas, un proceso de emancipación, de liberación de la naturaleza que nos oprime. La cuestión es, en ese proceso de liberación, quién lo dirige, quién está en la parte de arriba y está en la vanguardia; quién es el que está organizando y racionalizando a la sociedad que es caótica, que es una lucha de todos contra todos, una lucha de egoístas etcétera.

En el nivel de la *res cogitans*, se situaban, cómo no, los ilustrados. Pero ¿quiénes eran los ilustrados? Ahí está la clave que nos permite advertir mejor este proceso de transformación. Había muchos ilustrados, y los habían de distintas categorías, de segunda y de tercera. En todo caso, los que llevaban la voz cantante de este proceso eran una serie de ideólogos. Es curiosa también la Enciclopedia Francesa que era un libro que pretendía ser científico y los autores que incorporaban su aporte en ella no eran citados por su propio nombre porque aquellos pensaban que la ciencia es un proceso anónimo e impersonal.

Si bien todo esto está asociado a tres siglos (XVI, XVII y XVIII) de cambio de curso de la historia, de la organización social y del ser humano, pero también está asociado sobre todo a la culminación de ese proceso que es la Revolución francesa, especialmente asentado en el momento que se redacta la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y, por tanto, esta se redacta con arreglo a las ideas de ese proceso de transformación. Para pasar de un mundo a otro, hay que pasar por el proceso de transformación. Este proceso de transformación no es meramente jurídico; también es lingüístico. Por ejemplo, en nuestra contemporaneidad, lo podemos entender mucho mejor porque, actualmente, somos testigos de un igual proceso de transformación artificial del derecho en clave política: lo podemos advertir, claramente, con lo que algunos se han dado en llamar 'lenguaje inclusivo' y que hace que las lenguas naturales que nosotros hablamos (que hemos heredado, que están plasmadas en la literatura, etcétera) se considere que necesitan de una transformación en clave política.

Este tipo de proceso de transformación social supone una utilización política de la realidad; el principal efecto negativo de esa transformación es que impide pensar. Esto lo podemos ver en un libro muy importante que se llama *1984* de 1949 de George Orwell. (Orwell, 1970). Este libro es especialmente significativo porque nos explica cuáles son las consecuencias de la transformación del lenguaje. Es una novela muy ilustrativa que tiene una proyección social.

Se trata, al fin de cuentas de un proceso político; no es un proceso cultural. Es un proceso político que se lleva a cabo a partir de una ideología que

es una sucedánea de la cultura humana. La llevan a cabo un grupo selecto y reducido de ideólogos, la mayor parte de los cuales eran nobles franceses, pero también estaban españoles como el famoso Conde de Aranda (de hecho, la importancia de este personaje española queda reflejada en la Enciclopedia pues allí él sí aparece citado con su nombre propio).

Una cosa era la vanguardia del proceso de transformación -los que enseñaban ese nuevo mundo, entre los cuales estaba Rousseau y Voltaire-. La ideología ilustrada se convierte en un sucedáneo de la cultura porque cuando este proceso se inicia, el ser humano ya había desarrollado una cultura importante -se ve en la literatura, en la pintura, en los edificios de las ciudades y también en las leyes, por ejemplo, las Siete Partidas, el Código de Justiniano, la Carta Magna inglesa etcétera-. La cuestión es que este proceso parte de distinguir entre ‘emancipadores’ -es decir, los que llevan la voz cantante del proceso- y los ‘emancipandos’ -que son los que están sometidos al proceso de transformación para que dejen de ser animales-. Mientras que los emancipadores era un grupo muy reducido de ciudadanos franceses -que se llamaban a sí mismos librepensadores-, en cambio, los emancipandos -los que estaban necesitados de transformación- era la mayor parte de la humanidad. Estos últimos eran los que estaban en el nivel de la *res extensa*: eran los negros, los judíos y también los hispanos que eran tipos de segunda categoría y también los eslavos; pero, además, en este nivel estaban las mujeres y los niños. Esto quedaba bien reflejado en el carácter excluyente de la Enciclopedia francesa con respecto a la noción de ciudadanía.

Con el proceso racionalizador, el ser humano, entonces, tiene que transformarse lingüísticamente, se tiene que transformar jurídica y económicamente, pero también se tiene que dar forma urbanística y artísticamente.

Montesquieu (Montesquieu, 1987) dirá ‘El hombre, en cuanto ser físico, está gobernado por leyes invariables como los demás cuerpos. En cuanto ser inteligente, quebranta sin cesar las leyes fijadas por Dios y cambia las que él mismo establece’. O sea que el ser humano es una cosa más, que ocupa un lugar en el espacio. Téngase en cuenta que, para los racionalistas, el mundo de la *res extensa* es el mundo de la necesidad física y, el mundo de la *res cogitans*, es el mundo de la libertad; con lo cual el que no pasa por el proceso de transformación no sería un ser humano realmente libre. Esto está ligado a una nueva concepción de la libertad: la libertad, con los racionalistas, está ligada a un concepto político; no es algo que ya tengamos los seres humanos, sino que es algo que vamos a conseguir en el futuro siempre que nos adaptemos y aceptemos a ese proceso de transformación social.

Ahora bien, resulta que los derechos humanos se ubicarán también en el mundo de la *res cogitans*; esto significa que, todo lo que se ha llamado derecho a lo largo de la historia carece de sentido porque necesita ser sometido al proceso de transformación. Entonces, este derecho, que es el nuevo derecho, es un derecho que se subjetiviza o, si se prefiere, es un derecho que se individualiza. Depende de la acción racional del sujeto, pero no de cualquier sujeto

porque la razón no la tiene cualquiera, sino que la tiene solamente la vanguardia del proceso. Y es que la mayor parte de la población humana, según estos racionalistas, no tiene la razón suficiente para emanciparse; esto lo podemos comprobar con la famosa respuesta de Kant cuando le preguntan ¿qué es la Ilustración? Kant responde: 'Ilustración es la salida del hombre de su culpable minoría de edad'. (Kant, 1999, pág. 63) Es decir, según este racionalista ilustrado, el hombre sin emancipar es un menor de edad y, recién cuando se emancipa aquel hombre toma las riendas de su vida (no solo los hombres sino también los pueblos). Entonces, la razón que opera en el mundo de la *res cogitans*, se descontextualiza, de desentiende y se desconecta de la naturaleza, de la historia y la también de la sociedad misma. Así pues, la razón es un mecanismo abstracto porque no está conectado, no es dependiente de las condiciones históricas de cómo se ha desarrollado la historia de los seres humanos. Tampoco depende del instinto ni depende de la voluntad. Y, por supuesto, los racionalistas, entienden que este proceso de transformación social es un proceso necesario porque no depende de la voluntad de los hombres particulares, sino que depende de un mecanismo abstracto que funciona por sí mismo; este mecanismo es la ciencia y que produce necesariamente los resultados.

Los ilustrados eran nobles franceses con una posición social privilegiada, eran cultos, eran ricos tenían dinero, tenían palacios. Todos estos pensaban que el resto del mundo estaba mal hecho y que tenían que dirigir ellos el proceso de transformación. Tenían una imagen muy negativa del resto de la población del mundo; para ellos nada tenía sentido más que lo que ellos iban a construir en el futuro. La clave es el proceso que podemos resumir en el pacto social a través del cual se transforma el estado natural en estado social. Téngase en cuenta que la sociedad ya existía porque desde Aristóteles, incluso desde antes, ya se afirmaba que el hombre es un ser social por naturaleza, con lo cual en esos tiempos ya se advertía que la sociedad no se construía artificialmente porque el ser humano ya es social, no solo porque vivíamos junto a los demás y tuviéramos derechos con respecto a los demás, sino también porque hablamos y la lingüística, la capacidad lingüística o la constitución lingüística de los seres humanos revela la sociabilidad pues es claro que nadie habla solo, nadie aprende a hablar solo, nadie se ha puesto el nombre a sí mismo, nadie se entierra solo, nadie pone la lápida sobre su propia tumba. Entonces, mucho antes de la Ilustración, claro está, ya existía la sociedad, la sociabilidad humana, en el sentido de que es una sociedad cultural con ritos religiosos, con una economía colaborativa, etcétera; por tanto, el ser humano ya era entendido como un ser social por naturaleza. Pero una cosa es que el ser humano necesite socializarse y que se mejore la vida social, y otra muy diferente que se imponga un proceso de transformación totalmente radical. Esto es importante, pero solo como una situación simplemente histórica; el problema es que está vigente en nuestra contemporaneidad, aunque con distintas reformulaciones.

Implicaciones jurídicas del proceso de transformación social revolucionario

El proceso radical de transformación social de los racionalistas, por supuesto, fue el que impulsó la Revolución Francesa a través del terror de estado, sobre todo en contra de los franceses que eran críticos con la violencia ejercida, con los asesinatos masivos y crueles que se cometían y con la ideología dogmática y artificial que se les imponía. Esta ideología racionalista conllevó varias implicaciones jurídicas.

Por una parte, cambia la naturaleza de la sociedad y de las relaciones humanas. Las relaciones humanas están orientadas a la socialidad.

En el mundo medieval las relaciones eran personales y las personas eran más cercanas sobre todo en las relaciones afectivas, en las relaciones amorosas, en las relaciones sexuales como símbolo de la reproducción y conservación humana; todo esto estaba ligado a formas afectivas que habían sido embellecidas o, por decirlo de alguna otra manera, habían sido ennoblecidas. Esto se puede advertir en la obra *El otoño de la Edad Media*. (Huizinga, 1994) A finales de la Edad Media advertiremos la importancia que tenía la estilización de las relaciones amorosas entre los seres humanos; es lo que se conoce como ‘romanticismo’ y que está relacionado con el trato caballeresco y con las reglas de cortesía todas las cuales servían para dignificar a la brutalidad asociada a las relaciones sexuales; se orientaban en el sentido personalizador.

En el Renacimiento, en contra de lo que parece, las relaciones amorosas y afectivas cambiaron de carácter. Las relaciones dejaron de ser relaciones personales y pasaron a ser relaciones que se tratan de someter a control.

Una característica importante de esta transformación es que la confianza social -que es la basa de las relaciones personales- pasa a transformarse en control social y político; la confianza se sustituye por el control. Esta es una diferencia importante en todas las relaciones de la vida; todo esto está ligado al pacto social. Todas estas ideas se relacionan básicamente con el diseño de la principal institución social que se deriva del pacto social, que es el estado soberano y que es la que se instituye como la organización política por antonomasia y que da lugar a que las relaciones sociales en la Edad Moderna sean relaciones que estén mediatizadas siempre por el estado. Claro, esto se traduce en una politización y en una estatalización del derecho. El derecho hecho deja de depender de la condición humana, de su condición personal del ser humano: la condición personal del ser humano significa que uno tiene derecho en función de su comprensión, de lo que hace, de lo que dice, de lo que entiende, de lo que merece, de la culpa. El derecho pasa a estar dominado por las necesidades del poder político con arreglo a una famosa idea que se impuso y se ha impuesto durante quinientos años, aproximadamente, que es la ‘razón de Estado’: la razón de Estado significa los intereses políticos del estado permiten vulnerar los derechos de las personas. La palabra esta -razón de Estado- está ligada a los principales crímenes que se han cometido en los

últimos quinientos años y que han sido llevado a cabo, en su mayor parte, por los estados soberanos.

No olvidemos que la principal característica del estado es la soberanía política, esto es, el monopolio del poder. Eso hace que los estados establezcan relaciones sociales internas basadas en la fuerza y también que establezcan relaciones internacionales basadas de igual modo en la fuerza que permita establecer el equilibrio de poderes o el equilibrio de potencias; se ha establecido así en las relaciones internacionales europeas en los últimos siglos, sobre todo a partir del Tratado de Utrecht (1713 - 1715) que es uno de los principales tratados en la Edad Moderna. de acuerdo entiende este asunto. Nosotros vivimos en un mundo que está dominado por la acción de unas fuerzas organizadas que llamamos Estados. Con el Tratado de Utrecht una de las cosas que se firmó fue la entrega de Gibraltar por parte de España a Inglaterra; pero, además, España tuvo que aceptar el asentamiento de esclavos en América y que los ingleses pudieran llevar esclavos desde África a América.

Hay que tener en cuenta la distinción que hay entre lo que es la voz y lo que es la palabra; esta es una idea que ya está en la *Política* de Aristóteles y que tiene una enorme importancia porque permite distinguir entre la ideología y la cultura. La cultura tiene sentido, mientras que la ideología dogmática es pura palabrería política. Esto es importante porque tiene que ver con los contextos que hemos visto al principio, con los entornos y con los marcos de sentido. La voz es el vehículo de la palabra; pero dar voces no significa que lo que uno diga tenga sentido.

Hoy, las políticas públicas suplantán al derecho genuino u original; llaman derechos a las prestaciones del Estado y de las organizaciones internacionales. Estas políticas públicas se dirigen a establecer redes clientelares de dependencia; no se trata solo de un reparto del dinero de los de arriba con los de abajo porque, realmente, a los de abajo el dinero no les llega casi nunca. Las redes clientelares solo producen chantaje, extorsión y violencia y, por tanto, el mecanismo de ascenso en las redes clientelares es la participación en las acciones violentas que promuevan estas redes. Este es un escenario que genera dependencia que no se salda con el mérito, sino que se salva con la participación en la violencia; se salta y se sube en el escalafón, pero a costa de involucrarse en el crimen político. Los seres humanos se convierten en una especie de parásitos sociales para poder ser considerados en esas redes sociales que son muy persistentes y arraigadas y, que, además, se han politizado.

Así podemos decir que hoy, pese a su protagonismo popular, las redes sociales tienen voz, pero no tienen palabra; no tienen personalidad jurídica; están ligadas a los colectivos. Las organizaciones institucionales tienen personalidad jurídica y los colectivos no. Tened en cuenta, en este sentido, que la personalidad sirve para repartir la responsabilidad. La palabra personalidad se relaciona con la máscara teatral porque es el que da la cara; es el responsable

Todo esto sirve para que advirtamos la intraducibilidad general de marcos de sentido, porque lo que se dice en uno y en otro es inconmensurable; no

tiene la misma unidad de medida por decirlo así; es como si quisiéramos medir la distancia con una balanza o pesar con un metro. Si no hay posibilidad de traducción, las pretensiones son intraducibles, son incompatibles. Todo esto está ligado a ese proceso de transformación y a nosotros nos resultaría un poco sorprendente pensar que el habla se reduzca simplemente al hecho de emitir sonidos y no en que sirve para decir cosas con sentido. En la Biblia, por ejemplo, la primera caracterización del ser humano es que pone nombre a las cosas y, cuando le ponemos nombre a las cosas se abre un mundo de sentidos socialmente reconocidos. Lo contrario es simplemente dar voces que se usan como meros eslóganes políticos incoherentes de propaganda. Esto, por supuesto, genera una cierta resistencia.

Esto afecta a los derechos humanos porque en esta realidad pierden sustancialidad y se convierten en instrumentos de propaganda política, en eslóganes publicitarios al servicio de los poderes políticos, económicos y dogmáticos de turno. No se persigue el bien de la persona como humano que es, sino que se les convierte en un sujeto instrumentalizado al servicio de una libertad política y artificial.

Epílogo y conclusión

Todo lo que fue la Revolución Francesa, sus ideales, sus normas legales sobrevenidas, la manera de imponerlas, el terrorismo de Estado subsecuente, etcétera, no puede negarse que colocan en entredicho, la bondad de dicha revolución. La Revolución Francesa, defendía una superación destructiva de la sociedad y una igualdad artificial de todos sus componentes, donde el ser humano debía superar el estado de naturaleza en el que vivía, elevándose a la calidad de ciudadano. Todo lo anterior a la Revolución Francesa, pertenecía a un 'mundo de estado natural' -casi de tribu-, y todo ello había que destruirlo a fin de que se impusiera el 'mundo de la razón' -de la diosa razón-. La superación destructiva y la igualdad artificial, que propusieron los ideólogos de los valores revolucionarios, provocaron una patente y vejatoria discriminación social en la Francia revolucionaria. Olympe de Gouges y Charlotte Corday fueron dos damas francesas -estas sí ilustres de esa etapa histórica-, las que, advirtiendo la situación de marginación y de terror imperante, cansadas de todo ello, decidieron hacer algo al respecto. Ambas, tanto una como la otra, pagaron muy cara tal osadía y por cuestionar la ideologizada y radical revolución, fueron asesinadas en la guillotina. La Revolución Francesa renegó y acabó con una monarquía absoluta, pero cayó en un Estado revolucionario delirante, del miedo y del terror, que la llevó a un imperialismo totalitario igual o peor que la misma monarquía de la que se quiso alejar. Los ideólogos de la Ilustración construyeron principios y valores que defendían al hombre blanco, ciudadano y propietario; la mujer, los niños, los extranjeros, etcétera, no eran parte de esos valores o, al menos, no en la misma medida.

Finalmente, que nadie pierda de vista que la Revolución Francesa repre-

sentó el primer genocidio de la Modernidad. Más precisamente con la conocida guerra de la Vendée. La revolución asesinó en este lugar a más de cien mil personas solo por sus convicciones religiosas e ideológicas: ‘(...) es innegable que fue así, que la pacificación y reconstrucción de la Vendée son obra exclusiva de Napoleón Bonaparte, que tanto admiró a sus combatientes por más que estuviera en sus antípodas ideológicas’. (Bárcena Pérez, 2015, pág. 241) Los habitantes lucharon por Dios y por el rey.

Referencias

- ANDERSON, P. (1998). *El estado absolutista*. Madrid: Siglo XXI.
- BACON, F. (2013). *Novum organum*. Madrid: Globus.
- BALIBAR, E., & WALLERSTEIN, I. (1990). *Razza, nazione, classe. La identità ambigua*. Roma: Associate.
- BÁRCENA PÉREZ, A. (2015). *La guerra de la Vendée. Una cruzada en la revolución*. Madrid: San Román.
- DESCARTES, R. (1993). *Discurso del método*. Barcelona: Altaya.
- HUIZINGA, J. (1994). *El otoño de la Edad Media*. Madrid: Alianza Universidad.
- KANT, I. (1999). *En defensa de la Ilustración*. Barcelona: Alba.
- MONTESQUIEU, B. (1987). *El espíritu de las leyes*. Madrid: Tecnos.
- ORWELL, G. (1970). *1984*. Navarra: Salvat.
- ROUSSEAU, J. J. (2004). *El contrato social*. Madrid: Edimat.
- WECKMANN, L. (1997). *El pensamiento político medieval y los orígenes del derecho internacional*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica.

A NECESSIDADE DA ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A GARANTIA DO TRABALHO DECENTE NO BRASIL, DIANTE DO OBJETIVO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Nº 8 DA AGENDA 2030 DA ONU

Denise de Fátima G. de Figueiredo Soares Farias

Professora de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da Universidade CEUMA. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade CEUMA. Advogada

James Magno Araújo Farias

Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa. Professor da Universidade Federal do Maranhão. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região

Resumo:

O presente estudo faz uma análise da atuação do Poder Judiciário no Brasil em prol da efetiva garantia do trabalho decente no país, diante dos conceitos estabelecidos no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas. Através do documento “Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, a Organização das Nações Unidas estabeleceu medidas pensadas para promover o desenvolvimento mundial sustentável nas próximas décadas, para a redução da pobreza e da desigualdade social. No mesmo sentido, os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio da Organização das Nações Unidas emergiram de uma série de cúpulas multilaterais realizadas durante os anos 1990 sobre o desenvolvimento humano, com foco, principalmente, na redução da extrema pobreza. Neste estudo sobre o trabalho decente será analisada a proteção em nível legislativo contra o assédio moral e o assédio sexual, contra o trabalho infantil e contra o trabalho em condições análogas à de escravidão. Por fim, será analisada a forma como os direitos fundamentais e os direitos sociais são tratados pelo sistema de justiça brasileiro, em decorrência da necessidade de efetivar os direitos sociais previstos na legislação.

Palavras-chave: Trabalho decente; Agenda 2030; Judiciário.

Introdução

A Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas lançou em Nova York, em setembro de 2015, o programa “Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”¹. A Agenda 2030 da ONU indicou dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis, os ODS, e cento e sessenta e nove metas para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos os habitantes do planeta. Na época, representantes de 193 Estados-membros da ONU reconheceram que a erradicação da pobreza em todas as suas formas e dimensões, incluindo a pobreza extrema, é o maior desafio global e um requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável.

Antes disso, porém, já havia os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM), que emergiram de uma série de cúpulas multilaterais realizadas durante os anos 1990 sobre o desenvolvimento humano. O processo de construção dos ODM contou com especialistas renomados e esteve focado, principalmente, na redução da extrema pobreza. A Declaração do Milênio e os ODM foram adotados pelos Estados-membros da ONU em 2000 e impulsionaram os países a enfrentarem os principais desafios sociais no início do século XXI. Os países membros da ONU ao adotarem o documento “Transformando o Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável”, comprometeram-se a tomar medidas ousadas e transformadoras para promover o desenvolvimento sustentável nas próximas décadas.

Neste estudo será analisada a forma de atuação do Poder Judiciário no Brasil em prol da efetiva garantia do trabalho digno ou decente, conforme as expressões presentes no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 da ONU. Será estudada também a tutela jurídica em nível legislativo e como a proteção dos direitos fundamentais sociais é tratada pelo sistema de justiça brasileiro.

O objetivo de desenvolvimento sustentável nº 8 da agenda 2030 da ONU

A Organização Internacional do Trabalho declarou, em 2008, que deveria existir justiça social para haver uma globalização justa. O conceito de trabalho digno ou trabalho decente (*decent work*)² foi adotado oficialmente pela OIT em 2010, quando foi lançada pela organização a campanha mundial que teve como tema o “Trabalho Decente para todos (*Decent work for all*)”³.

A Agenda 2030 é um plano de ação para as pessoas, para o planeta e

1 ONU. [Em linha]. [Consult. 29 de janeiro de 2021]. Disponível em <http://www.agenda2030.org.br/>

2 Nesse ano de 2010, a campanha mundial da OIT teve como tema “Trabalho decente para todos (*Decent Work for All*) e declarou que deveria existir justiça social para haver uma globalização justa”. <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>

3 <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>

para sua prosperidade, buscando fortalecer a paz universal. O plano indica dezessete Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, os ODS, e cento e sessenta e nove Metas para erradicar a pobreza e promover vida digna para todos os habitantes, dentro dos limites de capacidade estrutural do planeta. O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da Agenda 2030 refere-se especificamente ao trabalho decente e ao crescimento econômico. Dentre as principais metas⁴ desse ODS estão a proteção contra o trabalho infantil, proteção contra o labor sob condições degradantes, precarizadas e sob trabalho forçado, bem como a busca por níveis mais elevados de produtividade econômica, mediante a inovação e modernização tecnológica, a promoção de políticas para a geração de emprego decente, empreendedorismo e inovação, com incentivo à formalização e ao crescimento das micro, pequenas e médias empresas. O ODS nº 8 planeja, ainda, que seja alcançado o emprego pleno e o trabalho decente para todas as mulheres, homens, jovens e as pessoas com deficiência, com remuneração igual para trabalho de igual valor, até o ano de 2030⁵.

-
- 4 8.1. Sustentar o crescimento econômico per capita, de acordo com as circunstâncias nacionais e, em particular, pelo menos um crescimento anual de 7% do produto interno bruto nos países de menor desenvolvimento relativo. 8.2. Atingir níveis mais elevados de produtividade das economias, por meio da diversificação, modernização tecnológica e inovação, inclusive por meio de um foco em setores de alto valor agregado e intensivos em mão-de-obra. 8.3 Promover políticas orientadas para o desenvolvimento, que apoiem as atividades produtivas, geração de emprego decente, empreendedorismo, criatividade e inovação, e incentivar a formalização e o crescimento das micro, pequenas e médias empresas, inclusive por meio do acesso a serviços financeiros. 8.4 Melhorar progressivamente, até 2030, a eficiência dos recursos globais no consumo e na produção, e empenhar-se para dissociar o crescimento econômico da degradação ambiental, de acordo com o “Plano Decenal de Programas Sobre Produção e Consumo Sustentáveis”, com os países desenvolvidos assumindo a liderança. 8.5 Até 2030, alcançar o emprego pleno e produtivo e trabalho decente todas as mulheres e homens, inclusive para os jovens e as pessoas com deficiência, e remuneração igual para trabalho de igual valor. 8.6 Até 2020, reduzir substancialmente a proporção de jovens sem emprego, educação ou formação. 8.7 Tomar medidas imediatas e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão moderna e o tráfico de pessoas e assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas. 8.8 Proteger os direitos trabalhistas e promover ambientes de trabalho seguros e protegidos para todos os trabalhadores, incluindo os trabalhadores migrantes, em particular as mulheres migrantes, e pessoas com emprego precário. 8.9 Até 2030, conceber e implementar políticas para promover o turismo sustentável, que gera empregos, promove a cultura e os produtos locais. 8.10 Fortalecer a capacidade das instituições financeiras nacionais para incentivar a expansão do acesso aos serviços bancários, financeiros, e de seguros para todos. 8.a Aumentar o apoio da Iniciativa de Ajuda para o Comércio (*Aid for Trade*) para os países em desenvolvimento, particularmente os países de menor desenvolvimento relativo, inclusive por meio do Quadro Integrado Reforçado para a Assistência Técnica Relacionada com o Comércio para os países de menor desenvolvimento relativo. 8.b Até 2020, desenvolver e operacionalizar uma estratégia global para o emprego dos jovens e implementar o Pacto Mundial para o Emprego da Organização Internacional do Trabalho.
- 5 A Organização Internacional do Trabalho declarou em 2008 que deveria existir Justiça social para haver uma globalização justa. E, em 2010, a campanha mundial da OIT teve como tema o “Trabalho decente para todos (*decent work for all*)”.:in: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>

Dentre as metas do ODS nº 8 estão a busca por inovação e modernização tecnológica, a promoção de políticas para a geração de emprego decente, o empreendedorismo com incentivo à formalização e o fomento do crescimento das micro, pequenas e médias empresas. Quando referido ODS trata do trabalho decente e do crescimento econômico, contempla, por exemplo, a proteção contra a automação desenfreada, que já é objeto de proteção constitucional no Brasil desde a Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 7º, XXVII⁶. O medo da eliminação dos empregos diante do advento das novas tecnologias é tema muito discutido desde o início da Primeira Revolução Industrial, em 1769. Nesse aspecto, Ricardo Antunes afirmou que *“a produção, em ramos e setores de tecnologia de ponta, tende a ser cada vez mais inválida por robôs e máquinas digitais, encontrando no mundo digital, na inteligência artificial, nos algoritmos etc., o suporte maquinico dessa nova fase de substituição real do trabalho ao capital”*⁷.

Em 2019, a Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho, vinculada à Organização Internacional do Trabalho - OIT, lançou o relatório intitulado *“Trabalho para um futuro mais brilhante”*, no qual apontou o uso que o trabalho deve fazer da tecnologia nos próximos anos. A Comissão Global da OIT concluiu que as decisões que envolvem o trabalho devem ser tomadas por seres humanos e não por algoritmos, recomendando que haja sempre um *“humano no comando da inteligência artificial”* e alertou, ainda, para o fato de que *“a automação pode reduzir o controle e a autonomia dos trabalhadores, assim como a riqueza do conteúdo do trabalho, resultando em uma possível desqualificação e declínio na satisfação do trabalhador”*⁸.

A Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho da OIT afirmou que *“perceber o potencial da tecnologia no futuro do trabalho depende de escolhas fundamentais sobre o projeto de trabalho, incluindo a confiança em discussões detalhadas sobre a reconfiguração de partes do trabalho” entre trabalhadores e gerência*⁸. Destaca-se a seguinte passagem do mencionado relatório:

A discussão sobre tecnologia no futuro do trabalho tem tendido a centrar-se nas questões de criação e destruição de empregos e na necessidade de requalificação. A agenda centrada no ser humano exige uma atenção igualmente urgente – e complementar – ao papel mais amplo da tecnologia visando propiciar o trabalho decente. A tecnologia pode libertar os trabalhadores do trabalho árduo; da sujeira, da labuta, do perigo e da privação. Robôs colaborativos, ou *“cobots”*, podem reduzir o estresse relacionado ao trabalho e possíveis lesões. Mas os processos impulsionados pela tecnologia também podem tornar o trabalho supérfluo, chegando até a alienar os trabalhadores e atrapa-

6 BRASIL. Constituição da República, ART. 7º, XXVII.

7 ANTUNES, Ricardo. **Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da Indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo. 2020. p. 214.

8 OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Para Um Futuro Mais Brilhante** – Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho. Genebra: OIT, 2019. p. 43. Publicação digital. Download disponível em <https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/lang--pt/index.htm>

lhar seu desenvolvimento⁹.

Inobstante, na atualidade, discute-se muito o risco do avanço da inteligência artificial, da computação e da robótica sobre o mundo do trabalho neste século XXI; no entanto, infelizmente, ainda persistem desigualdades econômicas para serem corrigidas, muitas delas herdadas do velho mundo pré-industrial. Nesse aspecto, Boaventura de Sousa Santos afirmou que “*somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade e fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas*”¹⁰. Bilhões de pessoas continuam afastadas das condições mínimas de sobrevivência, vivendo sob fome, sem água potável e muito longe dos benefícios da era digital.

Por tudo isso, o advento da Agenda 2030 é muito salutar ao trazer objetivos e metas claras para que todos os países os adotem de acordo com suas realidades, atuando no espírito de uma parceria global que oriente as escolhas necessárias para garantir os direitos fundamentais e para melhorar a vida das pessoas, agora e para o futuro.

Tratamento legislativo do trabalho decente no Brasil

O conceito de trabalho digno ou trabalho decente passou a integrar a Agenda 2030 da ONU, com especial destaque no ODS nº 8, ora em estudo A proteção do trabalho decente nos termos da Agenda 2030 da ONU também deve contemplar a proteção contra o meio ambiente de trabalho insalubre e perigoso, além da proteção contra o trabalho infantil, contra o labor em condições degradantes, contra o trabalho forçado e contra o assédio moral e o assédio sexual, em resumo contra todos os conjuntos de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo, que causam prejuízos ou danos irreparáveis à dignidade e à integridade física dos trabalhadores. Felizmente, grande parte do conteúdo da Agenda 2030 já está presente na legislação brasileira, com evidente destaque para a atual Constituição da República, havendo, por óbvio, necessidade de efetivação dessas normas legais existentes.

Dentre as metas do ODS nº 8 está a proteção contra o labor sob condições forçadas, estabelecendo que devem ser tomadas medidas urgentes e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão residual e abolir o tráfico de pessoas. O trabalho escravo é uma nódoa perniciosa que resiste neste milênio. Segundo a organização *Walk Free Foundation* havia em 2016 quase 30 milhões de trabalhadores escravizados no mundo, sendo, por exemplo, 14 milhões de escravizados na Índia, 3 milhões na China, 2 milhões

9 _____ . **Trabalho Para Um Futuro Mais Brilhante** – Comissão Global Sobre O Futuro Do Trabalho Escritório Internacional do Trabalho. Genebra: OIT, 2019. p. 43. Publicação digital. Download disponível em <https://www.ilo.org/brasilia/publicacoes/lang-pt/index.htm>

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 11.

no Paquistão, 173 mil em Moçambique, quase 50 mil escravizados no Brasil e, surpreendentemente, até em Portugal, país membro da União Europeia, detectou-se a presença de 1.368 escravizados, principalmente nas áreas agrícolas alentejanas, segundo a Autoridade para as Condições de Trabalho - ACT.¹¹

Verifica-se que a exploração do tráfico de trabalhadores gera uma violação frontal a três convenções da OIT, em especial, às Convenções 29 e 105, que tratam da abolição do trabalho forçado e são convenções firmadas em 1930 e 1957, respectivamente; e fere, também, a Convenção 87, que trata da liberdade do trabalhador dentro do prisma sindical¹². Segundo estudo da OIT e da Inspeção do Trabalho, o Brasil teve 46.478 trabalhadores libertados em condições análogas à de escravos desde o ano de 1995, quando os grupos móveis de fiscalização passaram a atuar no país¹³.

O ODS nº 8 da Agenda 2030 da ONU também planeja eliminar as piores formas de trabalho infantil, incluindo o recrutamento e a utilização de crianças-soldado até 2025. O ODS nº 8 da Agenda 2030 da ONU estabeleceu que devem ser tomadas medidas urgentes e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão residual, abolir o tráfico de pessoas e eliminar as piores formas de trabalho infantil, incluindo o recrutamento e a abominável utilização de crianças-soldado. As redor do planeta são encontrados jovens trabalhando de maneira precoce e irregular. A OIT divulgou o Relatório Mundial sobre o Trabalho Infantil 2015, no qual estima que existam 250 milhões de crianças trabalhadoras em todo o mundo. Dessas, pelo menos 120 milhões de crianças entre 5 e 14 anos de idade trabalham em tempo integral e as restantes trabalham e estudam, além de acumular com outras atividades não-econômicas.

A Constituição Federal do Brasil, reproduzindo os termos da Convenção nº 138 da OIT, permite o ingresso no mercado de trabalho apenas aos 16 anos, norma repetida na CLT, excetuando o aprendizado iniciado aos 14 anos. No Brasil é proibido ainda o trabalho noturno, perigoso e insalubre para menores de 18 anos, o que atende a Recomendação nº 190 da OIT¹⁴. Porém, o trabalho infantil ainda é uma triste realidade no Brasil, com crianças e adolescentes labutando em ilegalmente antes da idade mínima permitida¹⁵, muitas vezes em condições perigosas, que interferem em sua educação ou são prejudiciais ao seu desenvolvimento psicológico, físico, moral e social. No final do século passado, a OIT constatou que o Brasil estava em terceiro lugar no ranking dos países da América Latina em trabalho infantil, perdendo somente para o Haiti e Guatemala¹⁶.

11 <http://expresso.sapo.pt/portugal-tem-cerca-de-1400-escravos=f836289>

12 OIT. Convenções acessíveis em www.ilo.org

13 OIT-SIT. **Atuação da Inspeção do Trabalho no Brasil para erradicação do trabalho análogo ao de escravo - balanço 2020**. SIT. Brasília, 2020.

14 OIT. Recomendação nº 190, acesso em www.ilo.org

15 Brasil. Constituição Federal. acesso em www.planalto.gov.br

16 PEREIRA SOBRINHO, Zéu. **O Trabalho Infantil: um balanço em transição. Criança Adolescente e trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

Em 2010, na “*Global Child Labour Conference*”, foi produzido um mapa para alcançar a erradicação das piores formas de trabalho infantil, em conformidade com o Plano de Ação Global. A relevância sobre o estudo das causas e consequências, visando um combate mais efetivo, decorreu da crescente número de trabalhadores menores em atividades laborais, especialmente nos países subdesenvolvidos, nos quais essas crianças não obrigadas a trabalharem desde cedo para contribuir com o sustento de suas famílias.

No Brasil, a PNAD - Pesquisa Nacional de Amostra em Domicílio (do IBGE), em 1995, apontou que 41,95% da população infantil trabalhava. A PNAD de 2002 já apontou redução brusca, ao dizer que 8,22% da população infantil que trabalhava (entre 5 a 15 anos – 2.2988.294 crianças. Ainda que se possa contestar a disparidade dos números da PNAD de 1995 alguns fatores contribuíram para a alteração positiva daqueles números, quais sejam: a adoção no Brasil do IPEC (Programa Internacional para Eliminação do trabalho infantil, que se compromete a erradicá-lo entre 2016 – 2020. Da mesma forma o êxito do PETI - Programa de Erradicação ao Trabalho Infantil – que tem previsão de atender 1,1 milhão de adolescentes em idade escolar até 2016, segundo dados do INESC- Instituto de Estudos Socioeconômicos. O Brasil possui um arcabouço legislativo de proteção ao trabalho da criança e do adolescente invejável, porém, para que os sistemas de garantias de direitos desses tutelados possam ser instrumentos eficazes de erradicação do trabalho infantil, deve haver a participação conjunta do Estado, da sociedade civil, dos agentes fiscalizadores e, especialmente, da família.

Por outro lado, uma realidade aterradora no mundo do trabalho e uma indignidade ao conceito de trabalho digno é a presença do assédio moral e do assédio sexual, conceituados como condutas abusivas, reiteradas e prolongadas, praticadas de forma perversa e consciente, com o intuito de prejudicar a vítima individualmente ou um grupo determinado, afrontando a dignidade e a integridade física dos trabalhadores.

Em relação ao assédio moral, no Brasil, com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o tema passou a ter maior relevância jurídica, pois foi inserida a defesa da personalidade como um dos direitos fundamentais do homem, tornando jurídico o dano moral¹⁷. A Consolidação das Leis Trabalhistas define de maneira expressa quem são os sujeitos da relação de emprego quando descreve em seu artigo 2º a definição do empregador como sendo “a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços”. Já no artigo 3º do mesmo diploma legal, temos a conceituação de empregado, definido como sendo “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”¹⁸.

17 FONSECA, Rodrigo. **Assédio moral – breves notas**. Revista LTr, São Paulo, v.1, p.34-35, jan.2007 *apud* ÁVILA, Rosemari Pedrotti – **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2ª ed., São Paulo: LTr. 2007. p.22.

18 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. acesso em www.planalto.gov.br

Diante da complexidade da elaboração de uma conceituação internacionalmente uniforme e precisa do que vem a ser o assédio moral no trabalho, a identificação dos sujeitos envolvidos no assédio moral laboral é bastante desafiadora. Após anos de análise comportamental das partes envolvidas no contrato de trabalho, a médica psiquiatra, psicanalista e vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen definiu o assédio moral como sendo “qualquer conduta abusiva (gestos, palavras, comportamento e 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 de trabalho”¹⁹. O médico francês Christophe Dejourns afirmou que o assédio moral traz uma espécie de “sofrimento invisível”, que não pode deixar de ser percebido no cotidiano laboral, impactando tanto a saúde mental quanto a saúde física do ser humano²⁰.

A Câmara dos Deputados aprovou no dia 12 de março de 2019, o Projeto de Lei nº 4.742, de 2001, que trata da criminalização da prática de assédio moral no exercício do trabalho, mas pendente ainda de aprovação pelo Senado Federal e depois do veto presidencial. A redação do Projeto de Lei 4.742/2001 sugeriu a inserção do art. 164-A no Código Penal brasileiro, oportunidade que tipificará o crime de assédio moral laboral, com a seguinte redação:

Art. 146- A. Depreciar, de qualquer forma e reiteradamente a imagem ou o desempenho de servidor público ou empregado, em razão de subordinação hierárquica funcional ou laboral, sem justa causa, ou tratá-lo com rigor excessivo, colocando em risco ou afetando sua saúde física ou psíquica.

Percebe-se, porém, um tímido avanço quanto à preocupação do Estado, especialmente em referência ao Legislativo, de editar normas eficazes direcionadas para a prevenção e punição dos atos que tipificam o assédio moral no ambiente de trabalho. O direito à saúde está previsto no art. 196 da Constituição Federal²¹, como um gênero, do qual o direito à saúde no trabalho é uma espécie fundamental para a dignidade humana e um direito natural de todos os trabalhadores.

Ainda nessa neo vertente legislativa protetiva, o *stalking* já foi regulamentado no Brasil pela Lei nº 14.132/21, que o tipificou no art. 147-A do Código Penal como crime de perseguição, consistente em perseguir ou assediar uma

19 HIRIGOYEN, Marie-France. **Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral.** Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

20 DEJOURNS, Christophe. **A loucura no trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho.** 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015. p. 156-158.

21 CF, art. 196 “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.” Consultado em 15/09/19 http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm

pessoa por qualquer meio, com a intenção de ameaçar sua integridade física ou psicológica, de modo a invadir ou perturbar a sua liberdade ou sua privacidade e ponto de restringir sua liberdade de locomoção, de modo que a perseguição de trabalhadores no Brasil pode ser punido como *stalking*, com pena de seis meses a três anos de reclusão.

Por outro lado, o crime de assédio sexual foi incluído no Código Penal brasileiro pela lei nº 10.224/2001. O art. 216-A do CP passou a dispor: “constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente da sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Pena - detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos. Pelo § 2º a pena é aumentada em até um terço se a vítima é menor de dezoito anos (que foi incluído pela Lei nº 12.015, de 2009). É salutar a premissa de que as relações de trabalho contemporâneas já possuem estruturas mais complexas que não centralizam o poder diretivo em uma única pessoa, sendo praxe nas empresas a descentralização do referido poder aos exercentes de cargo de confiança, como as gerências, chefias, supervisões, diretorias dentre outros que possuem a delegação do poder diretivo²².

Conforme pode ser observado, o legislador estabeleceu o poder diretivo do contrato de trabalho como característica dada ao empregador, ao passo que o empregado é regido pela dependência do trabalho e pela subordinação. Ocorre que o exercício equivocado do poder diretivo pelo empregador poderá gerar rugas no contrato de trabalho, capazes de configurar assédio moral.

A necessidade de regulação se faz urgente diante da crescente detecção da ocorrência de condutas qualificáveis como assédio moral laboral. A exemplo dessa realidade, o Ministério Público do Trabalho registrou 29.179 denúncias de assédio moral entre os anos de 2012 e 2018, período no qual ajuizou 817 ações e firmou 2.961 termos de ajustamento de conduta (TAC). Ressalta-se que a ocorrência do assédio moral no ambiente corporativo não se restringe apenas ao âmbito privado, a Controladoria Geral da União fez uma pesquisa na qual observou que no serviço público federal, de 1º de janeiro de 2014 até o dia 11 de abril de 2019, foram registrados 906 processos que tratam de assédio, dos quais 82,5% (747), de assédio moral, 14,9% (135), de assédio sexual e 2,6% (24), de ambos²³.

O Tribunal Superior do Trabalho e o Conselho Superior da Justiça do Trabalho lançaram, em 02 de maio de 2019, no dia nacional de Combate ao

22 CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. 2. reimp. São Paulo: Atlas, 2007, p. 184. O autor remete a descentralização do poder diretivo à figura do preposto, senão vejamos: “é aquele que presta serviço ou realiza alguma atividade por conta e sob direção de outrem, podendo essa atividade materializar-se numa função duradoura (permanente) ou num ato isolado (transitório). O fato é que há uma relação de dependência entre o preponente e o preposto, de sorte que este último recebe ordens do primeiro, está sob seu poder de direção e vigilância”.

23 <https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2019/05/06/interna-brasil,753261/casos-de-assedio-moral-crescem-no-brasil.shtml>

Assédio Moral, a campanha “*Pare e Repare – Por um Ambiente de Trabalho Mais Positivo*”, voltada para ambiente interno dos tribunais trabalhistas, após a constatação de denúncias de assédio moral e sexual entre magistrados e servidores na Justiça do Trabalho²⁴, vez que este ramo judiciário é o responsável pela condenação das práticas assediosas nas relações laborais, e que, internamente, em suas relações administrativas, deve dar bom exemplo nesse sentido.

Por fim, importante destacar que a problemática do assédio moral é um mal global, tanto que no dia 21 de junho de 2019, a Organização Internacional do Trabalho aprovou a Convenção nº 190, o primeiro instrumento global sobre violência e assédio no trabalho, o que reforça a importância do tema. A Convenção nº 190 da OIT, que trata da eliminação do assédio e da violência no mundo do trabalho, entrou em vigor em 25 de junho de 2021, mas o Brasil ainda não é signatário da mesma, infelizmente, o que, por óbvio, deve ser feito o quanto antes.

A crescente notificação da ocorrência de casos de assédio sexual e moral no meio laboral evidencia que os números oficiais de registro estão muito aquém dos casos reais, mas, certamente, a recente movimentação legislativa com intuito de vir a criminalizar a prática de assédio moral no exercício do trabalho é o reflexo da urgência em punir os assediadores, e, de maneira reflexa, coibir as práticas de assédio moral laboral.

A eliminação dessas patologias será um avanço significativo em direção ao trabalho digno pensado pelo ODS nº 8 da Agenda 2030 da ONU.

A atuação do sistema de justiça para a garantia do trabalho decente no Brasil

O controle estatal das relações de trabalho no Brasil é feito, segundo determinação constitucional, pela União Federal²⁵. Para tanto, em cada uma de suas esferas de competência e atribuições legais, existe a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e a cooperação eventual da Polícia Federal em ações de fiscalização e intervenção.

Mauro Cappelletti e Bryant Garth afirmaram que o acesso à justiça “é um direito social básico nas modernas sociedades” e a efetividade perfeita tem de ser representada em uma completa “igualdade de armas” entre as partes antagonicas²⁶. Cappelletti e Garth afirmaram que “o acesso à justiça não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o pronto central da moderna processualística”²⁷. Cappelletti e Garth defenderam que o acesso a “uma ordem jurídica justa” é

24 [Em linha]. [Consult. 25 de agosto de 2019]. Disponível em http://www.tst.jus.br/noticia-destaque/-/asset_publisher/NGo1/content/tst-lanca-cartilha-e-videos-sobre-asse-dio-moral?inheritRedirect=false

25 BRASIL. Constituição da República. Art. 114 e seguintes.

26 CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.

27 _____. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 20.

fundamental ao processo moderno²⁸. Kazuo Watanabe afirmou que “o direito de acesso à justiça é também o direito de acesso a uma justiça adequadamente organizada, e o seu acesso deve ser assegurado por instrumentos processuais aptos à efetiva realização do direito”²⁹.

A Justiça do Trabalho recebeu as competências legais e constitucionais para exercer a tutela jurisdicional das relações de trabalho no Brasil³⁰. Em 2016 tramitaram 4,9 milhões de processos na Justiça do Trabalho³¹. Esse número diminuiu para aproximadamente 3 milhões de processos após a promulgação da Lei nº 13.467/17, ficando estável nessa faixa entre 2020 e 2021³². Segundo o anuário Justiça em Números do CNJ, a Justiça do Trabalho tem julgado anualmente uma quantidade de processos maior do que o volume recebido, com o detalhe de que mais da metade dos processos ajuizados diziam respeito à falta de pagamento das verbas trabalhista devidas pelas rescisões contratuais. Márcio Túlio Viana afirmou:

A Justiça do Trabalho serve apenas aos que já não têm o que perder. Se não pode procurar a Justiça do Trabalho enquanto empregado, o trabalhador tem de procurá-la quando já perdeu o emprego – pois de outro modo não poderá reparar seu prejuízo. Assim a Justiça do Trabalho não é apenas seu último - mas o seu único – recurso³³.

Ou seja, tornar a Justiça do Trabalho um espaço não do desemprego, mas sim de diálogo e da prevenção de litígios é um caminho a seguir. Campanhas como o “Trabalho Seguro” e a “Comissão Nacional de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem”, ambos do TST, representam um bom indicativo nesse sentido. Conscientizar do risco é melhor do que julgar depois para reparar o prejuízo³⁴.

Por outro lado, na esfera administrativa, o Ministério do Trabalho tem um quadro muito reduzido de auditores fiscais, o que torna praticamente impossível fiscalizar e aplicar multas a todas as empresas infratoras ou, pior, não consegue extirpar o trabalho em condições degradantes, precarizado ou mesmo análogo à de escravidão, crime tipificado no Código Penal, mas infeliz prática ainda encontrada em algumas regiões do país. O Ministério Público do Trabalho também tem atuado bastante na prevenção e fiscalização das condições trabalhistas indignas e subumanas - e muito tem feito para eliminar as práticas ilícitas existentes, ajuizando ações civis públicas, variadas ações

28 _____. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 13.

29 WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988. p.135. ISBN 85-2030-690

30 BRASIL. Constituição Federal. Capítulo III, artigos 92, 112, 113 e 114.

31 BRASIL. http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/documentos_jn/trabalho.swf

32 CNJ. *Justiça em Números*. Relatório 2022, ano base 2021. Brasília: CNJ, 2022. Publicação digital. Download disponível em www.cnj.jus.br

33 VIANA, Márcio Túlio. **Proteção ao emprego e estabilidade sindical: onde termina o discurso e termina a realidade**. São Paulo: Revista LTr, vol. 65-09, 2001, p. 1044.

34 www.tst.jus.br

trabalhistas e abrindo inquéritos civis para apuração de responsabilidades em razão dessas violações aos direitos dos trabalhadores, muitas vezes resultado em Termos de Ajustamento de Conduta que possuem grande efeito na solução desses problemas. Uma sugestão para agilizar a tutela jurisdicional seria dar um tratamento diferenciado e preferencial na Justiça do Trabalho às ações civis públicas, anulatórias, rescisórias e outras propostas pelo MPT, que assim ganhariam maior agilidade, pois na atualidade, com exceção da ação civil pública, qualquer ação intentada pelo MPT recebe andamento processual igual às ações privadas, o que é injustificável.

Há, portanto, necessidade de uma grande articulação interinstitucional entre as autoridades judiciais, órgãos públicos e a sociedade civil organizada para tentar romper o abismo entre o garantismo legal e a realidade da super exploração do trabalho humano. Desejável, em conclusão, que haja uma relação mais intensa entre a Justiça do Trabalho, o Ministério Público do Trabalho, o Ministério do Trabalho e o sistema Legislativo, na tentativa de encontrar soluções para os problemas existentes. Cabe ao sistema de justiça brasileiro, nesse sentido, implantar em sua plenitude os termos do ODS nº 8 da Agenda 2030.

Conclusão

A Agenda 2030 é um plano de ação da ONU dirigido para todo o planeta em busca da prosperidade, para fortalecer a paz universal, para erradicar a pobreza e para promover uma vida digna para todos os habitantes do planeta, agora e para o futuro. A exploração do trabalho humano no Brasil e no mundo está enraizado em razão de fatores históricos apoiados por práticas jurídicas, sociais e culturais que de maneira conjunta contribuem para a manutenção dessa condição de exploração.

A proteção do trabalho decente nos termos da Agenda 2030 da ONU também deve contemplar a proteção contra a automação desenfreada, a proteção contra o meio ambiente de trabalho insalubre e perigoso, além da proteção contra o trabalho infantil, contra o labor em condições degradantes, contra o trabalho forçado e contra o assédio moral e o assédio sexual. Em resumo, contra todos conjuntos de condutas abusivas e intencionais, reiteradas e prolongadas no tempo, que causam prejuízos ou danos irreparáveis à dignidade e integridade física dos trabalhadores.

O ODS nº 8 da Agenda 2030 estabeleceu que devem ser tomadas medidas urgentes e eficazes para erradicar o trabalho forçado, acabar com a escravidão residual, abolir o tráfico de pessoas e eliminar as piores formas de trabalho infantil, incluindo o recrutamento e a abominável utilização de crianças-soldado. O ODS nº 8 planeja, ainda, que seja alcançado o emprego pleno e o trabalho decente para todas as mulheres, homens, jovens e as pessoas com deficiência, com remuneração igual para trabalho de igual valor até o ano de 2030.

O direito de acesso à justiça é um direito fundamental. A Justiça do Trabalho recebe e julga milhões de processos anualmente. Na origem dessas ações estão os mais variados motivos, desde a falta de pagamento de rescisões contratuais, de violações contratuais e até casos de assédio moral, assédio sexual e trabalho degradante. De igual importância é a atuação do Ministério Público do Trabalho e da Inspeção do Trabalho, que são fundamentais para detectar, prevenir e reprimir as condutas ilegais e violadoras de direitos laborais no país.

Em suma, a implantação das metas pensadas pela Agenda 2030 da ONU, em prol de um futuro melhor, é uma missão que deve ser de todos os componentes do sistema de justiça do Brasil, juntamente com organismos não governamentais, sindicatos profissionais e patronais, empresas, Conselhos Tutelares e com toda a sociedade civil, para que, juntos, consigam trazer paz, prosperidade e, de fato, garantir trabalho digno para todos os brasileiros, em sua plenitude.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **Trabalho intermitente e uberização do trabalho no limiar da Indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020.

ÁVILA, Rosemari Pedrotti. **As consequências do assédio moral no ambiente de trabalho**. 2ª ed., São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. acesso em www.planalto.gov.br

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CNJ. **Justiça em Números**. Relatório 2022, ano base 2021. Brasília: CNJ, 2022. Publicação digital. Download disponível em www.cnj.jus.br

_____. **Justiça em Números**. Relatório 2018, ano base 2017. Brasília: CNJ, 2022. Publicação digital. Download disponível em www.cnj.jus.br

DEJOURS, Christophe. **A loucura no trabalho: estudo de psicopatologia do trabalho**. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2015.

HIRIGOYEN, Marie-France – **Mal-estar no trabalho. Redefinindo o assédio moral**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. **Trabalho Para Um Futuro Mais Brilhante** – Comissão Global sobre o Futuro do Trabalho. Genebra: OIT, 2019. Publicação digital. Download disponível em <https://www.ilo.org/brasil/publicacoes/lang--pt/index.htm>

OIT-SIT. **Atuação da Inspeção do Trabalho no Brasil para erradicação do trabalho análogo ao de escravo - balanço 2020**. SIT. Brasília, 2020.

PEREIRA SOBRINHO, Zéu - **O Trabalho Infantil: um balanço em transição. Criança Adolescente e trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça.** Coimbra: Almedina, 2014.

VIANA, Márcio Túlio. **Proteção ao emprego e estabilidade sindical: onde termina o discurso e termina a realidade.** São Paulo: Revista LTr, vol. 65-09, 2001.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à justiça e sociedade moderna.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

LIBERDADE, DESIGUALDADE, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO NO BRASIL

Carlos Magno Alhakim Figueiredo Júnior

Faculdade de Direito de Vitória. Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória. Mestre em Gestão Social, educação e Desenvolvimento Regional pela Faculdade Vale do Cricaré Tabelião e Registrador na cidade de São Mateus-ES

James Ricardo Ferreira Piloto

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Doutorando em Direito pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Mestre em Direito pela Universidade Portucalense Infante D. Henrique. Advogado e Engenheiro

Resumo:

O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo e possui uma grande concentração de renda. Sob a ótica do estado de direito, a realidade brasileira mostra que a lei e a justiça são aplicadas de forma seletiva, sendo lenientes com os estratos sociais elevados e rigorosas com os desfavorecidos. Assim, o problema da presente pesquisa é: em que medida a profunda desigualdade existente no país, a pouca perspectiva de ascensão social e de liberdade e aplicação seletiva do ordenamento jurídico fragiliza o estado de direito? Relevante destacar que a desigualdade afeta diretamente o desenvolvimento e a liberdade das pessoas. O objeto da investigação é descrever a relação existente entre a liberdade, as desigualdades, a democracia e o estado de direito, enquanto o recorte dos objetivos específicos da pesquisa consiste em: descrever o que vem a ser estado de direito e democracia; apresentar a relação entre desenvolvimento, liberdade e justiça; analisar as implicações das desigualdades no estado de direito e na democracia. O estudo se dará a partir do marco teórico de Amartya Sen e de Oscar Vilhena Vieira. O método de procedimento dar-se-á por meio de revisão bibliográfica. O método de pesquisa utilizado é o hipotético dedutivo. Os resultados esperados indicam que: o Brasil deve desenvolver políticas públicas voltadas ao desenvolvimento das capacidades das pessoas desfavorecidas, pois, ao minimizar as diferenças do conjunto capacitário entre os indivíduos, a consequência será a diminuição das desigualdades; urge a adoção de medidas de aplicação de leis e da justiça de forma diferenciada, em harmonia com as realidades das classes hipossuficientes.

Palavras-chave: Desigualdades; Liberdade; Estado de Direito; Democracia;

Justiça.

Introdução

O Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, possuindo uma das maiores concentrações de renda. Sob a ótica do estado de direito, a realidade brasileira mostra que a lei e a justiça são aplicadas de forma seletiva, sendo lenientes com os estratos sociais elevados e rigorosas com os desfavorecidos. Em um estado de direito, a lei deveria ser abstrata, geral e aplicada indistintamente a todos.

O Brasil é um país com poucas oportunidades de mobilidade social, em que um número significativo de pessoas dos estratos sociais desfavorecidos, por falta de oportunidade, desacredita na democracia e no estado de direito. Assim, o problema da pesquisa é: em que medida a profunda desigualdade existente no país, a pouca perspectiva de ascensão social e de liberdade e a aplicação seletiva do ordenamento jurídico fragiliza o estado de direito? Relevante destacar que a desigualdade afeta diretamente o desenvolvimento e a liberdade das pessoas.

O objeto da investigação é a relação existente entre a liberdade, as desigualdades, a democracia e o estado de direito, enquanto o recorte dos objetivos específicos da pesquisa consiste em: (i) descrever o que vem a ser estado de direito e democracia; (ii) apresentar a relação entre desenvolvimento, liberdade e justiça (iii) analisar as implicações das desigualdades no estado de direito e na democracia.

A hipótese é que devem ser implementadas políticas públicas que valorizem a liberdade substantiva, na qual possa haver uma grande diversidade de opções e que caiba à pessoa o poder de escolher o tipo de vida que deseja viver contribuindo, assim, para a redução das desigualdades socioeconômicas e que devem ser criados mecanismos de aplicação das leis no Brasil de forma mais justa.

O estudo se dará a partir do marco teórico de Amartya Sen e de Oscar Vilhena Vieira. A pesquisa se justifica devido aos inúmeros problemas sociais existentes no Brasil. O recorte epistemológico é o estudo da realidade brasileira sob a perspectiva da desigualdade e sua repercussão no estado de direito e na democracia. Sendo o método de pesquisa utilizado o hipotético dedutivo.

No que corresponde ao método de procedimento foi realizada uma revisão bibliográfica em textos, que abordam o tema, do banco de Dissertações e Teses da Capes e referências mais citadas nos indexadores de pesquisa como Google Scholar, Research Gate, Scielo, com filtro cronológico de publicações dos últimos 5 anos, sob a compreensão teórica da desigualdade, liberdade, estado de direito e democracia. Essa pesquisa foi desenvolvida junto ao PPGD/IDP, na área de concentração em Direito Constitucional, na linha de pesquisa Estado, Constituição e Democracia.

O Estado de Direito e a democracia

Para se construir o conceito de Estado de Direito, há que se pensar no Estado, segundo Mário Lúcio Quintão Soares (2004), como uma organização jurídica de poder das sociedades civilizadas, que sucede a outras formas de organização política e que sofreu mudanças de paradigmas em seu processo histórico, sendo, pois, um produto da cultura ocidental, fundamentado sobre um funcionalismo especializado e um direito racional.

Em termos antropológicos, Soares (2004, p. 81) sustenta que:

O Estado surgiu de forma independente, em diferentes lugares e em momentos distintos, configurando-se de diversas maneiras:

- por conquista exterior;
- pelo desenvolvimento interno;
- ou por ambas, de forma alternada;
- em determinadas regiões, como consequência da conjuntura das relações territoriais e consanguíneas.

Com relação a gênese histórica, o marco da criação do Estado foi o surgimento de uma nova classe social, a burguesia (SOARES, 2004). Posto que a economia liberal necessitava de segurança jurídica que o monarca absoluto não assegurava devido às suas frequentes intervenções na esfera jurídico-patrimonial dos súditos.

Canotilho destaca que o estado de direito possui um princípio básico que “é o da eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos com a consequente garantia de direitos dos indivíduos perante a esses poderes” (1999, p. 09).

Posteriormente, toda a construção constitucional liberal que edificou o Estado de Direito, sempre visou a certeza do direito, o laço que vinculava as funções estatais às leis gerais, protegia o sistema de liberdade codificada do direito privado burguês e a economia de mercado (SOARES, 2004).

Assim, o Estado de Direito em sentido amplo significa que as pessoas devem obedecer às leis e serem reguladas por elas (RAZ, 2012). De acordo com Barroso (2018, p. 2189) “em um Estado de direito, a Constituição e as leis, a um só tempo, legitimam e limitam o poder político”.

Nesse contexto, temos que o direito tem a incumbência de limitar o poder político e estabelecer normas que devem ser observadas por todos os membros da sociedade, fazendo com que se tenha previsibilidade de quais os comportamentos são permitidos, bem como os que não serão aceitos. Assim, o estado de direito contribui para a pacificação social. Nas palavras de Rudolf von Ihering “a paz é o fim que o Direito tem em vista” (2009, p. 23).

No entanto, cabe destacar que o direito possui fins distintos nos estados democráticos e nos estados autocráticos, enquanto naquele, o direito tem a incumbência de observar e melhorar o bem-estar da sociedade como um todo e respeitando os direitos de cada pessoa, além de servir como instrumento

da justiça, nesse é utilizado como mecanismo de dominação com o intuito de perenização do regime dominante (NADER, 2018).

Portanto, em uma sociedade democrática, cabe a própria população criar e aperfeiçoar as leis que disciplinarão a sociedade, evitando dessa maneira, que o indivíduo em particular e a sociedade em geral fique ao arbítrio dos poderosos. Tais leis, devem possuir conteúdos mínimos com o intuito de estabelecer valores básicos que possam orientar a sociedade num caminho que a torne mais justa, digna e solidária (DE MORAIS, 2011). Importante recordar que:

Nem sempre o Estado Social pautou-se pelo respeito à lógica do Estado de Direito. Em diversos países, a crise do liberalismo levou o ideário constitucionalista a ser visto como relíquia de museu. A necessidade de construção de um Estado mais forte, para atender às crescentes demandas sociais, foi utilizada como pretexto para aniquilação dos direitos individuais e das franquias democráticas. Este fenômeno foi intenso nas décadas de 30 e 40 do século passado, com a instauração de regimes totalitários (Alemanha e Itália), ou, mais frequentemente, autoritários (Brasil, durante o Estado Novo). Nestas situações, pode-se falar em Estado Social, mas não em constitucionalismo social. (SARMENTO, 2012, p. 106 e 107).

A evolução histórica e a superação do liberalismo, a que se vinculou o conceito de Estado de Direito, na visão de José Afonso da Silva (1988) colocam em debate a questão da sua sintonia com a sociedade democrática. Posto que “a concepção liberal do Estado de Direito servira de apoio aos direitos do homem, convertendo os súditos em cidadãos livre” (SILVA, 1988, p 16).

De modo que, Soares (2004) coloca em xeque a validade do direito que se expressa nessa interna conjunção da coerção universal recíproca com a liberdade de cada um, com a evolução do Estado moderno, no que tange à sua organização. Essa evolução “consistiu na passagem dos meios reais de autoridade e administração, que eram de domínio privado, para a propriedade pública; e que o poder de mando, que se vinha exercendo como um direito do indivíduo, fosse expropriado, primeiro, em benefício do príncipe absoluto, e depois, do Estado” (SOARES, 2004, p. 82).

Formava-se e se consolidava o Direito Constitucional burguês como técnica protetora da liberdade e propriedade, e um Estado de Direito como um mero instrumento superestrutural, voltado à manutenção do poder das elites. Contudo, foi o individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado Liberal que provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste, que desvelaram a insuficiência das liberdades burguesas, permitindo que se tivesse consciência da necessidade da justiça social (SILVA, 1988).

O Estado de Direito, sob a perspectiva formal, pode ser conceituado e mensurado a partir da sua funcionalidade e não sob a ótica substantiva, como

a justiça ou a liberdade (VIEIRA, 2007). No entanto, para atender os anseios da sociedade, não pode o estado de direito existir apenas sob a perspectiva formal, é necessário que concretize os direitos fundamentais previstos na carta magna por meio de políticas públicas direcionadas para esse fim.

De acordo com BARROSO (2016, p. 59), o estado de direito e a democracia devem observar a “realização de valores substantivos, na concretização dos direitos fundamentais e na observância de procedimentos que assegurem a participação livre e igualitária de todas as pessoas nos processos decisórios”.

Dessa forma, temos que a principal função de um sistema jurídico de um Estado Democrático é servir de guia seguro para a ação humana. As concepções do liberalismo e da democracia, portanto, requerem a expansão do Estado de Direito para todos. Contudo, ressalta Silva (1988), que o Estado de Direito, na atualidade, deixou de ser formal, neutro e individualista para transformar-se em Estado material de Direito, enquanto adota uma dogmática e pretende realizar a justiça social.

Desenvolvimento, liberdade e justiça

A relação do mecanismo de desenvolvimento dos indivíduos com a liberdade e justiça, suscita falar do desenvolvimento econômico e da negação de oportunidades que acarreta injustiças sociais desveladas na sociedade contemporânea.

Em certo momento, o indivíduo tornou-se o centro da sociedade, nesse tempo todos os membros da sociedade afirmam-se iguais por essência (SOARES, 2004). Contudo, para Soares essa igualdade, devido à natureza humana comum, constitui igualdade meramente de direitos em detrimento da igualdade de fato.

Isso porque, “a condição de agente de cada um é inescapavelmente restrita e limitada pelas oportunidades sociais, políticas e econômicas” (SEN, 2010, p. 09-10). Significa dizer que as liberdades individuais de cada um dependem de outros fatores, como as disposições sociais e econômicas, por exemplo, gozar dos serviços de educação e saúde. Uma perspectiva de desenvolvimento pautada na liberdade passa por essas questões sociais, inevitavelmente.

Por exemplo, a importância da liberdade de emprego e prática do trabalho é crucial para a compreensão dos valores que pautam o desenvolvimento do indivíduo como fator libertário dele. “E o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente” (SEN, 2010, p. 10). Nesse contexto, Sen demonstra que o desenvolvimento pode ser visto como um processo de expansão das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

Se a formação do Estado, buscou sua legitimação através das lutas políticas e sociais, “com a ampliação do conceito de cidadania mediante expansão

dos direitos políticos a outros segmentos sociais e o resgate da ideia de igualdade jurídica como o marco dos direitos fundamentais” (SOARES, 2004, p. 86), cabe a noção de desenvolvimento, que requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade na sociedade: pobreza, carência de oportunidades econômicas, negligência dos serviços públicos e intolerância excessiva de Estados repressivos (SEN, 2010).

A democracia, como realização de valores de convivência humana (igualdade, liberdade e dignidade) é, segundo Silva (1988), um conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu como expressão jurídica da democracia liberal. Assim sendo, o *ataque se concentra en las dudas histórico-culturales respecto a la defensa de la democracia para gente que no la practica* (SEN, 2006). A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas possui também o dever de assegurar a justiça substantiva, passa a ser mais evidente (VIEIRA, 2007). Na visão de Amartya Sen (2010, p. 18):

As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.

Existe uma relação causal, na visão de Sen, de que essas liberdades de direitos também contribuem eficazmente para o progresso econômico. “A generalidade e a aplicação imparcial das leis, como virtudes internas do Estado de Direito, estão diretamente associadas à noção de igualdade perante a lei obtida pela expansão da cidadania” (VIEIRA, 2007, p. 35).

Nesse sentido, o Estado deve desenvolver políticas com o intuito de reduzir as desigualdades sociais, sendo que essas ações não devem focar exclusivamente na renda ou em valores monetários, pois, o ser humano é complexo e diverso. Assim, um determinado valor que possa vir a satisfazer as necessidades de um homem jovem e saudável, por exemplo, talvez não seja suficiente para atender as demandas de um homem idoso e enfermo (SEN, 2001).

Dessa maneira, o foco das políticas de redução das desigualdades não deve ser a pobreza ou a deficiência de renda, mas, a privação de capacidades humanas que impactam diretamente nos desejos e na liberdade de escolha da pessoa, afetando, portanto, no seu bem-estar e na sua felicidade.

Nessa perspectiva, as demandas da sociedade por igualdade, ou pela redução das desigualdades, devem ser sopesadas sob uma perspectiva macro, pois, muitas vezes a variável selecionada poderá ser a causa do aumento das desigualdades de outros parâmetros. Assim, não podemos fazer a análise de redução das desigualdades sob uma ótica singela, utilizando uma única variável, sob pena de serem criadas outras distorções. Contudo, existem distinções na aplicação do Direito, tratadas a seguir, que são fruto das condições socioeconômicas desiguais da população.

Implicações das desigualdades sociais no Estado Democrático de Direito

No Estado Democrático de Direito, a igualdade política estabelecida entre os indivíduos, meramente formal, engendrou uma sociedade desequilibrada (SOARES, 2004). O que significa dizer que a lei e sua aplicação são moldadas conforme diferentes camadas de privilégios, como afirma Vieira (2007), sendo esse um paradoxo enfrentado por muitos regimes democráticos com altos índices de desigualdades sociais, como é o caso do Brasil.

De acordo com Vieira (2007), nesse viés de desigualdade versus Estado de Direito, a Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã, veio reparar um passado de injustiças e desigualdades sociais. Nessa mesma toada, Barroso (2015, p. 26 e 27) diagnostica que tradicionalmente a deficiência do estado de direito no Brasil é fruto da “falta de seriedade em relação à lei fundamental e a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser previsto na norma”.

Contrapondo essa afirmativa, Soares (2004) declara que a constituição brasileira permanece com um sistema excludente e perverso, legitimado por uma democracia formal, favorecendo os interesses das classes dominantes, ou seja, a constituição atual nada mais é do que continuidade das Constituições anteriores no sentido de perpetuar a sistemática de exploração e exclusão social perpetrada pela classe dominante.

Nas palavras de Soares “Apesar dos valores inseridos na Carta Magna vigente, como se pode falar em democracia numa sociedade injusta e perversa, com instituições políticas desacreditadas, sem mecanismos eficazes de distribuição de rendas?” (2004, p. 231).

Analisando a situação do país, é fácil constatar que passados mais de 34 anos da promulgação da Constituição de 1988, não houve de fato ações promovidas pelo Estado Brasileiro para materializar os direitos estabelecidos na referida Constituição. De fato, grande parcela da população brasileira permanece a margem do estado democrático de direito, convivendo diuturnamente com a violação de seus direitos.

Marilena Chaui entende que as classes dominantes utilizam o estado de direito como instrumento para manter o *status quo* de dominação e exploração das classes dominadas (2017). Assim, sob essa concepção, o estado de direito serve como mecanismo para preservar os interesses dos poderosos.

Segundo Sen (2010, p. 23), “a privação de liberdade econômica, na forma da pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdade”. Dessa maneira, é certo dizer que é possível ter direitos, mas não possuir os recursos suficientes para exigir a sua implementação. A falta de recursos ou de mecanismos para que o indivíduo, pertencente as classes desfavorecidas, possa exigir que o estado de direito proteja seus legítimos interesses, faz com que parcela da sociedade não acredite no estado de direito.

Desse modo, o controle do poder do Estado e sua submissão à lei se torna uma consequência de como o poder econômico está distribuído, pois, “se a pessoa for suficientemente mais rica do que outra e as cortes forem corruptíveis, então o sistema jurídico irá favorecer o lado economicamente mais favorecido e não o mais justo” (VIEIRA, 2007, p. 46).

No Brasil, a distribuição desproporcional de poder econômico entre os indivíduos e grupos subverte as instituições, incluindo o trabalho das instâncias responsáveis pela aplicação da lei. Isso porque os altos índices de pobreza, que segregam os desfavorecidos economicamente, criam um obstáculo na integridade do sistema jurídico.

A exclusão social e econômica, decorrente de níveis extremos e duradouros de desigualdade, destrói a imparcialidade da lei. Segundo Vieira (2007), isso causa a invisibilidade dos extremamente pobres, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, aos olhos dos indivíduos e das instituições. Em outras palavras, a igualdade formal proporcionada pela linguagem dos direitos não se converte em acesso igualitário ao Estado de Direito ou à aplicação imparcial das leis e dos direitos.

Para muitos que não experimentam a sensação de serem tratados com igual consideração e respeito por aqueles responsáveis por aplicar a lei e pela sociedade em geral, não existe razão alguma para que ajam em conformidade com o Direito (VIEIRA, 2007, p. 43).

Gargarella (2007, p. 20) chama atenção para o fato de que em sociedades em que ocorre a aplicação seletiva do ordenamento jurídico em prol das classes dominantes faz com que se tenha a fragilização do estado de direito. A permanência dessa situação vai corroendo as estruturas democráticas e do estado de direito, podendo em alguns casos resultar em sua ruptura.

“De tal modo, se torna correto pensar no Estado de Direito não em termos de sua existência ou inexistência, mas sim em graus de inclusão” (VIEIRA, 2007, p. 36). Pois a falha em melhorar significativamente a distribuição de recursos e reorganizar o tecido social altamente hierarquizado tem impedido que o Direito exerça seu papel (VIEIRA, 2007). Onde se torna comum, que o Direito seja aplicado de modo não imparcial, mesmo que as pessoas sejam possuidoras de direitos iguais perante a lei.

A lei e o direito sob essas circunstâncias podem, com frequência, ser vistos como uma farsa, como uma questão de poder, para que aqueles que estão entre os mais afortunados possam negociar os termos de suas relações com os excluídos (VIEIRA, 2007, p. 42).

Assim, na visão de Vieira, mesmo que se tenha um sistema jurídico adequado às diversas máximas relacionadas com a formalidade do Direito, a ausência de um mínimo de igualdade social e econômica inibe a reciprocidade através da subversão do Estado de Direito. A inércia do estado faz com que

naturalmente diversas pessoas e grupos se indignem com tal situação que se arrasta desde os primórdios do Brasil.

Essa subversão do estado do direito em que parcela da sociedade não acredita na aplicação imparcial das leis, resulta na fragilização da democracia, fazendo com que parcela da sociedade fique suscetível a discursos autoritários de promessas de melhorias de vida da população, o que torna clara a necessidade de o Estado de Direito evoluir, expandir o direito no papel, e, talvez de maneira mais crítica, como esses direitos são consistentemente implementados pelo Estado.

Considerações finais

O Estado moderno nasceu de uma estrutura absolutista em benefício de uma nova classe social em ascensão, a burguesia. Contudo, em sua evolução, sua essência se tornou menos elitista e mais inclusiva, ao menos no papel.

Isso por quê, de maneira profunda e persistente, a desigualdade socioeconômica afeta a dignidade das pessoas e fere o Estado de Direito. Nesse contexto, é necessário que sejam estabelecidas políticas públicas em que seja valorizada a liberdade substantiva, na qual cada pessoa possa ter uma grande diversidade de opções para que possa escolher a que lhe for mais conveniente.

As políticas públicas devem ser direcionadas ao desenvolvimento das capacidades das pessoas desfavorecidas, pois, ao minimizar as diferenças do conjunto capacitário entre os indivíduos, a consequência será a diminuição das desigualdades

Há de se atentar, ainda, para o fato de que a humanidade é heterogênea, alguns indivíduos possuem menos habilidades ou talentos que outros e isto representa uma limitação na sua capacidade de possuir liberdade de escolha. Tal situação contribui para a manutenção, ou aumento, da desigualdade, fazendo com que haja um círculo vicioso.

No que tange ao estado de direito, urge a adoção de medidas em que a aplicação de leis e da justiça seja feita de forma diferenciada, mas, diferentemente do que hoje é praticado, essa diferenciação deve ser feita em prol das classes hipossuficientes.

Tais ações farão com que a sociedade passe a acreditar nas intuições e no próprio estado de direito, evitando que se tenha espaços para o surgimento de políticos autoritários que possam conduzir o Brasil a retrocessos democráticos.

Em face do exposto, é possível concluir que a desigualdade social, profunda e duradoura no Brasil, corrói a integridade do Estado de Direito. A impunidade causada pela ineficiência estatal, corrupção ou seletividade do sistema colocam em risco a estrutura jurídica do Estado, posto que a condição econômica tem sido instrumento de regulação das liberdades individuais.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 5, Número Especial, 2015 p. 23-50.

BARROSO, Luís Roberto. **Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas.** Rev. Direito Práx., Rio de Janeiro, Vol. 9, N. 4, 2018, p. 2171-2228. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806/21752>> acesso em 04.11.2022.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência.** 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.).

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço-Temporal dos Direitos Humanos.** Livraria do Advogado Editora. Edição do Kindle. 2011.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Estado de Direito.** Cadernos democráticos n. 7. Lisboa: Gradiva, 1999.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia.** (Primeiros Passos). Editora Brasiliense. Edição do Kindle (1ª edição eBook), 2017.

GARGARELLA, Roberto. **La lectura mayoritaria del Estado de derecho.** p.17-34. In: Cuaderno Gris, Issue 9, 2007. Disponível em <https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/357/21795_La%20lectura%20mayoritaria%20del%20Estado%20de%20derecho.pdf?sequence=1> Acesso em: 29 abr. 2022.

NADER, Paulo. **Filosofia do direito.** - 25. ed. rev. e atual – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RAZ, Joseph. **The Rule of Law and its Virtue.** Oxford Scholarship Online: March 2012. Disponível em <http://fs2.american.edu/dfagel/www/Philosophers/Raz/Rule%20of%20Law%20and%20its%20Virtue_%20%20Joseph%20Raz.pdf> acesso em 04.11.2022.

SARMENTO, Daniel. Constitucionalismo: trajetória histórica e dilemas contemporâneos. **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais:** em homenagem ao Ministro Gilmar Ferreira Mendes - 2ª SÉRIE. Salvador: Jus Podivm, 2012. p.87-124.

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

SEN, Amartya Kumar; **Desigualdade reexaminada;** Tradução e apresentação de Ricardo Doninelli Mendes – ed.- Rio de Janeiro: Record, 2001.

SEN, Amartya. **El valor de la democracia.** España: El Viejo Topo. 2006.

SILVA, José Afonso da. O estado democrático de direito. **Revista de direito administrativo,** v. 173, p. 15-24, 1988.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. **Teoria do estado:** introdução. 2 ed. rev. atual. Belo Horizonte: Del Rey. 2004.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. **SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos**. Número 6. Ano 4. 2007.

VON IHERING, R. **A luta pelo Direito**. Tradução: João de Vasconcelos. São Paulo: Martin Claret, 2009.

O DESAFIO DA REINserÇÃO SOCIAL DAS PESSOAS ACOMETIDAS POR TRANSTORNOS MENTAIS FRENTE À CONCEPÇÃO DOS HOSPITAIS PSIQUIÁTRICOS COMO INSTITUIÇÕES TOTALITÁRIAS EM GOFFMAN

Renata Rodrigues dos Santos Ribeiro

Advogada OAB/MA e Servidora do IFMA. Doutoranda pela Universitat Autònoma de Barcelona e pela Université de Perpignan Via Domitia. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Cultura, Direito & Sociedade - UFMA

Resumo:

O presente trabalho de investigação transdisciplinar insere-se no campo da proteção internacional do direito humano à reinserção social das pessoas que padecem de transtornos mentais. A relevância da pesquisa foi colocada em evidência pela pandemia da covid-19, que trouxe à baila a necessidade urgente de cuidados em termos de saúde mental, tendo em vista o prognóstico científico da OMS de que a depressão será o distúrbio mental mais incapacitante do mundo até 2030. Fixou-se como objetivo geral contribuir para o debate acerca da crise global de adoecimento mental, com ênfase no processo de reinserção social. Com a finalidade de responder à problemática, adotou-se a metodologia do tipo pesquisa bibliográfica de natureza exploratória, através do estudo de leis, convenções internacionais, resoluções da ONU e OMS, jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, além da doutrina do sociólogo Erving Goffman. A hipótese jurídica do trabalho repousará sobre a asserção de que o investimento em políticas de proteção à saúde mental é determinante para a superação da instabilidade psíquica mundial. Ante à problemática sociojurídica que se apresenta, imperioso destacar que o ambiente asilar psiquiátrico como instituição totalitária, segundo a visão de Goffman, constitui-se como meio anti-terapêutico, pois contribui para a degradação da autoimagem e perda de autonomia, acelerando o processo de “mortificação do eu”, de despersonalização, de aprisionamento de desejos e necessidades, o que revela as causas subjacentes que obstaculizam o processo de reinserção social do grupo vulnerável ora defendido.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direito Internacional; Saúde mental; Reinserção social; Erving Goffman.

Introdução

Um elemento essencial para a vida humana, frequentemente negligenciado por boa parte da sociedade e posto em evidência no contexto da pandemia da covid-19. A saúde mental se constitui mola propulsora para o desenvolvimento salutar integral humano. Como afirmou o diretor-geral da Organização Mundial da Saúde (OMS), Tedros Adhanom Ghebreyesus, as informações sobre o impacto da covid-19 na saúde mental do mundo são apenas “a ponta do iceberg”. Um resumo científico da OMS revelou que, no primeiro ano da pandemia da covid-19, a prevalência global de ansiedade e depressão aumentou em 25%¹, o que trouxe à baila a necessidade urgente de cuidados em termos de saúde mental, tendo em vista o prognóstico científico de que a depressão será o distúrbio mental mais incapacitante do mundo até 2030 e que, a cada quarenta segundos, alguém comete suicídio no mundo². Um problema que, por consequência, causará impactos também de ordem econômica, levando em consideração os dados fornecidos pela revista britânica “The Lancet” a qual estima que, entre 2011 e 2030, a enfermidade psíquica representará um déficit de 16 trilhões de dólares em perda de produção econômica mundial, ou seja, causarão o maior ônus econômico de todas as condições de saúde até 2030³. Segundo recente relatório da OMS e OIT (setembro de 2022), estima-se que 12 bilhões de dias de trabalho sejam perdidos a cada ano devido à depressão ou ansiedade, custando à economia global quase US \$ 1.000 bilhões⁴.

Ante à crítica situação de adoecimento mental mundial, o presente trabalho de investigação transdisciplinar, que se insere no campo da proteção internacional dos direitos humanos, propõe a limitação à esfera sociológica da problemática do pós-saída de internações psiquiátricas de longa duração, mais precisamente, sobre o que vem depois de um diagnóstico de enfermidade psíquica e se a sociedade em geral está, de fato, preparada para reinserir esse grupo vulnerável com a oferta de todos os direitos a que faz jus. O estudo da reinserção social das pessoas que padecem de transtornos mentais objetiva contribuir para o debate acerca da crise global de adoecimento mental e para a (re)formulação de políticas públicas holísticas de inclusão. Com a finalidade de responder à problemática, adotar-se-á a metodologia do tipo pesquisa

1 Organização Pan-Americana de Saúde. Pandemia de COVID-19 desencadeia aumento de 25% na prevalência de ansiedade e depressão em todo o mundo, março 2022, <https://www.paho.org/pt/noticias/2-3-2022-pandemia-covid-19-desencadeia-aumento-25-na-prevalencia-ansiedade-e-depressao-em>.

2 OMS. Suicide: toutes les 40 secondes, une personne met fin à ses jours, septembre 2019, <https://www.who.int/fr/news/item/09-09-2019-suicide-one-person-dies-every-40-seconds>.

3 The Carter Center. “Mental illness will cost the world \$16 USD trillion by 2030”, 16 novembre 2018, <https://www.psychiatrytimes.com/view/mental-illness-will-cost-world-16-usd-trillion-2030>.

4 Nations Unies. L'ONU appelle à de nouvelles mesures pour s'attaquer aux problèmes de santé mentale au travail, septembre 2022, <https://news.un.org/fr/story/2022/09/1128061>.

bibliográfica de natureza exploratória, através do estudo de leis, convenções internacionais, resoluções da ONU e OMS, jurisprudência das Cortes Internacionais de Direitos Humanos, além da doutrina do sociólogo Erving Goffman e relatórios sobre a situação da saúde mental no mundo.

Inevitável pontuar inicialmente o protagonismo do ser humano no domínio do direito internacional: sujeito último da lei, tanto em nível internacional quanto nacional⁵. Como afirma Cançado Trindade, o reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde ao novo *ethos* de nosso tempo. Logo, se a pessoa que padece de transtornos mentais é considerada um sujeito de direitos, também merece proteção integral da sua saúde física e psíquica, no que diz respeito à assistência médica preventiva e ao tratamento clínico, sem prejuízo da efetividade dos seus direitos à reinserção social no contexto pós-internação psiquiátrica⁶. Portanto, o processo de humanização do direito internacional envolve o desafio de consolidar a plena capacidade jurídica pro-essencial em nível global do ser humano⁷, sem distinção de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição⁸, de maneira que neste último se inclui a situação de desordens psíquicas.

A doutrina de Jean Salmon define os direitos humanos como o conjunto dos direitos e liberdades fundamentais inerentes à dignidade da pessoa humana e que dizem respeito a todos os seres humanos⁹. Frise-se que, para a DUDH de 1948, a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, o que dispensa todo e qualquer juízo de valor a despeito da condição psíquica, permanente ou transitória, que o indivíduo manifeste dentro da sociedade, dado que a doença precisa ser vista como uma passagem e não como o fim¹⁰.

No campo da proteção dos direitos humanos da pessoa que padece de transtornos mentais, convém ainda explorar a literatura do professor Michel Bélanger, autor que aborda de maneira pioneira no mundo o estudo sobre o direito internacional da saúde. Com relação ao nascimento desse novo ramo do direito internacional público, o define “como o conjunto de regras jurídicas relativas à proteção internacional da saúde”. Aponta, ainda, o direito à

5 TRINDADE A. A. C. **Le droit international pour la personne humaine**, Paris, Pédone, 2012, p. 104.

6 RIBEIRO R. R. S. **Droits de l'Homme et santé mentale: une analyse du système international de protection des personnes atteintes de troubles mentaux**, UPVD, 2022.

7 TRINDADE A. A. C. **Le droit international pour la personne humaine**, Paris, Pédone, 2012, p. 104.

8 ONU. Declaração Universal dos Direitos Humanos, https://www.ohchr.org/sites/default/files/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

9 SALMON J., **Dictionnaire de droit international public**, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.119.

10 RIBEIRO R. R. S. **Droits de l'Homme et santé mentale: une analyse du système international de protection des personnes atteintes de troubles mentaux**, UPVD, 2022.

saúde como uma síntese do direito internacional do trabalho, do direito social internacional, do direito internacional humanitário e do direito médico internacional¹¹.

A despeito do conceito de saúde adotado pela OMS, assim o define no preâmbulo de sua Constituição: “um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”¹². Nesta definição está nítida a inclusão do campo psíquico como componente da concepção holística de saúde. Não intui o presente estudo exaurir a discussão atinente ao que seria gozar de uma boa saúde mental, mas, tão somente, focalizar a investigação sobre o campo das barreiras encontradas por pessoas que padecem de transtornos mentais quando se deparam com a realidade do pós-diagnóstico. Considerando que a ciência do direito demanda um diálogo transdisciplinar para a problemática ora posta, almeja-se encontrar uma unidade de pensamento com a sociologia de Erving Goffman para o entendimento do caminho percorrido desde os primeiros sinais de estigma em torno da doença, enraizados já na antiguidade grega, até a utilização de variados métodos de tratamento, como o internamento compulsório psiquiátrico. Inicialmente pensado como espaço terapêutico para afastar o enfermo do ambiente hostil que lhe causava os sintomas¹³, o ambiente asilar psiquiátrico aos poucos se tornou um instrumento de tortura, desvirtuando o projeto curativo para um verdadeiro fechamento de barreiras que separam os internos do contato social com o mundo exterior¹⁴. Em outras palavras, manifesto o levantamento de muros físicos e morais que culminaram com o isolamento do enfermo em estruturas totalitárias que comprometem indubitavelmente o hodierno processo de reinserção da pessoa que padece de desordens psíquicas.

O direito à saúde mental como prerrogativa transcendental de caráter global

Para além da discussão acerca da violência física e psicológica sofrida dentro de estabelecimentos psiquiátricos de internação de longa duração, o presente estudo almeja se concentrar no campo da violência moral contra esse grupo vulnerável que encontra dificuldades em se reinserir à sociedade em geral. Nessa toada, a visão do sociólogo Erving Goffman sobre os hospitais psiquiátricos como instituições totalitárias contribui para a compreensão da trajetória que levou a uma deturpação de identidade dos enfermos psíquicos acarretando em reveses de inserção social generalizados. Com a finalidade de responder à problemática, adotar-se-á a metodologia do tipo pesquisa bibliográfica de natureza exploratória, além da doutrina do sociólogo Goffman

11 BÉLANGER M. **Droit international de la santé (écrits 1981-2011)**, Les études hospitalières, 2012, p. 47.

12 OMS. Constitution de l'OMS, <https://www.who.int/fr/about/governance/constitution>.

13 HOCHMANN J. **Histoire de la psychiatrie**, Paris, PUF, 2004, page 12.

14 BENELLI SJ. **A lógica da internação : instituições totais e disciplinares (des)educativas [en ligne]**. São Paulo: UNESP, 2014, 252 p. ISBN 978-85-68334-44-7.

e relatórios sobre a situação da saúde mental no mundo. A hipótese jurídica do trabalho repousará sobre a asserção de que o investimento em políticas de reinserção social e de proteção à saúde mental é determinante para superação da crise global de adoecimento mental, condição de saúde negligenciada por boa parte da humanidade.

A saúde mental como objeto de direito internacional

Preceitua a DUDH, em seu artigo 25, o direito à saúde dentro de um padrão de vida que seja capaz de assegurar dignidade em alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, serviços sociais e segurança¹⁵. Basta uma interpretação teleológica do referido artigo, com esteio no conceito de saúde holístico da OMS, para inferir que o domínio psíquico nele se inclui, embora não mencionado literalmente, pois se encaixa nos “casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”¹⁶.

No que concerne à teoria de Karel Vasak¹⁷ sobre a classificação dos direitos concebidos na DUDH em três gerações, a seguinte reflexão se faz imperativa: o direito à saúde se encaixa não apenas em uma dessas categorias, mas com efeito, em todas elas, posto ser uma prerrogativa transcendental, de caráter global e aspecto fundamental, que se imiscui dentre os direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e também dentre os de solidariedade¹⁸.

A doutrina de Michel Bélanger acrescenta, ainda, que o direito à saúde física e mental pode ser considerado como um direito econômico e social (por exemplo com o art. 12 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966¹⁹), e também como um direito civil e político (por exemplo com o art. 6 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966²⁰, através do direito à vida).

Logo, necessário o reconhecimento da saúde mental como um direito humano e fundamental consagrado igualmente na Declaração de Alma Ata de 1978 no Contexto da Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde²¹. Na mesma esteira, a Carta de Ottawa de 1986 ratifica a ideia da

15 Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948, <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

16 RIBEIRO R. R. S. **Droits de l'Homme et santé mentale: une analyse du système international de protection des personnes atteintes de troubles mentaux**, UPVD, 2022.

17 VASAK K. **La déclaration universelle des droits de l'Homme 30 ans après**, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063_fre/PDF/074816freo.pdf.multi.nameddest=48063.

18 BÉLANGER M. **Droit international de la santé (écrits 1981-2011)**, Les études hospitalières, 2012, p. 113.

19 §1. Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível de saúde física e mental.

20 § 1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito deverá ser protegido pelas Leis. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

21 OMS, Déclaration d'Alma-Ata, le 12 septembre 1978, <https://www.euro.who.int/>

enfermidade mental como problema de ordem social que demanda uma terapêutica compatível com as ações de prevenção e promoção à saúde, posto que explora o conceito de determinantes sociais de saúde²².

A Carta de Ottawa foi uma resposta às necessidades de saúde pública do século XX sobretudo à profilaxia, um dos documentos internacionais que inspirou a Declaração sobre Saúde Mental pela Europa de 2005, no contexto da Conferência Ministerial Europeia da OMS, cujo tema era “Enfrentando desafios, encontrando soluções”, o qual reconheceu a saúde mental como elemento fundamental para a qualidade de vida dos indivíduos, famílias, populações e nações, permitindo a existência de cidadãos criativos e ativos: “não pode haver saúde sem saúde mental”²³. Reconhece o importante papel da promoção da saúde mental e o vínculo prejudicial existente entre os problemas de ordem psíquica e a marginalização social, o desemprego, os sem-teto e os transtornos relacionados ao uso de álcool e outras substâncias. Coloca, portanto, a saúde mental como componente central do capital humano, social e econômico das nações, apoiando o Plano de Ação de Saúde Mental para a Europa²⁴.

O dispositivo “m” da Constituição da OMS confirma a posição da saúde mental como importante componente funcional que projeta seus reflexos diretamente no campo social, como se nota: “favorecer todas as atividade no campo da saúde mental, especialmente as que afetam a harmonia das relações humanas”²⁵. Sem olvidar que o objetivo nº3 da Agenda 2030 da ONU inclui a promoção da saúde mental e do bem estar como meta dentre os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)²⁶.

Imprescindível destacar, ainda, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência como marco no processo de ruptura do ciclo da marginalização das pessoas que padecem de transtornos mentais. Notadamente a despeito do objeto do presente estudo, dispõe em seu art. 16, 4.4, a recomendação para que os Estados Partes tomem “todas as medidas apropriadas para promover a recuperação e reabilitação física, cognitiva e psicológica, assim como a reintegração social das pessoas com deficiência que se tornem vítimas de qualquer forma de exploração, violência ou abuso, incluindo da disponibi-

data/assets/pdf_file/0005/113882/E93945.pdf.

22 OMS. Promotion de la santé, Charte d’Ottawa, page 1, https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0003/129675/Ottawa_Charter_F.pdf.

23 OMS. Déclaration sur la santé mentale pour l’Europe, https://www.euro.who.int/__data/assets/pdf_file/0009/88596/E85446.pdf

24 OMS. Plan d’action sur la santé mentale pour l’Europe, Helsinki (Finlande), 2005, <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/349861/WHO-EURO-2005-4248-44007-62059-fre.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

25 Ibid.

26 L’agenda 2030 en France. ODD3 - Donner aux individus les moyens de vivre une vie saine et promouvoir le bien-être à tous les âges, <https://www.agenda-2030.fr/17-objectifs-de-developpement-durable/article/odd3-donner-aux-individus-les-moyens-de-vivre-une-vie-saine-et-promouvoir-le>.

lização de serviços de proteção”²⁷.

Quanto à crítica que aqui se faz a respeito da desvirtuação da utilização terapêutica do internamento psiquiátrico de longa duração, a Convenção se manifesta de igual modo pela rejeição de todo e qualquer espaço de características totalitárias, quando assim completa o mencionado art. 16: “Tal recuperação e reintegração devem ter lugar num ambiente que favoreça a saúde, bem estar, auto-estima, dignidade e autonomia da pessoa e ter em conta as necessidades específicas inerentes ao gênero e idade”²⁸.

Dito isto, tecidos os apontamentos da doutrina internacionalista no campo da saúde mental, fixando-a como direito humano e fundamental de natureza transcendental e de caráter global, cumpre desenvolver as ideias do sociólogo Erving Goffman, ante à existência, ainda hoje, de estruturas de internação psiquiátrica de longa duração, totalitárias em sua essência, que contribuem para o aumento da distância entre o recluso e a sociedade.

A concepção dos hospitais psiquiátricos como instituições totalitárias em Goffman

Em sua obra intitulada “Asilos: estudos sobre a condição social dos doentes mentais e outros reclusos”, o sociólogo Erving Goffman toma como objeto de estudo a “loucura” por meio da análise das racionalizações coletivas que levaram ao desenvolvimento de estruturas totalitárias sob a forma de hospitais psiquiátricos, tal qual um campo de concentração ou prisão, com a função dupla de neutralizar e de readaptar a ordem social um tipo particular habitualmente marginalizado²⁹. Em outros termos, no que se refere à criação de tais instituições, pontua que são concebidas pela própria sociedade para se defender contra o grupo que considera hostil, o que auxilia na compreensão do processo que levou à exclusão social das pessoas que padecem de transtornos mentais.

Na visão do sociólogo, uma instituição totalitária pode ser definida “como local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos, colocados na mesma situação, isolados do mundo exterior por um período de tempo relativamente longo, levam uma vida reclusa juntos, cujos termos são regulados de forma explícita e minuciosa”. Nesse sentido, classifica o hospital psiquiátrico como um espaço que contém suas próprias tradições, organização e funções sociais, logo, totalitário em sua essência³⁰.

No asilo, aos poucos, o indivíduo perde seu contato com o mundo exterior, com sua rotina de vida civil, familiar e social em geral. Assim, as interna-

27 ONU. Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, <https://www.inr.pt/documents/11309/44742/Convenção+sobre+os+Direitos+da+Pessoas+com+Deficiência/7601dc72-a4a6-4631-b9a2-b37b11fe571e>.

28 Ibid.

29 GOFFMAN E. **Asiles : études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus**, Paris, éditions de minuit, 1968, p. 46.

30 Ibid., p. 41.

ções prolongadas aceleram o processo de “mortificação do eu”³¹, de despersonalização, de aprisionamento de desejos e necessidades³². O doente perde o seu papel social e absorve uma nova identidade mediante todas as características novas que lhe são atribuídas, dentre elas, a da invalidez, da incapacidade e da inutilidade, que corroboram, mais uma vez, para a sua invisibilidade coletiva.

Goffman traz uma explicação sociológica da “carreira moral” percorrida pelo doente em internação psiquiátrica prolongada conduzindo a uma reflexão ambígua: carreira no sentido de significações íntimas, de imagem de si mesmo e sentimento de sua própria identidade; e carreira no sentido da situação oficial do indivíduo, a suas relações de direito, a seu gênero de vida e ao quadro das relações sociais³³. Defende que a carreira moral do recém-chegado é marcada por uma mudança gradual nas certezas que ele tem sobre si mesmo³⁴.

Assim, por carreira moral entende “o ciclo de mudanças na personalidade que ocorrem como resultado desta carreira e as mudanças no sistema de representação através do qual o indivíduo se torna consciente de si mesmo e dos outros”³⁵. Defende que, dentro dos muros do asilo, ocorre um processo de “deculturação” no sentido de uma “desapatação”, o que torna a pessoa temporariamente incapaz de lidar com certas situações da vida diária, se ela tiver que enfrentá-las novamente³⁶.

No que tange às técnicas de “mortificação” utilizadas no meio hospitalar psiquiátrico, a principal delas é o próprio isolamento, o que o autor designa como primeira amputação da personalidade. Pertencer a uma instituição totalitária e ficar vinte e quatro horas distante da cadeia de atividades que antes desenvolvia faz com que o interno se veja despojado de seus papéis sociais. Ademais, comumente o recluso é desde o início privado do direito de receber visitantes ou tal prerrogativa é limitada, o que tem o efeito de garantir uma profunda ruptura com os papéis anteriores³⁷. A noção de “morte civil” é um aspecto legal desta despersonalização permanente³⁸.

Dentre alguns ritos ordinários de entrada na instituição, o que o sociólogo denomina de cerimônia de admissão, o ato de se despir dá origem a um sentimento de despossessão intensa, posto que os objetos pessoais transmitem parte da nossa identidade. A mutilação da personalidade também se evidencia, por exemplo, pela proibição de ter um armário trancado, pelas inspeções periódicas e pelo confisco de objetos pessoais que reforçam o sentimen-

31 Ibid., p. 56.

32 Ibid., p. 35.

33 Ibid., p. 179.

34 Ibid., p. 56.

35 Ibid., p. 180.

36 Ibid., p. 56.

37 Ibid., p. 57.

38 Ibid., p. 58.

to de despojamento entre os reclusos³⁹.

Neste processo de degradação da auto-imagem, o indivíduo assume atividades cujas implicações simbólicas são incompatíveis com seu autoconceito. Goffman aponta que uma forma mais difusa de mortificação consiste em impor ao indivíduo um ritmo de vida que ele considera totalmente estranho, um papel que o faz abandonar tudo o que poderia distingui-lo dos outros⁴⁰.

Ademais, no ambiente asilar é costumeira a contaminação física e moral, tendo em vista que a vida comunitária torna inevitáveis os contatos e a promiscuidade entre os reclusos, misturados entre grupos de idades, etnias e contextos de vida diferentes, o que os obriga a viver em conjunto mesmo com pessoas indesejáveis⁴¹.

Em uma instituição totalitária, o recluso é obrigado a submeter os menores detalhes de sua atividade à regulamentação e julgamento de uma autoridade. Sua vida é constantemente penetrada pelas intervenções coercitivas dos superiores (profissionais de saúde), especialmente no início de sua estadia, quando a obediência ainda não é automática. E assim, aos poucos, a autonomia do indivíduo é roubada⁴².

Confirmando a visão de Goffman a despeito da institucionalização da doença no espaço hospitalar psiquiátrico, o filósofo Michel Foucault, em “História da Loucura” nos remete à ideia da exclusão dos corpos para clarificar o pensamento de que a alienação mental não passa de uma construção social para imposição da marginalização por meio do uso do poder e da coação moral, que leva à solidificação do estigma criado desde os tempos remotos. E a primeira estrutura de poder clássico se trata justamente do poder de segregação por meio da internação⁴³.

A medicina do século XVII concebe a doença mental como “a unidade mítica do sujeito legalmente incompetente, e do homem reconhecido como um perturbador do grupo”, tornando o delírio a condição necessária e suficiente para que uma doença seja chamada de “loucura”⁴⁴. Então, cria-se ao redor do “louco” o reconhecimento jurídico da irresponsabilidade e incapacidade, pelo decreto de interdição e pela definição da doença; o que Foucault denomina de “halo de desatino”⁴⁵.

O processo de desqualificação do portador de transtorno mental como merecedor de direitos perpassa pela ideia da “loucura” em sua essência como negatividade, como a revelação do não-ser: “O internamento é a prática que melhor corresponde a uma loucura sentida como desatino, isto é, como negatividade vazia da razão; nele, a loucura é reconhecida como não sendo na-

39 Ibid., p. 62.

40 Ibid., p. 65.

41 Ibid., p. 72-73.

42 Ibid., p. 81-82.

43 FOUCAULT M. *Histoire de la folie à l'âge classique*, Paris, Gallimard, 1998, p. 71.

44 Ibid., p. 174.

45 Ibid., p. 177.

da”⁴⁶. Assim, o internamento psiquiátrico funciona como uma espécie de decreto social de isolamento, segmentando o mundo entre “os que são” e “os que não são”, repousando sobre os últimos um verdadeiro manto de invisibilidade.

E nisto reside o perigo: a construção social da “loucura” e a utilização do confinamento como um discurso institucionalizador da violência. Ambos, Goffman e Foucault, cada qual em sua seara científica, confluem para o encadeamento da ideia de negação de direitos a um ser que não é ser, posto que “erro, fantasma, ilusão, linguagem inútil e privada de conteúdo”; trata-se agora da constituição da “loucura” como natureza a partir dessa não natureza que é o seu ser⁴⁷.

Destarte, nota-se que a “loucura” ou o “comportamento anormal” atribuído ao doente resulta em grande parte não de sua doença, mas da distância social que separa os “enfermos” daqueles que o declaram como tal⁴⁸. Assim, o asilo se constitui como um meio anti-terapêutico, pois contribui para a degradação da auto-imagem e perda da autonomia⁴⁹.

Resta evidente que a desvirtuação da terapêutica de internamento psiquiátrico fortaleceu a construção de muros não apenas físicos, mas igualmente morais, o que revela as causas subjacentes do estigma em torno da patologia psíquica e, conseqüentemente, dos óbices de reinserção social do grupo vulnerável em questão, dificultando o reconhecimento da saúde mental como um direito humano e fundamental. Como atesta Goffman, “quando se impõe mundos, criam-se submundos”.

O atual desafio da reinserção social de pessoas acometidas por transtornos mentais

Firmada a compreensão do caminho que levou à segregação das pessoas que padecem de transtornos mentais, cumpre o enfrentamento do desafio de reinserir um grupo que aumenta a cada dia, sobretudo com a desdita pandemia da covid-19. Em diretrizes divulgadas recentemente, a ONU alertou que tal evento desencadeou um aumento de 25% na ansiedade geral e depressão em todo o mundo, expondo como os governos estavam despreparados para seu impacto na saúde mental e revelando uma escassez global crônica de recursos neste âmbito⁵⁰. Segundo o referido relatório, estima-se que 12 bilhões de dias de trabalho sejam perdidos a cada ano devido à depressão ou ansiedade, custando à economia global quase US \$ 1.000 bilhões⁵¹.

46 Ibid., p. 177.

47 Ibid., p. 227.

48 GOFFMAN E. *Asiles : études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus*, Paris, éditions de minuit, 1968, p. 182.

49 Ibid., p. 15.

50 Nations Unies. L'ONU appelle à de nouvelles mesures pour s'attaquer aux problèmes de santé mentale au travail, septembre 2022, <https://news.un.org/fr/story/2022/09/1128061>.

51 Ibid.

Assim, no que concerne à promoção da saúde mental, apenas 25% dos 171 países atenderam aos critérios para integrar essa dimensão psíquica à atenção primária. Em 2020, apenas 51% dos 194 Estados Membros da OMS declararam que sua política ou plano de saúde mental estava em conformidade com os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, muito abaixo da meta de 80%. E apenas 52% dos países atingiram a meta de programas de promoção e prevenção da saúde mental, que também está bem abaixo da meta de 80%. A única meta alcançada para 2020 foi uma redução de 10% na taxa de suicídio, mas mesmo neste ponto, apenas 35 países disseram ter uma estratégia, política ou plano de prevenção específico⁵².

Segundo a OMS, em 2019, uma em cada oito pessoas no mundo - ou 970 milhões de pessoas - tinha um distúrbio mental, sendo a ansiedade e os distúrbios depressivos os mais comuns. Em 2020, o número de pessoas com tais desordens aumentou significativamente como resultado da pandemia da covid-19. A maioria das pessoas não têm acesso a cuidados eficazes, além de enfrentarem estigma ou discriminação e violações de seus direitos⁵³.

À vista disso, é imperativo que a luta contra os transtornos mentais inclua a prevenção, diagnóstico, cuidados, reabilitação e reintegração social (art. L. 3221-1 Code de Santé Publique e art. 6.5, Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). A Declaração de Saúde Mental para a Europa (2005) estabelece como uma das suas prioridades a concepção e implementação de sistemas de saúde mental abrangentes, integrados e eficazes que englobem a promoção, prevenção, tratamento, reabilitação, cuidados e reintegração social.

Esta Declaração foi posteriormente reforçada pelo Pacto Europeu para a Saúde e o Bem-estar Mental (Bruxelas, 2008). A Recomendação N° R (92) 6 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa aos Estados membros sobre uma política coerente para pessoas com deficiências reconhece que a necessidade de reabilitação, através da integração econômica e social, deve ser um dos objetivos prioritários de qualquer política social e é um dever da comunidade garantir a dignidade humana e reduzir as dificuldades que a sociedade cria para pessoas em situações vulneráveis.

O Conselho da Europa sustenta que este é um processo contínuo e dinâmico de adaptação mútua envolvendo, por um lado, pessoas com deficiência, com seus próprios desejos, escolhas e habilidades, que devem ser desenvolvidos na medida do possível, e, por outro lado, a sociedade, que deve demonstrar solidariedade tomando medidas específicas e apropriadas para alcançar a igualdade de oportunidades.

A Carta Social Europeia (1965), em seu artigo 15, igualmente já previa o direito das pessoas com deficiência física ou mental à formação profissional

52 OMS. Un rapport de l'OMS souligne le déficit d'investissement dans la santé mentale au niveau mondial, octobre 2021, <https://www.who.int/fr/news/item/08-10-2021-who-report-highlights-global-shortfall-in-investment-in-mental-health>.

53 OMS. Troubles mentaux, juin 2022, <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>.

e à reabilitação profissional e social, e visa assegurar que as pessoas com deficiência, independentemente da sua idade e da natureza e origem da sua deficiência, gozem efetivamente do direito à independência, à integração social e à participação na vida da comunidade. Para este fim, os Estados-membros se comprometem a tomar as medidas necessárias para assegurar a orientação profissional, educação e treinamento de pessoas com deficiência no âmbito do direito comum sempre que possível ou, na falta deste, através de instituições públicas ou privadas especializadas. Comprometem-se a tomar medidas para promover o acesso ao emprego através de qualquer ação susceptível de encorajar os empregadores a contratar e manter as pessoas com deficiência no ambiente de trabalho normal e a adaptar as condições de trabalho às necessidades dessas pessoas ou, se tal for impossível devido à deficiência, adaptando ou criando empregos protegidos de acordo com o grau de deficiência⁵⁴.

Da mesma forma, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos adota como um de seus princípios para a proteção das pessoas que padecem de transtornos mentais (Resolução 46/119, de 17 de dezembro de 1991), com relação ao meio ambiente e às condições de vida nas instituições psiquiátricas, que estas devem incluir, em particular, instalações e incentivos adequados ao seu uso, permitindo que os pacientes se envolvam em ocupações ativas adaptadas ao seu ambiente social e cultural e permitindo medidas de reabilitação adequadas para promover sua reintegração na comunidade. Essas medidas devem incluir orientação vocacional, treinamento vocacional e serviços de colocação profissional para permitir que os pacientes obtenham ou mantenham emprego na comunidade.

É cediço que, ainda hoje, existe um forte preconceito e uma estigmatização em torno da patologia mental, além de um sistema de tratamento psiquiátrico de internamento onde ocorrem todo o tipo de violações de direitos humanos. Hostilidades penalizadas jurisprudencialmente de maneira inaugural pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no início do século XXI (CIDH, 4 juillet 2006, *Ximenes Lopes vs. Brésil*). Este tribunal regional de direitos humanos escolheu facilitar o acesso à justiça para o grupo vulnerável em questão quando proferiu a primeira condenação de um Estado por violação dos direitos humanos de uma pessoa que sofre de transtorno mental, inaugurando mundialmente uma “nova era” no campo da proteção jurídica da saúde mental⁵⁵. Neste caso, um paciente de uma clínica psiquiátrica no Brasil morreu após ter sido submetido a torturas físicas e psicológicas.

Embora a CIDH tenha inicialmente se concentrado no aspecto físico da tortura proibida (CIDH, 18 août 2000, *Cantoral Benavides vs. Pérou*), posteriormente considerou que a violência psicológica também constituía uma violação do princípio da proibição da tortura e de outros tratamentos desumanos e

54 Conseil de l'Europe. Charte sociale européenne, <https://rm.coe.int/168048b058>.

55 RIBEIRO R. R. S. **Droits de l'Homme et santé mentale: une analyse du système international de protection des personnes atteintes de troubles mentaux**, UPVD, 2022.

degradantes consagrado no artigo 5 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Inicialmente tímida (CIDH, 17 settembre 1997, *Loayza Tamayo vs. Pérou*), esta interpretação do artigo 5 foi reafirmada e consolidada pela CIDH, que assim reforçou consideravelmente o alcance do princípio da proibição (CIDH, 27 novembre 2003, *Maritzá Urrutia vs. Guatemala*). Neste julgamento, a CIDH declarou que existe um regime jurídico internacional para a proibição absoluta de todas as formas de tortura, tanto física como psicológica. Especificamente, reconheceu que a ameaça e o perigo real de sujeitar alguém a danos psicológicos causa, em circunstâncias específicas, angústia moral de tal grau que pode ser considerada “tortura psicológica”.

A jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos confirmou este entendimento sobre a proibição da tortura e dos tratamentos desumanos e degradantes estabelecida no Artigo 3 da Convenção Européia de Direitos Humanos (CourEDH, 5 octobre 2004, *H.L. vs. Royaume-Uni*; CourEDH, 20 janvier 2009, *Ślawomir Musiał vs. Pologne*). Neste último caso, o requerente alegou que, sofrendo de epilepsia, esquizofrenia e outros distúrbios mentais, os cuidados e tratamentos médicos oferecidos a ele eram desumanos.

Portanto, embora o movimento mundial antimanicomial tenha sido iniciado desde a década de 70 sob a liderança italiana de Franco Basaglia⁵⁶, é cediço que ainda hoje existem diversas instituições que se utilizam do mesmo modelo de tratamento, de forma que se mostra incontestável que a existência de estruturas de internação psiquiátrica, totalitárias em sua essência, contribui para o aumento da distância entre o recluso e a sociedade, posto que opera uma mutilação da personalidade do interno por meio da alteração de sua identidade e subtração de sua autonomia; a pessoa que entra no asilo não é a mesma quando sai mundo afora, não sabe mais como se engajar, posto que os preconceitos e obstáculos de reinserção sufocam toda e qualquer tentativa de restabelecimento do *status quo*.

Dito isto, o que no presente estudo se denominou direito global à saúde mental, inclui sobretudo a necessidade de reinserção social desse grupo vulnerável, o que demanda um esforço conjunto de toda a comunidade, bem como a (re)formulação de políticas públicas que visem a garantir o direito a uma vida independente e à integração na sociedade, com vistas a assegurar a orientação profissional, educação e treinamento de pessoas com deficiência, sem prejuízo de ambientes e atividades adaptadas à nova realidade pós-diagnóstico.

Considerações finais

Restou incontroverso que o ambiente asilar psiquiátrico como instituição totalitária contribui para a distância social que separa o doente daqueles que o declaram como tal, posto que, segundo a visão do sociólogo Erving

56 POLAKIEWICZ, Rafael. **A luta antimanicomial e a reforma psiquiátrica**, maio 2020, <https://pebmed.com.br/a-luta-antimanicomial-e-a-reforma-psiquiatrica/>.

Goffman, tais hospitais se constituem como meios anti-terapêuticos, pois contribuem para a degradação da autoimagem e da perda de autonomia, acelerando o processo de “mortificação do eu”, de despersonalização, de aprisionamento de desejos e necessidades. O decreto da incapacidade destrói qualquer perspectiva de reinclusão social, mormente no mundo do trabalho, pois a enfermidade mental não é enfrentada como uma passagem, mas como o fim.

Ante à problemática da crise global de adoecimento mental, com evidências cada vez maiores do aumento de pessoas acometidas sobretudo pela depressão e outros transtornos, é imperioso o desenvolvimento de políticas de reinserção social no período pós-diagnóstico para a devida reabsorção da massa de trabalho que tem se ausentado, a saber, o resgate dos 12 bilhões de dias de trabalho perdidos a cada ano custando à economia global quase US \$ 1.000 bilhões⁵⁷.

Manifesto que o investimento em políticas de proteção à saúde mental é determinante para a superação da instabilidade psíquica mundial, pois, se o mundo estivesse de fato preparado para a pandemia, o aumento de casos não teria sido expressivo. Longe disso, como alertou a OMS, no ano de 2020, apenas 25% dos 171 países atenderam aos critérios do Plano de Ação Global para a Saúde Mental para integrar essa dimensão psíquica à atenção primária; apenas 51% dos 194 Estados Membros da OMS declararam que sua política ou plano de saúde mental estava em conformidade com os instrumentos internacionais e regionais de direitos humanos, muito abaixo da meta de 80%⁵⁸.

Alerta o Diretor-Geral da OMS que, apesar da necessidade óbvia e crescente de investimentos no domínio psíquico, os desejos de mudança não têm se materializado de maneira tangível. Assevera o Dr. Tedros Adhanom Ghebreyesus: “Devemos levar em conta esse sinal de alarme e agir de acordo, acelerando significativamente o ritmo de investimentos em saúde mental, porque não há saúde sem saúde mental”⁵⁹.

É cediço que ainda hoje existe um forte preconceito e uma estigmatização em torno da patologia mental, além de um sistema de tratamento psiquiátrico de internamento onde ocorrem todo o tipo de violações de direitos humanos. E aqui se questiona: o que vem depois da alta hospitalar? Com sua nova identidade, sob o manto da invisibilidade, que meios a pessoa que padece de transtorno mental encontra para se reinserir na sociedade? Os engajamentos internacionais dos Estados para o reconhecimento e promoção do direito à reinserção social correspondem a um direito tangível para esse grupo vulnerável? Até que ponto o mesmo sistema que exclui também está prepa-

57 OMS. L'OMS et l'OIT appellent à de nouvelles mesures pour s'attaquer aux problèmes de santé mentale au travail, septembre 2022, <https://www.who.int/fr/news/item/28-09-2022-who-and-ilo-call-for-new-measures-to-tackle-mental-health-issues-at-work>.

58 OMS. Un rapport de l'OMS souligne le déficit d'investissement dans la santé mentale au niveau mondial, octobre 2021, <https://www.who.int/fr/news/item/08-10-2021-who-report-highlights-global-shortfall-in-investment-in-mental-health>.

59 Ibid.

rado para reincluir? Não seria menos custoso reabilitar ante às estatísticas de perda de 12 bilhões de dias de trabalho a cada ano? Reinserção social que urge e que implica a abertura da sociedade para a sua própria diversidade.

Convém abrir margem para a pesquisa acadêmica em torno da saúde mental como um direito humano e fundamental de caráter global, fomentando o debate sobre a reinserção social da pessoa que padece de transtornos mentais para que se faça presente e participe ativamente da ordem jurídica nacional e internacional em sua completude, ocupando o papel de escritor da sua própria história.

Referências

BÉLANGER M. **Droit international de la santé (écrits 1981-2011)**, Les études hospitalières, 2012, 784 p.

BENELLI S.J. **A lógica da interação: instituições totais e disciplinares (des) educativas [en ligne]**. São Paulo: Editora UNESP, 2014, 252 p. ISBN 978-85-68334-44-7.

Conseil de l'Europe. Charte sociale européenne, <https://rm.coe.int/168048b058>.

FOUCAULT M. **Histoire de la folie à l'âge classique**, Paris, Gallimard, 1998, 688 p.

GOFFMAN E. **Asiles : études sur la condition sociale des malades mentaux et autres reclus**, Paris, éditions de minuit, 1968, 447 p.

HOCHMANN J. **Histoire de la psychiatrie**, Paris, PUF, 2004, 127 p.

POLAKIEWICZ, Rafael. **A luta antimanicomial e a reforma psiquiátrica**, maio 2020, <https://pebmed.com.br/a-luta-antimanicomial-e-a-reforma-psiquiatica/>.

RIBEIRO R. R. S. **Droits de l'Homme et santé mentale: une analyse du système international de protection des personnes atteintes de troubles mentaux**. Droit. 2022, <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-03792666>.

SALMON J., **Dictionnaire de droit international public**, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.119.

The Carter Center. Mental illness will cost the world \$16 USD trillion by 2030, 16 novembre 2018, <https://www.psychiatrytimes.com/view/mental-illness-will-cost-world-16-usd-trillion-2030>.

TRINDADE A. A. C. **Le droit international pour la personne humaine**, Paris, Pédone, 2012, p. 104.

VASAK K. **La déclaration universelle des droits de l'Homme 30 ans après**, https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063_fre/PDF/074816freo.pdf.multi.nameddest=48063.

ESTRATÉGIAS DE ENSINO AO COMBATE A EVASÃO ESCOLAR: FATOR DE INCLUSÃO SOCIAL NO PERÍODO PÓS PANDEMIA

Rosiomar Santos Pessoa

Doutoranda em Ciências da Educação – Universidade de Trás-os-Montes e Alto Douro- UTAD, Mestra em Gestão Pública – UTAD

Resumo:

O presente trabalho tem como principal temática a evasão escolar e como encontrar estratégias para um dos principais problemas que afligem a educação brasileira, especialmente nos últimos dois anos devido as diversas dificuldades causadas pela Pandemia da Covid -19, que vieram comprovar a desigualdade social brasileira, já que foram necessárias encontrar formas para não prejudicar os alunos nos anos de 2020 e 2021. Portanto, trata-se de uma pesquisa que tem como objetivos ressaltar que através do combate a evasão escolar pode tornar possível viver numa sociedade inclusiva e reconhecer que por meio de estratégias viáveis esses alunos poderão ser integrados no ambiente onde vivem sem exclusões sociais, em que os cidadãos deixam de exercer plenamente seus direitos e na perspectiva de que podem viver numa sociedade justa e igualitária é que se estuda a educação como direito fundamental do ser humano. Na metodologia deste trabalho utilizou-se um estudo de caso de cunho qualitativo com professores do ensino fundamental que trabalham em escolas públicas do bairro Telégrafo localizado em Belém, capital do Estado do Pará. Os dados demonstraram a importância da formação continuada dos professores, o debate foi fundamental para que esses alunos não fossem excluídos totalmente do processo escolar neste período da pandemia da COVID-19. Considera-se, a temática de grande relevância, uma vez que, é através da educação de qualidade pode transformar a sociedade, onde, o fantasma da exclusão social na educação não comprometa o desenvolvimento da população.

Palavras-chave: Inclusão Social; Educação de qualidade; Evasão escolar.

Introdução

A evasão escolar é um dos principais problemas que afligem a educação brasileira, no entanto, essa evasão ocorre em outros países, especialmente nos últimos dois anos entre 2020 e 2021 que devido diversos problemas causados

pela Pandemia da Covid -19, aos quais vieram comprovar a desigualdade na sociedade brasileira. Porém, para que os alunos não obtivessem grandes prejuízos precisariam ter pelo menos acesso a um celular interligado à internet.

E nesse contexto, foram sendo aplicadas estratégias de ensino, como forma de amparo para a continuidade das aulas e pode citar dentre elas a utilização das tecnologias que tornou-se possível a realização aos estudos. Entretanto, constatou-se que a maioria dos alunos das escolas públicas não tinham acesso a essas tecnologias. Então, nesse sentido, houve um grande esforço conjunto que envolveu os professores, gestores escolares e gestores públicos os quais fizeram tornar viável a educação através das redes sociais, assim como pelo uso do aplicativo nominado de WhatsApp, bem como trocas de mensagens para tornar possível a inclusão dos alunos nessa educação com aprendizagem, uma vez que em decorrência do lockdown, as famílias ficaram isoladas das escolas e a comunicação ocorria através das mensagens ou de telefonemas.

Além do esforço conjunto, voltado para inclusão dos estudantes, por outro lado com os educadores não foi diferente, pois a maioria utilizava os celulares somente para se comunicarem entre familiares ou nas redes sociais, e com a Pandemia da COVID-19, veio demonstrar a necessidade desses profissionais se reinventarem, de forma que passarão a criar alternativas viáveis que pudessem amenizar os prejuízos causados pela pandemia. Percebe-se então que os alunos e professores das redes particulares não tiveram tantos prejuízos, já que a maioria possuíam os meios tecnológicos para tornar possível uma aprendizagem significativa.

Neste contexto da atual realidade brasileira, onde somente neste ano de 2022, as aulas presenciais estão voltando a acontecer, porém seguindo as exigências sanitárias de saúde. Razão pela qual, é de extrema importância que se busque alternativas para a inclusão de maior número de alunos possível, para que esses consigam superar as dificuldades ocorridas nos dois últimos anos, onde o ensino passou da modalidade presencial para modalidade remota em caráter emergencial, e com uma população pouco escolarizada tornou-se quase impossível que as famílias pudessem ajudar seus filhos na resolução das atividades, em consequência com essas dificuldades gerando um grande número de alunos evadidos.

Portanto, o objetivo deste estudo é demonstrar que é através das estratégias de ensino como forma de combate a evasão escolar que pode-se tornar possível viver numa sociedade inclusiva, a qual, é por meio de alternativas viáveis que os alunos poderão ser integrados no ambiente onde vivem sem tantas exclusões sociais.

Para tal, com os problemas causados pela Pandemia, sabe-se que grande parte dos alunos da educação básica pública brasileira não concluíram o ano letivo, e a maioria das Secretarias de Educação Estadual não reprovaram esses alunos com o intuito que o de ano de 2022 verificar a possibilidade de adequar seu aprendizado nas áreas com maiores dificuldades, tais como Língua

Portuguesa, Matemática e Inglês, já que estas disciplinas nos anos finais do Ensino Fundamental exigem bastante a presença dos professores para ajudá-los nas dificuldades apresentadas na medida em que o conteúdo se torna mais complexo.

Afim de evitar a evasão escolar os professores realizavam atividades que buscavam estimular a criatividade dos alunos, tornando as aulas mais atrativas, com atividades que incentivassem a colaboração, a solidariedade entre os pares, de modo que possa conviver num país melhor e conseqüentemente numa sociedade sem tantas exclusões.

O que é a evasão escolar

Para entender sobre o fracasso escolar dentro do contexto de evasão e abandono escolar, é necessário compreender dentro da educação as causas apresentadas como desagregadoras da educação. Sendo assim, há várias formas de interpretação sobre essa temática, as quais dificultam a compreensão precisa do que é “evasão e abandono escolar”, uma vez que esta requer um entendimento das relações entre os motivos de ingresso e a trajetória dos que permanecem, desistentes e egressos desse público. (Corrêa, 2020).

A evasão escolar ocorre quando um aluno deixa de frequentar a escola e o abandono escolar diz respeito à saída precoce da escola, geralmente, sem concluir o ensino obrigatório. Assim, o processo de abandono ocasiona graves repercussões na vida futura do indivíduo. Atualmente, esse tema tem sido bastante discutido no âmbito educacional brasileiro, pois, é algo preocupante, já que alguns segmentos sociais entendem que a educação é a única forma de melhorar o desenvolvimento de uma nação.

A evasão e o abandono escolar são uns dos problemas relacionados à educação. A Constituição Federal de 1988, afirma que a educação é um direito garantido e determinado pelo artigo 6º, no entanto, a universalização do ensino fundamental e a erradicação do analfabetismo, ainda não se concretizaram. (Corrêa, 2020).

É relevante entender as causas da evasão e dos princípios que podem levar as alternativas claras e objetivas, para superação desse problema atual que é discutido por todos. É importante que haja a compreensão das relações entre os motivos de ingresso e a trajetória dos permanentes, dos desistentes e egressos desse público. Ferreira (2013) afirma que “o fracasso escolar e a conseqüente evasão denotam o próprio fracasso das relações sociais que se expressam na realidade desumana que se vivencia no cotidiano, no qual a distância formada pela teoria e a prática desafia a inteligência do indivíduo”.

Evasão é o ato de evadir-se, fugir, abandonar; sair, desistir; não permanecer em algum lugar. A diferença entre evasão e abandono escolar foi utilizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira/INEP, (1998). Nesse caso, “abandono” significa a situação em que o aluno desliga-se da escola, mas retorna no ano seguinte, enquanto na “eva-

são” o aluno sai da escola e não retorna para o sistema escolar. A evasão ocorre por diversos fatores, dentre os quais destacam-se: fatores econômicos, sociais, familiares e institucionais. Os fatores econômicos contribuem para que as crianças deixem a escola para trabalhar e contribuir nas despesas familiares, os fatores sociais indicam o quanto o relacionamento aos colegas, professores e demais membros da comunidade escolar é importante para que os alunos permaneçam na escola; em relação à família, se a mesma não contribuir no incentivo e ajudar na permanência escolar, dificilmente o aluno permanecerá até o final de seus estudos. No fator escolar é fundamental que o aluno goste da escola que por sua vez, muitas escolas não correspondem às expectativas deles, as aulas são monotônicas, os professores estão cansados, desmotivados e principalmente, não há interação entre escola e alunos, daí a importância de adotar estratégias que evitem o abandono e insucesso escolar. (Silva, 2004).

Ações de combate à evasão escola na pós pandemia

O aumento de índices de evasão escolar, especialmente nas escolas públicas brasileiras tem sido discutido por educadores e sistemas educacionais, tendo como uma das principais consequências desse período prolongado de paralisação nas atividades presenciais, a falta de equipamentos eletrônicos e de internet para suprir a ausência de aulas presenciais, bem como o convívio com os colegas e professores, fatores estes que contribuem para as evasões. Sabe-se que as redes de ensino veem buscando reduzir os prejuízos na aprendizagem de seus estudantes, através da oferta de atividades de ensino remoto e o desafio de mantê-los engajados nos estudos e com isso grande parte das famílias não está preparada com recursos tecnológicos e intelectuais para incentivar as crianças a permanecerem na escola.

Portanto, é interessante observar algumas ações que devem ser vistas como estratégias no combate as evasões, diante desse cenário, especialistas e sistemas educacionais têm reforçado a importância dos gestores educacionais e escolares desenvolverem ações específicas com foco nos alunos com maior risco de evasão durante esse período como:

- Assegurar o acesso a todos os estudantes para as atividades de ensino remoto propostas;
- Realizar acompanhamento contínuo da participação dos alunos em atividades não presenciais, especialmente nas reuniões on-line, pelo google meet e outros aplicativos de reuniões online;
- Manter canais de comunicação entre familiares e estudantes realizando sempre o feedback entre todos os envolvidos;
- Envolver os pais ou responsáveis no engajamento escolar, as famílias que são os parceiros mais importantes no processo escolar;
- Desenvolver uma checagem diária nas atividades a serem desenvolvidas para os alunos, tendo como foco principal, as dificuldades de acesso, para isso deve se comunicar com os colegas e vizinhos que

possam ajudar na conectividade dos recursos para melhorar o processo de aprendizagem;

- Realizar uma busca ativa dos estudantes que deixaram de frequentar a escola;
- Definir uma forma de avaliação que seja viável e contemple os alunos com menos frequências nas atividades online;
- Estabelecer formas de acompanhamento, especialmente com os alunos que não tem os recursos necessários, e buscar alternativas como atividades impressas e ajudar esses a realizarem suas atividades escolares na medida do possível;
- Identificar alunos que precisam de apoio financeiro e tentar junto ao poder público os meios necessários para contribuir na aquisição de equipamentos eletrônicos necessários. (Instituto Unibanco, 2021).

Diante do exposto acima, é fundamental que os educadores desenvolvam algumas ações no sentido de diminuir as evasões escolares deste período, uma vez que todos os alunos sofreram com as consequências da Covid-19, no entanto, os alunos de escolas públicas foram os mais atingidos, por não possuírem meios de continuarem de forma remota suas atividades escolares.

Metodologia

Na metodologia deste trabalho utilizou-se um estudo de caso de cunho qualitativo com professores do ensino fundamental que trabalham em escolas públicas do bairro Telégrafo localizado em Belém, capital do Estado do Pará. As respostas fornecidas pelos entrevistados demonstraram a importância da formação continuada dos professores, o debate da Secretaria de Educação entre os educadores e a utilização das tecnologias, as quais foram fundamentais para que esses alunos não fossem excluídos totalmente do processo escolar neste período da pandemia da COVID-19.

Esta pesquisa foi aplicada aos professores da rede pública, que trabalharam nestes dois últimos anos com o ensino remoto devido a Pandemia da COVID – 19, os mesmos, trabalham na educação básica e discorram sobre as dificuldades enfrentadas para ministrar suas aulas através das tecnologias, bem como sobre a evasão ocorrida neste período. O estudo segue o modelo qualitativo, adaptando-se a uma realidade que não pode ser quantificada, pois trabalha com um universo de significados, desejos, crenças, relações humanas, não podendo ser organizados à operacionalização de variáveis (MINAYO, 2001).

Nesta perspectiva, a pesquisa de campo foi realizada por meio da aplicação de entrevista semiestruturada voltada para professores atuantes na educação básica, que neste estudo foram da educação infantil até o ensino médio, os quais serão identificados, por meio dos códigos: P1, P2, P3, etc.

Resultados/discussões

Ao serem questionados sobre as dificuldades enfrentadas no decorrer desta Pandemia, no tocante, a ministração de suas aulas, momento em que tiveram também de aprender a conviver com as tecnologias, assim como seu uso, esses educadores demonstraram principalmente a preocupação com a falta de aprendizagem que ocorreu no ensino fundamental e na educação infantil, uma vez que, é nesta etapa que os alunos mais necessitam da presença dos professores, o qual afetou seriamente o ensino presencial no país e no mundo, sobre o assunto, as autoras Arruda, Silva e Bezerra, (2020, p. 2), declaram que “O qual passou a ter um novo redirecionamento de suas ações passando-se a exigir dos profissionais da educação, novas práticas de ensino, que atenda as reais necessidades da educação nos dias atuais, pois mesmo diante da catástrofe não se poderia deixar de ofertar aprendizagem aos educandos”.

De acordo com a colaboração das autoras citadas, nota-se que os profissionais da educação também enfrentaram as mesmas dificuldades, ou seja, apesar de possuir as tecnologias necessárias tiveram de aprender a interagir com mais assiduidade com os pais e alunos virtualmente, e também, se reinventarem em relação aos conteúdos ministrados de forma remota.

Nas entrevistas aplicadas a esses professores destacam como prioridade a forma de manter esses alunos estudando até o final do ano letivo, uma vez que eles acreditam que ao iniciarem as aulas presenciais serão resolvidas as dificuldades que esses alunos encontraram nos últimos anos no ensino remoto.

Entende-se a preocupação com a evasão escolar, de acordo com o P1, nesta época de grandes problemas sociais, a educação é a única saída para que as crianças das escolas públicas vivam numa sociedade mais inclusiva.

P1- Em tudo o que enfrentamos neste período de Pandemia, com a suspensão das aulas presenciais, e meus alunos de 2º ano do ensino fundamental, onde a maioria dos pais não colaboravam com sua ajuda para ensinar as crianças a ler e escrever e muito menos nas atividades de Matemática, o que mais preocupou foi que essas crianças não conseguissem continuar seus estudos até o final do ano letivo, na minha turma tivemos um alto índice de evasão, o que chegou a 40%, algo preocupante, pois nos últimos anos poucos alunos desistiam, até por causa dos programas do Governo Federal que incentiva a participação das crianças como requisito para a família receber esse auxílio.

Pelo depoimento da professora P1, percebe-se que os alunos dos anos iniciais da educação básica, necessitam de mais apoio da família e da escola e que nestes últimos anos foi difícil a aprendizagem e permanência dos alunos estudos nas mais adversas condições, portanto, para (Médici, Tatto, Leão, (2020) que entendem que diante de todas as catástrofes ocasionadas por essa pandemia de 2020, a área educacional tem sofrido bastantes consequências, a paralisação do ensino presencial em todas as escolas, tanto públicas como particulares, atingiu pais, alunos professores e toda a comunidade escolar, em

todos os níveis de ensino, porém como a professora entrevistada falou, seus alunos do 2º ano necessitam de ajuda presencial para o desenvolvimento de sua aprendizagem, e que teve um alto índice de evasão.

P3- A evasão escolar provoca exclusão social, educacional e econômica, uma vez que quando os alunos desistem não tem muitas expectativas de um futuro melhor, como conseguir passar num concurso, ir a uma universidade, participar das decisões políticas e sociais de sua comunidade, acredito que somente com uma educação de qualidade podemos viver numa sociedade mais justa.

Constata-se a preocupação da professora em relação a exclusão social, a mesma acredita que se a educação fosse de qualidade pode-se pensar em viver numa sociedade mais justa e as escolas, professores e sistemas educacionais observaram na utilização das tecnologias um modo de continuarem as aulas, sem que os alunos se ausentassem os dois anos, mesmo encontrando diversos obstáculos, como se manifestou claramente a falta de equipamentos de informática na maioria das famílias, especialmente as de baixa renda.

P5 – A evasão escolar nas escolas públicas brasileiras, especialmente nas regiões mais pobres de nosso país foi algo preocupante, já se convive diariamente com pessoas que são excluídas de praticamente tudo, muitos só vão à escola pela alimentação e pela participação das famílias nos programas de transferência de renda, e essa ausência total da escola, sem a presença de colegas, o incentivo da alimentação, a falta de alguém que presencialmente o ajudasse nas tarefas escolares, o medo, a insegurança e falta de recursos tecnológicos foi fundamental para a evasão de muitos alunos. Fiz o possível para ajudar meus alunos, me deslocava na minha moto para entregar atividades impressas e quando possível, tomando todas as medidas de segurança ajudar esses alunos, infelizmente não consegui resgatar todos, mas ajudei alguns alunos, foi uma época que me sentia frustrada como educadora.

Neste depoimento, observa-se que a educadora demonstra que a escola pública brasileira diante das desigualdades sociais existentes na sociedade é algo que provoca exclusão social, conforme suas palavras aborda o descaso do poder público em melhorar a estrutura educacional das escolas, demonstra claramente que a insegurança financeira é que ainda leva as crianças a escola, onde algumas conseguem se sair bem, entretanto, uma parcela significativa conseguem ser analfabetos funcionais, na verdade, o poder público se preocupa apenas com o número de alunos que frequenta a escola para mostrar ao mundo que está fazendo educação, porém a qualidade necessária não é o seu foco.

Sobre o assunto discutido pela professora o Instituto Unibanco através de seu Observatório de Educação declara que: “As estimativas iniciais dos efeitos do fechamento das escolas na região são espantosas: essa interrupção pode fazer com que cerca de dois em cada três alunos não sejam capazes de

ler ou entender textos adequados para a sua idade”, afirma o Banco Mundial. (Instituto Unibanco, 2021).

A respeito do uso das tecnologias, Felizola, (2011), entende que: “apesar do desenvolvimento e expansão das tecnologias da informação e comunicação, percebe-se ainda que poucos têm acesso à internet e as suas tecnologias, ocasionando desigualdades á medida em que alguns são beneficiados e outros ficam distanciados do progresso”, isso ocorreu principalmente nas escolas da zona rural do país, onde poucas pessoas tem um celular, com uma antena apropriada apenas para realizar chamadas, em algumas escolas existem internet, no entanto com o lockdown, não se desenvolveram atividades nas escolas e isso dificultou a vida dos alunos.

P6- Não consigo deixar de me preocupar com os prejuizos que os alunos tiveram no decorrer dessa pandemia, aqueles que possuíam uma família estruturada e com pais letrados tiveram quem os ajudassem, no entanto, a maioria de alunos das escolas públicas brasileiras não puderam contar com a ajuda familiar e muiyto menos com a ajuda das tecnologias, uma vez que se encontravam dentro de suas casas e não podiam pedir ajuda de quem possuísse celulares, computadores e internet, essa desigualdade foi cruel com nossos alunos e provocou uma grande exclusão educacional e também social. Neste ano de 2022 temos de arregaçar as mangas e tentar por todos os meios ofertar uma educação melhor, com aulas mais dinâmicas que despertem o interesse dos alunos em aprender cada vez mais e assim diminuir a falta de aprendizagem ocorrida nestes últimos anos.

Assim, de acordo com Tosta (2013, p. 8), “o âmbito familiar é o primeiro socializador de todo indivíduo”. É o espaço onde a criança se forma e leva consigo todas as experiências adquiridas no decorrer de sua trajetória. São as experiências vividas no ambiente familiar quando criança, que irão interferir para a sua formação na idade adulta.

Então, após as afirmações dos educadores entrevistados, constata-se que a sua percepção de educação está interligada à inclusão, e que suas maiores preocupações nestes anos de pandemia eram a aprendizagem e a evasão escolar, algo que não conseguiram evitar, no entanto, estão conscientes de que é através da educação que se pode ter uma sociedade com excelência e melhor qualidade de vida.

Considerações

Diante do exposto, a pesquisa realizada aos professores entrevistados percebe-se que educação rima com inclusão e para que haja inclusão é necessário que ofereça uma educação de qualidade. Pois, o fenômeno da evasão escolar não ocorreu somente nesta pandemia, ele sempre esteve presente no nosso cotidiano escolar, no entanto, o fato de que hoje 2022, necessita-se da utilização das tecnologias que demonstrou com clareza o quanto a desigualda-

de social está presente no país.

De acordo com a pesquisa realizada entre os educadores entrevistados verifica-se a constante preocupação destes em relação a permanência e aprendizagem dos alunos durante os anos de 2020 e 2021, mesmo sabendo que teriam de realizar um trabalho mais dinâmico e desafiador neste ano de 2022 e conseqüentemente nos próximos anos para que esses alunos consigam superar as dificuldades que enfrentaram durante o período do ensino remoto.

Entende-se que a evasão escolar é causada por fatores externos, tais como: econômicos, sociais, institucionais ou individuais, motivos pelos quais devem ser analisados com seriedade pelos educadores e pela sociedade, ou seja, devendo ser debatidos em todos os segmentos da sociedade.

É preciso entender que cada professor tem seu jeito de ensinar, cada aluno tem sua forma de aprender. Bem como facilidades, dificuldades peculiares e individuais. Para que a escola se destaque entre as demais é preciso que os educadores estejam preparados para atender à diversidade das necessidades de cada aluno. (Tiburski, 2020). Sobre isso a educadora destaca que os professores devem estar em formação contínua para auxiliar as mudanças ocorridas no cotidiano da sociedade e assim poder realmente ajudar seus alunos a melhorar sua aprendizagem e estimular a estadia deles na escola.

A exclusão social provocada pelo abandono escolar ou reprovação é o que mais demonstra a ineficiência da escola como instituição e do poder público como gestor. Portanto, a razão deste trabalho é demonstrar as possíveis estratégias de ensino, utilizadas no período da Pandemia da COVID-19, com vistas ao combater a evasão na escola e que assim, pode-se contribuir para a inclusão social.

Referências

ARRUDA, G. Q. de. SILVA, J. S. R. da. BEZERRA, M. A. D. **O uso da tecnologia e as dificuldades enfrentadas por educadores e educandos em meio a pandemia.** 2020. CONEDU, VII Congresso Nacional de Educação, 15, 16 e 17 de outubro de 2020, Maceió – AL.

CORRÊA, M. J. Q. P. LOUREIRO, A. P. F. **Evasão Escolar na Educação a Distância: causas e conseqüências.** 1ª ed. Curitiba – PR – Appris, 2020.

FELIZOLA, P. A. M. **O direito à comunicação como princípio fundamental: internet e participação no contexto da sociedade em rede e políticas públicas de acesso à internet no Brasil.** Revista de Direito, Estado e Telecomunicações, v. 3, n. 1, p. 205-280, 2011.

FERREIRA, F. A. **Fracasso e evasão escolar.** 2013. Disponível em <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/porescrito/article/view/24527>. Acesso em 02 de fev de 2022.

INSTITUTO UNIBANCO. **Ações Durante e Pós Pandemia São Necessárias Para Evitar Evasão.** Observatório de educação, em 03/06/2021. Disponível em <https://www.institutounibanco.org.br/conteudo/acoes-durante-e-pos-pandemia->

sao-necessarias-para-evitar-evasao/ Acesso em 20/09/2022.

MÉDICI, M. S.; TATTO, E. R.; LEÃO, M. F. **Percepções de estudantes do Ensino Médio das redes pública e privada sobre atividades remotas ofertadas em tempos de pandemia do coronavírus.** Revista Thema, v. 18, n. ESPECIAL, p. 136-155, 2020. Disponível em: <http://periodicos.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/viewFile/1837/1542>. Acesso em: 02 Fev. 2022.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (org.). **Pesquisa Social. Teoria, método e criatividade.** 18 ed. Petrópolis: Vozes, 2001.

SILVA, V. **Alunos em situação de insucesso escolar.** Lisboa, Instituto Piaget, 2004.

TIBURSKI, Raquel. O Diário da escola, aplicativo educacional. **Como combater a evasão escolar.** 07/11/2020. Disponível em <https://diarioescola.com.br/como-combater-a-evasao-escolar/> Acesso em 21/09/2022.

PARA UMA PRAXIOLOGIA DA ESPERANÇA: LÍNGUA PORTUGUESA NO ENSINO TECNOLÓGICO

Rosana Helena Nunes

Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo. Universidade de Brasília

Resumo:

O artigo é resultado de uma pesquisa em estágio pós-doutoral e objetivo é o de repensar a prática educativa por meio de *praxiologias decoloniais*, uma *praxiologia da esperança*, no ensino da Língua Portuguesa. De caráter etnográfico, a pesquisa apoia-se em documentos oficiais (Diretrizes Curriculares para a Educação Profissional e Tecnológica (BRASIL, 2021), Constituição de 1988 (BRASIL. Constituição. (1988/2021)), a LDB/71 (Brasil, 1971), a LDB/2017 (Brasil. LDB. 1996/2017)), o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (BRASIL, 2007). A pesquisa fundamenta-se numa perspectiva decolonial e freireana à Linguística Aplicada Crítica (CALVET, 2007; PENNYCOOK, 2006; PENNYCOOK; MAKONI, 2020; RAJAGOPALAN, 2003, 2013) e a Pedagogia Crítica (FREIRE, 1967, 1987, 1992, 1994, 1997). As questões norteadoras foram: a) Como as políticas públicas de intervenção e incentivo ao ensino de línguas podem contribuir com a difusão e ampliação do ensino em Língua Portuguesa? b) Em que medida a implementação de um planejamento linguístico, baseada numa proposta de Educação Humanizadora, em cursos tecnológicos, pode contribuir com o processo de aprendizagem da Língua Portuguesa no período da pandemia Covid-19? A pesquisa trouxe como resultado a implementação de uma educação humanizadora no trabalho com a linguagem: metodologia de projetos, letramento acadêmico, além da reformulação de ementas com a mudança de matriz curricular.

Palavras-chave: Educação profissional e tecnológica; Praxiologia da esperança; Educação linguística crítica; Covid-19; Novo normal.

Introdução

Este artigo objetiva apresentar os resultados de uma pesquisa em estágio supervisionado de pós-doutorado, intitulada “Educação Profissional e Tecnológica e ensino de Língua Portuguesa em tempo de crise: perspectivas, interfaces e desafios para uma Educação Humanizadora”, pesquisa vinculada

ao Programa de Pós-Graduação em Linguística (PPGL), da Universidade de Brasília (UnB), sob supervisão de Prof. Dr. Kleber Aparecido da Silva.

Essa investigação teve como hipótese da proposta de uma educação humanizadora para o ensino da língua materna. Trata-se de uma pesquisa de caráter etnográfico com consulta a documentos oficiais (Diretrizes Curriculares para a Educação Profissional e Tecnológica (BRASIL, 2021), Constituição de 1988 (BRASIL. Constituição. (1988/2021)), a LDB/71 (Brasil, 1971), a LDB/2017 (Brasil. LDB. 1996/2017)), o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2007). A investigação fundamenta-se numa perspectiva decolonial e freireana à luz da Linguística Aplicada Crítica (CALVET, 2007; PENNYCOOK, 2006; PENNYCOOK; MAKONI, 2020; RAJAGOPALAN, 2003, 2013), em consonância à Pedagogia Crítica (FREIRE, 1967, 1987, 1992, 1994, 1997).

Aqui cabem algumas perguntas de pesquisa, direcionadas a esse *novo normal* no processo de ensino e aprendizagem da Língua Portuguesa: a) Como as políticas públicas de intervenção e incentivo ao ensino de línguas podem contribuir com a difusão e ampliação do ensino em Língua Portuguesa? b) Em que medida a implementação de um *planejamento linguístico*, baseada numa proposta de educação humanizadora, em cursos tecnológicos, da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo, pode contribuir com o processo de ensino e aprendizagem da Língua Portuguesa durante e pós-pandemia da Covid-19? Destaca-se, nessa pesquisa, a importância do direito à educação, uma educação igualitária, humanizada e cidadã.

Como podemos pensar em uma humanização da educação sem refletir acerca das políticas públicas que deixam a desejar em relação às questões sociais, às situações de adversidade e de desigualdade social? A partir dessa discussão a respeito da Educação Profissional e Tecnológica, o artigo apresenta duas seções. Na seção 1, busca-se revisitar algumas obras de Paulo Freire (1967; 1987; 1992; 1994; 1997) para melhor elucidar sua contribuição nos estudos da linguagem e isso reverberar na importância de pensar a educação linguística crítica no ensino de Língua Portuguesa no contexto tecnológico.

Na seção 2, a pretensão é a de responder às questões norteadoras da pesquisa, no que diz respeito à reformulação de ementas de uma matriz curricular de curso tecnológico e apresentar um projeto, desenvolvido com alunos de uma faculdade de tecnologia do estado de São Paulo, Projeto Oficina de Leitura, como resultados da finalização do estágio pós-doutoral.

Questões de linguagem e a contribuição de Freire

Paulo Freire, o filósofo da educação brasileira, realizou uma série de projetos sobre o Método de Alfabetização de Adultos. O educador escreveu algumas obras, dentre essas, em 1967, publica seu primeiro livro *Educação como prática da liberdade*. A obra foi escrita durante o período de exílio no ano de 1965. Freire reporta-se à experiência pedagógica que desenvolveu, antes do

Golpe de 1964, o método de alfabetização de jovens e adultos no nordeste do país. Essa obra reflete a forma pela qual a experiência com a alfabetização de adultos resultou em melhor compreensão da *palavra*, como um instrumento de transformação do homem e da sociedade.

Na verdade, o movimento popular, que engendrou o Projeto de Alfabetização de Adultos salientado por Freire (1967), na obra *Educação como Prática de Liberdade*, representa uma luta política por “libertação da opressão”, transformação do indivíduo por meio da alfabetização, ser e estar no mundo, consciência de estar no mundo e participar de uma sociedade. Para Freire, esse é o papel da escola como um ato de ensinar o aluno a ler o mundo para que possa intervir de forma efetiva como ser social e político.

Assim, falar de educação é enveredar-se pelos caminhos da leitura de mundo que, por assim dizer, precede a leitura da palavra. É buscar compreender que o ser, em processo de alfabetização, é aquele que inicia o processo de consciência histórica, *daí que a posteriori a leitura desta não possa prescindir da continuidade da leitura daquele*. Aqui está a chave para o despertar para a linguagem, uma vez que *linguagem e realidade se prendem dinamicamente*.

Em Freire (1987), a alfabetização representa o primeiro contato para uma educação que se relaciona não somente com a palavra, mas com o mundo, por meio da palavra. Daí a importância de a obra *Pedagogia do oprimido* – primeira edição publicada em 1968 – propor um método mais consolidado com a prática educativa, em que a palavra ajuda o homem a tornar-se homem. O educador considera que pensar o mundo é participar dele de maneira crítica; além disso, considera que a escrita deve estar relacionada não propriamente à repetição e sim às diferentes formas de expressar-se por meio da palavra escrita.

Durante as décadas de 1970 e 1980, Freire dedica-se ao trabalho em São Tomé e Príncipe, Cabo Verde e Angola, na tentativa de ajudar os governos e seus povos a construir suas nações recém-libertadas do domínio português. Essa construção se deu por meio do trabalho de uma “educação popular”. O educador, nessa trajetória, levava seus conhecimentos a países dos cinco continentes, em especial Austrália, Itália, Nicarágua, Ilhas Fiji, Índia, Tanzânia e aos países de colonização portuguesa.

Em junho de 1980, aos 57 anos, Freire chega ao aeroporto de Viracopos, em Campinas, finalmente desembarcando em seu país, que havia deixado em 1964, durante o comando dos militares. Em terra brasileira, na gestão da prefeita Luíza Erundina, assume, em janeiro de 1989, o cargo de Secretário de Educação da cidade de São Paulo. Essa fase da vida de Freire trouxe ao Brasil, especialmente à educação brasileira, o verdadeiro sentido do que significa “educar”. Ele promoveu reforma nas escolas, reestruturou os colegiados, reformulou o currículo escolar, capacitou professores e ainda atuou para a formação do pessoal administrativo e técnico envolvido com a educação.

Em meio a essas reflexões da década de 1990, eis que surgem duas obras escritas por Freire: *Pedagogia da esperança*, em 1992, e *Pedagogia da autonomia*, úl-

tima obra desse autor, publicada em 1996. Em 1997, aos 75 anos de idade, Freire torna-se um dos membros do Júri Internacional da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Em *Pedagogia do Oprimido*, Freire (1987) propõe uma nova forma de relacionamento entre professor, estudante e sociedade. O livro é considerado um dos pilares da pedagogia crítica e analisa a relação de “colonizador” e “colonizado”. Essa obra foi escrita em um período crítico da história do Brasil, após o golpe militar de 1964. Freire (1987) salienta que uma Pedagogia do Oprimido traz à baila a reflexão de uma concepção humanitária de estudo das diferenças inerentes ao ser, ao indivíduo em diferentes momentos de luta, seja ela numa visão marxista, a luta de classes, seja em Freire, o oprimido e o opressor. Dessa perspectiva, o estudioso assevera:

A nossa preocupação, neste trabalho, é apenas apresentar alguns aspectos do que nos parece constituir o que vimos chamando de pedagogia do oprimido: aquela que tem de ser forjada com ele e não *para* ele, enquanto homem ou povos, na luta incessante de recuperação de sua humanidade. Pedagogia que faça da opressão e de suas causas objeto da reflexão dos oprimidos, de que resultará o seu engajamento necessário na luta por sua libertação, em que esta pedagogia se fará e refará. (FREIRE, 1987, p.32)

Em *Pedagogia da Esperança*, a proposta é a de fazer uma “releitura” de Pedagogia do Oprimido ao considerar a importância de uma pedagogia que se faça “viva” na essência da humanização. Nesta obra, o educador percebe a importância fundamental do diálogo entre dois momentos diferentes e, ao mesmo tempo, semelhantes para se pensar uma pedagogia do oprimido na esperança de que a reflexão seja possível, a mudança seja algo primordial como um “reencontro” com estudos já firmados e (re)afirmados no bojo das discussões sobre uma educação humanizadora como prática de liberdade. E, ao afirmar-se como educador, Freire (1992, p.9) preconiza que essa libertação se relaciona à esperança de mudança para o povo.

Em *Pedagogia da autonomia*, de 1996, Freire nos convida a refletir acerca da prática pedagógica do professor, no que concerne à autonomia do ser e do saber do educando. Esse convite reporta-se à formação docente, às condições de trabalho e, acima de tudo, à tarefa de ensinar, alicerçada em saberes necessários à prática educativa e crítica, prática essa relacionada à rigorosidade, pesquisa, criticidade, risco, humildade, bom senso, tolerância, alegria, generosidade fundamentada em uma ética pedagógica. A educação, sob essa perspectiva, deve privilegiar uma visão humanizadora, libertária, emancipatória e transformadora, ou seja, uma postura problematizadora para o processo de ensino e aprendizagem.

Freire, ao reconhecer que a prática da educação bancária, que se presta apenas para a inserção de conteúdos como um depósito bancário, está a serviço de uma educação de cunho neoliberal e colonialista, adverte que:

(...) é a força criadora do aprender de que fazem parte a comparação,

a repetição, a constatação, a dúvida rebelde, a curiosidade não facilmente satisfeita, que espera os efeitos negativos dos seres humanos – a de se terem tornado capazes de ir mais além de seus condicionantes. Isso não significa, porém, que nos seja indiferente ser um educador “bancário” ou um educador “problematizador”. (FREIRE, 1997, p. 28)

Se a concepção adotada é a educação linguística crítica, pensar a língua dessa perspectiva é acreditar que o professor se considera também um “educador crítico” no seu fazer pedagógico. Pessoa, ao dedicar-se ao estudo da língua inglesa, como aluna, professora e pesquisadora, acredita que uma formação crítica de professoras/es dessa língua “(...) se constrói a partir de ‘práticas identitárias e escolares’. Essas práticas vão se reconstruindo por meio da articulação entre teorizações que as subjazem e as que vão se fazendo necessárias para lidar com as várias demandas que surgem das próprias práticas” (PESSOA, 2018, p. 192).

Para uma praxiologia da esperança em aulas de Língua Portuguesa

Repensar a prática educativa por meio de *praxiologias decoloniais*, ou propriamente uma *praxiologia da esperança*, é a de privilegiar uma educação linguística crítica, como um processo libertário e emancipatório, de uma proposta de educação humanizadora para o ensino de língua materna. Essa investigação refere-se a uma pesquisa em estágio supervisionado de pós-doutorado, intitulada “Educação Profissional e Tecnológica e ensino de Língua Portuguesa em tempo de crise: perspectivas, interfaces e desafios para uma Educação Humanizadora”, e vincula-se ao Programa de Pós-Graduação em Linguística (PPGL), da Universidade de Brasília (UnB), sob supervisão de Prof. Dr. Kleber Aparecido da Silva.

Destaca-se, nessa pesquisa, a importância do direito à educação, uma educação igualitária, humanizada e cidadã. Como podemos pensar em uma humanização da educação sem refletir acerca das políticas públicas que deixam a desejar em relação às questões sociais, às situações de adversidade e de desigualdade social? Essas problemáticas, que emergem de camadas diferenciadas, representam as preocupações fundamentais dos pesquisadores, estudiosos esses atentos aos grupos marginalizados da sociedade.

Levanta-se a hipótese da proposta de uma educação humanizadora para o ensino da língua materna numa perspectiva decolonial e freireana. Aqui cabem algumas perguntas de pesquisa, direcionadas a esse *novo normal* no processo de ensino e aprendizagem da Língua Portuguesa: a) Como as políticas públicas de intervenção e incentivo ao ensino de línguas podem contribuir com a difusão e ampliação do ensino em Língua Portuguesa? b) Em que medida a implementação de um *planejamento linguístico*, baseada numa proposta de educação humanizadora, em cursos tecnológicos, da Faculdade de Tecnologia do Estado de São Paulo, pode contribuir com o processo de ensino e aprendi-

zagem da Língua Portuguesa durante e pós-pandemia da Covid-19?

De caráter etnográfico, com consulta a documentos oficiais (Diretrizes Curriculares para a Educação Profissional e Tecnológica (BRASIL, 2021), Constituição de 1988 (BRASIL. Constituição. (1988/2021)), a LDB/71 (BRASIL, 1971), a LDB/2017 (Brasil. LDB. 1996/2017)), o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2007), essa investigação fundamenta-se numa perspectiva decolonial e freireana à luz da Linguística Aplicada Crítica (CALVET, 2007; PENNYCOOK, 2006; PENNYCOOK; MAKONI, 2020; RAJAGOPALAN, 2003, 2013), em consonância à Pedagogia Crítica (FREIRE, 1967, 1987, 1992, 1994, 1997).

Dessa perspectiva, quando se pensa em uma pesquisa que vislumbre o trabalho com a leitura e a escrita, em cursos tecnológicos, principalmente em tempo pandêmico, visa-se justamente trazer à tona as praxiologias para estudo, as Epistemologias do Sul. Trata-se de refletir acerca de alunos de diferentes faixas etárias, escolhidos por meio de um processo de inscrição e análise de currículo escolar. Esses alunos, pertencentes a diferentes grupos sociais e faixas etárias, optam por determinados cursos em virtude de objetivos de vida; alguns em busca de melhor se situarem na sociedade, outros, por atuarem na área do curso, entretanto, todos trazem sonhos, esperança de uma condição melhor de vida.

Daí uma proposta de se pensar uma *praxiologia da esperança*, vincular à prática educativa do trabalho com a linguagem, ou seja, a diferentes epistemologias que abarquem práticas decoloniais de ensino de línguas, a legitimidade com a sociedade e, desta, com a educação linguística crítica. Acerca de uma educação para a cidadania, Freire (1992, p. 78) repete o que havia dito em um seminário, ocorrido em 1973, em Chicago:

As chamadas minorias, por exemplo, precisam reconhecer que, no fundo, elas são a maioria. O caminho para assumir-se como maioria está em trabalhar as semelhanças entre si e não só as diferenças e assim, criar a *unidade na diversidade*, fora da qual não vejo como aperfeiçoar-se e até como construir-se uma democracia substantiva, radical.

O filósofo da educação afirma, em uma de suas passagens da Pedagogia da Esperança:

Aí está uma das tarefas da educação democrática e popular, da *Pedagogia da esperança* - a de possibilitar nas classes populares o desenvolvimento de sua linguagem, jamais pelo blabláblá autoritário e sectário dos “educadores”, de sua linguagem, que, emergindo da e voltando-se sobre sua realidade, perfila as conjecturas, os desenhos, as antecipações do mundo novo. Está aqui uma das questões centrais da educação popular - a da linguagem como caminho de invenção da cidadania. (FREIRE, 1992, p. 41)

Dessa perspectiva, entender que o trabalho com a linguagem deva estar

voltado às diferentes praxiologias decoloniais é também perceber a importância de mediar esse trabalho por meio de diferentes metodologias de ensino. Na obra *As praxiologias do Brasil Central*, Pessoa, Silva e Freitas (2021, p. 15) asseveram que

*As praxiologias do Brasil Central são nossas epistemologias fundidas com nossas práticas, misturadas de tal forma que não podem ser expressas senão em uma palavra. O termo substitui teorias, pois compreendemos que, pelo menos na nossa área, teorias não podem ser dissociadas da prática. Essa é a nossa forma de interpretar o argumento de Freire (2005) de que não há prática sem teoria, nem teoria sem prática. Usar os dois termos é dicotomizá-los, isto é, reforçar um binarismo que, além de não explicar, hierarquiza conhecimentos em nossa área. Também usamos *educação linguística* como uma expressão ampla, que engloba a formação crítica docente e evita outra dicotomia: ensino e aprendizagem, já que, como também afirma Freire, não existe ensinar sem aprender (FREIRE, 2001). A nosso ver, a educação acontece na construção dialógica do conhecimento, onde todas as pessoas e materialidades envolvidas ensinam e aprendem ao mesmo tempo.*

Com base nessas considerações, falar de praxiologias decoloniais é proporcionar diferentes metodologias que promovam o envolvimento do aluno no processo educativo, já que

Entendemos praxiologias como a leitura daquilo que fazemos, imbuída do que somos e pensamos: as nossas escolhas como professoras estão cheias de nós e refletem o que pensamos, o que e como fazemos; também, são construídas pela nossa cultura e pelos elementos que a constituem, como nossa percepção do mundo, do lugar onde vivemos e de onde viemos, dos valores, das experiências. (FREITAS; AVELAR, 2021, p. 93)

Para uma praxiologia da esperança: Projeto Oficina de Leitura em cursos tecnológicos

Em 2020, o ensino tecnológico passou por diferentes transformações com a modalidade remota. O período de aulas presenciais compreendeu o mês de fevereiro e duas semanas do mês de março/2020; e a última aula presencial ocorreu em 13 de março de 2020. Com a pandemia da Covid-19, o Centro Paula Souza implantou a plataforma *Teams* da Microsoft para as aulas síncronas. Em 22 de abril de 2020, professores e alunos tiveram de se adaptar aos diversos recursos da ferramenta *Teams*.

Dessa condição de ensino remoto, propôs-se o *Projeto Oficina de Leitura* como incentivo à leitura e escrita acadêmicas. Para execução do Projeto Oficina de Leitura, houve a escolha de três cursos de uma faculdade de tecnologia do estado de São Paulo, totalizando 200 alunos. Justifica-se, pois, a escolha desses cursos pelo fato de ministrar aulas na disciplina Comunicação e Ex-

pressão. Como já ressaltado, antes mesmo da aplicação de uma metodologia de projetos, analisou-se a ementa da disciplina Comunicação e Expressão, fundamentando-se em documentos oficiais norteadores para uma educação mais transformadora e emancipatória: Constituição de 1988 (BRASIL. Constituição. (1988/2021)), a LDB/71 (BRASIL, 1971), a LDB/2017 (BRASIL. LDB. 1996/2017)), o Programa Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) (BRASIL, 2007).

Na ementa atual da disciplina Comunicação e Expressão, recomenda-se o trabalho com as modalidades oral e escrita da linguagem, bem como os gêneros discursivos, dentre eles, cartas, relatórios, correios eletrônicos, entre outros. Entretanto, ampliou-se para o trabalho com a linguagem acadêmica, buscando levar à leitura de artigos acadêmicos e desenvolver a escrita acadêmica com a produção de oficina de leitura e miniartigo.

Cada grupo deveria apresentar os resultados obtidos com a oficina de leitura, ao considerar o rendimento dos alunos em relação à interpretação de textos; e a escolha dos textos seria um critério adotado pelo próprio grupo, segundo os temas mais apropriados ao curso em que aplicaria a oficina de leitura. Dessa proposta, os textos apresentados nas aulas de Comunicação e Expressão contribuíram para o desenvolvimento das oficinas de leitura. Ao final do processo, os grupos apresentaram um miniartigo, produzido pelos grupos, segundo um *template* à luz da ABNT.

O projeto apresentou determinadas etapas para se chegar ao resultado final. Os grupos iniciaram a escrita do pré-projeto com as características propostas: *tema, objetivos, justificativa, referencial teórico e metodologia de análise*. Esse trabalho teve início com leituras diversas, sejam artigos acadêmicos e *e-books* sejam textos obtidos pelo processo de busca por meio do *Google Acadêmico*. A primeira etapa consistiu de pesquisa e seleção dos textos para estudo, no sentido de maior compreensão com relação ao tema proposto. A segunda etapa compreendeu a elaboração de um formulário de pesquisa *on-line*, por meio da Plataforma do *Google forms*, por meio de questões dissertativas e/ou de múltipla escolha, para a realização de uma oficina de leitura com o escopo de desenvolver gráficos referentes ao grau de compreensão dos alunos. Os grupos deveriam propiciar o engajamento com ferramentas tecnológicas para a realização da oficina, uma vez que não seria possível a utilização de textos impressos e sim textos apresentados por meio de aplicativos em equipamentos eletrônicos.

Por fim, a terceira etapa procedeu a apresentação dos resultados obtidos com a aplicação da oficina de leitura, na modalidade de seminário, bem como a entrega da produção final de um miniartigo. Para a produção do artigo, apresentou-se aos alunos um tutorial.

Quadro 2 – Tutorial para escrita do artigo acadêmico

O artigo deve ser digitado com espaço entre as linhas de 1,5 (um e meio) e fonte 12 – *Times New Roman*. O título em maiúscula e fonte 14.

(1) O **resumo** deve apresentar de 100 a 250 palavras, em um único parágrafo, espaço simples e fonte 11. Palavras-chave: 3 a 5 palavras (sinal de pontuação; ou.]. A indicação dos autores refere-se ao ano de publicação do estudo. Em relação às citações literais, estas precisam ser referendadas, segundo a ABNT. Se a citação literal apresentar até três linhas, ser inserida no próprio corpo do parágrafo. Se houver mais de três linhas, fazer recuo de 4 cm, espaço simples e fonte 11.

(2) A **introdução** refere-se aos estudos realizados referentes ao tema escolhido pelo grupo. Essa parte do miniartigo deve apresentar de 1 a 2 páginas.

(3) O **desenvolvimento** refere-se à referência aos autores do estudo a partir das leituras de artigos acadêmicos. Já, a segunda parte do desenvolvimento, corresponde aos resultados da oficina de leitura. Por fim, a última parte do desenvolvimento relaciona-se aos resultados finais da oficina de leitura. Para figuras e quadros, inserir a numeração da figura e a fonte abaixo, caso sejam os gráficos gerados do Google forms, estes serão referendados, indicando como fonte: O próprio autor, 2020.

(4) A **conclusão ou considerações finais** do miniartigo corresponde ao trabalho como um todo, para melhor elucidar a importância de um trabalho dessa natureza. Essa parte do miniartigo deve apresentar de 4 a 5 parágrafos. E as referências em ordem alfabética.

Fonte: O próprio autor, 2020.

Justifica-se, pois, a escolha pela Pedagogia de Projetos, em aulas de Língua Portuguesa, no ensino tecnológico, pela relevância de um projeto de incentivo à leitura e à escrita acadêmicas, além da importância fundamental para o aprendizado da língua, tendo em vista tratar-se de um contexto de pandemia e aulas síncronas.

Com efeito, a proposta de uma educação humanizadora requer uma mudança substancial na forma pela qual o programa de curso se organiza, ou seja, a iniciar de uma ementa que nem sempre atende às necessidades de alunos de cursos tecnológicos. Dessa forma, faz-se necessária uma adequação - às diferentes especificidades de cada curso de tecnologia - que atenda à formação humana, bem como à proposta de um trabalho diferenciado que possa propiciar avanço no que tange a *metodologias mais emancipatórias e menos bancárias* no processo de aprendizagem da língua materna.

Percebe-se, pois, a necessidade de uma reformulação de matrizes curriculares em Língua Portuguesa, ou seja, as adequações necessárias a essas ca-

racterizações do ensino tecnológico. Se já havia a necessidade de uma reforma nas matrizes curriculares para atender às expectativas de cada curso frente às necessidades do mundo do trabalho, com a pandemia da Covid-19, isso se tornou ainda mais evidente.

Nessa perspectiva, quando se pensa em diretrizes curriculares para o ensino de língua, pressupõe-se que a língua deva ser vista por meio de interfaces mercadológicas, ou seja, o contato com a língua materna é algo que já se faz presente, segundo aqueles que direcionam as diretrizes do ensino tecnológico. Em que medida essas diretrizes trazem contribuições para se pensar uma educação a serviço da formação humana e, por que não dizer, a serviço do mundo do trabalho, assim como prevê a LDB (BRASIL. LDB (1996/2017)?

Entretanto, o que se espera é maior preocupação com o ensino da língua materna, novas abordagens educacionais, uma carga horária que represente maior aprofundamento do educando, quando da apropriação de seu próprio idioma. Acredita-se que haja muito para ser construído no ensino de Língua Portuguesa: pensar uma educação mais humanizada e emancipatória é acreditar em diversidade cultural presente na escola, em culturas diferenciadas e em “línguas” representadas por essas culturas.

O Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos (PNEDH) considera algumas diretrizes para a educação superior. Na parte inicial, há ênfase à inserção dos direitos humanos no Plano Nacional de Extensão Universitária, ao salientar:

(...) o compromisso das universidades públicas com a promoção dos direitos humanos. A inserção desse tema em programas e projetos de extensão pode envolver atividades de capacitação, assessoria e realização de eventos, entre outras, articuladas com as áreas de ensino e pesquisa, contemplando temas diversos. (...) A universidade, como criadora e disseminadora de conhecimento, é instituição social com vocação republicana, diferenciada e autônoma, comprometida com a democracia e a cidadania”, representa a humanização do ensino, ao considerar que a universidade deve ser criadora e disseminadora de conhecimento como instituição social, ou seja, assumir um compromisso com a democracia e a cidadania. (BRASIL. PNEDH. 2007, p. 24-25).

Esse documento também se reporta a políticas de incentivo à pesquisa à luz de interdisciplinaridade e transdisciplinaridade, uma condição à educação como direito humano. Sob essa perspectiva, uma abordagem de ensino de língua que privilegie políticas de interação, intervenção e engajamento, por meio de uma postura mais transformadora e crítica, constitui um avanço nos estudos da linguagem na direção de uma educação a serviço da cidadania.

Dessa perspectiva, reforça-se a importância do trabalho com a linguagem, e este deve estar voltado à formação humana do educando, ao *querer bem* e ser *regado de amorosidade*, princípios norteadores da *práxis educativa*, tão bem elucidados por Freire (1997, p. 159) ao dizer que:

E o que dizer, mas sobretudo que esperar de mim, se, como professor, não me acho tomado por este outro saber, ou de que preciso estar aberto ao gosto de querer bem, às vezes, à coragem de querer bem aos educandos e à própria prática educativa de que participo. Esta abertura ao querer bem não significa, na verdade, que, porque professor me obrigo a querer bem a todos os alunos de maneira igual. Significa, de fato, que a afetividade não me assusta, que não tenho medo de expressá-la. Significa esta abertura ao querer bem a maneira que tenho de autenticamente selar o meu compromisso com os educandos, numa prática específica do ser humano. Na verdade, preciso descartar como falsa a separação radical entre *seriedade docente* e *afetividade* [...].

Considerações finais

O artigo objetivou apresentar o legado de Freire e sua contribuição para a educação linguística crítica. Pensar em diferentes paradigmas da linguística, alicerçados no pensamento freiriano, é acreditar em uma perspectiva crítica para o ensino de línguas por meio das “práxis educativa”, ou seja, uma concepção de educação linguística crítica transdisciplinar, transgressora e, acima de tudo, humanizada. Buscou-se revisitar o pensamento freirerano no tocante à linguagem (Freire, 1967, 1987, 1992, 1994, 1997), em *Educação como Prática de Liberdade, Pedagogia do Oprimido, Pedagogia da Esperança, A importância do Ato de Ler e Pedagogia da Autonomia* para refletir a respeito das desigualdades sociais em relação à prática educativa, sobretudo, para melhor elucidar a educação linguística como ponto crucial de discussão sobre o ensino de Língua Portuguesa em tempo de crise.

Parte-se da premissa de que diferentes epistemologias possam abarcar práticas decoloniais no ensino de línguas, que privilegiem a legitimidade com a sociedade e uma educação linguística crítica, ou seja, pensar em uma *praxiologia da esperança*, vinculada à prática educativa no trabalho com a linguagem, pode.

Dessa perspectiva, apresentou-se o resultado de uma pesquisa em estágio pós-doutoral intitulada “Educação Profissional e Tecnológica e ensino de Língua Portuguesa em tempo de crise: perspectivas, interfaces e desafios para uma Educação Humanizadora”. Com efeito, os resultados demonstram que o ensino de língua materna deve ser visto como emancipação e não propriamente submissão às amarras coloniais, ou seja, considerá-lo como transformação do indivíduo, na medida em que a língua é uma ferramenta política de ascensão social e libertação. Ao considerar o momento de pandemia no contexto de ensino tecnológico, cumpre lembrar a importância de um trabalho efetivo com a língua no sentido de minimizar as desigualdades sociais que passar ser acarretadas no processo de aprendizagem.

Sob essa ótica, o ensino de Língua Portuguesa, em tempo de crise, pode representar uma possibilidade de trazer à baila reflexões sobre as aulas neste *novo normal*, sobretudo, repensar a prática educativa. Acredita-se que nenhum ser humano possa abdicar de educar e, sobretudo, humanizar o mundo e a

sociedade. A tarefa de educar e de humanizar é a base da cultura, da política e da história social. Considera-se, pois, a importância do trabalho com a língua materna por meio da Pedagogia de Projetos.

Nas palavras de Freire (1987, p. 102), “Educação e investigação temática, na concepção problematizadora da educação, tornam-se momentos de um mesmo processo.”. E, ainda, “A nossa capacidade de aprender, de que decorre a de ensinar, sugere, ou mais do que isso, implica uma habilidade de *aprender a* substantividade do objeto aprendido”. (FREIRE, 1997, p. 77).

Nesse sentido, deve-se repensar o ensino da Língua Portuguesa e adotar propostas curriculares que evidenciem uma educação linguística crítica no sentido de propiciar o avanço do educando, durante e pós-pandemia da Covid-19. Quando se promove uma autonomia do educador para com o educando e este para com o educador, isso só será possível se o docente se *esperançar* diante das dificuldades na busca de uma construção do *ser-educando* mais justa, sólida e cidadã no que tange à *práxis* educativa e, por que não dizer, à praxiologia da esperança em tempos pandêmicos.

Acredita-se que nenhum ser humano pode abdicar de educar e, sobretudo, humanizar o mundo e a sociedade, sendo essa tarefa a base da cultura, da política e da história social. Pensar em praxiologias de ensino de línguas é transitar pelo pensamento freiriano, em consonância àquilo que Pessoa (2018, p.192) acredita em relação à concepção de educação linguística crítica. Assim, os resultados da pesquisa em estágio supervisionado em pós-doutorado apontam não apenas a um olhar diferenciado sobre as matrizes curriculares e ementas das disciplinas, relacionado ao ensino de Língua Portuguesa. Em outras palavras, repensar a prática educativa por meio de *praxiologias decoloniais*, uma *praxiologia da esperança*, ao privilegiar uma educação linguística crítica, como um processo libertário e emancipatório, proposta de uma educação humanizadora, no ensino de Língua Portuguesa, em cursos tecnológicos.

Referências

BAKHTIN, Mikhail. **Marxismo e filosofia da linguagem**. São Paulo: HUCITEC, 1992.

BRASIL. LDB (1971). **Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971**. Fixa Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º grau, e dá outras providências. [Publicação original]. Brasília: Câmara dos Deputados. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5692-11-agosto-1971-357752-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Constituição (1988/2021). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. LDB (1996/2017). **Lei 9394/96. Lei de diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília: Senado Federal/Coordenação de Edições Técnicas.

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos** (PNEDH). Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2007. 76 p. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/docman/2191-plano-nacional-pdf/file>. Acesso em: 26 fev. 2022.

BRASIL. Ministério da Educação Conselho Nacional de Educação. **Diretrizes Curriculares para a Educação Profissional e Tecnológica**. Resolução CNE/CP nº 1, de 5 de janeiro de 2021. Diário Oficial da União. 2021. 19 p. Edição 3, seção 1. Disponível em: <https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cne/cp-n-1-de-5-de-janeiro-de-2021-297767578>. Acesso em: 26 fev. 2022.

CALVET, Louis-Jean. **As Políticas Linguísticas**. Florianópolis/São Paulo: Ipol/Parábola, 2007.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática de liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da esperança: um reencontro com a Pedagogia do oprimido**. Notas: Ana Maria Araújo Freire. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

FREIRE, Paulo. **A importância do ato de ler**. São Paulo, Cortez, 1994.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia**. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

PENNYCOOK, Alastair. Uma Linguística Aplicada Transgressiva. Tradução Luiz Paulo Moita Lopes. *In*: MOITA LOPES, L. P. (org.). **Por uma Linguística Aplicada Indisciplinar**. São Paulo: Parábola Editorial, 2006.

PENNYCOOK, Alastair; MAKONI, Sinfree. **Innovations and Challenges in Applied Linguistics from the Global South**. Nova York: Routledge, 2020.

PESSOA, Rosane Rocha. Movimentos críticos de uma prática docente. *In*: PESSOA, Rosane Rocha.; SILVESTRE, Viviane P. V.; MONTE-MÓR, Walkyria. (Orgs.). **Perspectivas críticas de educação linguística no Brasil: trajetórias e práticas de professoras/es universitárias/os de inglês**. São Paulo: Pá de Palavra, 2018. p. 185-198.

PESSOA, Rosane Rocha.; SILVA, Kleber Aparecido; FREITAS, Carla Conti (org.). **Praxiologias do Brasil Central: sobre educação linguística crítica**. (1. ed.). São Paulo: Pá de Palavra, 2021. Disponível em: <https://br1lib.org/book/16990250/3c2a74>. Acesso em: 26 fev. 2022.

RAJAGOPALAN, Kanavillil. **Por uma linguística crítica: linguagem, identidade e a questão ética**. São Paulo: Parábola Editorial, 2003.

RAJAGOPALAN, Kanavillil. Política Linguística: do que se trata afinal? *In*: NICOLAIDES, C.; SILVA, K. A.; TILIO, R.; ROCHA, C. H. (org.). **Política e Políticas Linguísticas**. Campinas, SP: Pontes Editores, 2013.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 2 VII CIDHCoimbra 2022

Organizadores:

Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-5104-024-5



9 786551 104024 5

