

Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

4



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

4



Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos
(Organizador)

Editora Chefe

Prof^a Dr^a Antonella Carvalho de Oliveira

Assistentes Editoriais

Natalia Oliveira

Bruno Oliveira

Flávia Roberta Barão

Bibliotecária

Janaina Ramos

Projeto Gráfico e Diagramação

Natália Sandrini de Azevedo

Camila Alves de Cremo

Luiza Alves Batista

Maria Alice Pinheiro

Imagens da Capa

Shutterstock

Edição de Arte

Luiza Alves Batista

Revisão

Os Autores

2021 by Atena Editora

Copyright © Atena Editora

Copyright do Texto © 2021 Os autores

Copyright da Edição © 2021 Atena Editora

Direitos para esta edição cedidos à Atena

Editora pelos autores.



Todo o conteúdo deste livro está licenciado sob uma Licença de Atribuição Creative Commons. Atribuição-Não-Comercial-NãoDerivativos 4.0 Internacional (CC BY-NC-ND 4.0).

O conteúdo dos artigos e seus dados em sua forma, correção e confiabilidade são de responsabilidade exclusiva dos autores, inclusive não representam necessariamente a posição oficial da Atena Editora. Permitido o download da obra e o compartilhamento desde que sejam atribuídos créditos aos autores, mas sem a possibilidade de alterá-la de nenhuma forma ou utilizá-la para fins comerciais.

Todos os manuscritos foram previamente submetidos à avaliação cega pelos pares, membros do Conselho Editorial desta Editora, tendo sido aprovados para a publicação com base em critérios de neutralidade e imparcialidade acadêmica.

A Atena Editora é comprometida em garantir a integridade editorial em todas as etapas do processo de publicação, evitando plágio, dados ou resultados fraudulentos e impedindo que interesses financeiros comprometam os padrões éticos da publicação. Situações suspeitas de má conduta científica serão investigadas sob o mais alto padrão de rigor acadêmico e ético.

Conselho Editorial

Ciências Humanas e Sociais Aplicadas

Prof. Dr. Alexandre Jose Schumacher – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná

Prof. Dr. Américo Junior Nunes da Silva – Universidade do Estado da Bahia

Prof. Dr. Antonio Carlos Frasson – Universidade Tecnológica Federal do Paraná

Prof. Dr. Antonio Gasparetto Júnior – Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais
Prof. Dr. Antonio Isidro-Filho – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Carlos Antonio de Souza Moraes – Universidade Federal Fluminense
Prof. Dr. Crisóstomo Lima do Nascimento – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Cristina Gaio – Universidade de Lisboa
Prof. Dr. Daniel Richard Sant'Ana – Universidade de Brasília
Prof. Dr. Deyvison de Lima Oliveira – Universidade Federal de Rondônia
Profª Drª Dilma Antunes Silva – Universidade Federal de São Paulo
Prof. Dr. Edvaldo Antunes de Farias – Universidade Estácio de Sá
Prof. Dr. Elson Ferreira Costa – Universidade do Estado do Pará
Prof. Dr. Elio Martins Senhora – Universidade Federal de Roraima
Prof. Dr. Gustavo Henrique Cepolini Ferreira – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Ivone Goulart Lopes – Istituto Internazionale delle Figlie di Maria Ausiliatrice
Prof. Dr. Jadson Correia de Oliveira – Universidade Católica do Salvador
Prof. Dr. Julio Cândido de Meirelles Junior – Universidade Federal Fluminense
Profª Drª Lina Maria Gonçalves – Universidade Federal do Tocantins
Prof. Dr. Luis Ricardo Fernandes da Costa – Universidade Estadual de Montes Claros
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Pereira da Silva – Pontifícia Universidade Católica de Campinas
Profª Drª Maria Luzia da Silva Santana – Universidade Federal de Mato Grosso do Sul
Profª Drª Paola Andressa Scortegagna – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Rita de Cássia da Silva Oliveira – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Prof. Dr. Rui Maia Diamantino – Universidade Salvador
Prof. Dr. Urandi João Rodrigues Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará
Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande
Prof. Dr. Willian Cleber Domingues Silva – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Ciências Agrárias e Multidisciplinar

Prof. Dr. Alexandre Igor Azevedo Pereira – Instituto Federal Goiano
Profª Drª Carla Cristina Bauermann Brasil – Universidade Federal de Santa Maria
Prof. Dr. Antonio Pasqualetto – Pontifícia Universidade Católica de Goiás
Prof. Dr. Cleberton Correia Santos – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Drª Daiane Garabeli Trojan – Universidade Norte do Paraná
Profª Drª Diocléia Almeida Seabra Silva – Universidade Federal Rural da Amazônia
Prof. Dr. Écio Souza Diniz – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Dr. Fábio Steiner – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul
Prof. Dr. Fágner Cavalcante Patrocínio dos Santos – Universidade Federal do Ceará
Profª Drª Gílrene Santos de Souza – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia
Prof. Dr. Jael Soares Batista – Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Prof. Dr. Júlio César Ribeiro – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Profª Drª Lina Raquel Santos Araújo – Universidade Estadual do Ceará
Prof. Dr. Pedro Manuel Villa – Universidade Federal de Viçosa
Profª Drª Raissa Rachel Salustriano da Silva Matos – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Ronilson Freitas de Souza – Universidade do Estado do Pará
Profª Drª Talita de Santos Matos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Tiago da Silva Teófilo – Universidade Federal Rural do Semi-Árido

Prof. Dr. Valdemar Antonio Paffaro Junior – Universidade Federal de Alfenas

Ciências Biológicas e da Saúde

Prof. Dr. André Ribeiro da Silva – Universidade de Brasília

Profª Drª Anelise Levay Murari – Universidade Federal de Pelotas

Prof. Dr. Benedito Rodrigues da Silva Neto – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Débora Luana Ribeiro Pessoa – Universidade Federal do Maranhão

Prof. Dr. Douglas Siqueira de Almeida Chaves – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Prof. Dr. Edson da Silva – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri

Profª Drª Elizabeth Cordeiro Fernandes – Faculdade Integrada Medicina

Profª Drª Eleuza Rodrigues Machado – Faculdade Anhanguera de Brasília

Profª Drª Elane Schwinden Prudêncio – Universidade Federal de Santa Catarina

Profª Drª Eysler Gonçalves Maia Brasil – Universidade da Integração Internacional da Lusofonia

Afro-Brasileira

Prof. Dr. Ferlando Lima Santos – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Prof. Dr. Fernando Mendes – Instituto Politécnico de Coimbra – Escola Superior de Saúde de Coimbra

Profª Drª Gabriela Vieira do Amaral – Universidade de Vassouras

Prof. Dr. Gianfábio Pimentel Franco – Universidade Federal de Santa Maria

Prof. Dr. Helio Franklin Rodrigues de Almeida – Universidade Federal de Rondônia

Profª Drª Iara Lúcia Tescarollo – Universidade São Francisco

Prof. Dr. Igor Luiz Vieira de Lima Santos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Jefferson Thiago Souza – Universidade Estadual do Ceará

Prof. Dr. Jesus Rodrigues Lemos – Universidade Federal do Piauí

Prof. Dr. Jônatas de França Barros – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. José Max Barbosa de Oliveira Junior – Universidade Federal do Oeste do Pará

Prof. Dr. Luís Paulo Souza e Souza – Universidade Federal do Amazonas

Profª Drª Magnólia de Araújo Campos – Universidade Federal de Campina Grande

Prof. Dr. Marcus Fernando da Silva Praxedes – Universidade Federal do Recôncavo da Bahia

Profª Drª Maria Tatiane Gonçalves Sá – Universidade do Estado do Pará

Profª Drª Mylena Andréa Oliveira Torres – Universidade Ceuma

Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Paulo Inada – Universidade Estadual de Maringá

Prof. Dr. Rafael Henrique Silva – Hospital Universitário da Universidade Federal da Grande Dourados

Profª Drª Regiane Luz Carvalho – Centro Universitário das Faculdades Associadas de Ensino

Profª Drª Renata Mendes de Freitas – Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª Drª Vanessa Lima Gonçalves – Universidade Estadual de Ponta Grossa

Profª Drª Vanessa Bordin Viera – Universidade Federal de Campina Grande

Ciências Exatas e da Terra e Engenharias

Prof. Dr. Adélio Alcino Sampaio Castro Machado – Universidade do Porto

Prof. Dr. Carlos Eduardo Sanches de Andrade – Universidade Federal de Goiás

Profª Drª Carmen Lúcia Voigt – Universidade Norte do Paraná

Prof. Dr. Cleiseano Emanuel da Silva Paniagua – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás

Prof. Dr. Douglas Gonçalves da Silva – Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia

Prof. Dr. Eloi Rufato Junior – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Érica de Melo Azevedo – Instituto Federal do Rio de Janeiro
Prof. Dr. Fabrício Menezes Ramos – Instituto Federal do Pará
Profª Dra. Jéssica Verger Nardeli – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho
Prof. Dr. Juliano Carlo Rufino de Freitas – Universidade Federal de Campina Grande
Profª Drª Luciana do Nascimento Mendes – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio Grande do Norte
Prof. Dr. Marcelo Marques – Universidade Estadual de Maringá
Prof. Dr. Marco Aurélio Kistemann Junior – Universidade Federal de Juiz de Fora
Profª Drª Neiva Maria de Almeida – Universidade Federal da Paraíba
Profª Drª Natiéli Piovesan – Instituto Federal do Rio Grande do Norte
Profª Drª Priscila Tessmer Scaglioni – Universidade Federal de Pelotas
Prof. Dr. Takeshy Tachizawa – Faculdade de Campo Limpo Paulista

Linguística, Letras e Artes

Profª Drª Adriana Demite Stephani – Universidade Federal do Tocantins
Profª Drª Angeli Rose do Nascimento – Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro
Profª Drª Carolina Fernandes da Silva Mandaji – Universidade Tecnológica Federal do Paraná
Profª Drª Denise Rocha – Universidade Federal do Ceará
Prof. Dr. Fabiano Tadeu Grazioli – Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões
Prof. Dr. Gilmei Fleck – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Profª Drª Keyla Christina Almeida Portela – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Paraná
Profª Drª Miranilde Oliveira Neves – Instituto de Educação, Ciência e Tecnologia do Pará
Profª Drª Sandra Regina Gardacho Pietrobon – Universidade Estadual do Centro-Oeste
Profª Drª Sheila Marta Carregosa Rocha – Universidade do Estado da Bahia

Conselho Técnico Científico

Prof. Me. Abrão Carvalho Nogueira – Universidade Federal do Espírito Santo
Prof. Me. Adalberto Zorzo – Centro Estadual de Educação Tecnológica Paula Souza
Prof. Dr. Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos – Ordem dos Advogados do Brasil/Seccional Paraíba
Prof. Dr. Adilson Tadeu Basquerote Silva – Universidade para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí
Prof. Dr. Alex Luis dos Santos – Universidade Federal de Minas Gerais
Prof. Me. Aleksandro Teixeira Ribeiro – Centro Universitário Internacional
Profª Ma. Aline Ferreira Antunes – Universidade Federal de Goiás
Prof. Me. André Flávio Gonçalves Silva – Universidade Federal do Maranhão
Profª Ma. Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa
Profª Drª Andreza Lopes – Instituto de Pesquisa e Desenvolvimento Acadêmico
Profª Drª Andrezza Miguel da Silva – Faculdade da Amazônia
Profª Ma. Anelisa Mota Gregoleti – Universidade Estadual de Maringá
Profª Ma. Anne Karynne da Silva Barbosa – Universidade Federal do Maranhão
Prof. Dr. Antonio Hot Pereira de Faria – Polícia Militar de Minas Gerais
Prof. Me. Armando Dias Duarte – Universidade Federal de Pernambuco
Profª Ma. Bianca Camargo Martins – UniCesumar

Profª Ma. Carolina Shimomura Nanya – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Carlos Antônio dos Santos – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro
Prof. Me. Christopher Smith Bignardi Neves – Universidade Federal do Paraná
Prof. Ma. Cláudia de Araújo Marques – Faculdade de Música do Espírito Santo
Profª Drª Cláudia Taís Siqueira Cagliari – Centro Universitário Dinâmica das Cataratas
Prof. Me. Clécio Danilo Dias da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Prof. Me. Daniel da Silva Miranda – Universidade Federal do Pará
Profª Ma. Daniela da Silva Rodrigues – Universidade de Brasília
Profª Ma. Daniela Remião de Macedo – Universidade de Lisboa
Profª Ma. Dayane de Melo Barros – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Douglas Santos Mezacas – Universidade Estadual de Goiás
Prof. Me. Edevaldo de Castro Monteiro – Embrapa Agrobiologia
Prof. Me. Eduardo Gomes de Oliveira – Faculdades Unificadas Doctum de Cataguases
Prof. Me. Eduardo Henrique Ferreira – Faculdade Pitágoras de Londrina
Prof. Dr. Edwaldo Costa – Marinha do Brasil
Prof. Me. Eliel Constantino da Silva – Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita
Prof. Me. Ernane Rosa Martins – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Goiás
Prof. Me. Euvaldo de Sousa Costa Junior – Prefeitura Municipal de São João do Piauí
Prof. Dr. Everaldo dos Santos Mendes – Instituto Edith Theresa Hedwing Stein
Prof. Me. Ezequiel Martins Ferreira – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Fabiana Coelho Couto Rocha Corrêa – Centro Universitário Estácio Juiz de Fora
Prof. Me. Fabiano Eloy Atílio Batista – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Felipe da Costa Negrão – Universidade Federal do Amazonas
Prof. Me. Francisco Odécio Sales – Instituto Federal do Ceará
Profª Drª Germana Ponce de Leon Ramírez – Centro Universitário Adventista de São Paulo
Prof. Me. Gevair Campos – Instituto Mineiro de Agropecuária
Prof. Me. Givanildo de Oliveira Santos – Secretaria da Educação de Goiás
Prof. Dr. Guilherme Renato Gomes – Universidade Norte do Paraná
Prof. Me. Gustavo Krah – Universidade do Oeste de Santa Catarina
Prof. Me. Helton Rangel Coutinho Junior – Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Profª Ma. Isabelle Cerqueira Sousa – Universidade de Fortaleza
Profª Ma. Jaqueline Oliveira Rezende – Universidade Federal de Uberlândia
Prof. Me. Javier Antonio Albornoz – University of Miami and Miami Dade College
Prof. Me. Jhonatan da Silva Lima – Universidade Federal do Pará
Prof. Dr. José Carlos da Silva Mendes – Instituto de Psicologia Cognitiva, Desenvolvimento Humano e Social
Prof. Me. Jose Elyton Batista dos Santos – Universidade Federal de Sergipe
Prof. Me. José Luiz Leonardo de Araujo Pimenta – Instituto Nacional de Investigación Agropecuaria Uruguay
Prof. Me. José Messias Ribeiro Júnior – Instituto Federal de Educação Tecnológica de Pernambuco
Profª Drª Juliana Santana de Curcio – Universidade Federal de Goiás
Profª Ma. Juliana Thaisa Rodrigues Pacheco – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Drª Kamilly Souza do Vale – Núcleo de Pesquisas Fenomenológicas/UFPA
Prof. Dr. Kárpio Márcio de Siqueira – Universidade do Estado da Bahia
Profª Drª Karina de Araújo Dias – Prefeitura Municipal de Florianópolis

Prof. Dr. Lázaro Castro Silva Nascimento – Laboratório de Fenomenologia & Subjetividade/UFPR
Prof. Me. Leonardo Tullio – Universidade Estadual de Ponta Grossa
Profª Ma. Lilian Coelho de Freitas – Instituto Federal do Pará
Profª Ma. Liliani Aparecida Sereno Fontes de Medeiros – Consórcio CEDERJ
Profª Drª Lívia do Carmo Silva – Universidade Federal de Goiás
Prof. Dr. Lucio Marques Vieira Souza – Secretaria de Estado da Educação, do Esporte e da Cultura de Sergipe
Prof. Dr. Luan Vinicius Bernardelli – Universidade Estadual do Paraná
Profª Ma. Luana Ferreira dos Santos – Universidade Estadual de Santa Cruz
Profª Ma. Luana Vieira Toledo – Universidade Federal de Viçosa
Prof. Me. Luis Henrique Almeida Castro – Universidade Federal da Grande Dourados
Profª Ma. Luma Sarai de Oliveira – Universidade Estadual de Campinas
Prof. Dr. Michel da Costa – Universidade Metropolitana de Santos
Prof. Me. Marcelo da Fonseca Ferreira da Silva – Governo do Estado do Espírito Santo
Prof. Dr. Marcelo Máximo Purificação – Fundação Integrada Municipal de Ensino Superior
Prof. Me. Marcos Aurelio Alves e Silva – Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de São Paulo
Profª Ma. Maria Elanny Damasceno Silva – Universidade Federal do Ceará
Profª Ma. Marileila Marques Toledo – Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri
Prof. Me. Pedro Panhoca da Silva – Universidade Presbiteriana Mackenzie
Profª Drª Poliana Arruda Fajardo – Universidade Federal de São Carlos
Prof. Me. Ricardo Sérgio da Silva – Universidade Federal de Pernambuco
Prof. Me. Renato Faria da Gama – Instituto Gama – Medicina Personalizada e Integrativa
Profª Ma. Renata Luciane Poliske Young Blood – UniSecal
Prof. Me. Robson Lucas Soares da Silva – Universidade Federal da Paraíba
Prof. Me. Sebastião André Barbosa Junior – Universidade Federal Rural de Pernambuco
Profª Ma. Silene Ribeiro Miranda Barbosa – Consultoria Brasileira de Ensino, Pesquisa e Extensão
Profª Ma. Solange Aparecida de Souza Monteiro – Instituto Federal de São Paulo
Profª Ma. Taiane Aparecida Ribeiro Nepomoceno – Universidade Estadual do Oeste do Paraná
Prof. Me. Tallys Newton Fernandes de Matos – Faculdade Regional Jaguaribana
Profª Ma. Thatianny Jasmine Castro Martins de Carvalho – Universidade Federal do Piauí
Prof. Me. Tiago Silvio Dedoné – Colégio ECEL Positivo
Prof. Dr. Welleson Feitosa Gazel – Universidade Paulista

Editora Chefe: Profª Drª Antonella Carvalho de Oliveira
Bibliotecária: Janaina Ramos
Diagramação: Camila Alves de Cremo
Correção: Giovanna Sandrini de Azevedo
Edição de Arte: Luiza Alves Batista
Revisão: Os Autores
Organizador: Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598	Direito: ramificações, interpretações e ambiguidades 4 / Organizador Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos. - Ponta Grossa - PR: Atena, 2021.
	Formato: PDF Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader Modo de acesso: World Wide Web Inclui bibliografia ISBN 978-65-5706-883-0 DOI 10.22533/at.ed.830210803
	1. Direito. I. Vasconcelos, Adaylson Wagner Sousa de (Organizador). II. Título.
	CDD 340

Elaborado por Bibliotecária Janaina Ramos – CRB-8/9166

Atena Editora

Ponta Grossa – Paraná – Brasil

Telefone: +55 (42) 3323-5493

www.atenaeditora.com.br

contato@atenaeditora.com.br

DECLARAÇÃO DOS AUTORES

Os autores desta obra: 1. Atestam não possuir qualquer interesse comercial que constitua um conflito de interesses em relação ao artigo científico publicado; 2. Declararam que participaram ativamente da construção dos respectivos manuscritos, preferencialmente na: a) Concepção do estudo, e/ou aquisição de dados, e/ou análise e interpretação de dados; b) Elaboração do artigo ou revisão com vistas a tornar o material intelectualmente relevante; c) Aprovação final do manuscrito para submissão.; 3. Certificam que os artigos científicos publicados estão completamente isentos de dados e/ou resultados fraudulentos; 4. Confirmam a citação e a referência correta de todos os dados e de interpretações de dados de outras pesquisas; 5. Reconhecem terem informado todas as fontes de financiamento recebidas para a consecução da pesquisa.

APRESENTAÇÃO

Em **DIREITO: RAMIFICAÇÕES, INTEPRETAÇÕES E AMBIGUIDADES 4**, coletânea de vinte e quatro capítulos que une pesquisadores de diversas instituições, congregamos discussões e temáticas que circundam a grande área do Direito a partir de uma ótica que contempla as mais vastas questões da sociedade.

Temos, nesse quarto volume, seis grandes grupos de reflexões que explicitam essas interações. Neles estão debates que circundam estudos em ativismo judicial e combate à corrupção; estudos em políticas públicas e mitigação das desigualdades; estudos sobre direito e reflexos na pandemia; estudos em direito do trabalho; estudos sobre tecnologia e impactos na sociedade; e outras temáticas.

Estudos em ativismo judicial e combate à corrupção traz análises sobre ativismo judicial, cassação de mandato de deputado federal, instituições democráticas, corrupção e compliance.

Em estudos em políticas públicas e mitigação das desigualdades são verificadas contribuições que versam sobre migração síria, orçamento público, mulher negra e direito à educação, combate ao preconceito racial, urbanização de favelas e programa bolsa-família.

Estudos sobre direito e reflexos na pandemia aborda questões como novas tecnologias, práticas democráticas, *online dispute resolution* e direito da gestante em trabalho de parto.

No quarto momento, estudos em direito do trabalho, temos leituras sobre proteção do trabalhador, mediação e arbitragem, dimensão recíproca da informação e trabalho doméstico.

Estudos sobre tecnologia e impactos na sociedade aponta discussões sobre mapeamento tecnológico, nanotecnologia e proteção a dados pessoais

Por fim, em outras temáticas, há abordagens que tratam de temas como jusnaturalismo, derrelição do sujeito humano, literatura e capitalismo.

Assim sendo, convidamos todos os leitores para exercitar diálogos com os estudos aqui contemplados.

Tenham proveitosas leituras!

Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos

SUMÁRIO

CAPÍTULO 1.....	1
CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL	
Lia Sarti	
DOI 10.22533/at.ed.8302108031	
CAPÍTULO 2.....	15
CASSAÇÃO DO MANDATO DO DEPUTADO FEDERAL EDUARDO CUNHA: ATIVISMO OU GARANTISMO CONSTITUCIONAL?	
Jéssica Lahís Silva Bastos de Menezes	
Maria Francisca Silva Bastos	
Kartiele da Silva Lira	
Karina Araújo Pawlina	
DOI 10.22533/at.ed.8302108032	
CAPÍTULO 3.....	29
A (DES)CRENÇA NAS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS EM TEMPOS DE ESCÂNDALOS DE CORRUPÇÃO	
Bianca Medran Moreira	
Bárbara Guerra Chala	
DOI 10.22533/at.ed.8302108033	
CAPÍTULO 4.....	36
A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO BARREIRA PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO E DOS ATOS DE CORRUPÇÃO	
Fabrizio Bon Vecchio	
Fernanda Ulysséa Pereira	
Leandro Villela Cezimbra	
DOI 10.22533/at.ed.8302108034	
CAPÍTULO 5.....	50
MIGRAÇÃO SÍRIA PARA O BRASIL: O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A (IN)EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS	
Carolina Soares Hissa	
Máira Costa Ribeiro	
Susana de Miranda Pires	
DOI 10.22533/at.ed.8302108035	
CAPÍTULO 6.....	62
O ORÇAMENTO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HAVERÁ RECURSOS FINANCEIROS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS DIREITOS ESSENCIAIS EM 2021?	
Júlio Edstron S. Santos	
Frederico Augusto Barbosa da Silva	
Rogério Alves Dias	
DOI 10.22533/at.ed.8302108036	

CAPÍTULO 7.....	88
POLÍTICAS AFIRMATIVAS E A LUTA DA MULHER NEGRA PELO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR	
Eugenia Portela de Siqueira Marques	
Átila Maria do Nascimento Corrêa	
Amanda de Siqueira Marques	
DOI 10.22533/at.ed.8302108037	
CAPÍTULO 8.....	98
AÇÕES INTERATIVAS DO PROJETO DEBATE, CAFÉ E CINEMA NO COMBATE AO PRECONCEITO RACIAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS NATALENSES	
Arthur Fonseca Lopes	
Alcineia Rodrigues dos Santos	
Fabiana Ricardo Souza do Nascimento	
Patrícia Cristina Cavalcante	
Aurélia Carla Queiroga da Silva	
DOI 10.22533/at.ed.8302108038	
CAPÍTULO 9.....	104
URBANIZAÇÃO DE FAVELAS E A TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÔNIO NO ÂMBITO MUNICIPAL BRASILEIRO	
Eugenio Pacceli de Moraes Bomtempo	
DOI 10.22533/at.ed.8302108039	
CAPÍTULO 10.....	122
PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA: ERRADICAÇÃO DA POBREZA E CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL	
Jéssica Gomes Machado	
Ana Maria Paim Camardelo	
DOI 10.22533/at.ed.83021080310	
CAPÍTULO 11.....	132
NOVAS TECNOLOGIAS E PANDEMIA DA COVID-19: DISRUPÇÕES E DESAFIOS PARA AS PRÁTICAS DEMOCRÁTICAS	
Janaína Rigo Santin	
Pedro Henrique Pasquali	
DOI 10.22533/at.ed.83021080311	
CAPÍTULO 12.....	145
ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): A SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DA TECNOLOGIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)	
Quíssila Renata de Carvalho Pessanha	
DOI 10.22533/at.ed.83021080312	
CAPÍTULO 13.....	154
O DIREITO DA GESTANTE EM TRABALHO DE PARTO (E NO PÓS-PARTO) A	

ACOMPANHANTE E AS RESTRIÇÕES DA COVID-19

Karine Domingos de Souza

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Paulo Sérgio Gomes Soares

DOI 10.22533/at.ed.83021080313

CAPÍTULO 14.....170

A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR ATRAVÉS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS DA PANDEMIA DE COVID-19

Maria Laura Bolonha Moscardini

Daniel Damásio Borges

DOI 10.22533/at.ed.83021080314

CAPÍTULO 15.....182

A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Mariana Domingos Peres

Ricardo Motta Vaz de Carvalho

DOI 10.22533/at.ed.83021080315

CAPÍTULO 16.....189

A DIMENSÃO RECÍPROCA DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Lucieli Breda

Maíra Brecht Lanner

DOI 10.22533/at.ed.83021080316

CAPÍTULO 17.....206

DIREITO E POLÍTICA NA REALIDADE DO TRABALHO DOMÉSTICO: UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL NO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO/BA

Anna Christina Freire Barbosa

Ingrid Danielle Amorim Alves de Araújo

DOI 10.22533/at.ed.83021080317

CAPÍTULO 18.....224

HERMENÊUTICA JURÍDICA: MAPEAMENTO TECNOLÓGICO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PATENTE DE SOFTWARE EMBARCADO

Karina Silva Juvenal

Gustavo Passos Fortes

Diná Vieira de Matos

Jordânia de Araújo Costa

DOI 10.22533/at.ed.83021080318

CAPÍTULO 19.....235

COMPREENDENDO O NOVO ALERTA NANOTECNOLÓGICO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE RISCO PARA ADEQUADA GESTÃO DO NANOWASTE

Daniele Weber S. Leal

Raquel Von Hohendorff

DOI 10.22533/at.ed.83021080319

CAPÍTULO 20.....254

GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS DADOS PESSOrais NO BRASIL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOais (LEI 13.709/18) COMO SISTEMA PROTETIVO PARA A EFETIVACAO DA GOVERNANÇA DOS DADOS PARTICULARES NAS REDES SOCIAIS

Ana Karoline Fernandes de Sousa

Raquel Colins Andrade

Julia Barros de Brito

DOI 10.22533/at.ed.83021080320

CAPÍTULO 21.....265

PROLEGÓMENOS AOS JUSNATURALISMO

Victor Fell

Enzo Stefano

DOI 10.22533/at.ed.83021080321

CAPÍTULO 22.....270

UMA REFLEXÃO SOBRE A DERRELIÇÃO DO SUJEITO HUMANO PELO DIREITO: ENTRE EMBATES TEÓRICOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Stephany Yohanne Rolim Pereira

DOI 10.22533/at.ed.83021080322

CAPÍTULO 23.....282

UM ENFOQUE JURÍDICO SOBRE A NARRATIVA DE *DOM CASMURRO*

Karina Sales Longhini

Larissa Fernanda Steinle

DOI 10.22533/at.ed.83021080323

CAPÍTULO 24.....292

CAPITALISMO E PROGRESSO HUMANO

Ricardo Tannenbaum Nuñez

Marisa Rossignoli

DOI 10.22533/at.ed.83021080324

SOBRE O ORGANIZADOR.....299

ÍNDICE REMISSIVO.....300

CAPÍTULO 1

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 07/12/2020

Lia Sarti

Profa. de Direito Constitucional na Faculdade
Estácio do Rio Grande do Sul
Advogada-Sócia do escritório Amir Sarti
Advogados Associados
Mestre em Direito pela Fundação Escola
Superior do Ministério Público
<http://lattes.cnpq.br/6264626676965863>

RESUMO: O presente trabalho analisa o fenômeno do ativismo judicial, examinando ainda – embora de forma superficial – questões como o neoconstitucionalismo e a judicialização da política. Será abordada a teoria dos princípios e as críticas contra ela voltadas, a constante busca pela garantia dos direitos fundamentais, além das omissões perpetradas pelo Poder Legislativo e Executivo, que provocam a prática do ativismo judicial – tema principal do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Neoconstitucionalismo; judicialização da política; ativismo judicial.

to the omissions perpetrated by the Legislative and Executive Power, which provoke the practice of judicial activism - the main theme of the work.

KEYWORDS: Neoconstitutionalism; judicialization of politics; judicial activism.

1 | INTRODUÇÃO

Ativismo judicial é a denominação dada pela doutrina contemporânea para tentar explicar a postura mais proativa adotada pelo Poder Judiciário nos últimos tempos para a resolução dos casos concretos.

Qualquer estudo sobre ativismo judicial passa necessariamente pelos temas do neoconstitucionalismo e da judicialização da política, fenômeno constatado na recente atuação dos tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal.

O neoconstitucionalismo é uma concepção verificada principalmente a partir da Constituição de 1988, que trouxe um amplo rol de direitos e garantias fundamentais insculpidos em regras e princípios, dotados de força normativa e com aplicação imediata, o que a tornou um instrumento efetivo para a realização dos direitos fundamentais.

A judicialização da política, por sua vez, resulta justamente dessa luta pelos direitos individuais e coletivos perante o Poder Judiciário, diante da negativa ou da omissão dos Poderes Legislativo e Executivo. Ou seja, as questões da

JUDICIAL ACTIVISM CONSIDERATIONS

ABSTRACT: This paper analyzes the phenomenon of judicial activism, also examining - albeit superficially - issues such as neoconstitutionalism and the judicialization of politics. The theory of principles and the criticisms against it will be addressed, the constant search for the guarantee of fundamental rights, in addition

vida prática acabam sendo levadas ao Poder Judiciário, onde frequentemente encontram a devida solução.

Como comenta Luis Roberto Barroso (2012, p. 1-7), no Brasil e no mundo tem se vivenciado a “[...] ascensão institucional do Judiciário nos últimos anos [...] o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas [...]”.

Diante disso, o presente artigo foi estruturado em três capítulos: o primeiro abordará a visão neoconstitucionalista a partir da Teoria dos Princípios, destacando-se, em especial, a força normativa da Constituição. As regras e os princípios constitucionais passaram a ser aplicados de forma imediata e, notadamente os últimos, começaram a prevalecer nos julgados para a solução do caso concreto. Procura-se demonstrar os métodos adequados para priorizar os princípios em detrimento das regras, sem que a decisão judicial resvale para a arbitrariedade e o discricionarismo, mediante deturpação do aceitável “ativismo judicial”.

No segundo capítulo busca-se analisar a questão da judicialização da política, fenômeno acentuado a partir da Constituição Federal de 1988, em razão do extenso rol dos direitos fundamentais outorgados ao cidadão. Nesse ponto, o estudo pretende investigar o motivo dessa atuação mais incisiva do Poder Judiciário na resolução do caso concreto, que não raro traduz o referido “ativismo judicial”.

E o terceiro capítulo tratará do ativismo judicial propriamente dito, momento em que se tentará levar ao conhecimento do leitor a posição da doutrina e da jurisprudência sobre o tema.

A metodologia a ser utilizada é a dialética, propondo-se a discussão do fenômeno “ativismo judicial” na prática contemporânea, como instrumento eficaz para a concretização dos direitos fundamentais estabelecidos expressamente na Constituição de 1988.

Vale lembrar que o objetivo do presente trabalho é apenas noticiar a existência desse novo fenômeno, cada vez mais difundido, dissecando – ainda que superficialmente – algumas questões que talvez possam explicar e justificar o seu surgimento. Naturalmente, não se pretende esgotar o assunto, até porque cada um dos temas aqui ventilados poderia, sem sombra de dúvidas, merecer um estudo específico bastante alentado.

2 I NEOCONSTITUCIONALISMO E A TEORIA DOS PRINCÍPIOS

É bem sabido que a Constituição Federal de 1988 consagrou uma gama de direitos e garantias fundamentais para o cidadão e nem poderia ser diferente porque, como explica Canotilho (2003, p. 377),

[...] o local exato desta positivação jurídica é a Constituição. A **positivação** de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados “naturais” e “inalienáveis” do indivíduo. Não

basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhes a dimensão de *Fundamental Rights* colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem essa positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideias, impulsos, ou até, por vezes, mera retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direito constitucional.

Assim, a Constituição deixou de ser um mero diploma de intenções para tornar-se um instrumento de aplicação prática do direito constitucional, com regras dotadas de efetiva força normativa, concretamente aplicáveis na solução dos casos reais, especialmente aqueles considerados “difíceis”. Esse movimento recebeu a denominação de “neoconstitucionalismo” (ÁVILA, 2009) ou de “pós-positivismo”.

Em outras palavras, a Constituição tornou-se ferramenta eficaz para a realização dos ideais neoconstitucionalistas, pois, como observa Marcelo Novelino (2012, p. 196),

[...] O que hoje parece óbvio, todavia, não era o entendimento adotado até meados do século XX, quando os princípios e normas eram tratados como espécies distintas.

[...]

Sendo a Constituição compreendida como um documento jurídico dotado de força normativa, por conseguinte, todos os dispositivos por meio dos quais ela emite seus comandos devem ter o seu caráter normativo reconhecido. [...] Todos os dispositivos constitucionais possuem eficácia jurídica, ainda que a intensidade imediata de conformação seja variável.

O neoconstitucionalismo está intimamente relacionado com o chamado pós-positivismo, termo empregado no Brasil primeiramente por Paulo Bonavides, inspirado nas doutrinas de Friedrich Muller, Robert Alexy e Ronaldo Dworking, defensores da ideia de que os princípios, por conterem valores importantíssimos, possuem força normativa. Logo após, Luis Roberto Barroso dedicou-se ao assunto, vindo a tornar-se referência na doutrina brasileira. Marcelo Novelino (2012, p. 194) observa que “[...] a ascensão dos valores, a essencialidade dos direitos fundamentais e, sobretudo, o reconhecimento da normatividade dos princípios são apontados como características marcantes da investida pós-positivista”.

Antes de tratar do neoconstitucionalismo parece conveniente falar, ainda que de maneira sucinta, sobre a teoria dos princípios de Robert Alexy.

Robert Alexy (2015a) lembra que existe diferença entre as regras e os princípios: os princípios estabelecem deveres *prima facie*, são mandados de otimização, pois “[...] exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes [...]”; as regras impõem uma ação ou omissão ao sujeito, descrevem o que é permitido, proibido ou obrigatório, ou seja, “[...] as regras exigem que seja feito aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas [...]. Com base nisso, os princípios sempre têm um

sentido genérico, orientando determinada conduta sem a força impositiva da regra, que possui um caráter definitivo (ALEXY, 2015a, p. 103-104).

Explica o respeitado jurista:

[...] Um tal modelo parece estar presente em Dworking, quando ele afirma que as regras, se válidas, devem ser aplicadas na forma do tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão [...] (ALEXY, 2015a, p. 104).

Embora Alexy (2015a) compartilhe do entendimento de que os princípios e as regras têm modelos diferenciados de aplicação, sustenta que deve haver uma cláusula de exceção para permitir que se aplique o princípio em lugar da regra, em determinados casos concretos. Isso porque as regras não são capazes de prever todas as situações do mundo dos fatos e quando isso acontece se torna necessária a utilização de outros instrumentos para a solução do caso específico. Assim, a regra perde seu caráter definitivo e abre espaço para a utilização dos princípios, sempre mediante argumentação. A aplicação de um princípio se faz sempre por meio da ponderação, ou seja, no caso concreto se atribui peso maior a um princípio em detrimento de outro. Já a regra

[...] não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (grifo do autor) (ALEXY, 2015b, p. 105).

Entretanto, não quer dizer que o caráter *prima facie* das regras seja idêntico ao dos princípios, pois estes podem ser fortalecidos ou enfraquecidos pela ponderação em favor de um ou outro: “[...] Mesmo uma regra sobre ônus argumentativo não exclui a necessidade de definir as condições de precedência no caso concreto” (ALEXY, 2015a, p. 106).

Anízio Pires Galvão Filho (2010, p. 20) observa que um Estado Democrático de Direito deve ser orientado pelo sistema de regras e princípios, vez que “[...] é o ponto de partida para a identificação das normas de direitos fundamentais [...]”, ainda que sejam passíveis de colisão e consequentemente ponderação. Explica o acatado doutrinador que

Os problemas de um sistema jurídico constituído exclusivamente por regras são bem conhecidos. O característico desse modelo é a relação de vinculação e de abertura. Quando regras, podem, sem mais, determinar a decisão de um caso, o sistema jurídico manifesta alto grau de vinculação. Quando, contudo,

não é esse caso, como ocorre na hipótese em que o sistema jurídico não dispõe de uma regra para a decisão de um caso, o juiz está livre para se valer de critérios extrajurídicos – no modelo de sistema guiado exclusivamente por regras, o juiz somente está vinculado juridicamente por regras (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 20).

Do mesmo modo, não se poderia cogitar de um sistema abarcado somente por princípios, porque isso, em razão da sua considerável indeterminação, “[...] aniquilaria a irrenunciável exigência da segurança jurídica” (GAVIÃO FILHO, 2010, p. 21).

Portanto, o entendimento que se adota aqui também é no sentido de que o ideal é a combinação de regras e princípios para garantir a segurança jurídica, evitar a arbitrariedade nas decisões e alcançar a justiça do caso concreto.

É nesse contexto que se entende o surgimento da visão neoconstitucionalista (ou pós-positivista), que não se confunde com o jusnaturalismo, nem com o juspositivismo. Enquanto estes preveem um distanciamento entre a prescrição normativa e a descrição, o neoconstitucionalismo amplia os horizontes da teoria do direito, prestigiando a validade formal das normas jurídicas e a sua eficácia social.

Veja-se a lição de Marcelo Novelino (2012, p. 194-195):

[...] A teoria jurídica assume uma dimensão prática e funcional extremamente importante para a redução da incerteza do direito, fornecendo os elementos necessários para a solução de problemas estabelecidos para casos difíceis.

Segundo o professor Kiel, o direito tem uma “dupla natureza”: a dimensão real ou fática é representada pelos elementos contidos nos conceitos positivistas (validade formal e eficácia social), ao passo que a dimensão ideal ou crítica encontra expressão no elemento de correção moral, que adicionado aos elementos anteriores faz com que surja um conceito não positivista de direito. [...] A incorporação da correção substancial ao conceito de direito tem por finalidade estabelecer um patamar mínimo de justiça material que deve estar presente em qualquer ordenamento jurídico e fixar um limite para além do qual o direito não pode ter validade: a *extrema injustiça* (grifo do autor).

Ronald Dworkin, ao fazer severas críticas ao positivismo jurídico, criou a teoria dos princípios que, salvo melhor juízo, foi inspiradora do neoconstitucionalismo. A ideia é de que as normas jurídicas frequentemente são vagas, não conseguem prever todas as condutas sociais e conferir soluções adequadas. Daí por que o aplicador do direito, especialmente o julgador, deve se valer de outras fontes – por exemplo, os princípios – para decidir o caso concreto. Nas palavras de Robert Alexy (2015b, p. 164)

[...] essas regras, por causa de sua vaguença, não vinculam, através de uma consequência jurídica, aquele que decide, então ele deve decidir de acordo com os critérios não pertencentes ao ordenamento jurídico, uma vez que o direito não lhe fornece qualquer critério. Se, contudo, alguém só pode decidir com base em critérios não pertencentes ao ordenamento jurídico, ele então não está, através de sua decisão, ligado ao ordenamento jurídico, e tem, portanto, poder discricionário [...].

Para evitar a discretionaryariedade arbitrária, é preciso lembrar dos ensinamentos de Dworkin, para quem as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, sem prejuízo da referida cláusula de exceção. Já para a aplicação dos princípios são estabelecidos pesos que devem ser ponderados em caso de colisão: um terá peso maior que o outro, “[...] constituindo fundamento para a decisão judicial. Isso, contudo, não significa que o princípio de menor peso seja inválido e, por força disso, deva ser despedido do ordenamento jurídico” (GAVIÃO FILHO, 2010, P. 21-22).

Objetivamente, as regras são aplicadas na forma da subsunção, busca-se enquadrar a norma no caso concreto; os princípios obedecem ao critério da ponderação para dirimir conflitos entre eles (GAVIÃO FILHO, 2010).

Os ideais neoconstitucionalistas mereceram a crítica de Humberto Ávila (2009, p. 2), para quem o neoconstitucionalismo transformou o modo de aplicação do direito:

[...] princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo ou Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

A aplicação do direito no neoconstitucionalismo, segundo Ávila, está baseada em quatro modelos: o normativo, o metodológico, o axiológico e o organizacional. O normativo trabalha com a ideia de aplicação preponderante ou até exclusiva dos princípios no lugar das regras. Porém, como sustenta esse doutrinador, em caso de conflito entre regra e princípio deveria prevalecer a regra, sendo os princípios utilizados somente quando a regra fosse totalmente incompatível ou desarrazoada para a solução do caso. O modelo metodológico diz respeito ao método utilizado, em que predominaria a ponderação ao invés da subsunção. Humberto Ávila comenta que se não forem observados os critérios para a aplicação dos princípios, isso poderá representar ofensa ao papel democrático do Poder Legislativo porquanto a Constituição reservou expressamente ao Legislativo a competência para regular as situações concretas. O axiológico significa a promoção de uma justiça individual em detrimento da geral, vez que por meio da ponderação cria-se uma norma posterior e individual exclusiva para o caso concreto. E o método organizacional diz respeito, como já ventilado, a invasão do Poder Judiciário no espaço do Poder Legislativo, mediante o uso indiscriminado e inadequado da ponderação (ÁVILA, 2009).

Luiz Roberto Barroso (2005) comenta que, a partir da constitucionalização do direito, surge a necessidade de construir outros métodos de solução dos casos, pois a maneira convencional – simples subsunção – já não se mostra mais satisfatória: nem sempre a norma resolve o caso concreto. É nesse ponto que entram em jogo os princípios, cláusulas abertas, gerais, indeterminadas, que permitem, exatamente por isso, uma amplitude maior

de interpretação e de adaptação ao mundo dos fatos. Nas palavras desse constitucionalista, os princípios são “[...] dotados de plasticidade, que fornecem um início de significação a ser complementado pelo intérprete, levando em conta as circunstâncias do caso concreto [...]” (BARROSO, 2005, p. 12).

Toda essa metodologia vai ao encontro do que pensam os neoconstitucionalistas: a Constituição Federal de 1988 teria previsto mais princípios do que regras. Todavia, há quem sustente que essa afirmação é falsa porquanto,

[...] embora ela contenha, no Título I, princípios, todo o restante do seu texto é composto de alguns princípios e muitas, muitas regras [...]. Em outras palavras, a opção constitucional foi, primordialmente, pela instituição de regras e, não, de princípios. Tanto que a Constituição Brasileira de 1988 é qualificada de “analítica”, justamente por ser detalhista e pormenorizada, características estruturalmente vinculadas à existência de regras, em vez de princípios [...]. A leitura do ordenamento constitucional facilmente comprova essa constatação – a Constituição Brasileira de 1988 é uma Constituição de regras¹ (ÁVILA, 2009, p. 4).

No fundo, pouco importa se a Constituição Federal de 1988 é composta de regras ou de princípios ou de ambos; o que parece inegável que é trouxe uma gama de direitos e garantias fundamentais dotados de total força normativa, que levaram a uma atividade mais intensa dos três poderes, especialmente do Judiciário por meio da denominada “judicialização da política”.

3 I A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

É certo que Constituição Federal de 1988, por trazer uma série de direitos e garantias fundamentais para o cidadão, provocou mudança significativa no pensamento dos operadores do direito e na própria aplicação do ordenamento jurídico. Nos dizeres de Luis Roberto Barroso (2005, p. 26),

[...] A partir de 1988, e mais notadamente nos últimos cinco ou dez anos, a Constituição passou a desfrutar já não apenas da supremacia formal que sempre teve, mas também de uma supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade de seus princípios. Com grande ímpeto, exibindo força normativa sem precedente, a Constituição ingressou na paisagem jurídica do país e no discurso dos operadores jurídicos.

Essa mudança deve-se também, e muito, ao comportamento do jurisdicionado que passou a exigir com maior vigor a concretização dos seus direitos, consagrados no amplo e profundo conteúdo da Carta Magna de 1988, aumentando de maneira significativa as demandas judiciais.

1 Ávila (2009, p. 4) diz, ainda, que “[...] a escolha constitucional por regras tem uma justificativa [...]: as regras têm a função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder. A descrição daquilo que é permitido, proibido ou obrigatório diminui a arbitrariedade e a incerteza [...]”.

Não por acaso se observa, já há algum tempo, a atuação contundente do Poder Judiciário ao decidir sobre fatos da vida, que originariamente poderiam e/ou deveriam ser solucionados tanto pela Administração Pública, por meio das políticas públicas, quanto pelo Poder Legislativo, por meio da criação de leis. Esse é o fenômeno denominado ativismo judicial, decorrente da chamada judicialização da política, “[...] através da qual o cidadão busca perante o judiciário a salvaguarda e a concretização de seus direitos, previamente constituídos e não implementados ou observados pelo Executivo”² (GERMANO, Paulo Rosek, 2013).

Vale ressaltar que a judicialização decorre tanto do descrédito das instituições políticas e administrativas quanto da morosidade ou até mesmo inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na solução de questões vitais para a sociedade, de modo que atividade judicial acabou se tornando “[...] elemento essencial para as democracias modernas [...]” (BARROSO, 2012a).

A judicialização da política propicia o ativismo judicial, na medida em que se transfere para o Poder Judiciário a tomada de decisões que deveriam ocorrer nas “[...] arenas políticas tradicionais – Executivo e Legislativo [...]” (CAMPOS, 2014). Contudo, vale observar que a judicialização não desencadeia, por si só, o ativismo judicial, “[...] pois, nem tudo o que é judicializado poderá ser procedente ou mesmo merecerá um esforço rumo à sua concretização [...]”(GERMANO, Paulo Rosek, 2013)³.

A esse respeito, Luiz Roberto Barroso (2008, p. 2) escreveu:

Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo [...]. Como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro.

Seja como for, não se pode deixar de reconhecer que o Poder Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço na concretização dos direitos e garantias fundamentais, até porque é notório que os demais poderes, o Executivo e o Legislativo, vivem momento de grave crise, com total descrédito perante a sociedade.

Na medida em que a Constituição Federal deixa de ser um mero diploma de intenções e passa a ser o efetivo centro do ordenamento jurídico, norteando de fato a produção das

2 Para Luis Roberto Barroso (2012a, p. 6), a “Judicialização significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário. Trata-se, como intuitivo, de uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo. Essa expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico (grifo do autor)”.

3 Luiz Paulo Germano (2013) acrescenta: “[...] há uma tendência litigiosa, há anos constatada, no sentido de se provocar a manifestação do judiciário em muitas situações absolutamente impróprias e até descabidas, valendo-se os cidadãos inadvertidamente do sistema jurisdicional e processual brasileiro para indevidamente barganhar ou até mesmo se desobrigar de responsabilidades que lhes são próprias”.

regras infraconstitucionais e a atuação de todas as instituições públicas, está claro que o papel do Poder Judiciário só tende a crescer na tutela dos direitos fundamentais, ainda mais em vista das indisfarçáveis omissões do Executivo e do Legislativo.

Como destaca Luiz Roberto Barroso (2005, p. 28), a constitucionalização do direito impõe aos Poderes Legislativo e Executivo “[...] deveres negativos e positivos de atuação, para que observem os limites e promovam os fins ditados pela Constituição [...]” e quando isso não acontece, parece imprescindível a atuação mais proativa do Poder Judiciário.

A constitucionalização do direito, a busca por justiça e a atuação mais intensa do Poder Judiciário são os fatores que contribuíram sobremaneira para a “[...] judicialização de questões políticas e sociais, que passaram a ter nos tribunais a sua instância decisória final [...]” (BARROSO, 2005, p. 45).

Se a Constituição Federal for realmente, como todos hoje reconhecem que é, a expressão da vontade do povo e a diretriz do ordenamento jurídico, naturalmente deve caber ao Poder Judiciário a tarefa precípua de fazer valer no mundo dos fatos a supremacia da Lei Maior, consolidando-se, ao fim e ao cabo, como instância final na preservação dos valores constitucionais (BARROSO, 2005).

De modo nenhum se está defendendo a ideia de que o Judiciário estaria legitimado para atuar à margem da lei e para invadir as esferas de atuação dos demais poderes. Contudo, se o Executivo e o Legislativo falham na efetivação dos direitos e garantias constitucionais – por omissão, por negativa, por inércia, etc. – não há como evitar a intervenção jurisdicional, mediante provocação do interessado. O Poder Judiciário não atua de ofício e tem que dar uma resposta, positiva ou negativa, às petições que lhe são apresentadas.

Assim, parece que a judicialização das questões sociais e políticas representa um grande avanço no sistema jurídico brasileiro, pois, como comenta Luis Paulo Rosek Germano (2013), o Poder Judiciário – especialmente o Supremo Tribunal Federal –, nos últimos tempos tem sido chamado à

[...] discussão e julgamento de fatos nunca antes enfrentados [...] os antes insuperáveis obstáculos foram sendo vencidos pela necessidade de discussão e enfrentamento de situações que já estavam tão próximas dos cidadãos, fazendo com que, sem receios, pudesse o Pretório Excelso, com as atribuições a ele conferidas pela Carta Política, conhecer dos assuntos e a eles conferir a compreensão à luz da dogmática jurídica e constitucional.

Essa atuação mais viva do Poder Judiciário na resolução do caso concreto é o que se tem denominado “ativismo judicial”, que não se confunde com “judicialização”, embora sejam fenômenos conexos. A judicialização é um fato decorrente da nova concepção constitucional e está absolutamente vinculada à lei (BARROSO, 2008); já o ativismo judicial representa “[...] a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição,

expandindo o seu sentido e alcance [...]” (BARROSO, 2012b)⁴.

O ativismo judicial tem permitido a solução de casos há muito pendentes na esfera do Executivo e/ou do Legislativo. Mas não se ignora que a judicialização da política poderá dar ensejo a um ativismo judicial nem sempre saudável. Ainda assim, se for praticada dentro dos critérios estabelecidos para a correta atuação judicial – em especial, a ponderação dos princípios – desvios indesejáveis poderão ser evitados.

4 I O ATIVISMO JUDICIAL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

A ideia da força normativa da Constituição, da imediata aplicabilidade das suas regras e princípios, somada a um maior conhecimento da sociedade sobre os seus direitos, tem redundado em decisões judiciais que valorizam e efetivam os direitos fundamentais, especialmente aqueles que carecem de regulamentação infraconstitucional.

A partir de 1988 observa-se uma atuação mais efetiva do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, na solução de questões que deveriam originariamente ser resolvidas pelos Poderes Legislativo e Executivo, o que tem sido visto pela doutrina e pelos operadores do direito como um extrapolamento da atividade judicial.

Denominou-se essa crescente atuação do Poder Judiciário de “ativismo judicial”, muito inspirado no sistema americano que, durante longo período, viu a sua Suprema Corte interferir em matéria de direitos fundamentais à revelia de qualquer ato do Congresso ou de decreto do Presidente da República. Por esse motivo, a conduta do Poder Judiciário americano tem sido considerada, muitas vezes, como arbitrária e imprópria, assumindo “[...] uma conotação negativa, depreciativa, equiparada ao exercício impróprio do poder judicial [...]” (BARROSO, 2012a, p. 10). No Brasil, embora não haja consenso, muitos entendem que essa prática ativista é negativa⁵.

Conforme a doutrina majoritária, no Brasil o ativismo judicial é resultado da omissão do Legislativo e do Executivo, sem esquecer o fato de que atualmente esses Poderes estão

4 Luis Roberto Barroso (2012a, p. 11) observa que o ativismo judicial se instala “[...] em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva. O oposto do ativismo é a *auto-contenção judicial*, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos (princípios, conceitos jurídicos indeterminados). Por sua vez, a autocontenção se caracteriza justamente por abrir mais espaço à atuação dos Poderes políticos, tendo por nota fundamental a forte deferência em relação às ações e omissões desses últimos”.

5 No ativismo judicial, se verifica 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 postura 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 independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenção ao poder público, notadamente em matéria de políticas públicas (BARROSO, 2008, p. 4).

em completo descrédito na visão da sociedade. Daí a exigência de uma maior participação do Judiciário na concretização dos direitos fundamentais, pois

[...] se cabe ao Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal) proteger a Constituição, também cabe a ele dar guarida aos direitos fundamentais. Por isso, a necessidade de repensar a sistemática jurídica da tripartição dos poderes, de modo que o ativismo judicial e a judicialização da política sejam vistos como democraticamente legítimos, no compasso harmônico de uma nova hermenêutica e de um novo constitucionalismo – neoconstitucionalismo (NELSON e MEDEIROS, 2015, p. 160).

Essa atuação maisativa da Corte Suprema deve ser compreendida

[...] dentro dos parâmetros constitucionais a ela permitidos exercer, especialmente a partir da interpretação dos princípios e regras promulgados na Magna Carta. Ainda que exista uma linha tênue entre a permissão da atuação do Judiciário e a eventual indevida interferência nas atribuições atinentes aos outros Poderes, o que muitas vezes desencadeia uma série de críticas e discussões acerca da indevida intromissão, as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal – STF tem sido saudadas, uma vez que representam, em última instância, a efetivação de direitos e a valorização dos princípios e regras estabelecidas na Constituição (GERMANO, 2013).

A constatação da força normativa da Constituição e da aplicabilidade imediata dos princípios constitucionais a partir do neoconstitucionalismo, mostra que “[...] não se pode dissociar a realidade constitucional da realidade social [...]” (NELSON e MEDEIROS, 2015, p. 154).

A conduta judicial não pode, de forma alguma, no entanto, desviar-se para a arbitrariedade, resultando numa prática de ativismo “negativo”. Como sustenta Humberto Ávila (2009), faz-se indispensável a utilização de critérios para a aplicação da regra e do princípio na solução dos conflitos entre normas e princípios em cada caso concreto.

De início, deve prevalecer a regra constitucional e quando essa não existir, se valer da regra infraconstitucional compatível com os princípios constitucionais. A convocação dos princípios estaria autorizada somente na hipótese de não haver nem regra constitucional, nem regra infraconstitucional; ou ainda quando essa se mostrar irrazoável para a solução do caso concreto. Ou seja, nessas hipóteses estará o julgador autorizado a valer-se dos princípios mediante criteriosa ponderação, atribuindo um peso maior àquele que for considerado mais adequado para a resolução da controvérsia. Jamais se deverá admitir a aplicação de princípios sem demonstração das razões para tanto e dos critérios empregados para escolher um princípio em detrimento de outro. Se o julgador deixar de aplicar a regra existente – constitucional ou infraconstitucional – pura e simplesmente porque prefere um princípio, estará praticando forma condenável de ativismo judicial (ÁVILA, 2009)⁶.

6 Comenta Humberto Ávila (2009, p. 8) que “[...] a mera desconsideração da regra legal [...] culmina com a desconsideração do próprio princípio democrático e, por consequência, do princípio da separação dos Poderes [...] Daí a importância de insistir na eficácia das regras frente aos princípios, na separação dos Poderes e no controle fraco da proporcionalidade como mecanismos de salvaguardar a liberdade de configuração do Poder Legislativo, no lugar de

Muitas vezes, a aplicação das regras poderá provocar resultados injustos. Formuladas de forma geral e abstrata, as regras podem não ter levado em conta determinados elementos que seriam imprescindíveis para a correta solução do caso concreto, o que deve ser considerado pelo julgador. Em tal situação, o operador do direito poderia deixar de aplicar a regra, baseando-se no princípio da razoabilidade (ÁVILA, 2009)⁷.

Nos dizeres de Luis Roberto Barroso (2012b, p. 9),

[...] tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exibe dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo [...]. A adiada reforma política é uma necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil.

Com efeito, “[...] decisões ativistas devem ser eventuais, em momentos históricos determinados. Mas não há democracia sólida sem atividade política intensa e saudável, nem tampouco sem Congresso atuante e investido de credibilidade [...]” (BARROSO, 2012b, p. 10).

Apesar de tudo, não há um consenso sobre o que significa efetivamente “ativismo judicial”. O Ministro Celso de Mello (2008, p. 5), diz que

Práticas de ativismo judicial [...] tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional [...] o Poder Judiciário [...] não pode se reduzir a uma posição de passividade.

Como dito, uma atuação mais pró-ativa do Poder Judiciário justifica-se pela omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, tornando indispensável o papel criativo na solução dos casos concretos a fim de garantir a efetividade dos direitos constitucionalmente consagrados (MIARELLI e LIMA, 2012).

Assim, pelo menos no Brasil, o ativismo judicial pode ser considerado positivo, pois “[...] o juiz cria o direito no caso concreto para realizar a vontade da Constituição, o que se coaduna com o cumprimento dos direitos fundamentais [...]” (NELSON e MEDEIROS, 2015, p. 169).

5 | CONCLUSÃO

O presente estudo procurou demonstrar a importância da visão neoconstitucionalista

simplesmente exaltar a importância dos princípios e da ponderação”.

7 Essa questão é abordada por Humberto Ávila (2009, p. 14): “[...] se a solução dada pela regra não se apresenta, sob o seu ponto de vista, ainda que alicerçada numa alegada interpretação sistemática e principiológica, como sendo a melhor solução, pode o aplicador desprezar o curso de ação prescrito pela regra quando o caso se enquadra nos seus termos? Em outras palavras: está o aplicador autorizado a buscar a melhor solução por meio da consideração de todas as circunstâncias do caso concreto, eventualmente desprezando a “solução da lei” em favor da construção da “lei do caso”?“.

na resolução dos casos concretos. Principalmente a partir de 1988, os operadores do direito passaram a dar-se conta de que a força normativa da Constituição, com suas regras e princípios, precisa ter aplicabilidade imediata. O extenso rol de direitos e garantias fundamentais, de um lado, e a omissão dos Poderes Legislativo e Executivo, de outro, aumentaram a busca pelo Poder Judiciário na concretização dos direitos fundamentais. Questões da vida prática passaram a ser solucionadas por via da prestação da atividade jurisdicional, sem esquecer o importante fenômeno da judicialização da política.

Houve uma mudança no pensamento dos juristas que, inspirados no neoconstitucionalismo, passaram a dar maior importância à aplicação dos princípios no lugar das regras, à ponderação, no lugar da subsunção. Daí o “ativismo judicial”, que tenta realizar a justiça do caso concreto, inúmeras vezes em decorrência das omissões do Poder Legislativo e do Poder Executivo. Como parece ter ficado claro, a prática ativista, em si, não é sempre boa ou sempre ruim. De modo geral, essa forma de atuação do Poder Judiciário vem sendo vista, por parte da doutrina brasileira, como algo positivo e necessário porque permite a realização concreta dos direitos fundamentais. Seria inaceitável, aliás, que o Poder Judiciário – em especial Corte Suprema – fosse incorrer nas mesmas omissões dos demais poderes, abandonando os jurisdicionados à própria sorte, sem alternativa de socorro.

No momento atual, de absoluto descrédito da Administração Pública e dos legisladores, parece que a atuação mais efetiva do Poder Judiciário vem funcionando como um bálsamo para amenizar a crise que assola o País.

REFERÊNCIAS

ALEYX, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEYX, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. Tradução Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2015.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, v. 17, jan/fev/mar. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito**. Revista de direito administrativo, v. 240, 2005. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em 24/07/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Ano STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. Revista Consultor Jurídico, 2008. Disponível em: http://www.conjur.com.br-dez-22/judicializacao_ativismo_legitimidade_democratica. Acesso em 08/08/2016.

BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 21, 2012. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>. Acesso em 27/07/2016.

BRASIL. Novo CPC Comparado. 2. ed. São Paulo: Método, 2015. Coordenação por Luiz Fux. Organização por Daniel Amorim Assumpção Neves, 2. ed. São Paulo: Método, 2015.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. Colisão de Direitos Fundamentais, Argumentação e Ponderação. 2010. 386 f. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010.

GERMANO, Luiz Pauli Roseck. O Ativismo judicial e a evolução jurisprudencial brasileira: as novas decisões do Supremo Tribunal Federal – STF. Programa de Pós-Doutoramento. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Ius Gentium Conimbrigae - ICG, 2013.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. Ativismo Judicial e a efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

MELLO, Celso de. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2008-abr-3/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico? Acesso em 12/08/2016.

NEGRÃO, Theotonio e GOUVÉA, José Roberto F. Código de Processo Civil e legislação processual em vigor. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NELSON, Rocco Antonio Rangel Rosso e MEDEIROS, Jackson Tavares da Silva de. Reflexões sobre o ativismo judicial. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 27, 2015.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Método, 2012.

CAPÍTULO 2

CASSAÇÃO DO MANDATO DO DEPUTADO FEDERAL EDUARDO CUNHA: ATIVISMO OU GARANTISMO CONSTITUCIONAL?

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Jéssica Lahís Silva Bastos de Menezes

Advogada. Escola Superior Batista do Amazonas ESBAM/AM
Manaus - AM

<http://lattes.cnpq.br/0891017349751603>

Maria Francisca Silva Bastos

Doutora em Ciências da Educação. Ser Educacional UNINORTE
Manaus - AM

<http://lattes.cnpq.br/0270311645738652>

Kartiele da Silva Lira

Contabilista. Centro Universitário Guanambi
UniFG
Guanambi - BA

<http://lattes.cnpq.br/5658606452593693>

Karina Araújo Pawlina

Advogada. Universidade Federal do Amazonas
Manaus - AM

<http://lattes.cnpq.br/4202176531873155>

RESUMO: Em meio à crise política que assola o Brasil nos últimos anos, observa-se que o Judiciário tem ampliado seu poder interventivo comparado ao Legislativo e ao Executivo. Um exemplo disso foi o chamado caso Eduardo Cunha, ex-deputado federal e ex-presidente da Câmara dos Deputados. Numa decisão denominada de excepcional proferida pelo ministro Teori Zavascki, o Supremo Tribunal

Federal o afastou da Presidência da Câmara e de seu mandato eletivo. Sob a ótica jurídica, a decisão proferida pela Corte Constitucional na Ação Cautelar 4.070/2016 aponta para o ativismo judicial ou trata-se de Garantismo, os fenômenos atuais do direito brasileiro? Esta pesquisa busca analisar esse aspecto, utilizando para tanto, método científico-dedutivo de pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: Cassação de Mandato Eletivo; Deputado Eduardo Cunha; STF; Ativismo Constitucional; Garantismo Constitucional.

CASE OF THE MANDATE OF THE FEDERAL DEPUTY EDUARDO CUNHA: ACTIVISM OR CONSTITUTIONAL GUARANTEE?

ABSTRACT: During the political crisis that has plagued Brazil in recent years, it is observed that the Judiciary has expanded its intervention power in comparison to the Legislative and Executive. An example of this was the so-called Eduardo Cunha case, former federal deputy, and former president of the Chamber of Deputies. In a decision called exceptional rendered by Minister Teori Zavascki, the Supreme Federal Court removed him from the Presidency of the Chamber and from his elective mandate. From a legal standpoint, does the decision handed down by the Constitutional Court in Action Cautelar 4.070/2016 point to judicial activism or is it Guarantee, the current phenomena of Brazilian law? This research seeks to analyze this aspect, using scientific-deductive research method.

KEYWORDS: Cassation Elective Mandate; Deputy Eduardo Cunha; STF; Constitutional Activism; Constitutional Guaranteeism.

1 | INTRODUÇÃO

Com grande interesse doutrinário e jurisprudencial, o Ativismo e o Garantismo Constitucional são considerados teorias seguidas por julgadores ao proferirem suas decisões que surgem diante as grandes demandas judiciais que necessitam de resolução. O Judiciário vem se tornar o grande protagonista no atual cenário político vivenciado no Brasil. O ex-juiz federal Sérgio Moro implodiu, de forma bombástica, os meios obscuros e camuflados que está o sistema político brasileiro, através da Operação Lava Jato.

A separação dos poderes também é uma garantia principal para organização do Estado, pois estabelece funções diferenciadas para o exercício dos direitos individuais e coletivos. Porém, a atuação do Supremo Tribunal Federal vem sendo mais evidenciada por conta das suas decisões interventivas excepcionais, extraordinárias e de grande repercussão na sociedade.

O presente estudo tem como implicação principal a análise da decisão liminar proferida na Ação Cautelar 4.070 pelo Ministro do STF Teori Zavascki, que suspendeu o deputado já cassado, Eduardo Cunha, da Presidência da Câmara dos Deputados e seu mandato eletivo, foi proferida seguindo o fenômeno do Ativismo ou do Garantismo Constitucional, trazendo para tanto, um estudo conceitual das teorias com entendimento de doutrinadores.

O panorama político brasileiro está em evidência no mundo todo. É um acontecimento atrás do outro. E a cada novidade, percebe-se o jogo político cheio de manobras e corrupção vindo à tona. Por isso, a necessidade de haver um Poder que busque desvendar tudo isso, e traga resposta à sociedade, esse poder é o Judiciário.

2 | O CASO DO DEPUTADO FEDERAL EDUARDO CUNHA: DAS DENUNCIAIS CASSAÇÃO DE SEU MANDATO ELETIVO

Por sua trajetória política, apesar dos escândalos que envolvem seu nome, Cunha chegou ao centro da política do Brasil por ser o principal opositor ao Poder Executivo, e como Presidente da Câmara dos Deputados conduziu o processo de admissibilidade do impeachment da Presidente Dilma¹, enquanto o mesmo é réu no Supremo Tribunal Federal sob a suspeita de lavagem de dinheiro e corrupção passiva.

Em apenas 19 meses, o Deputado Federal cassado Eduardo Cunha² foi do auge a queda em sua carreira como parlamentar. Diante de tamanhas evidências de seu caráter, a Câmara dos Deputados deu seguimento ao seu processo de cassação, uns dos mais longos

1 Por 367 votos favoráveis e 137 contrários, a Câmara dos Deputados aprovou às 23h47 , do dia 17/04/2016, a autorização para ter prosseguimento no Senado o processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff. Houve sete abstenções e somente dois ausentes dentre os 513 deputados. A sessão durou 9 horas e 47 minutos; a votação, seis horas e dois minutos. (Fonte: G1)

2 Deputado Federal com 13 anos de mandatos na Câmara. Eleito ao cargo quatro vezes seguidas pelo PMDB do Rio de Janeiro, Cunha tinha influência sobre os outros deputados federais. Ajudou a eleger vários colegas do PMDB e de outros partidos pedindo doações de empresários. Foi líder do PMDB em 2013, a segunda maior bancada, e em fevereiro do ano passado foi eleito presidente da Câmara.

da história, e o cassou por quebra de Decoro Parlamentar, pois o parlamentar mentiu ao dizer que não tinha contas no exterior mesmo com um conjunto robusto de provas.

Eduardo Cunha é acusado, na Operação Lava Jato de receber propinas milionárias por um contrato de navios-sondas da Petrobrás, e teria recebido nessa negociação US\$ 5 milhões e mais das empresas ligadas ao Porto Maravilha, no Rio de Janeiro, chegando à soma de R\$ 52 milhões em propinas. Além do mais, Cunha teve seu nome divulgado na lista de *offshores*³, reveladas pelos PanamaPapers⁴, no qual possuía contas em paraísos fiscais. (BBC, 2016).

O Procurador-Geral da República Rodrigo Janot, denunciou Cunha ao STF em setembro de 2015, com base nas provas reunidas pela Polícia Federal e pelo Ministério Público, pelos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, por receber propina do esquema investigado pela Operação Lava Jato. (G1, 2016)

Em dezembro de 2015, o PT definiu que o governo não apoiaria Cunha no Conselho de Ética da Câmara, onde tramitou seu processo de quebra de Decoro Parlamentar, pelo mesmo ter mentido na CPI da Petrobrás sobre ter contas na Suíça em seu nome, diante das evidências de propina que recebia. De imediato, Cunha aceitou um dos pedidos de impeachment para que assim fosse feito a admissibilidade pela Câmara dos Deputados. A Presidente Dilma o acusou de agir por vingança, o que ele nega.

Em 5 maio de 2016, a crise política brasileira teve mais um ato que repercutiu no país. O Ministro do STF Teori Zavascki, relator da Operação Lava Jato, determinou o seu afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados e do seu mandato de Deputado Federal, através do deferimento da liminar na Ação Cautelas 4.070.

O Ministro menciona em sua decisão de 73 (setenta e três) páginas que, Rodrigo Janot⁵ deixou claros os motivos que poderiam frustrar as ações penais e as investigações contra Eduardo Cunha por está utilizando seu cargo político e sua posição da Câmara para constranger e intimidar parlamentares, pessoas, dentre outros que fossem contra seus interesses, conforme segue:

Eduardo Cunha está utilizando do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados em interesse próprio e ilícito, qual seja, evitar que as investigações contra si tenham curso e cheguem a bom termo, bem como reiterar as práticas delitivas, com o intuito de obter vantagens indevidas. (AC 4.070, STF. Ministro Teori Zavascki, p. 2).

Menciona ainda, que de acordo com o Ministério Público, a finalidade da medida cautelar, mesmo sendo uma situação excepcional e absolutamente diferenciada, era

3 É designada por **offshore** uma empresa que tem a sua contabilidade num país distinto daquele (s) onde exerce a sua atividade. “Afastado da Costa”.

4 “Documentos do Panamá”, são um conjunto de 11,5 milhões de documentos confidenciais da autoria da sociedade de advogados panamenha Mossack Fonseca que fornecem informações detalhadas de mais de 214 000 empresas de paraísos fiscais *offshore*, incluindo as identidades dos acionistas e administradores. (Fonte: Wikipédia).

5 Jurista brasileiro. É membro do Ministério Público Federal desde 1984, é o atual Procurador-geral da República do Brasil.

garantir a efetividade e eficácia da aplicação das leis, de preferência a penal, e ordem pública. E argumenta ainda:

Como se sabe, as medidas cautelares possuem caráter assessorio e visam garantir a efetividade das ações principais. Vale dizer, visam garantir que fatores externos, em especial decorrentes da conduta do investigado, não frustrem ou tumultuem a correta investigação dos fatos ou a aplicação da lei.

Já defluiaria do texto constitucional a possibilidade de o Judiciário exercer seu poder cautelar. Isto decorre do art. 5º, inc. XXXV, o qual, ao dispor que '*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*', assegura a tutela jurisdicional adequada.

[...]

O Deputado Eduardo Cunha já foi denunciado por corrupção (percepção de vantagens indevidas) e lavagem de dinheiro, no bojo do Inquérito 3983, e foi instaurado novo inquérito para apurar corrupção passiva, lavagem de dinheiro e manutenção de valores não declarados em contas no exterior (Inq. 4146)". (AC4.070, STF. Ministro Teori Zavascki, p. 2).

O Ministério Público, depois de justificado o direito concessão da medida cautelar, descreveu em seu pedido os fatos criminosos supostamente praticados por Eduardo Cunha, como o desvio de finalidade que utilizava de seu cargo e função para fins ilícitos e obtenção de propinas.

De acordo com o Ministro Teori Zavascki, o Ministério Público baseou-se no princípio da proibição de proteção deficiente, sob o seguinte argumento:

É fundamental a adoção de medidas que evitem que o Eduardo Cunha continue praticando condutas em desconformidade com o ordenamento jurídico (como se houvesse verdadeira autorização imune para agir ilícita e indevidamente), especialmente porque se estaria deixando de proteger de maneira ótima os outros interesses coletivos em jogo. Haverá nítida violação da proporcionalidade em sentido estrito sob a ótica da proibição da proteção deficiente quando o grau de favorecimento apenas dos direitos individuais do Eduardo Cunha for inferior ao grau em que não se realiza o direito fundamental de proteção de todos os demais postos em análise. (fl. 176). (AC nº4.070/2016, STF. Ministro Teori Zavascki, p. 8).

Assim, o ministro encerra a explanação dos argumentos do Procurador Geral da República com seu requerimento final: o afastamento cautelar de Eduardo Cosentino da Cunha do cargo de deputado federal e, por arrastamento, da função de Presidente da Câmara dos Deputados, de forma subsidiária o afastamento pelo menos, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. (Zavascki, STF, AC nº 4.070/2016, p. 8)

Para a defesa de Cunha a decretação da medida cautelar servirá para dois interesses públicos. O primeiro diz respeito à preservação da utilidade do processo, para estagnar a

posição de poder e não prejudicar o trabalho já realizado quanto às investigações, e, o segundo interesse é a preservação da verdadeira finalidade do cargo público, para não se aproveitar de sua influência para angariar vantagens.

Depois de dois meses de seu afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados pelo STF, Eduardo Cunha renunciou ao cargo, afirmando que tomou tal decisão para acabar com a “instabilidade da Casa”:

Resvolvi atender aos apelos generalizados dos meus apoiadores. É público e notório que a casa está acéfala. Fruto de uma interinidade bizarra, que não condiz com o que o Brasil espera de novo tempo após o afastamento da Presidente da República. Somente a minha renúncia poderá pôr fim a essa instabilidade sem prazo. A Câmara não suportará esperar infinitamente.

Estou pagando um alto preço por ter dado início ao impeachment. Não tenho dúvidas, inclusive, que a principal causa do meu afastamento reside na condução desses processos de impeachment da presidente afastada. (G1, 2016).

Assim, o Ministério Público Federal pediu uma resposta quando a concessão ou não da liminar contra Eduardo Cunha, e o Judiciário acatou, justificando-se na condição de ser uma situação excepcional e que precisava da sua intervenção, diante de tantas evidências dos crimes cometidos pelo até então Presidente da Câmara.

Após 11 (onze) meses de tramitação do processo, a Câmara aprovou no fim da noite do dia 12 de setembro de 2016 a cassação do mandato de Deputado Federal de Eduardo Cunha por quebra de Decoro Parlamentar, por 450 votos, ficando com a ficha suja e inelegível até 2027. No Conselho de Ética, em junho deste ano, a cassação foi aprovada por 11 votos a 9, com a ajuda de antigos aliados. (BBC, 2016).

Foi o processo mais longo da história da Câmara dos Deputados, porém, depois de muitas manobras para postergar, não houve nada que salvasse Cunha da mentira que ele mesmo falou na CPI da Petrobras.

Em consequência, em 19 de outubro de 2016, o esperado se cumpriu. O ex-deputado e ex-Presidente da Câmara Eduardo Cunha foi preso, em caráter preventivo, em Brasília. A decisão foi proferida pelo Juiz Sérgio Moro na ação criminal, no qual, é acusado de receber propina de contrato de exploração de Petróleo e por usar contas na Suíça para lavar o dinheiro. (G1, 2016)

Portanto, Eduardo Cunha trava uma longa batalha por não se prevalecer de sua condição de parlamentar para obter o foro privilegiado e muito menos constranger pessoas e agentes públicos. Após a cassação de seu mandato, Cunha é uma pessoa comum, permitindo assim que medidas processuais sejam tomadas, como sua prisão, para melhor instrução dos processos que ele configura como réu.

3 I ATIVISMO JUDICIAL E GARANTISMO CONSTITUCIONAL

Dentre as possibilidades de contribuição que estão além do ordenamento jurídico brasileiro, se encontram o Ativismo Constitucional e o Garantismo Constitucional. Ambas as modalidades possuem importantes papéis, por meio dos tribunais, em levar contribuições e interpretações novas e garantias jurídicas à aplicabilidade das normas.

Com o fenômeno do Ativismo Constitucional buscam-se efetivar os valores constitucionais com a participação mais intensa do Judiciário, no qual muitas vezes, os juízes são alvo de críticas por não terem legitimidade legislativa para criar regras na sociedade. Já com o Garantismo Constitucional, o judiciário dispõe da segurança jurídica por meio das normas constitucionais, mais especificadamente perante o abuso dos demais poderes, prevalecendo às regras emanadas em nossa Carta Maior.

O grande questionamento diante da problemática levantada no presente estudo é a posição do STF acerca da suspenção do deputado federal cassado Eduardo Cunha da função de Presidente da Câmara dos Deputados e do mandato eletivo. A Suprema Corte, diante da decisão do Relator Ministro Teori Zavask na Ação Cautelar nº 4.570, prevaleceu a Teoria do Ativismo ou Garantismo Constitucional?

Historicamente, a modalidade Ativismo Judicial surgiu no século XX, e, no Brasil, somente após a CRFB/88 discussões acerca do tema e da judicialização da política tem sido alvo de cientistas políticos e juristas.

O Ativismo Judicial demonstra impreterivelmente que o Judiciário é também legitimado para a Politização do Direito, exercendo seu poder de interpretar e atuar, justificando-se a criação de direitos através de hermenêuticas constitucionais. Nesse sentido, a Constituição frente ao Estado Democrático de Direito, visa estampar os Direitos Fundamentais, assegurando-os para que se evite o abuso de poder dos Governantes.

Ressalta-se que a Judicialização da Política, diferentemente do Ativismo Judicial, é um fenômeno que gera intervenção do Poder Judiciário em matérias de competência do Poder Legislativo, ou seja, uma subversão do legítimo controle judicial da política. Transfere-se ao Poder Judiciário a competência decisória na formulação de políticas públicas, que são seguidas pelos demais poderes.

Para Luís Barroso (2008, p. 03), a judicialização significa pauta política e social, que tem grande abrangência e atinge determinados grupos hipossuficientes, no qual passou a ser decididas e determinadas por órgãos do Poder Judiciário, ultrapassando as competências da política tradicional que está omisa.

Ademais, existem duas teorias sobre o Ativismo Judicial, no qual são esplanadas por meios de doutrinadores. Alguns são contrários ao comportamento que o Judiciário vem adotando, alegando que as pessoas não têm direito de exigir do Poder Judiciário que lhes garantam determinados direitos que já estão previstos em lei, é a chamada Teoria Procedimentalista. (GRANJA, 2010).

Outros são favoráveis à teoria que o Poder Judiciário vem seguindo, a chamada Teoria Substancialista, no qual, preconiza que o Judiciário deve sim intervir em questões dos direitos fundamentais, e o STF, como guardião da Constituição Federal e defensor da paz social, deve sim proferir decisões que garantam os direitos fundamentais, seja em ações do controle concentrado, seja em ações do controle difuso de constitucionalidade. (GRANJA, 2010).

O autor Daniel Souza Sarmento (2008, p. 16), afirma que é comum surgir certas incertezas judiciais quando as fundamentações são principiológicas, pois os juízes deixam de fundamentar na lei seus julgamentos. Assegura sobre o que ele chama decisionismo judicial:

Esta “euforia” com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial. Um decisionismo travestido sob as vestes do politicamente correto, orgulhoso com seus jargões grandiloquentes e com a sua retórica inflamada, mas sempre um decisionismo. Os princípios constitucionais, neste quadro, converteram-se em verdadeiras “varinhas de condão”: com eles, o julgador de plantão consegue fazer quase tudo o que quiser. Esta prática é profundamente danosa a valores extremamente caros ao Estado Democrático de Direito. Ela é prejudicial à democracia, porque permite que juízes não eleitos imponham a suas preferências e valores aos jurisdicionados, muitas vezes passando por cima de deliberações do legislador. Ela compromete a separação dos poderes, porque dilui a fronteira entre as funções judiciais e legislativas. E ela atenta contra a segurança jurídica, porque torna o direito muito menos previsível, fazendo-o dependente das idiossincrasias do juiz de plantão, e prejudicando com isso a capacidade do cidadão de planejar a própria vida com antecedência, de acordo com o conhecimento prévio do ordenamento jurídico.

Há quem defende o Ativismo Judicial, são os que seguem a Teoria Substancialista, no qual declaram que o Poder Judiciário possui legitimidade para invalidar decisões do Legislativo e do Executivo.

Com base nessa teoria, Luís Roberto Barroso (2008, p.06) menciona que o Ativismo Judicial depende da escolha do juiz, é uma interpretação constitucional abrangente para que o Legislativo, de alguma forma, se posicione quando a omissão. E diz ainda:

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 postura 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 independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, 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.

Para o autor Fernando Gomes de Andrade (2007, p. 322), que também demonstra

ser favorável a esta teoria, afirma que:

Cremos ser o Judiciário competente para controlar a legalidade de todo e qualquer ato emanado pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político condizente com a conveniência e oportunidade – típicos do administrador – deve de igual modo ter sua contingência também controlada pelo Judiciário numa interpretação não mais lógico-formal de suas atribuições, mas em sentido material-valorativo, ao verificar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

Assim, com princípios e normatizações abertas como o da Moralidade e da Dignidade da Pessoa Humana, o STF está sendo obrigado a posicionar-se sobre a constitucionalidade de diversos temas nunca julgados ou que tem grande repercussão pública. E diante dessas situações que emana o Ativismo Judicial.

Por outro lado, conceituando o Garantismo como a busca de uma melhor adequação das divergências normativas e da efetividade de direitos, a fim de garantir o cumprimento de ambas.

De acordo com Dário Ippolito (2008, p. 1), autor do artigo “O Garantismo de Luigi Ferrajoli⁶”, o termo Garantismo por diversas vezes foi associado à segurança social, à tutela constitucional das liberdades fundamentais e na limitação do poder de punir do Estado. Em sua obra, Ferrajoli desenvolve um diálogo fictício através da tradição cultural cuja finalidade é descobrir o significado do termo Garantismo.

Na visão de Alexandre Maia (2000, p. 3), o Garantismo para Luigi Ferrajoli é uma forma de direito que remete aos aspectos substanciais e formais para a validação do direito. A combinação desses aspectos resgata a possibilidade de garantir e efetivar os direitos fundamentais existentes no ordenamento aos sujeitos de direito, ou seja, se a norma é válida ou não.

O Garantismo como teoria do Estado democrático-constitucional, Ferrojoli deu uma maior contribuição analítica, de acordo com Dário Ippolito (2008, p. 6), onde, a sistemática é juridicamente mais antiga e culturalmente mais compartilhada. Ao estudar a teoria do Estado, Ferrojoli atribui o Garantismo nas normas e na democracia como “mutação de paradigma juspolítico liberada”, pois, a constituição como ordenamento maior de um Estado de Direito os poderes públicos são regulamentados em detrimento a tutela individual e coletiva.

Dito isso, especificando para o Garantismo nos Direitos Políticos, são fundamentais e estão respaldados na Declaração Universal dos Direitos Humanos, compondo os Direitos Humanos, reunindo os direitos econômicos, sociais, individuais políticos. De certa maneira, ao serem violados fere o ser humano como cidadão, detentor de direito e deveres também na política. E, o Garantismo, visto como uma teoria defensora da aplicação dos direitos

6 Juiz e professor da faculdade de Direito da Universidade de Camerino, no qual, iniciou seus estudos sobre o tema com a publicação de *Diritto e Ragione: Teoria del Garantismo Penale*, em 1989, a partir de então executou diversas pesquisas científicas e atividades sobre o Garantismo. (TRINDADE, 2013).

fundamental está associada aos direitos políticos preconizados na CRFB/88 e nas leis.

A luz dos autores citados, Luigi Ferrajoli trouxe com o Garantismo a possibilidade de encontrar meios, não só no aspecto filosófico, mas também no próprio ordenamento jurídico brasileiro, sendo possível incluir outras interpretações jurídicas a depender do direito fundamental pleiteado, seja ele social, individual, econômico, político, dentre outros.

4 I DECISÃO DO STF NA AÇÃO CAUTELAR N° 4.070: ATIVISMO OU GARANTISMO?

Ao analisar a decisão da Ação Cautelar nº 4.070, que julga o requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República Rodrigo Janot pedindo o afastamento de Eduardo Cosentino Cunha do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados, é possível constatar a coerência em argumentos baseadas nos princípios, na interpretação da Carta Magna e no respeito à instituição Legislativa, feita pelo Ministro Relator Teori Zavascki, mesmo se tratando de uma situação excepcional.

Diante da referida decisão, como implicação principal do presente estudo, e de todo o conteúdo abordado, pergunta-se: O deferimento da medida cautelar que cominou com o afastamento de Eduardo Cunha do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados foi uma decisão fundada na teoria do Ativismo ou do Garantismo Constitucional?

Depois de esplanada a posição das partes, o Ministro Relator do STF inicia o seu entendimento, fazendo sábias argumentações, demonstrando que a suspensão de cargo está prevista no Judiciário e Executivo, e Poder Legislativo. E segue:

Com efeito, os membros da **magistratura**, que exibem garantias constitucionais igualmente próprias, podem ser suspensos de suas atribuições pelo Tribunal competente para julgá-los “*quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento de denúncia ou de queixa contra magistrado*” (art. 29 da LOMAN), o mesmo ocorrendo na instância censória, quando o magistrado fica sujeito a afastamento nos termos do art. 15 da Resolução 135/2011 do CNJ. No âmbito do **Poder Executivo**, isso fica ainda mais evidente, pois o próprio Presidente da República – que, como se sabe, ostenta a superlativa condição de Chefe de Estado, Chefe de Governo e Chefe da Administração Pública Federal – fica automaticamente suspenso do exercício de suas funções caso tenha contra si recebida, relativamente a infrações penais comuns, uma correspondente denúncia ou mesmo uma simples queixa-crime (art. 86, § 1º, I, da CF). Os demais **agentes políticos**, não investidos de mandato eletivo, poderão ser judicialmente afastados da função até mesmo fora do âmbito do processo criminal, como ocorre em ações civis de improbidade administrativa, nas circunstâncias, a serem avaliadas pelo juiz da causa, previstas no art. 20, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992). (AC nº 4.070, STF. Ministro Teori Zavascki, p. 25).

Mesmo que o cargo de Presidente da Câmara dos Deputados seja obtido por eleição

interna na Casa, e não por voto da população, também está sob o controle judicial, pois é uma função direção e executiva. De certo, Eduardo Cunha se prevaleceu das prerrogativas de seu cargo e da função de Presidente da Câmara para interferir nos serviços da Casa, passando por cima do art. 17 do Regimento Interno, que elenca as atribuições do Presidente.

Sabiamente, o Ministro Teori (ZAVASCKI, STF, AC nº 4.070/2016, p. 54) descreve que o requerimento cautelar feito pelo Ministério Público não trata da questão de ser ou não matéria da competência do Judiciário, e sim da função de parlamentar, presidente da casa, não está sendo desempenhada de forma exemplar que deveria ser diante de tantas investigações criminais que Eduardo Cunha figura como réu. Porém, as sequências dos atos praticados por Eduardo Cunha, trazidas na decisão, foram dirigidas ao Procurador Geral da República por parlamentares do PSOL.

Em sua decisão, o Ministro Relator menciona sobre a sucessão no cargo de Presidente da República, no qual, de acordo com a CRFB/88, o presidente da Câmara é o primeiro na linha de substituto:

Com o afastamento da Presidente da República de suas funções, o Presidente da Câmara dos Deputados será consequentemente alçado à posição de primeiro substituto da Presidência da República, o que torna uma eventual convocação a exercer esse papel, ao menos em afastamentos temporários do novo titular, quase certa. Para se qualificar ao exercício da substituição, porém, parece elementar que deverá o Presidente da Câmara dos Deputados cumprir com requisitos mínimos para o exercício da Presidência da República. É indispensável, como a própria Constituição se ocupou de salientar, que seja ele brasileiro nato (art. 12, § 3º, II). É igualmente necessário que o Presidente da Câmara dos Deputados não figure como réu em processo penal em curso no Supremo Tribunal Federal. (AC nº 4.070, STF. Ministro Teori Zavascki, p. 67).

Assim, o afastamento de Cunha da Presidência da Câmara, motivado pelas razões elencadas na ação cautelar em questão, pode ser considerado uma alternativa para proteger o Poder Legislativo e seu alto cargo, em detrimento ao interesse público.

O Ministro Teori Zavascki (ZAVASCKI, STF, AC nº 4.070/2016, p. 70) caracteriza a justa causa da ação cautelar com o fundamento de autorizar a deflagração de ação penal contra a alta autoridade do Poder Legislativo, sendo necessária a preservação do cargo.

O Supremo Tribunal Federal, além o guardião da Constituição e última instância do Poder Judiciário, defende ainda as garantias fundamentais aos interesses populares feridos e a efetividade da Constituição através do controle de constitucionalidade, estando submetidos ao controle judicial atos do legislativo, do executivo, tudo que envolve o interesse público.

Portanto, após todos os motivos expostos na decisão, em 4 de maio de 2016, o Ministro Relator Teori Zavascki deferiu a medida cautelar requerida pelo Ministério Público Federal, representado pelo Procurador Geral da República Rodrigo Janot, determinando a suspensão do Requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, do exercício do mandato eletivo

de deputado federal, bem como da função de Presidente da Câmara dos Deputados. (ZAVASCKI, STF, AC nº 4.070/2016, p. 73).

E diante dos conceitos já abordados no presente estudo, o Ministro Teori Zavascki, como representante da mais alta corte do país, conduziu a Ação Cautelar baseando-se em fatos, provas, princípios, interpretações e na Constituição. Apesar da excepcionalidade, o pedido requerido pelo Ministério Público não poderia ficar sem resposta diante da gama de acusações que paira sobre Eduardo Cunha. Ao analisá-la, a decisão do Ministro pode ser considerada como adequada nos parâmetros constitucionais, sustentando sempre uma perspectiva de Direito e não de política.

Em diversos momentos, o Ministro ressaltou a verdadeira essência da decisão, a suspensão do mandato eletivo e do cargo de Presidente da Câmara de Cunha, e não sobre a cassação, pois ao deferir, ele ainda continuou deputado. As acusações respondidas por Cunha configuram condutas que vão muito além de articulações de interesses políticos, configuram o uso das prerrogativas que a função ocupada oferece para praticar atos corruptos dentro de uma instituição tão importante como o Legislativo. Nesse momento, que o Supremo ao ser provocado está autorizado a agir com seu controle judicial e reparar a atuação devastadora feita pelo então deputado, assegurando o equilíbrio constitucional do país.

Diante disso, resta claro que o Garantismo Constitucional, como a busca por uma melhor adequação para garantir os direitos fundamentais diante das divergências normativas, não caberia na decisão proferida. A questão envolvia um representante eleito ocupante de um alto cargo na Câmara que conspirava contra a própria instituição por ele comandada, e não havia nenhuma divergência normativa que garantisse a suspensão ou a permanência de Eduardo Cunha no cargo. Pelo contrário, apesar de um assunto nunca julgado pelo STF, o Ministro sabiamente conduziu os trabalhos na busca do equilíbrio constitucional e da instituição.

Desse modo, o Ativismo Constitucional como uma teoria que possibilita o Judiciário, na Politização do Direito, exercer o poder de interpretação e atuação através da criação de direitos de hermenêuticas constitucionais, e, pela excepcionalidade apresentada, foi a Teoria que prevaleceu na decisão da Ação Cautelar nº 4.070, proferida pelo Ministro Relator Teori Zavascki, ao trazer interpretações, entendimentos, fatos e princípios comportamentais básicos de agentes políticos amplamente violados, constatando o quanto a Constituição estava sendo ferida, o quanto era necessário ter um controle judicial sobre o caso.

E sabiamente declarou que “os poderes da República são independentes entre si, mas jamais poderão ser independentes da Constituição”.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da crise política vivenciada pelo Brasil, a decisão proferida em caráter liminar

na Ação Cautelar 4.070, trouxe ao Poder Judiciário um entendimento jamais vivenciado pela Suprema Corte, a destituição de um parlamentar dos mais altos cargos do país.

Eduardo Cunha, atualmente deputado cassado, começou a ver sua queda quando foi suspenso do cargo de Presidente da Câmara dos Deputados e de seu mandato eletivo, pelo Relator da Operação Lava Jato, o Ministro do STF Teori Zavascki. Em uma decisão de 73 páginas, o Ministro julgou procedente o pedido do Procurador Geral da República, Rodrigo Janot, e sabiamente, apesar de não haver na constituição ou no ordenamento jurídico algo direto que embasasse tal decisão, fundamentou diante dos princípios constitucionais da probidade e da moralidade, bem como diante da postura ilícita e corrupta de Eduardo Cunha, dando novos entendimentos a favor da Constituição. Pois, para garantir a efetividade das ações penais e da investigação, era preciso que o então deputado fosse afastado de seu cargo.

O grande embate trazido quanto posição adotada pelo STF, diante da situação excepcional da suspensão do mandato de parlamentar e das funções de Presidente da Casa, é se prevalece o Ativismo ou Garantismo Constitucional. O Judiciário e o Legislativo interligam entre si, pois, teoricamente o Legislativo elabora as leis e o Judiciário em aplica-as. Porém, em muitos momentos é possível que o Legislativo recorra ao Judiciário para dirimir conflitos existentes em sua seara, como foi o caso da suspensão de Eduardo Cunha.

O Ministro Teori Zavaski fundamentou sua decisão a fim de resguardar a dignidade do cargo ocupado por Cunha e da própria Câmara dos Deputados e não para resguardo da ação penal. E o ato extraordinário proferido, assegurou mais uma vez que o STF tem o poder de cautela para assegurar suas funções em detrimento do equilíbrio constitucional.

Portanto, a destituição de Eduardo Cunha da presidência da Câmara dos Deputados pelo Poder Judiciário foi, claramente, a realização do fenômeno do Ativismo Constitucional, justificando-se na condição de ser uma situação excepcional, diante de tantas evidências dos crimes cometidos pelo até então Presidente da Casa. A cassação foi mera consequência de seus atos, pois não poderia continuar a representar o povo que o elegera, diante de tantos atos criminosos.

REFERÊNCIAS

AÇÃO CAUTELAR 4.070 DISTRITO FEDERAL. STF. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/5/art20160505-01.pdf>. Acesso em 24 de setembro de 2018.

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF;** in: Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; KOZICKI, Katya. Estefânia Maria de Queiroz Barboza e Katya Kozicki. **Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas.** Revista Direito GV, São Paulo, nº 8, P. 059-086, janeiro a junho 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática.** Revista de Direito do Estado, Rio de Janeiro, nº 13, jan./mar. 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O acesso às prestações de saúde no Brasil – desafios ao Poder Judiciário.** In: Audiência Pública – Saúde. Disponível em http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/Luis_Roberto_Barros o.pdf. Acesso 12 setembro 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática.** Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em 01 de agosto 2018.

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

CAETANO, Marcelo. **Manual de direito administrativo.** Portugal: Editora Almedina, 2010.

CALAZANS, Ricardo. Ascensão e queda de Eduardo Cunha, um dos políticos mais poderosos do país. Rio de Janeiro para a BBC Brasil. Disponível em: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/04/160417_perfil_cunha_calazans. Acesso em 12 de setembro de 2018.

CAPPELLETTI, Mauro. **¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”.** Revista Española de Derecho Constitucional, 6, nº 17, p. 9 a 47, mayo/ago. 1996

FAGUNDEZ, Ingrid. **O que acontece com Eduardo Cunha após cassação?** Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/brasil-37280600>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

FREITAS, Paullinny Marques. **Judicialização da Política: uma análise das ações diretas de inconstitucionalidade a partir do estado de Goiás.** Tese: Universidade Federal de Goiás Disponível em: <https://ciencia politica.cienciassociais.ufg.br/up/339/o/tese Paullinny.PDF>. Acesso em 07 de setembro de 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 2164, 4 jun. 2009. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12921>. Acesso em: 13 abr. 2018.

GOMES, Reginaldo Gonçalves. **Intervenção do judiciário nas políticas públicas.** Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14015. Acesso em 04 de setembro de 2018.

GRANJA, Cícero Alexandre. **O ativismo judicial no Brasil como mecanismo para concretizar direitos fundamentais sociais. Âmbito Jurídico.** Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14052. Acesso em 15 de outubro de 2018.

MAIA, Alexandre da. **O garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 45, 1 set. 2000. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/17>. Acesso em 20 outubro 2018.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **O Supremo Tribunal Federal na Crise Constitucional Brasileira (Estudos de Casos – abordagem interdisciplinar).** Fortaleza, ABC Fortaleza, 2001.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. Para entender o Garantismo Penal de Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/para-entender-o-garantismo-penal-de-ferrajoli-por-alexandre-moraes-da-rosa/>. Acesso em 25 de outubro de 2018.

OLIVEIRA, Rafael Thomaz de. **Decisão do STF que suspendeu mandato de Cunha foi juridicamente correta**. Conjur, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mai-07/diario-classe-decisao-stf-suspendeu-cunha-foi-juridicamente-correta>. Acesso em 31 de outubro de 2018.

POLITIZE. **O caminho para a cassação de um mandato**. Disponível em: <http://www.politize.com.br/8-crimes-que-podem-levar-a-cassacao-de-mandato/>. Acesso em 10 de setembro de 2016.

PORTAL G1. Bom dia Brasil. Eduardo Cunha é cassado ao fim do mais longo processo da Câmara. Disponível em: <http://g1.globo.com/bom-dia-brasil/noticia/2016/09/eduardo-cunha-e-cassado-ao-fim-do-mais-longo-processo-da-camara.html>. Acesso em 13 de setembro de 2018.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SARMENTO, Daniel Souza. (Org.) **A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas**. Coordenadores. Rio de Janeiro. Lumen Júris. 2008.

CAPÍTULO 3

A (DES)CREnça NAS INSTITUIçõES DEMOCRÁTICAS EM TEMPOS DE ESCÂNDALOS DE CORRUPção

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 07/12/2020

(DE)BELIEF IN DEMOCRATIC INSTITUTIONS IN TIMES OF CORRUPTION SCANDALS

Bianca Medran Moreira

Mestra em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP
Porto Alegre – RS
<http://lattes.cnpq.br/6278730574759042>

Bárbara Guerra Chala

Mestra em Direito na Fundação Escola Superior do Ministério Público
Porto Alegre – RS
<http://lattes.cnpq.br/0873330528468449>

RESUMO: O presente estudo tem por escopo analisar o crescente combate à corrupção, bem como a paradoxal e progressiva desconfiança da sociedade civil nas instituições pilares da democracia. A partir de uma investigação jurídica, sem a menor pretensão de esgotar a temática, a pesquisa bibliográfica, através do método dedutivo, busca demonstrar o porquê da relação contraditória, com o fito de instigar o debate sobre o reconhecimento do combate à corrupção como forma de avanço civilizatório, para além da punição dos desonestos, mas com fins à construção e edificação de um novo paradigma, por intermédio da educação e da conscientização da coletividade sobre o tema com o aprimoramento do sistema e das instituições públicas e privadas.

PALAVRAS-CHAVE: Civilização. Corrupção. Democracia. Educação.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the growing fight against corruption and the paradoxical, also progressive, distrust, of civil society, in the pillar institutions of democracy. From a juridical investigation, without the least pretension to exhaust the subject, the bibliographical research, through the deductive method, tries to discover the reason of the contradictory relation, to instigate the debate and recognition the fight against corruption as a form of civilization advance, above of the dishonest punishment, to building a new collective sense, through education and awareness of the community on the subject, with the improvement of the system and public and private institutions.

KEYWORDS: Civilization. Corruption. Democracy. Education.

1 | CONSIDERAçõES INICIAIS

O trabalho investiga a desconfiança da sociedade nas instituições democráticas, em tempos de corrupção obscena. Abordam-se, já inicialmente, importantes críticas e reflexões que surgiram com o combate à corrupção, no Brasil, para tentar superá-las. Na sequência, faz-se uma breve análise da cultura da impunidade, na tentativa de explicar, ainda que brevemente, o porquê de ser longo o caminho para a erradicação de práticas corruptivas. A partir dessas considerações, comentam-se as

principais críticas.

Por derradeiro, defende-se a superação das reprovações ao combate à corrupção e argumenta-se, ainda, a ultrapassagem até mesmo das ideias de alargamento do direito penal. Propõe-se um olhar integral para o tema da corrupção, em conjunto com a mais importante ferramenta de edificação humana e transformação de paradigmas, a educação, como melhor forma de afrontar o problema. Isso porque somente por meio da educação e de políticas públicas direcionadas será possível alcançar o fortalecimento da democracia.

Em considerações finais, o esforço é nesse mesmo sentido: tecer reflexões e aventar melhores formas de enfrentamento da corrupção com vistas ao fortalecimento do sistema.

2 I A EFICIÊNCIA NO COMBATE À CORRUPÇÃO E SEU “EFEITO COLATERAL”

Em obra sobre patologias corruptivas, Rogério Gesta Leal (2013, p.80) traz a feliz informação de que o relatório anual Assuntos de Governança, publicado pelo Banco Mundial, mostra uma curva ascendente no índice que mede a eficiência no combate à corrupção no Brasil. A grande mídia, ainda que sem o aprofundamento necessário, nos últimos anos, noticiou o sucesso de grandes operações no desvelamento de esquemas que assaltavam o país. O que parecia significar avanço, porém, paradoxalmente, produziu o reverso: pesquisas informam queda de confiança a níveis alarmantes da população nas instituições do País durante as últimas décadas e confirmam verdadeira crise na crença do brasileiro naquelas organizações que deveriam ser os pilares da democracia.

A 143^a pesquisa CNT/MDA, realizada em fevereiro de 2019, por exemplo, mostrou que a justiça e o governo estão muito atrás da igreja e das forças armadas no ranking de credibilidade. Em 2017, a pesquisa Edelman Trust Barometer (HEREDIA, 2017) apontou que 62% dos brasileiros não acreditam nas instituições do seu país, bem como demonstrou que para 70% deles o maior medo é justamente o da corrupção.

No âmbito político, a principal crítica dos cientistas é no sentido de que há quem se beneficie com o discurso anticorrupção, eis que o populismo cresce a partir do enfraquecimento de todas as instituições democráticas. Destarte, a crítica é porque, como as punições nas grandes operações contra a corrupção são ínfimas (em função, por exemplo, dos acordos de delação premiada), elas terminam – recorrendo-se a uma expressão popular -, quase que em pizza.

Para piorar, a sociedade civil é levada a acreditar que o grande problema da atualidade é a corrupção, quando, na verdade, isso seria uma perigosa forma de tentar enfraquecer a democracia, causando a tomada de poder por grupos extremistas ou militares, o que conduziria, inevitavelmente, ao ápice da corrupção, ditaduras políticas e períodos sombrios. Nesse fanal, Saflate (2019) argumenta que

No entanto, há ainda dois casos mais brutais de corrupção, casos nos quais

a apropriação privada do bem comum é ainda mais explícita. O primeiro é o exemplo privilegiado de corrupção no interior da filosofia política. Trata-se da tirania e do autoritarismo. A tirania é a pior forma de corrupção porque ela é a apropriação violenta da força do estado e de sua soberania por grupos particulares.

Apesar da referida preocupação ser legítima, essa análise parece reducionista, por quanto ignora os avanços e as possibilidades de progresso que a superação do resquício absolutista de impunidade dos governantes traz justamente para o fortalecimento das instituições democráticas e para a evolução desta forma de governo, notadamente se associada à conscientização e à educação. Este trabalho, portanto, objetiva, de forma sucinta, analisar o cenário de combate à corrupção no país, as críticas e os debates políticos sobre esse e a necessidade de superação da descrença nas instituições para que a consequência do enfrentamento à corrupção, com exceção do desgaste ou da crítica aos métodos, seja propriamente o fortalecimento do governo igualitário e progressista, em especial por meio da educação e do aprimoramento ético e moral do sistema, para além, até mesmo, da ótica punitivista e da teoria dos incentivos¹.

3 I A CHAMADA CULTURA DA IMPUNIDADE E UMA BREVE ANÁLISE DAS CRÍTICAS FILOSÓFICAS E SOCIOLOGICAS À LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO NO BRASIL

Em que pese a sujeição dos governantes à lei, fundamentada e sedimentada pelo advento do próprio Estado de Direito, na prática ainda é possível perceber resquícios absolutistas da impunidade dos governantes, vestígios de quando o poder era concentrado nas mãos do imperador e ele não estava sujeito à lei alguma. A título de ilustração, essa irresponsabilidade era explicitamente positivada. Com efeito, o artigo 99 da Constituição Brasileira do Império, de 1824, dispunha que: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: ‘Elle não está sujeito a responsabilidade alguma’. Nos dias atuais, ainda persiste o que se pode chamar de uma cultura de impunidade da elite político-empresarial, mesmo imperando a democracia.

A dificuldade no trâmite e o encalhamento dos procedimentos que investigam e processam agentes políticos e cidadãos que pertencem a classes privilegiadas parecem testemunhar nesse sentido. Percebe-se, assim, que a própria vinculação de algumas classes à ordem é um processo histórico que ainda precisa ser conquistado e construído. Para melhor avaliar o tamanho da complexidade do tema, salienta-se que importantes historiadores chegam a afirmar que a própria fundação da república brasileira não ocorreria se não fossem as corrupções das elites em relação à coroa portuguesa (ROMEIRO, p.96, 2017).

¹ A teoria dos incentivos entende, resumidamente, no que é pertinente para esta leitura, que se deve criar uma estrutura de incentivos para desestimular as práticas de corrupção e, também, que se deve estimular, com premiações, denúncias de civis contra a corrupção, por exemplo.

A ideia de que os crimes, praticados por governantes e indivíduos pertencentes a classes favorecidas não são investigados ou, quando o são, os processos não seguem adiante, em uma espécie de seletividade do direito penal para essas pessoas, não só faz parte do inconsciente coletivo como é retratada nos dados estatísticos. Uma das fases da famosa operação Lava Jato, inclusive, foi batizada de *Erga Omnes*, expressão em latim que significa para todos, a qual chamou a atenção da imprensa internacional porque, de acordo com a polícia, indicaria um esforço para acabar com a cultura da impunidade entre as classes privilegiadas do Brasil.

Assim, o combate à corrupção é um avanço democrático que visa o fortalecimento das instituições. Entretanto, esse tem como efeito colateral o desgaste dos poderes e a sensação pública em sentido diametricamente oposto ao seu objetivo, pois o povo, quando toma conhecimento dos escândalos de corrupção, passa a desacreditar no sistema, ao invés de refletir que, se está ocorrendo controle, investigação e denúncia, é justamente porque o sistema está funcionando.

Nesse sentido, a crítica de que uma supervvalorização do problema da corrupção possa servir para inflar discursos que originem sistemas autoritários é pertinente, mas só beneficia o retrocesso e a cultura da impunidade. A reprovação dos avanços no combate à corrupção, como se a ruína do modelo fosse necessariamente a ruína da política, não se sustenta. A pergunta não deveria ser “a quem beneficia a descrença nas instituições?” e, sim, “a quem beneficia a impunidade dos governantes?”. O que se propõe é que a válvula de escape para este problema seja o aprimoramento ético e moral de todo o sistema, por meio de políticas públicas e, principalmente, educativas.

O ideal seria um comprometimento de toda a sociedade com a união de esforços para a implementação de medidas educativas de prevenção e educação para combate à corrupção, com fins à evolução do processo civilizatório e, consequentemente, ao fortalecimento da democracia, sempre que o tema estivesse em voga. Todavia os meios de comunicação, por exemplo, tanto comerciais quanto alternativos (que inegavelmente prestam relevante serviço denunciativo), tratam a corrupção sem o aprofundamento necessário e talvez, em muito nesse aspecto, contribuam para que o senso comum seja de descrença nas instituições, especialmente quando exploram, sem propósito e fundamento, os avanços do combate à corrupção no Brasil, descompromissados com reflexões mais profundas e dados fidedignos. De outro lado, os juristas, apesar de dizerem que a luta contra a corrupção é um objetivo comum, usualmente atacam, pelas mais diversas razões, as principais medidas de combate.

Nesse sentido, ressalta (LOPES JR., 2015) sobre as dez medidas contra a corrupção:

É óbvio que não se está a fazer qualquer apologia à corrupção, um crime grave e uma conduta extremamente danosa para a sociedade. Punir é necessário e civilizatório, mas medidas assim, casuísticas e claramente populistas, em nada contribuem para uma discussão séria sobre o problema. Mais do que

oportunismo, existe um engodo nesse movimento: aproveitando a onda de revolta com a corrupção, produzida pela operação Lava Jato, vem a proposta punitivista com esse apelo e pano de fundo.

Ética e honestidade precisam ser vistas realmente e honestamente como objetivos comuns a todos para que o avanço seja efetivo. A corrupção, não o seu combate, enfraquece a democracia, pois é a principal culpada pela ineficácia dos direitos sociais. Em 2014, a Polícia Federal, em força-tarefa com o Ministério Público federal (MPF), deflagrou grandes operações anticorrupção, descobriu e desestruturou enormes esquemas criminosos que assaltavam o país, com gigantescos desvios de dinheiro público. A operação recebeu o nome de Lava Jato e trouxe, de forma pioneira e inédita, ao Poder Judiciário, o processamento de políticos, empresários, empreiteiros, executivos e privilegiados economicamente.

É importante exigir que este tema não seja avaliado sob o olhar apaixonado, ideológico e, consequentemente, comprometido. Não se trata de defender ou não a operação Lava Jato e todos os seus métodos, menos ainda o desdobramento de todos os seus processos (que, inclusive receberam críticas pertinentes de notáveis, como Luigi Ferrajoli²). Também não se pretende ignorar a necessidade de efetivação do sistema de garantias penais; todavia é impossível não reconhecer o avanço e a evidente independência e força das instituições para perquirir crimes praticados pelas mais altas castas de poder econômico e político.

O episódio, aliás, não tem precedentes na história do país. Só isso, pelo menos em primeira análise, deveria fazer o brasileiro crer nas instituições democráticas e não o contrário. Dizer, por exemplo, que a forma como o Ministério Público Federal (MPF) manejou o discurso de combate à corrupção apenas ampliou o trauma psiquicossocial da corrupção é insensato, ignora os progressos conquistados até aqui e em nada constrói para os avanços que parecem ser objetivos comuns e urgentes a toda sociedade.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar de dados do índice de Percepção da Corrupção (TRANSPARÊNCIA, 2019) comprovarem que em sistemas nos quais se amplia o direito penal para combate à corrupção esta ocorre menos, entende-se que o fortalecimento do espírito de (re)educação comportamental dos agentes públicos e privados, com a construção de uma rede que solidifique o sistema para construir uma sociedade proba e progressista, parece ser a melhor alternativa em busca de uma democracia efetiva³. Esse gerará mais que sensação

² Luigi Ferrajoli, em discurso no Parlamento em Roma, referiu-se à operação como “processo de perseguição e especulação midiática”. (JUSBRASIL, 2017).

³ A utilização do termo efetiva faz alusão aos teóricos que entendem que a democracia é uma ilusão na maioria das sociedades modernas. Nas palavras de Michels (2001, p. 81), “[...] o princípio democrático aparenta ser uma utopia porque inviável no atual cenário político que todos tenham uma influência igual e a mesma participação na administração dos interesses comuns. Seja porque a democracia direta é burocrática e inviável para a tomada de todas as decisões, seja em razão do sistema representativo ser eivado de vícios individuais egoísticos”. Nesse mesmo sentido, o poeta Carlos Drummond de Andrade (1990, p. 38) é autor da célebre frase que diz: “Democracia é a forma de governo em que o povo imagina estar no poder”.

de segurança, mas uma verdadeira erradicação da corrupção.

No Brasil, por exemplo, os critérios de elegibilidade não exigem qualquer requisito intelecto-moral do candidato, motivo pelo qual, não raro, a sociedade elege representantes com ideias mais vinculadas ao senso comum do que ao saber científico. Nesse contexto, a despeito da teoria de interligação dos saberes⁴, é inegável a importância de formação formal dos agentes públicos para que conheçam e não pratiquem crimes contra a administração pública e tantos outros ao seu alcance.

Pesquisas mais recentes indicam que - diferente dos estudos anteriores que denunciaram o que ficou conhecido como jeitinho brasileiro e diziam, em suma, que o povo brasileiro é corrupto no seu cotidiano e pratica pequenas corrupções - o brasileiro não é tão corrupto como se pensa. O Barômetro Global da Corrupção (2017), por exemplo, apontou o País como o menos corrupto da América Latina, dois anos atrás. O discurso anticorrupção necessita, certamente, de reflexão crítica, mas o combate é um processo que precisa ser construído para que haja avanços concretos capazes de produzir novas perspectivas. O caminho não é curto e o enfrentamento passa pelo deslocamento do tratamento e pela adoção de atenção multidisciplinar ao tema. Informar e educar já é antídoto para honestidade, integridade e probidade, mas educar com vista à erradicação da corrupção parece a melhor alternativa de batalha.

O resgate - não só da crença dos cidadãos nas instituições democráticas, como da própria construção do sistema de governo do povo – será possível apenas quando o tema da corrupção for preocupação impregnada em todo sistema educacional e nas principais políticas públicas do país. É preciso acreditar na força de cada cidadão para construir uma sociedade íntegra e levar a sério os mecanismos disponíveis para enfrentamento do que é, sim, o maior obstáculo ao progresso da atualidade: a corrupção.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carlos Drummond de. **O Avesso das Coisas**. 2º Edição. Record, 1990, p.38.

BARBOSA, Lívia. **O Jeitinho Brasileiro**. 10. reimpr. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

BARÔMETRO Global da Corrupção. **Portal EBC**. Disponível em: <http://www.ebc.com.br/barometro-global-da-corrupcao>. Acesso em: 12 maio 2019.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Manda observar a Constituição Política do Império, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824, p. 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 10 maio 2019.

⁴ Interligação dos saberes é um dos conceitos que fundamenta a crítica ao ensino fragmentado. Tem como seu principal pesquisador Edgar Morin, pensador francês, pai da Teoria da Complexidade, para quem o ser humano é reducionista por natureza e, por isso, é preciso combater a simplificação para entender melhor o mundo. Morin (2003) defende a interligação de todas as áreas do conhecimento e combate ao reducionismo instalado em nossa sociedade.

CONFEDERAÇÃO Nacional de Transportes. **Pesquisa CNT/ MDA**: relatório síntese. Rodada 143. 21-23 fev. 2019. Disponível em: <https://www.cnt.org.br/pesquisas>. Acesso em: 12 maio 2019.

DALLAGNOL, Deltan. **A Luta Contra a Corrupção**. Rio de Janeiro: Sextante, 2017.

HERÉDIA, Thais. **62% dos Brasileiros não Acreditam nas Instituições do País, diz pesquisa**. Portal G1, 08 mar. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/blog/thais-heredia/post/62-dos-brasileiros-nao-acreditam-nas-instituicoes-do-paisdiz-pesquisa.html>. Acesso em: 26 abr. 2019.

JUSBRASIL. **Crítica de Ferrajoli à Lava Jato Deveria Acender o Alerta Contra o Populismo Jurídico**. 20 abr. 2017. Disponível em: <https://portal-justificando.jusbrasil.com.br/noticias/450382050/critica-de-ferrajoli-a-lava-jato-deveria-acender-o-alerta-contra-o-populismo-juridico>. Acesso em: 10 maio 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Patologias corruptivas nas relações entre estado, administração pública e sociedade**: causas, consequências e tratamentos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2013. LOPES

JÚNIOR, Aury. Mudanças no Sistema Recursal: só esqueceram de combinar com a Constituição. **Boletim IBCCRIM**, ano 23, n. 277, p. 12-14, dez. 2015. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/site/boletim/pdfs/Boletim277.pdf>. Acesso em: 10 maio 2019.

MAX, Diogo. **Veja a Repercussão Internacional das Prisões da Lava Jato**. Portal Exame, 20 jun. 2015. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/brasil/veja-a-repercussao-internacional-da-prisoes-da-lava-jato/>. Acesso em: 03 maio 2019.

MICHELS, Robert. **Los partidos políticos**: um estúdio sociológico de las tendências oligárquicas de la democracia moderna. Tradução Enrique Molina de Vedia. Buenos Aires: Amarrortu, 2001.

MORIN, Edgar. **Os Sete Saberes Necessário a Educação do Futuro**. Tradução Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Sawaya. 8. ed. Brasília, DF: UNESCO, 2003.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e Poder no Brasil**: uma história, séculos XVI a XVIII. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SAFLATE, Vladimir. **A Verdadeira Corrupção**. Portal Folha de São Paulo, 21 set. 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/columnas/vladimirsaflate/2018/09/a-verdadeira-corrupcao.shtml>. Acesso em: 9 maio 2019.

TRANSPARÊNCIA Internacional Brasil. **Índice de Percepção da Corrupção**. 2018. Disponível em: http://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/?gclid=EA1alQobChMlhL2UzcCR4gIVeKRCh2aWwt2EAYASAAEgK9T_D_BwE. Acesso em: 9 maio 2019.

CAPÍTULO 4

A ADOÇÃO DE PROGRAMAS DE COMPLIANCE COMO BARREIRA PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO E DOS ATOS DE CORRUPÇÃO

Data de aceite: 01/03/2021

Fabrizio Bon Vecchio

Mestrando em Direito

Universidade de Vale do Rio dos Sinos
<http://lattes.cnpq.br/0455247637904790>

Fernanda Ulysséa Pereira

Mestranda em Direito

Universidade de Vale do Rio dos Sinos
<http://lattes.cnpq.br/3735373152530474>

Leandro Villela Cezimbra

Especialista em Direito Empresarial

Fundação Getúlio Vargas

<http://lattes.cnpq.br/3584299451329060>

RESUMO: Desde muito se tem notícia dos atos criminosos inerentes à lavagem de dinheiro e sua relação direta com o crime organizado, principalmente no que tange ao problema da corrupção em si. No passado recente, através de ações específicas e coordenadas pelos mais diversos órgãos de repressão, tivemos medidas que lograram êxito no combate a estas práticas criminosas. Com destaque para a ‘operação mãos limpas’, na década de 1990 na Itália e para a ‘Operação Lava Jato’, com seus deslindes ainda em curso no Brasil. Também não há como esquecer dos ‘Panamá Papers’ com relevante número de personalidades, políticos e chefes de estado envolvidos e que, segundo o relatório da ONU – Organização das Nações Unidas -, possui relação direta com o narcotráfico e a lavagem de dinheiro, ainda com potencial para desdobramentos mais sérios. Diante deste

panorama recente na história da humanidade, torna-se relevante a observância de formas de barrar os atos de corrupção praticados pelas mais diversas organizações criminosas, as quais, em sua maioria, envolvem a participação de agentes do estado, quando não do próprio primeiro escalão do governo, o qual possui a responsabilidade da gestão do patrimônio público e de sua aplicação no âmbito social. Estes acabam por corromper, ou são corrompidos pela iniciativa privada, com o objetivo direto de auferir vantagem econômica indevida, acobertada pela lavagem de capitais, em detrimento do bem-estar de toda a coletividade. O presente artigo tem como objetivo principal a análise da adoção do Compliance como método de barreira de referidos atos ímparobos e ilegais que acarretam significativo impacto econômico financeiro em setores estratégicos da sociedade, os quais acabam por sofrer com o custo da corrupção, seja através de desvios diretos ou indiretos, que acabam por gerar a escassez de investimentos internos e externos conduzidos pela falta de transparência na gestão e na credibilidade nos processos corporativos. Analisará, ainda, as medidas de Compliance que vem sendo adotadas nos últimos anos na Europa e Américas visando coibir ao máximo referidas práticas, as quais dificultam o crescimento econômico e a ampliação e efetivação dos direitos sociais. O presente trabalho visa precipuamente analisar esta mudança de paradigma, colhendo informações por meio de acesso a bancos de dados e pesquisa bibliográfica, bem como consulta à legislação pertinente.

PALAVRAS-CHAVE: Compliance – lavagem de

dinheiro – crime organizado –organizações criminosas – método de prevenção.

ABSTRACT: There has long been news of the criminal acts inherent in money laundering and its direct relationship with organized crime, especially with regard to the problem of corruption itself. In the recent past, through specific actions and coordinated by the most diverse law enforcement agencies, measures have been successful in combating these criminal practices. Highlighting the 'clean hands operation' in the 1990s in Italy and 'Operation Lava Jato', with its leisure activities still underway in Brazil. There is also no way to forget about the 'Panama Papers' with a relevant number of personalities, politicians and heads of state affected and who, according to the UN report - United Nations -, has a direct relationship with drug trafficking and money laundering, still with the potential for more serious developments. In view of the recent panorama in the history of humanity, it is relevant to observe ways to stop the acts of corruption practiced by the most diverse criminal associations, as most of which involve the participation of state agents, if not the first. level of government, which is responsible for the management of public assets and their application in the social sphere. These end up corrupting, or are obtained by private initiative, with the direct objective of obtaining an undue economic advantage, covered by money laundering, to the detriment of the well-being of the entire community. The main objective of this article is to analyze compliance approval as a barrier method for declared and illegal acts that have a significant economic and financial impact on strategic sectors of society, which end up suffering from the cost of corruption, either through direct deviations. or indirect, which end up generating the scarcity of internal and external investments driven by the lack of transparency in management and credibility in corporate processes. It will also analyze the Compliance measures that have been adopted in the last few years in Europe and the Americas to limit the maximum practical expressions, such as those that hinder economic growth and the expansion and enforcement of social rights. The present work mainly seeks to analyze this paradigm shift, gathering information through access to databases and bibliographic research, as well as consulting the relevant legislation.

KEYWORDS: Compliance – money laundering – organized crime – criminal organizations – prevention method.

1 | INTRODUÇÃO

Embora seja um tema central na esfera mundial nos últimos anos, podemos estabelecer dois marcos históricos fundamentais e de grande relevância mundial para o desenvolvimento do *compliance*. O primeiro, em 1913, com a criação do Banco Central Americano (*Board of Governors of the Federal Reserve*) e, em 1975, com o Comitê da Basiléia que visava proteger o sistema financeiro internacional, conduzindo a cooperação entre os bancos centrais e tornando suas atividades mais seguras e confiáveis. Dentre outras medidas estabelecidas, a principal delas foi a criação de procedimentos de boas práticas e controles.

No Brasil, podemos citar a publicação da Lei nº 9.613/98, pelo Congresso Nacional, que dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, a

prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei e cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF. Este foi o pontapé inicial para que o país estabelecesse diversas legislações e regramentos sobre o gerenciamento de risco, controles internos em instituições financeiras e nas empresas públicas e privadas.

Cumpre ressaltar que, em 2012, foi publicada a Lei 12.683, que alterou a Lei 9.613/98, com o intuito de tornar a persecução penal mais eficiente quanto aos crimes de lavagem de dinheiro. Neste sentido, com a deflagração e consequências da Operação Lava Jato (2014), a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o país já teve em sua história, amplamente divulgada nas mídias nacional e internacional, as empresas sentiram a necessidade de adequar-se às condutas que vão ao encontro da ética, da transparência no meio corporativo e principalmente das leis.

Não é exagero aferir que com a deflagração da operação lava jato empresas e organizações do Brasil, ao menos em sua maioria, passaram a ter uma postura muito mais comprometida com processos internos e atitudes que poderiam, em tese, coibir os atos de corrupção e demais ilícitudes. Nunca antes na história da nação, podemos ver tantos tipos penais reunidos e relacionados entre si, pelo menos na magnitude que o referido episódio apresentou.

O Brasil já havia assumido compromissos internacionais¹ referente às medidas de punição a pessoas jurídicas que pratiquem atos ilícitos. Porém, o grande divisor de águas, foi a entrada em vigor da Lei nº 12.846/13, popularmente chamada de “Lei Anticorrupção”, que entrou em vigor em janeiro de 2014, tratando acerca da responsabilização objetiva de empresas pela prática de atos ilícitos, diante da lacuna existente em nosso ordenamento quanto à matéria, fazendo com que o país se alinhe às mais rigorosas e avançadas legislações do mundo de combate à corrupção.

O *compliance*, é entendido como um conjunto de procedimentos e políticas de controles internos desenvolvidas para o monitoramento da atividade empresarial, estruturando-se através de regras e normas legais, tanto internas quanto externas (leis). Nesse sentido e, para o enfoque que aqui se procura trabalhar, pode-se acrescentar que o *compliance* se propõe a estruturar uma gestão de riscos, com o objetivo primordial de prevenir crimes de lavagem de dinheiro e corrupção (*criminal compliance*).

Neste sentido, não só no Brasil, mas em todo o mundo empresas e governos trabalham diuturnamente com foco no combate a corrupção. Na Europa, diversas Diretivas e normas têm sido votadas pelo Parlamento Europeu e replicadas aos países membros do Bloco com escopo de operacionalizar mecanismos efetivos de compliance.

No caso europeu, o art. 29 do Tratado da União Europeia, firmado em 1992 já delineava o combate a corrupção como um Norte a seguir, o Comunicado 317/2003, traz em seu bojo *uma política global da UE contra a corrupção*, estabelecendo este combate

¹ Como exemplo, podemos citar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, sendo seu conteúdo introduzido na legislação brasileira por meio do Decreto 5.687/06.

como salvaguarda do espaço europeu de liberdade e segurança.

Além disso, diversas diretrivas foram expedidas pelo Parlamento do Bloco no sentido de combater a corrupção, tais como Regulamento Nº 250/2014, *que cria um programa para a promoção de ações no domínio da proteção dos interesses financeiros da União Europeia*, norma esta que objetiva o combate a fraudes, a corrupção e atividades ilegais, e, portanto, lesivas aos interesses comunitários.

Igualmente, o Parlamento Europeu, por meio da Diretiva 2014/42 estatui *o congelamento e a perda dos instrumentos e produtos do crime na União Europeia*, como forma de combater os ilícitos perpetrados, evitando que os agentes da corrupção e praticantes de outros crimes se beneficiem dos produtos de seus ilícitos.

Especificamente com relação ao compliance, tais diretrivas constituem alguns instrumentos legais que caminham no sentido da melhora da integridade das entidades públicas e privadas, mas o grande avanço legal em relação ao compliance foi o UK Bribery Act a mais importante legislação de um país europeu no combate à corrupção e que estabeleceu penas a empresas inglesas que praticarem corrupção em qualquer lugar do globo.

Saliente-se que leis não são suficientes para frear o ímpeto de corruptos e corruptores e, em que pese instrumentos legais e internos das empresas europeias, há, ainda, muitas notícias de problemas de integridade, como nos casos do Danske Bank, do Deutsche Bank, da Volkswagen, da Siemens e de outras empresas transnacionais que tiveram problemas de burla em seus sistemas de gestão, exposição ao risco e de compliance e que acarretaram a imposição de vultosas multas e prejuízos à imagem e aos negócios destas empresas. Na Europa, custa muito caro “esquecer” do compliance.

Na América, temos situação que caminha de forma bastante diversa, pois o berço do Compliance, o Estado Unido tem uma regulação desde meados os anos 70, por meio do FCPA (Foreign Corrupt Practices Act), mas também não lhe impediu de se verificar escândalos de compliance de suas empresas, como os problemas das .com, da Enron e tantas outras. A crise de 2008, da bolha imobiliária norte americana pode ser chamada de crise de compliance, onde se perdeu totalmente o controle das regras de hipoteca de imóveis naquele país e o efeito cascata acarretado na concessão de crédito garantido por imóveis que já não estavam mais disponíveis fez tombar todo o sistema financeiro mundial.

Outros países da América, como a Argentina que aprovou uma lei anticorrupção em 2017(LEY Nº 27.401, de 08.11.2017), estabelecendo regras de compliance para as empresas e determinando penas por violação de seus ditames. No mesmo sentido, o Uruguai edita sua lei contra a lavagem de capitais em janeiro de 2018, numa reação ao movimento mundial em busca de compliance.

Desta forma, o presente tema se apresenta atual e pertinente, no sentido de suscitar uma discussão de inegável relevância e inovação jurídicas, com reflexos em diversas áreas, principalmente empresarial.

O presente trabalho está dividido em três partes, a primeira, que debate a Operação lava Jato, e as legislações anticorrupção promulgadas pela União e pelos Estados membros, as medidas de compliance adotadas pela União Europeia e em países da América para contextualizar a situação atual e após, debater o compliance como instrumento de barreira à lavagem de dinheiro e corrupção.

2 I A OPERAÇÃO LAVA-JATO² E AS LEGISLAÇÕES ANTICORRUPÇÃO NACIONAL E ESTADUAIS

Nos últimos anos, diversos fatores fizeram com que o ambiente regulatório no Brasil passasse por inúmeras modificações e atualizações, seja pelos escândalos políticos ou pela dinamicidade e complexidade dos negócios realizados entre particulares e entes públicos, além do fato do clamor público por mudanças, principalmente quando o assunto é corrupção³.

A Operação Lava Jato é a maior iniciativa de combate a corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. Iniciada em março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, a investigação já apresentou resultados eficientes, com a prisão e a responsabilização de pessoas de grande expressividade política e econômica, e recuperação de valores recordes para os cofres públicos. O caso se expandiu e, hoje, além de desvios apurados em contratos com a Petrobras, avança em diversas frentes tanto em outros órgãos federais, quanto em contratos irregulares celebrados com governos estaduais.⁴

Os atos de corrupção logicamente não são praticados apenas no Brasil, sendo relevante mencionar que a referida lei foi inspirada em exemplos estrangeiros, como o FCPA - Foreign Corruption Practice Act, dos Estados Unidos, de 1977, e a Convenção da ONU - Organização das Nações Unidas contra a Corrupção, de 2003. Sobre o surgimento da lei anticorrupção federal, importante contextualização feita pelo autor Éderson Garin Porto:

A lei anticorrupção nasceu de um projeto enviado ao Executivo Federal no ano de 2010, em vista de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil como signatário da Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários

2 Cumpre mencionar que: O nome do caso, “Lava Jato”, decorre do uso de uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de automóveis para movimentar recursos ilícitos pertencentes a uma das organizações criminosas inicialmente investigadas. _____. MPF explica os contornos da Operação Lava Jato. Texto publicado na página do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 21/04/2020.).

3 Neste trabalho, a corrupção é entendida como: [...] qualquer locupletamento indevido decorrente da prática de ato ilegal ou mesmo antiético para beneficiar alguém ou facilitar alguma atividade, ainda que legítima de outrem, ou, ainda, comportar-se de maneira indevida para obter algum benefício para si ou para outrem, ainda que sem conteúdo econômico. Nesse sentido amplo, por exemplo, também seriam atos de corrupção o do empregado que assina o livro de presença por outro ou o funcionário que pula a catraca controladora de entradas e saídas para burlar a vigilância de horário de expediente. (GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 10 de agosto de 2013)** – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16. Livro Eletrônico.).

4 _____. MPF explica os contornos da Operação Lava Jato. Texto publicado na página do Ministério Público Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 21/04/2020.

Públicos Estrangeiros em Transações Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. Na oportunidade, todos os países signatários comprometeram-se a criar legislações de prevenção ao suborno em países estrangeiros.⁵

A lei brasileira anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) coíbe condutas que possam favorecer práticas ilícitas, com o objetivo claro de estimular o desenvolvimento sustentável das atividades empresariais, principalmente nos negócios que envolvam a Administração Pública, insurgindo na defesa da ampla e livre concorrência. Sobre a importância da referida lei, brilhante a afirmação do autor Fábio Lucas Moreira:

[...] as empresas que ainda não adotaram controles internos para cumprir as diretrizes introduzidas pela *Lei Anticorrupção* terão um enorme desafio pela frente: primeiramente, terão que se adequar a uma realidade absolutamente nova; em segundo lugar, sendo o *compliance*, doravante, *parte integrante do negócio*, estarão em desvantagem frente à concorrência até que promovam alterações em suas respectivas metodologias de trabalho.⁶

A grande inovação legislativa também está na questão da responsabilização objetiva da pessoa jurídica, ou seja, a empresa poderá ser punida, tanto administrativa quanto civilmente, independentemente da culpa (dispensa prova de dolo ou culpa), pela prática de atos ilegais cometidos por seus gerentes, coordenadores, administradores, colaboradores em geral ou até mesmo representantes quando esses atos causarem prejuízo ao patrimônio público nacional ou estrangeiro, ainda que com esta conduta não tenha cooperado ou concordado.⁷

Assim, basta estar demonstrado o dano e o nexo de causalidade (que o ato ilícito tenha sido praticado em interesse ou benefício da empresa). Obviamente, esses atos são condutas ilícitas, os “atos de corrupção”, como, por exemplo, pagamento de propina a agente público para favorecer determinada empresa a ganhar uma licitação (fraude à licitação). Nesse sentido:

[...] as questões de *compliance* ficaram mais evidentes e deixaram as empresas mais expostas no que tange o processo de implementação de políticas de conduta e ética que devem ser aplicadas juntamente com a área de recursos humanos e a alta administração, pois devemos sempre que possível melhorar a forma de conduta dos negócios, organizações, seus gestores e funcionários que representam a empresa em seus negócios.⁸

5 PORTO, Éderson Garin. **Compliance & Governança Corporativa**: Uma abordagem prática e objetiva. Porto Alegre: Lawboratory, 2020. p. 75.

6 MOREIRA, Fábio Lucas. Breves anotações sobre a lei anticorrupção. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 63.

ASSI, Marco. **Governança, riscos e compliance**: mudando a conduta nos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017. p. 39.

7 SILVA, David Gonçalves de Andrade. A aplicação da Lei Anticorrupção brasileira em processos de reorganização e concentração societárias. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 13.

8 ASSI, Marco. **Governança, riscos e compliance**: mudando a conduta nos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora,

Antes da promulgação da lei, só se punia a pessoa natural, ou seja, aquele que agia em nome da empresa. Porém, com a Lei Anticorrupção, o Estado agora possui instrumentos para punir a própria pessoa jurídica.⁹

Oportuno salientar que pela leitura do artigo 5º, da Lei Federal Anticorrupção, deflagram-se três bens jurídicos tutelados, quais sejam: patrimônio público, nacional ou estrangeiro, princípios da Administração Pública e compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

Além dos bens jurídicos tutelados, a mencionada lei traz em seu bojo a necessidade de as empresas criarem instrumentos de controles internos, com o claro objetivo de prevenir e detectar possíveis desvios de conduta e descumprimento às leis, sendo que ao menor sinal de “má conduta”, há respostas e consequências para o ato.

As leis estaduais possuem redução um pouco diferente da federal, no sentido de impor às empresas, que contratem com a Administração Pública (ou tenham contratos ativos), que tenham um Programa de Integridade, que além de criar um “código de conduta” para os colaboradores e terceiros, devem instituir canais de dúvidas e denúncias, bem como dispor sobre as sanções aplicáveis em caso de verificação de ato ilícito praticado.

À título de ilustração, vale mencionar que, em 26 de setembro de 2018, foi publicada no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, a lei nº 15.228/18, a chamada Lei Anticorrupção do Estado do Rio Grande do Sul. A partir desta data, passa a ser obrigatória a existência do Programa de Integridade às empresas que celebrarem novo contrato, consórcio, convênio, concessão ou parceria público-privada com a Administração Pública Estadual, cujos limites em valor sejam superiores a R\$330.000,00 (trezentos e trinta mil reais), para obras e serviços de engenharia, ou acima de R\$176.000,00 (cento e setenta e seis mil reais), para compras e serviços, mesmo que na forma de pregão eletrônico.

Entretanto, se a empresa não cumprir tal obrigação, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias da assinatura do contrato, haverá, além da punição no âmbito cível, sanções administrativas, como, por exemplo, a impossibilidade de nova contratação com o estado até regularização, aplicação de multa de 0,02% (dois centésimos por cento), por dia, incidente sobre o valor do contrato, etc.

2017. p. 39.

9 Nesse sentido, interessante referência feita por Carlo Huberth e Claudio Carneiro, quando estes referem que: Temos hoje, nos notórios processos da denominada Operação “Lava Jato”, diversas empresas já em processo de responsabilização administrativa e judicial, tendo, até o momento, sido declaradas inidôneas 6 (seis) empresas, entre elas uma grande construtora, em razão de Processo Administrativo de Responsabilização (PAR) aberto pela CGU, e diversas outras negociando eventuais acordos de leniência para não incorrerem nas pesadas sanções cíveis e administrativas impostas pela Lei Anticorrupção. (LUCHIONE, Carlo Hubert; CARNEIRO, Claudio. *Compliance e Lei Anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público*. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 84.).

3 I MEDIDAS DE COMPLIANCE NA EUROPA E EM OUTROS PAÍSES DA AMÉRICA

No continente Europeu, em que pese uma uniformidade, ou busca por uniformidade legal dos países do Bloco, cada nação tem sua soberania e estabelece suas regras de combate a corrupção e muito se tem avançado sobre o tema. No âmbito da Comunidade Europeia, a Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu. N.º 317/2003, que trata de uma política global da UE contra a corrupção. No documento, constam dez princípios para melhorar a luta contra a corrupção, recomendações estas dirigidas aos países aderentes ao Bloco, aos candidatos e a países terceiros.

1 Por forma a garantir a credibilidade, impõe-se uma atitude inequívoca contra a corrupção por parte de dirigentes e decisores. Considerando a inexistência de receitas aplicáveis universalmente, há que criar e aplicar estratégias ou programas nacionais anticorrupção que prevejam medidas preventivas e repressivas. Tais estratégias deverão ser sujeitas a ampla consulta a todos os níveis.

2 Os actuais Estados-Membros da UE, tal como os futuros, deverão integrar o acervo da UE e ratificar e implementar todos os instrumentos anticorrupção principais de que são signatários (NU, Convenções do Conselho da Europa e da OCDE). Os países terceiros deverão assinar, ratificar e implementar os instrumentos internacionais relevantes em matéria de anticorrupção.

3 A legislação anticorrupção é importante, mas a sua implementação por órgãos anticorrupção competentes e visíveis é ainda mais importante (ou seja, por serviços com a formação e especialização adequadas, como por exemplo procuradores anticorrupção). Há que desenvolver técnicas, estatísticas e indicadores de inquérito orientados. O papel dos órgãos responsáveis pela aplicação da lei deverá ser reforçado relativamente não apenas à corrupção mas também à fraude, à infracção fiscal e ao branqueamento de capitais.

4 O acesso ao serviço público deverá ser aberto a todos os cidadãos. O recrutamento e a evolução na carreira deverão ser regimentados por critérios com base em objectivos e mérito. Os salários e direitos sociais deverão ser adequados. Os funcionários públicos deverão ser obrigados a comunicar o seu rendimento. Os cargos sensíveis deverão ser objecto de rotação.

5 A integridade, a responsabilidade e a transparência na administração pública (judiciária, policial, alfandegária, administração de impostos, sector da saúde, contratos públicos) deverão ser elevados através do recurso a instrumentos de gestão da qualidade e auditoria e controlo de normas, como o Quadro Comum de Avaliação dos responsáveis das administrações públicas da UE e a Resolução de Estrasburgo. É importante uma maior transparência tendo em vista o fomento da confiança entre os cidadãos e a administração pública.

6 Há que criar e controlar códigos de ética para o sector público.

7 Há que criar regras inequívocas nos sectores público e privado em matéria de denúncias (visto a corrupção ser um delito sem vítimas directas que a possam participar) e de relato das mesmas.

8 Há que aumentar a intolerância da opinião pública em matéria de corrupção, recorrendo a formação e a campanhas de sensibilização nos meios de comunicação. A mensagem fulcral deverá incidir sobre a noção de que a corrupção não é um fenómeno tolerável mas sim um delito criminal. A sociedade civil tem um importante papel a desempenhar na prevenção e luta contra o problema.

9 Há que introduzir regras claras e transparentes em matéria de financiamento de partidos, bem como o controlo financeiro externo dos partidos políticos, por forma a evitar a conivência entre políticos e interesses empresariais (ilícitos). É indiscutível que os partidos políticos têm grande influência sobre os decisores, mas é frequente serem imunes a legislação anti-suborno.

10 Há que desenvolver incentivos para que o sector privado se abstenha de práticas corruptas, como códigos de ética ou “listas brancas” de empresas íntegras¹⁰.

Nas referidas recomendações, tem-se alguns indicativos importantes, como a necessidade de uma atitude forte e clara contra a corrupção por parte de dirigentes e decisores governamentais e empresariais, com estratégias e programas nacionais anticorrupção por meio de medidas preventivas e repressivas, devendo os Estados-Membros da União Europeia, bem como os postulantes a ingressar no Bloco Europeu ratificar e implementar normas anticorrupção.

A criação de órgãos de controle e combate à corrupção, com formação e desenvolvimento de técnicas antifraude, lavagem de dinheiro, com acesso de profissionais qualificados por meio de critérios objetivos, claros e transparentes e ainda a criação de códigos de ética, canais de denúncias entre outros mecanismos.

Dentre as legislações dos países europeus, destaque-se a *UK Bribery Act*, aprovada em 2010 pelo Parlamento do Reino Unido que trouxe uma série de implicações aos crimes de corrupção e lavagem de dinheiro, podendo ser aplicada, mesmo que o delito seja cometido fora das fronteiras do país, prevendo ainda duras penas de prisão e multa aos envolvidos¹¹.

Entretanto, há também outro um fenômeno que reverbera em todo o mundo, a busca por relações mais transparentes entre as pessoas e as empresas. Esta junção entre a

10 UNIÃO EUROPEIA. Comunicação n.º 317/2003 da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu - Sobre Uma Política Global da UE Contra a Corrupção. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0317&from=FR>>. Acesso em 29/11/2003.

11 REINO UNIDO. Bribery Act 2010. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em 25/11/2020.

globalização que nos faz ver o que ocorre ao redor do globo em tempo real, e a intenção dos consumidores de deter relações mais claras e transparentes faz com que empresas que tenham problemas de compliance sejam alijadas dos processos de escolha¹².

Na América, na década de 1970, inaugurou-se a era do Compliance, após o escândalo de Watergate, que custou o cargo de Richard Nixon, então presidente dos EUA. Naquela legislação, previu-se a proibição por parte de empresas Norte-Americanas da prática de suborno de entes estatais estrangeiros, sendo o primeiro passo no enfrentamento da corrupção transnacional, influenciando toda uma série de legislações pelo mundo¹³.

Entre as inovações trazidas pelo FCPA, tem-se a preocupação em sancionar o corruptor, mesmo que o delito seja cometido fora das fronteiras dos EUA e a lei se aplique a empresas estrangeiras que possuam ações negociadas nos Estados Unidos, uma lei internacional¹⁴.

Na América Latina, temos diversas legislações de combate a corrupção promulgadas, como no Uruguai, Argentina, Colômbia, México, Brasil entre outros que buscam seguir esse movimento que visa maior moralidade nas relações empresariais. Segundo VIANA, a adoção do compliance viabiliza um sistema econômico mais saudável, haja vista pesquisas desenvolvidas pela Organização das Nações Unidas indicarem que 5% do PIB mundial é objeto de “desvio”, desencorajando os investimentos em países com corrupção sistêmica¹⁵.

4 I O COMPLIANCE COMO INSTRUMENTO DE BARREIRA À LAVAGEM DE DINHEIRO E CORRUPÇÃO

A instituição da lavagem de dinheiro como crime se deu em decorrência da necessidade de repressão a crimes cometidos por organizações criminosas que, diante do robusto esquema de lavagem e pelas altas quantias “lavadas”, começaram a interferir no sistema econômico mundial. “Como consequência, as organizações criminosas tornaram-se grupos econômicos e políticos consideravelmente poderosos, e assim surgiram os indicativos seguros de que a lavagem de dinheiro deveria ser considerada uma ameaça à ordem econômica mundial.”¹⁶

Após inúmeros esforços a nível mundial para impor significativas mudanças no sistema de regulamentação financeira mundial, foi criado o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)¹⁷, que estabeleceu diversas recomendações e deveres de *compliance*

12 GALLAS D. Escândalo da Siemens ensinou empresários alemães a não pagar propina. BBC Brasil. De https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/08/130812_siemens_escandalo_dg. Resgate em 20/11/2020.

13 VIEIRA, James Batista. Barreto, Rodrigo Tavares de Souza. Governança, gestão de riscos e integridade. Brasília: Enap, 2019. P. 166.

14 Op. Cit.

15 VIANA, Pedro Nilson Moreira. Como funciona o compliance na Europa? Relatos de pesquisa junto a Universidade Autônoma de Lisboa. Jusbrasil. Disponível em <https://pedronilsonmoreiraviana.jusbrasil.com.br/artigos/759776842-como-funciona-o-compliance-na-europa#_ftn1>. 2019.

16 CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 23.

17 Sobre o GAFI: A atividade deste grupo está diretamente ligada ao processo de construção e difusão mundial do

às instituições financeiras. O Brasil é membro deste Grupo. Sob a ótica do direito penal, insurge-se o *Compliance Criminal*. Nesse sentido:

O *Criminal Compliance*, cumprindo o seu papel, previamente estabelece as possibilidades e as pessoas passíveis de imputação criminal pelo dever de garante que, com a aceitação particular do dever destas, assumem a responsabilidade criminal diante de uma infração. Ocorre com isso a adesão e o comprometimento destas pessoas em praticar condutas dotadas de conteúdo legal, ético e consequentemente moral, que é valor axiológico do Direito.¹⁸

A lei brasileira anticorrupção coíbe condutas que possam favorecer práticas ilícitas, com o objetivo claro de estimular o desenvolvimento sustentável das atividades empresariais, principalmente nos negócios que envolvam a Administração Pública, insurgindo na defesa da ampla e livre concorrência¹⁹.

Nesse sentido, as questões regulatórias desafiam empresas a criarem um modelo diferente em gerir seus negócios, necessitando adequar-se à diversas inovações legislativas.

O Programa de Integridade (ou Programa de *Compliance*²⁰), conceituado no artigo 41, do Decreto n. 8.420/2015, possui o condão de estabelecer medidas para prevenir, detectar e remediar atos lesivos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Por este motivo, cada vez mais cresce o número de empresas que buscam “estar em compliance”, ou seja, estar em conformidade com as leis, normas e regulamentos externos e internos. Em relação a conceituação de *Compliance*:

[...] quando se fala em *compliance*, automaticamente se quer referir aos sistemas de controles internos de uma instituição que permitam esclarecer e dar segurança àquele que se utiliza de ativos econômico-financeiros para gerenciar riscos e prevenir a realização de eventuais operações ilegais, que podem culminar em desfalques, não somente à instituição, como também aos seus clientes, investidores e fornecedores.²¹

Na lei federal nota-se que a implementação do programa é facultativa, servindo como circunstância atenuante da pena de multa. Ou seja, a manutenção de programas de integridade efetivos, bem estruturados e atualizados repercutirão na redução das multas aplicadas às pessoas jurídicas condenadas no âmbito da lei.

sistema antilavagem de dinheiro, não restrito, entretanto, ao âmbito das instituições financeiras. Nesse sentido, a tarefa desempenhada pelo GAFI é bem mais ampla do que aquela atribuída ao Comitê da Basileia, uma vez que este órgão limita sua atuação ao âmbito bancário. (CARDOSO. Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 53.).

18 BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 89.

19 Vide Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em 23 abril 2020.

20 Este termo vem do verbo inglês “to comply”, que significa “cumprir, obedecer e executar aquilo que foi determinado”. ASSI. Marcos. **Compliance**: como implementar. São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p. 19

21 BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p.75.

A lei anticorrupção trouxe relevante modificação ao crime de lavagem de dinheiro, pois o rol taxativo de crimes antecedentes à lavagem, estabelecido no art. 1º, incisos I a VIII, da Lei 9.613/98, foi revogado, sendo “concomitantemente inserido no *caput* o elemento normativo infração penal.”²² Importante crítica à esta inovação é feita por Débora Motta Cardoso, quando ela refere que ultrapassou o razoável quando tais incisos foram revogados, ferindo, inclusive, o princípio da proporcionalidade. Nesse sentido:

Com isso, qualquer crime ou contravenção podem ser crimes antecedentes à lavagem de valores. Ou seja, a despeito de a alteração legal estar em consonância com as normas internacionais que há muito aboliram o rol de crimes antecedentes no delito de lavagem de valores, a ampliação nos parece além do razoável, na medida em que amplia sem restrições o conceito de infração penal antecedente.²³

Com essas mudanças, verifica-se que o *Compliance*, aqui estudado sob enfoque no delito de lavagem de valores conduz a diretriz de prevenção²⁴, ou seja, de combate a este ilícito através de políticas internas preventivas, muito mais do que uma ferramenta de gerenciamento de boas práticas (em conformidade com regramentos) dentro das empresas, institui o “dever de colaboração das entidades privadas na persecução criminal.”²⁵

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde que os famosos esquemas de corrupção foram amplamente divulgados nas mídias brasileira e internacional, paira sobre o país um sentimento de descrédito em todas as esferas da administração pública, inclusive nos três poderes que sustentam o Estado: executivo, legislativo e judiciário.

A proliferação de escândalos envolvendo atos de corrupção nos últimos anos demonstrou que o vício corruptivo também deve ser analisado sob o viés político e institucional, já que os danos causados por estas condutas causam danos desastrosos à sociedade, comprometendo, inclusive, a garantia de direitos fundamentais, como o da livre concorrência. Os incontáveis desvios de verbas públicas e pagamento de propinas para agentes públicos fragilizaram o papel Estado como garantidor de direitos e a democracia como um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Inegável a preocupação do Poder Público quanto à questão do combate à corrupção, implementando políticas públicas para modificar o cenário de descrédito no governo com

22 CARDOSO. Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 81.

23 O. Cit. p. 81.

24 Neste sentido: Como instrumentos de controle corporativo, interno e externo, o *Criminal Compliance*, atua de maneira *ex ante*, o que quer dizer preventivamente, com a elaboração de uma análise jurídica de todas as ações pertinentes à atividade da empresa, tanto em relação aos profissionais e trabalhadores atuantes internamente, quanto em relação ao cliente/consumidor do objeto oferecido/comercializado. (ENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance**: instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014. p. 158).

25 CARDOSO. Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 88.

os inúmeros escândalos já citados.

Assim, a criação das Leis Anticorrupção federal e estaduais, que possuem alicerce na Constituição Federal, quanto ao direito fundamental à improbidade administrativa e função social da empresa, possui ligação direta com as relações entre particulares.

Nesse diapasão, as empresas deveriam ter enraizadas, logo em sua constituição, através de seus fundadores, que a operação/atividade desenvolvida seja realizada com ética, probidade, dentro dos parâmetros legais.

Diante disso, deve o *Compliance* estar inserido na estrutura da empresa e mais do que isso, conectando os colaboradores e alta direção na construção de um ambiente íntegro e ético, dentro dos ditames internos e externos estabelecidos.

Ao se implementar um programa de *Compliance*, diversos são os desafios na busca das empresas pela sua efetividade. É necessário desenvolvê-lo com base em requisitos legais, sob o enfoque da atividade empresarial realizada, com segurança e qualidade, sendo imprescindível contar com especialista (s) nas mais diversas áreas para auxiliar a organização.

Por óbvio que não há uma “receita de bolo” para a implementação do *compliance*. O necessário é pensar no tamanho, na complexidade e principalmente nos riscos da operação que cada empresa desenvolve. Tal iniciativa não se limita ao estabelecimento e a publicação de códigos de ética ou de conduta.

O processo de lavagem de valores cria desigualdades de oportunidades em razão do prejuízo à livre concorrência, importante princípio constitucional. Assim, a obrigatoriedade dos programas de *compliance* servem de obstáculo à corrupção, à lavagem de dinheiro e seus desdobramentos.

REFERÊNCIAS

_____. MPF explica os contornos da Operação Lava Jato. Texto publicado na página do Ministério Públco Federal. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em 21/04/2020.

ASSI, Marco. **Governança, riscos e compliance:** mudando a conduta nos negócios. São Paulo: Saint Paul Editora, 2017. p. 39.

ASSI, Marcos. **Compliance:** como implementar. – São Paulo: Trevisan Editora, 2018. p. 19

BENEDETTI, Carla Rahal. **Criminal Compliance:** instrumento de prevenção criminal corporativa e transferência de responsabilidade penal. São Paulo: Quartier Latin, 2014

CARDOSO, Débora Motta. **Criminal compliance na perspectiva da lei de lavagem de dinheiro.** São Paulo: LiberArs, 2015.

LUCHIONE, Carlo Hubert; CARNEIRO, Claudio. *Compliance e Lei Anticorrupção – importância de um programa de integridade no âmbito corporativo e setor público*. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 83-94.

GRECO FILHO, Vicente; RASSI, João Daniel. **O combate à corrupção e comentários à Lei de Responsabilidade de Pessoas Jurídicas (Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)** – Atualizado de acordo com o Decreto n. 8.420, de 18 de março de 2015. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 16. Livro Eletrônico.

MOREIRA, Fábio Lucas. Breves anotações sobre a lei anticorrupção. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 61-81.

PORTO, Éderson Garin. **Compliance & Governança Corporativa**: Uma abordagem prática e objetiva. Porto Alegre: Lawboratory, 2020. p. 75.

REINO UNIDO. Bribery Act 2010. Disponível em <<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>>. Acesso em 25/11/2020.

SILVA, David Gonçalves de Andrade. A aplicação da Lei Anticorrupção brasileira em processos de reorganização e concentração societárias. In: PORTO, Vinícius; MARQUES, Jader (org.). **O compliance como instrumento de prevenção e combate à corrupção**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017. p. 13-22.

UNIÃO EUROPEIA. Comunicação n.º 317/2003 da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu - Sobre Uma Política Global da UE Contra a Corrupção. Disponível em <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52003DC0317&from=FR>>. Acesso em 29/11/2003.

VIEIRA, James Batista. Barreto, Rodrigo Tavares de Souza. Governança, gestão de riscos e integridade. Brasília: Enap, 2019.

CAPÍTULO 5

MIGRAÇÃO SÍRIA PARA O BRASIL: O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E A (IN) EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Carolina Soares Hissa

Escola Superior Associada de Goiânia – ESUP
Goiânia – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/4745917885576152>

Maíra Costa Ribeiro

Escola Superior Associada de Goiânia – ESUP
Goiânia – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/8756358229317323>

Susana de Miranda Pires

Escola Superior Associada de Goiânia – ESUP
Goiânia – Goiás

<http://lattes.cnpq.br/0625503163434338>

RESUMO: O conflito bélico que ocorre na Síria intensificou em meados de 2011, desde então seus cidadãos buscam sobrevivência e segurança em outros países. Os Estados que fazem fronteira com o território sírio foram os primeiros a abrigarem essas pessoas em situação vulnerável, todavia, a vasta quantidade de indivíduos a procura de refúgio fez com que países mais distantes abrissem suas portas para acolhê-los, como é o caso do Brasil, que tornou-se referência para a sociedade internacional, do ponto de vista legislativo. O presente estudo intenta observar a (in) efetividade das políticas públicas brasileiras, enquanto Estado ou sociedade civil, com a implementação do Princípio da Solidariedade ao grupo de refugiados sírios, no período de 2013 a 2019.

Para tanto, necessário se fez expor o contexto histórico que desencadeou a guerra civil atual, destacando que os confrontos no território sírio perpassam por sua história, e os motivos são diversos, principalmente étnicos e religiosos, outrossim, importante clarificar o conceito dos termos refúgio, refugiado e migração, haja vista que a concessão de refúgio, ou *status de refugiado*, dependerá dos requisitos constantes nos aludidos conceitos, bem como apresentou-se o Princípio da Solidariedade e suas nuances. Nessa linha de raciocínio, utilizou-se do método de abordagem Dedutivo, por meio de estudo e análise das normas gerais e internacionais à leis específicas do Brasil. Conclui-se que o Estado Brasileiro precisa da ajuda da sociedade civil e de organizações não governamentais, que assumem como protagonistas no acolhimento aos refugiados sírios, atuam com o ensino do idioma e capacitação profissionalizante, almejando a autossuficiência destas pessoas, entretanto, comparado ao grande número de imigrantes, estes projetos são insuficientes e escassos, o caminho para atingir o ideal está muito distante.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiados Sírios. Princípio da solidariedade. Vulnerabilidade. Política Pública.

SYRIA MIGRATION TO BRAZIL: THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AND THE (IN) EFFECTIVENESS OF BRAZILIAN PUBLIC POLICIES

ABSTRACT: The war conflict that takes place in Syria intensified in mid-2011, since then its

citizens have sought survival and security in other countries. The states bordering Syrian territory were the first to shelter these people in a vulnerable situation, however, the vast number of individuals looking for refuge has led to more distant countries opening their doors to welcome them, as is the case of Brazil, which has become a reference for international society, from the legislative point of view. The present study intends to observe the (in) effectiveness of Brazilian public policies, as a State or civil society, with the implementation of the Principle of Solidarity to the group of Syrian refugees, in the period from 2013 to 2019. Therefore, it was necessary to expose the context history that triggered the current civil war, highlighting that the clashes in Syrian territory run through its history, and the reasons are diverse, mainly ethnic and religious, otherwise it is important to clarify the concept of the terms refuge, refugee and migration, given that the concession of refuge, or refugee status, will depend on the requirements contained in the concepts mentioned, as well as the Principle of Solidarity and its nuances. In this line of reasoning, the Deductive approach method was used, through the study and analysis of general and international standards to specific laws in Brazil. It is concluded that the Brazilian State needs the help of civil society and non-governmental organizations, which assume as protagonists in welcoming Syrian refugees, act with language teaching and professional training, aiming at the self-sufficiency of these people, however, compared to the great number of immigrants, these projects are insufficient and scarce, the road to achieving the ideal is very far away.

KEYWORDS: Syrian Refugees. Principle of solidarity. Vulnerability. Public Policy.

1 | INTRODUÇÃO

A violência é o ato mais praticado na história da humanidade, desde os períodos mais remotos, tem-se comprovações de que um grupo, por meio do poder ou da força, se sobrepuja ao outro. Com a evolução da sociedade e a criação dos códigos e normas, a preocupação com o ser humano foi ganhando destaque, até que, ao final da Segunda Guerra Mundial, surgiu a Declaração Universal dos Direitos Humanos, um marco histórico para a população mundial.

Contudo, em que pese exista um documento elencando os direitos fundamentais que devem ser observados e respeitados pelos Estados membros, tendo como essência a dignidade da pessoa humana, a afronta direta a estes direitos ocorre em vários países atualmente. É o caso da Síria, cujo Estado, que deveria propiciar o mínimo existencial para que seus tutelados tenham condições de satisfazer suas necessidades básicas para uma vida digna, falhou no exercício de sua primordial função, enquanto tutor, acarretando na guerra civil que perdura desde 2011.

O confronto inicialmente prejudicou as pessoas que viviam no país. A partir do momento que a situação se tornou insustentável, grupos de indivíduos foram forçados a buscar ajuda em Estados vizinhos, para fugir daquele fato horrendo. Nesse instante, o problema passou a ser internacional, a acolhida desses cidadãos sírios interferiu na economia dos Estados receptores, campos de refugiados foram criados para abrigar e alojar os imigrantes.

Devido a quantidade de imigrantes, houve a necessidade de países mais distantes recepcionar os refugiados, como o Brasil, famoso por ser um país hospitalero, contribuiu com a sociedade internacional. O epicentro do presente artigo é: As políticas públicas brasileiras e o Princípio da Solidariedade são eficientes em face aos refugiados sírios?

Adiante, prefacialmente, necessário clarificar o conflito bélico e o que o desencadeou para permanecer até os dias atuais, ceifando uma miríade de vidas, de maioria civis. Após, será exposto o posicionamento brasileiro no contexto de migração e refugiados sírios, com referência a Convenção de 1951, Protocolo de 1967, Declaração de Cartagena e o Estatuto dos Refugiados (Lei nº 9.474/97), bem como conceituando e explanando o Princípio da Solidariedade, sua aplicação e peculiaridades, finalizando com as políticas públicas para refugiados existentes no Brasil.

Por fim, será analisada a eficiência das políticas públicas, oferecidas e disponibilizadas pelo Estado Brasileiro e a atuação da sociedade civil ou das organizações não governamentais, na acolhida dos refugiados sírios.

A metodologia utilizada foi a teórica pelo método dedutivo, mediante utilização bibliográfica a partir de livros sobre o conflito na Síria, sobre Direito dos Refugiados, revistas e artigos do Alto Comissariado nas Nações Unidas (ACNUR), Organização das Nações Unidas (ONU), pesquisas em sites confiáveis, Constituição Federal, Tratados e Convenções Internacionais.

2 | A GUERRA NA SÍRIA

Considerada uma das crises humanitárias internacionais mais devastadora, que ceifou a vida de inúmeras pessoas, casos sangrentos e brutais, com elevada violação de direitos civis, imperioso explanar a guerra civil na Síria hoje existente, compreendendo que o cenário atual é uma resultante de uma série de conflitos na região do Oriente Médio. “Há registros de conflitos em terras sírias desde 3.000 a.C. Durante os 5 últimos milênios, o comando do país já esteve nas mãos dos sumérios, dos faraós egípcios, de bizantinos, romanos, otomanos, de Alexandre, o Grande, dos árabes, dos franceses [...]” (CAVALCANTI 2014, p.68). Os interesses para o domínio do território sírio foram, principalmente, os étnicos e religiosos, entretanto, importante destacar que a região é rica em petróleo e gás natural, ademais, está localizada no local denominado crescente fértil.

A Família Assad controla o Estado sírio desde 1970 quando, através de um golpe de estado, Hafez al-Assad tomou a liderança do Partido Baath e tornou-se presidente. A população, de maioria sunita, não satisfeita com a forma de governo implementada pelo presidente, foi às ruas clamar por liberdade de imprensa e democracia, o presidente, por sua vez, respondeu utilizando o poderio militar para manter a lei e a ordem, coibindo, inclusive, a criação de partidos de oposição. Insta aduzir que na Síria foi instaurado o Estado de Emergência quando o Partido Baath assumiu o controle do país, assim, o governo tinha o

poder concentrado enquanto que a população tinha seus direitos constitucionais escassos (ADUS, online; CAVALCANTI, 2014).

Hafez al-Assad comandou a Síria até o seu falecimento, fato ocorrido em 10 de junho de 2000. Seu filho, Bashar al-Assad, assumiu a presidência do Estado e, em que pese tenha feito um discurso pendente à uma nova forma de governo, mais liberal e democrática, com atenção aos Direitos Humanos, mais tarde contatou-se que o aludido discurso servira somente para fazer o jogo político e agradar os demais países que eram contrários ao regime autoritário conduzido por Hafez (CAVALCANTI, 2014).

Bashar al-Assad, por meio de um referendo, foi reeleito por uma grande maioria, considerando que era o único candidato no único partido existente, o Partido Árabe Socialista Baaz. Isso causou um conflito interno, gerando muitos opositores e, em 2011, estimulados pelo acontecimento denominado Primavera Árabe, as pessoas foram às ruas para manifestar clamando por reforma no país (CAVALCANTI, 2014).

Ocorre que o presidente, Bashar al-Assad, não se intimidou diante das circunstâncias e não renunciou, entretanto, almejando minimizar o cenário de manifestações, fez algumas concessões, sendo uma delas encerrar o estado de emergência que durou 48 anos, ainda, realizou novas eleições, permitindo a participação de outros partidos políticos, aprovou texto da Carta Maior, todavia, nada disso satisfez os opositores que permaneceram protestando (LUCENA, 2017).

Nesse ínterim, diversas foram as tentativas para apaziguar ou cessar o conflito no território sírio, a Organização das Nações Unidas (ONU) tentou negociar e enviou um enviado especial da ONU, que não vislumbrou a paz num cenário próximo. É como se a Síria possuisse a guerra em seu código genético.

3 I REFUGIADOS SÍRIOS NO BRASIL

Insta pontuar que o *status* de migrante e refugiados são distintos e não se confundem, enquanto que aquele é utilizado para pessoas que se deslocam espontaneamente em busca de melhoria de vida no âmbito financeiro, educacional etc., continuam recebendo proteção de seu governo, todavia, para este, a escolha não foi uma opção, os refugiados escapam de conflitos, perseguições, cuja situação torna-se intolerável e perigosa, sendo forçoso abandonar seu país de origem e procurar por amparo dos demais Estados e outras organizações, como o ACNUR (NAÇÕES UNIDAS, online).

Dessa forma, conceitua-se refúgio como sendo uma proteção legal oferecida por um Estado “para cidadãos de outros países que estejam sofrendo perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, ou ainda, que estejam sujeitos, em seu país, a grave e generalizada violação de direitos humanos” (BRASIL, online). Nesse intelecto, a Declaração de Cartagena de 1984, em seu artigo III, apresenta o conceito de refugiado de forma a torná-lo mais amplo e abrangendo um maior número de

pessoas nessa condição¹.

Destarte, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, em seu artigo 1º define o termo refugiado aquele que em decorrência de fatos “ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, temendo ser perseguido por motivo de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país [...]”, neste ponto identifica-se que o conceito de refugiado estava limitado à acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Houve uma necessidade de ajustar a definição de refugiado, assim adveio o Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados, que aduziu: “significa qualquer pessoa que se enquade na definição dada no artigo primeiro da Convenção” (ACNUR, online). Dessa forma, somente em 1984, com a Carta de Cartagena, além dos elementos expressos na Convenção de 1951, considera-se, para fins de conceito de refugiado, os casos de guerra ou conflito civil, no qual sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência, afronta direta aos direitos humanos, como ocorre na Síria desde 2011. (ACNUR, online).

O Brasil, signatário destes tratados, tornou-se uma opção bastante expressiva na escolha dos refugiados sírios nos últimos anos. Tendo como alicerce uma legislação protetiva que é referência na sociedade internacional. Uma das possíveis causas para esta escolha é a Resolução Normativa nº 17², adotada pelo Comitê Nacional para Refugiados (CONARE), no qual facilita a emissão de vistos ao povo sírio que deixou sua terra natal em virtude da guerra civil (BRASIL, online; ADUS, online).

O Estado Brasileiro tem por tradição o acolhimento de pessoas em situação de vulnerabilidade, como é o caso do refugiado, bem como existe o procedimento a ser adotado para análise da condição de refúgio. Contudo, considerar-se-á a falta de assistência por parte do governo, haja vista que o problema não está pautado apenas no acolhimento dessas pessoas, mas sim de uma perspectiva de ajuda humanitária imediata com planejamento de desenvolvimento social futuro (ADUS, online).

Segundo dados da 4ª Edição do Refúgio em Números, publicada pelo CONARE, tendo como base o relatório da ACNUR com dados levantados no ano de 2018, 6,7 milhões de refugiados no mundo são sírios, este relatório aponta que no Brasil, 51% de pessoas refugiadas reconhecidas são da Síria. Ao final do ano de 2018, foram reconhecidas 476 situações de refugiados, haviam 409 solicitações de reconhecimento da condição de 1 Terceira - Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se toma necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA (artigo 1., parágrafo 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública. (ACNUR, online).

2 Dispõe sobre a concessão de visto apropriado, em conformidade com a Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, e do Decreto 86.715, de 10 de dezembro de 1981, a indivíduos forçosamente deslocados por conta do conflito armado na República Árabe Síria (BRASIL, online).

refugiado de pessoas sírias. Nessa orbe, as concessões de refúgio, conforme informações do aludido órgão, a partir de 2013 foram: 2013: 358; 2014: 933; 2015: 685; 2016: 326; 2017: 310, dados de 2019 não informados até a presente data (BRASIL, online).

4 I PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE

A dinâmica global sofreu diversas transformações com o advento da globalização, o pós-2ºGuerra Mundial, e os movimentos de independência, afetando áreas como a política, a economia, como também o Direito. Nota-se uma maior preocupação, por parte da comunidade global, com o respeito aos direitos humanos (os quais foram pensados dentro do contexto ocidental), o multilateralismo, e a tutela da Humanidade como um todo.

Nesse sentido, desenvolveu-se o Direito Internacional Humanitário, o qual se orienta por princípios já conhecidos como a soberania dos Estados, como também princípios novos voltados para um ideal de “irmadade” como o princípio da Cooperação, da Não-indiferença e o da Solidariedade. Assim, procura estabelecer um equilíbrio entre os interesses individuais de cada Estado, como também ações voltadas para a coletividade.

Pensando no contexto global, o Princípio da Solidariedade em conjunto com o Princípio da Cooperação e da Não-indiferença são importantes para motivar a atuação de toda a comunidade internacional, sendo os Estados, as Organizações internacionais, organismos e até mesmo o indivíduo frente às crises políticas, sociais, econômicas e ambientais.

JUBILUT (2007) relata como o Princípio da Solidariedade tem um papel relevante no Direito Internacional dos Refugiados, pois por ele os Estados, pautados na equidade e na justiça social, compartilham os custos e desafios no gerenciamento e no criar soluções para auxiliar a população de um país que se encontra desprotegida.

TORRONTEGUY (2010) defende que a solidariedade como um princípio pode ser entendida em três áreas aonde ela se manifesta, sendo elas nacionalmente, intergeracionalmente e internacionalmente. A solidariedade nacional se demonstra nos direitos sociais e na presença destes direitos humanos de segunda geração nas normas de cada país, no Brasil ela se apresenta, por exemplo, no rol do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

A solidariedade intergeracional faz alusão à proteção do futuro do planeta e da Humanidade, dela pode-se extrair a responsabilidade de zelar do meio ambiente, promover o desenvolvimento sustentável e promover a justiça social visando proteger as gerações futuras.

Já a solidariedade internacional traz a atuação conjunta da comunidade global visando a constante melhoria das problemáticas atuais buscando um constante desenvolvimento em favor da coletividade. Assim é usada como motivação de políticas públicas para uma justa distribuição de renda, projetos de cooperação para levar o desenvolvimento para

áreas mais pobres, efetivação dos direitos sociais, como também o acolhimento e cuidado com os refugiados.

Ainda se tratando da solidariedade internacional, MENEZES (2007) a subdivide em quatro: unilateral, regional, continental e universal. Para o autor entende-se como solidariedade internacional unilateral quando um Estado age em prol de outro simplesmente para ajudar, ou seja, não o faz por causa de uma recompensa. A solidariedade internacional regional faz menção a ação de Estados próximos com interesses em comum (o Mercosul é um exemplo de iniciativa pautada na solidariedade regional).

Ainda nesse sentido, a solidariedade internacional continental se desenvolve a partir de um espírito de fraternidade baseado em um sentimento de identidade geográfica, cultural ou histórica comum entre os Estados. Nela se fundamentam diversos acordos como a União Europeia e a União Africana. Por fim, a solidariedade internacional universal “enxerga” a Humanidade em sua totalidade, ela se situa como um valor mundial comum a todos os povos com capaz de influenciar as normas e assim modificar a dimensão das relações internacionais em prol da coletividade.

5 I POLÍTICAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

A América Latina, e em especial o Brasil assumem uma posição de destaque ao se pensar no Direito Internacional Humanitário e na questão dos imigrantes e refugiados, o que pode ser observado tanto na criação e adoção de novos princípios como o Princípio da Solidariedade como também na legislação relativas a estes temas, como a adoção ampliada do conceito de refugiado no ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com o Relatório Refúgio em Números 4º Edição, do Ministério da Justiça e Segurança Pública (online, 2019) até o final de 2018 o Brasil somava mais de 161 mil solicitações de reconhecimento da condição de refugiado em trâmite e mais de 11 mil pessoas refugiadas reconhecidas. O Resumo Executivo Imigração e Refúgio no Brasil mostra que no período de 2011 até 2018 registrou-se mais de 492 mil imigrantes de longo termo (refere-se àqueles que normalmente permanecem por mais de um ano no Brasil). Estes dados revelam a importância de se criar políticas públicas voltadas para estes indivíduos, buscando garantir a eles uma vida mais digna.

Dentre as iniciativas do governo federal está a Operação Acolhida, criada em 2018 para garantir que os migrantes e refugiados venezuelanos em Roraima recebessem atendimento humanitário. Essa iniciativa do governo é uma grande força-tarefa que conta com um grande apoio, por exemplo, da ONU, FBB (Fundação Banco do Brasil), Azul, Caritas, e muitos outros.

Essa operação foi organizada em 3 esferas, sendo elas: ordenamento de fronteira (responsável pela parte de documentação, vacinação e operação controle do Exército Brasileiro), acolhimento (cuida da oferta de abrigo, alimentação e saúde) e a interiorização

(onde há o deslocamento voluntário de venezuelanos em Roraima para outras Unidades da Federação, visando a inclusão socioeconômica). Dados do Governo Federal (2020,online) expõem que até julho de 2020 quase 890 mil atendimentos foram realizados na fronteira, mais de 250 mil CPFs emitidos e aproximadamente 81 mil carteiras de trabalho emitidas.

Existem ações que não partem de uma iniciativa do Governo, como por exemplo o PARES (Programa de Atendimento a Refugiados) da Cáritas RJ³. Esse programa visa assegurar o respeito ao direito dos refugiados promovendo uma vida digna, e divide sua atuação em: acolhimento, proteção legal e integração local. No acolhimento os refugiados são instruídos sobre como ir à autoridade competente para solicitar refúgio, como também recebem ajuda na alimentação, higiene, vestuário. Ainda nesse momento, a Cáritas RJ atua por meio de parcerias para encontrar abrigos para os solicitantes de refúgio.

Na segunda frente, a proteção, a Cáritas RJ por meio de advogados oferece acompanhamento legal do procedimento de solicitação de refúgio como também auxilia na obtenção e regularização de documentos e orientações jurídicas diversas. Na integração visa garantir aos refugiados a possibilidade de se integrar na sociedade e garantir a eles autossuficiência. Para tanto, a Cáritas por meio de parceria com instituições públicas e privadas e com a atuação de uma equipe multidisciplinar composta por assistentes sociais, psicólogos e pedagogos auxiliam no aprendizado do idioma, acesso ao mercado de trabalho, formação educacional e atendimento psicológico e de saúde. (2020,online).

O PARES Cáritas RJ lançou no início de 2019 um programa para capacitação profissional de refugiados no Rio de Janeiro, o MARES (Mediação para o Aprendizado de Refugiados e Solicitantes de Refúgio), 211 pessoas de 16 países se inscreveram para as aulas semanais ofertadas.

Entre outras iniciativas têm-se: a cartilha “Comunicação sobre Saúde com Indígenas Warao e Eñepa” a qual foi escrita em português, espanhol e nos idiomas nativos, iniciativa da ACNUR com a Fraternidade-Federação Humanitária Internacional (FFHI); os cursos de capacitação profissional organizado e oferecido pelo SJMR (Serviço Jesuíta a Migrantes e Refugiados) Manaus.

Há também os projetos desenvolvidos pelo ACNUR com universidades brasileiras por meio da CSVM (Cátedra Sérgio Vieira de Mello). A Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) tem um Grupo de Assessoria a Imigrantes e a Refugiados (GAIRE) que além de oferecer assessoria jurídica gratuita, também oferece apoio psicológico e social, atuando, por exemplo, em pedidos de naturalização, vistos, acesso à educação, casamento. Na Universidade de Vila Velha (UVV-ES) oferecem mais de 10 tipos de serviços de saúde, incluindo odontologia, para os refugiados, com isenção de taxa, ela também oferta cursos de português (presencial ou a distância via Skype).

Na esfera legislativa, o Brasil é um país modelo para os demais Estados da sociedade 3 “A Cáritas Brasileira, fundada em 12 de novembro de 1956, é uma das 170 organizações-membro da Cáritas Internacional. Sua origem está na ação mobilizadora de Dom Helder Camara, então Secretário-Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB)” (CÁRITAS, online).

internacional com sua legislação bastante protetora, e abrigando mais de 9.700 refugiados, sendo 2.622 de origem síria, dados de 2017 (BRASIL, online).

O Estado de São Paulo destaca-se por implementar algumas políticas públicas para os imigrantes que se encontram sob seu manto, ressaltando que no parágrafo único do art. 1º da Lei nº 16.478/2016⁴, pessoas em situação de refúgio são imigrantes. Dentre os objetivos da lei retro, cita-se a garantia ao imigrante de acesso a direitos sociais e serviços públicos, a promoção do respeito à diversidade e interculturalidade, busca impelir violações de direitos e o fomento na participação social (SÃO PAULO, online).

Ademais, foi criado o Centro de Referência e Atendimento para Imigrantes (CRAI), estabelecido no centro do município de São Paulo, que oferece apoio aos imigrantes com serviços especializados e multilíngue, com orientações jurídicas, serviços sociais, indicam as formas de regularização migratória e acesso a direitos sociais, bem como direcionam as denúncias de violações de direitos humanos (SÃO PAULO, online).

Outrossim, o Instituto Adus desempenha uma função importante no acolhimento dos refugiados, ministram aulas de português, prestam assessoria jurídicas, auxiliam na entrada destes ao mercado de trabalho, tendo como projeto aulas de idiomas para os brasileiros, sendo uma forma de articular o convívio social entre imigrantes e brasileiros e, ainda, tornando-os autossuficientes, sendo capazes de reconstruir suas vidas com autonomia, considerando que a ideia é dar o suporte até que essas pessoas consigam ser independentes (ADUS, online).

No Estado de Goiás, a Igreja Católica Apostólica Ortodoxa Antioquina, Paróquia São Nicolau, tem como primordial característica a assistência ao ser humano e, para o presente estudo, destaca-se o trabalho exercido com refugiados sírios em Goiânia. Este serviço social é fundamental na inserção desse grupo de refugiados, em situação de vulnerabilidade, na sociedade. Dessa forma, oferecem curso de português, auxiliam na interação com a comunidade e capacitação profissional.

6 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise humanitária causada pela guerra civil na Síria que atualmente causa tanto sofrimento na região foi responsável pela morte de inúmeras pessoas como também, devido a grave violação de direitos humanos na região, forçou milhares de pessoas a saírem de seu país buscando a oportunidade de uma vida digna e segura. No entanto, ao se analisar a história daquela área verifica-se que já se tinham diversos conflitos na região, tendo em vista que é um lugar rico em petróleo, gás natural e está localizada no crescente fértil onde surgiram as primeiras civilizações.

O conflito que se tem atualmente na Síria teve início com o golpe de Estado em 1970 que colocou Hafez al-Assad na presidência, e por perceber o descontentamento da 4 Institui a Política Municipal para a População Imigrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes (SÃO PAULO, online).

maior parte de seus cidadãos, sunitas, usou de forças militares para manter o seu controle na Síria, e instaurou o Estado de Emergência, conseguindo desse modo maior controle da região e consequentemente restringiu os direitos da população. A partir deste cenário é possível compreender o grande número de imigrantes e refugiados sírios no mundo inteiro.

Faz-se necessário também entender como o Brasil se apresenta na realidade dos imigrantes e refugiados sírios. Demonstrou-se que o Brasil busca assumir um certo protagonismo como um país que tem interesse em acolher e auxiliar esses indivíduos, o que é comprovado, por exemplo em relação aos refugiados, ao adotar na sua legislação o conceito ampliado de refugiado (no qual se insere o que determina a Convenção de 1951 e a declaração de Cartagena).

Ainda nesse sentido, o Brasil adota dentre os princípios orientadores da sua atuação na comunidade internacional o Princípio da Solidariedade, o qual teve origem no contexto da América Latina, e que ao enxergar a Humanidade como um todo, e por meio dos ideais de irmandade, os Estados têm o dever de agir em prol do bem da coletividade.

Além de influenciar as medidas adotadas no Direito Internacional, o Princípio da Solidariedade também se insere na formulação de políticas públicas voltadas para os imigrantes e refugiados no Brasil. Identifica-se o interesse do governo em atuar em alguns projetos voltados para esse grupo, contudo são insuficientes, necessitando do apoio de entidades da sociedade civil e de organizações internacionais.

A maioria destes projetos se concentram na acolhida, ou seja, naquele primeiro contato que o imigrante ou o refugiado tem dentro do país. Dentre os projetos apresentados, alguns têm por objetivo a integração real destes imigrantes e refugiados e o desejo de garantir a eles a autossuficiência por meio de capacitação profissional e estudo, contudo programas assim ainda são escassos se analisarmos a quantidade de imigrantes e refugiados em solo brasileiro atualmente.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Convenção de 1951**. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/convencao-de-1951/#:~:text=A%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20das%20Na%C3%A7%C3%B5es%20Unidas,ap%C3%B3s%20a%20Segunda%20Guerra%20Mundial.&text=Atualmente%2C%20a%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20continua%20sendo,angular%20da%20prote%C3%A7%C3%A3o%20a%20refugiad%3Eos>. Acesso em: 30 ago. 2020.

ACNUR. **Declaração de Cartagena**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

ACNUR. **Protocolo de 1967 Relativo ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em:https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Protocolo_de_1967.pdf. Acesso em: 12 set. 2020.

ACNUR-AGÊNCIA DA ONU PARA REFUGIADOS. **Relatório anual da cátedra Sérgio Vieira de Mello**: relatório técnico. Brasil, 2020. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/09/Relatorio-Anual-CSVM_Digital.pdf. Acesso em: 10 set. 2020.

ADUS. **A guerra civil na Síria e o refugiado sírio no mundo**. Disponível em: <https://www.adus.org.br/wp-content/uploads/2016/06/004-Cap4-A-guerra-civil-na-S%C3%ADria-e-o-refugiado-s%C3%ADrio-no-mundo.pdf>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Operação Acolhida**: base legal. Disponível em: <https://www.gov.br/acolhida/base-legal/> Acesso em: set. 2020.

BRASIL. Governo Federal. **Operação Acolhida**: histórico. Disponível em: <https://www.gov.br/acolhida/historico/>. Acesso em: 10 set. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Política de Refúgio no Brasil**. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/politica_de_refugio_no_brasil.pdf. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Resolução Normativa nº 17**. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/anexos/resolucao-normativa-n-17-do-conare.pdf/view>. Acesso em: 30 ago. 2020.

BRASIL. Portal da Imigração Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio**. Disponível em: <https://portaldeimigracao.mj.gov.br/pt/refugio>. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. Portal da Imigração Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Refúgio**. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes/politica_de_refugio_no_brasil_VOLUME2.pdf. Acesso em: 13 set. 2020.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Refúgio em números 4º edição**. Brasil, 2019. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Refugio-em-n%C3%BCmeros_versa%C3%A7ao-23-de-julho-002.pdf. Acesso em: 11 set. 2020.

CARITAS. **História**. Disponível em: <http://caritas.org.br/historia>. Acesso em: 14 set. 2020.

CÁRITAS-RJ. **Mediação para o Aprendizado de Refugiados e Solicitantes de Refúgio**. Disponível em: <http://www.caritas-rj.org.br/projeto-mares.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

CÁRITAS-RJ. **O Programa de Atendimento a Refugiados**. Disponível em: <http://www.caritas-rj.org.br/opares.html>. Acesso em: 11 set. 2020.

CAVALCANTI, Klester. **Dias de Inferno na Síria**. 2. ed. São Paulo: Benvirá, 2014.

CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; MACÊDO, M; PEREDA, L. Resumo Executivo. Imigração e Refúgio no Brasil. **A inserção do imigrante, solicitante de refúgio e refugiado no mercado de trabalho formal**. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança pública / Conselho Nacional de Imigração e Coordenação Geral de Imigração Laboral. Brasília, DF: OBMigra 2019. Disponível em: https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/publicacoes-obmigra/RESUMO%20EXECUTIVO%20_%202019.pdf. Acesso em: set. 2020.

JUBILUT, L. Lyra. **O DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS E A SUA APLICAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. São Paulo: Método, 2007. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 10 ago. 2020.

MENEZES, Wagner. **A Contribuição da América Latina para o Direito Internacional:** o Princípio da Solidariedade. Tese (Doutorado em Integração da América Latina) – Programa de Pós-Graduação em Integração da América Latina (PROLAM) da Universidade de São Paulo (USP). São Paulo, p. 342. 2007. Acesso em: 10 ago. 2020.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>. Acesso em: 14 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **ACNUR explica significado de status de refugiado e migrante.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acnur-explica-significado-de-status-de-refugiado-e-migrante/>. Acesso em: 12 set. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. **Conheça a ONU.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/conheca/>. Acesso em: 30 ago. 2020.

SÃO PAULO. **Lei nº 16.478, de 8 de julho de 2016.** Institui a Política Municipal para a População Imigrante, dispõe sobre seus objetivos, princípios, diretrizes e ações prioritárias, bem como sobre o Conselho Municipal de Imigrantes. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/a/sp/sao-paulo/lei-ordinaria/2016/1647/16478/lei-ordinaria-n-16478-2016-institui-a-politica-municipal-para-a-populacao-imigrante-dispoe-sobre-seus-objetivos-principios-diretrizes-e-acoes-prioritarias-bem-como-sobre-o-conselho-municipal-de-imigrantes>. Acesso em 13 set. 2020.

TORRONTEGUY, Marco Aurélio Antas. **O direito humano à saúde no direito internacional:** efetivação por meio da cooperação sanitária. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, p. 355. 2010. Acesso em: 10 ago. 2020.

CAPÍTULO 6

O ORÇAMENTO PÚBLICO E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: HAVERÁ RÉCURSOS FINANCEIROS PARA A CONCRETIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS DIREITOS ESSENCIAIS EM 2021?

Data de aceite: 01/03/2021

Júlio Edstron S. Santos

Doutor em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Diretor Geral do Instituto de Contas 5 de Outubro do TCE-TO. Professor do IDASP e Uninassau em Palmas. Membro dos grupos de pesquisa Núcleo de Estudos e Pesquisas Avançadas do Terceiro Setor (NEPATS) da UCB/DF, Políticas Públicas e Juspositivismo, Jusmoralismo do UNICEUB
Editor Executivo da REPATS

Frederico Augusto Barbosa da Silva

Mestrado e Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Atualmente é professor do Mestrado em Direito e Políticas Públicas no Centro Universitário de Brasília (UniCeub) e pesquisador do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA)
<http://lattes.cnpq.br/2088412607903653>

Rogério Alves Dias

Doutorando em Direito
Professor Universitário

<http://lattes.cnpq.br/3944118040838036>

Não existem métodos fáceis para resolver problemas difíceis.

René Descartes

RESUMO: A crise causada pelo novo coronavírus, já denominada de coronacrise, abalou as atividades econômicas no mundo todo no ano de 2020. No plano orçamentário

brasileiro há grandes indícios, advindos de entidades públicas e privadas, de que 2021 será ainda mais desafiador. Quase todos os cenários econômicos, financeiros e sociais, inclusive, os oficiais, exigem grande cuidado por parte dos órgãos governamentais e atenção da sociedade em geral, quanto aos riscos de aumento no *déficit* público. O ponto fulcral, desta pesquisa, é que em um momento de agudos problemas é necessária a participação dos cidadãos para a escolha das prioridades orçamentárias. Deste modo, por meio das técnicas de revisão bibliográfica e análise de dados orçamentários primários será explanado que é importante uma maior atenção dos agentes estatais e, principalmente, da sociedade na elaboração das leis orçamentárias, uma vez que, por meio delas são alocados recursos para a proceduralização das políticas públicas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais.

PALAVRAS-CHAVE: Coronacrise, Direitos Fundamentais, Leis Orçamentárias, Orçamento Público.

THE PUBLIC BUDGET AND THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: WILL THERE BE FINANCIAL RESOURCES TO IMPLEMENT PUBLIC POLICIES AND ESSENTIAL RIGHTS IN 2021?

ABSTRACT: The crisis caused by the new coronavirus, already called coronacrise, shook economic activities worldwide in the year 2020. In the Brazilian budget plan there are great indications, coming from public and private entities, that 2021 will be even more challenging.

Almost all economic, financial and social scenarios, including the official ones, require great care on the part of government agencies and attention from society in general, regarding the risks of increasing the public deficit. The main point of this research is that, at a time of acute problems, citizen participation is necessary to choose budget priorities. Thus, through the techniques of bibliographic review and analysis of primary budget data, it will be explained that greater attention is needed from state agents and, mainly, from society in the elaboration of budget laws, since, through them, resources are allocated to the proceduralization of public policies and the realization of fundamental rights and guarantees.

KEYWORDS: Coronacrise, Fundamental Rights, Budget Laws, Public Budget.

1 | INTRODUÇÃO

Será que haverá recursos financeiros para manter as políticas públicas e o acesso aos direitos fundamentais no Brasil, no ano de 2021? Para enfrentar essa indagação esta pesquisa, utilizará as técnicas de revisão bibliográfica e análise dos dados orçamentários primários da União e se calcará no método hipotético dedutivo para se atingir os seus objetivos.

O caminho percorrido neste *paper* passa pelo reconhecimento de que por causa de uma nova variação do coronavírus, mais conhecida como COVID 19, o mundo presencia uma pandemia sem precedentes no Século XXI. Em poucas semanas essa doença infectou milhões de pessoas, ceifou a vida de centenas de milhares e abalou as bases do comércio internacional.

Como consequência da atual pandemia todos os países tiveram seus serviços públicos sobrecarregados, principalmente a saúde pública, nenhum Estado esteve imune e como era de se esperar a crise, ou a coronacrise agravou os problemas econômicos, financeiros, orçamentários e sociais do Brasil.

Para evidenciar o fato de que no ano de 2020 os órgãos estatais experimentaram dificuldades para exercer suas atividades foram indicados os principais dados, divulgados nos principais portais orçamentários do Poder Executivo Federal e do Senado Federal (Siga Brasil), buscando se evidenciar que medidas urgentes devem ser tomadas imediatamente, ou serviços públicos essenciais, tais quais, educação, saúde, segurança, etc, poderão correr riscos de financiamento em 2021.

Um paralelo traçado, para demonstrar a seriedade dos problemas atuais, foi concretizado com a mitologia grega. Cassandra a mítica princesa troiana e sacerdotisa de Apolo. Essa personagem tinha a capacidade de prever o futuro, mas por uma maldição ninguém acreditava nela. Mesmo afirmando, que Troia seria destruída por uma estratégia de guerra, seus governantes e cidadãos não confiaram na personagem. Como consequência da inércia dos troianos, seu país foi devastado.

A relevância dessa pesquisa está na busca pelo registro acadêmico de que é preciso que os órgãos estatais e a sociedade estejam atentas aos dados orçamentários, porque

essencialmente por meio deles são financiadas políticas públicas e concretizados direitos e garantias fundamentais, tais quais saúde, educação, segurança, etc.

Os dados oficiais federais, de Organismos internacionais e acadêmicos indicam que o ano de 2020 presenciou uma aguda queda nas atividades empresariais como um efeito direto da pandemia causada pela COVID 19. Consequêncialmente, as instâncias governamentais terão menos recursos disponíveis para realizar as suas atividades.

A União, órgão central da federação brasileira, utilizou mais de 600 bilhões de reais, para ações de enfrentamento a COVID 19, principalmente em meios sanitários, auxílio emergencial para milhões de pessoas e distribuição de numerários para os demais entes federados para que eles se preparassem. Formalmente, e com comprovados efeitos práticos, pode-se afirmar que o Federalismo Cooperativo funcionou no ano de 2020.

Por todos os problemas econômicos, financeiros e orçamentários enfrentados no ano de 2020 há uma séria preocupação do que poderá ocorrer com as atividades estatais em 2021, uma vez que, comprovadamente haverá uma considerável diminuição de recursos públicos.

Será, ainda, exposta, a necessidade de que os agentes estatais e pela sociedade em geral tenham ainda mais sensibilidade na elaboração e execução do ciclo orçamentário composto pelo Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA), uma vez que nestas leis são feitas as escolhas sobre as prioridades da Administração Pública, a médio e curto prazo.

O orçamento público é um instrumento constitucional complexo, que transita por diversas áreas políticas e técnicas, tendo a função principal de indicar quais serão as formas de receitas e das despesas. Por meio do ciclo orçamentário as políticas públicas e os direitos fundamentais são proceduralizados por ações estatais e/ou governamentais.

A relevância do orçamento público para o Brasil é dimensionada em três pontos; o primeiro é a sua constitucionalização, ou seja, ele é um direito fundamental; o segundo é sua função de proteção da dignidade da pessoa humana, no sentido de que além de égide sobre esse fundamento constitucional, no ciclo orçamentário são alocados recursos para a promoção dos direitos; a terceira função contemporânea do orçamento é a promoção de um ambiente democrático.

A função democratizadora do orçamento público se evidencia nas escolhas sobre onde serão colocados recursos públicos, ou mesmo, onde a Administração Pública deixará de receber numerários como acontece com as isenções e imunidades tributárias.

Na atualidade tanto o conceito de democracia, quanto as instâncias de participação popular passam por diversos questionamentos. No ciclo orçamentário esse fato não é diferente. Há espaços de discussão, inclusive, por determinação legal, mas também ocorre o desafio de incluir a sociedade nestes momentos de escolha.

Por fim, uma forma de se enfrentar o ano de 2021, delineado como desafiador para os órgãos estatais e para a sociedade brasileira é necessário incluir as pessoas

nas escolhas orçamentárias, para legitima-lo democraticamente e, principalmente, para sensibilizar todos os envolvidos da seriedade do momento.

2 | ALGUNS PANORAMAS DA CORONACRISE E OS SEUS REFLEXOS NO ORÇAMENTO DA UNIÃO EM 2021

Como uma tragédia grega o ano de 2020 se tornou o desafio mais urgente para a humanidade no início do Século XXI. O estudo da mitologia abre espaços para diversas interpretações, inclusive, sobre a realidade presenciada pelas pessoas durante o presente período de pandemia. Cassandra, a personagem teatral é um dos mitos que pode ser utilizado como parâmetro, para a resolução, dos problemas contemporâneos.

Édipo, Antígona, Prometeu, Cassandra... são bem mais do que meros nomes de personagens míticas. Na verdade, as suas narrativas não ficaram petrificadas num tempo específico, antes o ultrapassam nas suas fronteiras. E é precisamente a plasticidade característica dos mitos que permite que uma história contada ou dramatizada no século V a. C. possa afinal ser revisitada em séculos posteriores, ainda que com ecos distintos. (VINAGRE, 2015, p. 154).

Cassandra, princesa de Troia, sacerdotisa de Apolo, descrita na tragédia *Agamenon* na condição de um espólio de guerra, recebeu o dom de prever o futuro, mas como maldição dada pelos deuses ninguém acreditava nela. A personagem tinha pleno conhecimento de que as ações dos troianos levariam a sua pátria à ruína, porém foi desacreditada pelos seus pares. Na lenda, ela estava certa, mas nenhum cidadão ou governante tomou as providências necessárias para se evitar uma catástrofe.

O mito de Cassandra serve de advertência para que todos os envolvidos tenham condição de tomar medidas, até mesmo, orçamentárias, frente aos problemas atuais¹. Para tanto, deve-se observar os cenários econômicos, sociais e políticos que estão delineados, seja no plano interno e internacional.

A questão central neste esforço acadêmico é demonstrar a necessidade de se verificar as relações entre as crises econômica e financeira, *déficit* orçamentário e a necessidade de manutenção da proteção dos direitos e garantias fundamentais para o ano de 2021.

Isto porque, diferentemente de tudo o que a humanidade enfrentou no Século XXI, uma nova variação do coronavírus causou impactos em todo o globo terrestre em questão de poucas semanas. A situação é tão séria que já há pesquisas demonstrando que o mundo está diante da “coronacrise”, tal como lecionado por Mello *et al* (2020).

Como era de se esperar a coronacrise trouxe diversos impactos sobre a sociedade e a economia brasileira, o que causa espanto entre os pesquisadores exemplificados

1 Na verdade, os mitos não são apenas narrativas sobre a origem do homem, das coisas da natureza, do mundo. Eles também falam sobre aspectos da condição-humana, como o fato de ser mortal e sexuado, de viver em sociedade e ter de trabalhar para sobreviver, da necessidade de regras de convivência (CHALITA, 2019, p. 21).

por Yuval Harari (2020), Noam Chomsky (2020) e Marcos Lisboa (2020) é como esse tema ainda é tratado como uma causa secundária, sem a devida dimensão, por agentes governamentais.

O planeta e as pessoas que nele habitam formam um ecossistema frágil que precisa ser protegido. “Se um vírus perigoso conseguir penetrar essa fronteira em qualquer lugar do mundo, ele colocará toda a espécie humana em perigo” (HARARI, 2020, p. 2). Ainda, o historiador israelense Yuval Harari (2020) descreveu que a atual pandemia causada por uma espécie de coronavírus atingiu, em questão de poucos dias, todo o mundo, como em um filme de ficção científica ou, para milhões de pessoas que perderam entes queridos, uma película de horror.

À COVID 19, forçou, em maior ou menor medida, ações de isolamento social, suspensão ou cancelamento de viagens, e o medo tornou-se uma constante no dia a dia das pessoas em praticamente todos os países. Governos posicionaram-se contra ou a favor de medidas sanitárias internacionais, mas ninguém, escapou de se adaptar a maior pandemia do início do século XXI.

No dia 11 de março de 2020, foi decretada a condição de pandemia mundial pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e, por causa do índice internacional de contaminação, devido à COVID 19, foram acionados os mais rígidos protocolos internacionais para o combate a essa doença pela sociedade internacional, até mesmo, proibindo-se a circulação de bens e pessoas entre os países, verificando-se que “*perante a crise pandémica, têm dificuldade em pensar a exceção em tempos excepcionais*” (SANTOS, 2020, p. 12).

O Ministério da Saúde brasileiro (2020), no dia 21 de novembro de 2019, uma nova cepa do coronavírus foi encontrada na cidade de Whuran na China, uma região de grande produção industrial e, na velocidade da globalização, em um pouco mais de dois meses, alcançou todos os países do mundo e continua aumentando exponencialmente, até o presente momento. Esta moléstia trouxe consigo um perigo adicional em relação ao sistema de saúde brasileiro que, além de pauperizado, não continha o número mínimo de aparelhos respiradores necessários para atender as pessoas que necessitassem de tratamento.

No cenário brasileiro, mais de cento e setenta e cinco mil mortes causadas pela pandemia em razão da COVID 19 no final de 2020, além da contaminação de mais de dois milhões de pessoas que podem necessitar, a qualquer momento, de atendimento médico hospitalar. O Brasil é o segundo país com maior número de mortes no mundo, conforme as pesquisas da Organização Mundial da Saúde (OMS). O medo está presente e crescente no cotidiano das pessoas!

Ainda quanto aos efeitos sanitários da COVID 19 no Brasil, a taxa de mortalidade é de 19,9% para cada cem mil pessoas, tal como informado pelos dados do Ministério da Saúde², sendo que, pela mesma pesquisa, os óbitos na Região Nordeste é de vinte e três

² Dados do Ministério da Saúde – **COVID 19 – Painel Coronavírus**. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br/>. Acesso

por 100.000 habitantes e nos Estados-membros do Norte brasileiro é de 42 para cada cem mil pessoas.

O cenário é complexo e, a cada momento, é sentido a ampliação dos problemas econômicos, financeiros e, sobretudo, sociais. Como reflexo, ocorre uma crescente alta do desemprego e, por consequência, graves problemas comunitários estão sendo presenciados pela maioria da população brasileira, além disso milhões de brasileiros, principalmente trabalhadores informais, estão sendo empurradas para a linha da pobreza extrema.

A pobreza material nos obriga a soluções que, muitas vezes, escampam da compreensão de quem tem mais sorte ou competência produtiva na vida. Mas, o que na cega área compreendermos a pobreza material, e que faz parte, infelizmente, da bateria de mentiras morais contemporâneas das pessoas que se dizem voltadas para os menos favorecidos, é a presunção com a qual julgamos quem precisa "se virar" para viver (PONDÉ, 2019, p. 94).

Enfocando, esta parte da pesquisa buscará demonstrar os principais reflexos sociais e econômicos que atingem o Brasil no ano de 2020 principalmente com a utilização de dados orçamentários oficiais primários, com a finalidade de se revelar a necessidade de uma (re)discussão da função do orçamento estatal para a construção de políticas públicas e a concretização de direitos e garantias fundamentais em 2021, porque "estamos presenciando nos últimos dias uma crise de proporções inimagináveis, sem prazo para acabar e que certamente entrará para a história como um grande marco" (SANCHES, 2020, p. 1).

O filósofo Luiz Felipe Pondé sintetizou a atualidade, com a frase: "uma agenda para o contemporâneo é um ato de coragem!" (2019, p.20). A estrutura estatal está sobrecarregada. O Mercado parcialmente esvaziado. Porque, devido ao isolamento social, a indústria e o comércio estão em queda, no Brasil, somente o agronegócio se mantém lucrativo³, até parece que voz de Cassandra chega aos ouvidos da população brasileira, com previsões que podem ser nefastas, mas devem ser analisadas.

O cenário econômico que se projeta na esteira da atual pandemia aponta para um ambiente de profunda e generalizada crise. De modo distinto do colapso econômico de 2008, que repercutiu primeiro no setor financeiro e em alguns países e se espalhou em diferentes velocidades ao redor do mundo e da economia, os impactos da Covid-19 surgem simultaneamente nas diversas partes do globo e nos vários setores da produção (RODRIGUES, 2020, p. 12).

É forçoso reconhecer que o rol de dificuldades enfrentadas, no ano de 2020, gerará problemas para a nação brasileira devido ao fato de que, sem se concretizar as relações de consumo, há uma diminuição de arrecadação de tributos e, em situação tautológica, ao se minimizar as relações empresariais, tornam-se indisponíveis numerários

em: 12 jun. 2020.

3 Observatório Nacional Sesi/Senai. Boletim de prospectiva e mercado de trabalho n. 10, 05 setembro de 2020.

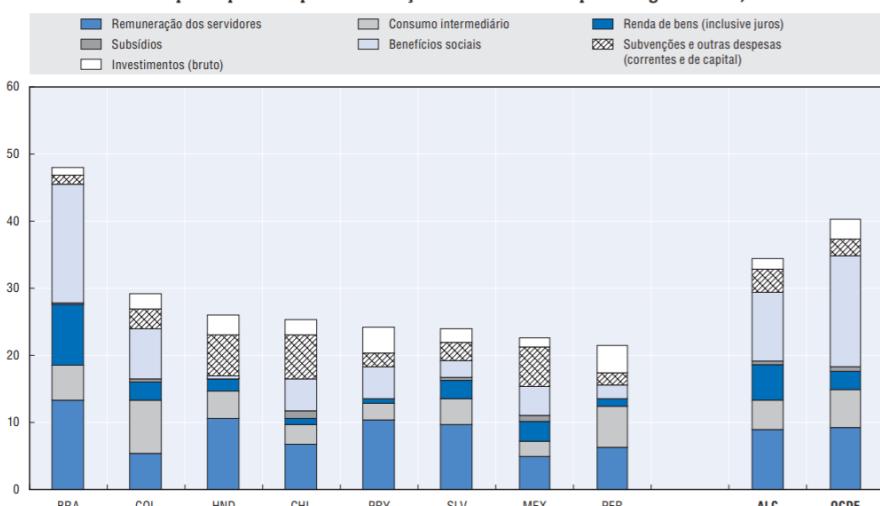
para os investimentos sociais estatais que, por sua vez, podem diminuir as relações de consumeristas.

Os desafios para a superação da crise são enormes e as decisões tomadas pelo governo definem não apenas a velocidade da retomada, mas também as consequências na profunda desigualdade social do país. Para responder se o país sairá melhor da pandemia, é preciso saber o que (não) está sendo feito para resolver os problemas (DIEESSE, 2020, p. 1).

Nesta situação, lembra-se que “os direitos não nascem em árvores”, como lecionou Flávio Galdino (2005, p; 15), logo a dimensão econômica não pode ser dissociada da aplicação do Direito, mas, também, as construções dos direitos essenciais não podem ser colonizadas pelas leis de mercado, o que se propõe é que existe uma conexão das relações de arrecadação e as condições para investimentos estatais sociais no Brasil.

A questão dos custos de manutenção das atividades governamentais no Brasil pode ser também observada na pesquisa comparativa realizada pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), sobre os percentuais de despesas em relação ao Produto Interno Bruto (PIB) de diversos países:

2.19. Despesas públicas por classificação econômica como porcentagem do PIB, 2017



Fonte: dados referentes aos países da ALC: base de dados de Estatísticas das Finanças Públicas do FMI (GFS). Dados referentes à média da OCDE: Estatísticas das Contas Nacionais da OCDE (base de dados).

StatLink <https://doi.org/10.1787/888934173623>

OCDE/2020, p.69

Dois pontos chamam a atenção, neste recorte, da pesquisa da OCDE; o primeiro o alto grau das despesas realizadas pelo Brasil em comparação com os demais países; o segundo os percentuais concentrados de despesas, fato que causa dificuldades de realização de investimentos sociais, tendo em vista a necessidade de realização de

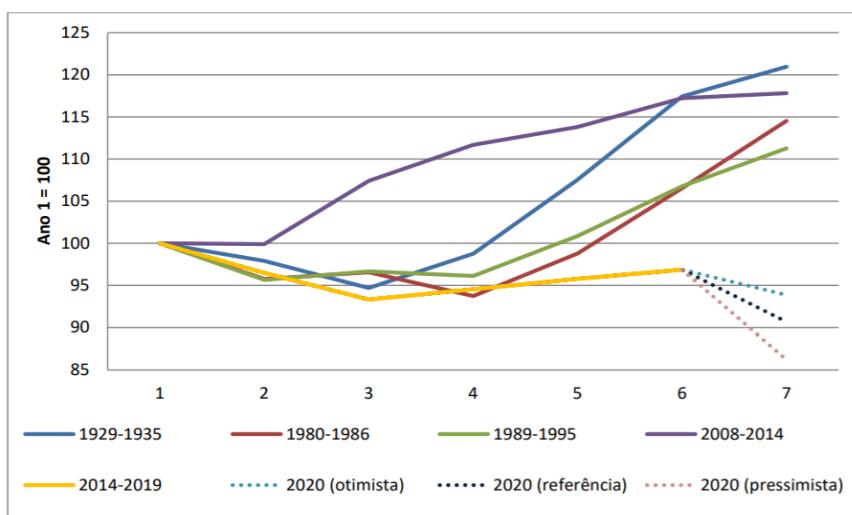
adimplementos de despesas obrigatórias como pagamento de folha dos servidores e pagamento dos juros da dívida pública.

Para fins conceituais, nesta pesquisa, os direitos fundamentais são aqueles previstos de forma expressa ou implícita no texto da Constituição e políticas públicas são projetos ou programas estatais e/ou governamentais em prol da efetivação de algum direito essencial. “As políticas públicas dependem, no mais das vezes, com maior ou menor intensidade de recursos públicos para se viabilizarem, razão pela qual se materializam as leis orçamentárias” (CONTI, 2020, p. 250).

A lição tanto do Direito Financeiro, quanto do ponto de vista orçamentário é que as políticas públicas e os direitos fundamentais dependem de incentivos públicos, porém não estão subordinadas às condições financeiras estatais. O que deve ocorrer é um equilíbrio entre os meios e os fins utilizados por agentes públicos, para que as políticas públicas sejam efetivadas.

Não se deve olvidar que além das previsões sobre o orçamento público previstas na Constituição, o Brasil adotou um vigoroso arcabouço jurídico de proteção ao erário e de responsabilidade fiscal, sendo exemplificado na Lei de Responsabilidade Fiscal, comando jurídico delimitador, inclusive, dos direitos e garantias fundamentais em caso de recorrentes déficits orçamentários.

Contata-se, há uma crise de dimensão global, demonstrando um processo irreversível de internacionalização das relações particulares e públicas, na relação em que se “globalizou as questões sociais, requer formas hodiernas de solidariedade que correspondam aos desafios que lhe são peculiares” (LORENZO, 2010, p. 148). Causando quase que indistintamente uma diminuição do Produto Interno Bruto dos países.

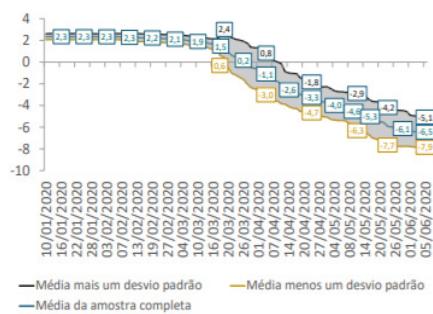


Rodrigues, 2020, p. 18

Pela imagem acima se torna cristalina a informação de que o novo coronavírus é um sério obstáculo para todas as economias do mundo. Além da perda financeira o maior desafio será manter a prestação de políticas públicas e efetivar direitos fundamentais como saúde e educação, por exemplo. Ressaltando, novamente, todos os direitos prescindem de recursos.

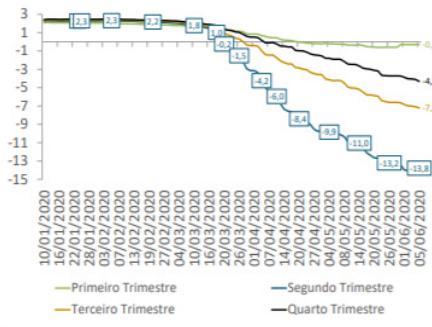
A COVID 19 paralisou, além das áreas de saúde, toda a economia fazendo com que as previsões sobre o Produto Interno Bruto que, em sentido amplo, é a soma de tudo que é produzido no Brasil, estão em aguda queda, trazendo problemas para as esferas públicas e privadas, tal como demonstra o gráfico comparativo do Instituto de Pesquisas Aplicadas (IPEA).

GRÁFICO 1
Expectativa de mercado para o crescimento do PIB em 2020
(Em %)



Fonte: Banco Central do Brasil (BCB).
Elaboração: Grupo de Conjuntura da Dimac/Ipea.

GRÁFICO 2
Expectativa de mercado para o crescimento do PIB em 2020, por trimestre¹
(Em %)



Fonte: BCB.
Elaboração: Grupo de Conjuntura da Dimac/Ipea.
Nota: ¹Em relação ao mesmo trimestre do ano anterior.

IPEA/2020

Além da queda do PIB o quadro apresentado deixa inequivocamente expresso que o Brasil está atingindo patamares perigosos de endividamento público, o que significa riscos iminentes para o desenvolvimento nacional, a construção de políticas públicas e a concretização dos direitos e garantias fundamentais. Isto porque as mesmas necessitam de recursos financeiros para se viabilizar, como lembra Holmes e Sustein (2016).

A COVID 19 ainda expôs, com maior força, as diferenças econômicas e sociais que marcam o Brasil, um país em desenvolvimento que precisa equilibrar previsões constitucionais asseguratórias, como o Sistema de Seguridade Social previsto no artigo 194 da Constituição de 1988 e a realidade em que 13,5 milhões de pessoas estão na linha da pobreza extrema, tal qual mostrou o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Agravando, ainda mais, a situação, o desemprego que está aumentando vertiginosamente,

lançando mais pessoas a penúria, tal como registrou o Jornal Correio Braziliense.

O Ibre calcula que a taxa de desemprego brasileira, que já subiu de 11,2% para 11,6% no trimestre encerrado em fevereiro, antes da pandemia, pode subir para 12,9% em março, diante do primeiro choque da crise do coronavírus. Isso elevaria de 12,3 milhões para 13,6 milhões o número de desempregados em apenas um mês. Mas, como a paralisação de boa parte dos negócios brasileiros vai se estender por abril, o Ibre calcula a taxa em 16,1% no segundo trimestre, com 17 milhões de desempregados (BARBOSA, 2020, p. 2).

Em setembro de 2020, mais de 860,5 mil pessoas perderam seus trabalhos formais, logo milhões de cidadãos perderam renda formal em meio à pandemia, tal qual descreveu o Observatório de Prospectiva e Mercado de Trabalho em pesquisa publicada no mês de junho deste ano. Agravando a situação de crise, o número de trabalhadores informais aumentou consideravelmente por causa da crise financeira, acentuada pelo coronavírus, que elevou o número de desempregados. Sendo que esta categoria já atingiu a casa de 38 milhões de pessoas no Brasil, segundo a agência governamental EBC (2020). Esta situação é constatada por meio de nota técnica do Ministério da Economia da seguinte maneira:

As projeções da Secretaria de Política Econômica apontam para queda de 4,7% no PIB em 2020. A cada semana que a economia permaneça com restrições de movimentação de bens, serviços e pessoas, há uma perda imediata de R\$ 20 bilhões, além das perdas crescentes em PIB de longo prazo e na dificuldade de recuperação, tornando os custos incalculáveis, levando milhões de trabalhadores ao desemprego, milhões de famílias para baixo da linha da pobreza e à falência de um número substancial de empresas (BRASILc, 2020, P. 6)

Também por causa da pandemia, foi possível sentir os efeitos da “Cruel Pedagogia do vírus”, teorizada pelo sociólogo Boaventura de Sousa Santos (2020) que fez uma série de questionamentos que deverão ser respondidos, para que a atual crise seja efetivamente superada.

No entanto, o regresso à «normalidade» não será igualmente fácil para todos. Quando se reconstituirão os rendimentos anteriores? Estarão os empregos e os salários à espera e à disposição? Quando se recuperarão os atrasos na educação e nas carreiras? Desaparecerá o Estado de exceção que foi criado para responder à pandemia tão rapidamente quanto a pandemia? Nos casos em que se adoptaram medidas de proteção para defender a vida acima dos interesses da economia, o regresso à normalidade implicará deixar de dar prioridade à defesa da vida? Haverá vontade de pensar em alternativas quando a alternativa que se busca é a normalidade que se tinha antes da quarentena? Pensar-se-á que esta normalidade foi a que conduziu à pandemia e conduzirá a outras no futuro? (SANTOS, 2020, p.30).

As preleções da pedagogia do vírus já estão sendo experimentadas no Brasil e as

respostas para os questionamentos precisam ser dadas rapidamente, porque uma grande parte da população brasileira está na faixa da pobreza ou, ainda pior, na pobreza extrema.

Seguindo, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico ou (OCDE), um dos organismos das Nações Unidas, no final de 2019, o Brasil figurava como a sexta maior economia do mundo. Porém, com a pandemia do coronavírus. A OCDE vaticina que todos os países, em 2020, experimentam grandes dificuldades. “*La propagación de Covid-19 ha sacudido la vida de las personas en el mundo enterode una manera extraordinaria, amenazando la salud, interrumpiendo la actividad económica y perjudicando el bienestar y el empleo*” (2020, p 2).

Os efeitos da pandemia são tão agudos que, no Brasil, foi aprovada a emenda à Constituição número 106/2020, buscando “instituir o regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia”, proporcionando acesso a um orçamento público específico para o combate a COVID 19. Causando, inclusive, espanto nos estudiosos do orçamento público.

A contradição não poderia ser mais gritante. Como é possível que um Estado supostamente falido, que precisava até ontem fazer ajustes fiscais cada vez mais agressivos por “falta de dinheiro” agora “descubra” uma fonte ilimitada de recursos para lidar com a situação de pandemia e depressão econômica? Como pode a taxa de juros referencial ter caído ao mesmo tempo em que o governo anunciou o descompromisso com o equilíbrio fiscal? Não era o endividamento público que impedia a taxa referencial de cair? De onde veio o dinheiro para tanto estímulo à economia? (CONCEIÇÃO; DALTO, 2020, p. 3).

A seriedade do tema é solar ao se notar o nome que foi dado pelos congressistas - PEC de Guerra. Sendo que o montante de recursos disponibilizado pela União ultrapassa o valor de mais de 605 bilhões de reais. A crise financeira e orçamentária é tão severa que já se espera mais de noventa por cento de endividamento da União em relação ao Produto Interno Bruto (PIB)⁴, segundo análise feita pelo Insper (2020).

Com isso é provável que o Estado brasileiro tenha ainda mais dificuldade de realizar pagamentos correntes e obrigatórios, tais quais, o adimplemento de sua folha de pagamento, a compra de insumos ou a realização de contratações indispensáveis. Outro risco é que o país não consiga tomar empréstimos nos mercados com juros mais razoáveis, dificultando a realização de atividades estatais. Bem como, ainda, é projetado uma maior sobrecarga da dívida bruta para os próximos anos gerando insegurança sobre a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, principalmente sobre os direitos sociais.

A constituição Cidadão estabeleceu uma série de objetivos, direitos, garantias e deveres que precisam atingir a sua efetividade, pelo simples fato de haver a previsão do artigo 5º, §1º que aduz “direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”

4 O produto interno bruto nada mais é que uma medida que agrupa inúmeras outras. Para entender sua mensuração é importante compreender uma identidade básica na economia entre renda, produção e consumo. Essa identidade determina as várias formas, ou óticas, do PIB. Nos livros textos de economia, o exemplo básico para se compreender a intuição dessa identidade é o do processo de produção de uma mercadoria final específica (RODRIGUES, 2020, p. 5).

(BRASIL, 2020, p. 4). Em alinhamento, é necessária a responsabilidade fiscal do Estado Brasileiro, para a manutenção de prestações positivas, em direitos como saúde, educação e segurança, por exemplo.

Também há de se considerar que o valor de mais de 485, 25 bilhões de reais suplementou o orçamento federal, especificamente no combate a COVID 19, portanto, essencialmente, na área da saúde e assistência social brasileira. Ainda, é perceptível que mais do que a metade dos recursos já foram empenhados, ou seja, comprometidos com alguma ação planejada, com as seguintes ações públicas.



Fonte: Siga Brasil/2020⁵

Nota-se, ainda pela imagem acima, que há uma descentralização e desconcentração dos recursos públicos, envolvendo os entes federados e, também, organizações sociais que estão engajadas no combate à COVID 19, fortalecendo o liame constitucional do Federalismo Cooperativo.

Rememora-se, o fato de que o Estado brasileiro, especialmente, a União, vem disponibilizando recursos e esforços para superar este momento de pandemia, contudo, os números de pessoas contaminadas e/ou ceifadas não param de aumentar perigosamente, como já comentado.

De tal modo, é um ponto positivo que, em meio a uma crise, a União conseguiu transferir R\$ 63,15 bilhões de reais para os Estados-membros e os Municípios, proporcionando condições iniciais para o enfrentamento da COVID 19, como a compra de equipamentos, contratação de profissionais da área da saúde e a realização de ações assistenciais.

Dois fatos dificultadores do ambiente interno atual foram que apesar de dissidências políticas o Poder Executivo Federal foi preponderante para a manutenção da viabilidade financeira dos Estado-membros, Municípios e do Distrito Federal; bem como também

⁵ O Siga Brasil é um portal orçamentário mantido pelo Senado Federal. A sua função é realizar o acompanhamento em tempo real da utilização dos recursos públicos federais.

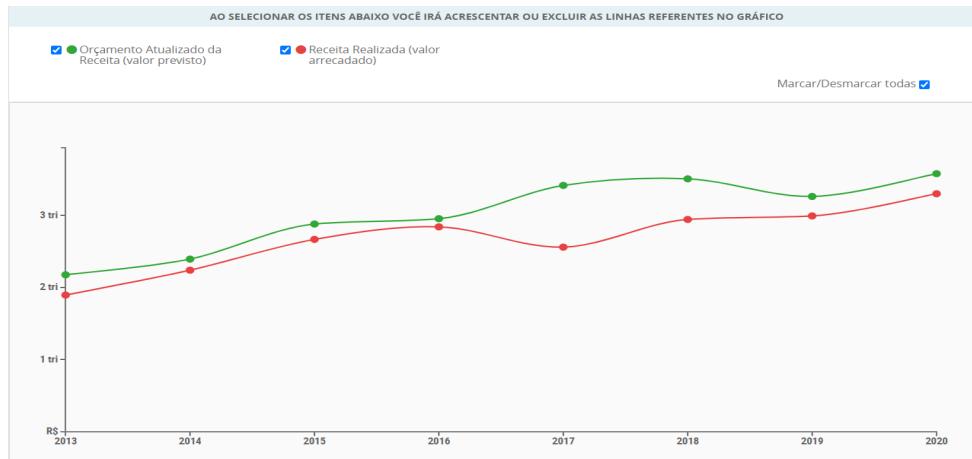
foram essenciais as ações assistências que transferiram bilhões de reais para os mais necessitados, ainda que de forma transitória.

Sobre a pandemia causada pela COVID 19, o filósofo Giorgio Agamben lecionou: “o medo é mau conselheiro, mas revela muitas coisas que fingimos não ver” (2020, p.2), tendo como exemplo, os problemas na área da saúde pública brasileira, ou mesmo, as dificuldades de se cumprir as competências constitucionais que fazem parte do conceito de federalismo assimétrico que desarranja a República por meio da concentração poderes desproporcionais em um ente federado, especificamente, no caso do Brasil, na União, tal como demonstra a história constitucional brasileira e apontado pelo gráfico a seguir.



Fonte: Siga Brasil/2020

Percebe-se, pelo apontamento acima, a distribuição interministerial de recursos, todos voltados para o combate a COVID 19 e aos seus efeitos na sociedade brasileira. Registra-se, as decisões governamentais são necessárias para o enfrentamento da pandemia, proteção das políticas públicas e concretização dos direitos fundamentais neste momento, contudo, também geram, ainda mais, déficit orçamentário que será enfrentado em 2021, tal como indica a queda de arrecadação de recursos públicos demonstrado pelo portal da transparência do Poder Executivo Federal.



Fonte: Portal da Transparência do Poder Executivo Federal/2020

A queda de arrecadação da União é um demonstrativo dos problemas financeiros que o Poder Federal e os demais entes federados estão enfrentando e que provavelmente serão amplificados no ano de 2021, por causa das dificuldades enfrentadas pelos diversos setores da economia nacional.

Aqui se encontra o problema. Menos arrecadação e mais gastos levarão inexoravelmente ao desequilíbrio das contas públicas, a qual será mais acentuada nos Estados e Municípios, pois, por um lado, terão mais gastos, uma vez que o atendimento de saúde pública é feito primordialmente nesse âmbito federativo, e, por outro, sua arrecadação é fortemente centrada na circulação de bens (ICMS) e serviços (ISS), fortemente impactados (SCAFF, 2020, p.2).

Esse ponto é nevrágico no sentido de ser imprescindível para a utilização de recursos públicos na manutenção de políticas públicas e para a concretização dos direitos fundamentais, seja de maneira positiva como, por exemplo, o aporte financeiro, ou negativo com a atribuição de isenções ou imunidades tributárias.

Incrementando a atual crise, os problemas jurídicos tendem a aumentar porque, até o início de dezembro de 2020, na Câmara dos Deputados Federais, há 6.758 projetos⁶ e, no Senado Federal, 3.980 projetos legislativos⁷ que contemplam praticamente todas as espécies legislativas previstas no artigo 59 da Constituição Cidadã, gerando a percepção de insegurança e, também, de possíveis distorções legislativas.

6 Câmara dos Deputados Federais. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/banca-portal?contextoBusca=BuscaProposicoes&pagina=1&order=relevancia&abaEspecifica=true&q=COVID%2019&tipos=PEC,PLP,PL,MPV,PLV,PDL,PRC,REQ,RIC,RCP,MSA,INC>. Acesso em 10 junho de 2020.

7 Senado Federal. Disponível em: [https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&materia_WAR_atividadeportlet_p=1&_materia_WAR_atividadeportlet_tipo=&_materia_WAR_atividadeportlet_ano=2020&_materia_WAR_atividadeportlet_numero=&_materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=&_materia_WAR_atividadeportlet_btnSubmit=&_materia_WAR_atividadeportlet_autor="](https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias?p_p_id=materia_WAR_atividadeportlet&p_p_lifecycle=0&materia_WAR_atividadeportlet_p=1&_materia_WAR_atividadeportlet_tipo=&_materia_WAR_atividadeportlet_ano=2020&_materia_WAR_atividadeportlet_numero=&_materia_WAR_atividadeportlet_palavraChave=&_materia_WAR_atividadeportlet_btnSubmit=&_materia_WAR_atividadeportlet_autor=). Acesso em 12 junho de 2020.

A preocupação jurídica torna-se mais palpável quando se faz a conta de que há 4.648 (quatro mil seiscentos e quarenta e oito) projetos legislativos em tramitação na esfera federal. Sendo que uma ilação possível é que, caso o Congresso Nacional, ou seja, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal analisassem e aprovassem cem projetos por mês, somente ao final de mais de três anos (46.48 meses), todos as ações legislativas seriam implementadas.

Como registro pontual desta situação, o número médio de dias úteis no Brasil por mês é de 20 dias, logo seria necessário que, em cada dia de trabalho parlamentar, seria forçosa a aprovação de cinco projetos, envolvendo as fases de apresentação, discussão, votação e promulgação.

Esta é uma situação complexa, tendo em vista, primeiro, a situação de instabilidade econômica que reverbera dificuldades sociais que aumentam as dificuldades políticas e tensões entre alas governamentais e de oposição no Congresso Nacional, sendo um exemplo, a devolução de uma medida provisória ao Poder Executivo, pela Presidência do Congresso Nacional no dia 10 de junho de 2020⁸.

Há de se reconhecer que, além dos números legislativos federais, há competências legislativas estaduais e municipais, como por exemplo, a declaração de calamidade pública que eleva potencialmente o número de alterações legislativas possivelmente na casa das dezenas de milhares. Os problemas dessa alta produção legislativa podem ser divididos em duas questões, uma que é a qualidade da legislação produzida às pressas, o que será alvo de intensos debates jurídicos e judiciais e, o segundo, há ainda mais distanciamento entre a declaração de direitos e a sua efetividade jurídica.

A situação excepcional em que vivemos reclama interpretações condizentes, mas não permite seja contrariado o texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Parece mais do que razoável e clara a manutenção da legalidade, mesmo em situações de crise. E isso foi feito por todas as Nações, ainda que em épocas tão duras quanto (HEINEN, 2020, p. 35).

Um último ponto que não deve ser olvidado é que apesar de um amplo espectro de dispositivos constitucionais com previsões expressas e implícitas sobre a Administração Pública, até mesmo com leis de combate a corrupção, tal como a Lei 8.429 de 1992, sobre a responsabilização por atos de improbidade e Lei 12.846 de 2013, que possibilita a imposição de sanções às pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção, entre tantas outras, a Federação da Indústria de São Paulo (FIESP), “aponta que o custo médio anual da corrupção no Brasil representa de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), ou seja, gira em torno de R\$ R\$ 41,5 bilhões a R\$ 69,1 bilhões” (2018, p. 2). Isto posto, a

⁸ Rádio Senado Federal. O presidente do Congresso, Davi Alcolumbre (DEM-AP), devolveu a Medida Provisória 979, que permitiria a nomeação de reitores de universidades públicas e institutos federais sem consulta prévia ou lista tríplice. Alcolumbre disse que a MP fere a Constituição. O senador Randolfe Rodrigues (Rede-AP) classificou a MP de antidemocrática e intervencionista. Até o vice-líder do governo, senador Chico Rodrigues (DEM-RR), apoio à devolução da MP.

sociedade brasileira é privada de acesso a escolas, hospitais e segurança pública, devido à apropriação de recursos de forma escusa por agentes públicos e privados que precisam ser controlados.

Em síntese, o momento é de uma anormalidade aguda, que afeta diversas áreas da sociedade brasileira, podendo ser resumida na constatação de que a COVID 19 potencializou os problemas econômicos, jurídicos, políticos e sociais. As dificuldades são complexas e o seu efeito concreto pode ser reduzido à constatação de que há milhões de pessoas no Brasil que estão literalmente passando fome no Brasil. A grande questão é o que se pode fazer frente a tamanhos problemas que devem ser enfrentados com olhos nos pilares da boa governança pública, ou seja, avaliar, monitorar e direcionar a utilização de recursos públicos, financeiros e/ou humanos.

Os cenários apresentados são graves, preocupantes e não podem ser deixados de lado para que não haja consequências, tais quais foram levantadas pela mitológica Cassandra e quando foram ignoradas levaram a destruição de Tróia.

3 I ORÇAMENTO PÚBLICO 2021 E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

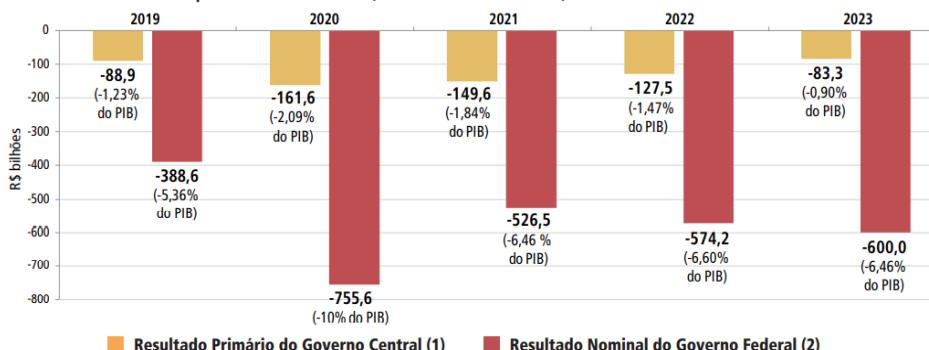
Frente a constante crise nacional e internacional, é necessário reconhecer “que as contas públicas brasileiras vão de mal a pior todos nós sabemos. Mas o cenário não para de piorar” (ABRAHAM, 2019, p.189), sendo está também a constatação feita pelo Ministério da Infraestrutura em nota técnica com as seguintes ponderações:

As consequências da pandemia Covid-19 no Brasil são avassaladoras: grande número de mortes, economia em queda e mudanças radicais no modo como nos relacionamos com os outros. Os efeitos sobre a economia brasileira a médio e longo prazo, no entanto, são ainda difíceis de antecipar completamente. Há várias hipóteses na mesa, como depressão prolongada, recuperação em “U” e ou em “V” (INFRAESTRUTURA, 2020, p.1)

O que ocorre é que com a coronacrise o erário brasileiro está ainda mais combalido, sendo, necessário acompanhar as escolhas de alocação de recursos para a proteção dos direitos fundamentais, tal qual indica a análise das metas fiscais a seguir.

1. METAS FISCAIS

Resultados Fiscais no período 2019 - 2023 (R\$ bilhões e % do PIB)



■ Resultado Primário do Governo Central (1) ■ Resultado Nominal do Governo Federal (2)

Fontes: IBGE (PIB 2019), Relatório Focus (Nominal 2020), Apresentação PLDO 2021 (Primário 2020), PLDO 2021 (Demais dados).

(1) Receitas primárias menos despesas primárias do Governo Central; não inclui as empresas estatais federais não dependentes.

(2) Resultado primário menos juros nominais; inclui as empresas estatais federais não dependentes, exceto as dos Grupos Petrobras e Eletrobras.

Os valores absolutos para os Resultados Nominais 2020-2023 foram calculados

Ministério da Economia/2021

A análise do Ministério da Economia projetou um resultado negativo nominal acumulado, entre os anos de 2019 a 2023, de mais 2.854,30 (dois mil oitocentos e cinquenta e quatro e trinta) por cento, em termos gerais, este fato demonstra a dificuldade da União em manter a responsabilidade fiscal necessária para a realização de investimentos sociais, tais quais, saúde, educação, segurança, etc.

Em termos constitucionais, o orçamento público é o conjunto de receitas e despesas utilizados pelos entes estatais, para desempenhar as suas atividades. Por expressa previsão da Constituição Cidadã, em seu artigo 165, o ciclo orçamentário, em todo os entes federados, ocorre com o Plano Plurianual (PPA), com vigência de quatro anos, a Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA), vigorando cada uma por um ano. Todas sendo leis de iniciativa do Poder Executivo e aprovadas democraticamente pelas instâncias parlamentares.

A instituição do orçamento público faz parte da evolução do próprio Estado Ocidental, situação em que houve a separação do patrimônio público e privado e o estabelecimento de estruturas orgânicas, com competências constitucionais próprias, tal quais os movimentos constitucionalistas, as previsões orçamentárias vem ganhando relevância e se tornaram um direito fundamental, contando com amplo reconhecimento constitucional⁹, tal qual

9 As reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do TRT 1ª Região que resultaram em bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores administrados pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro para atender demandas relativas a pagamento de salário de servidores ativos e inativos, satisfação imediata de créditos de prestadores de serviços e tutelas provisórias definidoras de prioridades na aplicação de recursos públicos traduzem, em seu conjunto, ato do poder público passível de controle pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental (...). Expropriações de numerário existente nas contas do Estado do Rio de Janeiro, para saldar os valores fixados nas decisões judiciais que alcancem recursos de terceiros, escriturados contabilmente, individualizados ou com vinculação orçamentária específica implicam alteração da destinação orçamentária de recursos públicos e

lecionou Fernando Scaff (2019).

O orçamento público alcançou na atualidade a condição de protetor da dignidade da pessoa humana – um fundamento expresso da República brasileira - uma vez que, financia políticas públicas e possibilita o acesso a direitos essenciais pela população, principalmente os mais necessitados, segundo as lições de Antônio Suxberger e Rodrigo Lemos (2020).

As leis orçamentárias estão no centro da ideia do Estado Democrático de Direito, primeiro porque representam as escolhas populares e governamentais sobre as prioridades estatais e, na mesma medida, estas espécies normativas alocam recursos para a consolidação de políticas públicas e de direitos e garantias fundamentais, tendo, até mesmo, o Supremo Tribunal Federal (STF), na ADI-MC 4048-1/DF, se manifestado na direção de que: “a lei materialmente mais importante do ordenamento jurídico logo abaixo da Constituição” (STF, 2020, p. 92).

Doutrinariamente, “o orçamento público é, de fato, a lei que prevê (estima) as receitas e fixa as despesas para determinado período (exercício financeiro” (RAMOS FILHO, 2020, p.480). Portanto, as leis orçamentárias são documentos jurídicos que visam estabelecer constitucional e legalmente a relação do erário com os investimentos financeiros necessários.

O orçamento, diferentemente do que na realidade acaba ocorrendo, é *locus* que delineia as ações do Estado para a realização da felicidade dos indivíduos e, portanto, da comunidade. Por meio desse instrumento, a sociedade expressa as suas vontades, os seus interesses mais básicos e que possibilitam que as pessoas, individualmente, alcancem ao menos a possibilidade de concreção de suas potencialidades humanas (SUXBERGER; LEMOS, 2020, p. 105).

Também, não se deve perder de vista, o clássico ensinamento de que “o orçamento já não é apenas político: tende a envolver toda a economia nacional e o setor privado (BALEIRO, 1969, p. 408). Notório o conceito lançado porque os instrumentos orçamentários têm o condão de incentivar ou desestimular determinada conduta, pública ou privada. Exemplificadamente, o mesmo se torna um aparelho de efetivação de uma política pública, como por exemplo, o “Minha Casa, Minha Vida” e de direitos fundamentais, como o acesso à moradia.

Ainda, segundo Aliomar Baleiro (1969)¹⁰, o orçamento público tem funções jurídica, política, econômica e técnica, atendendo a diversas dimensões em que é necessário para atender as necessidades sociais e estatais. Acresce-se a lição clássica à finalidade

remanejamento de recursos entre categorias de programação sem prévia autorização legislativa, o que não se concilia com o art. 167, VI e X, da Constituição da República. A aparente usurpação de competências constitucionais reservadas ao Poder Executivo – exercer a direção da administração – e ao Poder Legislativo – autorizar a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro – sugere lesão aos arts. 2º; 84, II; e 167, VI e X, da Carta Política. [ADPF 405 MC, rel. min. Rosa Weber, j. 14-6-2017, P, DJE de 5-2-2018.]

¹⁰ Registra-se que foi utilizada a segunda edição da clássica obra de Aliomar Baleiro como referência, por sua relevância doutrinária e por não ter substancial alteração na edição atual.

democratizadora do ciclo orçamentário (PPA, LDO, LOA), que prescinde da interação política e da participação popular nas audiências públicas para o seu direcionamento e, por consequência a sua aprovação.

O ponto acadêmico destacado é que, para aprovação do orçamento público, são feitas escolhas democráticas sobre a alocação de recursos. A Constituição Cidadã estabelece limites mínimos para investimentos em saúde e educação, além de diversos parâmetros para a execução orçamentária, como o teto de gastos¹¹ e, também, as emendas impositivas e, logo, obrigatórias¹². Porém, deixa espaço, ainda que pequeno, para escolhas, por parte dos envolvidos.

O orçamento materializa instrumento de concretização de políticas públicas idealizadas e conformadas nas possibilidades e disponibilidades financeiras com o aval dos representantes do povo e, muitas vezes, com a participação direta da população. Esse último ponto deveria ser uma realidade em maior extensão e com mais intensidade pelo Brasil afora, em favor de uma maior atenção ao componente democrático em sua dimensão participativa (SUXBERGER; LEMOS, 2020, p. 103).

Sendo o orçamento um instrumento de multifuncionalidade, ele visa, em última instância, financiar as ações estatais em prol da população, devendo ser percebida a sua dimensão concretizadora dos direitos fundamentais e também promotora de um ambiente democrático¹³.

Tal como ocorrem discussões científicas sobre o conteúdo e amplitude do conceito de democracia atual, tendo como exemplo o autor estadunidense Robert Dahl (2012), na execução orçamentária há o desafio de se diminuir o espaço entre a obrigatoriedade de se realização momentos legitimadores com a possibilidade de participação social, como as audiências públicas e a efetiva ação cidadã para a escolha das prioridades públicas.

11 A Emenda Constitucional n.º 95/2016 foi resultado das Propostas 241 e 55, que tramitaram, respectivamente, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, alcançando sua votação final, em segundo turno nesta última casa legislativa, no dia 16 de dezembro de 2016. A partir de então, foram inseridos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) vários dispositivos que implementaram um novo regime fiscal com um limite para os gastos do governo federal, que vigorará pelos próximos 20 (vinte) anos. Esse novo regime valerá, portanto, até 2036, sendo o teto fixado para 2017 correspondente ao orçamento disponível para os gastos de 2016, acrescido da inflação daquele ano. Para a educação e a saúde, o ano-base será este 2017, com início de aplicação em 2018. Qualquer mudança nas regras só poderá ser feita a partir do décimo ano de vigência do regime, e será limitada à alteração do índice de correção anual (MARIANO, 2017, p. 281).

12 Com relação ao orçamento impositivo estabelecido pelas EC 100 e 102, de 2019, o PLDO 2021 manteve grande parte das inovações trazidas à LDO 2020 pelo PLN 2/2020. O projeto prevê que o PLOA 2021 deverá conter reservas específicas destinadas a suportar emendas individuais e de bancadas estadual (emendas impositivas), as quais deverão ser classificadas com indicadores de resultado primários específicas (RP 6 e RP 7). Esses indicadores, diferentemente da LDO vigente, retornam à sua função original de identificar apenas as programações de emendas consideradas impositivas pelo art. 166 da Constituição, uma vez que o projeto não prevê a classificação das emendas de comissão e de relator geral por meio de RPs específicos (art. 7º, § 4º, II, c) (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2020, p. 4)

13 Esse *locus* representado pelo orçamento, nas políticas públicas, formaliza a apresentação das fases ou dos ciclos que identificam a formação da agenda e a formulação e execução da própria política pública dirigida à concreção dos direitos fundamentais. Trata-se, pois, da decisão (e execução) de alocação de recursos para a implementação de garantias e salvaguarda (e fruição) de direitos. A execução do orçamento materializa a política e, após isso, enseja a fase de análise e de avaliação dessas políticas (SUXBERGER, LEMOS, 2020, p. 109).

Frisa-se, novamente, na lição de Dahl (2012) a democracia precisa constantemente de aprimoramento, para que consiga proteger e promover o desenvolvimento das pessoas, da mesma forma o ciclo orçamentário necessita de regulares ajustes para estabelecer a inclusão dos envolvidos e desenvolver constantemente técnicas eficientes de alocação de recursos do erário, buscando se efetivar em um plano concreto o contudo de que “idealmente, o orçamento é o instrumento através do qual se arrecada de toda a sociedade e se gasta em prol de toda a sociedade” (SCAFF, 2019, p. 291).



O valor nominal de mais de 4,3 trilhões de reais é um montante condizente a um país considerado a sexta maior economia do mundo, uma potência exportadora do agronegócio e um mercado desejado por quase todas as redes produtivas do planeta. Contudo, poderia surgir uma dúvida, será que este é um valor que realmente é utilizado? A resposta é encontrada no próximo quadro que aponta a execução orçamentária da União, até o início do mês de dezembro de 2020.



O quadro orçamentário, extraído no dia 02 de dezembro de 2020 comprova que, mesmo em um ambiente de crise, a União vem executando as suas tarefas essências, inclusive, distribuindo recursos financeiros para Estados-membros e os municípios, consoante a ideia de cumprimento do Pacto Federativo.

A verificação dos valores planejados e dos utilizados (executados) assinalam que, no ano de 2020, apesar dos diversos problemas financeiros trazidos pela COVID 19, não ocorreram graves problemas para a utilização do orçamento da União. Porém, diante todos os cenários apresentados, resta uma grande dúvida sobre a capacidade financeira da União, para a manutenção das políticas públicas e dos direitos e garantias fundamentais.

O próprio Poder Executivo Federal, por meio de análise amplamente divulgada, lembrou que, na Lei Orçamentária Anual (LOA), 93,7 por cento do orçamento será indicado para ações vinculadas, como pagamento de juros, previdência social, mínimos constitucionais e emendas impositivas. Ainda, mais preocupante, é a constatação feita pelo mesmo documento público de que, para o ano de 2021, haverá apenas 92,052 bilhões de reais para investimentos discricionários.

Dimensionando para a maioria dos brasileiros, o valor de 92,052 bilhões de reais é uma quantia astronômica, contudo, para um país continental, um dos mais desiguais do mundo, segundo atuais pesquisas da ONU (2020) são poucos recursos para se cumprir objetivos fundamentais da República brasileira previstos no artigo 4º¹⁴ da Constituição Cidadã e efetivar direitos fundamentais como saúde e educação.

Todos os direitos previstos na constituição são considerados tão essenciais que recebem o nome de fundamentais e, segundo Sarlet (2019), possuem formalmente a mesma hierarquia formal, sendo entregues aos seus destinatários por meio de programas e projetos estatais. Assim, é na escolha orçamentária de médio prazo (PPA) ou de curto prazo (LDO e LOA) que são estabelecidas as prioridades governamentais.

O autor Harrison Leite, primeiramente em obra monográfica intitulada “Autoridade da Lei Orçamentária” do ano de 2011 e continuamente em seu livro referência sobre o Direito Financeiro, leciona que o orçamento público é um microcosmos democrático, em que as escolhas dos parlamentares passam a ter força de lei, residindo aí a sua autoridade.

Neste momento, discute-se o que fazer com o dinheiro público, com as poupanças privadas, assim como qual a participação da sociedade em tais assuntos e de que forma estarão seus representantes portando-se de escolha dos melhores caminhos para o desenvolvimento máximo com o mínimo de custos à comunidade (LEITE, 2020, p. 131).

Avançando, no dia 20 de novembro de 2020, o Poder Executivo Federal publicou uma “Nota Informativa”, com os parâmetros positivos para o orçamento público para o ano

¹⁴ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

de 2021, contando com uma rápida recuperação da economia brasileira. Porém, até este momento a previsão é quase isolada, uma vez que não há recuperação clara dos setores produtivos, com a exceção do agronegócio.

Outra contraposição foi elaborada pelo coletivo “Direitos Valem Mais”, sendo que, em uma análise multidisciplinar, buscou demonstrar que caso seja mantida a regra constitucional de teto de gastos nos projetos de LDO e LOA da União para o ano de 2021 ocorrerá sérios danos aos direitos sociais, frente ao aumento da necessidade da população por serviços essenciais como educação e saúde – até porque o Brasil está em meio a uma pandemia-, haverá a necessidade de mais investimentos públicos ou conforme o cálculo daquela entidade social.

Quadro 1

	PLOA 2021 (bilhões/R\$)	PISO MÍNIMO EMERGENCIAL/PROPOSTA
Saúde³	123,8	168,7
Educação	144,5	181,4
Assistência Social	102	305,5
Segurança Alimentar e nutricional⁴	4,2	8,85
TOTAL	374,5 bilhões	665 bilhões

Vidas Valem Mais (2020, p.2)

Uma constatação feita pelo “Vidas Valem Mais” direciona o debate para a qualidade dos serviços públicos que são prestados à população. Infelizmente, quase nenhum dado é realmente muito bom, há *déficits* estruturais e históricos que impedem as melhorias nos índices de desenvolvimento humano no Brasil.

Por todo o exposto, fica demonstrado que o ano de 2021 será de grande dificuldade para toda à Administração Pública, se por um lado as atividades econômicas do Estado possibilitam até a impressão de papel moeda, por outro há uma séria competição entre as políticas públicas e, principalmente, entre os direitos sociais, exemplificados na saúde e educação.

Uma das formas de minorar este problema é aplicar as matrizes teóricas doutrinadas por Fernando Scuff (2019) para quem devem ser revistas ações e atitudes estatais, direcionando a arrecadação de quem pode mais e a distribuição de recursos para quem precisa mais.

O orçamento republicano é aquele que arrecada mais de quem ganha mais ou possui mais bens, e gasta mais com quem ganha menos ou possui menos bens, de modo a garantir que sejam reduzidas as desigualdades sociais e reduzida a pobreza (SCAFF, 2019, p. 291).

Por fim, lembra-se o mito de Cassandra, os problemas estão postos, o objetivo de proteção às políticas públicas e aos direitos e garantias fundamentais está se tornando ainda mais urgente e necessário, assim, frente ao orçamento público de 2021, não se deve realizar “cavalos de batalha” e tão pouco deixar o “Cavalo de Troia” instalar o caos sanitário, social e financeiro no Brasil.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na mitologia grega Cassandra foi uma princesa troiana, sacerdotisa de Apolo e vidente. Mesmo com o dom de prever o futuro ela foi amaldiçoada com a condição de que ninguém acreditava em suas premonições. Com isso, mesmo dizendo aos seus governantes que sua pátria seria destruída, nada foi feito. Como resultado Tróia, nos textos homéricos, foi aniquilada.

Tal como Cassandra que foi portadora de más notícias, os cenários atuais demonstram que a pandemia causada pela COVID 19, exigem a tomada de decisões estatais, sobre as necessidades orçamentárias para a manutenção dos serviços públicos no ano de 2021, devido as crises econômicas, financeiras e, sobretudo, social experimentadas pelo Brasil.

O panorama geral indica maior necessidade da população por serviços públicos essenciais como saúde, educação, segurança e assistência social e, por outro lado, menos recursos públicos disponíveis. Se algo não for feito rapidamente as atividades estatais estarão ainda mais sobrecarregadas em 2021.

A problematização adotada neste trabalho acadêmico foi: haverá recursos financeiros para a manutenção dos serviços públicos no ano de 2021? Para se responder a esta questão foram adotadas as técnicas de revisão bibliográfica e análise dos dados orçamentários federais mantidos pelo Poder Executivo Federal e do Senado Federal, além de fontes internacionais como a OCDE e também de pesquisas acadêmicas já publicadas.

O quadro geral, foi detalhado por documentos públicos e privados demonstram que as atividades financeiras em âmbito internacional e nacional foram fortemente abaladas pela atual pandemia. Praticamente todos os índices produtivos sofreram agudas quedas em 2020. A constatação geral é que a COVID 19 fragilizou o comércio global. No Brasil, como era de se esperar, tal situação ampliou o espectro dos problemas que já eram experimentados por todos.

Ainda, com a diminuição das atividades empresariais o Estado brasileiro perdeu parte considerável de sua fonte de arrecadação, uma vez que, principalmente, por meio da tributação há o financiamento de políticas públicas e são concedidos acessos aos cidadãos a direitos fundamentais como saúde, educação, segurança, etc.

Também, por causa da diminuição da arrecadação o orçamento público se tornou ainda mais escasso. Apesar de o Brasil possuir um numerário público nominalmente vultoso, de mais de quatro bilhões de reais por ano. A realidade de desigualdades é ainda maior,

condição ainda agravada, frente aos déficits históricos de acesso a direitos fundamentais, exemplificado anteriormente no direito à moradia.

O acesso as políticas públicas e aos direitos fundamentais no Brasil é concedido fundamentalmente através do ciclo orçamentário, ou seja, o Plano plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentária (LDO) e Lei Orçamentária Anual (LOA). As fases para a aprovação destes instrumentos acontecem com a indicação das receitas e despesas pelo Poder Executivo e passa por discussões, revisões e aprovação pelo Parlamento, sendo obrigatória a realização de audiências pública para que a sociedade seja ouvida.

Sendo o orçamento uma peça legal e constitucionalmente relevante no Brasil, tecnicamente considerada a lei materialmente mais relevante abaixo da Constituição, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, explicou-se que ele além de suas funções técnicas e jurídicas, as peças orçamentárias, tem ainda a finalidade de proteção da própria dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos da República brasileira, no sentido de realizar a concretização de políticas públicas e solidificação do acesso aos direitos e garantias fundamentais.

O orçamento também deve ser percebido como um microcosmos de realização da democracia, tendo em mira, a necessidade de inclusão na sociedade para a sua aprovação e consequentemente sua legitimação democratizadora, com a inclusão de grupos sociais e agentes públicos em sua elaboração e execução.

Por fim, o orçamento público, deve ser objeto de atenção da academia, dos agentes estatais e, principalmente, pela sociedade para que as prioridades orçamentárias sejam claramente debatidas e construídas, dentro dos parâmetros democráticos.

REFERÊNCIAS

ABRAHAM, Marcus. **Reflexões sobre Finanças Públicas e Direito Financeiro**. Salvador: JusPODVM, 2018

BALEIRO, Aliomar. **Uma introdução à Ciência das Finanças**. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL, **Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/livros/03.renda.pdf> acesso em 20 nov. 2020.

BRASILb. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade (ADI) nº. 1960. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigo.asp#ctx1> acesso em: em 28 nov. 2020.

BRASIL, Siga Brasil, www.senadofederal://sigabrasil/rskjh0p. 20 nov. 2020.

BRASIL, **Nota Informativa interministerial**. Disponível em: planalto//consideraçõesobreapoliticaeconomica//23:pdf. Acesso em 28 nov. 2020

BRASIL, **Informativo:** abril/2020. Brasília: Senado Federal, 2020.

BRASIL, Ministério da Infraestrutura. **Retomada econômica no pós-Covid:** o investimento em infraestrutura como indutor de prosperidade. Disponível em: ministerioinfraesturraeconomiacaposcovid\2020.gov.br. Acesso em 28 nov. 2020

CHALITA, Gabriel. **Vivendo à Filosofia.** São Paulo: Atual editora, 2019.

CHOMSKY, Noam. **Internacionalismo ou extinção:** reflexões sobre as grandes ameaças à existência humana. São Paulo: Crítica, 2020.

CONTI, José Maurício. **O planejamento orçamentário da Administração Pública no Brasil.** São Paulo: Blucer Open Access, 2020.

DAHL, Robert. **A democracia e seus críticos.** São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIEESE. **Boletim de Conjuntura.** Número 24 – setembro/outubro de 2020.

DIREITOS VALEM MAIS. **Nota Técnica:** LDO/LOA 2021 e PEC 188. Disponível em: https://direitosvalemMais.org.br/wp-content/uploads/2020/09/NOTATECNICA_DVM_LOALDOPEC188.pdf.pdf. Acesso em 39 novembro de 2020.

FILGUEIRAS, Fernando. Indo além do gerencial: a agenda da governança democrática e a mudança silenciada no Brasil. **In Revista da Administração Pública – RAP.** Rio de Janeiro 52 (1):71-88, jan. - fev. 2018.

GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos:** direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

HARARI, Yuval Noah. **Notas sobre a pandemia:** breves lições para o mundo pós coronavírus. São Paulo: Cia das Letras, 2020.

HOIMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos:** porque a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

INSPER. **Uma agenda econômica pós-pandemia:** Parte I – qualidade dos gastos públicos. São Paulo: INSPER, 2020.

LEITE, Harisson Ferreira. **Autoridade da Lei Orçamentária.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. **Manual de Direito Financeiro.** Salvador, jusPODVINW, 2020.

LISBOA, Marcos. Estado, mercado e pandemia: crise nova, velhas controvérsias. **In. Reforma do Estado Brasileiro.** São Paulo: Atlas, 2020.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 259-281, jan./abr. 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade:** Estudos de direito constitucional. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MELLO, Gullherme. A Coronacrise: natureza, impactos e medidas de enfrentamento no Brasil e no Mundo. Acesso em https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/nota_cecon_coronacrise_natureza_impactos_e_medidas_de_enfrentamento.pdf.

ONU/BR, Corrupção custa mais de US\$ 2,6 trilhões por ano, alerta PNUD. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/corrupcao-custa-mais-de-us-26-trilhoes-por-ano-alerta-pnud/> Acesso em: 03 out. 2020.

PONDÉ, Luiz Felipe. **A era do ressentimento.** Rio de Janeiro: GloboLivros, 2019.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito Financeiro Esquematizado.** São Paulo: Saraiva, 2020.

RODRIGUES, Lucas. **Impactos econômicos da COVID 19:** análise macroeconômica e setorial para o Brasil. Disponível em: https://acoescovid19.unifesspa.edu.br/images/Impactos_econ%C3%B4micos_da_COVID_-_10_07.pdf. Acesso em 20 novembro de 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa Santos: **A Cruel pedagogia do vírus.** Lisboa: Almedina, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12 ed. Porto Alegre: 2019.

SANCHES, Caroline Rebelato. **Direitos Sociais em tempo de crise do coronavírus.** São Paulo: *Conjur*, 2020;

SCAFF, Fernando Facyr. **Orçamento Republicano e liberdade igual.** Belo Horizonte: Fórum, 2019.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica. *In Revista de Direito Constitucional e Internacional.* RDCI VOL.95 (abril- junho 2016).

OECD (2020), **Panorama das Administrações Públicas:** América Latina e Caribe 2020, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9e6d37a1-pt>.

OCDE, **Uma gran incertidumbre domina las perspectivas mundiales.** Disponível em: <http://www.oecd.org/perspectivas-economicas/junio-2020/#Key-impacts>. Acesso em: 11 jun. 2020.

VINAGRE, Sandra Pereira. Cassandra Revisitada: a voz de uma ideologia. *In. Revisitar o Mito – Myths Recisted.* Lisboa: Edições Humus, 2015.

CAPÍTULO 7

POLÍTICAS AFIRMATIVAS E A LUTA DA MULHER NEGRA PELO DIREITO À EDUCAÇÃO SUPERIOR

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Eugenia Portela de Siqueira Marques

Profª. Drª. - Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

Campo Grande - Mato Grosso do Sul
<http://lattes.cnpq.br/4276993654278057>

Átila Maria do Nascimento Corrêa

Acadêmica de mestrado em Educação da Universidade Federal da Grande Dourados

Dourados-Mato Grosso do Sul
<http://lattes.cnpq.br/9721081148378151>

Amanda de Siqueira Marques

Bacharel em Direito Universidade Católica Dom Bosco

Campo Grande - Mato Grosso do Sul
<http://lattes.cnpq.br/2213163109070193>

Revisão do trabalho apresentado no Congresso Internacional de Direitos Humanos, CIDH edição XVI em 2019.

RESUMO: O presente trabalho conta com financiamento da CAPES e apresenta os resultados preliminares de pesquisa realizada no mestrado em educação da Universidade Federal da Grande Dourados, com o objetivo de identificar o acesso de mulheres negras à educação superior no Brasil. Existe a necessidade ao falar de políticas afirmativas e relações étnico-raciais, que se faça um recorte de gênero, para que

possamos identificar como as políticas públicas alcançam as mulheres negras no que tange a garantir o direito de ingressar à educação superior. Henriques (2017) após analisar a luta das trabalhadoras negras pelo direito ao acesso à educação formal aponta, que somente depois de dez anos de instauradas as políticas afirmativas e de reivindicações do Movimento Negro. O governo federal por meio da Lei 12.711/12 implementou oficialmente a política de cotas nas Universidades Federais, reservando, assim 50% das vagas para autodeclarados/as pretos/as e pardos/as nessas instituições. Mesmo com a democratização do acesso à educação superior no Brasil, as mulheres negras pouco avançaram nesse nível ensino. É importante salientar que mesmo com esse aumento a maioria da população matriculada é branca com 63,4% dos matriculados. Existem poucas pesquisas que tratam especificamente da mulher negra na educação superior, em especial como ocorre não só o acesso, mas também a permanência e o êxito acadêmico.

PALAVRAS-CHAVE: Políticas afirmativas; Educação Superior; Mulher Negra.

AFFIRMATIVE POLICIES AND THE FIGHT OF BLACK WOMEN FOR THE RIGHT TO HIGHER EDUCATION

ABSTRACT: This work is funded by CAPES and presents the preliminary results of research carried out in the master's degree in education at the Universidade Federal da Grande Dourados, with the objective of identifying the access of black women to higher education in Brazil. There is a need, when talking about affirmative policies

and ethnic-racial relations, to make a gender cut, so that we can identify how public policies reach black women in terms of guaranteeing the right to enter higher education. Henriques (2017), after analyzing the struggle of black workers for the right to access formal education, points out that only after ten years of affirmative actions and struggles of the Black Movements were instituted that the federal government through Law 12.711 / 12 officially implemented the quota policy at Federal Universities, thus reserving 50% of the places for self-declared blacks and browns in these institutions. Even with the democratization of access to higher education in Brazil, black women have made little progress in this level of education. It is important to note that even with this increase, most of the enrolled population is white, with 63.4% of those enrolled. There is little research that specifically deals with black women in higher education, especially as there is not only access, but also permanence and academic success.

KEYWORDS: Affirmative policies; Higher Education; Black Women.

INTRODUÇÃO

Para discutir o acesso de mulheres negras na educação superior, precisamos levar em consideração que é recente a presença dessas mulheres na educação formal e que, para isso acontecesse, foram necessários vários anos de luta, por direitos e por visibilidade.

Segundo levantamento feito por Barreto (2014) o total de mulheres em 1956 diziam respeito ao total de 26% de matriculados e em 1971, não passavam dos 40%. Esses dados não possuem o recorte de raça, materiais que trazem esse recorte começam a surgir a partir de 2010.

A democratização do acesso à educação superior no Brasil se deu por meio de muita luta do Movimento Negro, reivindicando visibilidade e seu direito a educação, como traz Santos (2007) e Henriques (2017) ao abordar em específico os caminhos percorridos pela mulher negra até sua chegada a educação superior.

Esse artigo pretende trazer um breve panorama sobre as ações afirmativas e sua relação com os Movimentos Negros de 1990 e apresentar os resultados preliminares de pesquisa sobre a mulher negra e sua presença na educação superior.

Foram utilizados para esse artigo, dados do censo da educação superior e do ENADE INEP/MEC que apresentam os indicadores de 2001 a 2012 com o recorte de gênero e raça.

AÇÕES AFIRMATIVAS E EDUCAÇÃO NO BRASIL

Com os Movimentos Sociais Negros de 1990 as questões raciais ganharam mais visibilidade, nacional e internacionalmente. A reivindicação deles sempre foi pontual e esteve relacionada a vários aspectos, como educação e cultura; nesse artigo o foco será as reivindicações na área da educação.

Nas reivindicações do Movimentos Negros sempre esteve presente a preocupação com a educação. Santos (2007) traz as reivindicações e propostas na educação, como a obrigatoriedade da inclusão do ensino da História da África e da História do Negro no

Brasil no ensino médio, além da defesa a educação gratuita em todos os níveis e da obrigatoriedade no ensino fundamental e médio.

Ainda segundo o autor, as ações afirmativas se consolidam com o empoderamento dos Movimentos Negros, em meados da segunda metade de 1990, e passam a ser colocadas em prática em algumas universidades públicas no início século XXI.

A solidificação das políticas afirmativas pela educação formal no Brasil se deu nos anos 2000 com a inclusão da questão racial na agenda política brasileira e da proposta das cotas nas universidades federais.

Dentre os marcos dos Movimentos Negros temos em 1978 acontece a criação do MNU Movimento Negro Unificado; 1981 são criados o PT Partido dos Trabalhadores que era em grande parte constituído por mulheres e homens negros; 1988 Assembleia Constituinte que marcou a abertura democracia do Brasil e culminando na promulgação da CF e I Encontro de Nacional de Mulheres Negras; 1991 Encontro Nacional de Entidades Negras; 1995 Marcha Zumbi dos Palmares, contra o Racismo, pela cidadania e pela vida e também a instituição da Secretaria Nacional de Combate ao Racismo; 2003 Criação da Secretaria de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR); em 2005 aconteceu a I Conferência Nacional da Promoção de Igualdade Racial. Onde ocorreu a primeira grande consulta nacional a população negra, em 2010 ocorreu à aprovação do Estatuto da Igualdade Racial.

Essas lutas que se iniciaram nos anos 1990 trouxeram uma maior visibilidade às questões referentes ao direito à educação, mas, mesmo com ações afirmativas a homologação da Lei 12.711/2012, a luta do Movimento Negro se efetivou com a lei de cotas, na qual fica estabelecido que as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservem no mínimo 50% de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas e que desse percentual seja reservado em proporção ao total de vagas igual para pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição.

O espaço conquistado na educação aconteceu por meio da luta desses movimentos sociais pelo direito à educação de nível superior. Henriques (2017) disserta sobre a luta das mulheres negras em prol das ações afirmativas no Brasil, salientando a importância dos cursinhos preparatórios comunitários, que buscavam recrutar e qualificar os trabalhadores negros e carentes para o vestibular.

Ainda de acordo com Henriques (2017), as mulheres negras, em especial as trabalhadoras domésticas, também passaram a frequentar esses cursos de modo que sua participação nesses espaços teve importância fundamental para o estreitamento dos laços entre os Movimentos Negros e o sindical, assim como a combinação de pautas que envolvem trabalho, educação e raça.

Ao fazer uma análise dos 10 anos de políticas afirmativas no Brasil, Heringer

(2014), constatou que ao tratarmos dessas políticas estamos falando de sucesso devido à ampliação de acesso onde é possível observar na tabela 1 abaixo, elaborada pela autora comparando a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios de 2001 e 2011:

Nível de ensino Frequentado	Brancos		Pretos e Pardos	
	2001	2011	2001	2011
Fundamental regular	11,9	4,5	32,2	11,8
Médio regular	34,3	24,1	43,9	45,2
Superior ¹	39,6	65,7	10,2	35,8
Outros ²	14,1	5,6	13,7	7,2

¹Inclusivo mestrado e doutorado.
²pré-vestibular, supletivo e alfabetização de adultos.
Fonte: Síntese de Indicadores Sociais 2012, IBGE.

Tabela 1 – Distribuição percentual dos estudantes de 18 a 24 anos de idade, por nível de ensino frequentado, segundo a cor ou raça – 2001/2011.

Fonte: Reprodução Heringer (2014).

De acordo com a tabela é possível observar o aumento de estudantes pretos e pardos na educação superior, resultado das políticas afirmativas e também do processo de expansão do ensino superior, como a criação de mais universidades e mais cursos noturnos e o aumento de vagas nas universidades públicas e também a criação de novas universidades. É importante salientar também que o número de brancos nessa modalidade de acesso dobrou de 2001 para 2011.

Existem outros aspectos a se considerar além do acesso, sendo eles, a permanência e o êxito acadêmico.

Existem vários fatores que influenciam na permanência de um acadêmico em um curso de graduação. Para entender como as desigualdades se consolidam no espaço educacional, é necessário que analisemos as dimensões estruturantes de cada uma, sendo elas, como citadas por Querino & De lima & Madsen (2011), a de gênero, cor/etnia e classe.

Ao fazer esse recorte, percebemos que as carreiras escolhidas sofrem influência desses três determinantes.

Uma aluna que precisa trabalhar enquanto cursa a graduação, só terá disponibilidade para cursos noturnos. As mulheres são maioria em cursos de licenciatura; ao fazer o recorte cor/etnia à mulher negra ocupa um espaço reduzido nos cursos com predominância feminina, como pedagogia.

Heringer (2014) apresenta sugestões de como as políticas de permanência devem ser pensadas, destacando ainda que nesse âmbito se deve ser levada em consideração

as dimensões simbólicas e materiais que estão envolvidas no ingresso e permanência dos alunos nos cursos de educação superior.

MULHER NEGRA E A EDUCAÇÃO SUPERIOR

A manifestação do racismo brasileiro ocorre de várias formas: na invisibilidade forçada as mulheres negras nos espaços públicos; na pobreza; na violência e na falta de representatividade no mercado de trabalho, além do racismo estrutural tão presente nessa sociedade que se alimenta do mito da democracia racial.

Os espaços educacionais brasileiros se caracterizam pela exclusão de mulheres e homens negras/os. Carneiro (2015) acrescenta que essa educação de viés colonial construiu juntamente com o sistema escravocrata uma concepção inferiorizante e desumana para as mulheres e homens negros, aos quais eram negados direitos básicos como a educação e a saúde.

Os indicadores sociais apontam um crescimento no número de mulheres presentes na educação formal ao longo dos anos, mas considerando que indicadores não realizavam o recorte raça/gênero, isso só se tornou possível identificar o crescimento chegou as mulheres negras a partir dos anos 2000.

É possível observar que as mulheres negras ficam para trás em nível de escolarização, ou seja, mesmo com o crescimento no número de mulheres, as mulheres negras ainda representam uma minoria na educação formal.

Para Beltrão e Teixeira (2004) as escolhas de carreiras podem ser polarizadas entre os cursos de humanas e exatas, onde as mulheres ainda são maioria em cursos como: Enfermagem, Serviço Social, Pedagogia, Ciências Sociais, enquanto os homens representam maioria nas Engenharias, Ciência da Computação e outros cursos relacionados às Ciências Exatas.

Mesmo com a democratização do acesso à educação superior no Brasil, às mulheres negras ficam para trás em nível de escolarização. Ou seja: mesmo com o crescimento no número de mulheres, as mulheres negras ainda representam uma minoria na educação formal. Sotero (2013) constata que as desigualdades raciais não estão diminuindo mesmo com o crescimento da taxa de escolarização, e apresenta um gráfico dessa taxa fazendo o recorte de sexo, cor/raça e nível de ensino:



Gráfico 1-Taxa líquida de escolarização, por sexo, cor/raça e nível de ensino (1995-2009).

Fonte: Sotero (2013).

Segundo os dados, é possível verificar que, de 1995-2009, a taxa de escolarização das mulheres negras teve um pequeno aumento, de 2,37 em 1995 para 9,91 em 2009. É importante ressaltar também que houve uma aumento na taxa de escolarização tanto de homens quanto mulheres, mas os que apresentaram um crescimento menor nesse período de tempo foram às mulheres e os homens negros, confirmando que as desigualdades raciais não estão diminuindo mesmo com aumento das taxas de escolarização.

Em 2016 de acordo com o Censo da Educação Superior, dos 1.520.494 alunos que frequentavam cursos de licenciatura no Brasil, 71,1% eram mulheres e 28,9% eram homens, mesmo com o crescimento das matrículas em 43,5% que foi apresentado pelos cursos de licenciatura nos últimos dez anos, a maioria dos alunos da modalidade ainda são mulheres (INEP/MEC, 2016).

Sempre existiu para as mulheres negras uma imposição ao trabalho informal, que impossibilitava seu acesso à educação superior. Mesmo com a maior presença de mulheres de forma geral na educação e no mercado de trabalho, as negras ainda representavam um menor número e se encontravam concentradas em trabalhos como o de doméstica.

Nesse sentido, Henriques (2017), afirma que

Tal opção social e política pela instituição do trabalho doméstico, em vez de políticas sociais para as mulheres, que as permitissem a conciliação “trabalho e família”, corroborou para a intensificação da exploração informal das mulheres negras na sociedade brasileira, pois elas somente dispunham de um único bem – seu corpo negro – para negociar, em troca de sua sobrevivência e da de seus filhos. Portanto, nascer mulher, negra, pertencente a classe

trabalhadora, se constituía em sinônimo de infortúnio, pois as chances de conseguir ter acesso à educação, ao trabalho bem remunerado, a um casamento, eram ínfimas às mulheres negras. (HENRIQUES, 2017, p.154).

Desse modo a alfabetização e participação das mulheres negras se deu por meio das lutas dos Movimentos Negros, assim como a viabilização de sua presença na educação superior, com as escolas alfabetizadoras, com as iniciativas de escolarização e posteriormente com os cursinhos pré-vestibulares comunitários.

Di Pierro (2005) indica que existe um grande número estudantes que fazem parte da Educação de Jovens e Adultos (EJA) é composta por estudantes que ocupavam postos de trabalho considerados de menor prestígio social e que apresentavam uma defasagem idade-série.

Ao tratar do acesso das mulheres negras a universidade, Henriques (2017) chama atenção para o seguinte fato:

Tais pré-vestibulares comunitários passaram a recrutar e qualificar os trabalhadores negros e carentes para o exame vestibular, bem como prepará-los criticamente para a militância negra, em prol da democratização da educação superior pública no Brasil. As mulheres negras, em especial, as trabalhadoras domésticas também passaram a frequentar tais cursos preparatórios populares para negros e carentes. A participação dessas mulheres nesses espaços de formação foi de extrema importância para o estreitamento de laços com os movimentos negros e sindicais, bem como para a coadunação de pautas históricas que envolvem trabalho, educação e raça. (HENRIQUES, 2017, p. 160).

A presença das mulheres negras na educação formal no País se deu por meio das lutas dos Movimentos Negros a favor da educação, como supracitado, criaram programas de alfabetização e cursinhos populares, entre outras iniciativas que possibilitaram não só a inserção dessas mulheres no campo educacional mas também uma melhor qualificação para o mercado de trabalho.

Os trabalhos reservados para a população negra no país se encontram concentrados em ocupações de indústria tradicional e serviços gerais, conforme os estudos de Lima (2001).

No que tange a distribuição por setor de atividade, as mulheres negras se encontram mais presentes no setor de serviços sociais representando 34% dessa mão de obra feminina, presente em serviços de educação, saúde, serviços sociais e domésticos de acordo com Cordeiro (2013).

Essa predominância de mulheres nos cursos de licenciatura e posteriormente de carreira é condicionada por uma cultura social, uma vez que cursos como licenciaturas são caracterizados como femininos, percebe-se que a educação, além de passar o saber sistematizado, também está impondo culturas e ideologias de acordo com o objetivo que se pretende alcançar, conforme mostram os estudos de (BORGES & CARNIELLI, 2005).

Na tabela 2 podemos observar como está representada essa distribuição da presença feminina dentro dos cursos de acordo com o recorte raça/cor:

Raça/Cor	Artes Visuais (Licenciatura)	Arquitetura e Urbanismo	Ciências Sociais	Pedagogia	Administração	Direito	Psicologia	Secretariado Executivo
Branca	54,3%	53,5%	29,8%	51,3%	36,7%	35,9%	56,5%	53,3%
Negra	4,8%	1,5%	6,6%	9,1%	3,3%	2,8%	4,5%	8,5%
Parda/Mulata	18,5%	10,2%	18,5%	31,1%	15,0%	13,1%	20,6%	30,1%
Amarela	1,6%	2,0%	0,9%	1,2%	1,1%	0,9%	1,3%	1,8%
Indígena	0,9%	2,0%	8,0%	0,6%	0,3%	0,4%	0,6%	1,0%
Total de Mulheres	80,1%	69,2%	63,8%	93,3%	56,4%	53,1%	83,5%	94,7%

Tabela 2 – Distribuição Feminina por Raça/Cor nos cursos superiores 2010-2012

Fonte: Inep/Enade (2012).

É possível observar na tabela 2 como estão distribuídas as mulheres dentro dos cursos que possuem sua predominância de matrícula: secretariado executivo apresenta um total de 94,7% de presença feminina e dessa apenas 8,5% são negras, na pedagogia onde o total de mulheres é de 93,3% apresenta somente 9,1% de mulheres negras, na licenciatura em artes visuais de 80% de mulheres as negras são representadas por apenas 4,8% desse total, o percentual de mulheres negras presentes nos cursos que já possuem maioria feminina não ultrapassa o 9,1%.

Os cursos com menor percentual de presença de mulheres negras são arquitetura e urbanismo com 1,5%, direito com 2,8 e administração com 3,3%, são os cursos menos diversos étnico-raciais.

Na Tabela 3 podemos observar à distribuição feminina nos cursos de engenharia. Como já citado a concentração de mulheres em cursos considerados tradicionalmente masculinos é reduzida, nessa tabela são apresentados dados dos cursos de engenharia, que normalmente funcionam em período integral.

Raça/Cor	Engenharia							
	Grupo I	Grupo II	Grupo III	Grupo IV	Grupo V	Grupo VI	Grupo VII	Grupo VIII
Branca	18,2%	6,6%	5,6%	41,7%	21,5%	18,0%	27,1%	28,7%
Negra	1,0%	0,5%	0,4%	1,6%	0,9%	1,6%	1,9%	1,3%
Parda/Mulata	5,1%	2,4%	1,5%	10,5%	5,5%	5,7%	8,6%	12,3%
Amarela	0,8%	0,3%	0,4%	2,1%	1,4%	0,8%	1,0%	0,6%
Indígena	0,1%	0,0%	0,0%	0,2%	0,3%	0,2%	0,2%	0,6%
Total de Mulheres	25,2%	9,8%	7,9%	56,1%	29,6%	26,3%	38,8%	43,5%

Tabela 3- Distribuição feminina por raça/cor nos cursos superiores em engenharia 2010-2012

Fonte: Inep/Enade (2012)

Nos cursos de engenharia o grupo com maior presença feminina é o grupo IV com 56,1% e apenas 1,6% de mulheres negras, seguido pelo grupo VIII com total de 43,5% mas com apenas 1,3% de mulheres negras, o grupo menos diverso é o grupo II com apenas 9,8% de mulheres e dessas apenas 0,5% de mulheres negras.

As mulheres negras estão mais representadas, mesmo que em menor número, em cursos de humanidades, licenciaturas. De 2009 a 2012 aconteceu um aumento - mesmo que pequeno - muito significativo. A luta das mulheres negras em busca do direito à educação vem atrelado ao Movimentos Negros, e depois de vários anos de invisibilidade imposta hoje apresenta um crescimento representativo, com sua presença na educação superior.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Observa-se por meio dos dados que mesmo com o aumento da representatividade feminina, o número de mulheres negras nesses espaços é reduzido, mesmo em cursos de predominância feminina. Nas tabelas apresentadas os cursos mais desiguais são os de Arquitetura e Urbanismo, Administração e Direito. Chama atenção no caso das Artes visuais a grande porcentagem de mulheres e a baixa porcentagem de mulheres negras. Os cursos mais diversos étnico-raciais são Ciências Sociais, Pedagogia e Secretariado Executivo.

Nesse primeiro momento, de acordo com os dados encontrados, é possível inferir que a partir da implementação da lei 12.711/12 aconteceu um crescimento no número de mulheres negras matriculadas no ensino superior em contraponto com a taxa de escolarização de 2009, que também traz uma categorização por sexo.

É possível observar que essa democratização só aconteceu apenas em determinados cursos. Constata-se que apesar da democratização do espaço, as mulheres negras continuam ocupando espaços nos cursos considerados de carreiras femininas e em sua maioria licenciaturas, em contra partida os cursos de elite e mais concorridos continuam efetivamente brancos.

Mesmo com as lutas dos Movimentos Negros, ações afirmativas e democratização do acesso ao ensino superior, o número de mulheres negras matriculadas tanto nos cursos de humanas, quanto nos de exatas é extremamente reduzido. Dessa forma é necessário refletir quais barreiras tem impedido a modificação desse cenário.

Devido à escassez de pesquisas que abordem a temática raça/gênero na educação superior, se espera-se que o estudo ora proposto possa contribuir para a ampliação dessa temática de pesquisa.

REFERÊNCIAS

_____. Dados sobre o Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes – Enade. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/inicio>. Acesso em: dez. 2020.

BARRETO, A. **A mulher no ensino superior, distribuição e representatividade** in: Cadernos GEA, n.6, jul./dez.2014

BELTRÃO, K; TEIXEIRA, M. **Cor e gênero na seletividade das carreiras universitárias.** In: O vermelho e o negro: raça e gênero na universidade brasileira — uma análise da seletividade das carreiras a partir dos censos demográficos de 1960 a 2000.

BORGES, L.A. e MOYORGA, C. **Juventude Negra – Memorias de Lutas e Conquistas Políticas.** In: RIBEIRO, M. (org). Política de Igualdade Racial: Reflexões e Perspectivas. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abrami, 2012.

BORGES, J. L. G. & CARNIELLI, B. L. 2005. **Educação e estratificação social no acesso à universidade pública.** Cadernos de Pesquisa, v.35, n.124, p.113-139, jan-abr.2005

CARNEIRO, A.S. **Mulheres e educação: gênero, raça e identidades.** Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal de São Carlos, Sorocaba, 2015.

CORDEIRO, Ana Luisa A.. **Ações Afirmativas na Educação Superior: mulheres negras cotistas e mobilidade social.** Revista Pedagógica (Chapecó. Online), v. 15, p. 297-314, 2013.

DI PIERRO, M. C. **Notas sobre a redefinição da identidade e das políticas públicas de educação de jovens e adultos no Brasil.** Educ. Soc., Campinas, v. 26, n. 92, p. 1115-1139, Oct. 2005.

HENRIQUES, C. S.. **Do trabalho doméstico à educação superior: a luta das mulheres trabalhadoras negras pelo direito à educação superior.** O SOCIAL EM QUESTÃO (ONLINE), v. 37, p. 9-276, 2017.

LIMA, M. **Serviço de branco, serviço de preto: um estudo sobre cor e trabalho no Brasil urbano.** 2001. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro 2001.

QUERINO. Ana Carolina; DE LIMA. Cleiton Euzébio; MADSEN. Nina **Gênero, raça e educação no Brasil contemporâneo: desafios para a igualdade.** In: Além de Lima Bonetti, Maria Aparecida A. Abreu (org.) **Faces da desigualdade de gênero e raça no Brasil.** Brasília: IPEA, 2011. 129-148 Cap. 7.

SANTOS, Sales Augusto dos. **Movimentos Negros, Educação e Ações Afirmativas.** Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de Brasília. Brasília, 2007.

SOTERO, C. E.. **Transformações no acesso ao ensino superior brasileiro: algumas implicações para os diferentes grupos de cor e sexo** in: Dossiê Mulheres Negras: retrato das condições de vida das mulheres negras no Brasil, p.35-25, Brasília, 2013.

GOMES, N. L. **Alguns termos e conceitos presentes no debate sobre relações raciais no Brasil: uma breve discussão.** In: BRASIL. Educação Anti-racista: caminhos abertos pela Lei federal nº 10.639/03. Brasília, MEC, Secretaria de educação continuada e alfabetização e diversidade, 2005. P. 39 - 62.

CAPÍTULO 8

AÇÕES INTERATIVAS DO PROJETO DEBATE, CAFÉ E CINEMA NO COMBATE AO PRECONCEITO RACIAL NAS ESCOLAS PÚBLICAS NATALENSES

Data de aceite: 01/03/2021

Arthur Fonseca Lopes

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN
Parnamirim – RN
<http://lattes.cnpq.br/1875494419889197>

Alcineia Rodrigues dos Santos

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN
Natal – RN
<http://lattes.cnpq.br/8553980821234163>

Fabiana Ricardo Souza do Nascimento

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN
<http://lattes.cnpq.br/1420756460082120>

Patrícia Cristina Cavalcante

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN
<http://lattes.cnpq.br/8123237022499369>

Aurélia Carla Queiroga da Silva

Universidade do Estado do Rio Grande do Norte – UERN
<http://lattes.cnpq.br/9035393776493541>

RESUMO: Este artigo busca demonstrar os resultados alcançados no projeto “Debate, Café e Cinema” pelas atividades de difusão dos direitos fundamentais, no ano de 2016, com ênfase no combate ao preconceito racial nas Escolas Públicas do Ensino Médio da cidade de Natal/RN. Nas ações do projeto, utiliza-se a linguagem lúdica do Cinema, cuja projeção permite criar

um espaço dialógico com o público-alvo, que interage com os extensionistas treinados e recebe, através das Cartilhas Informativas, orientações para o exercício da cidadania. Registra-se que é crescente o número de jovens atendidos nas escolas parceiras, de modo que a atuação proativa do Projeto tem corroborado para a superação das desigualdades e discriminação social, oportunizando a criação de novas estratégias pedagógicas que associam ensino e participação cidadã, no âmbito da comunidade.

PALAVRAS-CHAVE: Preconceito Racial. Ações Interativas. Extensão.

INTERACTIVE ACTIONS OF THE DEBATE, CAFÉ E CINEMA PROJECT FOR THE COMBAT OF RACIAL PREJUDICE IN PUBLIC SCHOOLS OF NATAL/RN

ABSTRACT: This article aims to demonstrate the achieved results of the “Debate, Café e Cinema” project through the activities of fundamental rights’ diffusion, in the year 2016, with emphasis on the combat of racial prejudice in the Public High Schools in the city of Natal/RN. In the project’s actions, it is used the playful language of the Cinema, whose projection helps to create a dialogue ambient with the target public, who interacts with the trained project members and receives, through the Cartilhas Informativas, orientation for exercise their citizenship. This article registers that the number of young people attended from the partners schools is growing, in a way that the proactive action of this Project has corroborated for the superation of the social inequality and discrimination, which contributes to create new pedagogical strategies that associate

education and citizen participation in the community.

KEYWORDS: Racial Prejudice. Interactive Actions. Extension.

1 | INTRODUÇÃO

O Projeto “Debate, Café e Cinema” promove a difusão do conhecimento adquirido no ambiente acadêmico e científico, oportunizando ao público-alvo o reconhecimento da extensão universitária para a efetivação da função social do saber jurídico e de sua propagação na comunidade. Nesta senda, o desafio para a libertação da pobreza, do coloquialismo cultural, da marginalização tecnológica e da ignorância em relação aos projetos educacionais perpassa por um viés estratégico e articulado. (BITTAR, 2013, p. 189).

No que se refere à extensão, busca-se demonstrar a importância da inserção e o resgate sociocultural, tendo em vista à conscientização dos jovens das Escolas Públicas Natalenses, quanto à superação das barreiras impostas pelo Preconceito Racial, velado na sociedade brasileira e de cujas raízes históricas remota a própria colonização do país.

O preconceito em si, compreendido como “um juízo preconcebido, manifesto na forma de uma atitude discriminatória contra pessoas, lugares ou tradições diversas” foi fortalecido, pela teoria antropológica da “recusa do estranho”, implicando em censura e exclusão de tudo o que não fosse compatível com a cultura europeia. Contrapõe-se a “figura do mal selvagem à do bom civilizado”, cujo argumento retórico, ainda hoje, justifica a manifestação de várias teses xenofóbicas e eivadas de intolerância à diversidade étnica. Tais ideias serviram, portanto, para justificar a colonização e suas práticas violentas, submeter os negros à escravidão e fundar doutrinas racistas. (ASSIS; KÜMPEL, 2012, p. 27-28).

Considera-se como preconceito racial uma disposição (ou atitude) desfavorável, culturalmente condicionada, em relação aos membros de uma população, aos quais se têm como estigmatizados, seja devido à aparência, seja devido a toda ou parte da ascendência étnica que se lhes atribui ou reconhece. Quando o preconceito de raça se exerce em relação à aparência, isto é, quando toma por pretexto para as suas manifestações os traços físicos do indivíduo, a fisionomia, os gestos, o sotaque, diz-se que é de marca; quando basta a suposição de que o indivíduo descende de certo grupo étnico, para que sofra as consequências do preconceito, diz-se que é de origem. (NOGUEIRA, 1985, p. 78-79).

Já o racismo, segundo Foucault (2002, p. 304) constitui-se, como um mecanismo fundamental de biopoder utilizado historicamente para separar e dominar classes, raças, povos e etnias, que no Brasil iniciou-se a partir da colonização, com o genocídio indígena, sendo “o meio de introduzir [...] um corte entre o que deve viver e o que deve morrer”.

O Projeto Debate, Café e Cinema, por meio de sua equipe de extensionistas, atua

ao longo de oito anos em Escolas Públicas do Ensino Médio da cidade de Natal, abordando os direitos fundamentais do cidadão em seus aspectos teóricos e práticos, mediante a exibição de filmes, cujo conteúdo lúdico favorece a discussão de temas afeitos ao exercício da cidadania. O presente trabalho apresenta o registro das experiências interativas no ano de 2016.

2 | METODOLOGIA E DESENVOLVIMENTO

Para a aplicação da didática interdisciplinar do Projeto Debate, Café e Cinema, no ano em questão, foram realizados estudos bibliográficos, sendo confeccionadas cartilhas educativas e slides com o conteúdo jurídico sobre temas palpitantes da área jurídica, voltados à conscientização do público-alvo. As informações coletadas, através de questionários, foram empregadas no diálogo com os discentes, após a exibição de filmes, com o intuito de incitar o debate durante as visitas de campo. Para MODRO (2009, p. 26):

O filme pode ser um estímulo para uma aprendizagem mais ampla de determinado assunto, visto que o cinema incorpora diversas linguagens abrindo inúmeras possibilidades semióticas de percepção da realidade circundante.

No ano de 2016, chamou a atenção da equipe extensionista o impacto social do Filme: “*Remember the Titans*”, no Brasil intitulado: “Duelo de Titãs” (2000), posto que conseguiu emocionar o público-alvo e favorecer a coleta de depoimentos reais de suas vidas, seus dilemas e até mesmo a narrativas de situações de preconceito racial de alguns discentes.

Através das ações interativas dos extensionistas nas Escolas Públicas parceiras do Projeto, tais como: Winston Churchill, Zila Mamede e Instituto Federal do Rio Grande do Norte - IFRN foi apresentado o Estatuto da Igualdade Racial (Lei nº 12.288/2010), junto ao público-alvo, de modo a esclarecer a sua importância no cenário nacional como resultado da luta e das reivindicações de movimentos sociais, visando coibir o preconceito e estabelecer políticas públicas para expurgar o racismo do Brasil.

Buscou-se, estimular a atuação das Escolas parceiras, no sentido de garantir a efetivação da igualdade de oportunidades no âmbito escolar para todos os discentes e, ainda, o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica, convocando todos os agentes envolvidos (diretores/ alunos/ professores) a repensar as suas práticas pedagógicas, com vistas à promoção dos Direitos Humanos.

O papel da escola é o de uma instituição socialmente responsável não só pela democratização do acesso aos conteúdos culturais historicamente construídos, mas também o de co-responsável pelo desenvolvimento individual de seus membros (em todos os seus aspectos), objetivando sua inserção como cidadãos autônomos e conscientes em uma sociedade plural

3 | RESULTADOS E DISCUSSÃO

A dinâmica interativa do Projeto, no anuário de 2016, almejou propagar as diretrizes normativas do Estado Brasileiro no tocante as políticas públicas previstas para superação do preconceito racial no âmbito social. Tal perspectiva dialógica permitiu difundir junto ao público-alvo lúcidos esclarecimentos quanto às implicações psicológicas, antropológicas, econômicas e jurídicas que o preconceito/ discriminação desencadeia na sociedade.

Com base na percepção da indissociabilidade ensino-pesquisa-extensão, o Projeto procurou investir na formação humanística dos estudantes, na medida em que os estimulou a compreensão do significado do “ser sujeito”, crítico e participativo, frente às problemáticas do seu cotidiano. Buscou-se capacitar o público-alvo à vivência dos seus direitos cívicos em consonância com a noção de responsabilidade social, ludicamente aclaradas pela exposição da relação entre “Direito & Cinema”.

O uso do cinema no ensino jurídico pode apresentar diferentes finalidades: promover a sensibilização, perceber o papel social da profissão, transmitir e fixar informações, capacitar a expressividade da argumentação, pensar e refletir (LACERDA, 2007).

A título de resultados, destacou-se que 91% dos estudantes ouvidos, mediante verbalização oral em dinâmica de grupo e questionários aplicados, já se sentiram vítimas de preconceito racial; cerca de 7% dos discentes admitiram já ter feito algum comentário ou brincadeira de cunho racista e apenas 2% dos alunos nunca sofreram qualquer situação de preconceito ao longo de sua vida.

Dante dos dados, constatou-se uma baixa alta estima do público-alvo. Neste sentido, o Projeto conseguiu fornecer alternativas, para minimizar o sentimento de impotência, na medida em que conseguiu demonstrar os caminhos jurídicos à disposição do cidadão para denunciar ocorrências de preconceito racial e quais as penalidades cabíveis aos criminosos.

Resta claro que a atuação da equipe de extensionistas se mostrou bastante festejada nas Escolas visitas “*in loco*”, posto que criou um espaço aberto para o diálogo, sanado dúvidas jurídicas recorrentes, disseminando à cultura do exercício dos direitos cívicos, quebrando paradigmas de desigualdades, através do incentivo à defesa das vítimas via processo, cuja assistência gratuita poderá ser promovida pelo NPJ – Núcleo de Prática Jurídica, vinculado ao Curso de Direito da UERN, situado na Zona Norte de Natal/RN.



Figura 1 - Visita a Escola Winston Churchill (Natal. 2016)

4 | CONCLUSÃO

É válido ressaltar que o Projeto vem, ao longo de oito anos aproximando a Universidade e a Sociedade, contribuindo para a trocas de experiências e alicerçando no público-alvo a ideia de que somente a Educação é capaz de garantir o empoderamento social enquanto processo emancipatório das pessoas, cuja liberdade de decidir e controlar o seu próprio destino, passa a ser a marca do respeito à dignidade humana.

Pari Passu, as ações interativas do Projeto no ano de 2016 corroboram decisivamente para o aumento dos níveis de conscientização quanto ao combate do preconceito racial nas Escolas Públicas Natalenses, potencializando a sua superação, em termos práticos, na comunidade. Em suma, verificou-se que, através da adoção de novas práticas pedagógicas, tornar-se-á possível estruturar uma nova organização curricular, permeável às transformações em curso, interdisciplinar, privilegiando a articulação teoria-prática na formação integral dos estudantes.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, U. F. O déficit cognitivo e a realidade brasileira. In: AQUINO, Júlio Groppa.(Org.) **Diferenças e preconceito na escola:** alternativas teóricas e práticas. 5 ed. São Paulo: Summus, 1998.
- ASSIS, Olney Queiroz; KÜMPEL, Vitor Frederico. **Manual de antropologia jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2012.
- BITTAR, Eduardo C. B. **Metodologia da pesquisa jurídica.** 11 ed. Saraiva: São Paulo, 2013.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade.** Martins Fontes: São Paulo, 2002.
- LACERDA, Gabriel. **O direito no cinema:** relato de uma experiência didática no campo do direito. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2007.

MODRO, Nielson R. **O mundo jurídico no cinema**. Blumenau: Nova Letra, 2009.

NOGUEIRA, Oracy (org.). **Tanto preto quanto branco**: estudos de relações raciais. São Paulo, T.A. Queiroz, 1985.

YAKIN, Boaz. **Remember de Titans**. EUA, 2001. 113 min. Título original no Brasil: Duelo de Titãs. [Classificação Livre].

CAPÍTULO 9

URBANIZAÇÃO DE FAVELAS E A TRIBUTAÇÃO DO PATRIMÔNIO NO ÂMBITO MUNICIPAL BRASILEIRO

Data de aceite: 01/03/2021

Eugenio Pacceli de Morais Bomtempo

Professor, Doutorando em Direito – UNICEUB
Membro da Associação Internacional de Direito de Seguros. Advogado, sócio fundador do Escritório Valadares e Bomtempo Advogados Associados

RESUMO: A situação das cidades no Brasil tem se agravado de tal forma que compromete todos os direitos reconhecidos pelo Estado Democrático de Direito. As municipalidades não têm arrecadação tributária suficiente para erradicarem as favelas e urbanizar as cidades, que ficam reféns do crime organizado e da violência crescente. Pelo método qualitativo, o propósito deste estudo é investigar os desafios encontrados para tributar o patrimônio de forma a que hajam recursos para ir resolvendo os problemas históricos das favelas. Concluiu-se: é possível aumentar a arrecadação tributária sobre o patrimônio, mas os desafios são persistentes. Exigem novas técnicas e medidas corretas. O cidadão deve ser convertido em parceiro do desenvolvimento. Não tributar adequadamente fere o artigo 11, da Lei de Responsabilidade Fiscal e pode gerar a responsabilização. Esta pesquisa carece da profundidade necessária para exaurir tais relações complexas, mas, pode significar um convite aos luminares para se dedicarem ao tema.

PALAVRAS-CHAVE: Favelas – Tributação do Patrimônio – Cidades – Direitos Humanos.

URBANIZATION OF SLUMS AND THE TAXATION OF HERITAGE IN THE BRAZILIAN MUNICIPAL SCOPE

ABSTRACT: The situation of cities in Brazil has worsened in such a way that it compromises all the rights recognized by the Democratic Rule of Law. Municipalities do not have enough tax revenue to eradicate slums and urbanize the cities, which are hostage to organized crime and increasing violence. Through the qualitative method, the purpose of this study is to investigate the challenges encountered in taxing the heritage so that there are resources to solve the historical problems of the slums. It was concluded: it is possible to increase the tax collection on assets, but the challenges are persistent. They require new techniques and correct measures. The citizen must be converted into a development partner. Failure to tax properly violates Article 11 of the Fiscal Responsibility Law and can generate accountability. This research lacks the necessary depth to exhaust such complex relationships, but it can mean an invitation to luminaries to dedicate themselves to the theme.

KEYWORDS: Favelas - Heritage Taxation - Cities - Human Rights.

1 | INTRODUÇÃO

Existem novas potencialidades presentes nos instrumentos urbanísticos à disposição das municipalidades. Porém, há todo um passivo social de favelas, degradação ambiental e problemas de manutenção dos equipamentos públicos e serviços municipais a exigirem

aumento na arrecadação tributária de forma justa e progressiva.

A questão da indispensável urbanização das favelas nas grandes e médias cidades brasileiras tem, em seu represamento, oportunizado a expansão do crime organizado e da violência. A realidade dos assentamentos degradados vem desafiar as lideranças locais a se reinventarem, para o alcance de transformações concretas. Pesquisas existentes no âmbito das Nações Unidas revelam a grave tendência de crescimento da favelização urbana, que deve triplicar até 2050 em todo mundo, com sérias consequências para as vidas das pessoas e sobrencarregamento dos sistemas de saúde pública (RAI, 2017).

Obviamente, hão que ser concebidas políticas públicas para este resgate civilizatório via erradicação de favelas. Maricato, em denso estudo sobre as favelas brasileiras assenta que vários preparativos são necessários para a sustentabilidade que exige a “conservação e constante sustentação das condições (físicas, sociais e políticas) que possibilitam que a urbanização seja realizada” (MARICATO, 1999). Todavia, a questão não é simples, pois entre os grandes problemas das cidades, está a necessidade de gerar empregos para mão de obra de baixa qualificação. Paulo Singer retrata bem a situação quando registra que a falta de condições de vida no campo provoca sucessivas migrações para cidades cada vez maiores e, estas massas sem qualificação profissional, sem encontrarem condições dignas de sobrevivência, ainda precisam competir com as forças de trabalho também desqualificadas já existentes nas cidades maiores, o que provoca a depreciação da remuneração de pequenos serviços (SINGER, 2018, p. 58).

Assim, os prefeitos têm o ônus de gerar empregos, por vezes, em troca de benefícios fiscais e, ao mesmo tempo, erradicar favelas e bairros esquecidos. No entanto, cerca de 92,5% dos municípios brasileiros vivem praticamente do Fundo de Participação dos Municípios, com arrecadação fiscal raquítica, inclusive, sugerindo uma série de medidas para aumentar a arrecadação municipal, a partir de convênios para trocas de informações e aportes tecnológicos.

Há, também, o problema da baixa qualificação da mão-de-obra dos servidores das prefeituras em municípios com menos de 50 mil habitantes. Com isso, a tributação fica pouco exercida o que fere o artigo 11, da Lei de Responsabilidade Fiscal. Ocorre que a tributação sobre o patrimônio no Brasil é muito baixa e insuficiente para corrigir tantos problemas urbanos. Há um persistente o problema histórico dos cadastros imobiliários, via de regra, desatualizados, a impactar no resultado da arrecadação dos tributos IPTU, ITBI e do ITR. Este tipo de atualização é cara. No entanto, a fiscalização também é despendiosa e exige mão-de-obra especializada, atualizada juridicamente, o que atrai necessária profissionalização do corpo técnico municipal.

O custo eleitoral elevado, sobretudo em municípios pequenos retarda a atualização cadastral e mesmo a cobrança mais acirrada de impostos, mormente, do IPTU. Muitas campanhas eleitorais, também, são financiadas com intento de alcançar isenções fiscais, via conchavos políticos. Sendo baixa tributação sobre o patrimônio municipal, surge

incentivo para a especulação imobiliária.

Considerando importante resgatar a dignidade dos moradores das favelas, sem prejuízo do poder de polícia e das normas cogentes existentes no direito urbanístico e no raio de competência tributária municipal, observa-se, no entanto, que a tributação sobre o patrimônio imobiliário mostra-se bastante tímida e litigiosa, o que representa um desafio frente à tendência de expansão da favelização. Surge a questão: É possível tributar melhor o patrimônio no âmbito municipal, de forma justa e progressiva, para construir cidades includentes, solidárias, para erradicar favelas? Este artigo admite ser possível esta hipótese e problemática.

Atualmente já existem 1 bilhão de pessoas morando em favelas (*slums*) em todo mundo, a tendência é que sejam 3 bilhões até 2050 (UNITED NATIONS, 2013). Assim, por este breve extrato, resta evidente que esta tendência à degradação das condições urbanas precisam ser tratadas de forma profissional pelas prefeituras municipais brasileiras. O Brasil tem 84,72% da população nacional nas cidades, com um déficit habitacional de 6,6 milhões de moradias, 11% da população sem abastecimento de água e cerca de 50% da população sem redes de esgoto (IBGE – PNAD, 2015). A carga tributária pesa sobre os pobres na ordem de 48% sobre suas rendas, praticamente, à conta de se manterem vivas (CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2011; SALVADOR, 2020).

Neste cenário urbano problemático não somente o crime organizado como a proliferação de movimentos ideológicos têm farto espaço para espalhar propagandas totalitárias, e revoltas, fatiando e esgarçando o tecido social. Depois das experiências das ditaduras de esquerda e direita espalhadas pelo Mundo, o Brasil precisa ficar atento quanto a seus riscos, inclusive, na Alemanha, a carga ideológica do nazismo era tal, que o Poder Judiciário julgava pelos princípios do nacional-socialismo, ou seja, ao arrepio do ordenamento jurídico (ROSA apud FRIEDE, 2004). A realidade disruptiva das cidades reclama soluções ousadas e dialogicamente democráticas, exame a que esta investigação apenas fomenta a atração de novos estudos.

2 | TRIBUTAÇÃO IMPRENSADA: O NÓ

As tributações exercidas pela União e os Estados deixam pouca margem para a tributação municipal, que fica imprensada na matriz tributária do Brasil. No entanto, só o Estado redistribui rendas e propriedades, democraticamente. Entre os maiores problemas do capitalismo atual, sem qualquer conotação ideológica, está a concentração de rendas e propriedades nas mãos de poucas famílias, o que atrai a construção de uma tributação realmente solidária, capaz de gerar mais oportunidades reais de emprego e renda para a população mais pobre.

Sem aderir às concepções marxistas, Piketty se deteve no estudo do fenômeno da

concentração de renda mundial nos últimos 200 anos. Percebeu que o cenário econômico mundial não tem sido contributivo com as necessidades das populações locais e tem agravado os problemas das economias periféricas. Thomas Piketty demonstra que a principal força desestabilizadora está relacionada ao fato de que a taxa de rendimento privado do capital “*r*” pode se manter forte e continuamente mais elevada do que a taxa de crescimento da renda e da produção “*g*”. Assim, constata a dinâmica acumulativa: “*r* > *g*”, ou seja, a remuneração do capital se reproduz, a partir de si mesmo, muito acima da remuneração do fator trabalho (PIKETTY, 2014, p. 555). Desta forma, concentram-se as propriedades e rendas alimentando ainda mais a reprodução do capital acima da remuneração do trabalho.

Mesmo entre os liberais no século XVIII incomodava a exclusão social. Jean Jacques Rousseau via na diferença do acesso ao conhecimento a fonte da desigualdade entre os homens (ROSSEAU, 1978, p. 292). Assim, independente do credo ideológico de cada um, percebe-se, que a miséria da população na França, mesmo antes da Revolução Francesa, incomoda as consciências intelectualizadas mais sensíveis. Obras literárias refletem grandes incômodos sociais, como “Os Miseráveis” de Victor Hugo, “A Comédia Humana” de Honoré de Balzac e tantos outros autores do Século XIX. Inclusive, veio a lume a obra sociológica e política de Karl Marx. A exclusão social é uma forma de violência social que precisa ser resolvida ampliando as oportunidades de mobilidade social.

No Século XX, inclusive, na contemporaneidade, mesmo diante da falta de consenso quanto às teorias da globalização, e seus efeitos, Atienza considera que há espaço para um enfoque teórico próprio para os países latinos (europeus e americanos) para transformação social (ATIENZA, 2011). Norberto Bobbio considera recomendável “passar da democracia na esfera política, [...] para a democracia na esfera social” (BOBBIO, 1995, p. 156). No entanto, neste princípio de Século XXI, o avanço dos meios de telecomunicação e processamento de dados, a internet, fez surgir o fenômeno do *e-commerce*, que vem eliminando muitos postos de trabalho no setor de serviços, sobretudo, no varejo (BOMTEMPO, 2016, p. 347).

Contudo, a reprodução autônoma do capital que tanto concentra a renda e as propriedades espalhando toda forma de especulação financeira e imobiliária só pode ser contornada via tributação. Afinal, a tributação sustenta a democracia e todo complexo de direitos que dela irradia, principalmente, mantendo hígido o direito de propriedade (NAGEL; MURPHY, 2005, p. 11). Torres, defensor do Estado Fiscal Democrático (consentido) assenta que os direitos humanos são “inalienáveis, imprescritíveis e intributáveis, pois “o poder de tributar nasce no espaço aberto pelos direitos humanos e por eles é totalmente limitado” (TORRES, 1995, p. 55). Assim, há que ser feita uma revisão prudente do sistema tributário brasileiro visando criar bases sustentáveis de paz social efetiva no tempo.

A realidade brasileira atrai novo olhar sobre o fato de que 28% da renda nacional está nas mãos de apenas 1% dos habitantes. Em 2014, o Ministério da Fazenda apontava que 10% da população mais rica detinha 47% da renda nacional (BRASIL, 2016, p. 5).

Segundo a “Pesquisa Desigualdade Mundial 2018” coordenada por Thomas Piketty, o Brasil figura proporcionalmente entre as maiores concentrações de renda do Mundo entre o 1% mais rico (BRASIL, 2019). Reverter esta dinâmica, democraticamente, diante da rápida expansão das cidades exige um consenso suprapartidário, em respeito ao ideal de efetivação do princípio da igualdade (GREENAWALT, 1983). A igualdade de oportunidades começa com o acesso à educação de qualidade, sem partido.

Na Alemanha os municípios não são considerados entes públicos, mas têm autonomia financeira (NOGUEIRA, 2018). Seria de esperar, que a previsão constitucional de autonomia financeira, administrativa e legislativa dos municípios conduzisse-nos a proverem-se de melhores arrecadações tributárias. Antes da crise da Covid-19, em 2011, 92% dos municípios brasileiros já apresentavam déficits orçamentários (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS, 2011), mas, no decurso do tempo fortaleceu-se a arrecadação em favor da União, em detrimento dos demais Entes públicos (LIZIERO; CARVALHO, 2018).

Sabe-se, que possuir moradia digna é um direito fundamental previsto no artigo 6º, da Constituição Federal de 1988. No entanto, há cerca de 7 milhões de pessoas em assentamentos subnormais no Brasil (em invasões e cortiços irregulares). O acesso à moradia tem ocupado a atenção da academia em todo mundo, mas muitos são os desafios (KENNA, 2008). Sabe-se, que a urbanização das favelas é cara e envolve a reunião de várias fontes de recursos nacionais, internacionais e intergovernamentais para seu financiamento (FONTENELLE; CARMONA, 2017).

Neste cenário de acumulação de capitais estéreis se agrava o quadro de favelização, que tende a aumentar (UNITED NATIONS, 2013), se políticas públicas concretas não forem realizadas. Não se pode desprezar impactos parciais da globalização sobre a economia brasileira. O Brasil já tem 14,4% de pessoas desempregadas em agosto de 2020 (BRASIL, 2020) e conta com um déficit de 6,355 milhões de moradias segundo a Fundação João Pinheiro e Ministério das Cidades (FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO, 2015).

Obviamente, não é simples superar a inanição tributária municipal, mas alguns passos significativos podem ser tomados. A tributação do IPTU, em geral, perde até para a arrecadação do IPVA – Impostos sobre a Propriedade de Veículo Automotor. Logo, precisa ser melhorada, com justiça, solidariedade (NABAIS apud GRECO; GODOI, 2005, p. 142) e progressividade. O velho instituto da contribuição de melhoria está obsoleto no Brasil mesmo com valorização presumida, a teor do julgamento do Recurso Especial n. 1.076.948-RS (BRASIL, 2010), o que a faz pouco utilizada. O ITR, de competência Federal, apesar de 50% de sua arrecadação ser destinada ao município tem apresentado resultados medíocres dados os elevados os custos da arrecadação do IPTU, do ITBI e do ITR. A tributação do ISS – Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza também é importante neste ideal de autonomia financeira municipal.

A tributação deve estar a serviço da urbanização. Muitos novos instrumentos

previstos no Estatuto das Cidades permitem esta modernização urbana (OCHOA, 2012). No entanto, Navarro considera o IPTU pouco estudado no Brasil (NAVARRO, 2014, p. 339). Sua constitucionalidade está consignada no inciso I, do artigo 156, da Constituição Federal e nos artigos 32 a 34 do CTN. Apesar do inciso IV, do art. 167 da Constituição Federal não admitir vinculação de “despesas” de impostos.

Gassen e D’Araújo observam que, do total da carga tributária brasileira, “os tributos incidentes sobre o patrimônio representam 3,52%, sobre a renda 24,14%, e sobre o consumo 68,20%. Nos países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), esses indicadores representam respectivamente 5,4%, 36,9% e 30,4%” (GASSEN, D’ARAÚJO; PAULINO, 2013). A tributação do ITR, IPVA, IPTU, ITCD e ITBI somadas representou 1,2% do PIB em 2008 e 3,5% da carga tributária total; em municípios com mais de 50 mil habitantes somente 14% deles aplicavam IPTU progressivo (CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL, 2011). Alterar esta matriz pode ensejar um custo eleitoral elevado, mas política não deveria ser profissão. O federalismo brasileiro está precisando ser revisto (LUZIERO; CARVALHO, 2018).

No entanto, algumas medidas já podem ser tomadas para aumentar a arrecadação. Entre as medidas possíveis estão: a) ampliar o uso de tecnologias uma vez que a formação tecnológica exige investimentos reprodutíveis; b) a cultura de simplesmente carimbar rotinas não é suficiente, há que se redefinir atuações fiscais, prover seletividade e identificar melhor os contribuintes pela capacidade contributiva; c) cruzar informações utilizando-se de convênios com a Receita Federal, e-Social, dados de cartões de créditos, cartórios, notas fiscais eletrônicas, declarações eletrônicas, compartilhamento de cadastros eletrônicos com o Simples Nacional, cruzamento de informações por sistemas integrados, para melhor cobrança do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN e Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI; atualizar plantas genéricas de imóveis e dos cadastros; d) estudar melhor as particularidades do Imposto Predial e Territorial Urbano – IPTU, pois este imposto é sensível politicamente, entre outras medidas (CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS, 2019).

De toda sorte, sem autonomia financeira, e com um passivo de graves problemas sociais, os municípios no Brasil sobrevivem sob um turbilhão de demandas. As nações se vêm pressionadas pela globalização – efeito exógeno (MARTIN; SCHUMAM, *passim*). No entanto, na Constituição Federal de 1988, no inciso I, do art. 3º, traz entre os objetivos republicanos construir uma “sociedade livre, justa e solidária”, responsabilidade de cada cidadão independente de sua condição econômica e social.

3 | VELHOS PROBLEMAS, NOVAS ABORDAGENS

Será preciso um grande consenso tributário nacional para resgatar a qualidade de vida nas cidades brasileiras. A competência constitucional, entretanto, permite aos

municípios legislarem a respeito de seus tributos e direito urbanístico, observados os limites constitucionais.

Faz-se importante criar formas idôneas e transparentes de aferição do valor do metro quadrado dos lotes e das construções edificadas para tributar o patrimônio na esfera municipal. Há que estudar a simplificação destas avaliações. Por exemplo, as atualizações cadastrais imobiliárias têm um custo muito elevado, o que dá margem a manipulação licitatória. O Estado pode baratear estes custos por convênios intermunicipais, para financiar em parceria com outras municipalidades.

Pode-se, também, por exemplo, recorrer à experiência de corretores de imóveis e engenheiros idôneos, e experientes, a preço módico fixado pela própria Administração, por lei específica de natureza tributária, urbanística e licitatória municipal, pois a competência para editar norma geral de licitação é privativa da União, por força do inciso XVII, do artigo 22, inciso I e parágrafo 1º, do artigo 24, da Constituição Federal de 1988.

Além disso, o IPTU progressivo no tempo deve ser implantado, além dos cadastros imobiliários serem atualizados, em prol da justa cobrança de ITBI, IPTU e ITR, de quem mais pode pagar proporcionalmente. Ocorre que, justiça fiscal tem o sentido de reduzir ao máximo a regressividade na tributação pela observância dos princípios da progressividade e capacidade contributiva (critério de justiça). Inclusive, pelo viés da justiça distributiva, Velloso, citando Herrera Molina, quanto a precedentes alemães: “há um direito fundamental dos contribuintes à tributação conforme a capacidade contributiva” (VELLOSO, 2010, p. 160).

Por outro lado, é de conhecimento notório o quanto é obsoleta a contribuição de melhoria, quase em desuso. Afinal, aferir valorização imobiliária de cada imóvel e construção diferentes. Devido à importância das ações do poder público, a Colômbia tem uma espécie de contribuição de melhoria, em que os proprietários financiam a obra e recuperam a valorização imobiliária, chamada de “contribuição de valorização”. Chama a atenção a constituição colombiana, de 1991, em seu artigo 58, ao dispor que a propriedade é uma função social que implica em obrigações. Este dispositivo foi julgado constitucional pela Suprema Corte Colombiana. No Município de Bogotá, por força do Decreto 266, de 2003, houve intervenção no mercado de terras para congelar o preço dos terrenos envolvidos na operação urbanística, de forma a evitar a apropriação especulativa da valorização dos mesmos em razão das obras públicas a serem realizadas (evitar especulação imobiliária diante das plusvalias). Esta especulação provoca o aumento artificial do preço das terras não ocupadas, a gerar exclusão social de quem não as consegue pagar para morar mais perto do centro, o que provoca o inchaço das periferias (SANTOS, 1993, p. 121). Alfonsin explica que os proprietários se encarregam de financiar a urbanização. Em vez de a Administração desapropriar, a gestão é confiada a uma entidade fiduciária (ALFONSIN apud FERNANDES; ALFONSIN, 2009, p. 190-193).

Uma experiência interessante se tem na Espanha. Cerca de 95% das terras em

Valência na Espanha eram propriedades particulares e não havia como a cidade se expandir. A municipalidade viu-se obrigada a intervir com políticas públicas para que se abrissem bairros em associação dos proprietários com o poder público. Os proprietários recebiam seus direitos em valorizações imobiliárias. Hoje, devido ao Código urbanístico da cidade, Valência é uma das melhores cidades para se morar na Espanha (AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO, 2019).

O montante total a ser recuperado não pode exceder os custos do investimento, nos termos da Lei n. 48, de 1968, mas, com o amadurecimento institucional, surgiu a Lei 388, de 1997, para complementar a contribuição de valorização, chamada Participação Municipal das Plusvalias Urbanas. Assim, o poder público passou a receber as mais-valias em terrenos, dinheiro ou infraestrutura. Paulatinamente, a sociedade colombiana foi compreendendo que a propriedade individual pode exercer a função social e os agentes privados podem até ser beneficiados com lucros das valorizações consequentes - negociação ganha-ganha prefeitura- sociedade (ALFONSIN apud FERNANDES; ALFONSIN, 2009, p. 193). No art. 82, da Constituição colombiana e nos termos da Lei n. 388, de 1997, cada município tem a possibilidade de gravar de 30 a 50% da valorização (rendimento) do terreno urbanizado em consequência de uma obra pública realizada (MONTANDA apud CESARE, 2016, p. 120).

O consórcio imobiliário pode ser utilizado para urbanização e regularização de áreas ocupadas por população de baixa renda (Zonas Especiais de Interesse Social) e encontra-se disciplinado no Estatuto das Cidades, nos termos do artigo 46 alterado pela Lei 13.465, de 2017, de forma a atender o interesse social e o interesse dos proprietários e do poder público (CARMONA, 2007, p. 120-125).

Importante registrar que a experiência de urbanização de favelas em Diadema, Estado de São Paulo, demonstrou que se faz possível financiar a urbanização de favelas com recursos da tributação municipal, em uma década, mesmo com as alíquotas diminutas e sem progressividade. Antes mesmo da progressividade do IPTU em Diadema – São Paulo, com esforço e continuidade este município urbanizou favelas, entre 1983 a 2000, com recursos do próprio erário municipal via mutirões populares (COELHO; MARTINS, 2018).

Em visão diferente, também, tem quem defenda o IGF – Imposto sobre Grandes Fortunas. Ives Gandra considera que o IGF é uma espécie de bitributação, pois a propriedade, em princípio, é o resultado da renda acumulada após o pagamento dos impostos (MARTINS, 2008). Além disso, a experiência do *Solidarity Wealth Tax* francesa culminou em fuga de capitais (PICHET, 2007). De toda sorte, o uso da propriedade urbana deve se voltar ao bem-estar da coletividade, à segurança dos cidadãos e ao equilíbrio ambiental (COSTA, 2009; DENALDI; FERRARA, 2018). Entre as formas de mitigar a exclusão social nas cidades está a necessidade de consciência política para conter a “especulação imobiliária” (KIRZNER apud COSTA, 2009), o que nem sempre é fácil de conseguir no jogo democrático.

No âmbito do Distrito Federal, por exemplo, o ITBI se vê editado por força da Lei do DF n. 3.830, de 2006 e seu Regulamento está no Decreto n. 27.576, de 2006. Há previsão de alíquota é 2% sobre a transmissão onerosa de bens imóveis. Aires Barreto defende que não é correto tributar imposto real com progressividade (BARRETO apud MARTINS, 2001, p. 757). Mas, o STF – Supremo Tribunal Federal julgou, recentemente, que a capacidade contributiva deve ser aplicável a todos os impostos tomando por base uma questão envolvendo o ITCMD – Imposto de Transmissão Causa Mortis e Doações no julgamento do Recurso Extraordinário n. 562045-RS (BRASIL, 2013). Surge uma luz quanto à mudança de direção da tributação de impostos reais, mesmo assim, o problema da atualização dos cadastros imobiliários afetam as exações do ITBI e do IPTU.

No entanto, tomando-se o Enunciado de Súmula 656, do Supremo Tribunal Federal não se tem no Brasil reconhecida a progressividade no ITBI. Um detalhe, o ITBI poderia ser financiado, ou parcelado no cartão de crédito, enfim, para viabilizar a taxação progressiva, promover as regularizações imobiliárias informais, por meras procurações, mediante transação com o fisco. Enfim, para velhos problemas hão que ser promovidos os surgimentos de *startups* municipais.

4 | TUDO PELO IPTU

A política urbana foi constitucionalizada e o IPTU passou a ser um importante instrumento de controle da especulação imobiliária. Cesare estudando o histórico da tributação imobiliária na América Latina e Caribe revela que a Constituição Federal de 1988 foi um marco no processo de efetivar meios para a descentralização do Brasil. O Estatuto da Cidade, pela primeira vez na história do Brasil, possibilitou a harmonização das políticas fiscais e urbanas com a tributação do IPTU progressivo no tempo. O IPTU adquiriu atribuições extrafiscais com finalidades urbanizadoras (CESARE, 2016, p. 40 e 43).

Nesta via, o Ministro Luiz Fux, fazendo referência aa Konrad Hesse, assentou Voto no sentido que a vontade constitucional “assume relevo a colocação topográfica da matéria constitucional no afã de aferir a que vетor princípio lógico pertence, para que, observando o princípio maior, a partir dele, transitar pelos princípios específicos, até o alcance da norma infraconstitucional” no julgamento do RESP 977058-RS no Superior Tribunal de Justiça (BRASIL, 2008). Assim, compete à municipalidade editar leis para a execução da política de desenvolvimento urbano (CF, art. 182); compete aos municípios a promoção adequada do ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano (CF, art. 30); a União, com a edição do Estatuto da Cidade regulamentou o art. 182 e 183 da Carta Magna fixando suas diretrizes gerais, para o atendimento da função socioambiental da propriedade (MOURA; MOTA, 2016, *passim*) como relevante direito coletivo devidamente regrado no ordenamento jurídico (Constituição

Federal, artigos 5º, inciso LXXXIII; 225; 170, incisos V e VI; 129, inciso II; Código Civil, artigos 98 e 99).

Existem algumas formas de tributar a propriedade urbana: sobre o valor de uma aluguel anual; sobre o valor da terra, construção e melhorias; somente sobre o valor da terra (LEE, 1993). Há um Projeto de Emenda Constitucional n. 110, de 2019, em tramitação atualmente no Congresso Nacional brasileiro querendo alterar a cobrança do IPTU para bem pior que o sistema atual, ou seja, pela tributação da terra (*Land Value Taxation*) tese que surgiu no Século XIX, ou seja, tributa só a terra sem considerar as construções e benfeitorias. Imagine-se, assim, que a construção de mansões e castelos não seria objeto de tributação.

Especialistas, com base em farta doutrina internacional editaram densa Nota Técnica para subsidiar os debates parlamentares quanto a esta proposta de reforma constitucional alterando a cobrança do IPTU somente taxando a terra. Identificaram as seguintes limitações da proposta: a) esta forma de tributação exigiria alíquotas muito elevadas sendo que a renda dos brasileiros pode não ser suficiente; b) existe um potencial de queda de arrecadação, pois limita muito a base de cálculo; c) a falta de recursos diante do risco de densificação populacional excessiva com propagação de doenças contagiosas enseja perigos; d) de todo jeito haveriam de serem atualizados os cadastros dos valores das terras; e) enfim, não existe comprovação empírica de eficiência e as cidades estão sem arrecadação suficiente e significa um retrocesso (CESARE; FERNANDES; OLIVEIRA; CARVALHO JÚNIOR, 2020). Entretanto, este debate parlamentar desperta a atenção sobre o problema municipal e se faz indispensável ser acompanhado de perto pela sociedade brasileira.

Todavia, a tributação imobiliária deve se desenvolver a partir de uma educação solidária, afinal, “En una colectividad, la solidaridad es la capacidad de actuación unitaria de sus miembros. Denota integración y estabilidad interna, la adhesión a una causa, situación o circunstancia, que implica asumir y compartir por ella beneficios y riesgos” (YUBERO; LOBO; GARCIA, 2008).

Nos termos dos arts. 5º e 7º da Lei 10.257, de 2001, em caso de descumprimento das condições e dos prazos previstos para cumprimento da função social da propriedade, o Município procederá à aplicação do imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo (CARVALHO, 2015, P. 131). Há quem defenda que depois do IPTU progressivo no tempo, os proprietários não se arriscarão a deixarem de atender a função social da propriedade (BANDEIRA DE MELLO, 2014, p. 884). A extrafiscalidade do IPTU se tornou um instrumento de planejamento urbano e de soluções de problemas sociais represados (FERNANDES, 2005, p. 20). A extrafiscalidade atua como forma moderada e consentida de “intervenção na economia” (TORRES, 1995, p. 167).

Trilhando pela via de consciência cidadã, em lavra fértil, várias Câmaras de Vereadores e Prefeituras no Brasil vêm sugerindo a aprovação de um “IPTU Solidário”, para

motivar o contribuinte a destinar até 5% do valor do tributo para uma entidade benéfica, do Terceiro Setor (CÂMARA DE VEREADORES DE FARROUPILHA, 2017). Este vetor atrai novos exames, para a destinação em favor da solução das favelas, mesmo via Terceiro Setor, e o importante é atender aos mais elevados princípios tributários voltados para os direitos do homem (TORRES, 1995, p. 119; VALADÃO, 2000, p. 90 e 106). O direito à cidade não deve ser um sonho platônico e muito menos um processo anárquico disruptivo, iconoclasta, mas um projeto de nação. Afinal, a segregação urbana causa violência e dá margem à expansão da criminalidade organizada (CARMONA, 2014, 106). Causam revoltas e ameaças civilizatórias. A urbanização solidária é o melhor caminho para todos (ABIKO; COELHO, 2009, p. 60), sobretudo, se voltada a tributação a dar efetividade aos direitos humanos.

5 I O CIDADÃO COMO PARCEIRO DO DESENVOLVIMENTO

Os gargalos tributários ainda são persistentes e a margem de manobra para aumentar a arrecadação não é tão ampla, mas pode ser melhorada. Há que se construir uma nova dinâmica tanto no seio da Administração Municipal como na sociedade. Algo novo precisa ser feito, conforme Klaus Tipke, para que uma nova ética impositiva envolva mais os Poderes Públicos e os cidadãos se torne uma “filosofia moral” (TIPKE, 2012, p. 9). O desafio é transformar o cidadão em um parceiro do desenvolvimento municipal.

O cidadão sente-se explorado pelo fisco. Desde a época do absolutismo no Brasil. No Brasil colônia haviam as “derramas” (cotas complementares de ouro a serem enviadas para Portugal), que causaram tantas revoltas em Vila Rica, Capitania de Minas Gerais (BOMTEMPO, 2000, p. 22). Os detentores do poder não podem se utilizar da máquina pública como extensão de suas propriedades pessoais (patrimonialismo). O cidadão não é um mero pagador de impostos, mas deve ser um sócio real do progresso.

Neste aspecto, também, John Rawls, sustenta que as Constituições ocidentais admitem “uma liberdade de participação mais ou menos extensa” (RAWLS, 2000, p. 249), fator importante à transparência e justiça coletiva como protegida pelo direito urbanístico. No caso, o orçamento participativo pode ser o caminho, conforme prevê o artigo 44, do Estatuto da Cidade. A experiência de Porto Alegre se tornou uma referência internacional (ALMEIDA; TORRES; BORBA; MARTINS; MENDONÇA, 2017).

Apesar dos esforços regulatórios, do Estatuto da Cidade, a falta de solução por décadas desses assentamentos irregulares não encontra solução fácil (SILVA, 2011, p. 160-165). Espera-se, que a Nova Lei de Regularização Fundiária, Lei 13.465, de 2017 facilite a Regularização Fundiária Urbana (Reurb) e, apesar dos conflitos judiciais, segue em tramitação o julgamento da ADI 5883 pelo Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2020). Preocupa, porém, a venda dos lotes e imóveis urbanizados pode despertar a especulação imobiliária fazendo que os pobres e sem rendas vendam os imóveis valorizados gerando o

fenômeno da gentrificação. Não basta dar “a matrícula imobiliária aos posseiros” (PEREIRA; BISSANI, 2017), a solução é complexa.

A gestão municipal não deve ser paternalista e nem perdulária. A existência de favelas revela o nível de injustiça social de uma nação. O Estado Democrático de Direito impõe deveres recíprocos entre cidadãos e fiscos, sobretudo, quanto à indispensável transparência municipal com orçamento participativo, tributação justa e solidária, combate à especulação imobiliária, melhor organização da cidade para gerar empregos e urbanização, fiel observância de um Plano Diretor realista e pragmático, enfim, para resgate das favelas e urbanização das periferias, instalação de bons colégios, bibliotecas, entre tantas necessidades básicas, o que afasta qualquer viés ideológico, quando se trata de uma simples abordagem cívica.

Para romper com os grilhões autoritários e patrimonialistas os cidadãos devem ser atraídos pelos gestores municipais (prefeituras e vereanças), para serem transformados em parceiros do desenvolvimento municipal. O caminho a percorrer passa pela educação fiscal nas escolas, nos bairros, associações de moradores e faculdades. Em termos conceituais, educação fiscal é a abordagem didático-pedagógica desenvolvimentista, que busca interpretar as vertentes financeiras da arrecadação e dos gastos públicos, para melhor controle social e fiscal do Estado, a importância da função social do tributo na diminuição das desigualdades sociais. Enfim, pode-se estimular o contribuinte a garantir ao Estado arrecadação e, também, a incentivá-lo a acompanhar a aplicação dos recursos arrecadados em benefício de toda sociedade, com justiça, transparência, honestidade e eficiência numa visão e perspectiva solidária, razão de ser do Programa Nacional de Educação Fiscal (BRASIL, 2015). Obviamente, o cidadão também exigirá mais ética e competência tanto de servidores como vereadores e prefeitos: uma troca “ganha-ganha”.

Aguçar a percepção solidária da sociedade, já que não é tarefa simplória fazer uma grande mobilização política suprapartidária para o resgate dos bairros periféricos das cidades. Causa constrangimento ver barracos empilhados nos morros das cidades médias e grandes do Brasil. Causa torpor ver pessoas dormindo no chão sob as marquises das cidades. Este resgate está na alma dos brasileiros segundo Darcy Ribeiro, em seu livro “O Povo Brasileiro”. No entanto, os aglomerados “subnormais”, ou seja, os assentamentos urbanos irregulares abrigam conflitos extremamente graves e potencialmente explosivos, em prejuízo de toda população das cidades.

As soluções exigem enfoques interdisciplinares movendo um novo olhar sobre a realidade das municipalidades brasileiras, sobretudo, as médias e grandes cidades, a partir do seu “câncer social”: a questão das favelas e péssimas condições de vida nas periferias das cidades. O Estado não mais deve ser repressivo e taxador, mas agente da evolução.

A meta é ampliar as conquistas sociais e tornar a população aliada do desenvolvimento: direitos e deveres. A atuação do Estado deve se pautar pela ética da justiça, solidariedade e o bem-comum (OECD, 2013). Há um novo papel a ser desempenhado pelos prefeitos

para transformar suas cidades gerencialmente (SANT'ANA; OLIVEIRA; MARTINS, 2013), inclusive, explorando todo potencial arrecadatório pelo viés da sensibilização solidária e pela união das pessoas. O princípio da solidariedade deve ser a bússola, para a erradicação das favelas.

6 I CONCLUSÃO

A presente investigação deteve-se em examinar os graves problemas urbanos, sobretudo, das cidades médias e grandes, com seus históricos de favelas e péssimas condições de vida da população mais pobre, o que se converte em focos de violências e de crime organizado, a comprometer a democracia. A tributação justa garante a existência dos serviços públicos adequados, bem como, confere estabilidade e segurança a todos os direitos reconhecidos, inclusive, os direitos de propriedade.

Tomou-se como hipótese, nesta pesquisa, ser possível tributar melhor o patrimônio no âmbito municipal, de forma justa e progressiva, para construir cidades includentes, solidárias, para erradicar favelas. A hipótese se confirmou, mas existem muitos desafios a vencer. A experiência em Diadema antes mesmo da progressividade do IPTU e dos novos instrumentos urbanísticos, mesmo demorando 12 anos demonstra ser possível erradicar favelas e cortiços havendo vontade política e esforços suprapartidários. Inclusive, não tributar adequadamente fere o artigo 11, da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A alteração da tributação do IPTU, por exemplo, desconsiderando as construções e benfeitorias pode causar um retrocesso arrecadatório. A tributação deve favorecer a mobilidade social. Numa sociedade interligada pela internet novas dinâmicas sociais exigirão um novo perfil de lideranças municipais, a ser desenvolvido com treinamentos para qualificação de servidores, vereadores e prefeitos. A visão estreita de algumas estruturas políticas locais deve dar espaço para a real democratização do acesso a conhecimentos, participação na eleição das prioridades orçamentárias, concessão de benefícios fiscais para criação de empregos reais e não fictícios, enfim, hão que serem transformados os cidadãos em parceiros do desenvolvimento e erradicar as vergonhosas favelas desta nação.

Este estudo tem caráter introdutório e apenas joga algumas luzes para o complexo problema das cidades. Quiçá atraia novas pesquisas, mais detalhadas e multidisciplinares, pois cada cidade tem sua particularidade e sua própria vocação e o bem-estar a construir.

REFERÊNCIAS

ABIKO, Alex; COELHO, Leandro. **Urbanização de Favelas: Procedimento de gestão**. Porto Alegre: Associação Nacional de Tecnologia do Ambiente Construído (ANTAC), 2009.

AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO. **Código de Urbanismo de la Comunidad Valenciana**. Edición actualizada a 20 de mayo de 2019. Disponível em: <www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=013_Codigo_de_Urbanismo_de_la_Comunidad_Valenciana.pdf>. Acesso em: 20 out. 2020.

ALFONSIN, Betânia. Instrumentos e Alternativas à Desapropriação em um Estudo de Direito Urbanístico Comparado: Brasil, Colômbia e Espanha. In: FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords). **Revisitando o Instituto da Desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ALMEIDA, Almir Leite; TORRES, Kelly Aparecida; BORBA, Erika Loureiro; MARTINS, Pablo Luiz; MENDONÇA, Fabricio Molica. **Orçamento Participativo do Município de Porto Alegre**: Um modelo a ser pensado nos municípios brasileiros. XIV Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia, Rezende – RJ, 26 – 27 out. 2017. Disponível em:< <https://www.aedb.br/seget/arquivos/artigos17/5425293.pdf> >. Acesso em: 27 jul. 2020.

ATIENZA, Manuel Rodriguez. **Una Filosofía del Derecho para el Mundo Latino. Otra Vuelta de Tuerca**. 2011. Disponível em: <<https://dfddip.ua.es/es/documentos/una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca.pdf>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MUNICÍPIOS. 2011. **Só 8% dos Municípios Brasileiros Arrecadam mais do que Gastam**. Disponível em: <<http://www.abm.org.br/so-8-dos-municipios-brasileiros-arrecadam-mais-do-que-gastam/>>. Acesso em: 21 out. 2020.

MARTINS, Ives Gandra (Coord.). **Curso de Direito Tributário**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo e Sociedade**: Para uma teoria geral da política. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. 5 ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1995.

BRASIL. IBGE. Censo Demográfico, 2010. Disponível em: <<https://ww2.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default.shtm>>. Acesso em: 18 set. 2020.

BRASIL. IBGE. Desemprego chega a 14,4% no trimestre encerrado em agosto. 3 out. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/29321-desemprego-chega-a-14-4-no-trimestre-encerrado-em-agosto>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Relatório da Distribuição Pessoal da Renda e da Riqueza da População Brasileira**. Dados do IRPF 2015/2014. Secretaria de Política Econômica, Mai. 2016.

BRASIL. STF. Pleno. RE 562045-RS. Min. Rel. Carmem Lúcia, j. 6 Dez. 2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

BRASIL. STF. Pleno. ADI 5883. Min. Rel. Luiz Fux, em julgamento. Disponível em:<<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. **Programa Nacional de Educação Fiscal**. 2ª ed. Brasília: ESAF, jan. 2015. Disponível em: <https://receita.fazenda.rs.gov.br/download/20170704155154diretrizes_nacionais_da_educacao_fiscal.pdf>. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. Universidade Federal de Juiz de Fora. Brasil tem maior concentração de renda do mundo entre o 1% mais rico. 30 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.ufjf.br/ladem/2019/05/30/brasil-tem-maior-concentracao-de-renda-do-mundo-entre-o-1-mais-rico>>. Acesso em: 5 nov. 2020.

BRASIL. STJ. 1ª Seção. RESP 977058-RS. Min. Rel. Luiz Fux, j. 22 Out. 2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

BRASIL. STJ. 1ª Turma. REsp 1.076.948-RS, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 4/11/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 15 Jul. 2020.

CÂMARA DE VEREADORES DE FARROUPILHA. Sugestão do “IPTU Solidário” é encaminhado para o Executivo. 18 dez. 2017. Disponível em:< <https://miriamcaravaggio.com.br/iptu-solidario-e-aprovado-na-camara-de-farroupilha/>>. Acesso em: 20 jul. 2020.

CANUTO, Elza Maria. **Direito à Moradia Urbana:** Aspectos da dignidade humana. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2010.

COELHO, Cláudia Bastos; MARTINS, Rafael Sigrist. **Do Projeto à Obra: A gestão dos contratos de urbanização de favelas no âmbito do PAC de Diadema.** Anais III Seminário Nacional de Urbanização de Favelas – III URBFAVELAS. Salvador – BA, nov. 2018. Disponível em: <<http://www.sisgeenco.com.br/sistema/urbfavelas/anais2018a/ARQUIVOS/GT3-102-77-20180819212125.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2020.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS. **Como Aumentar a Arrecadação Municipal sem Aumentar Impostos, 2019.** Disponível em: <[https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/documentos/Como_melhorar_a_arrecadação_municipal_sem_aumentar_impostos_\(2019\).pdf](https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/documentos/Como_melhorar_a_arrecadação_municipal_sem_aumentar_impostos_(2019).pdf)>. Acesso em 20 out. 2020.

CONSELHO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – CDES, 2011. **Indicadores de Iniquidade do Sistema Tributário Nacional.** 2ª ed. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. **Curso de Direito Administrativo.** 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BOMTEMPO, E P M. **Asas da Liberdade: A Saga de Tiradentes.** Brasília: Relevo Gráfica e Editora, 2000.

_____ **E-commerce, tributação e cultura:** análise juseconômica das imunidades tributárias sobre as cadeias produtivas de livros e músicas. Curitiba: Juruá, 2016.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. **O Consórcio Imobiliário como Instrumento de Intervenção Urbanística.** Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____ **Violência x Cidade: O papel do direito urbanístico na violência urbana.** 1ª ed. São Paulo: Fundação Escola do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014.

CARVALHO, Célia Maria. **Instrumentos de Advocacy Federativa no Brasil: O dilema dos Estados na questão fiscal.** 2015. 245 f. Tese (doutorado). São Paulo, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, 2015.

COSTA, Camila Maia. Do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios como Instrumento de Execução de Política Urbana. **Fórum de Direito Urbano e Ambiental,** Belo Horizonte, ano 8, n. 48, 2009.

CESARE, Cláudia. **Sistemas del Impuesto Predial en América Latina Y Caribe.** Cambridge, Massachusetts: Lincoln Institute of Land Policy, 2016.

CESARE, Claudia M.; FERNANDES, Cintia Estefânia; OLIVEIRA, Gelson; CARVALHO JÚNIOR, Pedro Humberto. **Nota Técnica - IPTU e a PEC 110/2019 (Reforma Tributária)**. Disponível em: <https://ijf.org.br/wp-content/uploads/2020/08/NT_-PEC-110-PTU_Completa_DeCesare_Fernandes_Oliveira_Carvalho_Jr.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2020.

DENALDI, Rosana; FERRARA, Luciana. A Dimensão Ambiental da Urbanização em Favelas. **Ambiente e Sociedade**, São Paulo, v. 21, 2018. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/1809-4422asoc0195r0vu18l1ao>>. Acesso em: 17 Jul. 2020.

FERNANDES, Edésio. A Nova Ordem Jurídico-Urbanística no Brasil. **Revista Magister de Direito Imobiliário, Ambiental e Urbanístico**, n. 2, out./nov., 2005.

FERNANDES, Edésio; ALFONSIN, Betânia (Coords). **Revisitando o Instituto da Desapropriação**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO. **Déficit Habitacional Total e Componentes – 2015**. Disponível em: <<http://www.cbcidados.com.br/menu/deficit-habitacional/deficit-habitacional-no-brasil>>. Acesso em: 2 out. 2020.

FONTENELLE, Adriana; CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. A Necessidade de Atuação nos Cortiços Brasileiros e o Direito Fundamental à Moradia. **Revista Magister de Direito Ambiental e Urbanístico**, Porto Alegre, v. 12, n. 71, p. 5-22, Abr. /Mai. 2017.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica**. 6^a ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GASSEN, Valcir. Matriz Tributária Brasileira: Uma perspectiva para pensar o Estado, a Constituição e a Tributação no Brasil. In: VALCIR, Gassen (Org.). **Equidade e Eficiência da Matriz Tributária Brasileira: Diálogos sobre Estado, Constituição e Direito Tributário**. 1. ed. Brasília: Consulex, 2012.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro; PAULINO, Sandra. Tributação sobre o Consumo: O esforço de onerar mais quem ganha menos. **Sequência (Florianópolis)**, n. 66, p. 213-234, jul. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n66/09.pdf>>. Acesso em: 2 ago. 2020.

GREENAWALT, Kent. How Empty is the Idea of Equality? **Columbia Law Review**, New York City: 83, n. 1167, June 1983.

KENNA, Padraig. Globalization and Housing Rights. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Bloomington, v. 15, Jul. 2008. Disponível em: <<http://web.b.ebscohost.com/ehost/pdfviewer/pdfviewer?vid=9&sid=444660a9-a14f-45dd-a2acb0a3d1a826de%40sessionmgr102>>. Acesso em: 8 Jun. 2019.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População Rural e Urbana**. Disponível em: <<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>. Acesso em: 2 jul. 2020.

LEE, Amy. Property Taxation under Conditions of Rapid Urban Growth: the Singapore Experience. **Journal of Property Valuation and Investment**, Vol. 11 Issue: 4, pp.301-338, 1993. Disponível em: <<https://doi.org/10.1108/EUM0000000003308>>. Acesso em: 7 Jun. 2019.

LIZIERO, Leonam Baesso; CARVALHO, Fabrício. Federalismo e Centralização no Brasil: Contrastes na construção da federação brasileira. **Revista de Direito da Cidade - UERJ**, Rio de Janeiro, vol. 10, n. 3, p. 1483-1503, 2018.

MARICATO, Ermínia Terezinha (Coord.). **Parâmetros Técnicos para Urbanização de Favelas**. São Paulo: FUPAM/LABHAB/FAUUSP – FINEP/CEF, 1998 – 1999, p. 178. Disponível em: <http://labhab.fau.usp.br/biblioteca/produtos/paramtecnicos_urbafavelas.pdf>. Acesso em: 22 Mai. 2019.

MARTIN, Hans-Peter; SCHUMAM, Harald. **A Armadilha da Globalização: o Assalto à Democracia e ao Bem-Estar Social**. São Paulo: Globo, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **O imposto sobre grandes fortunas**. Jus Navigandi, fev. 2008. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10977/o-imposto-sobre-grandes-fortunas>>. Acesso em: 18 out. 2020.

MOURA, Emerson; MOTA, Maurício. **Direito Fundamental de Propriedade e a Função Socioambiental nas Cidades**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NABAIS, J. C. Solidariedade Social, Cidadania e Direito Fiscal. In: GRECO, Marco Aurélio; GODOI, Marciano Seabra de. (Coord.). **Solidariedade Social e Tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

NAGEL, Thomas; MURPHY, Liam. **O Mito da Propriedade: Os impostos e a justiça**. Trad. Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

NAVARRO, Sacha Calmon. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NOGUEIRA, Roberto Wagner. Construindo Novos Standards de Interpretação para Autonomia Tributária e Financeira dos Municípios no Século XXI - Notas para um Novo Federalismo Fiscal Cooperativo sob a Ótica Municipal. **Revista de Estudos Tributários**, n. 124, Nov.-Dez., Parte Geral, 2018. Disponível em: <[http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?fn=default.htm\\$vid=BDR:SP2](http://www.bdr.sintese.com/NXT/gateway.dll?fn=default.htm$vid=BDR:SP2)>. Acesso em: 8 Jun. 2019.

OCHOA, Oscar Borrero. **Instrumentos Notáveis de Intervenção Urbana**. Seminários Internacional – Brasília, 2012. Disponível em: <www.capacidades.gov.br/blog/download/id/47/post/166/media/7317+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 25 Mai. 2019.

OECD. **Building Tax Culture, Compliance and Citizenship**: A global source book on taxpayer education. Paris: OECD, 2013. Disponível em: <https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/building-tax-culture-compliance-and-citizenship_9789264205154-en>. Acesso em: 2 jul. 2020.

PEREIRA, Reginaldo; BISSANI, Karen. A Regularização do Parcelamento do Solo de Loteamentos Públicos: Um Estudo Baseado no Projeto do Loteamento de Interesse Social Vila Betinho em Chapecó/SC. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 7, nº 2, 2017 p. 203-214.

PICHET, Eric. The Economic Consequences of the French Wealth Tax (ISF). **La Revue de Droit Fiscal**, Bordeaux, nº 14 - 5 Abr. 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1268381>>. Acesso em: 5 Jun. 2019.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

RAI, Sarju Sing. **Global Explosion of Slums: The next biggest planetary health challenge**. 22 abr. 2017. Disponível em: <<https://medium.com/amplify/global-explosion-of-slums-the-next-biggest-planetary-health-challenge-49424f27ba16>>. Acesso em: 8 out. 2020.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ROSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens**. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, Os Pensadores, 1978.

SALVADOR, Evílasio. **As Implicações do Sistema Tributário Brasileiro nas Desigualdades da Renda**. Brasília: INESC, 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.inesc.org.br/noticias/biblioteca/textos/as-implicacoes-do-sistema-tributario-nas-desigualdades-de-renda/publicacao/>>. Acesso em: 8 jul. 2020.

SANT'ANA, Anderson; OLIVEIRA, Fátima; MARTINS, Daniela. Liderança no Setor Público: Uma análise em processo de reconversão de funções econômicas de cidades. **Revista de Administração FACES Journal**, Belo Horizonte, v. 12, n. 3, p. 96-115, jul.-set. 2013.

SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 3. ed. São Paulo: Hucitec, 1993.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2011.

SINGER, Paul. **Economia Política da Urbanização**. 3^a ed. São Paulo: Editora Contexto, 2018.

TIPKE, Klaus. **Moral Tributária do Estado e dos Contribuintes**. Tradução de Luis Doria Furquim. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Os Direitos Humanos e a Tributação: Imunidades e Isonomia**. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

UNITED NATIONS. **Sustainable Development Challenges**. New York: Department of Economic and Social Affairs, World Economic and Social Survey 2013, 2013. Disponível em: <https://www.un.org/en/development/desa/policy/wess/wess_current/wess2013/>. Acesso em: 21 Abr. 2019.

YUBERO, Fernando; LOBO, María Luisa; GARCIA, María Luisa. **Los impuestos, instrumentos de solidaridad**. El Programa de Educación Cívico- El Programa de Educación Cívico-Tributaria Tributaria de la Agencia Tributaria española, 2008. Disponível em: <http://educacionfiscal.org/files/documentos/20081202_131249_Impuestos_y_solidaridad_-_Version_publicacion_RAAM.pdf>. Acesso em: 7 Jun. 2019.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. **Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar e Tratados Internacionais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 99 e 106.

VELLOSO, Andrei Pitten. **O Princípio da Isonomia Tributária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAPÍTULO 10

PROGAMA BOLSA FAMÍLIA: ERRADICAÇÃO DA POBREZA E CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NO BRASIL

Data de aceite: 01/03/2021

Jéssica Gomes Machado

Assistente Social especialista em Saúde Coletiva pelo Programa de Residência Integrada Multiprofissional em Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

ID Lattes: 6008121732496399

Ana Maria Paim Camardelo

Doutora em Serviço Social pela PUC-RS Docente do Centro de Ciências Humanas e da Educação e Coordenadora do Núcleo de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas e Sociais (NEPPPS) da Universidade de Caxias do Sul (UCS)

ID Lattes: 8865429290882229

Artigo apresentado no III Congresso Florense de Direito e Ambiente - Políticas de Cidades Socioambientalmente Sustentáveis Caxias do Sul - De 24 a 26 de outubro de 2016

RESUMO: Os *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM) apresentam a sustentabilidade como compromisso global, para isso definem, na mais recente Agenda – *Transformando Nossa Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* – como objetivo 1 a erradicação da pobreza para a transformação do mundo e a concretização do desenvolvimento sustentável. Neste sentido, este artigo abordará um estudo acerca do desafio da erradicação da pobreza e da concretização do desenvolvimento sustentável

no Brasil, a partir da implementação do Programa Bolsa Família (PBF), enquanto o maior programa de enfrentamento à pobreza, demonstrando, por meio da pesquisa bibliográfica, a contribuição do Programa em conjunto com as políticas públicas de educação e saúde os efeitos alcançados neste sentido.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento Sustentável. Meio Ambiente. Políticas Públicas. Programa Bolsa Família.

BOLSA FAMÍLIA PROGRAM: POVERTY ERADICATION AND ACHIVIEMENT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT IN BRAZIL

ABSTRACT: The *Millennium Development Goals* (MDGs) present sustainability as a global commitment, for this, it is defined in the most recent agenda - *Transforming Our World: the 2030 Agenda for Sustainable Development* – as the objective number one poverty eradication for the transformation of the world and the achievement of sustainable development. Thus, this article will focus on a study about the challenge of poverty eradication and the achievement of sustainable development in Brazil, as of the implementation of the Bolsa Família Program (PBF), as the largest coping program against poverty, demonstrating through bibliographical research, the program's contribution along with the public policies of education and health effects achieved in this regard.

KEYWORDS: Sustainable development. Environment. Public policies. Bolsa Família Program.

1 | INTRODUÇÃO

Este estudo teve como balizador as discussões que envolvem os atuais problemas ambientais enfrentados tanto nas esferas locais como globais. Problemas resultados pelo acelerado crescimento do capitalismo e da apropriação sem sustentabilidade ambiental, que por sua vez se manifesta dimensões políticas, econômicas e sociais, ocasionando um ciclo de degradação: ambiental, social e humana.

Diante disso, destacam-se as políticas públicas como principal instrumento do Estado, dos governos e da sociedade civil enfrentarem as múltiplas expressões da questão social, incluindo aqui as relacionadas ao meio ambiente. Para tanto, este estudo tem como objetivo verificar se a Política de Assistência Social, por meio do Programa Bolsa Família, enquanto o maior programa de enfrentamento à pobreza tem contribuído para que o Brasil atinja o objetivo 1 das metas do milênio.

Portanto, toma-se como base a nova Agenda de Desenvolvimento Sustentável – A Agenda 2030 – elaborada em 2015 pela Cúpula da Organização das Nações Unidas (ONU), que se baseou nos *Objetivos de Desenvolvimento do Milênio* (ODM), traçados por meio das Conferências Mundiais ocorridas ao longo dos anos 90 e estabelecidos nos anos 2000, como significante instrumento para estimular os países a desenvolverem ações que concretizem políticas públicas socioambientalmente sustentáveis.

Considerando ainda os oito ODM e os 17 objetivos da Agenda 2030, que enfocam como objetivo 1 a erradicação da pobreza para a transformação do mundo e a concretização do desenvolvimento sustentável, o estudo pretende apontar uma das formas que o Brasil está trabalhando para contribuir com esta jornada coletiva.

Para isto, utilizou-se a metodologia da pesquisa bibliográfica, a partir do método dialético crítico – que se volta a conhecer todos os setores da consciência do homem como um processo histórico movido por contradições que emergem da realidade social – estando estruturado, após esta introdução, da seguinte maneira: *item 2) “O desafio socioambiental para o desenvolvimento sustentável”*, onde resgata-se as discussões acerca do desenvolvimento sustentável em nível global e as implicações deste nos campos ambiental, social e econômico, bem como as formas que o Brasil vem enfrentando o desafio de se tornar um país socioambientalmente sustentável; *item 3) “A contribuição do Programa Bolsa Família para a erradicação da pobreza com vistas à concretização do desenvolvimento sustentável”*, no qual se apresenta o conceito e caráter das políticas públicas, particularizando a Política de Assistência Social, enquanto base (em conjunto com a Política de Saúde e de Previdência Social) para a seguridade social brasileira, apontando as ações realizadas por meio do Plano Brasil sem Miséria para garantir o atendimento às necessidades básicas da população mais pobre; *subitem 3.1) “Programa Bolsa Família”*, em que se aponta as contribuições do Programa para a erradicação da pobreza e concretização do desenvolvimento sustentável no país.

Por fim, o estudo apresenta as considerações finais e as referências utilizadas para esta construção.

21 O DESAFIO SOCIOAMBIENTAL PARA O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Desde a publicação do relatório Brundtland – Nosso Futuro Comum – elaborado pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (CMMAD, 1988) da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1987, o conceito de desenvolvimento sustentável vem sendo proclamado como aquele “que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades”.

Posteriormente, na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 – a Cúpula da Terra – no Rio de Janeiro, o mundo reafirmou que o desenvolvimento sustentável é o caminho para o bem-estar humano. A Agenda 21 resgatou o conceito de desenvolvimento sustentável, declarando que o desenvolvimento econômico deve ser equilibrado com um crescimento que responda às necessidades das pessoas e proteja o meio ambiente.

Mais recentemente, em setembro de 2015, os líderes da ONU assinaram os 17 Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável somados a 169 metas, que buscam concretizar os direitos humanos de todos e alcançar a igualdade de gênero e o empoderamento das mulheres e meninas. Os Objetivos e metas traduzem o equilíbrio entre as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental.

A pretensão é de que os Objetivos e metas estimulem ações que contribuam na luta contra a desigualdade e a injustiça e no combate à mudança climática, bem como à erradicação da pobreza enquanto maior desafio global e requisito indispensável para o desenvolvimento sustentável e, consequentemente para a efetivação da justiça ambiental.

A discussão acerca da justiça ambiental tem tomado proporção e espaço à medida em que tem sido fomentado novos questionamentos e debates acerca das questões ambientais nas esferas da ciência, política, economia e sociedade. Acselrad (2005, p.223), introduz dentro do paradoxo justiça e meio ambiente o seguinte conceito

Justiça Ambiental é uma noção emergente que integra o processo histórico de construção subjetiva da cultura dos direitos no bojo de um movimento de expansão semântica dos direitos humanos, sociais, econômicos, culturais e ambientais. Na experiência recente, a justiça ambiental surgiu da criatividade estratégica dos movimentos sociais, alterando a configuração de forças sociais envolvidas nas lutas ambientais e, em determinadas circunstâncias, produzindo mudanças no aparelho estatal e regulatório responsável pela proteção ambiental.

Logo, a justiça ambiental se torna uma aliada crucial na defesa dos direitos ambientais. Fato notável é o processo de formação e criação de novas experiências de

educação ambiental, bem como a construção de um acervo de legislações que assegura a práxis neste campo, além de motivar o crescimento de atores socioambientais.

As considerações sobre atores socioambientais apresentam a sociedade sobre uma dupla perspectiva, que remete à relação entre ambiental e social, bem como a oportunidade de sustentar uma outra vontade política que privilegia a sustentabilidade e critica o consumo e desperdício irracional. Ruscheinsky (2007, p. 24) define atores socioambientais “como agentes colocados dentro das contradições e dos conflitos suscitados pelos relacionamentos entre sociedade e natureza”. Em que os problemas ambientais não podem ser isolados de outros conflitos característicos desta sociedade desigual.

Naturalmente, essa dupla crise social e ambiental resultou de um mesmo modelo de desenvolvimento de base capitalista que se define pela concentração econômica e exclusão social; pela degradação da natureza – incluída a humana – e geração de riscos socioambientais; pela fragilização das instituições democráticas e por um padrão ético utilitário e individualista. Pode-se dizer que esse conjunto de tendências, grosso modo e com algumas variações, caracteriza o cenário contemporâneo da sociedade global. (LIMA, 2007, p. 334).

O grande desafio está em romper com a cultura do capitalismo, que está associada a uma racionalidade inconsequente de desenvolvimento – uma aspiração inerente da humanidade – que busca a produção de forma desenfreada, para além das questões ambientais, sociais, técnicas, da ciência e até mesmo da indústria. Esta visão desconsidera a possibilidade da exaustão dos recursos naturais, uma vez que gera excedente de produtos, explorando a natureza e o trabalho humano, garantindo, a manutenção de condições socioambientais perversas – desigualdade, miséria e degradação ambiental – aumentando o abismo entre riqueza e pobreza. (BEZERRA e BURSZTYN, 2000).

Nesta mesma perspectiva, A Carta de Terra (2000) apresenta como desafio para o futuro a construção coletiva de

[...] mudanças fundamentais dos nossos valores, instituições e modos de vida. Devemos entender que, quando as necessidades básicas forem atingidas, o desenvolvimento humano será primariamente voltado a ser mais, não a ter mais. Temos o conhecimento e a tecnologia necessários para abastecer a todos e reduzir nossos impactos ao meio ambiente.

Dante disso, visa-se ações de transformação que orientem um futuro sustentável sob um novo paradigma que pode ser definido por constantes modificações do sistema vigente. No Brasil, suscitam-se avanços nas questões ambientais por meio de políticas e soluções para o desenvolvimento sustentável em diversos setores. Um exemplo é a Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS, 2010), que trouxe importantes ferramentas para que os municípios iniciassem o enfrentamento aos principais problemas ambientais, sociais e econômicos decorrentes do manuseio inadequado dos resíduos sólidos.

Outro avanço que o Brasil tem dado em relação a um futuro sustentável, refere-se

à busca de um melhor ordenamento do ambiente urbano, onde prevaleça à qualidade de vida da população por meio da melhoria da mobilidade urbana, da eficiência energética, do descarte de resíduos sólidos, da economia de água, entre outros aspectos que contribuem para o alcance de cidades sustentáveis. (BRASIL, s/d).

Entretanto, há outros desafios para efetivação dos requisitos que fundamentam o desenvolvimento sustentável, perpassando, no Brasil, pelo enfrentamento a pobreza, a desigualdade e a exclusão social. Embora a relação entre pobreza, exclusão social e degradação ambiental não seja direta, seus efeitos são notáveis, uma vez que o Estado historicamente condicionou os interesses do bem-estar social em detrimento a expansão do capital, na exploração dos recursos naturais.

Portanto, os desafios postos para que o Brasil implemente políticas públicas direcionadas a um desenvolvimento econômico mais duradouro e socioambientalmente equilibrado, requerem o fortalecimento da capacidade reguladora do Estado de intervir nesse processo. Isto é, as políticas de desenvolvimento devem ser pensadas como questões de políticas de Estado.

3 | A CONTRIBUIÇÃO DO PROGRAMA BOLSA FAMÍLIA PARA A ERRADICAÇÃO DA POBREZA COM VISTAS À CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Ao adentrar o campo das políticas públicas, faz-se necessário entender que o conceito utilizado para a expressão é amplo e consistente. A tradição europeia apresenta os estudos em Políticas Públicas enquanto um desdobramento dos trabalhos e análises do papel do Estado e, portanto, produtor, por excelência, destas. Enquanto na América do Norte, a Política Pública se consolida no mundo acadêmico como área do conhecimento, enfatizando os estudos sobre o papel do Estado com ênfase nas ações governamentais (SOUZA, 2006).

De modo geral, pode-se definir Políticas Públicas como o conjunto de ações definidas pelo Estado e executadas pelo governo. Tal definição pode apresentar um caráter mais político ou mais administrativo. O *caráter político*, pensado em uma sociedade democrática, onde existem diferentes grupos, segmentos políticos, ideologias, etc.; estabelece-se como um processo decisório que envolve conflitos de interesses. Desse caráter, deriva-se o conceito apresentado por Dye (1984 apud SOUZA, 2006, p.24), de Política Pública como “o que o governo escolhe fazer ou não fazer”. Sendo assim, o governo define quem ganha o quê, por quê e que diferença faz. Já o *caráter administrativo* define Política Pública como um conjunto de projetos, programas e atividades governamentais. Essa definição está voltada ao papel da Política Pública, de solucionar problemas.

Cabe ainda, destacar a diferenciação existente entre Política de Estado e Política de governo. Portanto, entende-se que Política de Estado independe do governo ou governante. Ela está respaldada por um aparato jurídico legal, como por exemplo, a Constituição Federal

tendo a obrigatoriedade de ser cumprida. Já a Política de governo depende da alternância de poder. Está presente no plano de governo do candidato, que se eleito irá transformar suas ideias e propostas em novas políticas públicas, executadas durante o período de seu mandato. Destaca-se, que as Políticas de governo, conforme adquirem continuidade de um governo para outro elas podem se transformarem em Políticas de Estado.

No Brasil a Constituição Federal sinaliza como tripé da Seguridade Social, as políticas públicas sociais de Saúde, Assistência Social e Previdência Social, cujo fim é de amparar e assistir aos cidadãos. Sachs (1993), amplia o conceito de sustentabilidade em cinco modalidades: ecológica, ambiental, social, política e econômica. A *sustentabilidade social* refere-se ao desenvolvimento, tendo como objetivo a melhoria da qualidade de vida da população. Assim, o Brasil, por meio da Política de Assistência Social adota um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Na esfera pública o Brasil, por meio do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, atualmente Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário, vem desenvolvendo o *Plano Brasil sem Miséria*, lançado em 2011, permitindo a redução das desigualdades, promovendo a inclusão social e a distribuição de renda, como forma do poder público e a sociedade reunirem condições de superar a extrema pobreza. O Plano está organizado em três eixos: (i) garantia da renda para alívio imediato da situação de pobreza; (ii) acesso aos serviços públicos para melhorar as condições de educação, saúde e cidadania das famílias, (iii) inclusão produtiva, para aumentar as capacidades de trabalho e geração de renda entre as famílias mais pobres do campo e da cidade. (BRASIL, 2013, p.10).

Sabe-se que a extrema pobreza se manifesta de múltiplas formas além da insuficiência de renda. Insegurança alimentar e nutricional, baixa escolaridade, pouca qualificação profissional, fragilidade de inserção no mundo do trabalho, acesso precário à água, energia elétrica, saúde e moradia são algumas dessas formas. Portanto, para superação da extrema pobreza deve haver articulação entre esses e outros setores.

Assim, o Brasil sem Miséria, criado em 2011 sob a coordenação do Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, desenvolve ações em conjunto com os demais ministérios, mas dependem da adesão dos municípios, uma vez que o Cadastro Único – sistema de informações para o acesso aos programas sociais, administrado nos municípios, por meio do Índice de Gestão Descentralizada (IGD) – é a porta de entrada para o Brasil sem Miséria.

Todos os 5.570 municípios dos 26 estados brasileiros, assim como o Distrito Federal, têm o direito de receber apoio financeiro, desde que obtenham índices mínimos de desempenho na gestão descentralizada do Cadastro Único e do Bolsa Família, medidos pelo IGD.

O Cadastro Único serve para que o governo identifique as famílias mais pobres

residentes no país, concedendo a estas, depois de cadastradas se atenderem aos requisitos, a participação nos programas sociais do plano: Programa Bolsa Família, Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI), Programa Nacional de Acesso ao Ensino Técnico e Emprego (Pronatec BSM), Assistência Técnica e Extensão Rural (Ater), Programa de Fomento a Atividades Produtivas Rurais, Programa Bolsa Verde, Programa Água para Todos, Programa Luz para Todos, Tarifa Social de Energia Elétrica, Telefone Popular, Carta Social, Minha Casa Minha Vida, Aposentadoria para Dona de Casa, Carteira do Idoso, Passe Livre para Pessoa com Deficiência, Isenção de Taxa em Concursos Públicos. Reforça-se, portanto, a responsabilidade dos municípios pelo cadastramento das famílias, inclusive através da modalidade de busca ativa com o interesse de garantir a inclusão, o desenvolvimento e a superação da extrema pobreza no país. (BRASIL, 2013).

3.1 Programa Bolsa Família

O Programa Bolsa Família (PBF) foi criado pela Lei 10.836, de 09 de janeiro de 2004 e se caracteriza como um programa de transferência direta de renda que beneficia famílias em situação de extrema pobreza (com renda mensal de até R\$ 70,00 por pessoa) ou pobres (com renda mensal entre R\$ 70,00 até R\$ 140,00 por pessoa). Mensalmente o governo federal deposita um valor para as famílias inseridas no programa. A quantia depositada depende do número de membros da família, da idade e da renda desses, sendo direcionado para uma conta simplificada da família. Há benefícios específicos para as famílias com crianças, jovens, gestantes e nutrizes. Ressalta-se que a família assume alguns compromissos ao participar do programa: as crianças devem ser vacinadas e receber acompanhamento nutricional, as gestantes fazer o pré-natal, e as crianças e jovens devem frequentar a escola. (BRASIL, 2013).

Destaca-se que o PBF possuí orçamento definido, ou seja, uma vez esgotada a dotação orçamentária não será concedido novos benefícios pelo menos até que haja critério suplementar. Portanto, torna-se necessário a definição de metas para que seja feito o planejamento orçamentário anual.

A criação do PBF em 2003 iniciou-se com a meta de 11,2 milhões de famílias, ocorrida no final de 2006. Os dados do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), mostram que durante os anos 2007 e 2008 não houve aumento da cobertura do PBF. Porém, novas famílias foram beneficiadas à medida que outras saíram. Também, indicam que o PBF é superado em número de beneficiários apenas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), que em princípio atende toda a população brasileira; pela educação pública que atende a 52 milhões de alunos; e pela previdência social que conta com 21 milhões de benefícios concedidos. Entretanto, em termos orçamentários o PBF é relativamente pequeno correspondendo em torno de 0,3% do produto interno bruto (PIB).

Considerando os elementos apresentados acima, pode-se afirmar que o programa tem contribuído com o seu objetivo, de auxiliar as famílias a superarem a situação de

pobreza ou extrema pobreza, ao passo que o número de 11 milhões já atingido, era renovado por novas famílias com o perfil. Nos anos 2009 e 2010 o PBF aprimorou as estimativas de atendimento, adotando a metodologia dos mapas de pobreza do Banco Mundial, podendo focalizar as situações nos municípios, até então baseadas nos dados do Censo. A partir disso, a estimativa de atendimento atingiu praticamente 13 milhões de famílias. Incluindo, por meio da articulação com as áreas de educação e saúde, o acompanhamento da frequência escolar de mais de 16 milhões de estudantes e da agenda de saúde de 8,7 milhões de famílias (PAIVA; et al, 2014, p.379), atingindo o número de 22 milhões de brasileiros que superaram a situação de extrema pobreza, no que se refere a questão renda. (CAMPELLO, 2013 p.23).

As pesquisas realizadas sobre os impactos do PBF junto a seus beneficiários, apresentadas no livro Programa Bolsa Família: Uma década de inclusão e cidadania (CAMPELLO, 2013), demonstram que seus efeitos têm sido notáveis. Ao traduzir os dados apresentados neste estudo, pode-se visualizar que em relação a educação, as crianças beneficiárias do PBF, apresentam 6% a mais de progressão escolar que as crianças com mesmo perfil socioeconômico não beneficiárias, assim como aumento de 4% da frequência escolar das crianças e adolescentes entre 7 e 15 anos de idade. No que diz respeito à saúde, constata-se que o PBF contribuiu com a redução da mortalidade infantil e desnutrição crônica, assegurando de forma mais regular o esquema vacinal, bem como a maior adesão das beneficiárias gestantes ao acompanhamento pré-natal.

Em consonância com estes resultados, Ribas (2007) declara que o tipo de pobreza classificada como crônica está diminuindo gradativamente. Isto quer dizer que, o Brasil está a caminho da superação do grande índice da pobreza no país, uma vez que o PBF ao auxiliar as famílias no acesso a renda, também tem assegurado (enquanto compromisso do poder público) o direito dos mais pobres à saúde e à educação o que contribui cada vez mais para que os jovens tenham acesso ao mundo do trabalho e transformem suas condições de vida.

Nesse sentido, reconhece-se que o PBF está contribuindo para o fortalecimento do sistema de proteção social brasileira, alcançando grupos populacionais em situação de vulnerabilidade, em especial, crianças e jovens; em parceria com as políticas públicas que visam à ruptura do ciclo intergeracional da pobreza, à equidade e à cobertura universal dos serviços. Tudo isso mostra a característica de atuação multidimensional no combate à pobreza presente no Bolsa Família, que se intensificou com o Brasil sem Miséria e que tem na atual utilização do Cadastro Único seu expoente maior.

4 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

As observações apresentadas neste estudo, certamente, evidenciam os esforços que o Brasil tem realizado – a partir da criação do Plano Brasil sem Miséria, que promoveu

a implementação de diversos programas e ações na área social – principalmente, com a consolidação do Programa Bolsa Família no enfrentamento ao desafio da erradicação da pobreza para a concretização do desenvolvimento sustentável no Brasil.

Como se procurou demonstrar, os resultados do PBF, tanto a partir de sua principal característica: transferência direta de renda, quanto por meio de sua política de articulação intersetorial com as políticas públicas de assistência social, de educação e de saúde, tem auxiliado o país a alcançar impactos positivos, refletidos na redução da pobreza e desigualdade e na melhoria de indicadores educacionais e de saúde; além de contribuir com o acesso ao mundo do trabalho.

Todavia, entende-se que ainda existem desafios para a evolução e efetiva consolidação do PBF. O desafio mais aparente e urgente está em sua própria base de execução, o Sistema Único de Assistência Social (Suas), que conta com uma estrutura de execução espartano, especialmente nos municípios do interior do país. O que implica diretamente no funcionamento do PBF, uma vez que este está condicionado ao Cadastro Único administrado pelos municípios, conforme o Índice de Gestão Descentralizada (IGD).

Apesar disso, o PBF representa uma evolução definitiva para as famílias que ainda não possuíam acesso ao sistema de proteção social. Cabe, portanto, a manutenção e possíveis transformações (induzidas por fortes atores de apoio) para que o PBF continue a produzir efeitos em busca da erradicação da pobreza.

REFERÊNCIAS

A CARTA DA TERRA. The Earth Charter Initiative. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/carta_terra.pdf> Acesso em: 08 out. 2016.

ACSELRAD, Henri. **Justiça Ambiental: Narrativas de Resistência ao Risco Social Adquirido**. In: Encontros e Caminhos: Formação de Educadoras(es) Ambientais e Coletivos Educadores. Brasília: MMA, 2005.

BEZERRA, M. C. L.; BURSZTYN, M. (coord.). **Ciência & tecnologia para o desenvolvimento sustentável**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente; Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis; Consórcio CDS/UnB/Abipti, 2000.

BRASIL. Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Ministério do Planejamento Orçamento e Gestão (Org.). Disponível em: <<http://www.ipea.gov.br/portal/>> . Acesso em: 08 out. 2016.

BRASIL. PATRICIA VIEIRA DA COSTA. (Org.). **Plano Brasil sem Miséria: no seu município**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2013. Disponível em: <http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/Rlv3/dadosSv/cartilha_msm/CartilhaBSM.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

BRASIL. MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. (Org.). Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/responsabilidade-socioambiental/agenda-21>>. Acesso em: 08 out. 2016.

CAMPELLO, Tereza. **Uma década derrubando mitos e superando expectativas.** In: Programa Bolsa Família: Uma década de inclusão e cidadania. Brasília: Ipea - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2013. p. 15-24. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_bolsafamilia_10anos.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

BRUNDTLAN, Comissão. **Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: o nosso futuro comum.** Universidade de Oxford. Nova Iorque, 1987. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/12906958/Relatorio-Brundtland-Nosso-Futuro-Comum-Em-Portugues>> Acesso em: 08 out. 2016.

LIMA, Gustavo F. da Costa. **Responsabilidade Socioambiental e Sustentabilidade.** In Encontros e Caminhos: Formação de Educadoras(es) Ambientais e Coletivos Educadores. Ministério do Meio Ambiente. Brasília, 2007. p. 333-344. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/_arquivos/encontros_2.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

PAIVA, Luis Henrique; et al. **O Programa Bolsa Família e a Luta Para Superação da Extrema Pobreza no Brasil.** In: O Brasil Sem Miséria. Brasília: Mds - Ministério de Desenvolvimento Social e Combate à Fome, 2014. p. 365-384. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/brasil_sem_misera/livro_o_brasil_sem_misera/livro_obraislsemisera.pdf>. Acesso em: 08 out. 2016.

RIBAS, R. P. **A caracterização da pobreza urbana ao longo do tempo: aplicação do modelo idade-período-coorte na estimativa das tendências de privações crônica e transitória no Brasil.** Revista Brasileira de Estudos da População, v. 24, n. 1, p. 139-161, 2007.

RUSCHEINSKY, Aloísio. **Atores Socioambientais.** In Encontros e Caminhos: Formação de Educadoras(es) Ambientais e Coletivos Educadores. Ministério do Meio Ambiente. Brasília, 2007. p. 21-34. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/educamb/_arquivos/encontros_2.pdf> . Acesso em: 08 out. 2016.

SACHS, Ignacy. **Estratégias de Transição para o século XXI – Desenvolvimento e Meio Ambiente.** São Paulo: Studio Nobel – Fundação para o desenvolvimento administrativo, 1993.

SARAIVA, Henrique; FERRAREZI, Elisabete (orgs.). **Políticas Públicas** (coletânea). Brasília: ENAP,2006.

SOUZA, Celina. **Políticas Públicas: uma revisão da literatura.** In: Sociologias. Porto Alegre: ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

CAPÍTULO 11

NOVAS TECNOLOGIAS E PANDEMIA DA COVID-19: DISRUPÇÕES E DESAFIOS PARA AS PRÁTICAS DEMOCRÁTICAS

Data de aceite: 01/03/2021

Janaína Rigo Santin

Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo
Passo Fundo – Rio Grande do Sul
Faculdade de Direito da Universidade de
Caxias do Sul
Caxias do Sul – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/3213900043864696>

Pedro Henrique Pasquali

Faculdade de Direito da Universidade de
Passo Fundo
Lagoa Vermelha – Rio Grande do Sul
<http://lattes.cnpq.br/6831691768155206>

RESUMO: O artigo tem por objetivo problematizar as práticas democráticas em meio à pandemia da COVID-19. Utilizando-se o método dedutivo e de revisão bibliográfica, analisou-se aspectos inerentes ao dever da Administração Pública em publicar seus atos e o direito do cidadão de participar na elaboração e posterior execução destes atos. Trata-se do dever de transparência e *accountability* dos governantes e das condições e possibilidades da democracia virtual. Assim, este trabalho resultou na percepção de que os princípios da publicidade e da transparência são fundamentais para potencializar práticas democráticas, principalmente em meio à calamidade pública decorrente do novo coronavírus (COVID-19), de forma que, o cada vez mais difundido acesso às novas tecnologias de informação e comunicação configura-se

ferramenta primordial para a efetivação das práticas democráticas em tempos de pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: *Accountability*; princípio da transparência; democracia participativa; novas tecnologias da informação e comunicação.

NEW TECHNOLOGIES AND COVID-19 PANDEMIC: DISRUPTIONS AND CHALLENGES FOR DEMOCRATIC PRACTICES

ABSTRACT: This paper problematizes democratic practices in the COVID-19 pandemic. Using the deductive and bibliographic review method, aspects inherent to the Public Administration's duty to publish his acts and the citizen's right to participate in the preparation and subsequent execution of these acts were analyzed. It is the duty of transparency and accountability of government officials and the conditions and possibilities of virtual democracy. Thus, this work resulted in the perception that the principles of advertising and transparency are fundamental to enhance democratic practices, especially in the midst of public calamity resulting from the new coronavirus (COVID-19), so that, the increasingly widespread access to new information and communication technologies are essential tools for the implementation of democratic practices in times of pandemic.

KEYWORDS: *Accountability*; principle of transparency; participatory democracy; new information and communication technologies.

1 | INTRODUÇÃO

O estudo acerca da importância do princípio da transparência na administração pública brasileira, tendo como inabalável meta o fortalecimento do exercício da cidadania, é sempre socialmente relevante.

Debater científica e academicamente estratégias que visem reduzir a malversação de dinheiro público, bem como coibir atos de corrupção, a partir do incentivo à participação popular nas tomadas de decisões político-administrativas se mostra de especial relevância em um país historicamente marcado pela conturbada relação entre patrimônio privado e patrimônio público, vide práticas históricas de coronelismo, mandonismo e patrimonialismo e, nas suas formas mais recentes, o clientelismo. (SANTIN; NASCIMENTO, 2019) e (SANTIN; FAVRETTO, 2017)

Assim, em meio à calamidade pública decorrente da pandemia da COVID-19, em que decisões importantes para o futuro da população são tomadas diuturnamente pelo Poder Público, em todas as esferas federativas e por dispensa de licitação (SANTIN; NASCIMENTO, 2020), torna-se ainda mais oportuno desnudar ferramentas que possam aproximar governantes de governados, a fim de potencializar o controle do cidadão sobre as decisões de seus gestores públicos.

Para concretizar a participação popular na administração pública, a legislação brasileira enfatiza a realização de reuniões e audiências públicas que, invariavelmente necessitam de “presença física” da população. Desta forma, tem-se que refletir acerca da pandemia da Covid-19 e as medidas de restrição econômica e isolamento social adotadas para impedir sua disseminação, onde o acesso à internet pode auxiliar na efetivação do princípio da transparência.

Oportuniza-se relacionar as peculiaridades resultantes da pandemia com a necessidade de se manter os dispositivos constitucionais e infraconstitucionais relacionados à gestão democrática e à transparência. Tenciona-se examinar se, nesta realidade que o país vive em 2020, será possível estabelecer a democracia virtual, por meio do difundido acesso à internet.

2 | O DEVER ESTATAL DE PUBLICIDADE E TRANSPARÊNCIA E O DIREITO/ DEVER DO CIDADÃO EM PARTICIPAR

Ao se estudar processos históricos da formação política do Estado brasileiro, o coronelismo e o clientelismo aparecem como práticas recorrentes de perpetuação de poder por parte de grupos elitistas, que utilizam os bens e serviços estatais em prol de interesses privados.¹ Para melhor compreensão histórica desse fenômeno, entende-se o coronelismo como “um aparato político originário no Brasil imperial” e “consustanciado pelo conjunto

¹ Para maior aprofundamento da temática do clientelismo e patrimonialismo no Brasil, ver: (SANTIN; CARDOSO, 2016) e (SANTIN, 2008).

de relações entre os coronéis e o poder público” (LUZ; SANTIN, 2010).

Por conseguinte, é possível perceber que o interesse público durante boa parte da história do Brasil misturou-se com os interesses privados dos detentores do poder. Nas palavras de Holanda, “não era fácil aos detentores das posições públicas de responsabilidade, formados por tal ambiente, compreenderem a distinção fundamental entre os domínios do privado e do público.” (2014, p.175). No mesmo sentido demonstra Faoro (2012, p.700), para quem o coronelismo se estruturava de modo que o governo era a extensão do patrimônio pessoal do coronel, em que a este se incumbia, por meio de pressões e violência políticas, a função de substituir “a farsa eleitoral monárquica pela farsa eleitoral republicana.” (2012, p.719).

Sob a óptica de se avançar no combate a tais práticas danosas ao interesse coletivo, já à luz da Constituição Federal de 1988, optou-se por uma administração burocrática e impessoal, com regime jurídico único e obrigatoriedade de realização de concurso público para acesso aos seus cargos. Porém, o que se observou no Brasil é que houve no período pós 1988 um agigantamento do Estado e da administração pública, com grave crise orçamentária e endividamento externo fruto de anos de grandes investimentos estatais à custa de orçamentos deficitários.

Com vista a uma diminuição do Estado e profissionalização da Administração Pública, promulgou-se em 1989 pelo Congresso Nacional a Emenda Constitucional nº 19, a qual dispunha acerca de “princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades”. Esta emenda foi um marco na reforma administrativa brasileira, no sentido de superar alguns vícios burocráticos da máquina estatal, com a inserção do princípio da eficiência no regime jurídico administrativo.

Assim, passou a integrar no art. 37, *caput* da Carta Política, dentre o rol dos princípios básicos da administração pública direta e/ou indireta no Brasil (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade), também agora o princípio da eficiência, de forma que buscou o poder reformador estabelecer balizas axiológicas à atividade político-administrativa pautadas na obtenção do melhor resultado, em menor tempo e com maior alcance possível. Por meio da redução da burocracia e do formalismo do regime jurídico-administrativo, buscou-se obter uma administração pública gerencial e de resultados, com maior controle social sobre a eficiência e efetividade das políticas públicas. E ainda, pela via do controle social, buscou-se adotar um modelo mais dialógico, aproximando sociedade civil e sociedade política (SANTIN, 2017).

A partir da inserção deste modelo dialógico de administração pública (SANTIN; FRIZON, 2020), ganha maior respaldo os princípios da transparéncia e da participação popular, que estão ligados diretamente “ao direito de informação dos cidadãos e dever de transparéncia do Estado” (MENDES; BRANCO, 2018, p.931). Deverão os gestores públicos abandonar o caráter secreto e turvo dos atos administrativos, quando o interesse público

seja evidente. Neste sentido, passa a ser direito da população conhecer as condutas e omissões do Poder Público, possibilitando-se a *accountability*, não sendo admitido aos agentes do Estado vetarem ao povo o controle e a valoração de suas ações.

Em continuidade às políticas de austeridade, equilíbrio e eficiência nos gastos públicos, o Parlamento brasileiro aprovou a Lei Complementar nº 101, de 04 de maio de 2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal). Tal espécie legislativa aprimorou os princípios previstos no texto constitucional, em especial a eficiência e a transparência, estabelecendo limites aos gastos excessivos com despesas de pessoal e ao pagamento de dívida pública, bem como fixou critérios e punições quanto ao ente público deixar restos a pagar, entre outros. (SANTIN; PEREIRA; CAMARGO, 2017)

A Lei de Responsabilidade Fiscal visou ir além do princípio da publicidade, que exigia a publicidade e acesso dos atos administrativos à população, mas que também garantisse o necessário entendimento das informações neles contidas. É conspícuo que o caráter técnico dos documentos públicos não deva servir de óbice para a participação do povo junto aos gestores, nem mesmo para restringir o debate acerca das decisões político-gerenciais aos cidadãos que detenham elevado conhecimento de matérias jurídicas e contábeis. (SANTIN; TONIÉTO, 2017)

Assim, deve ser garantida à população “uma administração pública mais eficiente e de fácil compreensão”, a fim de tornar “possível a contribuição e a análise de cada um, permitindo que suas opiniões influenciem realmente o procedimento de tomada de decisões” (MARTINS, 2010, p. 20). Configura, pois, o princípio da transparência na administração pública, o direito de qualquer cidadão receber uma informação clara e transparente, independentemente de sua formação intelectual e educacional. Direito de conhecer, compreender e participar das tomadas de decisões inerentes ao Poder Público.

Conforme entendimento de Doia, a Lei de Responsabilidade Fiscal nasce com “uma difícil missão: modificar a cultura orçamentária nacional, combalida por décadas de utilização imprudente do erário público”. E nesse sentido, após duas décadas de vigência, é consenso ao povo brasileiro a sua importância no combate ao desequilíbrio orçamentário e, em especial, à malversação dos gastos públicos “que hoje exige explicações, contas abertas e transparência.” (DOIA, 2016, p. 24)

Importa ressaltar que a publicidade dos atos administrativos, a transparência no exame das decisões tomadas pelos gestores públicos e a participação popular, vocacionando perante os poderes e as instituições da República anseios e necessidades do povo, constituem o cerne da administração pública no Brasil, cujo fim de proporcionar boas obras ao povo não pode ser capturado para fins privatísticos de quem exerce o poder.

3 I CIDADANIA E DEMOCRACIA PARA ALÉM DO VOTO

Após compreender a necessidade de se racionalizar a administração pública no

Brasil com vistas a enfrentar os fenômenos sócio-políticos persistentes do patrimonialismo e do clientelismo, bem como superar o modelo burocrático ineficiente e dispendioso que tornou o grau de endividamento do país insustentável, é preciso entender a importância da consolidação de práticas democráticas com vistas a otimizar a aplicação dos recursos públicos e diminuir o papel do Estado, que deve contar cada vez mais com a sociedade civil.

Conforme se observa no Art. 1º, inciso II, da Constituição Federal de 1988, a cidadania é fundamento da República Federativa do Brasil, a qual se constitui em Estado Democrático de Direito, de forma que o parágrafo único do mesmo artigo assegura que, *verbis*, “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.” Há, portanto, a conjugação de teses de democracia representativa e de democracia direta ou participativa, em que se preza pela consubstanciação da cidadania e da representatividade (SILVA, 1998, p.141). Isto é, o Estado brasileiro deve atentar pela idoneidade do processo político-eleitoral, no qual a população elege quem irá a representar perante as instituições da República, mas também deve garantir os meios para efetiva participação popular direta nos mecanismos do poder, nos termos e formas definidos na Constituição.

Por sua vez, a cidadania é tida como fundamento da República brasileira, elevando o sentido de indivíduo para além de sujeito titular de direitos. Assim, “qualifica os participantes da vida do Estado, o reconhecimento do indivíduo como pessoa integrada na sociedade estatal,” devendo o funcionamento do Estado estar submetido à vontade popular” (SILVA, 1998, p.108). Ou seja, quando se entende que o texto constitucional estabelece a ideia de cidadania como o direito de os indivíduos participarem do debate público na sociedade brasileira, uma participação popular esclarecida e informada das questões estatais pode ser uma importante ferramenta de efetivação do Estado Democrático de Direito.

Para José Afonso da Silva, a democracia deve ser “instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana”. Não é, portanto, apenas “um mero conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história”. Dessa forma, para o autor, “a democracia não teme, antes requer, a participação ampla do povo e de suas organizações de base no processo político e na ação governamental.” (SILVA, 1998, p. 129-130)

Deste modo, é interessante destacar a conexão histórica entre a consolidação dos regimes democráticos no mundo, da consolidação da cidadania e da dignidade humana e da busca pela paz. Destarte, denota Norberto Bobbio (2004, p.1) que, atualmente, há correlação direta e necessária entre o fortalecimento das democracias, dos direitos do homem e da busca pela solução pacífica de conflitos. Assim, torna-se possível afirmar que a cidadania eleva o sujeito capaz de direitos a participante da vida pública e responsável pelo seu destino, e pelo destino de toda a sociedade. Dessa forma, o Estado deve estabelecer os

caminhos pelos quais este fundamento da República será exercido perante as instituições jurídicas e políticas nacionais, em especial quando há um estado de calamidade pública como o atual, em decorrência da pandemia do novo coronavírus (COVID-19).

Em face das necessárias medidas de distanciamento físico, é possível realizar a participação popular por intermédio das novas tecnologias da informação e da comunicação. Primar, mesmo em épocas de pandemia, com a aplicação dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais para gestões democráticas e transparentes, capazes de facilitar o acesso do povo ao Poder (que dele próprio emana), e possibilitar a *accountability* daqueles que o exercem em nome do povo.

4 I PARTICIPAÇÃO POPULAR E ACCOUNTABILITY

Pode-se perceber que a Constituição Federal de 1988 assegura a democracia participativa ou, também, a chamada democracia semidireta como regime político brasileiro. Eleva a importância da participação popular na vida pública, a qual é regulada também pela Lei de Responsabilidade Fiscal, em todos os entes federativos e órgãos do poder.

Com vistas a manter vigentes as leis que tratam da participação popular, ferramentas institucionais devem ser instituídas para efetivar a aproximação entre governantes e governados, mesmo em épocas de distanciamento social. Pois as formas participativas e de controle social precisam ser revistas e readequadas à realidade imposta pela pandemia da COVID-19, a fim de que se possa realizar e exigir a *accountability* por parte dos governantes e da administração pública.

A Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece em seu art. 48 a divulgação de informações pelos portais oficiais e meios eletrônicos, bem como realização de reuniões, audiências e consultas públicas, sempre que as matérias de alta relevância fiscal estejam para ser implementadas pelo Poder Público. Por certo que, se impossível for a presença física, será necessário adotar-se de meios tecnológicos de garantir esta participação. Seu caput descreve quais são os documentos relevantes para uma gestão fiscal responsável: “planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos”. Portanto, para garantir a transparência será necessário dar amplo acesso do público a estes documentos e, além disso, realizar e incentivar a participação popular nas audiências públicas para sua elaboração. (SANTIN; FRIZON, 2020) Nesse sentido,

A LRF está apoiada sobre o pilar da transparência da gestão fiscal. A eficácia da administração pública tem como foco central à interação entre o governo e a sociedade. A referida interação acontece à medida que exista a ampla divulgação das prestações de contas, dos relatórios de gestão pública e principalmente por meio do incentivo à sociedade e sua participação. (VIEIRA, 2008, p. 8).

Verifica-se, pois, que o ordenamento jurídico brasileiro define que incumbe à população o direito de conhecer e compreender a aplicação dos recursos públicos e o que é feito no âmbito da administração pública. Facilita-se, assim, que o povo possa realizar a devida valoração daquilo que é apresentado pelos gestores e exigir uma mínima *accountability*. Nesta banda, entende-se como *accountability* “a responsabilização permanente dos gestores públicos em relação aos atos praticados em decorrência do uso do poder que lhes é outorgado pela sociedade.” (ROCHA, 2008, p. 1). Ou seja, com a transparéncia nos atos administrativos, é realizado com maior facilidade o processo de análise valorativa dos efeitos político-gerenciais tidos como corretos ou incorretos.

Não obstante, interessante apontar que a *accountability* pode ser realizada vertical ou horizontalmente. Naquela quem valora e responsabiliza o gestor pelos seus atos é a própria população, por meio de sua participação política. Por outro lado, a *accountability* horizontal é realizada pelas instituições de controle externo, interno e judicial inerentes ao republicanismo moderno (Ministério Público, Tribunais de Contas, Poder Legislativo, Poder Judiciário, dentre outros). Portanto, “a *accountability* vertical é produto da ação política do cidadão e da sociedade, enquanto a *accountability* horizontal é produto de agências internas ao estado.” (ROCHA, 2011, p. 68).

Por meio da exigência de prestação de contas dos governantes que se possibilita analisar de maneira ampla a administração pública e responsabilizar aqueles que agem no intuito de práticas clientelistas ou patrimonialistas. Nessa perspectiva, conforme preleciona Araújo (2017, p. 51) “Saber o custo do Estado é essencial para que se avalie se o sacrifício financeiro de todos está realmente promovendo o bem comum ou apenas a boa vida de alguns poucos que julgam ser os únicos beneficiários das benesses estatais.”.

Oportuno também destacar que a participação popular na vida pública é essencial para a qualidade da gestão pública, na mesma medida em que “potencializam-se todos os demais princípios que norteiam a gestão fiscal responsável”. Assim, o que “antes era reclamação, requerimento ou reivindicação muda de qualidade, adquirindo natureza e força política e tornando o indivíduo um cidadão”. (SANTIN, 2017, p.160-161).

Contrariando a alienação, a participação política gera um sentimento de dignidade que permite às pessoas progredirem, por recuperarem o sentido de pertencimento, do destino do espaço que as cerca – já que se torna cada vez mais difícil opinar sobre os destinos da nação. (SANTIN, 2017, p.182).

Entende Cardoso (2010, p. 125) que “uma democracia só é verdadeiramente substantiva quando está enraizada na sociedade e é alimentada por uma sociedade civil vibrante e por uma cultura cívica de participação, responsabilidade e debate.” (CARDOSO, 2010, p. 128) Dessa forma, quanto maior o número de indivíduos a participar das questões importantes ao Estado, mais completo será o atlas político brasileiro. É o caminho para que o povo pleiteie diretamente os seus anseios, faça chegar os problemas da sociedade até o Poder Público e exerça a devida valoração e responsabilização dos gestores que se

apropiam do patrimônio público para fins privatísticos.

Necessário, contudo, observar que em meio ao estado de calamidade pública decorrente da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), em que não é aconselhável a aglomeração de pessoas, os meios de participação popular tradicionais (como audiências públicas fisicamente presenciais) ficam inviabilizados. Com isso, oportuno o momento para se debater acerca da democracia virtual e as novas formas de participação política.

5 I DEMOCRACIA VIRTUAL E NOVAS FORMAS DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA

Sabendo-se da necessidade de se aprimorar cada vez mais os meios tradicionais de participação popular, em decorrência da pandemia da COVID-19 abre-se espaço para debates acerca da chamada “democracia virtual”, suas facilidades e dificuldades, bem como sua abrangência.

É conspícua a enorme a difusão social das novas tecnologias de informação e comunicação. No início ao século XXI, ferramentas de acesso à informação através da internet eram consideradas itens reservados somente aos integrantes das classes sociais mais abastadas, no Brasil e no mundo. No entanto, nos últimos anos, este cenário foi alterado consideravelmente, a ponto de 79,1% dos lares brasileiros acessarem rotineiramente a rede mundial de computadores, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística) de 2018.² Ao tomar nota deste fato, inexoravelmente impõe-se o das novas tecnologias de informação e comunicação também às instituições jurídicas e políticas, de modo a efetivar o princípio da transparência e reduzir a distância entre os governantes e os governados. É com este enfoque que se debate a possível utilização da democracia virtual na administração pública brasileira, suas possibilidades e desafios.

Neste sentido, o avanço tecnológico responsável por difundir o acesso à internet e às redes sociais tem aproximado os cidadãos do debate público, o que foi consideravelmente acentuado em épocas de pandemia. As pessoas passam a interagir e relatar em sítios eletrônicos os problemas enfrentados no seu cotidiano, desde os menos gravosos – como a deterioração das ruas e passeios públicos – até os mais gravosos – como esquemas de corrupção e malversação do dinheiro público. Com isso, a discussão dos problemas político-administrativos ganha força e interesse por parte da sociedade, na medida que reduz a necessidade de “presença física” para discutir assuntos cotidianos.

Em meio a este novo “território” de debate político, cada cidadão dotado de uma conta, em quaisquer das redes sociais disponíveis na rede mundial de computadores, passa a ser um polo ativo de opinião e de persuasão dos demais internautas, reduzindo-se a influência dos veículos tradicionais de informação. Para Cardoso (2010, p. 129), como consequência da difusão social do acesso à internet, “os cidadãos podem desenvolver

2 A citada pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em 2018 sobre o uso de internet, televisão e celular no Brasil pode ser acessada através do link: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-television-e-cellular-no-brasil.html>. Acesso em 24 de agosto de 2020. (IBGE EDUCA, 2020)

também uma nova relação com o poder político”, visto que “esta massa crítica de pessoas informadas dá origem a uma opinião pública com um poder virtual crescente de configurar e influir no debate público.” Pontua autor que surge, assim, a possibilidade de redefinição do exercício da democracia, devendo-se adaptá-la às repentinhas mudanças sociais.

Por outro lado, neste contexto em que a sociedade se tornou mais aberta ao debate político e com mais acesso à informação de todo o tipo e de toda a origem, agravou-se o fenômeno das chamadas *fake news*, que consiste em veicular fatos sabidamente falsos nas redes sociais com objetivo de prejudicar a verdade e/ou a honra de alguém. Conforme Duque (2019, p. 200), as *fake news* devem ser encaradas como um abuso da liberdade de expressão, pois não se trata de somente discordâncias opinativas subjetivas sobre determinados assuntos, mas sim de manipulação dolosa de fatos. Para o autor, “O que torna uma notícia falsa não é simplesmente uma apreciação subjetiva, que mereceria proteção constitucional. Não se trata pura e simplesmente de equívoco frente a determinado juízo de apreciação. Pelo contrário, é o dolo de mentir, de fazer pessoas acreditarem em fatos que se sabem ser falsos, com vistas à manipulação de opiniões em grande escala” (DUQUE, 2019, p. 200).

O fenômeno das chamadas *fake news* pode ser um risco à higidez do processo democrático, havendo iminente risco de causar rupturas institucionais (DUQUE, 2019, p. 201). Por isso, é fundamental atentar-se para este fenômeno e punir quem se utiliza da liberdade de expressão – protegida pela Constituição Federal de 1988 – para destruir a democracia e distorcer o acesso à informação (DUQUE, 2019, p. 202).

A democracia virtual, pujante em meio às redes sociais, apresenta elevada relevância no que tange às condições de a população exercer o fundamento constitucional da cidadania e da participação popular. E são mecanismos extremamente relevantes para os governantes concretizarem os princípios da publicidade e da transparência, mesmo em épocas de distanciamento social, assim como de oportunizar ao povo o controle social e a capacidade de influência nas tomadas de decisões político-administrativas, em especial em âmbito local.

Uma alternativa viável para a prática da democracia participativa pode ser a governança eletrônica, a qual se forma a partir da democracia virtual, isso é, pelo uso da internet. Com resultado dos novos meios de comunicação, há probabilidade de aproximação entre governantes e governados. (SANTOS; SANTIN, 2017, p. 12).

Assim, é imprescindível que as instituições republicanas disponibilizem, em seus sítios eletrônicos, espaços através dos quais os cidadãos possam dispor acerca de seus anseios e demandas – já que não recomendável a realização de audiência públicas e/ou eventos que importem em aglomeração de pessoas. Da mesma forma, cabe às instituições republicanas utilizarem-se das novas tecnologias de informação e comunicação para combater as *fake news*, tão prejudiciais ao debate público e à democracia. Proporcionar aos

cidadãos canais institucionais sérios, a fim de se buscar uma informação clara e confiável sobre os fatos e problemas sanitários, além das questões sociais, jurídicas, econômicas e sociais.

6 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante ao exposto, fenômenos sociopolíticos históricos, danosos ao processo de consolidação e democratização política brasileira, consumiram muitos recursos estatais, prejudicando o cumprimento das promessas constitucionais. Assim, permaneceu o povo brasileiro alheio às tomadas de decisões por parte do Poder Público durante boa parte da história em *terra brasilis*, sem que aspirações populares fossem recepcionadas pelas as elites políticas nacionais.

Destarte, a Constituição Cidadã promulgada em 05 de outubro de 1988, ao inaugurar uma nova fase no constitucionalismo brasileiro, adotou a cidadania como fundamento do Estado Democrático de Direito e assegurou a democracia participativa ou semidireta – que prevê eleições livres e periódicas para escolha de representantes e a participação direta dos cidadãos nas três esferas de poder, na forma da Constituição. No entanto, estes importantes avanços estabelecidos no texto constitucional não foram suficientes para encerrar o ciclo histórico de clientelismo, patrimonialismo e irresponsabilidades político-administrativas no Brasil.

Por conseguinte, o legislador fez positivar no ordenamento jurídico nacional a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998 e a Lei Complementar nº 101 de 04 de maio de 2000 – a partir das quais se avançou ainda mais em prol da gestão democrática e da eficiência na administração pública. Os princípios da publicidade e da transparência passaram a ter especial relevância, principalmente em matérias que versam sobre o orçamento público e sua destinação e execução. Passou-se, pois, a tornar acessíveis à população os atos administrativos, bem como a exigir a realização de reuniões e audiências públicas para que os gestores políticos aprovem leis e políticas públicas, em uma visão dialógica da gestão administrativa e do poder.

A participação popular na administração pública inexoravelmente ganhou forte apelo na legislação a partir de então, possibilitando que o povo possa conhecer, compreender e participar ativamente das tomadas de decisões do Poder Público, além de condicionar os governantes a realizar práticas de *accountability*.

No entanto, a forma tradicional como se procede a participação popular nas esferas de poder exige a “presença física” dos cidadãos, o que vai de encontro às medidas de restrição à aglomeração de pessoas para prevenção do novo coronavírus (Covid-19).

Neste sentido, pôde-se verificar que, em meio à rápida e eficaz difusão do acesso à internet no Brasil, a democracia virtual já é pujante nas redes sociais, gerando visíveis efeitos na arena política. Cada cidadão brasileiro passou a ser produtor de conteúdo através

de sítios eletrônicos, grupos de debates *online* e outras diversas ferramentas disponíveis na rede mundial de computadores. Nada mais adequado que se utilizar destas mesmas tecnologias de informação e comunicação para concretizar a participação popular pela via virtual.

Em que pese o fenômeno das *fake news*, potencialmente danoso ao ideal democrático como um todo, é demasiadamente oportuno que o Poder Público institucionalize espaços de participação popular em seus *sites* oficiais. Estabelecer aplicativos e canais de denúncias e de esclarecimentos institucionais, combatendo a desinformação provocada pelas *fake news* com mais informação. Fazer com que as reclamações e propostas veiculadas diuturnamente pelos internautas das redes sociais cheguem, de fato e de direito, aos gestores públicos. Assim, transformar-se-ia a indignação em criatividade e participação política, formulando-se dialogicamente possíveis projetos que combatam a malversação e a corrupção no uso dos recursos públicos, ainda mais escassos com efeito da pandemia.

Ao se reconhecer a importância do combate a malversação do dinheiro público e aos atos de corrupção, bem como a impossibilidade de se realizar debates presenciais devido à pandemia da COVID-19, julga-se relevante a utilização do acesso à internet como ferramenta para se efetivar a participação popular nas tomadas de decisões político-administrativas. Neste sentido, a abertura de espaços dialógicos, bem como portais institucionais de informação confiável e clara são estratégias fundamentais para a concretização dos princípios da publicidade e da transparência na administração pública, tornando o exercício da cidadania e da democracia participativa uma forma de empoderamento dos cidadãos brasileiros.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Emmily Teixeira de. **Transparência na administração pública tributária e o controle social da gestão fiscal**. 2017. 83 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito)—Universidade de Brasília, Brasília, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CARDOSO, Fernando Henrique. **Xadrez internacional e social-democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

DOIA, Afonso Radamare Leite. A importância da lei de responsabilidade fiscal para a administração pública. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, Ano, 1, Vol. 7, pp. 24-36, ago. 2016. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/administracao/importancia-da-lei>. Acesso em 07 set. 2020.

DUQUE, Marcelo Schenk. **Eficácia horizontal dos direitos fundamentais e jurisdição constitucional**. 2.ed. São Paulo: Editora dos Editores, 2019.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 5. Ed. São Paulo: Globo, 2012.

HOLANDA, Sergio Buarque de. **Raízes do Brasil**. 27.ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

IBGE EDUCA. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Uso de Internet, Televisão e Celular no Brasil. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/jovens/materias-especiais/20787-uso-de-internet-television-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em 07 set. 2020.

LUZ, Alex Faverzani da; SANTIN, Janaína Rigo. Coronelismo e poder local no Brasil: uma análise histórica. **XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, Fortaleza, junho 2010. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3164.pdf>. Acesso em 05 dez. 2020.

MARTINS, Dolores da Costa. **A importância da lei de responsabilidade fiscal, voltada ao princípio da transparência**. UFRGS: Porto Alegre, 2010.

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

ROCHA, Arlindo Carvalho. Accountability na administração pública: modelos teóricos e abordagens. **Revista de Contabilidade, Gestão e Governança**, v. 14, n. 2, 2011.

ROCHA, Arlindo Carvalho. O Processo Orçamentário Brasileiro como Instrumento de Accountability. **Anais do Encontro de Administração Pública e Governança**, Salvador, nov. 2008.

SANTIN, Janaína Rigo; FAVRETTO, Mariane. Poder Local, Participação Popular e Clientelismo. **Direito, Estado e Sociedade**, n. 50, p. 126-148, jan./jul 2017. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/artigo%20corrigido%201.pdf>. Acesso em 05 dez. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna. G. Contratações Públicas e Pandemia COVID-19. In: Sandra Regina Martini; Janaína Machado Sturza; Charlise Paula Colet Gimenez. (Org.). **O direito à saúde frente à pandemia COVID-19 [recursoeletrônico]**: da crise sanitária à crise humanitária no Mercosul. 1ed. Porto Alegre/RS: Evangraf, 2020, v. 13, p. 347-361.

SANTIN, Janaína Rigo; NASCIMENTO, Anna. G. Patrimonialismo na Gestão Pública: o caso do Brasil. **RJLB – Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 5, n. 6, p. 1157-1178, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/6/2019_06_1157_1178.pdf. Acesso em 05 dez. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo. A noção histórica do poder local no Brasil e o princípio da participação. In: **XVII Congresso Nacional do CONPEDI-Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito**, p. 5852-5869. 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasilia/09_145.pdf. Acesso em 07 set. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do Poder Local**. Belo Horizonte: Arraes, 2107.

SANTIN, Janaína Rigo; CARDOSO, Leonardo. Nepotismo e Práticas Clientelísticas: uma visão histórica do Poder Local no Brasil. **Estudios Históricos (Rivera)**, ano VIII, v. 16, jul. 2016. Disponível em: <http://www.estudioshistoricos.org/16/eh1611.pdf>. Acesso em 07 set. 2020.

SANTIN, Janaína Rigo; FRIZON, Leone. Administração consensual, accountability e transparência na administração pública brasileira. **Revista de Direito da Cidade**, v. 12, n. 2, pp. 504-527, 2020. DOI: <https://doi.org/10.12957/rdc.2020.48608>.

SANTIN, Janaína Rigo; PEREIRA, André da Silva; CAMARGO, Evandro José Bilycz de. Administração pública municipal e Lei de responsabilidade fiscal: gastos e receitas públicas. **Revista de Direito Brasileira**, São Paulo, v. 17, n. 7, mai./ago. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2017.v17i7.3145>.

SANTIN, Janaína Rigo; TONIÉTO, Tiago. O Princípio da Transparéncia e a Participação Popular na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Municipal**, Belo Horizonte, n. 26, ano 8, p. 21-30, 2007.

SANTOS, Laura Covatti dos; SANTIN, Janaína Rigo. A construção da democracia participativa a partir do acesso à internet. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1 – 17, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadgnt/article/view/2340/pdf>. Acesso em 05 dez. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 15.ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

VIEIRA, Marlete de Moraes Martins. **Os princípios da LRF e a transparéncia na gestão pública**. 2008. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Ciências Contábeis)—Faculdade do Vale do Aporé, Cassilândia, 2008.

CAPÍTULO 12

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): A SOLUÇÃO DE CONFLITOS À LUZ DA TECNOLOGIA EM TEMPOS DE PANDEMIA DO CORONAVÍRUS (COVID-19)

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 18/12/2020

Quíssila Renata de Carvalho Pessanha

Doutoranda em Direito Privado pela UNMDP
Universidade Nacional de Mar del Plata
Argentina
<http://lattes.cnpq.br/8589638407895585>

RESUMO: O avanço de um amplo conjunto de novas relações construídas em rede, mediada por ferramentas comunicacionais, associado as profundas transformações pelas quais a sociedade tem passado, evidencia a importância dos modelos de solução de conflitos *online*. Assim, o artigo tem por objetivo apresentar a Resolução *Online* de Conflitos (ODR), propiciando sua implementação na sociedade brasileira enquanto novo mecanismo de acesso à justiça para a gestão dos litígios causados em decorrência dos acontecimentos supervenientes e colapsados pelo COVID-19. O presente trabalho foi dividido em três tópicos: origem e definição da resolução de conflitos *online* – ODR; vantagens e desvantagens da adoção de ODRs como método de solução de conflitos; a aplicabilidade da resolução de conflitos *online* em tempos de pandemia. Será utilizado o método dedutivo, através de pesquisa bibliográfica, visando uma clara reflexão sobre a adoção das práticas em ODR. Conclui-se que o maior controle das partes sobre a tomada de decisão e a comunicação assíncrona, característica peculiar às ODRs, são aspectos únicos e representam potencial

importante nos conflitos decorrentes dos fatos supervenientes causados pela pandemia do coronavírus.

PALAVRAS-CHAVE: Resolução *Online* de Conflitos; Tecnologia; Pandemia; COVID-19.

ONLINE DISPUTE RESOLUTION (ODR): THE SOLUTION OF CONFLICTS IN THE LIGHT OF TECHNOLOGY IN TIMES OF CORONAVIRUS PANDEMIC (COVID-19)

ABSTRACT: The advancement of a wide range of new relationships built in a network, mediated by communication tools, associated with the profound transformations that society has undergone, highlights the importance of online conflict resolution models. Thus, the article aims to present the Online Conflict Resolution (ODR), enabling its implementation in Brazilian society as a new mechanism of access to justice for the management of disputes caused as a result of supervening events and collapsed by COVID-19. This work was divided into three topics: origin and definition of online conflict resolution - ODR; advantages and disadvantages of adopting ODRs as a method of conflict resolution; the applicability of online conflict resolution in times of pandemic. The deductive method will be used, aiming at a clear reflection on the adoption of ODR practices. It is concluded that the greater control of the parties over decision making and asynchronous communication, a characteristic peculiar to ODRs, are unique aspects and represent an important potential in conflicts arising from the supervening facts caused by the coronavirus pandemic.

KEYWORDS: Online Dispute Resolution (ODR);

1 | INTRODUÇÃO

A partir das profundas transformações pelas quais a sociedade tem passado, especialmente com a intensificação das relações virtuais proveniente da ameaça do COVID-19, surgiram novos conflitos que chamaram a atenção dos juristas. Os métodos de *Online Dispute Resolution (ODR)* representam a fusão dos métodos de *Alternative Dispute Resolution (ADR)*, tais como a conciliação, a mediação, a arbitragem e a negociação, junto das novas tecnologias empregadas às áreas de Informática e da Comunicação Social.

Com o surgimento da rede mundial de computadores e a criação de atividades comerciais realizadas exclusivamente pela internet, por exemplo, *e-commerce*, (KATSH; RIFKIN; GAITENBY, 2000) estabeleceu-se a criação de uma nova modalidade de resolução de conflitos que se desenvolvesse puramente *online*. Desse cenário, surge a *Online Dispute Resolution (ODR)* podendo abranger várias técnicas específicas de ADR (SCHULTZ *et al*, 2001), utilizando de uma rede como local virtual para a solução de uma disputa.

Na iniciativa privada, surgem as *startups* jurídicas que visam oferecer às partes soluções jurídicas alternativas ao Poder Judiciário. As ODRs são plataformas interativas que permitem que as partes optem pela autocomposição *online*. Ao empregarem as técnicas de mediação, conciliação, arbitragem e negociação tradicionais do meio analógico, as ODRs oferecem às partes, ferramentas disponíveis somente através do meio *online*, se propondo a atuarem como facilitadoras na resolução do conflito (ARBIX, 2017).

A integração das novas tecnologias da comunicação na nossa vida cotidiana, têm se mostrado como ferramenta poderosa para enfrentar os desafios trazidos pela pandemia do COVID-19. Desde antes da divulgação do primeiro caso do coronavírus no Brasil, em fevereiro de 2020, as organizações trataram de desenvolver novas soluções e políticas para auxiliar as pessoas nesse momento. As plataformas de entregas, por exemplo, são essenciais para agilizarem o *delivery* em todo o país, única forma para manter o varejo funcionando mesmo de portas fechadas durante a quarentena. Escolas e Universidades migraram para o ensino à distância. Por sua vez, sistemas de gestão e organização, estruturaram o *home office*, ainda que a legislação não seja tão clara nesse sentido.

Pessoas físicas e jurídicas passaram a enfrentar diversas crises, dificuldades e conflitos de toda ordem decorrentes desse cenário. Numa época de incertezas, em que não há um prazo definido para terminar, ser flexível, criativo, conciliar interesses, encontrar soluções de ganhos mútuos e negociar tornou-se questão de sobrevivência. A par disto, a realidade da resolução de conflitos tem se alterado rapidamente, com a possibilidade introduzida pelos meios técnicos de um sistema *online*, podendo ser o principal mecanismo para a gestão dos litígios decorrentes da pandemia.

O presente trabalho foi dividido em três tópicos: origem e definição da resolução

de conflitos *online* – ODR; vantagens e desvantagens da adoção de ODRs como método de solução de conflitos; a aplicabilidade da resolução de conflitos *online* em tempos de pandemia. Será utilizado o método dedutivo, visando uma clara reflexão sobre a adoção das práticas em ODR.

2 | DESENVOLVIMENTO

2.1 Origem e definição da resolução de conflitos *online*

“*Online Dispute Resolution*” significa Resolução de Disputas *Online*. Um grupo de investigadores da Universidade de Massachusetts (Amherst) no ano de 1996, liderados pelo professor Ethan Katsh, começou a investigar acerca do uso positivo da tecnologia para resolver conflitos (ELISAVETSKY; ALMIRÓN, 2019). A origem dos métodos de Resolução *Online* de Conflitos (ODR) está intimamente vinculada ao desenvolvimento dos métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (ADR).

Devido a flexibilidade procedural que é uma das características dos métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (ADR), foi dado novos contornos em seus desenhos, a partir do uso da tecnologia de informação e comunicação (TIC’s), bem apropriado aos modelos de negócio e transações comumente surgidos na era da globalização. Desse contexto, surge a menção aos chamados métodos de Resolução de Disputas *Online*, em inglês – *Online Dispute Resolution* (ODR).

Para alguns, os métodos de Resolução de Disputas *Online* (ODR), seriam nada mais do que os métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (ADR) auxiliados por meio do uso das TIC’s. No entanto, vale dizer que a tecnologia forneceu aos envolvidos “novos poderes”, possibilitando a criação de novos ambientes, a partir dos tipos de comunicação *online* utilizados (MAIA; GOUVEIA, 2019).

O crescimento e a popularização das TIC’s propiciaram novas ferramentas para a resolução dos conflitos oriundos das relações jurídicas firmadas no ciberespaço. O movimento em direção aos meios de Resolução de Conflitos *Online* (ODR) constituiu-se num caminho natural que nascem das relações que os indivíduos estabelecem na internet e nas demais redes de transmissão de dados e informação.

Os métodos de resolução *online* de conflitos surgiram e se desenvolveram a partir da iniciativa do Website *E-bay*, quando desenvolveu em parceria com o site *SquareTrade.com*, uma plataforma de conciliação virtual em atendimento as milhares de reclamações e queixas referentes às transações por eles intermediadas. O sistema de resolução de disputas permite que compradores e vendedores insatisfeitos abram reclamações a custo zero.

Por meio de algoritmos (BECKER; LAMEIRÃO, 2017), o software guia os usuários através de uma série de perguntas e explicações a fins de ajudá-los a alcançar uma situação amigável. Os sistemas de *Online Dispute Resolution* (ODR) se dividem em dois grupos

distintos: as ferramentas computacionais, tais como: chats, e-mail, instant messaging, fóruns, vídeos e chamadas de telefones, videoconferência, as quais contam com a intervenção humana de um terceiro facilitador; e os sistemas automatizados (softwares e programas de computador) especializados na resolução objetiva de conflitos, programados com base na experiência multidisciplinar da ciência, valendo-se da matemática, filosofia, direito e, sobretudo, da inteligência artificial (FREITAS NASCIMENTO JR, 2017).

2.2 Vantagens e desvantagens da adoção de ODRs como método de solução de conflitos

Considera-se que a utilização dos métodos ODR, na conjuntura atual, é mais vantajosa que a utilização das técnicas ADR, devido à informalidade, simplicidade, facilidade de acesso, aproximação das partes geograficamente distantes, dentre outros aspectos. Até mesmo o fato de a informação ser veiculada pela internet, por si só, já poderá ser considerado uma vantagem, à medida que representa um meio fácil, econômico (de custo e de tempo) e eficaz para se comunicar, além de possibilitar o efetivo acesso à justiça em tempos de pandemia do COVID-19.

Como desvantagens, considera-se as questões relacionadas à exclusão digital das pessoas, pela falta de recursos financeiros ou de assessoramento técnico, impedindo o acesso pelas plataformas virtuais. Outro ponto desfavorável é a ausência de legislação específica para regulamentar os métodos ODR, tendo em vista que boa parte dos conflitos gerados no ambiente virtual envolve pessoas de diferentes nacionalidades, culturas, etnias.

A segurança cibernética e a proteção dos dados são fundamentais para proteger os direitos da personalidade dos usuários da internet e gerar confiança nos mecanismos de ODR. Os provedores e administradores devem garantir às partes que o conteúdo da disputa, bem como toda informação e dados relacionados com o procedimento de resolução, não sejam divulgado nem compartilhado com terceiros sem o consentimento das partes. Além disso, as plataformas, sejam públicas ou privadas, devem adotar mecanismos de segurança da informação para impedir ataques cibernéticos e outros tipos de fraudes pelos meios eletrônicos.

O Brasil procura suprir a falta de legislação específica a partir das legislações já existentes, destacando-se a promulgação da Resolução n. 125/2010 do CNJ, do Marco Civil da Internet, do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação n. 13.140/15, art. 46, *caput*. Nesse contexto, é importante destacar, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ, 2020), optou por acatar o uso de uma plataforma totalmente *online* de conciliação para lidar com o grande volume de processos decorrentes da COVID-19 e evitar a sobrecarga do judiciário após a normalização da rotina.

Vale ressaltar que o Brasil possui desde o ano de 2018, a Lei n. 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD, 2018). A referida norma foi editada como uma forma de coibir recentes casos de abusos quanto ao aproveitamento de

dados pessoais por parte das empresas responsáveis pelo tratamento das informações.

Segundo matéria veiculada no Renato Leite Monteiro (2018, *apud* MAIA; GOUVEIA, 2019, p. 27),

(...) em linhas gerais, os titulares de dados passarão a ter maior controle sobre todo o processamento dos seus dados pessoais (assim entendidos como qualquer informação que identifique diretamente ou torne identificável uma pessoa natural), do que decorrem diversas obrigações para controladores (a quem competem as decisões sobre o tratamento dos dados) e operadores (aqueles que tratam os dados por ordem dos controladores) (MAIA; GOUVEIA, 2019, p. 27).

A proteção de dados pessoais constitui um dos direitos fundamentais mais relevantes em tempos de constantes mudanças tecnológicas. A pandemia do coronavírus (COVID-19) traz a lume a necessidade da proteção à intimidade e à privacidade acarretando na discussão sobre a importância da LGPD. No entanto, a vigência da LGPD estava prevista para o mês de agosto de 2020, porém foi prorrogada pelo Poder Executivo Federal para 03 de maio de 2021, através da medida provisória n. 959, publicada em edição extra do Diário Oficial da União no dia 29 de maio de 2020 e ainda pende de aprovação por parte do Congresso Nacional.

O Projeto de Lei n. 1.179/2020, que previa a ampliação da *vacatio legis* da lei para 1º de janeiro de 2021 e das sanções para agosto de 2021, foi aprovado no Senado Federal e posteriormente seguindo para a Câmara dos Deputados.

Num momento tão característico para a sociedade, com o advento da pandemia do COVID-19 e o intenso debate sobre a utilização de dados pessoais para fins de monitoramento, o Brasil ainda não possui uma Lei de Proteção de Dados em vigor, tão pouco conta com uma autoridade nacional a respeito da matéria.

No entanto, ainda que sua entrada em vigor tenha sido adiada, os princípios e dispositivos da LGPD vêm sendo reconhecidos pelo judiciário como fundamentos acessórios em suas decisões. Ademais, o direito à privacidade e a proteção de dados pessoais já se encontra em outras leis esparsas, mas caso a LGPD já estivesse em vigor, ela ofereceria respaldo e segurança para o tratamento de dados necessário, bem como disposições específicas para o poder público atuar. Atrasar sua entrada em vigor sem um compromisso por parte do Poder Público com a estruturação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, para que ela possa regulamentar os dispositivos da LGPD que dela dependem, só aumenta a intranquilidade para a situação atual. Entende-se que ter uma Autoridade Nacional de Proteção de Dados em pleno funcionamento no Brasil seria de grande relevância para a orientação de profissionais, empresas, cidadãos e governo nessa situação de emergência.

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) representa o marco de uma nova cultura de tutela da privacidade e dos dados pessoais no Brasil. A norma institui modelo preventivo

de proteção de dados, baseado na ideia de que todo dado pessoal possui relevância e valor, por representar projeção da pessoa humana. Busca-se implementar instrumentos para a proteção e garantia da dignidade humana, assim, a LGPD facilita o controle dos dados tratados, impõe deveres e responsabilidades aos agentes de tratamento e proporciona segurança para que as informações circulem, visando antecipar os riscos de violação à privacidade como também evitar tratamentos abusivos de informações e vazamento de dados.

Tendo em vista que a LGPD regula temas relacionados a situações do dia a dia das pessoas (uso de redes sociais, contratações, fornecimento de dados para cadastramento, etc), não seria exagero pensar que em poucos anos as discussões a seu respeito passarão a representar um significativo percentual no ajuizamento das ações judiciais.

Nesse sentido, deve-se pensar em um sistema que permita a adequada solução de litígios relacionados à proteção de dados pessoais. Considerando a adoção da justiça multiportas, pelo Código de Processo Civil (CPC/2015), e o disposto em outros diplomas vigentes, como a Resolução CNJ n. 125/2014, esse sistema deve considerar as diferentes possibilidades de resolução de controvérsias. Entre elas, ressalta-se os métodos de autocomposição, como a negociação, conciliação e mediação. Outro componente desse sistema são as plataformas *online* que facilitam o processo de solução de litígios.

A norma geral e permisiva da prática da ODR aliada à ausência de regulamentação pode dar ensejo ao aparecimento de problemáticas não antes vistas. Sem a devida regulamentação, algoritmos podem vir e identificarem grupos, promover a discriminação ou possibilitarem o vazamento inadequado de dados privados de seus usuários. A LGPD aplica-se aos mecanismos de resolução de disputas *online*, tendo em vista que o tratamento de dados pessoais são necessários para o desenvolvimento da atividade e as entidades devem adequar suas práticas e políticas à nova legislação que entrará em vigor em 2021.

2.3 A aplicabilidade da resolução de conflitos *online* em tempos de pandemia

A aplicabilidade da resolução de conflitos *online* decorre de uma série de eventos da evolução do conflito da sociedade contemporânea, da sua judicialização e da tecnologia. Nesse sentido, explica Katsh e Rifkin (2001):

Consequentemente, uma série de novos modelos de conflitos foram gerados, entre usuários que, por terem como base para sua interação o ciberspaço, restam impossibilitados ou encontram dificuldades em participar em qualquer processo de solução de conflito *face to face*. Assim, tornou-se fundamental a concepção de um formato de solução de conflitos que atuasse no mesmo ambiente onde os conflitos foram originados (KATSH; RIFKIN, 2001, p. 121).

Vale dizer que os modelos de plataformas para a resolução de conflitos no ambiente *online* tem evoluído em paralelo aos novos recursos tecnológicos e os tratamentos das relações de uma sociedade em plena transformação digital.

Dante de uma época excepcional, de confinamento e com o avanço do uso da tecnologia pela sociedade, os métodos de resolução de conflitos *online* se mostram adequados para prevenir e resolver conflitos em época de pandemia. As comunicações podem ocorrer em uma plataforma *online* estruturada em que os participantes vão ao procedimento escolhido de resolução de disputas, o que reduz os custos, além da segurança de não precisarem estar presentes fisicamente durante a pandemia, sujeitos aos mesmos padrões de confidencialidade e devido processo legal que se aplicam aos procedimentos de resolução de disputas em um contexto *offline*, em particular a independência e imparcialidade.

O uso de tecnologias interativas na ODR faz com que a internet seja considerada uma quarta parte na relação jurídica, sendo este o principal elemento que as diferencia das ADR tradicionais e analogicamente oferecidas. Sendo assim, se torna essencial compreender a tecnologia para a compreensão deste acontecimento.

O que diferencia a ODR dos métodos autocompositivos analógicos é justamente a alteração do ambiente ao ponto do aparecimento de uma “quarta parte.” O controle do ambiente de comunicações em que as partes interagem não foi o único e muito menos o principal benefício trazido pela tecnologia para aprimorar o processo de resolução de disputas. Foi no conceito da tecnologia como “quarta parte” (já que o conciliador, mediador ou árbitro quando existentes, seriam a “terceira”) que se notou os maiores ganhos: o papel da tecnologia de gestão do procedimento e de estabelecimento de toda a agenda, efetivamente guiando os litigantes a uma solução consensual, quando possível.

Nesse sentido, Ethan Katsh e Janet Rifkin (2001), consideram ser ODR quando existe a figura de uma denominada “quarta parte”, a tecnologia, que modifica o ambiente ou o procedimento de resolução de disputas. A “quarta parte” é a própria tecnologia, que auxilia uma “terceira parte” na condução e resolução da disputa, e não o provedor da tecnologia.

De modo a acrescentar, os conflitos decorrentes dos fatos supervenientes causados pela pandemia do coronavírus, terá a aplicabilidade da resolução de conflitos *online* como principal mecanismo para gestão dos litígios.

3 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resolução *online* de conflitos representa um eficiente e moderno meio de distribuição de justiça, tendo surgido a partir da junção das práticas ADR com a tecnologia da informação e comunicação (TIC's), sendo resultado de uma nova interpretação dos princípios do acesso à justiça, ampla defesa e contraditório.

A atual era exponencial, fase inicial a digitalização do mundo, tem como principal característica a ruptura dos modelos já conhecidos pelo mundo tradicional. A sociedade estará diante de um mundo com uma nova ordem de convivência social, resultando com

a utilização da tecnologia. Considera-se o ingresso significativo de migrantes digitais que passaram a usar a tecnologia para estudar, laborar, comprar e vender, negociar ou resolver as controvérsias. É hora de encarar a realidade: não há volta.

O saldo entre vantagens e desvantagens na utilização dos métodos de resolução de conflitos *online* apresenta-se positivo. A acessibilidade provocada pela resolução de conflitos *online*, cada vez mais romperá as distâncias e provocará a inclusão que possibilita a todos resolverem seus problemas com celeridade, economia, sustentabilidade, autonomia e responsabilidade.

Deve-se encarar essa crise mundial como uma oportunidade, uma fase de aprendizado e de grandes mudanças. Espera-se que o momento pós coronavírus seja revestido com um novo olhar para a resolução de conflitos *online*.

REFERÊNCIAS

ARBIX, Daniel do Amaral. **Resolução Online de Conflitos**. São Paulo: Intelecto, 2017.

BECKER, Daniel; LAMEIRÃO, Pedro. Filosofia e algoritmos: o dilema moral dos carros autônomos. **Direito da Inteligência Artificial**. 2017. Disponível em: <https://direitodainteligenciaartificial.com/2017/07/28/filosofia-e-algoritmos-o-dilema-moral-dos-carros-autonomos/>. Acesso em: 29 mai. 2020.

BOTTINO, Celina; PERRONE, Christian; CARNEIRO, Giovana; Heringer, Leonardo; VIOLA, Mario. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e Resolução de Conflitos**: Experiências internacionais e perspectivas para o Brasil. Rio de Janeiro: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio, 2020. Disponível em: https://itsrio.org/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_LGPDResolucaoConflitos.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 125. 2010. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Acesso em: 16 mai. 2020.

BRASIL. Lei n. 13.105/2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 16 mai. 2020.

ELISAVETSKY, Alberto I.; ALMIRÓN, Daniela P. **La Mediación a La Luz de Las Nuevas Tecnologías**. Buenos Aires: Erreius, 2019.

FREITAS NASCIMENTO JUNIOR, Vanderlei. A Evolução dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos em Ambiente Virtual: On Line Dispute Resolution. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, [S.I.], v. 12, n. 1, p. 265-282, jun. 2017. ISSN 1983-4225. Disponível em: <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/439>. Acesso em: 19 mai. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.21207/1983.4225.439>.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet. **Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace**. San Francisco: Jossey-Bass, 2001.

KATSH, Ethan; RIFKIN, Janet; GAITENBY, Alan. E-Commerce, E-Disputes, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law". **Ohio State Journal of Dispute Resolution**, v. 15, n. 3, 2000, p. 705-734. Disponível em: <http://www.umass.edu/cyber/katsh.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2020.

MAIA, Andrea; GOUVEIA, Flávio. **Online Dispute Resolution**. E-book, 2019. Disponível em: <https://app.trakto.io/doc/cristianedupret/odr-ebook>. Disponível em: 21 mai. 2020.

SCHULTZ, T.; KAUFMANN-KOHLER, G.; LANGER, D.; BONNET, V. Online Dispute Resolution: the state of the art and the issues. **E-Com Research Project of the University of Geneva**, Ginebra, 2001. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=899079>. Acesso em: 21 mai. 2020.

TEFFÉ, Chiara Spadaccini de; VIOLA, Mario. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. **Civilistica.com.**, v. 9, n. 1, 2020. Disponível em: <http://civilistica.com/tratamento-de-dados-pessoais-na-lgpd/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

CAPÍTULO 13

O DIREITO DA GESTANTE EM TRABALHO DE PARTO (E NO PÓS-PARTO) A ACOMPANHANTE E AS RESTRIÇÕES DA COVID-19

Data de aceite: 01/03/2021

Karine Domingos de Souza

Mestranda no Programa de Pós-Graduação
Mestrado Profissional em Prestação
Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT/ESMAT)
<http://lattes.cnpq.br/7064561946604860>

Gustavo Paschoal Teixeira de Castro Oliveira

Doutor em Direito. Professor no Programa
de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado
Profissional em Prestação Jurisdicional e
Direitos Humanos (UFT/ESMAT). Bolsista
FAPTO
<http://lattes.cnpq.br/7410990226412683>

Paulo Sérgio Gomes Soares

Doutor em Educação. Professor no Programa
de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado
Profissional em Prestação Jurisdicional e
Direitos Humanos (UFT/ESMAT). Bolsista
FAPTO
<http://lattes.cnpq.br/1365699355771676>

**GT II – Direitos Fundamentais de segunda dimensão:
Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**

07 de abril de 2005, frente às restrições impostas pelas organizações nacionais e internacionais em função da COVID-19. Os Direitos Humanos das mulheres precisam ser respeitados, dado que o direito à presença de acompanhante não é derrogável, e faz parte do bem estar físico e psíquico da parturiente e do nascituro, mas a pandemia exige que as restrições sanitárias sejam cumpridas para a manutenção da vida. Em que medida tais restrições podem representar violações desse direito fundamental? O objetivo do artigo, de um ponto de vista jurídico, é propor a compatibilização entre os antagonismos, procurando garantir os direitos da gestante com a manutenção da segurança prevista pelas Organizações de saúde nacionais e internacionais. Para tanto, apresenta uma pesquisa teórica, apoiada em método dedutivo e abordagem qualitativa, para expor as implicações da pandemia na saúde da mulher nessa condição, perpassando os debates sobre o parto humanizado no Brasil. A contribuição do debate gira em torno do direito fundamental à saúde da parturiente em tempos de pandemia.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Direito da Gestante; Lei do Acompanhante; COVID-19.

RESUMO: O direito à saúde é um direito fundamental presente na Segunda Dimensão dos Direitos Fundamentais, posto que está inserido nos direitos sociais. O artigo aborda as contradições geradas no âmbito dos Direitos Humanos e dos direitos fundamentais da gestante, no que tange ao direito a acompanhar, conforme previsto pela Lei Federal nº. 11.108, de

ABSTRACT: The right to health is a fundamental right, present in the Second Dimension of Fundamental Rights, since it is part of social rights. The article addresses the contradictions generated in the context of human rights and the fundamental rights of pregnant women, with regard to the right to accompany, as provided for by Federal Law nº. 11.108, of April 7, 2005, in the

face of restrictions imposed by national and international organizations in accordance with light of COVID-19. Women's human rights need to be respected, since the right to be accompanied is not derogable, and is part of the physical and psychic well-being of the parturient and the unborn child, but the pandemic requires that sanitary restrictions be fulfilled for the maintenance of life. To what extent can such restrictions represent violations of this fundamental right? The objective of the article, from a legal point of view, is to propose the compatibilization between antagonisms, seeking to guarantee the rights of pregnant women with the maintenance of safety provided for by national and international health organizations. To this end, it presents a theoretical research, supported by a deductive method and qualitative approach, to expose the implications of the pandemic in women's health in this condition, going through the debates about humanized childbirth in Brazil. The contribution of the debate revolves around the fundamental right to health of the parturient in times of pandemic.

KEYWORDS: Human Rights; Fundamental rights; Pregnant Woman's Right; Companion's Law; COVID-19.

1 | INTRODUÇÃO

O direito à saúde está positivado no art. 6º da Constituição Federal de 1988, em sede de direitos sociais. Assim, se estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância. Em seu art. 196, a Constituição Federal reconhece a saúde como direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas.

A Organização Mundial de Saúde (OMS), por sua vez, define a saúde como um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não meramente como a ausência de doença. Feitas estas considerações, é elementar que a proteção à maternidade esteja imbuída nas discussões dos direitos relativos à saúde.

O problema em questão abrange a saúde da mulher no parto e pós-parto em relação aos cuidados e direitos respaldados legalmente, como o direito a acompanhante, para a manutenção da saúde física e mental, bem como para os cuidados básicos. Cabe salientar que, após o parto, a mulher entra em um momento de regressão para o período pré-gravídico, o puerpério, fase de significativas modificações tanto físicas quanto emocionais, que não tem um tempo determinado para terminar. Para fins didáticos, é uma fase que se inicia logo após o parto e vai até o 10º dia pós-parto; tardio, com início no dia 11º ao 42º dia pós-parto; e remoto com início 43º dia até um ano pós-parto (BRASIL, 2016). Diante desse quadro, a saúde da mulher exige cuidados.

Contudo, o mundo está vivendo um momento de emergência de saúde pública, decorrente da pandemia de COVID-19 e, desde o início do surto, houve uma grande preocupação diante de sua rápida propagação e impactos no sistema de saúde. Nesse contexto, a Organização Mundial da Saúde, o Ministério da Saúde do Brasil, e outras organizações nacionais e internacionais, têm sugerido a aplicação de planos de contingência semelhantes aos da gripe influenza e suas ferramentas, devido às semelhanças clínicas e

epidemiológicas entre esses vírus respiratórios.

Dentre os planos de contingência, considerando a gravidade da COVID-19, medidas de contenção foram impostas como, por exemplo, o distanciamento social, a restrição de circulação pública, a quarentena, o *lockdown*, o uso obrigatório de máscara, dentre outras, em diferentes momentos. Tais restrições causaram muitas situações que exigem uma análise das contradições e do descumprimento da legalidade, como é o caso em estudo.

De acordo com a Lei Federal nº. 11.108, de 07 de abril de 2005, toda gestante tem direito a acompanhante, mas, desde a eclosão da pandemia, várias maternidades têm proibido a presença de acompanhante ou utilizado medidas extremamente restritivas que podem representar violações desse direito fundamental das mulheres.

A primeira seção do artigo abordou alguns aspectos históricos do parto humanizado e as resistências a ele, para expor o contexto da instituição da Lei do Acompanhante. Na segunda seção, o debate girou em torno dos problemas do descumprimento da legislação por equipes médicas e do desconhecimento e desinformação das mulheres sobre a Lei do Acompanhante, como fatores que prejudicam a efetivação desse direito fundamental para a consecução do parto humanizado.

Para adentrar a seara da legalidade, a terceira seção abordou as contradições evidenciadas pelo antagonismo entre a lei do acompanhante e as restrições impostas para evitar a disseminação da COVID-19, como forma de mostrar os impactos no direito das mulheres, a atuação do legislativo frente as queixas de violação desse direito e as implicações, de um ponto de vista jurídico, da compatibilização do antagonismo.

A compatibilização, ainda que mínima, entre a obediência às restrições, a salvaguarda da saúde coletiva, considerando os argumentos acerca das medidas de restrição e isolamento social, e os princípios da saúde individual, preconizados pela humanização do parto e manutenção dos direitos das mulheres, requer uma adequação do acompanhante aos protocolos de segurança para que se efetive esse direito fundamental e inviolável, devendo as maternidades e hospitais, públicos e privados, oferecerem as condições para a efetivação do direito, sem descuidar dos protocolos que impõem medidas restritivas e sanitárias para impedir o avanço da doença. Evidentemente, essa compatibilização não elimina as contradições, mas contribui para o debate acerca dessa temática em tempos de pandemia e esclarecer a situação, de um ponto de vista jurídico.

2 | OS MOVIMENTOS PELA HUMANIZAÇÃO DO PARTO NO BRASIL

A presente seção, que trata do parto humanizado no Brasil, tem por objetivo contextualizar aspectos relevantes da Lei nº. 11.108/2005, impulsionados por experiências em vários Estados, desde os anos de 1970, quando surgiram profissionais de saúde dissidentes, inspirados por práticas tradicionais de parteiras e índios, como por exemplo, Galba de Araújo, no Ceará, e Moisés Paciornick, no Paraná, do Hospital Pio X, em Goiás,

além do movimento feminista (como o Coletivo Feminista Sexualidade e Saúde), a Associação Comunitária Monte Azul, em São Paulo, os grupos Curumim e Cais do Parto, em Pernambuco e de diferentes grupos de terapias alternativas, com foco na assistência humanizada da gravidez ao parto e pós-parto (DINIZ, 2005, p. 631). São grupos e pessoas que trouxeram experiências e lutas em prol do parto humanizado e que influenciaram na constituição da lei.

De acordo com Diniz (2005), além das experiências dos grupos mencionados, a Rede pela Humanização do Parto e do Nascimento, fundada em 1993, denunciou algumas circunstâncias de violência e constrangimento nas assistências e condições pouco humanas a que as mulheres e as crianças eram submetidas neste momento delicado. Condições como imposição de rotinas, a posição do parto e interferências obstétricas desnecessárias que rompiam com a naturalidade dos mecanismos fisiológicos, gerando uma patológica intervenção médica, uma experiência de terror, de impotência, de alienação e de dor. Assim, a cesárea acabou sendo apontada como a melhor forma de dar à luz, sem medo, risco e dor.

Contudo, hoje, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)¹, em consonância com a Organização Mundial da Saúde (OMS), adverte:

O parto é um processo fisiológico e natural que pode ser vivenciado sem complicações pela maioria das mulheres e bebês. Contudo, estudos mostram que uma proporção substancial de mulheres grávidas saudáveis sofre pelo menos uma intervenção clínica durante o parto e o nascimento. Elas também são frequentemente submetidas a intervenções de rotina desnecessárias e potencialmente prejudiciais.

Trata-se, portanto, de uma revisão das práticas, de romper com as rotinas desnecessárias, bem como da defesa da popularização do movimento pela humanização do parto que, segundo Diniz (2015), aparece como a necessária redefinição das relações humanas na assistência, como revisão do projeto de cuidado e da compreensão da condição humana e dos Direitos Humanos das mulheres.

O termo humanização do parto se refere a uma multiplicidade de interpretações e a um conjunto amplo de propostas de mudança nas práticas, trazendo ao cotidiano dos serviços conceitos novos e desafiadores, às vezes conflitantes. [...] Humanização é também um termo estratégico, menos acusatório, para dialogar com os profissionais de saúde sobre a violência institucional. No caso brasileiro, a obstetrícia parece ter apelo inegável em defesa das mulheres, que seriam aqui mais beneficiadas, barganhando mais alívio da dor e mais preservação genital, desde que paguem por isso: eis o padrão ouro da assistência na prática. (DINIZ, 2005, p. 635).

¹ Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5596:oms-emite-recomendacoes-para-estabelecer-padrão-de-cuidado-para-mulheres-gravidas-e-reduzir-intervenções-medicas-desnecessárias&Itemid=820#:~:text=O%20parto%20%C3%A9%20um%20processo,o%20parto%20e%20o%20nascimento. Acessado em 15/05/2020.

Convém lembrar que a primeira maternidade pública “autodefinida” como humanizada, a romper com as rotinas desnecessárias, surgiu no Rio de Janeiro, em 1994, e recebeu o justo nome de Leila Diniz. Desde então, em 1998, o Ministério da Saúde implementou de uma série de iniciativas e incentivos ao parto humanizado com o objetivo de melhorar a qualidade da assistência obstétrica, revalorizar o parto normal, reduzir as taxas de cesáreas desnecessárias e seus custos para os serviços públicos de saúde e fortalecer a relação da mãe com seu bebê (BRASIL, 1998; 1999).

Com vistas nesses objetivos, é preciso denunciar práticas hospitalares claramente desatualizadas para promover a humanização e mudar o olhar da sociedade sobre o parto e os cuidados com a gestante, eliminando o senso comum que dissemina a falsa ideia de dor e de sofrimento sobre esse momento mágico na vida das mulheres.

Desde 2005, a Lei nº. 11.108, mais conhecida como Lei do Acompanhante, entabula que os serviços de saúde maternos permitam a presença de um acompanhante de livre escolha da mulher durante o parto e no pós-parto. O acompanhante no parto humanizado é a pessoa que provê o suporte à mulher durante o processo partitivo e, de acordo com o contexto assistencial, pode ser representado por profissionais (enfermeira, parteira), companheiro/familiar ou amiga da parturiente, doula e mulher leiga.

Para Longo et al (2010), entretanto, o conceito de acompanhante apresentado pela Política Nacional de Humanização, conhecido como “Humaniza SUS”, já aponta o acompanhante como o representante da rede social da paciente, aquele que a acompanha durante toda a permanência no ambiente hospitalar. Portanto, valendo-se de critérios próprios, a mulher pode escolher e, via de regra, os acompanhantes são as mães, companheiros, irmãos, amigos próximos, ou seja, uma figura que a gestante atribua uma sensação de apoio e confiança, e que possa lhe assistir em qualquer dificuldade. Se a equipe médica converge com as práticas de um parto humanitário, respeitando o plano de parto desejado pela gestante, isso, atrelada a presença de um ente que lhe confere confiança, só tem a beneficiar o processo de parturição.

A regulamentação, por conseguinte, seguiu evoluindo para abranger a presença do acompanhante nos âmbitos público e privado, e foram formalizadas, inclusive, através de outros documentos, como, por exemplo, a Portaria nº. 2.418 do Ministério da Saúde (MS), que passou a autorizar o custeio de despesas com o acompanhante durante o processo partitivo, incluindo gastos com refeições, acomodação e demais acessórios demandados no processo.

Outro importante instrumento normativo é a Resolução da Diretoria Colegiada nº. 36, da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), de 2008, que dispôs sobre o Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal, e que também serviu de elemento reafirmador no que concerne a luta pela preservação do direito da mulher ao acompanhante. Para tanto, estabeleceu parâmetros para que os serviços assegurassem uma estrutura física adequada e segura para acompanhantes,

dentre outras determinações.

Em 2010, já no âmbito privado, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANSS) estabeleceu, através da Resolução Normativa nº. 211, que os atendimentos de obstetrícia no setor privado, independente do plano de saúde, deveriam cobrir todas as despesas com o acompanhante.

O guia prático de assistência ao parto normal para uma Maternidade Segura apresenta aspectos gerais da assistência ao parto, dentre eles o apoio durante o parto e a escolha do acompanhante como prática demonstrativa útil, que deve ser estimulada. Embora esse documento tenha sido distribuído a todos os obstetras brasileiros no ano de 2000, a divulgação dessas práticas precisa ser intensificada junto à população, para serem conhecidas e utilizadas pelas mulheres, e assim incentivar o parto normal, contribuindo para a redução de morte materna e neonatal (OMS, 2017, p. 16,17-28).

No artigo apresentado por Diniz et al (2014, p. S144-S145), que discorreu sobre a “implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil”, evidenciou-se que:

Considerando-se as mulheres que não tiveram um acompanhante [...], as razões dadas para este fato eram principalmente: o não cumprimento institucional da legislação, principalmente, ‘nenhum tipo de acompanhante permitido no hospital’ (52%), e outras formas de restrições (somente para cesarianas ou para adolescentes, para acompanhantes mulheres, para aqueles que participaram de um curso, para aqueles que tivessem pago etc.) Outra causa foi ‘não tem ninguém para ficar com ela’ (18%), seja porque o parceiro tinha de ficar com as outras crianças ou por falta de uma rede de apoio social, ou por causa de ‘internação inesperada para o parto’, em situações em que a mulher veio sozinha apenas para uma consulta pré-natal e teve uma indicação imediata para uma cesariana. Algumas mulheres que foram transferidas de outros serviços relataram obstáculos de acesso, como ‘a ambulância não permitiu trazer o acompanhante’. Identificamos frequente falta de informação às mulheres antes do parto sobre o acompanhante. Elas usaram as seguintes expressões para afirmar que não foram informadas: ‘não sabia que era permitido’, ‘não sabia que era permitido em partos vaginais’, ‘não sabia que era permitido para não-adolescentes’ etc. Apenas 5,7% das mulheres desacompanhadas (1,4% do total) disseram que estavam sozinhas porque não queriam ter qualquer acompanhante (dados não apresentados na tabela). Encontramos grande variação em termos de implementação de acompanhamento entre as regiões: 23,1% e 22,6% das mulheres tiveram acompanhante de acordo com a lei nas regiões Sudeste e Sul (melhores resultados) e apenas 11,7% no Norte. A Região Centro-oeste teve a pior situação, com mais de 38,9% das mulheres com nenhum acompanhante. (Figura 1). [...] As mulheres que com mais frequência ficaram sem qualquer acompanhante foram as que tiveram parto vaginal, viviam na Região Centro-oeste, tinham rendimentos mais baixos, menor escolaridade, eram pretas ou pardas, multíparas e usuárias do setor público. A forma de pagamento para assistência ao parto das mulheres foi fortemente associada a ter ou não ter qualquer acompanhante: no setor público 29,5% não tiveram qualquer acompanhante, no setor privado apenas 4,7%. O estado civil das mulheres

e o tipo de profissional não foram estatisticamente diferentes nas chances de ter acompanhante; a idade materna não foi significativa na análise bivariada.

No excerto, ficou evidente a desigualdade regional, tendo em vista que o percentual de desconhecimento da gestante, no que se refere ao seu direito a acompanhante, é maior na região norte. Essa constatação também aponta para o problema da desigualdade social, que se reflete na ausência do direito à informação.

Destaca-se que as instituições de saúde que permitem a presença do acompanhante são as que buscam reduzir intervenções desnecessárias, sem evidências e não recomendadas pela OMS e que implementaram mudanças mínimas na ambição e no mobiliário como, por exemplo, incluir assento para o acompanhante. Sabidamente, a presença do acompanhante e a adoção de boas práticas nas instituições contribui com a saúde da mulher. Também há de se considerar que o profissional de saúde tende a mudar de atitude na presença do acompanhante, o que pode ser observado nos estudos que mostram que as mulheres ficam mais satisfeitas com a experiência do parto e com as orientações e os cuidados recebidos dos profissionais (MONGUILHOTT et al, 2018, p. 8).

Pontua Diniz et al (2014) que, apesar da evolução legislativa, cultural e social, a presença contínua de um acompanhante durante o parto, na maioria dos serviços, ainda é um privilégio para as mulheres com maior renda e escolaridade, de cor branca, pagando pela assistência, e que tiveram uma cesariana. Essa constatação fortalece os pressupostos de violação dos direitos fundamentais muitas mulheres “não privilegiadas”, para quem se destinam a cultura tradicional de descaso com o bem-estar, a segurança e o conforto durante o parto. Sobre elas recai, também, as rotinas desnecessárias e discriminatórias, sobretudo, devido ao desconhecimento e desinformação acerca dos seus direitos.

3 I DESCONHECIMENTO, DESINFORMAÇÃO E DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO

A presente seção toca em questões sensíveis, como o desconhecimento e a desinformação das mulheres acerca dos seus direitos e o descumprimento da legislação em hospitais e maternidades, situação que tendem a se agravar no contexto da pandemia com a justificativa de que a lei do acompanhante não deve se aplicar nesse momento, porque o “direito coletivo à saúde” se sobrepõe ao “direito individual” de cada pessoa, exigindo uma análise de ponderação de princípios.

Contudo, vale trazer para o debate dois artigos publicados antes da pandemia, resultados de pesquisas com mulheres grávidas e com agentes de saúde, que apontaram que essa situação é recorrente em muitas maternidades brasileiras. Em artigo intitulado “No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos”, Brüggemann et al (2015) mostram que os motivos das restrições do acompanhante se apoiam nos seguintes discursos: a sala cirúrgica não é lugar para

o acompanhante; na sala de parto acompanhante não entra; o acompanhante não tem preparo emocional e psicológico; falta de participação no pré-natal dificulta a entrada do acompanhante; se o acompanhante não pede, ele não entra, mas se exigir, entra. Para os autores, existe uma postura de “poder supremo” desses atores pautado em ideias preconcebidas de que o acompanhante interfere negativamente no processo, mas o problema é que a presença do acompanhante exige mudanças, as quais as equipes oferecem resistência em fazer.

A inserção do acompanhante no processo de nascimento requer mudanças de atitudes dos profissionais, em especial os que ocupam cargos de gestão nas instituições de saúde, sejam da área médica ou de enfermagem. A adoção dessa prática pode contribuir para a redução de intervenções desnecessárias indutoras das complicações obstétricas que, por sua vez, estão associadas com a mortalidade materna no Brasil, que permanece acima da meta estipulada para 2015 pelos ODM (BRÜGGEMANNA, et al, 2015, p. 157).

Como bem avaliam os autores, a mudança nas práticas de atendimento em prol da humanização do parto e assistência à mulher, em qualquer fase da sua gestação, pode minimizar a violência e, sobretudo, fazer cumprir rigorosamente o que prevê a Lei do Acompanhante.

Observa-se que, desde a década de 1990, como resultado do ativismo das mulheres e da emergência da medicina baseada em evidências, um movimento mundial começou a documentar os benefícios emocionais e de saúde e alta satisfação materna, com a presença e apoio contínuo durante o parto. Grupos de pesquisadores e ativistas, em vários países, organizaram ensaios clínicos para randomizar mulheres com e sem acompanhantes. Esses estudos e as revisões sistemáticas decorrentes documentaram os muitos resultados positivos para a saúde materna e neonatal dessa intervenção simples. Isso levou à recomendação internacional pela Organização Mundial da Saúde, na década de 1990, de que “o apoio contínuo durante o trabalho tem benefícios clinicamente significativos para as mulheres e crianças e nenhum prejuízo conhecido, e que todas as mulheres devem ter apoio durante o parto e nascimento” (DINIZ et al, 2014, p. S141).

Ponderam Beauchamp e Childress (2002) que a disponibilidade de informações sobre o parto favorece a compreensão das parturientes em relação aos seus direitos, fazendo com que se sintam respeitadas. Para tanto, é necessário profissionais de saúde comprometidos com o processo de cuidar, capazes de reconhecer o direito das parturientes em expressar suas opiniões e a sua possibilidade de fazer escolhas, baseadas em seus valores e crenças pessoais.

Para averiguação prática desses pressupostos, uma pesquisa realizada em quatro hospitais da região metropolitana do Estado do Rio de Janeiro, entre janeiro e julho de 2014, divulgada no artigo intitulado “O descumprimento da Lei do Acompanhante como agravo à saúde obstétrica” (RODRIGUES et al, 2017), identificou com acuidade o desconhecimento

de muitas mulheres sobre a Lei do Acompanhante, assim como de seus direitos. Confirmou, também, que se trata de uma desinformação que ocorre entre os profissionais de saúde, que negam esse direito da mulher, como mostra um dos trechos das entrevistas:

[...] como já sou maior de idade não posso ter mais acompanhante. [...] somente menor de idade pode ter alguém com você. [...] falaram isso logo quando eu entrei para ser atendida [...]. não deixaram a minha mãe entrar comigo [...] e como eu não tenho mais direito se fosse adolescente até eu brigaria para ter, mas fazer o que? [...] (P18); [...] falavam que eu não podia ter acompanhante, aqui ninguém tem o acompanhante [...] e as pessoas falaram que não pode e deveriam deixar uma pessoa ficar, somente menor de idade [...] (P20). (RODRIGUES et al., 2017, p. 3).

Os autores mencionam que, embora a Lei nº. 11.108/2005 esteja em vigor há vários anos, sendo o instrumento que institui, no âmbito público e privado, a modalidade de assistência ao acompanhante, os depoimentos colhidos durante a pesquisa confirmam a gravosa situação de desinformação quanto a possibilidade de um acompanhante de livre escolha da mulher durante o período de pré-parto, parto e puerpério imediato. Esclarecem, também, que o acesso à informação deve ter início já no acompanhamento pré-natal, fazendo com que a mulher seja informada acerca desses direitos legais e possa tomar uma decisão consciente, caso necessário.

Conforme entabula Rodrigues et al (2017), no transcorrer do estudo, a desinformação sobre o direito ao acompanhante sustenta o descumprimento da lei e impede que a mulher usufrua do seu direito, além de corroborar com uma prática em que o profissional de saúde perpetua ‘rotinas’ e ‘normas’ implantadas historicamente, sem atenção ao parto humanizado. Como se lê nos depoimentos:

[...] eu não tive isso, não deixaram o meu marido participar comigo, e tentei ver isso, mas esse médico não estava deixando. [...] as outras meninas, os seus esposos estavam junto, não sei porque ele não deixou ficar e ver o meu parto, achei uma falta de compreensão! [...] (P03); [...] na sala de parto foi estranho, não deixaram a minha mãe entrar. [...] o médico disse que não podia entrar na sala. [...] nesse momento iria ficar sozinha, somente depois iria me ver [...] (P15). (RODRIGUES et al., 2017, p. 4).

O excerto revela que houve descumprimento da legislação por parte do médico e a mulher percebeu que outras mulheres, no caso, “os seus esposos estavam juntos”, mas não fez apelo aos seus direitos por desinformação. A violação dos direitos se torna ainda mais gravosa quando a mulher sabe dos seus direitos, mas eles lhes são negados, conforme segue:

[...] mas não consegui [...] (P02); [...] eu briguei com todo mundo aqui. [...] sei que tem uma lei [...]. Tenho um direito de ter o acompanhante, chamei a polícia e tudo, mas não consegui atendimento, pois não tinha espaço suficiente para isso [...] (P19).

[...] pois, quando eles [profissionais] falam que não pode [ter acompanhante] acho que é normal, nem questiono, e não falo nada, pois eles entendem disso [...] (P01); [...] já sei como funciona, achei normal, porque eles [profissionais] falam que não pode entrar ninguém, e temos de respeitar e acatar o que falam para a gente [...] (P10). [...] achei uma indiferença comigo, um tratamento ruim com que eles [profissionais] me trataram. Não deixaram a minha mãe entrar no pré-parto. No parto o médico disse que ninguém vai entrar, e aqui não pude ficar com ninguém. Me sinto sozinha o tempo todo, sem ninguém da família [...] me tratou igual a um cavalo [...] uma situação horrível e desumana, ele me tratando mal e me desrespeitando o tempo todo [...] (P05);

[...] não dá para dialogar com a médica, uma bruta e grossa, uma insensível, pois deveria ter deixado a minha mãe entrar nesse momento. [...] um momento que esperamos e ela não deixou, falou que não podia e não iria deixar. [...] as enfermeiras, e não tinha condição mesmo [...] (P09). (RODRIGUES, 2017, p. 5).

De acordo com a exposição dos autores, mesmo a autoridade e o poder conferidos pela instituição ao profissional de saúde, as mulheres vivenciaram uma relação de desigualdade na relação de poder, não lhes restando outra opção senão se submeterem à anulação do seu direito ao acompanhante.

A pesquisa mostrou uma “diferenciação de caráter socialmente discriminatório, que precisa ser superada pelas instituições, por gestores e profissionais da saúde, a partir do cumprimento da Lei do Acompanhante em vigor, bem como da Política de Humanização do Parto e Nascimento” (RODRIGUES et al., 2017, p. 8). Da mesma forma, revelou que a prevalência das estruturas tradicionais nas instituições mantém as características distintas da prevista legalmente.

Frente ao contexto apresentado, a situação pode se agravar durante a pandemia, já que muitas maternidades se apoiam nos argumentos em prol das restrições, pressupondo que a reduzida circulação de pessoas na maternidade diminui o risco de transmissão e de contágio da doença, tanto entre médicos, enfermeiras e atendentes, quanto entre pacientes. Outro argumento se apoia na ausência de materiais de proteção para os acompanhantes.

Enfim, para o Ministério da Saúde do Brasil, grávidas e mulheres que deram à luz recentemente são mais vulneráveis a infecções em geral e, por isso, estão nos grupos de risco do vírus da gripe, por exemplo. Mas a lei confere direito ao acompanhante à gestante. Como resolver o antagonismo, agora, já que não se trata de uma mera gripe?

4 I O DIREITO AO ACOMPANHANTE E AS RESTRIÇÕES DA COVID-19

Desde o início do atual surto de coronavírus (SARS-CoV-2), causador da COVID-19, houve uma grande preocupação com a possibilidade de uma pandemia, que se concretizou à medida que a doença se espalhou rapidamente pelo mundo, causando impactos em todas as esferas da vida.

De acordo com Freitas (2020), não existiam planos estratégicos prontos para serem aplicados a uma pandemia, pois tudo ainda era novo e, mesmo com as recomendações da OMS, do Ministério da Saúde do Brasil, do *Centers for Disease Control and Prevention* (CDC, EUA) e outras organizações nacionais e internacionais para o seguimento de protocolos de segurança, houve a aplicação de planos de contingência de influenza e suas ferramentas, devido às semelhanças clínicas e epidemiológicas entre esses vírus respiratórios. Mas a situação não é simples e não se trata de uma mera gripezinha.

No que tange ao parto, tardiamente, o Ministério da Saúde instituiu a Portaria nº. 2.222/GM/MS, de 25 agosto de 2020, em caráter excepcional e temporário, com Ações Estratégicas de Apoio à Gestação, Pré-Natal e Puerpério e o incentivo financeiro federal de custeio, para o enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN), em decorrência da pandemia. Assim, os estabelecimentos de saúde, no acompanhamento da gestante, tiveram de adotar alguns protocolos como o uso de Equipamentos de Proteção Individual (EPI), disponibilizar materiais higienização das mãos, o distanciamento seguro entre as pessoas, dentre outros. Contudo, os protocolos se estenderam para restrições mais severas e afetaram diretamente um direito fundamental das gestantes em ter um acompanhante, de forma que muito se tem ponderado sobre a legalidade dessa restrição como uma violação dos Direitos Humanos das mulheres, tendo em vista, também, a concepção de parto humanizado. Trata-se, portanto, de um antagonismo que tem gerado contradições.

Nesse sentido, é necessário tecer algumas ponderações de ordem jurídica entre o direito coletivo à saúde e o direito individual da gestante ao acompanhante. Não se pode negligenciar nenhuma das perspectivas, porque vivencia-se uma situação de grave crise sanitária que afeta a saúde pública, exigindo a redução da presença de pessoas nos atendimentos hospitalares, ao mesmo tempo em que se faz necessário respaldar a saúde da mulher em seu direito ao parto humanizado com acompanhante, conforme prevê a lei. A presente seção possui esse objetivo, a saber, compatibilizar os antagonismos.

No que concerne ao acompanhante, a Fiocruz (2020)² disponibilizou a seguinte nota:

No Brasil, a presença do acompanhante de livre escolha da mulher durante o parto é lei federal. Deve-se avaliar sua condição de saúde e a realidade de cada serviço a fim de garantir segurança para a mulher, seu bebê e para a equipe de saúde. O acompanhante deve estar assintomático para síndrome gripal e utilizar paramentação adequada. Apesar de grande preocupação por parte dos profissionais de saúde quanto aos equipamentos de proteção individual, a precaução padrão e a correta higienização das mãos são recomendadas para o atendimento de gestantes assintomáticas. A utilização de máscara N95/PFF2 deve ocorrer em casos suspeitos ou confirmados de COVID-19, onde haja risco de geração de aerossóis. Durante o trabalho de parto os profissionais de saúde sempre devem utilizar os EPIs, uma vez que é inviável a utilização de máscara pela gestante, principalmente durante a

² Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-covid-19-e-o-cuidado-obstetrico/> Acesso em: 15/05/2020.

fase ativa do trabalho de parto. Até o momento, não há evidências suficientes sobre a transmissão vertical. Ainda assim, existe preocupação quanto ao risco de contaminação do bebê a partir do contato com a mãe infectada, seja durante os cuidados ou pela proximidade durante a amamentação.

Em função desse risco de contaminação, a Fiocruz (2020) faz menção a um guia, lançado pela Federação Internacional de Ginecologia e Obstetrícia (FIGO), que recomenda não ter acompanhante no parto. Porém, o Colégio Real Inglês (*Royal College of Obstetricians and Gynaecologists*) e o próprio Ministério da Saúde brasileiro se manifestaram a favor da presença do acompanhante, desde que não esteja sintomático. Sendo assim, a orientação da Fiocruz é a seguinte:

Por sua vez, se o acompanhante estiver assintomático, ele pode acompanhar a mulher e deve-se seguir as recomendações de precaução, de higienização das mãos, etc. Vale lembrar que a escolha e presença do acompanhante no parto e pós parto imediato, no Brasil, é garantida por uma lei Federal. No caso da presença de doulas durante a pandemia, precisa-se discutir com as mulheres. Trata-se de colocar mais uma pessoa na cena do parto no momento onde a recomendação é de diminuir o fluxo e também os riscos de contaminação. Há também que se avaliar a ambiência dos serviços e formas de reduzir os riscos de contágio dos acompanhantes, não só no momento do parto, mas também no alojamento conjunto durante o puerpério. A falta de equipamentos de proteção individual (EPI) pode colocar em risco os profissionais de saúde e também os acompanhantes. (FIOCRUZ, 2020).

Já a Lei nº. 13.079/20, que preconiza as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública, de importância internacional em virtude da pandemia, em seu artigo 3º, § 2º, inciso III, dispõe que a disciplina para os cuidados com a Covid-19 não deve se afastar dos postulados da dignidade da pessoa humana:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: § 2º Ficam assegurados às pessoas afetadas pelas medidas previstas neste artigo: I - o direito de serem informadas permanentemente sobre o seu estado de saúde e a assistência à família conforme regulamento; II - o direito de receberem tratamento gratuito; III - o pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas, conforme preconiza o Artigo 3 do Regulamento Sanitário Internacional, constante do Anexo ao Decreto nº. 10.212, de 30 de janeiro de 2020.

Foi justamente com base neste artigo, e diante do descumprimento latente das maternidades à legislação, tolhendo indiscriminadamente a presença do acompanhante, que a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ajuizou uma Ação Civil Pública em uma das Varas da Fazenda Pública de Mogi das Cruzes (SP), para obrigar a Santa Casa de Misericórdia a garantir a todas as gestantes o direito a um acompanhante antes, durante e depois do parto.

O juiz destacou que a Santa Casa não pode inviabilizar o direito da mulher: “A

Lei 13.979/20, não suspendeu a eficácia da Lei 11.108/05, que alterou a Lei do SUS (Lei 8080/90), ao estabelecer o direito ao acompanhante antes, durante e depois do parto". Então, o direito ao acompanhante continua garantido, desde que se submeta aos procedimentos da nota técnica da Secretaria de Atenção Primária à Saúde, referente às medidas de prevenção durante a epidemia. (ASCOM/DPE-SP, 2020).

A Câmara Legislativa Federal, através do deputado Ricardo Silva (PSB-SP), também se manifestou sobre o celeuma, e protocolou o Projeto de Lei nº. 3823/20, que institui normas de caráter transitório e emergencial para a proteção de gestantes no parto e pós-parto e dos bebês, enquanto durar a emergência de saúde pública. Conforme a Agência Câmara de Notícias (2020)³:

O parlamentar lembra que o Ministério da Saúde incluiu as grávidas e as puérperas até duas semanas após o parto entre o grupo de risco para Covid-19 e publicou um protocolo de manejo clínico específico para elas. Porém, ainda assim, segundo ele, '77% das mortes de gestantes e puérperas por Covid-19 registradas no mundo ocorreram no Brasil'. Os dados são de estudo publicado no periódico médico *International Journal of Gynecology and Obstetrics*. Segundo o estudo, o atendimento pré-natal de baixa qualidade, a falta de recursos para cuidados críticos e de emergência, as disparidades raciais no acesso aos serviços de maternidade, a violência obstétrica e as barreiras adicionais colocadas pela pandemia para o acesso aos cuidados de saúde específicos às gestantes são citados como motivos para a alta taxa de mortalidade no Brasil.

O projeto prevê, nesse espeque, várias medidas, como leitos exclusivos, pré-natal através de telemedicina, licença-maternidade de 180 dias (ao invés de 120), e quanto ao direito a acompanhante afirma o seguinte:

A proposta permite ainda que seja flexibilizado o direito das parturientes à presença de acompanhante durante o trabalho de parto e pós-parto imediato, garantido hoje pela Lei 11.108/05, bem como o direito à visitação, conforme critérios técnicos previamente estabelecidos pelo Poder Executivo e pelas unidades hospitalares públicas e privadas. (Agência Câmara de Notícias, 2020).

Vários outros estados, a exemplo do Mato Grosso do Sul, através da Associação dos Municípios do Mato Grosso do Sul, publicou Diretrizes no manejo de pacientes gestantes internadas com suspeita ou confirmação de infecção da COVID-9:

Dante da pandemia do novo Corona vírus (Covid-19), e conforme determinações da Fundação Municipal de Saúde, as maternidades da rede municipal passam a adotar as seguintes regras visando a implementação e reforço das precauções de contato no âmbito de suas instalações: - Terão direito a acompanhante apenas as pacientes puérperas (pós-parto normal e pós cesárea), pessoas com deficiência e pessoas com idade < 18 anos, respeitadas as normas internas de precauções de contágio; - Não serão

³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/677456-projeto-preve-medidas-para-protacao-de-gravidas-partuentes-e-no-pos-parto-durante-pandemia/> Acesso em: 03/08/2020.

permitidos acompanhantes com idade \geq 60 anos ou $<$ 18 anos. - Não serão permitidos acompanhantes com sintomas gripais ou que sejam contactantes de pessoas com sintomas gripais. - O acompanhante deve usar máscara cirúrgica durante toda a permanência hospitalar. - Não haverá troca de acompanhante, poderá ocorrer mediante comunicação prévia à (ao) enfermeira (o) do plantão. - Suspender as visitas à todas as pacientes internadas, salvo, no caso de puérpera, no qual será permitida visita do pai do recém-nascido, respeitadas as normas internas da instituição. - Distância de 1,5 metros dos leitos de maternidade (MATO GROSSO DO SUL, Diário Oficial, 2020).

Observa-se, portanto, que alguns estados estão criando mecanismos em atenção à Lei Federal para garantir o direito ao acompanhante, devendo, também, romper com a cultura médica de restrição indiscriminada e impedir a violação por rotinas que transformam a maternidade em um verdadeiro pesadelo.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Vimos, ao longo da exposição, que não permitir a presença do acompanhante no parto e pós-parto é uma prática recorrente em algumas maternidades, sob o argumento de que o acompanhante é uma “complicação” nesse momento, prevalecendo a autoridade e poder institucional para impedir que a mulher faça valer esse direito legal, o que pode caracterizar a violação de um direito fundamental. Há, também, o desconhecimento de muitas mulheres acerca do direito ao acompanhante de sua escolha. Entretanto, desacatar o previsto na Lei Federal nº. 11.108 e não garantir esse direito fundamental da gestante pode gerar sanções.

As condições para a manutenção do parto humanizado incluem o acompanhante para assegurar à mulher o apoio físico e emocional, promoção da fisiologia do parto, inibição de intervenções desnecessárias e a própria violência obstétrica, dentre outras condutas inadequadas e discriminatórias que geram insegurança. Embora haja avanços garantidos por lei, a resistência precisa ser rompida.

No atual momento de crise sanitária, a resistência pode acentuar posturas contraditórias nas equipes médicas que, por sua vez, querem garantir a segurança e restringir o acesso de pessoas para evitar o contágio da COVID-19. Nesse sentido, foi mostrado que o direito ao acompanhante não pode ser restringido, mas sim que sejam criadas as condições, conforme os protocolos de segurança, para a sua permanência como uma política de saúde universal e equitativa. Para tanto, as equipes de atendimento precisam estar prontas para atender aos protocolos de segurança, incluindo os serviços que garantam os direitos das mulheres.

REFERÊNCIAS

ASCOM/DPE-SP. Coronavírus: Em ação civil pública proposta pela DPE/SP, Justiça garante a grávidas o direito a acompanhante durante o parto, em Mogi das Cruzes. ASCOM/DPE-SP. São Paulo, 27 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/materia?id=44427> Acesso em: 04/08/2020.

BEAUCHAMP, T. L.; CHILDRESS, J. F. *Princípios de ética biomédica*. São Paulo: Loyola, 2002.

BRASIL. *Lei Federal nº. 11.108*, de 07 de abril de 2005. Brasília: Câmara dos Deputados, 2005. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm. Acesso em: 04/08/2020.

BRASIL. *Lei nº. 13.979*, de 06 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm#:~:text=L13979&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20as%20medidas%20para,Art Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL. *Portaria nº. 2.222/GM/MS*, de 25 de agosto de 2020. Institui, em caráter excepcional e temporário, Ações Estratégicas de Apoio à Gestação, Pré-Natal e Puerpério e o incentivo financeiro federal de custeio para o enfrentamento da Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) decorrente da pandemia do coronavírus. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.222/gm/ms-de-25-de-agosto-de-2020-274149904> Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL. *Resolução nº. 36*, de 3 de junho de 2008. Dispõe sobre Regulamento Técnico para Funcionamento dos Serviços de Atenção Obstétrica e Neonatal. Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/anvisa/2008/res0036_03_06_2008_rep.html Acesso em: 10/09/2020.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.3 Acesso em: 16/05/2020.

BRUGGEMANN, Odaléa Maria et al. No parto vaginal e na cesariana acompanhante não entra: discursos de enfermeiras e diretores técnicos. *Rev. Gaúcha Enferm.* Porto Alegre. V. 36, nº. spe, p. 152-158, 2015.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto prevê medidas para proteção de grávidas, parturientes e no pós-parto durante pandemia. Agência Câmara de Notícias. Brasília, 21 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/677456-projeto-preve-medidas-para-protecao-de-gravidas-parturientes-e-no-pos-parto-durante-pandemia/> Acesso em: 03/08/2020.

DINIZ, Carmen Simone Grilo et al. Implementação da presença de acompanhantes durante a internação para o parto: dados da pesquisa nacional Nascer no Brasil. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro V. 30, supl. 1, p. S140-S153, 2014

DINIZ, Carmen Simone Grilo. Humanização da assistência ao parto no Brasil: os muitos sentidos de um movimento. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro. V. 10, nº. 3, p. 627-637, Set, 2005.

DIAS, Marcos Augusto Bastos. Humanização do parto: política pública, comportamento organizacional e ethos profissional. *Cad. Saúde Pública*. Rio de Janeiro. V. 27, nº. 5, p. 1042-1043, Mai 2011.

FIOCRUZ. Principais questões sobre COVID-19 e o cuidado obstétrico. Fundação Oswaldo Cruz. Portal de Boas Práticas em Saúde da Mulher, da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://portaldeboaspaticas.iff.fiocruz.br/atencao-mulher/principais-questoes-sobre-covid-19-e-o-cuidado-obstetrico/> Acesso em: 15/05/2020.

FREITAS, André Ricardo Ribas; NAPIMOG, Marcelo; DONALISIO, Maria Rita. Análise da gravidade da pandemia de Covid-19. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/ress/2020.v29n2/e2020119.pt>. Acesso em: 04/08/2020.

LONGO, C. S. M.; ANDRAUS, L. M. S.; BARBOSA, M. A. Participação do acompanhante na humanização do parto e sua relação com a equipe de saúde. **Rev. Eletr. Enf.** [Internet]. p. 386-91, abr./jun.,12(2), 2010.

MATO GROSSO DO SUL. Diretriz institucional manejo de tratamento para pacientes com COVID-19 ambiente hospitalar. Diário Oficial: Associação dos Municípios do Mato Grosso do Sul (ASSOMASUL) de 31 de Julho de 2020. Mato Grosso do Sul, 29 de julho de 2020. Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/diarios/309448273/assomasul-31-07-2020-pg-210?ref=next_button p. 198-210. Acesso em: 04/08/2020.

MONGUILHOTT, Juliana Jacques da Costa et al. Nascer no Brasil: a presença do acompanhante favorece a aplicação das boas práticas na atenção ao parto na região Sul. **Rev. Organização Mundial Saúde (OMS).** Constituição da Organização Mundial de Saúde. Nova Iorque: OMS. Disponível em: <http://apps.who.int/gb/bd/> Acesso em: 14/05/2020.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS). *Assistência ao parto normal: um guia prático Ministério da Saúde.* Genebra/Suíça: OMS, 1996.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). Disponível em: https://www.paho.org/br/index.php?option=com_content&view=article&id=5596:oms-ermita-recomendacoes-para-estabelecer-padrao-de-cuidado-para-mulheres-gravidas-e-reduzir-intervencoes-medicas-des-necessarias&Itemid=820#:~:text=O%20parto%20%C3%A9%20um%20processo,o%20parto%20e%20o%20nascimento. Acessado em 15/05/2020.

RODRIGUES, Diego Pereira et al. O descumprimento da lei do acompanhante como agravo à saúde obstétrica. **Texto contexto - enferm.** Florianópolis. V. 26, nº. 3, 2017.

CAPÍTULO 14

A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR ATRAVÉS DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA E AS MEDIDAS PROVISÓRIAS DA PANDEMIA DE COVID-19

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Maria Laura Bolonha Moscardini

Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” – UNESP
Franca – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/5137375461339685>

Daniel Damásio Borges

Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho” – UNESP
Franca – São Paulo
<http://lattes.cnpq.br/2529993936323609>

RESUMO: O presente artigo visa analisar as alterações feitas pelas medidas provisórias sobre negociações coletivas e acordos individuais devido à pandemia de Covid-19, bem como os seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro e sua compatibilidade com princípios fundamentais do direito do trabalho, Convenções da OIT e a Constituição Federal, no que diz respeito ao direito coletivo e negociações coletivas. A relevância do tema está ligada ao papel fundamental da negociação coletiva e representatividade sindical para a democratização das relações de trabalho e garantia de melhores condições aos trabalhadores. Quanto à metodologia, o método de abordagem é o qualitativo dedutivo e quanto ao método de procedimento, serão utilizados o método bibliográfico, documental e jurisprudencial. O presente trabalho está estruturado em três tópicos principais. O primeiro,

busca analisar as mudanças sobre o direito negocial causadas pela pandemia de Covid-19 e as medidas governamentais impostas. O segundo é a análise conceitual sobre negociação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, e o terceiro tópico aborda a proteção do trabalhador em tempos de pandemia. A partir do que foi abordado, concluímos serem as medidas provisórias que substituíram a negociação coletiva pelo acordo individual prejudiciais aos direitos e interesse da classe trabalhadora, bem como não são compatíveis com o texto constitucional, as Convenções da OIT e os princípios fundamentais do direito do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: Negociação coletiva; medida provisória; pandemia; direitos coletivos; Covid-19.

WORKER PROTECTION THROUGH COLLECTIVE BARGAINING AND COVID-19 PANDEMIC PROVISIONAL MEASURES

ABSTRACT: This Article aims to examine the changes made by the provisional measures on collective bargaining and individual agreements due to the Covid-19 pandemic, as well as its effects on the Brazilian legal system and its compatibility with fundamental principles of labour law, ILO Conventions and the Federal Constitution, with regard to collective law and collective bargaining. The relevance of the theme is linked to the fundamental role of collective bargaining and trade union representation for the democratization of labor relations and ensure better conditions for workers. As for

the methodology, the method of approach is qualitative deductive and as to the method of procedure, the bibliographic, documentary and jurisprudential method will be used. The present work is structured on three main topics. The first seeks to analyze the changes in business law caused by the Covid-19 pandemic and the government measures imposed. The second is the conceptual analysis of collective bargaining in the Brazilian legal system, and the third topic addresses worker protection in times of pandemic. From what has been addressed, we conclude that the provisional measures that replaced collective bargaining with the individual agreement detrimental to human rights and interest of the working class, as well as are not compatible with the constitutional text, ILO Conventions and the fundamental principles of labour law.

KEYWORDS: Collective bargaining; provisional measure; pandemic; collective rights; Covid-19.

1 | INTRODUÇÃO

A pandemia de Covid-19 assolou o mundo nos últimos meses e mudou a estrutura social típica com a qual estávamos acostumados. Devido a facilidade de contágio e o contexto globalizado, a doença se espalhou rapidamente pelos continentes, fazendo algo que nunca havia sido cogitado acontecer: o isolamento social e o fechamento temporário dos comércios e das fábricas.

A quebra com o costume foi grande e atingiu todos os setores da sociedade, bem como exigiu dos governos medidas e ações especialmente voltadas ao contexto vivido, para o qual não há comparativo. No Brasil, a declaração do estado de calamidade pública e a aplicação das medidas de isolamento obrigaram o Estado a trabalhar pela construção de medidas capazes de impedir a quebra das relações de trabalho e manutenção dos postos de emprego enquanto perduram os efeitos econômicos e sociais da pandemia.

O presente trabalho objetiva analisar as alterações feitas sobre as negociações coletivas pelas medidas provisórias criadas para combater os efeitos da pandemia de Covid-19 na sociedade e sua compatibilidade com princípios fundamentais do direito do trabalho, Convenções da OIT e a Constituição Federal no que diz respeito ao direito coletivo e negociações coletivas.

Além disso, o objetivo do presente ensaio é também averiguar os efeitos dessas medidas não apenas na sociedade, mas também na esfera jurídica, principalmente quanto à proteção dos direitos trabalhistas coletivos e dos direitos sociais previstos na Constituição Federal.

A relevância do tema é grande, uma vez que a negociação coletiva é a ferramenta através da qual é possível buscar melhorias nas condições de trabalho e a dignidade do trabalhador. É a partir de negociações coletivas que se torna possível suprir a hipossuficiência do trabalhador e garantir que sejam seus interesses resguardados.

Quando a própria legislação torna desnecessária a negociação coletiva e a

representação do trabalhador pelo ente sindical, corre-se o risco de realizar imposições, e não acordos, bem como prevalecerão os interesses do empregador e a minoração ou supressão de direitos trabalhistas duramente conquistados, como é o caso do direito à irredutibilidade salarial.

No âmbito jurídico interno, os direitos sindicais e de negociação coletiva sofreram grandes alterações desde a reforma trabalhista, as quais foram objeto de denúncias à OIT e críticas por instituições como a ANAMATRA por desrespeitarem o texto constitucional e as Convenções da OIT, ferindo os interesses dos trabalhadores, flexibilizando as normas trabalhista e assim, reduzindo a função social do trabalho.

As medidas provisórias adotas pelo governo como resposta aos efeitos da pandemia seguiram o mesmo embalo legislativo da reforma trabalhista, dessa vez pautando as atrocidades jurídicas cometidas na necessidade do atual momento.

A hipótese do trabalho é a de que as medidas provisórias que possibilitam acordar individualmente direitos que antes só poderiam ser negociados através de negociações coletivas são uma afronta direta à Constituição Federal, às Convenções da OIT sobre o tema e aos princípios fundamentais do trabalho, bem como causam prejuízos irreparáveis aos trabalhadores e a luta pelos direitos sociais.

Quanto à metodologia, será aplicado, quanto ao método de procedimento, o método bibliográfico, documental e jurisprudencial. O método bibliográfico será utilizado para aprimorar o contato com outras pesquisas e obras desenvolvidas sobre o tema e propiciar diferentes formas de pensar a matéria. O método documental possibilita a análise de dados recentes sobre as medidas provisórias, enquanto o método jurisprudencial, que levará em conta as decisões sobre a ação direta de constitucionalidade – ADI 6.363, possibilita analisar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema e a forma como o judiciário percebe os direitos coletivos do trabalho sobre negociação coletiva no atual cenário.

O método de abordagem adotado é o qualitativo dedutivo, sendo o texto desenvolvido em três diferentes tópicos. O primeiro, busca analisar as mudanças sobre o direito negocial causadas pela pandemia de Covid-19 e as medidas governamentais impostas. O segundo é a análise conceitual sobre negociação coletiva no ordenamento jurídico brasileiro, e o terceiro tópico aborda a proteção do trabalhador em tempos de pandemia.

2 | AS MUDANÇAS NO DIREITO NEGOCIAL ADVINDAS DA PANDEMIA DE COVID-19

Muitos autores, como Ney Maranhão e Felipe Prata Mendes (2020, p. 507) classificam a pandemia de Covid-19 como um momento sem precedentes na história, com consequências diversas, tanto no âmbito individual, quanto coletivo. Luciano Martinez e Cyntia Possidio destacam que a progressão geométrica do Coronavírus fez com que essa

pandemia produzisse efeitos desastrosos no atual contexto de globalização, marcado pela facilidade de comércio e alto fluxo de circulação de pessoas. Segundo os autores, “São os perigos da pós-modernidade. As epidemias do passado transformam-se, por isso, em verdadeiras pandemias, sendo a maior e mais grave de todas a que ora é vivenciada com o Covoravírus” (2020, edição Kindle).

A falta de preparo dos países para lidar não apenas com a doença, mas principalmente com os seus efeitos sociais e econômicos, evidenciou falhas preexistentes que quedavam adormecidas e criou novos conflitos, o que exigiu do direito um papel fundamental na reestruturação das relações sociais afetadas pelas mudanças vividas, no intuito de afunilar as inseguranças e padronizar o *modus operandi* das instituições.

Ricardo Pereira de Freitas Guimarães (2020, p. 563) destaca importante ponto sobre o período vivido: a alteração das funções e do quadro social a partir do isolamento imposto como melhor medida preventiva contra o contágio do vírus. A busca alteração na rotina pessoal, coletiva, empresarial e comercial aflorou novas necessidades e fez transparecer a necessidade de adaptação dos sistemas existentes e o maior uso dos meios eletrônicos.

Devido ao vírus, o governo brasileiro requereu a decretação de estado de calamidade pública, o que resultou na aprovação do Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020. Foi a primeira vez que o Brasil usou tal medida prevista na Constituição Federal.

Os efeitos da pandemia de Covid-19 alcançaram todos os aspectos da sociedade, afetando também o mundo do trabalho e suas relações. A necessidade do isolamento social, o fechamento das fábricas e comércios e a adaptação do trabalhador para novos ambientes exigiu medidas governamentais capazes de garantir segurança e responsabilidade nas relações trabalhistas, bem como a manutenção das mesmas. Segundo Bento Herculano Duarte Neto:

A enfrentar a pandemia, os governos precisam agir em duas frentes, que são intrinsecamente relacionadas e igualmente importantes, contudo, havendo de se ter priorização. A primeira questão é: como se preservar as vidas; a segunda questão é: como preservar a sobrevivência dos sobreviventes. Medidas normativas de emergência naturalmente se impuseram e ainda se impõem notadamente no campo da máxima preservação da renda e do emprego, pois sem uma sanidade financeira as vidas ficam, por igual, ameaçadas. No Brasil não foi diferente. (DUARTE NETO, 2020, p. 583)

Assim, foram editadas dezenas de Medidas Provisórias, dentre as quais destaca-se a 936/ 2020, que recentemente foi convertida na Lei n. 14.020, de 6 de julho de 2020. Tal lei instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispôs sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública.

A referida medida provisória e sua conversão em lei trouxeram pontos polêmicos ao debate, principalmente quanto aos direitos coletivos do trabalhador e sua representação nas negociações.

Um dos pontos que gerou opiniões dicotômicas abordados pela medida provisória e

que foi convertido em lei diz respeito a possibilidade, durante o estado de calamidade, de negociar-se através de acordo individual a redução proporcional de jornada e de salário dos trabalhadores, bem como a suspensão temporária do contrato de trabalho. A única menção feita sobre a negociação coletiva da referida redução ou suspensão diz ser facultativa a sua realização.

Ainda, foi convertido em lei o dispositivo que determina ser necessária apenas a comunicação dos acordos individuais firmados aos sindicatos, no prazo de até dez dias corridos, restringindo a atuação do ente sindical.

Importante frisar que antes da conversão da medida provisória em lei, o partido Rede Sustentabilidade propôs a ação direta de constitucionalidade n. 6.363, sob a alegação de que a supracitada medida provisória viola os artigos 7º, incisos VI, XIII e XXVI, e 8º, incisos III e VI, da Constituição Federal.

Em sua decisão inicial, o ministro relator, Ricardo Lewandowski trouxe à tona o debate sobre os perigos que o afastamento das normas constitucionais sobre representatividade sindical e negociação coletiva representam para a proteção dos direitos do trabalhador, bem como fez menção às alterações legislativas recentes ocorridas no ordenamento jurídico interno que esvaziaram a força sindical. Ainda em seu voto, o ministro destacou a necessidade de respeitar-se o princípio da norma mais favorável, princípio basilar do direito do trabalho, de forma que seja resguardado o direito do trabalhador a aderir ao acordo coletivo posterior à assinatura de acordo individual sempre que lhe for mais vantajoso.

A Suprema Corte fixou seu entendimento como sendo suficiente ser o sindicato informado sobre a realização do acordo, o qual surte efeito a partir da sua assinatura, cabendo ao ente sindical manifestar-se caso contrário ao acordo firmado sendo que, caso não o faça, seu silêncio será considerado como concordância tácita.

Sobre o entendimento do STF quanto à constitucionalidade da medida provisória, assim entendeu Ney Maranhão e Felipe Prata Mendes:

Do que se depreende, seria uma espécie de reconhecimento de que apenas se dinamizou – e não se afastou – a técnica constitucional protetiva mediante a aceitação de que a participação sindical, apenas nestes específicos tempos de coronavírus, se dê *a posteriori* ao invés de *a priori* (algo como uma *dinamização* da técnica protetiva), mantendo-se incólume, nessa leitura, o núcleo daquele dispositivo constitucional. (MARANHÃO; MENDES, 2020, p. 517)

Restou reconhecida a validade jurídica da medida provisória, mesmo existindo ainda grande controvérsia sobre a sua constitucionalidade e o que a mesma representou para o direito do trabalho, em especial para os direitos coletivos.

Em um momento cercado de incertezas e dificuldades, o legislador, com o amparo do judiciário, optou por privilegiar o individual sobre o coletivo, bem como realizou exposições críticas e desmerecedoras ao sindicalismo brasileiro, ente indispensável para a realização

de negociações coletivas de trabalho.

3 I NEGOCIAÇÃO COLETIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A negociação coletiva está prevista na Constituição Federal, em seu artigo 7º, segundo o qual, ela deve conter normas e regras que visem a melhora das condições sociais dos trabalhadores.

Para Amauri Mascaro Nascimento, a negociação coletiva “...é uma forma de desenvolvimento do poder normativo dos grupos sociais segundo uma concepção pluralista que não reduz a formação do direito positivo à elaboração estatal...” (NASCIMENTO, 2003, p. 575). Para o autor, a negociação coletiva representa a expressão do princípio da autonomia coletiva dos particulares e da liberdade sindical.

O entendimento vai de encontro à análise feita por Maurício Godinho Delgado sobre o tema, posto que, para o autor, a negociação coletiva é um meio de solução de conflitos coletivos trabalhistas através de uma fórmula democrática de gestão dos interesses das partes perante assuntos de relevância social (DELGADO, 2015, p. 105).

Ainda, uma concepção de negociação coletiva que demonstra a indissociabilidade entre a referida e o ente sindical é aquela realizada por Luiz Carlos Amorim Robortella, segundo o qual, a negociação coletiva é:

...uma metodologia de composição de interesses contrapostos, que permite a mais ampla participação política, social e econômica dos sindicatos, em processo de verdadeira co-gestão, bem como sua apropriação como instrumento da moderna técnica de gerenciamento e administração empresarial. (ROBORTELLA, 1998, p. 241)

Apesar da legislação brasileira abordar a negociação coletiva em seu texto constitucional e também na legislação trabalhista, não trouxe uma definição clara sobre o que considera ser a negociação coletiva, de forma que tal definição deve ser extraída das Convenções da OIT ratificadas pelo sobre o tema, como as Convenções n. 98 e 154.

Para a OIT, a negociação coletiva não é um mero direito coletivo do trabalhador. A organização deu destaque especial ao tema ao enquadrá-lo como uma das quatro áreas essenciais da OIT, contidas em sua Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho de 1998.

As Convenções citadas, n. 98 e 154, são convenções fundamentais da OIT, o que significa dizer que versam sobre princípios e direitos mínimos e fundamentais dos trabalhadores e tem peso especial na luta pelo bem-estar social.

A autora Rúbia Zanotelli de Alvarenga (2018, p. 13) ressalta ter a Declaração de 1998 proclamado serem todos os países-membros obrigados a respeitar as Convenções e princípios previstos em seu texto, independente de terem ratificado ou não as referidas Convenções. Em complementação, Ana Virgínia Moreira Gomes (2014) destaca que:

Ao utilizar o rótulo “direitos fundamentais”, a OIT buscou fortalecer sua regulação no contexto da globalização econômica sem utilizar de fato nenhum mecanismo de imposição de suas normas. O uso dos direitos fundamentais revela o contexto no qual se encontrava a OIT, no qual a própria legitimidade da regulação trabalhista era colocada em questão por sua falta de eficácia. Ao declarar serem certos direitos trabalhistas fundamentais, a Organização tinha como objetivo proteger esses direitos do questionamento econômico e político enquanto ao mesmo tempo tornava sua atuação legítima. (GOMES, 2014, p. 19)

A Convenção n. 98 dispõe sobre o direito de sindicalização e negociação coletiva e estabelece em seu artigo 4º o dever dos Estados-membros de tomar as medidas necessárias para o fomento e promoção do desenvolvimento e utilização dos meios de negociação voluntária, para regular, assim, as relações de emprego.

Já a Convenção n. 154, a qual refere-se especificamente ao direito de negociação coletiva e a necessidade de sua valorização e aplicação trouxe em seu artigo 2º a definição do que seria essa modalidade negocial:

Para efeito da presente Convenção, a expressão “negociação coletiva” compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte, um empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores, e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, com o fim de:

- a) Fixar as condições de trabalho e empregou; ou
- b) Regular as relações entre empregadores e trabalhadores; ou
- c) Regular as relações entre os empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores, ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.

Percebe-se que a negociação coletiva está intrinsecamente ligada ao sindicalismo e depende de organizações sindicais fortes para proteger e garantir os direitos trabalhistas. Conforme ressalta Túlio de Oliveira Massoni, os sindicatos não cuidam apenas dos direitos dos trabalhadores dentro do universo fabril, cuidam de interesses coletivos mais amplos e “...ocupam um papel quase político perante a sociedade e o Estado, com poderes, inclusive, para questionar as próprias regras do jogo até então estabelecidas...”(MASSONI, 2020, p. 165).

A autora, Lorena Vasconcelos Porto (2020, p. 150) explica que a participação sindical através das negociações coletivas tem o objetivo de equilibrar o poder em relações que, em regra, são desequilibradas.

Trazendo equidade para a mesa de negociação a partir da representatividade coletiva, resguarda-se a liberdade contratual ao compensar a hipossuficiência do trabalhador perante o empregador e possibilitar que seja feita a negociação em situação paritária.

...os empregados apenas exercem poder caso se organizem – à semelhança do empregador – como um ser coletivo. Por isso se diz que o poder sindical é o único apto a contrabalançar a posição de desigualdade social em que o trabalhador se encontra em face do empresário. (PORTO, 2020, p. 151)

Pelos motivos expostos, a Constituição Federal prevê a negociação coletiva e a sua importância social, tendo separado tópicos que não poderiam ser negociados individualmente, como a própria redução de salário, assim como existem direitos trabalhistas tão fundamentais que a CLT determina não poder serem os mesmos objeto de nenhum tipo de negociação, nem mesmo coletiva e muito menos individual.

Isso ocorre porque o acordo individual realizado entre trabalhador e empregador tem características de imposição, e não negociação. Em um acordo no qual uma das partes exerce grande poder sobre a outra, aniquilam-se as chances da parte hipossuficiente de defender seus interesses.

Assim, evidente a necessidade de negociações coletivas e sua proteção pelo Estado para a garantia de relações trabalhistas saudáveis, com ambientes e condições de trabalho que possam garantir os direitos e interesses dos trabalhadores e democratiza as negociações entre os polos da relação trabalhista.

Além disso, tendo em vista que a partir da reforma trabalhista, o artigo 611-A, da CLT, passou a prever a prevalência da convenção e do acordo coletivo sobre a lei mesmo que para suprimir direitos legislados, não basta fomentar e aplicar a negociação coletiva, é necessário que o organismo de representação sindical tenha força suficiente para amparar os trabalhadores na busca por melhores condições de trabalho.

4 I A PROTEÇÃO DO TRABALHADOR EM TEMPOS DE PANDEMIA DE COVID-19

O professor, Hélio Zylberstajn (2020, p. 16) realizou pesquisa sobre a potência das medidas trabalhistas aplicadas devido à pandemia de Covid-19. Segundo o mesmo, as referidas medidas representam um maciço aporte de recursos com capacidade para auxiliar as empresas e manter o emprego formal.

Para o referido autor, “...pouco importa se isso foi conseguido por meio de acordos individuais ou negociação coletiva...” (ZYLBERSTAJN, 2020, p. 16), para ele, o que realmente importa é criar mecanismos e alocar recursos para manter o fluxo de renda, de consumo e o emprego da classe trabalhadora.

No entanto, apesar de serem pontos importantes, não podemos esquecer o que significa a aplicação do direito e a segurança jurídica necessária para garantir que além dos postos de trabalho, seja garantida a dignidade humana do trabalhador. Os operadores do direito tem papel fundamental na garantia dos direitos fundamentais, uma vez que são vigilantes da Constituição em tempos de crise.

É especialmente em momentos críticos como o presente que não se pode esquecer a

importância dos direitos fundamentais e sociais, principalmente aqueles previstos na Carta Magna, posto serem imprescindíveis para a superação das dificuldades e manutenção do mínimo de direitos necessários.

O contexto de fragilização dos direitos sociais, em especial o direito do trabalho, é o reflexo de um longo processo de desregulamentação que busca reduzir a crença social sobre a necessidade de proteger-se as relações de trabalho.

Lorena Vasconcelos Porto (2020, p. 161) destaca que as medidas provisórias adotadas pelo governo no combate aos efeitos da pandemia de Covid-19, em especial as MP's n. 927/2020 e 936/2020 aprofundam a fragilização causada pela reforma trabalhista de 2017, a qual já afetou em muito os direitos coletivos do trabalho.

Sobre a negociação coletiva, vale lembrar que a reforma trabalhista trouxe alterações não compatíveis com princípios fundamentais do trabalho, como o princípio da norma mais favorável e o princípio da vedação ao retrocesso social, bem como alterações contrárias às Convenções da OIT sobre o tema.

É o caso, por exemplo, da sobreposição do negociado sobre o legislado, permitindo que direitos já conquistados sejam suprimidos ou minorados a partir da utilização de instrumentos de negociação coletiva. Além de contrariar princípios do direito do trabalho e Convenções da OIT, alterações como a referida ferem a constituição federal, a qual prevê que as medidas e direitos dos trabalhadores devem visar garantir sempre a melhoria da condição social do trabalhador.

Ao afastar a necessidade da negociação coletiva durante a pandemia, o legislador precarizou ainda mais a seara trabalhista, deixando os trabalhadores expostos aos desejos dos empregadores, sobrepondo o interesse de poucos ao interesse de muitos.

José Claudio Monteiro de Brito Filho (2020, p. 581), destacou ser injusta a forma como a medida provisória n. 936/2020 tratou dos sujeitos da relação de trabalho como se fossem iguais em força, sem considerar a hipossuficiência e fragilidade econômica do trabalhador perante o empregador, de forma a ser impossível buscar por justiça social a partir da medida que foi convertida em lei. Nas palavras do autor:

A MP 936/2020, dessa feita, em relação às disposições que permitem a redução de salários pela via da contratação individual, contempla uma dupla injustiça, tanto pela sua constitucionalidade, como pela distribuição desequilibrada dos encargos aos atores sociais, com prejuízos para os que têm menos. A decisão cautelar na ADI 6.363 – DF, inadvertidamente, tomou igual direção.

Ademais, Bento Herculano Duarte Neto (2020, p. 586) levanta importante questão ao ressaltar que a Constituição Federal não só destacou a importância da negociação coletiva, como também estipulou em seu artigo 8º, inciso VI, a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.

Ao fazer isso, o constituinte prestigiou a proteção coletiva ao direito do trabalhado

através da indisponibilidade de seus entes representativos e meios de negociação. Evidencia-se a obrigatoriedade do sindicato participar ativamente das negociações coletivas, e não apenas como mero assistente.

O referido autor (DUARTE NETO, 2020, p. 603) acredita na expectativa de que, ultrapassado o período emergencial, o qual demandou uma hermenêutica diferente e voltada para as necessidades do momento, as negociações coletivas voltarão ao seu lugar de prestígio e valorização no caminho para a garantia do valor social do trabalho.

Ney Maranhão e Felipe Prata Mendes (2020, p. 514) ressaltam que, nos tempos de crise, falhas no sistema sindical brasileiro se tornaram mais evidentes. Não basta garantir-se a negociação coletiva sem que antes seja estruturado um sindicalismo representativo e forte o suficiente para lutar pelos direitos dos trabalhadores, assim como não adianta uma reforma trabalhista que privilegia o negociado sobre o legislado sem antes realizar uma reforma sindical que revise os canais democráticos de distribuição do poder entre os atores que compõem as negociações coletivas trabalhistas. Os autores acrescentam ainda que:

...o fato é que os sindicatos continuam, sim, detendo papel relevante, seja porque assim a Constituição Federal continua a dizer, seja porque a gravidade dos fatos atuais assim continua a demandar, cabendo-lhes resgatar não apenas sua representatividade coletiva, mas sobretudo sua legitimidade social, atuando célere e proativamente para inviabilizar instrumentos coletivos adequados à realidade de cada categoria e setor empresarial, construindo uma rede jurídica suficientemente segura e substancialmente mais protetiva em benefício de seus substituídos e colaborando, assim, para a construção coletiva de um mínimo de paz social enquanto atravessamos esse deserto tão perigoso e escaldante. (MARANHÃO; MENDES, 2020, p. 519)

Sobre o tema, a autora Lorena Vasconcelos Porto (2020, p. 164) conclui que as medidas provisórias adotadas e convertidas em lei, ao afastarem a necessidade de negociação coletiva para a redução de jornada e salário e suspensão dos contratos de trabalho violam Convenções da OIT, em especial as Convenções n. 98 e 154, bem como violam a própria Constituição Federal. Destaca a autora que o processo de elaboração das medidas provisórias não observou o tripartismo preconizado pela OIT.

Vale acrescentar que além dos apontamentos feitos pela autora, as medidas adotadas pelo Brasil não usaram a principal ferramenta apontada pela OIT como necessária para garantir a proteção dos direitos trabalhistas e manutenção dos postos de trabalho, ao mesmo tempo em que garante a continuidade das atividades econômicas e comerciais: o diálogo social.

As medidas adotadas pelo Estado brasileiro no enfrentamento da crise gerada pela pandemia de Covid-19 afetaram os direitos dos trabalhadores e precarizaram relações que são desbalanceadas pela sua própria natureza. Além da constitucionalidade verificada, da violação às Convenções fundamentais da OIT, as quais foram ratificadas pelo Brasil e da não compatibilidade com princípios fundamentais do direito do trabalho, a sobreposição

da proteção individual à proteção coletiva representa um grande retrocesso na luta pelos direitos sociais.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contexto vivido hoje, no qual passamos por uma crise gerada pela pandemia de Covid-19, não apenas evidenciou as falhas e defeitos dos sistemas sociais atuais, mas principalmente a nossa falta de preparo para lidar com momentos de emergência, e fez com que os Estados focassem suas políticas e ações na solução dos principais pontos afetados, como é o caso das relações trabalhistas e manutenção dos postos de trabalho.

Há um movimento de flexibilização dos direitos negociais e sindicais no Brasil iniciado muito antes da crise gerada pela pandemia de Covid-19 que influenciou nas decisões referentes às alterações feitas sobre o tema. Como citado anteriormente, a reforma trabalhista modificou inúmeros pontos sobre as negociações coletivas e enfraqueceu os entes sindicais, os quais nunca atingiram seu real objetivo de garantir melhores condições de trabalho.

Foram as circunstâncias não apenas de crise econômica, mas principalmente sanitária e de saúde que tornaram necessárias as medidas estatais. O que não se esperava nesse momento, era a supressão e flexibilização de direitos trabalhistas conquistados, justificados pelo legislativo e com o apoio do judiciário, pelo momento único vivido atualmente.

Apesar de existir uma colisão de propósitos entre a urgência da questão e a obrigação de seguir-se os procedimentos necessários para uma negociação coletiva, seria menos violento e perigoso, para a segurança jurídica e social do trabalhador, atualizar as regras negociais, diminuir seus prazos e inserir a utilização dos meios eletrônicos em seus procedimentos, do que simplesmente a substituir por acordos individuais que são, na verdade, imposições do polo mais forte das relações laborais para com os trabalhadores.

Tais medidas suprimiram direitos duramente conquistados e tem potencial para causar grandes retrocessos no mundo do trabalho, pois não só atingiram direitos como fomentaram a repulsa pelos movimentos sindicais e coletivos, os quais são imprescindíveis para a inclusão social.

A violação à autonomia negocial coletiva acentua o cenário no qual as normas constitucionais que consagram direitos sociais como direitos fundamentais são transformadas em preceitos meramente pragmáticos e enunciativos, e a falta de representatividade do trabalhador e a exclusão do tripartismo prejudicam o debate social, um dos pilares centrais para estabelecer um ambiente democrático e permitir a aplicação de medidas efetivas e positivas contra a presente crise.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. **A Declaração de princípios e direitos fundamentais no trabalho de 1998 e as convenções fundamentais da OIT**. São Paulo: LTr, 2018.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. Redução salarial em tempos de coronavírus: atuação sindical como medida de justiça. In: **Direito do trabalho na crise da Covid-19**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte; Luciano Martinez; Ney Maranhão. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 15^a ed. São Paulo: LTr, 2016.

DUARTE NETO, Bento Herculano. Procedimento negocial coletivo em tempos de coronavírus. In: **Direito do trabalho na crise da Covid-19**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte; Luciano Martinez; Ney Maranhão. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. A limitação da atuação sindical em tempos de pandemia. In: **Direito do trabalho na crise da Covid-19**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte; Luciano Martinez; Ney Maranhão. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

GUNTHER, Luiz Eduardo. **A OIT e o direito do trabalho no Brasil**. 2^a ed. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 8^a ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARANHÃO, Ney; MENDES, Felipe Prata. Sindicalismo e Pandemia: reflexões críticas. In: **Direito do trabalho na crise da Covid-19**. Coordenação Alexandre Agra Belmonte; Luciano Martinez; Ney Maranhão. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. **O trabalho nos tempos do coronavírus**. 1^a ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MASSONI, Túlio de Oliveira. **Representatividade Sindical**. 1^a ed. São Paulo: LTr, 2007.

MEIRELLES, Davi Furtado. **Negociação coletiva em tempos de crise**. São Paulo: LTr, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao direito do trabalho**. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PORTO, Lorena Vasconcelos. Medidas Provisórias n. 927/2020 e 936/2020: Negociação coletiva e controle de convencionalidade. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3º Região**. Belo Horizonte, edição especial, t. I, p. 147- 170, jul. 2020.

RÍOS, Alfredo Villavicencio. **A liberdade sindical nas normas e pronunciamentos da OIT**. Tradução de Jorge Alberto Araujo. São Paulo: LTr, 2011.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Direito sindical brasileiro. In: **Estudos em homenagem ao professor Arion Sayão Romita**. Coordenação Ney Prado. São Paulo: LTr, 1998.

ZYLBERSTAJN, Hélio. Covid-19: A potência das medidas trabalhistas. **Informações FIPE**. n. 475, p. 14-19, abr. 2020.

CAPÍTULO 15

A UTILIZAÇÃO DA MEDIAÇÃO E DA ARBITRAGEM COMO MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS INDIVIDUAIS TRABALHISTAS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 07/12/2020

Mariana Domingos Peres

Pós-Graduada em Direito do Trabalho, Processo
do Trabalho e Direito Previdenciário pela
UNESA

<http://lattes.cnpq.br/0179186304015588>

Ricardo Motta Vaz de Carvalho

Doutorando em Direito Público Professor
Universitário e de Cursos Preparatórios
para Concursos Públicos Professor de Pós-
Graduação na UNESA

<http://lattes.cnpq.br/0179186304015588>

RESUMO: No Brasil a proteção ao trabalho é fixada na Constituição Federal e em outros diplomas como a Consolidação das Leis Trabalhistas e até mesmo no Código Penal (art.197 ao art.207) demonstrando assim, que o trabalho é um direito social e relevante para os Direitos Humanos fundamentado na preservação da dignidade da pessoa humana e vem testificar o papel do trabalhador na sociedade. Ocorre que, com a propulsão econômica, a dinâmica volátil da economia e a necessidade social de estabelecer contratos, geralmente em massa e de adesão, o conflito é uma consequência certa estabelecida dentro destas relações e no momento atual em razão do imediatismo tanto do empregador quanto do empregado, sujeitos da relação que buscam resolver a controvérsia de forma mais

prática devido à exigência dos tempos modernos com milhares de compromissos assumidos, o obreiro na busca do objeto principal que é a obtenção do crédito alimentar em pouco tempo e o empregador na busca ou por redução de custo ou por não ter um entrave jurídico tem gerado o incentivo do uso dos sistemas extrajudic平rios de solução de controvérsias como a mediação e a arbitragem como soluções viáveis para os conflitos individuais do trabalho, no entanto é necessário um estudo mais a fundo sobre a viabilidade destes recursos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho; Mediação, Arbitragem.

**THE USE OF MEDIATION AND
ARBITRATION AS ALTERNATIVE
METHODS OF SOLVING INDIVIDUAL
LABOR CONFLICTS**

ABSTRACT: In Brazil, labor protection is set out in the Federal Constitution and in other diplomas such as the Consolidation of Labor Laws and even in the Penal Code (art.197 to art.207), thus demonstrating that work is a social and relevant right for workers. Human Rights based on the preservation of the dignity of the human person and testifies to the role of the worker in society. It happens that, with the economic propulsion, the volatile dynamics of the economy and the social need to establish contracts, generally in mass and adhesion, what has been seeming the employment contracts, the conflict is a certain consequence established within these relations and at the moment current due to the immediacy of both the employer and the employee, subjects of the relationship who seek to resolve the dispute in a more practical way due to the requirement

of modern times with thousands of commitments made, the worker in search of the main object which is obtaining food credit in a short time and the employer in the search or for cost reduction or for not having a legal obstacle has generated the incentive for the use of extrajudicial systems of dispute settlement such as mediation and arbitration as viable solutions to individual conflicts of work, in the however, further study on the feasibility of these resources is needed.

KEYWORDS: Labor Law; Mediation, Arbitration.

1 | INTRODUÇÃO

Diane da necessidade do homem vender a sua força de trabalho para produzir sua condição de existência se fez necessário estabelecer uma proteção legal tendo a primeira aparição relacionada aos Direitos Humanos do Trabalhador na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, e a sua afirmação em 1948 na Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgado pela ONU, ambos dispositivos compartilham da ideia de combate a quaisquer tipos de abusos que despontasse do poder do empregador. Assim, percebe-se que o conflito é constante desde muito tempo dentro dessa relação empregado x empregador em razão do descumprimento de uma determinação legal ou pela busca de melhorias da condição de trabalho.

Por isso, o presente trabalho tem o intuito de repassar uma noção dos instrumentos de mediação e de arbitragem como opções e métodos que podem ser oportunos levando em consideração caso a caso para contenção e resolução de conflitos dentro dessa relação empregador x empregado e ressaltando que tais medidas ainda exigem um aprofundamento técnico no âmbito trabalhista.

2 | MEDIAÇÃO

A mediação é um meio de solução de conflito onde uma terceira pessoa imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (art. 1, da Lei 13.140/2015), ou seja, é uma negociação assistida por um terceiro que não tem necessariamente o poder de solucionar o conflito, contudo, possui propriedade para viabilizar o diálogo entre os sujeitos envolvidos apresentando propostas ou recomendações podendo as partes aceitar ou não.

Para Águida Arruda Barbosa a mediação é:

“um método fundamentado, teórica e tecnicamente, por meio do qual uma terceira pessoa, neutra e especialmente treinada, ensina os mediandos a despertarem seus recursos pessoais para que consigam transformar o conflito em oportunidade de construção de outras alternativas, para o enfrentamento ou a prevenção de conflitos.”¹

1 BERBOSA, Águida Arruda. *Mediação familiar*.: instrumento transdisciplinar em prol da transformação dos conflitos decorrentes das relações jurídicas controversas. Dissertação de Mestrado em Direito Civil. Orientador Roberto João Elias. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2003, p.57..

Adolfo Braga Neto complementa informando que a mediação é uma técnica não adversarial de resolução de conflitos pela qual duas ou mais pessoas recorrem a um especialista neutro e capacitado “que realiza reuniões conjuntas e/ ou separadas, com o intuito de estimulá-las a obter uma solução consensual e satisfatória, salvaguardando o bom relacionamento entre elas.”²

Aprofundando o conceito Juán Carlos Vezzullla:

“Justiça é um conceito que só cabe ao Poder Judiciário. O mediador não busca fazer justiça. Só o juiz tem esse objetivo. Os mediadores procuram a solução do conflito ou dos conflitos. O juiz não tem como objetivo resolver o conflito, senão aplicar as leis segundo determinado procedimento e ditar a sentença.

(...)

Não queremos dizer com isso que na mediação não se obtenha justiça. Sambemos que o acordo deve ser justo, equitativo e durável. Mas o critério de justo está intimamente ligado ao de interesses, ou seja, à vontade das partes. Deverá ser justo em satisfazer todos os interesses envolvidos na questão.”³

Pois bem, no âmbito trabalhista a possibilidade de adoção da técnica se deu com a concretização da Resolução CSJT 174/2016 considerando mediação como “meio alternativo de resolução de disputas em que as partes confiam a uma terceira pessoa – magistrado ou servidor público por este sempre supervisionado –, a função de aproxima-las, empoderá-las e orientá-las na construção de um acordo quando a lide já está instaurada, sem a criação ou proposta de opções para composição do litígio” e a Reforma Trabalhista permitindo as transações extrajudiciais.⁴

A respectiva técnica conforme pondera o ilustre professor Jorge Luiz Souto Maior, em conflitos individuais do trabalho, pode estar ao encargo de institutos públicos ou de organismos privados. Encontram-se institutos públicos nos seguintes países: Inglaterra (ACAS) ; Argentina (Ministério do Trabalho) ; Austrália (Comissão Federal) ; Espanha. (Instituto de Mediação); Estados Unidos (FMCS) ; Japão (Comissões Regionais do Trabalho e Comissão Central do Trabalho) ; e nos países da África de língua francesa (Inspeção do Trabalho). A mediação é confiada a organismos privados na Alemanha, Bélgica, Brasil, China, Itália, na província do Quebec e Polônia. Note um exemplo, o da Espanha: antes de buscar a via judiciária, o interessando deve procurar o Serviço de Mediação, Arbitragem e Conciliação (SMAC) ou a Unidade de Conciliação da Comunidade Autônoma (UMAC),

2 BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, o conflito e a mediação. In: OLIVEIRA, ÂNGELA (COORD.) Mediação: métodos de resolução de controvérsia. São Paulo, Ltr 1999, p.93. In:TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos Civis. Editora Método, p.188.

3 VESSULLA. Juan Carlos. A mediação, o mediador, a justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, ÂNGELA (COORD.) Mediação: métodos de resolução de controvérsia. São Paulo, Ltr 1999, p.113.

4 Resolução CSJT 174, de 30 de setembro de 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y>. Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

que são, no entanto, órgãos administrativos.⁵ E no Brasil, é de se notar uma movimentação da mediação envolvendo conflitos trabalhistas com a atuação do MPT na resolução de conflitos trabalhistas⁶ e o surgimento de diversas câmeras de mediação e arbitragem pelo país.

Percebe-se assim, que no Brasil, há certo fomento para a prática deste instituto para que se deem as partes outras oportunidades de resolução de seus conflitos, com base na autonomia da vontade. Tal medida poderá ocorrer antes ou depois do conflito judicializado, para que os envolvidos possam harmonizar suas controvérsias com mediadores capacitados viabilizando o diálogo na busca de uma solução que atenda a todos os envolvidos como também certo intuito para desafogar o judiciário, embora Justiça do Trabalho é a mais célere na solução de conflitos, aponta relatório do CNJ.⁷ Isso consequentemente exige uma mudança comportamental dos envolvidos, exigindo-se uma postura de boa-fé, inclusive ética, para que ocorra a promoção efetiva do diálogo e a verdadeira construção conjunta de solução para a controvérsia.

3 I ARBITRAGEM

Já a arbitragem “é um tipo procedural de solução de conflitos mediante o qual a decisão, lançada em um laudo arbitral, efetiva-se por um terceiro árbitro, estranho à relação entre os sujeitos em controvérsia e, em geral, por eles escolhidos”⁸, assim define Mauricio Godinho Delgado, ou seja, nada mais é que em um processo decisório onde um terceiro denominado árbitro resolverá o conflito.

O art. 114, §2º da CF estabelece a arbitragem como um meio de solução de conflitos coletivos e com a reforma trabalhista o método também está autorizado para conflitos individuais nos contratos cuja remuneração seja superior a duas vezes o limite máximo estabelecido para os benefícios do Regime Geral de Previdência Social, desde que por

5 MAIOR, Jorge Luiz Souto. Os Modos Extrajudiciais de Solução dos Conflitos Individuais do Trabalho. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/os_modos_extrajudiciais_de_solu%C3%A7%C3%A3o_dos_conflitos_individuais_do_trabalho.pdf. Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

6 MPT realiza mediação com o Banco do Brasil. A reestruturação trouxe perda de comissões e gratificações, com queda de salários. Atuação acompanha processo de realocação dos trabalhadores. Atuação – A mediação está sendo conduzida pela procuradora do Trabalho da 10ª Região Ana Cristina D.B.F. Tostes Ribeiro e pela vice-coordenadora nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho, procuradora do Trabalho Vanessa Patriota da Fonseca. “O nosso objetivo é realocar devidamente os empregados e tentar reduzir os prejuízos dos trabalhadores”, explica Vanessa Patriota. Disponível em: [7 Justiça do Trabalho é a mais célere na resolução de conflitos. Disponível em \[https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-e-a-mais-celere-na-solucao-de-conflitos-aponta-relatorio-do-cnj\]\(https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-e-a-mais-celere-na-solucao-de-conflitos-aponta-relatorio-do-cnj\). Último acesso em 07 de dezembro de 2020.](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/13526151-404d-4229-91dabf53b3f67337/lut/p/z1/rZJjb8lwFIT_ChxyTGzH2egtoCoKKZtQC_Glcna3iR-0SF8q_x1S9tSyV6putmdH73hgQsAWE0z0rqWSC01rdY-K8ogBa4XgBoyBautBfdoljGCBzAl2w-RLMV1YYjNcw8pypE-jieH0ajJQwXCJD_r_hdAAEm5bGUF4qaVGuxpTQdZPmBN2-W8pxpUzwMuJEsZ7TWIsG06yEa6Ba1Mt0xzpl9QR-vWksHGCG8fF2D2HtinLQHyXenOL8gwBLxwfKj-5xhIz9rgfSkasZnAvLdJybbD-I9T01upVt-xtyO-KkBwmX9KsP2_BIS-62c0ms1INTWWIM14lsL3X6vMEE8a5UXe5Z3x0am__WEnZ9g8a1ODhcDBKlco6N1LRGEmnwd9clegV0w8xaJvnxs-NH_b2Yz3WSHHG9f_L94fAEVSbSag!!/dz/d5/L2dBISevZ0FBIS9nQSEh/</p></div><div data-bbox=)

8 DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho.Ltr.18ed, p. 1736.

iniciativa do empregado ou mediante sua concordância expressa e possibilidade de pactuação mediante cláusula compromissória nos termos da Lei 9.307/96 (art. 507-A da CLT).

Note com isso que as exigências do art. 507-A da CLT impõe que o obreiro tenha certa capacidade financeira e conhecimento para que tenha ciência da decisão a ser tomada. Entretanto, este dispositivo não é suficiente para estancar os questionamentos sobre a utilização da arbitragem nos contratos individuais de trabalho. Ademais, além dessa questão (vulnerabilidade e hipossuficiência) há também outro ponto bem discutido dentro desta questão de aplicabilidade, seria sobre o que seriam os direitos patrimoniais disponíveis já que “o que vigora, no Direito do Trabalho, especialmente em seu segmento jusindividual, o princípio da indisponibilidade de direitos, que imanta de invalidade qualquer renúncia ou mesmo transação lesiva operada pelo empregado ao longo do contrato de trabalho” (DELGADO,Mauricio Godinho. Ltr.18 ed, p.1740). E mesmo assim, a Lei 13.467/2017, a Reforma Trabalhista, trouxe alguns permissivos elencados no art. 611-B os quais poderiam servir de subsídio servindo como um indicador ou balizador do que poderia ser matéria negociada. Matéria que deverá ser mais aprofundada e levantará grande debate.

Para a professora Vólia Bomfim Cassar “os direitos trabalhistas previstos em lei são irrenunciáveis e intransferíveis pela sua característica pública, logo, são direitos indisponíveis. Portanto, o valor do salário recebido pelo empregado não altera a natureza jurídica do direito. Entender que os empregados que recebem mais que duas vezes o valor máximo dos benefícios previdenciários podem pactuar cláusula compromissória de arbitragem é modificar o art. 1 da Lei 9.307/96 – Lei de arbitragem. Ela explica que: a arbitragem é tratada pela Lei 9.307/96 como um instrumento para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis entre pessoas capazes. Os árbitros são escolhidos pelas partes, sempre em número ímpar e fazem o papel de juiz de direito e de fato. As partes escolhem o tipo de arbitragem que desejam, isto é, se de direito ou de equidade. Se de direito, podem, ainda, indicar quais as regras serão aplicadas, desde que não violem os bons costumes e a ordem pública. É facultado às partes renunciar ou não aos recursos. E continua, de acordo com a lei a arbitragem só pode ser utilizada para dirimir conflitos cujos direitos sejam de natureza patrimonial disponível, o que não ocorre com a maioria das lides individuais trabalhistas, principalmente aqueles que também têm amparo constitucional. A liberdade na autonomia da vontade do contratante é o fio condutor de todo o ajuste, inclusive o de arbitragem. Entretanto, esta liberdade é duvidosa na relação de emprego, em face da constante vulnerabilidade do trabalhador, mesmo que este perceba mais do que o teto fixado no artigo. Permitir que o empregado que percebe mais que o teto possa ajustar com o empregador a cláusula compromissória, na admissão ou durante o contrato, é fechar os olhos para o medo do desemprego que qualquer trabalhador tem, inclusive os altos empregados, que facilmente se submeterão às cláusulas impostas pelo patrão com mero contrato de adesão. E finaliza, mas a lei supera os argumentos acima e autoriza a

arbitragem que, uma vez ajustada, exclui a lide da apreciação do Judiciário".⁹

No mesmo sentido pela incompatibilidade, segue Mauricio Godinho Delgado "acresça-se ainda, a dificuldade de compatibilização da regra disposta nos art. 18 e 31 da Lei de Arbitragem com o preceito clássico de amplo acesso ao Judiciário, assegurado pelo art. , XXXV, da CF. (...)Registre-se, a propósito, ser comum na cultura jurídica a existência de institutos modelares para certos campos normativos, embora incompatíveis com relação a outros. Nesta medida de incompatibilidade com o Direito Individual do Trabalho, encontra-se a arbitragem (DELGADO,Mauricio Godinho. Ltr.18 ed, p.1741). Interessante também, é a comparação mundial feita no artigo intitulado de *Arbitragem em conflitos individuais do trabalho: a experiência mundial* de Jorge Luiz Souto Maior¹⁰ onde ele acentua que não há no mundo uma experiência sólida e em larga escala da arbitragem como técnica de solução de conflitos individuais do trabalho e encarar a arbitragem como a salvação para o problema dos conflitos do trabalho no Brasil não é a solução.

Contudo, para Rildo Albuquerque Mousinho de Brito o MPT poderia exercer esse papel “mesmo quando a disputa envolve direito puramente individual, frise-se que tem cabimento a arbitragem pelo MPT, porque quando o Procurador do Trabalho exerce o papel de mediador ou de árbitro não está, a rigor, defendendo direitos ou interesses em jogo – até porque, em tais funções, atua com neutralidade e imparcialidade – mas age, isto sim, como defensor da ordem jurídica e do interesse social de pacificação de conflitos, individuais ou coletivos, o que também se enquadra dentro de sua missão constitucional (art. 127, 129 CF) e legal (LC 75/93, art. 83, XI). O exercício da arbitragem é uma atribuição legal do MPT que tem vida própria, justificando-se por si mesma, independentemente da natureza coletiva ou individual do direito em disputa, pelo simples fato de que é interesse público e social a resolução de conflitos por mecanismos alternativos, que se harmonizam, repita-se, com o movimento de acesso à justiça.”¹¹.

Ademais, com a reforma do CPC prestigiando os métodos alternativos de solução de conflito reconhecendo em seu próprio texto e com o advento da Lei 13.467/2017, permitindo a homologação de acordo extrajudicial há de se notar que é urgente e necessário um regramento especial para este ramo do direito com um olhar aprofundado neste assunto para que seja evitada a disseminação de câmeras desvirtuando a aplicação da arbitragem trabalhista.¹²

Ferrenhas são as críticas ao instituto da arbitragem na esfera trabalhista, contudo o instituto está à disposição na esfera trabalhista e para os conflitos individuais, logo, se faz necessário um regramento específico para este ramo do direito tão sensível que é o direito do trabalho e o intuito do presente artigo é de refletir sobre a utilização da arbitragem como

9 Cassar, Bomfim Vólia. CLT comparada e atualizada com a reforma trabalhista. Ed. Método.

10 Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/arbitragem_em_conflitos_individuais_do_trabalho_a_experi%C3%A3o_mundial.pdf . Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

11 Brito, Rido Albuquerque Mousinho de. Mediação e Arbitragem de Conflitos Trabalhistas no Brasil e Canadá. P. 62-63.

12 No município carioca de Nova Iguaçu, por exemplo, há sete procedimentos investigatórios em andamento. In: Brito, Rido Albuquerque Mousinho de. Mediação e Arbitragem de Conflitos Trabalhistas no Brasil e Canadá. P.67.

da mediação em matéria trabalhista.

REFERÊNCIAS

ALONSO GARCÍA, Manuel. Derecho Procesal del Trabajo. Tomo I, Conflictos Colectivos. Barcelona: Bosch, 1963, pp204-205.

BRAGA NETO, Adolfo. Os advogados, o conflito e a mediação. In: OLIVEIRA, ÂNGELA (COORD.) Mediação: métodos de resolução de controvérsia. São Paulo, Ltr 1999, p.93. In:TARTUCE, Fernanda. Mediação nos conflitos Civis. Editora Método, p.188.

BRITO. Rido Albuquerque Mousinho de. Mediação e Arbitragem de Conflitos Trabalhistas no Brasil e Canadá. São Paulo: LTr, 2017. pp. 62-63.

CASSAR. Bomfim Vólia. CLT comparada e atualizada com a reforma trabalhista. São Paulo: Ed. Método, 2018.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho.Ltr.18ed, p. 1736.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Os Modos Extrajudiciais de Solução dos Conflitos Individuais do Trabalho. Disponível em: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/os_modos_extrajudiciais_de_solu%C3%A7%C3%A3o_dos_conflitos_individuais_do_trabalho.pdf. Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

MARTIN Valverde, Antonio; Sanudo Gutiérres, Férmín Rodrigues; Gracia Múrcia, Joaquim. Derecho del Trabajo. Madrid: Tecnos, 2000. Montero Aroca. Comentários a la Ley de Procedimiento laboral. Madrid: Civitas, 1993, p.421.

VESSULLA. Juan Carlos. A mediação, o mediador, a justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, ÂNGELA (COORD.) Mediação: métodos de resolução de controvérsia. São Paulo, Ltr 1999, p.113.

Resolução CSJT 174, de 30 de setembro de 2016. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/95527/2016_res0174_csjt.pdf?sequen ce=1&isAllowed=y>. Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

MPT realiza mediação com o Banco do Brasil. A reestruturação trouxe perda de comissões e gratificações, com queda de salários. Atuação acompanha processo de realocação dos trabalhadores. Atuação – A mediação está sendo conduzida pela procuradora do Trabalho da 10ª Região Ana Cristina D.B.F. Tostes Ribeiro e pela vice-coordenadora nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho, procuradora do Trabalho Vanessa Patriota da Fonseca. “O nosso objetivo é realocar devidamente os empregados e tentar reduzir os prejuízos dos trabalhadores”, explica Vanessa Patriota. Disponível em: <https://mpt.mp.br/pgt/noticias/mpt-realiza-mediacao-com-o-banco-do-brasil>. Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

Justiça do Trabalho é a mais célere na resolução de conflitos. Disponível em https://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/justica-do-trabalho-e-a-mais-celere-na-solucao-de-conflitos-aponta-relatorio-do-cnj . Último acesso em 07 de dezembro de 2020.

CAPÍTULO 16

A DIMENSÃO RECÍPROCA DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UMA ANÁLISE SOB O PRISMA DO PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

THE RECIPROCAL DIMENSION OF INFORMATION IN WORK RELATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE PRINCIPLE OF FRATERNITY

Lucieli Breda

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Porto Alegre – RS
<https://orcid.org/0000-0002-8108-8096>

Maíra Brecht Lanner

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Porto Alegre – RS
<https://orcid.org/0000-0003-1428-641X>

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a importância da informação nas relações de trabalho, bem como a importância de que a informação seja recíproca entre os atores desta relação, tendo como base o Princípio da Fraternidade. Para isto, parte-se do estudo da presença e relevância da informação nas relações de trabalho, ingressando-se posteriormente na análise da fraternidade enquanto princípio jurídico e, portanto, passível de ser aplicado ou vivenciado nas relações trabalhistas e, por fim, examina-se a importância da informação recíproca entre trabalhador e empregador, como forma de exteriorização do Princípio da Fraternidade.

PALAVRAS-CHAVE: Informação. Trabalho. Reciprocidade. Fraternidade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the importance of information in work relationships, as well as the importance of information being reciprocal among the actors in this relationship, based on the Principle of Fraternity. For this, it starts with the study of the presence and relevance of information in labor relations, later entering the analysis of fraternity as a legal principle and, therefore, liable to be applied or experienced in labor relations and, finally, examined. the importance of reciprocal information between worker and employer, as a way of expressing the Fraternity Principle.

KEYWORDS: Information. Job. Reciprocity. Fraternity.

1 | INTRODUÇÃO

Em um momento que muito se especula acerca dos efeitos, favoráveis ou não, da Reforma Trabalhista¹ para os contratos de trabalho, tanto vigentes quanto novos, bem como para o Direito do Trabalho como um todo, ainda mais importante se tornam os estudos propedêuticos, voltados para as questões basilares e intrínsecas desta área do Direito. Dada a relevância do Direito do Trabalho para a manutenção e melhora das condições sociais, as temáticas principiológicas e de formação e manutenção das relações trabalhistas devem

¹ Expressão que se refere à Lei 13.467 de 2017, que alterou artigos da Consolidação das Leis do Trabalho.

ser analisadas.

Sem pretensão de esgotar o tema, mas com o compromisso de olhar mais profundamente para o assunto, este artigo se propõe a analisar a importância da informação nas relações de trabalho frente a um caráter de reciprocidade e fraternidade neste vínculo. O estudo parte do exame da existência da informação nas relações de trabalho, de modo a verificar qual a importância da informação neste vínculo relacional, e o quanto a informação pode interferir para melhorar ou piorar este vínculo entre trabalhador e empregador.

Posteriormente, passa-se à análise da fraternidade *se e enquanto* princípio jurídico. Pretende-se demonstrar que o Princípio da Fraternidade pode vir a ser aplicado ou vivenciado nas relações trabalhistas como forma de auxiliar nestas relações comumente desarmônicas. Por fim, analisada a *informação e a fraternidade* isoladamente, examina-se a importância da primeira na relação entre trabalhador e empregador de maneira recíproca, como uma correspondência mútua, um direito e também uma obrigação bilateral, decorrentes do Princípio da Fraternidade.

2 | A INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O contrato de trabalho é incontrovertivelmente relacional (BARZOTTO, 2015), ou seja, para que se caracterize é imprescindível a relação entre dois sujeitos: trabalhador² e empregador. É certo que um destes sujeitos necessariamente é uma pessoa física (MARTINEZ, 2011, p. 116) e, se de outro lado, não é imperiosa a presença de uma pessoa física, haverá de alguma maneira, ao menos como representante deste sujeito, uma pessoa física³. Diferentemente de contratos obrigatoriais, em que as condutas são devidas por pessoas consideradas como *sujeitos de direito*, nos contratos laborais a atividade é devida por pessoas consideradas como *seres humanos*. Logo, o devedor de qualquer relação obrigatorial pode ser uma pessoa coletiva, enquanto o trabalhador só pode ser pessoa singular (APOSTOLIDES, 2008, p. 178).

Partindo-se dessas premissas, a imperiosa interação entre os sujeitos da relação de trabalho deve estar, ou pelo menos deveria estar pautada no agir com boa-fé de maneira geral, em todos os momentos, ou seja, na fase pré-contratual, durante o contrato e mesmo quando encerrada a relação. Assim, a boa-fé deve ser, ou deveria ser considerada como um princípio geral a ser seguido em todas as situações (MARTINS-COSTA, 2000, p. 155-168), principalmente nas relações de trabalho.

Desta forma, o ato de informar, de forma clara e verdadeira, deveria permear o diálogo entre o trabalhador e o empregador, de modo a evitar conjecturas, abstrações e atritos desnecessários e desgastantes. É o que dispõe o artigo 422 do Código Civil:

2 Emprega-se o termo *trabalhador*, e não apenas *empregado*, de forma a abranger o maior número de possibilidades de relações de trabalho em sentido amplo, de modo a não restringir o estudo a apenas relações formalizadas.

3 É o exemplo do disposto no artigo 483 da CLT, que trata da rescisão indireta: “praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama”, ou “o empregador ou seus prepostos ofenderem-no fisicamente, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem”.

“os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.”. Importante destacar que o Constituinte de 1988 preocupou-se também com a questão da informação, deixando expresso no inciso XIV do artigo 5º, entre o seletivo rol de direitos fundamentais, que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”.

Para Maria Beatriz Ribeiro Dias, o direito à informação previsto no inciso XIV do artigo 5º da Constituição Federal, à luz do princípio da boa-fé contratual, produz seus efeitos tanto na formação e manutenção de uma relação contratual de confiança, quanto na celebração de um contrato transparente, sem abuso de qualquer das partes contratantes, garantindo a formação e manutenção de um contrato equilibrado (RIBEIRO DIAS, 2012, p. 86). Esta produção de efeitos se encaixa perfeitamente nos contratos de trabalho, em que a confiança e transparência são essenciais, ou pelo menos deveriam ser.

Verifica-se, ainda, que além de um direito, a informação também pode ser considerada um dever ou até mesmo um princípio autônomo de Direito do Trabalho, dependendo da situação que é posta.

A boa-fé serve de veículo para a aplicação dos direitos fundamentais de trabalhador e empregador, tanto na fase pré-contratual quanto durante a execução do contrato. O trabalhador tem mais dificuldade de obter as informações, mas o mesmo não se aplica ao empregador, que deve exercer sua autonomia privada (auto-informação) para garantir a adequação do contrato à satisfação dos seus interesses. Logo, o trabalhador não tem o dever de informar espontaneamente, com exceção dos requisitos mínimos e circunstâncias impeditivas do exercício da atividade, por exemplo a inscrição em conselho profissional (APOSTOLIDES, 2008, p.218). Para a autora, o fundamento jurídico dessa regra se justifica pela relevância de tais aspectos para a prestação da atividade laboral e por tais circunstâncias dizerem respeito a interesses legítimos do empregador (APOSTOLIDES, 2008, p.221). No mesmo sentido é o pensamento de Pavelski:

Na fase de formação de um contrato, especialmente aqui o de emprego, as informações sob todos os aspectos a ele inerentes – partes, prestações, objeto, duração, horários, locais, condições – são imprescindíveis, para que o vínculo constituído surta os efeitos esperados pelos contratantes. Durante a execução, as partes, igualmente, devem manter-se informadas, de maneira a cooperar com a finalidade a que se propuseram. A ausência de informações ou, por outro lado, sua deficiência, pode acarretar consequências em outros deveres funcionais, como o sigilo, a lealdade e até mesmo a proteção.

[...]

Ademais, as informações devem ser claras, completas, de modo que possibilitem uma exata compreensão pelo seu destinatário e até mesmo uma interpretação unânime pelas partes. (PAVELSKI, 2017, p. 29 e 31)

Segala converge com o postulado por Pavelski e Apostolides ao afirmar que o dever de informação, ao lado do dever de aviso, é uma obrigação mútua das partes em relação a todos os aspectos atinentes ao vínculo. Todas as ocorrências que tenham relação com o vínculo laboral e todos os efeitos que possam advir da execução contratual devem ser informados. Segala ainda acrescenta que o dever de informação atinge os dados necessários e adequados para a realização do contrato, devendo haver cautela com relação a dados de ordem pessoal, sob pena de violação à privacidade e aos direitos de personalidade, tornando a prática abusiva (SEGALA, 2017). Similar é a explanação de Apostolides, para quem os interesses do empregador são legítimos quando possam ser atendíveis de acordo com a ordem jurídica encarada na sua globalidade, ou seja, mesmo que respeitem a legalidade e não se oponham à ordem pública ou costumes, os interesses do empregador podem ser considerados ilegítimos se comprometerem o sistema jurídico laboral (APOSTOLIDES, 2008, p.231).

Destacando que o dever de informação instrumentaliza a relação obrigacional desde a sua origem até o seu encerramento, Leonardo de Medeiros Garcia classifica esta face da informação como um dever anexo, o qual nasceria de uma necessidade real, um déficit de informações. Porém, em seguida, o mesmo autor enfatiza que nas relações de consumo este dever se torna princípio, em razão da vulnerabilidade do consumidor, devendo o fornecedor dar a máxima informação possível sobre os dados e riscos do produto ou serviço, ressaltando ainda o quanto segue:

A relação contratual deve se mostrar clara para as partes, significando descrição e informação correta sobre o produto ou o serviço a ser prestado. Este princípio se mostra de imensa importância, principalmente na fase pré-contratual, na qual o fornecedor usa de todos os meios para estimular o consumidor a aderir aos serviços e produtos oferecidos. Assim, o princípio da informação, reflexo do princípio da transparência, acarreta o dever para o fornecedor de esclarecer ao consumidor sobre todos os elementos do produto ou serviço, assim como, também, de esclarecer sobre o conteúdo do contrato que será estipulado, sob pena de ser passível de responder pela falha na informação. (GARCIA, 2017, p. 14)

Neste mesmo enquadramento, ou seja, a informação enquanto princípio, poder-se-ia citar outros tantos artigos e pesquisas em matéria de Direito do Consumidor, notoriamente diante do teor dos artigos 6º, inciso III, artigo 8º, artigo 9º e artigo 31 do Código de Defesa do Consumidor e, como destacou Garcia, com fundamento na vulnerabilidade do consumidor. No entanto, não se verificam, salvo melhor juízo, estudos ou artigos acerca da informação enquanto princípio para o Direito do Trabalho.

Ora, não seria o trabalhador frente ao empregador tão ou mais vulnerável que o consumidor frente ao fornecedor? Mas este é tema para outro estudo. Por hora, o que importa para o presente estudo é que, independentemente do enquadramento que se dê à informação em matéria de Direito do Trabalho, o fato é que a relevância da informação

nas relações de trabalho é constatada seja na fase pré-contratual, durante o contrato de trabalho de trabalho, ou na fase pós-contratual.

Sobre a importância da informação na fase pré-contratual, insta destacar a obra decorrente da Dissertação de Mestrado de Sara Costa Apostolides, de onde se extrai parte da sua conclusão para elucidar a questão:

O dever de informação na formação do contrato de trabalho coloca, como em qualquer contrato, um problema de justa distribuição da informação relevante para a formação da vontade contratual das partes, assumindo nessa medida forte relevância para a verificação dos pressupostos de que depende o correcto funcionamento da mecânica contratual, nomeadamente a liberdade e a igualdade. O dever pré-contratual de informação tem uma dupla funcionalidade. De um modo geral, o dever pré-contratual de informação pugna pela correcção da conduta das partes, como forma de fomentar a confiança dos sujeitos privados nos mecanismos ao seu dispor no comércio jurídico. Mas, num plano mais particular, do relacionar específico entre sujeitos no âmbito das negociações de um contrato, a confiança não é suficiente para explicar o caráter impositivo da boa-fé, nomeadamente ao nível do dever de informação. O dever de informação não depende da específica relação de confiança que eventualmente se estabeleça entre as partes com a abertura das negociações. No plano das negociações de um contrato, o dever pré-contratual de informação tem outra função que é a de contribuir para que no momento da formação da vontade contratual e da emissão da declaração negocial as partes disponham das informações que lhes permitam exercer efectiva e materialmente a autonomia privada. (APOSTOLIDES, 2008, p. 305)

Como exemplo do debate que envolve a informação e seus reflexos no contrato de trabalho, traz-se à colação trecho do acórdão proferido nos autos do processo 0020292-23.2015.5.04.0752 de 24 de março de 2017, no qual se negou provimento ao recurso ordinário da parte autora e manteve-se a sentença quanto à ausência de nexo ocupacional entre a doença alegada e o labor na empresa, conforme razão de decidir que segue:

Para observância e concretização das normas de segurança, incumbe ao empregador disseminar a informação aos seus empregados, assim como propiciar o seu treinamento. Sebastião, na obra (São Paulo, Geraldo de Oliveira Proteção Jurídica à Saúde do Trabalhador LTr, 2002, p. 136-137), indica:

"As três principais convenções da OIT que tratam da saúde do trabalhador, todas ratificadas pelo Brasil, trazem normas a respeito do direito à informação. Prevê a Convenção n. 148 que 'os trabalhadores ou seus representantes terão direito a apresentar propostas, receber informações e orientação, e a recorrer a instâncias apropriadas, a fim de assegurar a proteção contra riscos profissionais devidos à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações no local de trabalho (art. 7º.2). Para enfatizar o direito, repete no art. 13 que 'todas as pessoas interessadas deverão ser apropriada e suficientemente informadas sobre os riscos profissionais que possam originar-se no local de trabalho devido à contaminação do ar, ao ruído e às vibrações e receber instruções suficientes e apropriadas quanto aos meios disponíveis para prevenir e limitar

tais riscos, e proteger-se dos mesmos”.

Na legislação pátria, são destacados o artigo 19, § 3º, da Lei 8.213/91 e os artigos 182, III e 197, ambos da CLT, os quais repisam a importância de repasse de informações pormenorizadas dos riscos e dos produtos manipulados à saúde do trabalhador. Transcrevem-se os referidos dispositivos legais:

Art. 19, § 3º. É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular. (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 4ª REGIÃO, 2017-A)

No mesmo sentido, porém abordando a informação enquanto um dever decorrente do princípio da boa-fé objetiva, cita-se trecho do acórdão do processo 0020199-43.2016.5.04.0811 em que se manifesta o relator:

Com efeito, tendo em vista a dimensão social e econômica alcançada pelas relações obrigatoriais, espera-se das partes cooperação e confiança na realização dos negócios jurídicos. Atuam aí os princípios da proteção da boa-fé objetiva - criando deveres de cooperação, informação e lealdade - e, fundamentalmente, da confiança - vinculando as partes à não frustrar imotivadamente as expectativas legítimas criadas por sua conduta.

[...]

Entendo, portanto, que não houve conduta antijurídica da reclamada, consubstanciada na quebra de dever acessório ao contrato de trabalho, relacionado à quebra da confiança. Não houve rompimento imotivado da promessa de contratação. Ainda que se pudesse considerar que a empresa deveria ter informado o trabalhador de que a efetiva admissão, em 12-02-2016, estava vinculada ao efetivo início das obras, tendo deixado de observar plenamente o dever de informação, tal situação teria perdurado, no máximo, no período entre 28-01 e 12-02-2016, não sendo potencialmente geradora de dano moral. (BRASIL, 2017-A)

No que tange à importância da informação na fase pós-contratual, cita-se a título exemplificativo o estudo de José Affonso Dallegrave Neto, de onde se extrai:

Assim, eventual calúnia dimanada pelo empregador, ainda que após a extinção do contrato de trabalho, viola dever anexo de conduta, pautado pela boa-fé contratual (art. 422 do CCB).

[...]

A competência material para apreciar o dano moral oriundo da violação de deveres de lealdade, proteção e informação é da Justiça do Trabalho, vez que resultante de dever de conduta anexo ao contrato de trabalho, ainda que de um contrato falso. Ademais, corrobora este entendimento o fato do agente, ao ofender a vítima, agir não na condição de um sujeito qualquer

que afronta a personalidade de outrem, mas especificamente de um ex-empregador que difama ou calunia seu ex-empregado com informações distorcidas atinentes a execução do contrato de trabalho. O status jurídico do agente (ex-empregador) e da vítima (ex-empregado) são fundamentais para a classificação de um direito relativo e da responsabilidade do tipo contratual.

[...]

Controvérsias à parte, a doutrina e a jurisprudência vêm assentando posição de que o princípio da boa-fé objetiva pressupõe deveres de conduta às partes (proteção, lealdade e informação) a partir das tratativas negociais e se perduram mesmo após a extinção do contrato de trabalho. Neto (2017, p. 66-68),

Diante do exposto, verifica-se que, independentemente da classificação ou enquadramento que é dado à informação no âmbito do Direito do Trabalho – seja enquanto direito, dever ou princípio –, bem como independentemente da fase do contrato que se apresente – pré, durante ou pós contratual –, a informação está presente nas relações de trabalho em sentido amplo. O debate acerca da relevância da informação tende a ampliar sua dimensão diante do fato de que o Direito do Trabalho, a partir da Lei 13.467/2017, está aproximando-se do Direito Civil e, assim, restou conferida, à primeira vista, maior liberdade e autonomia de negociação às partes: trabalhador e empregador.

3 I O PRINCÍPIO DA FRATERNIDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURÍDICO

A identidade humana, de acordo com Pizzolato (2008, p.117), interage com um *ethos* que precede o indivíduo e o socializa. Significa dizer que o homem é um ser estruturalmente carente e aberto à relação com o diferente de si, sendo, ao contrário da autonomia e independência, a interdependência estrutural que caracteriza o homem. Ademais, a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual, pois a liberdade do indivíduo somente pode ocorrer numa comunidade livre, pressupondo uma vida em sociedade constituída como comunidade (PEDRASSANI, 2014, p.74).

Como bem explica Salmeirão, tais ideias fraternais essenciais ao convívio social foram inicialmente incorporadas por uma sociedade familiar, sociedade política e incorporada com maior rigor nas Doutrinas Religiosas, principalmente com a divulgação do Cristianismo. Contudo, explica o autor, houve mudança no cenário:

[...] este cenário modificou-se no século XVIII com a Declaração de Virgínia, de 1776, no continente americano e, em 1789, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, consequência da Revolução Francesa que, como sabido, foi responsável pela derrocada do regime absolutista sob lema da liberdade, igualdade e fraternidade. A liberdade, igualdade e fraternidade, os ideais da Revolução Francesa, deixaram de ser apenas uma carta de

intenção, da boa convivência ou de obediência a ordem religiosa, mas se transformaram numa Forma de Governo cujo valores universais foram inseridos no texto Constitucionais daqueles países tornando-se obrigatórios no aspecto jurídico, onde as ações dos governantes em relação aos governados deveriam obedecer tais princípios revolucionários sob pena de atentar contra o próprio Estado Democrático e Social de Direito. Antes a desobediência ao Princípio da Fraternidade tinha como consequência uma censura privada, porém após sua incorporação como regra constitucional sua censura passou a ser pública por ser um atentado contra o próprio Estado Democrático e Social de Direito. (SALMEIRÃO, 2013).

Por outro lado, numa análise histórica sucinta, é importante destacar que, durante o período conhecido como modernidade, foram surgindo novos conceitos como a racionalidade, o que, por um lado, ligou a realidade aos mundos do ser e do dever ser, mas por outro acarretou um individualismo radical, uma tendência do indivíduo a libertar-se de toda solidariedade com seu grupo social⁴ (SILVA e BUSTAMANTE, 2017, p. 7). No entanto, felizmente esta ideia racional individual foi superada e, em 10 de dezembro de 1948, na Assembleia Geral da ONU, foi aprovada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com efeitos universais, declarando de forma expressa o reconhecimento da responsabilidade de todas as nações na realização dos Direitos Humanos, reconhecendo expressamente a Fraternidade e a importância das relações sociais e universais.⁵

Diante deste contexto, a Fraternidade pode ser considerada, dentre outras conceituações, numa conotação religiosa, uma vez que pode ser encontrada na Bíblia Sagrada. Também pode ter uma conotação de “ligação sectária, no âmbito de organizações secretas, ou que colocam níveis de segredo ao lado de outros de caráter público – como a maçonaria – e que buscam fortalecer sua própria rede de poder econômico e político” (BAGGIO, 2008, p. 20). Ainda, pode ter uma interpretação como *fraternidade de classe*, proclamada em alguns regimes políticos que negaram aos outros a liberdade ou, até mesmo, os invadiram, reafirmando uma fraternidade formal. (BAGGIO, 2008, p.20)

De toda sorte, a Fraternidade pressupõe que a liberdade pessoal não se possa realizar sem a liberdade do outro, razão pela qual é considerada um princípio que está na origem de um comportamento relacional e, exatamente por isso, além de ser um princípio

4 O individualismo sofístico foi muito criticado na Grécia antiga por Sócrates, por conta da não preocupação com os outros a não ser para arrancar a todo custo, e sem se preocupar com a verdade, o consenso que lhe assegurava o sucesso; mas nunca chegou à sinceridade consigo próprio e com os outros. Sócrates contrapondo esta ideia trouxe o conceito de um homem-razão que tinha o vínculo de solidariedade e de justiça entre seus pares, apregoando a necessidade de todos estarem vinculados uns aos outros para que somente desta forma pudessem progredir e alcançar seus objetivos. (SILVA e BUSTAMANTE, 2017)

5 Neste sentido, explica Norberto Bobbio que, com a Declaração de 1948, tem início uma terceira e última fase, na qual a afirmação dos direitos é, ao mesmo tempo, universal e positiva: universal no sentido de que os destinatários dos princípios nela contidos não são mais apenas os cidadãos deste ou daquele Estado, mas todos os homens; positiva no sentido de que põe em movimento um processo em cujo final os direitos do homem deverão ser não mais apenas proclamados ou apenas idealmente reconhecidos, porém efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado. No final desse processo, os direitos do cidadão terão se transformado, realmente, positivamente, em direitos do homem. Ou, pelo menos, serão os direitos do cidadão daquela cidade que não tem fronteiras, porque comprehende toda a humanidade; ou, em outras palavras, serão os direitos do homem enquanto direitos do cidadão do mundo. (BOBBIO, 1992, p. 29 e 30)

ao lado da liberdade e da igualdade, confere a estes princípios efetividade. Desta forma, impõe-se seja o Princípio da Fraternidade considerado não apenas como uma proposição ideal, mas como princípio ativo e norteador do comportamento humano, pois enquanto a liberdade e igualdade conheceram uma evolução que as elevou a autênticas categorias políticas e princípios constitucionais, mesma sorte não teve a Fraternidade (LAZZARIN, 2015, p. 93).

A fraternidade, que surgiu explicitamente com os ideais da Revolução Francesa de 1789, de “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”, aos poucos foi excluída. Ficaram em evidência somente os ideais de “liberdade e a igualdade”, que com a evolução histórica se tornaram “autênticas categorias políticas, capazes de se manifestarem tanto como princípios constitucionais quanto como ideias-força de movimentos políticos” (BAGGIO, 2008, p.7). Já a fraternidade não teve a mesma sorte, restando como um princípio esquecido, “a parente pobre, a prima do interior, em relação aos temas mais nobres e urgentes da igualdade e depois da liberdade” (RESTA, 2004. p. 09).

Para Baggio, identificar a Fraternidade e sua importância é de extrema necessidade, já que possui uma finalidade em si mesma, mostrando-se como espaço em que se realiza um encontro de consciências e de culturas, uma partilha de interioridades e uma deliberação intersubjetiva em torno da vida compartilhada. Assim, o que se percebe é que há uma responsabilidade *pelo outro* de tal forma que se condiciona inevitavelmente à própria existência ou morada no mundo, fazendo com que a própria humanidade se reconheça como igual, sem com isso abdicar de suas diferenças culturais (BAGGIO, 2009, p. 130).

A Fraternidade está inserida nos direitos da terceira dimensão, junto com direitos de solidariedade, como explica Ingo Wolfgang Sarlet, visto que são desprendidos da figura do indivíduo como titular, destinando-se à proteção de grupos humanos, caracterizando-se como direitos de titularidade coletiva ou difusa. Refere Sarlet que é compreensível a denominação usual de direitos de solidariedade ou de fraternidade devido “sua implicação universal ou, no mínimo, transindividual, e por exigirem esforços e responsabilidades em escala até mesmo mundial para sua efetivação” (SARLET, 2010, p. 48).

Quanto à diferenciação de solidariedade e fraternidade, Pizzolato explica que solidariedade e subsidiariedade estão entrelaçadas, na medida em que atribuem às articulações sociais intermediárias responsabilidades diretas na busca da finalidade solidária, reservando-se à ação direta do Estado um papel subsidiário, que respeita a missão intermediária de agrupamentos sociais, completando-a e, somente em caso de necessidade, substituindo-a (PIZZOLATO, 2008, p. 121). Desse modo, pode-se identificar a solidariedade com uma tendência ao paternalismo e ao assistencialismo (vertical), enquanto a fraternidade pressupõe uma interdependência, uma irmandade propriamente dita (horizontal) (BAGGIO, 2008).

De fato, a fraternidade tem como objetivo a humanidade, sendo, portanto, um direito que é de todos, não se limitando a fronteiras, tornando cada indivíduo copartícipe

nesta busca por um bem comum, o que consequentemente acarreta na sensação de pertencimento a uma comunidade global. Fica claro que a ideia de fraternidade é de desvinculação dos laços de sangue; busca-se vínculo por meio de laços mais amplos, de alcance universal. Para Tosi, “[...] a superação de uma lógica meramente identitária, em direção a um reconhecimento efetivo da alteridade, da diversidade e da reciprocidade [...]” (TOSI, 2008, p.59) é o grande desafio a ser superado no século XXI na esfera dos Direitos Humanos. O olhar vai para a humanidade como um lugar comum, e não como a abstração que tudo confunde e mascara diferenças (RESTA, 2004, p. 134).

A ideia de Fraternidade estabelece que o homem, enquanto animal político, fez uma escolha consciente pela vida em sociedade, e para tal estabelece com seus semelhantes uma relação de igualdade, visto que em essência não há nada que hierarquicamente os diferencie: são como irmãos (fraternos). Este comportamento igualitário presente na Fraternidade permite a existência de um dever de cooperação mútua entre os membros da sociedade na busca do bem-estar social, ou seja, todos possuem uma relação horizontal por estarem no mesmo patamar, e nesse caso unem esforços para harmonizar a vida em sociedade. Assim, a Fraternidade deve ser considerada um princípio jurídico capaz de agir como instrumento regulador das relações entre os membros da sociedade, destacando-se por sua relação igualitária entre todos, promovendo uma relação horizontal na busca de efetivar os Direitos Fundamentais (SALMEIRÃO, 2013).

Percebe-se, assim, o quanto rico em significado é o Princípio da Fraternidade, justificando-se a importância do seu estudo enquanto princípio jurídico e a forma de recepção no ordenamento jurídico brasileiro. Neste contexto insta mencionar que a relação entre Fraternidade e Direito tem que ser delimitada de forma clara, uma vez que se apresentam como realidades que atuam em campos aparentemente diferentes e segmentados, como questiona Goria: o que tem a ver a Fraternidade com o Direito? A coexistência do Direito e da Fraternidade é possível? (GORIA, 2008. p. 25-26).

A Carta Encíclica *Rerum Novarum* de 1.891, do Papa Leão XIII, por exemplo, revela-se como documento que ressalta a importância do viver fraternal, voltada principalmente à condição dos trabalhadores (VATICANO, 2017). A Constituição Federal de 1988 resgatou o Princípio da Fraternidade, na medida em que fez constar do Preâmbulo⁶, o compromisso com uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Pode-se dizer que o constitucionalismo moderno conheceu duas fases, a primeira, fundada no liberalismo europeu, com destaque para o valor liberdade; a segunda, caracterizada pela social democracia, pelo constitucionalismo social, com ênfase no valor igualdade. A fraternidade seria uma terceira fase na evolução do constitucionalismo, do liberal para o social e do

6 No preâmbulo da Constituição Federal brasileira, consta expressamente a liberdade, a igualdade e a referência a uma sociedade fraterna: “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

social para o fraternal (LAZZARIN, 2015, p. 93).

Como explica Maria Helena Ferreira Fonseca Faller (2011, p. 363), no momento em que o constituinte pátrio inseriu a construção de uma sociedade fraterna no Preâmbulo da Magna Carta, resgatou formalmente o princípio esquecido pela modernidade constitucional do Ocidente, recolocando-o no seu justo lugar: ao lado da liberdade e da igualdade. Restaura-se a trilogia fundante do Constitucionalismo moderno ocidental, a qual deve guiar a compreensão da Constituição, do seu papel na construção e legitimação de um Estado Democrático de Direito.

Além da referência no preâmbulo, dispõe a Constituição Federal no artigo 3º, inciso I, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, “construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Ainda, o Princípio da Fraternidade está presente no capítulo dos Direitos Sociais⁷, no artigo 3º, incisos I a IV e também nos artigos 170 e 227 (BRASIL, 2017). Segundo Lazzarin, por meio do princípio da solidariedade expresso na Carta Constitucional, é possível identificar a ideia de fraternidade (LAZZARIN, 2015, p. 93).

O Princípio da Fraternidade timidamente, mas presente no ordenamento jurídico, pode ser aplicado ainda que por outras vias, mediante a efetivação do princípio da subsidiariedade ou ainda pela ponderação dos direitos, uma vez que não existe afirmação *a priori* de liberdade, mas o reconhecimento de um entrelaçamento dos direitos entre si e com as exigências sociais. Diante disso, a fraternidade vai atuar no ordenamento jurídico como solidariedade que nasce da ponderação entre as esferas de liberdade, que é confiada não à intervenção do Estado enquanto sujeito ativo da relação jurídica, mas a ação do Estado enquanto ordenamento jurídico (PIZZOLATO, 2008. p. 124).

A Fraternidade como princípio jurídico ganha maior relevância quando passa a ser considerada um direito fundamental de terceira geração, conforme observa-se na lição de Oscar Vilhena Vieira:

Fala-se em direitos de primeira, segunda, terceira e quarta gerações, buscando repercutir a evolução dos direitos na história europeia. Em primeiro lugar teriam surgido os direitos civis, de não sermos molestados pelo Estado, direito de termos nossa integridade, nossa propriedade, além de nossa liberdade, a salvo das investidas arbitrárias do Poder Público. Esse grupo de direitos demarcaria os limites de ação do Estado Liberal. Uma segunda geração de direitos estaria vinculada à participação política ou direitos políticos. Partindo do pressuposto de que as pessoas são dotadas de igual valor, a todos deve ser dado o direito de participar de igual medida do processo político. Esses são constitutivos dos regimes democráticos. Uma terceira geração de direitos, decorre da implementação dos regimes democráticos e da incorporação do povo ao processo de decisão política, seria o reconhecimento pelo Estado de responsabilidades em relação ao bem-estar das pessoas – logo, de deveres correlatos aos direitos sociais estabelecidos pela ordem legal. São esses os direitos que caracterizam as democracias sociais. Por fim, fala-se num quarto conjunto de direitos relativos ao bem-estar da comunidade como um todo, como os relativos ao meio ambiente, ou de comunidades específicas, como o

⁷ Artigo 6º da Constituição Federal, e Título VIII, que trata da Ordem Social, artigos 193 a 250.

direito à cultura. (VIERA, 2006, p. 39)

Entender a fraternidade enquanto categoria jurídica é pensá-la como um instrumento de transformação social, conforme explica Pedro Patto:

[...] esse sistema deixa de ser impessoal e anônimo e se torna vivo pela ação dos operadores do Direito (magistrados, advogados, funcionários judiciais e prisionais, agentes policiais, mediadores, técnicos de reinserção social, visitadores prisionais voluntários etc.), cada palavra e cada gesto de cada uma dessas pessoas pode ser expressão de fraternidade. Sem descurar a importância das estruturas, mediante esses gestos e palavras de fraternidade, o Direito pode ser instrumento de transformação social. (PATTO, 2013. p. 36)

No Brasil, de forma embrionária e contida, já se encontra nas decisões dos tribunais a adoção da Fraternidade como fundamento, como um valor constitucional.⁸ O Supremo Tribunal Federal já se posicionou de forma expressa quanto à adoção da fraternidade em suas decisões; é o que se verifica nas decisões proferidas na ADI nº 2649-6/DF, ADI 3510/DF e RMS 26071-1/DF.

Diante do exposto, verifica-se que o Princípio da Fraternidade foi sim recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, notoriamente pela Constituição Federal, mesmo que não de maneira expressa, e, aos poucos, está sendo utilizado também pela jurisprudência como princípio jurídico, o que permite que seja aplicado, assim, também em matéria de Direito do Trabalho⁹, como se verá no ponto que segue.

8 O Ministro Gilmar Mendes aplicou o princípio da fraternidade para fundamentar decisão em Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 186-2/DF), contra atos administrativos da Universidade de Brasília que instituíram o programa de cotas raciais para ingresso naquela universidade: "No limiar deste século XXI, liberdade e igualdade devem ser (re)pensadas segundo o valor fundamental da fraternidade. Com isso quero dizer que a fraternidade pode constituir a chave por meio da qual podemos abrir várias portas para a solução dos principais problemas hoje vividos pela humanidade em tema de liberdade e igualdade. [...] Pensar a igualdade segundo o valor da fraternidade significa ter em mente as diferenças e as particularidades humanas em todos os seus aspectos. A tolerância em tema de igualdade, nesse sentido, impõe a igual consideração do outro em suas peculiaridades e idiossincrasias. Numa sociedade marcada pelo pluralismo, a igualdade só pode ser igualdade com igual respeito às diferenças. Enfim, no Estado democrático, a conjugação dos valores da igualdade e da fraternidade expressa uma normatividade constitucional no sentido de reconhecimento e proteção das minorias. (MENDES, Gilmar. A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018).

9 Na esfera trabalhista, o princípio da fraternidade foi aplicado para reintegrar trabalhador comunicado de sua dispensa no dia em que retornou ao labor, diante da cessação de auxílio-doença. Os desembargadores entenderam que o fim do contrato de trabalho caracterizou dispensa discriminatória. O relator fundamentou seu voto no preceito contido no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal, justificando que o amparo ao trabalhador, parte hipossuficiência da relação, é um dos pilares para a edificação de uma sociedade solidária (BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Recurso Ordinário 0001578-71.2012.5.15.0054, 4ª Câmara (2ª Turma) do TRT da 15ª Região do Estado de São Paulo, Campinas, SP. Relator Luiz José Dezena da Silva, publicado em 04.02.2014. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:OnPHYCBLWB0J:www.trt15.jus.br/voto/patr/2014/010/01027614.rtf+sociedade+solid%C3%A1ria&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8&>. Acesso em: 10 maio 2018).

4 I A NECESSÁRIA RECIPROCIDADE DA INFORMAÇÃO NAS RELAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E EMPREGADORES: A PRESENÇA DA FRATERNIDADE NO DIREITO DO TRABALHO

No Direito do Trabalho o Princípio da Fraternidade é ainda mais presente quando se está diante de relação tipicamente entre seres humanos, mesmo que indiretamente, apontando como um princípio que não visa eliminar ou se sobrepor aos outros dois (liberdade e igualdade), mas como um meio de equilibrar uma relação que é desde o início díspar. Neste sentido, o estudo de Juliana Wülfing e Lilian Casagrande sobre um Constitucionalismo Fraternal para o Direito do Trabalho. Para as autoras, “[...] a promoção de uma integração do indivíduo à sociedade, uma integração digna, dessa forma, os trabalhadores não podem ter seus direitos suprimidos, sob o argumento de manutenção de emprego na era da globalização” (WÜLFING E CASAGRANDE, 2017, p. 17) constitui objetivo do Constitucionalismo Fraternal. “A Constituição busca com a fraternidade a integração comunitária, que é mais do que inclusão social e não se reduz a ações distributivas, vai além, pois essa integração comunitária.” (WÜLFING; CASAGRANDE, 2017, p. 17).

A fraternidade, portanto, não se sobrepõe às exigências próprias do Direito, da igualdade e da liberdade, mas é o fundamento destas, não suavizando os rigores da lei, mas os intensifica, auxiliando o juiz na aplicação fraterna e igualitária da lei (GUEDES, GUEDES e BARZOTTO, 2016, p. 50). Não obstante as diversas inovações laborais e a mutabilidade da própria história dos homens, o que tem revelado grande parte da literatura trabalhista e a vida real é que as relações de trabalho são naturalmente desequilibradas (CANÇADO, 2017, p. 126), porém é evidente a necessidade de todos cidadãos exercitarem a fraternidade, inclusive no campo do direito, adotando-a como princípio norteador do Direito e do Processo do Trabalho, se realmente se quiser diminuir os conflitos sociais trabalhistas e tornar efetivo o voto à violação da dignidade do homem, à sua utilização como mero objeto a serviço de outrem (CANÇADO, 2017, p. 132). Assim, o que se propõe é que a fraternidade, elevada ao status de princípio constitucional, deve nortear não só o legislador, mas de forma decisiva também o operador do direito na solução judicial principalmente dos conflitos trabalhistas (CANÇADO, 2017, p. 144).

Desta forma, inegável a presença da Fraternidade no Direito do Trabalho e nas relações trabalhistas propriamente ditas.

O aspecto da Fraternidade, aqui considerada como princípio, o qual mostra-se aplicável para a questão delimitada neste estudo é o sentido da Fraternidade que busca tratar empregador e trabalhador como irmãos ou, melhor ainda, que os próprios assim se considerem. Isto porque, como destacado acima, a informação possui tamanha relevância nas relações de trabalho que seus reflexos são consideráveis, podendo inclusive encerrar um contrato de trabalho. Exemplo disso é a situação que o empregado deixa de informar seu empregador acerca de circunstância que o impede de exercer determinada função, como habilitação necessária, conhecimento ou formação exigida. De outro lado, o empregador

que não informa todas as circunstâncias e requisitos para o cargo, omitindo, por exemplo, a necessidade de transferência de domicílio.

Acerca da relevância da informação destacam-se os dizeres de Hannah Arendt, ao afirmar que “se não fossem iguais, os homens não seriam capazes de compreender-se entre si e aos seus ancestrais, nem de prever as necessidades das gerações futuras” (ARENDT, 1999, p. 188). Caso trabalhador e empregador, sujeitos de uma relação de trabalho em sentido amplo, considerem-se fraternalmente irmãos, esta relação pode tornar-se muito mais fácil de ser vivenciada, pois ambos guardarão entre si respeito mútuo e, assim, informar-se-ão reciprocamente. Neste sentido, destacam-se as conclusões de Maria Beatriz Ribeiro Dias:

3. Diante do processo de constitucionalização dos direitos sociais, o direito à informação, originariamente concedido ao cidadão, deve ser estendido ao trabalhador. 4. Isto porque o trabalhador não perde a sua condição de cidadão durante o exercício de suas atividades profissionais. [...] 7. O direito à informação deve ser concedido ao empregado e também ao empregador como expressão do princípio da boa-fé que rege o contrato de trabalho. 8. A relação contratual de trabalho deve ser marcada pela transparência e confiança e isso é possível através do exercício do direito à informação. [...] 12. O desrespeito ao direito à informação implica em ato ilícito e como tal pode ser resarcido. (DIAS, 2012, p. 91).

Ora, a informação nas relações de trabalho deve ser uma via de mão dupla para tornar-se efetiva: empregador e trabalhador informando e recebendo informações. A informação sozinha, sem um receptor, não atinge seu objetivo. Assim, também sob este aspecto, a reciprocidade é imperiosa. O vínculo de trabalho revela uma estrutura complexa, na qual ambas as partes assumem compromissos recíprocos e, neste caso, a necessidade da informação é um destes compromissos, ou deveria o ser.

A análise da fraternidade sob esta perspectiva leva à conclusão de que ela possibilita uma relação de reciprocidade, uma responsabilidade pelo outro e consequentemente pelo bem-estar da comunidade. Neste sentido, pode-se afirmar que a fraternidade capacita o homem de forma a buscar a efetivação de seus direitos, sem que fique à espera de toda e qualquer atuação do Poder Estatal (AQUINI, 2008, p. 138-139). A informação, se for recíproca, apresenta-se como uma forma de exteriorização do Princípio da Fraternidade nas relações de trabalho e, somente assim, pode se tornar um mecanismo de aproximação e facilitação entre os sujeitos desta relação.

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente ao que restou analisado, ressalta-se a presença e a importância da informação nas relações de trabalho. Seja como direito, seja como dever, ou quiçá princípio, a informação apresenta-se nas fases pré e pós contratual, além de integrar o contrato de trabalho durante sua execução. A Fraternidade, por sua vez, está sendo relembrada

enquanto princípio jurídico, além de notoriamente estar presente no ordenamento brasileiro, inclusive na Constituição Federal. Em matéria de Direito do Trabalho, a Fraternidade também está presente e deve ser aplicada como forma de diminuir as desigualdades prévias incontroversamente existentes sem, contudo, olvidar ou sobrepor-se aos demais princípios: igualdade e liberdade. Por fim, a informação recíproca entre trabalhador e empregador, como um direito e também obrigação bilateral, é imprescindível, como forma de efetivação do Princípio da Fraternidade.

REFERÊNCIAS

APOSTOLIDES, Sara Costa. **Do dever pré-contratual de informação e da sua aplicabilidade na formação do contrato de trabalho**. Coimbra: Almedina, 2008.

AQUINI, Marco. Fraternidade e Direitos Humanos. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

ARENDT, Hannah. **A condição humana**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.

BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

_____. Fraternidade e reflexão politológica contemporânea. In: BAGGIO, Antonio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido/2: Exigências, recursos e definições da fraternidade na política**. Tradução: Durval Cordas, Luciano Menezes Reis. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2009.

BARZOTTO, Luciane Cardoso. O contrato de trabalho como contrato relacional. In: **Revista LTR: legislação do trabalho**, v. 79, n. 11, p. 1345-1352, nov. 2015.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992.

BRASIL. Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0020199-43.2016.5.0.0811 (ROPS)**, Porto Alegre, RS. Relator: Des. Ricardo Hofmeister de Almeida Martins Costa, publicado em 16.03.2017. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=mBcbZx%2FDKMY%3D&p_idpje=4rT6%2BQV3uLw%3D&p_num=4rT6%2BQV3uLw%3D&p_npag=x>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 4^a Região. **Acórdão do processo 0020292-23.2015.5.04.0752 (RO)**, Porto Alegre, RS. Relator: Des. Fabiano Holz Beserra, publicado em 22.03.2017. Disponível em: <https://pje.trt4.jus.br/visualizador/pages/conteudo.seam?p_tipo=2&p_grau=2&p_id=bcedyNlfJeg%3D&p_idpje=0mCK0C6eHQE%3D&p_num=0mCK0C6eHQE%3D&p_npag=x>. Acesso em: 10 maio 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15^a Região. **Recurso Ordinário 0001578-71.2012.5.15.0054**, Campinas, SP. Relator: Des. Luiz José Dezena da Silva, publicado em 04.02.2014. Disponível em: <http://busca.trt15.jus.br/search?q=cache:0nPHYCBLWB0J:www.trt15.jus.br/voto/patr/2014/010/01027614.rtf+sociedade+solid%C3%A1ria&site=jurisp&client=dev_index&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=dev_index&ie=UTF-8&lr=lang_pt&access=p&oe=UTF-8>. Acesso em: 10 maio 2018.

CANÇADO, Andréa Aparecida Lopes. **O contrato de trabalho do século XXI e o esquecido Princípio da Fraternidade**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_79/andrea_aparecida_lopes_cancado.pdf>. Acesso em: 02 dez. 2017

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade Civil Pré e Pós-Contratual no Direito do Trabalho**. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1502109>>. Acesso em: 30 nov. 2017.

FALLER, Maria Helena Ferreira Fonseca. O princípio da fraternidade e o constitucionalismo moderno: uma nova possibilidade de leitura das constituições contemporâneas. In: VERONESE, Josiane Rose Petry; OLIVEIRA, Olga Maria Boschi Aguiar (org). **Direitos na pós-modernidade**: a fraternidade em questão. Florianópolis, Fundação Boiteux, 2011.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Deveres de Consideração nas Relações Contratuais**. Disponível em <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/3465/2481>>. Acesso em: 25 nov. 2017.

GORIA, Fausto. Fraternidade e Direito. Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni; CURY, Afife; CURY, Munir; SOUZA, Carlos Aurélio Mota de (Org.). **Direito e Fraternidade**. São Paulo: LTR, 2008.

GUEDES, Priscila das Ponte Amado; GUEDES, Gabriel Pinto; BARZOTTO, Luciane Cardoso, org. **Direito e fraternidade**: em busca de respostas. Porto Alegre: Sapiens, 2016.

LAZZARIN, Sonilde K. O princípio da fraternidade na Constituição Federal Brasileira de 1988. **Direito & Justiça**. v.41, n.1, p. 92-99, jan.-jun. 2015.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas de trabalho. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. 1 ed, 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MENDES, Gilmar. **A Jurisdição constitucional no Brasil e seu significado para a liberdade e a igualdade**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/munster_port1.pdf>. Acesso em: 10 maio 2018.

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz. O princípio da fraternidade no Direito: instrumento de transformação social. In: PIERRE, Luiz Antonio de Araujo [et al.] (org.). **Fraternidade como categoria jurídica**. Vargem Grande Paulista, SP: Editora Cidade Nova, 2013.

PAVELSKI, Ana Paula. **Funções da boa-fé objetiva no contrato individual de trabalho**. Disponível em: <<http://www.trt9.jus.br/portal/arquivos/1512188>>. Acesso em: 22 nov. 2017.

PIZZOLATO, Filippo. A fraternidade no ordenamento jurídico italiano. In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O princípio esquecido 1: a fraternidade na reflexão atual das ciências políticas**. Tradução de Durval Cordas, Iolanda Gaspar e José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

RESTA, Eligio. **O Direito Fraterno**. Tradução de Sandra Regina Martini Vial. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2004.

RIBEIRO DIAS, Maria Beatriz. Direito à informação no Direito do Trabalho. In: Renato Rua de Almeida, coord; Jeana Silva Sobral, Cláudimir Supioni Junior, org. **Direitos Laborais inespecíficos: os direitos gerais de cidadania na relação de trabalho..** São Paulo: LTr, 2012.

SALMEIRÃO, Cristiano. O princípio da fraternidade e sua efetivação através da decisão monocrática do relator: combate das desigualdades sociais. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 111, abr 2013. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/%3C?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13090&revista_caderno=9>. Acesso em 01 out. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEGALA, Natalia Butignoli. **O princípio da boa-fé objetiva: deveres instrumentais e a função reequilibradora nos contratos de trabalho**. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=15890>. Acesso em: 21 nov. 2017.

SILVA, Tatiana Fernandes Dias da; BUSTAMANTE, Ana Paula. **Direito ambiental, fraternidade e desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=160743788aa7329f>>. Acesso em 03 out. 2017.

SUPIOT, Alain. **Crítica do Direito do Trabalho**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2016.

TOSI, Giuseppe. A fraternidade é uma categoria política? In: BAGGIO, Antônio Maria (Org.). **O Princípio Esquecido 1**. Tradução Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista: Cidade Nova, 2008.

VATICANO. **Carta Encíclica Rerum Novarum**. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html>. Acesso em: 29 set. 2017.

VIERA, Oscar Vilhena. **Direitos Fundamentais – Uma leitura da Jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

WÜLFING, Juliana; CASAGRANDE, Lilian Patricia. **Trabalho e fraternidade: um constitucionalismo fraternal para o direito do trabalho**. Disponível em: <http://www.catedrachiaralubich.org/uploads/artigos/artigos_2014-07-08_ruef2012artigoliliancasagrande_pdf_72cc8678dbdb59b557f0c9eda42a060b.pdf>. Acesso em: 29 set. 2017.

CAPÍTULO 17

DIREITO E POLÍTICA NA REALIDADE DO TRABALHO DOMÉSTICO: UMA ANÁLISE INTERSECCIONAL NO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO/BA

Data de aceite: 01/03/2021

Anna Christina Freire Barbosa

<http://lattes.cnpq.br/2380258918998637>

Ingrid Danielle Amorim Alves de Araújo

<http://lattes.cnpq.br/7939654268339758>

RESUMO: Ao explorar contextos sociais carregados de ambivalência e tensões no campo das relações de trabalho, este estudo constitui um esforço de perscrutar o reconhecimento e a ampliação de direitos constitucionais à classe de trabalhadoras domésticas. Objetiva-se tratar da temática jurídica-social do trabalho reprodutivo, principalmente no contexto das vidas das mulheres, ao investigar os impactos do reconhecimento jurídico advindo da Emenda Constitucional nº 72/2013 e da Lei Complementar nº 150/2015. Analisará, portanto, a disposição das trabalhadoras no município de Juazeiro-BA, região do sertão nordestino, e, pretende-se, com este estudo interseccional nos aspectos de classe, gênero e raça, mapear o perfil das trabalhadoras da região e investigar se há violações aos direitos adquiridos e se estas seriam pontuais ao município ou se denotam um fenômeno sintomático. Como resultado de pesquisa de campo, o tema é apresentado, numa primeira abordagem, em relação ao histórico do grupo e à gênese da ocupação doméstica, depois, discute dados estatísticos e processuais nas regiões apontadas, para, posteriormente, tratarmos acerca da possível efetivação do ganho constitucional advindo dos dispositivos

legislativos.

PALAVRAS-CHAVE: Trabalhadoras domésticas; Direito do Trabalho; Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: By exploring social contexts laden with ambivalence and tensions in the field of labor relations, this study constitutes an effort to delve into the recognition and expansion of constitutional rights to the body of domestic workers. The objective is to undertake the legal-social theme of reproductive work, mainly in the context of women's lives, by investigating the impacts of the legal recognition provided by the Constitutional Amendment No. 72/2013 and by the Complementary Law No. 150/2015. It will therefore analyze the allocation of workers in the municipality of Juazeiro-BA, in the northeastern hinterland region, thus endeavoring, through this intersectional study on the aspects of class, gender and race, to map the profile of workers in the region and investigate if there occur violations of acquired rights and whether they are limited to the municipality or are the product of a symptomatic phenomenon. As a result of field research, the theme is presented, on a first approach, in relation to the group's history and to the genesis of domestic occupation, subsequently discussing statistical and procedural data from the regions indicated, to later confront the possible effectiveness of the constitutional gain derived from legislative provisions.

KEYWORDS: Domestic workers; Labor Law; Fundamental Rights.

11 A CONSTITUIÇÃO DO TRABALHO DOMÉSTICO NO DECURSO MODERNO

A criação de uma consciência coletiva e, posteriormente, individual, para o período denominado de Modernidade, no paradigma fabril e no novo ritmo das cidades, trouxe consigo a supervalorização do trabalho produtivo. Esse fenômeno desenvolveu-se na busca pelo emprego e pela idealizada carreira profissional, moldando as pessoas a tais pretensões, não se tratava apenas sobre o desenvolvimento do seio familiar ou doméstico, mas sobre como o trabalho precedia e mesmo alterava a *persona* de cada um e a percepção dos outros sobre si. Trabalhar tornou-se sinônimo de produzir e gerar lucro e a divisão sexual do trabalho passou a operar de forma sistemática, excluindo as atividades exercidas nos limites do lar da compensação monetária aplicada aos processos extra-muros.

Para os estudos marxistas, aliados à perspectiva de gênero, toda tarefa desempenhada na esfera pública, considerada profissional e detentora de valor de mercado, estaria disposta no sentido de Trabalho Produtivo, principalmente pela remuneração devida a tais atividades. De outro modo, as atividades realizadas especialmente da seara domiciliar, como cuidado com a prole e serviços domésticos, eram entendidas como Trabalho Reprodutivo, ou, Trabalho Improdutivo, também pela ausência de compensação monetária. Nessas condições, depreende-se que o primeiro tipo de ocupação também apresenta maior valor social e é desempenhado principalmente por indivíduos do sexo masculino, demonstrando que exatamente desta internalização de funções reside a eficácia do modelo de Divisão Sexual do Trabalho, em que as atividades desempenhadas principalmente por mulheres exigem pouco conhecimento técnico e científico, porém, demandam mão-de-obra e persistência intensiva e repetitiva, contudo, sem pagamento correspondente.

Os estudos sobre as realidades femininas, no decurso da Modernidade, apresentam recortes metodológicos tais como gênero, raça ou etnia e classe social. No aspecto social, por exemplo, em virtude da dedicação aos filhos e ao companheiro, observa-se a menor possibilidade de investimento em cursos profissionalizantes ou de graduação, e, com isso, a redução das oportunidades profissionais de trabalho formal com mais frequência do que pelas figuras masculinas da família. Esse quadro remete de imediato à compreensão de que o trabalho não é somente um ato de *labor*, ou uma comum prática cotidiana para sustento do empregado, mas uma real instituição, cuja função social confunde-se com a função psíquica. De tal forma, enquanto instituição, ele contribui para a formação da sociedade e da cultura, mediatiza as relações, orienta-as e serve como referência, na elaboração do sentido da práxis. Como elemento da formação psíquica, ele mobiliza investimentos, representações e valores, sustentando a identificação do sujeito com suas ações (LHUILLIER, 2014, p.15). No sentido de construção da identidade, ao tratar sobre o serviço doméstico na história, a filósofa Angela Davis, em sua obra “Mulheres, raça e classe”, dispôs que

(...) proporcionalmente mais mulheres negras sempre trabalharam fora de casa do que as suas irmãs brancas. O enorme espaço que o trabalho ocupou na vida das mulheres negras, segue hoje um modelo estabelecido desde o início da escravatura. Como escravas, o trabalho compulsoriamente ofuscou qualquer outro aspecto da existência feminina. (DAVIS, 1981, p. 10)

A autora também caracteriza a história escravagista norte-americana com um viés de servidão contínua, pois “enquanto as mulheres negras trabalhavam como cozinheiras, amas, criadas de quarto e todas as propostas domésticas, as mulheres brancas do Sul rejeitavam esta linha de trabalho” (p. 68). Assim, romper com esse contexto de precariedades e ausências, alicerçados pelo racismo e pelo sexism, perpetuados através das estruturas de poder, representa um desafio constante para as trabalhadoras domésticas ainda no contexto atual. A literatura e as mídias também foram responsáveis por fornecer numerosos estereótipos das mulheres negras como personalidades “confiáveis, criadas permanentes”, inclusive preferindo empregá-las em detrimento das mulheres brancas, sob justificativas tais como “(...) porque elas pareciam mais com os criados”. Essa definição tautológica das pessoas negras como criadas, segundo Angela, é, de fato, uma das proposições essenciais da discriminação racial. Outro exemplo categórico está na construção dos quartos de empregada, ainda comuns no Brasil, os quais são espaços em geral planejados para uma cama pequena, sem janelas, com banheiro pequeno, reais “quartos de despejo” - em alusão à obra de Carolina Maria de Jesus - que operam silenciosamente num *apartheid* do espaço arquitetônico urbano e na ideia de público-privado.

Em seu trabalho intitulado “Entre nós mulheres: Elas as patroas e Elas as empregadas”, a professora Suely Kofes aponta o espaço doméstico como “constituidor do ser mulher”, tanto em comparação à relação admitida pelos homens no mesmo contexto, como pelas diversas formas que as mulheres de classes e etnias distintas estabelecem suas relações nesse universo, portanto, “A construção da própria identidade, através do trabalho, bem como a busca do reconhecimento, se confundem, no caso, com o próprio sentimento de vulnerabilidade social, econômica, profissional e, finalmente, existencial” (SILVA, 2017).

Em linhas gerais, teorizar as assimetrias entre as mulheres em relação à raça-etnia e classe social, ao longo das décadas, evidencia a compreensão, com mais profundidade, de como estão delineados os padrões de trabalho e a situação jurídica da categoria nos dias atuais. Sabendo-se que o trabalho doméstico é o setor de maior mão de obra feminina no país e, simultaneamente, o mercado que mais emprega mulheres negras na Bahia, de acordo com a Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia (SEI), a literatura específica sobre o serviço doméstico é unânime em reconhecer a complexidade das relações dessa profissão desenvolvida no ambiente privado e, portanto, ocasiona uma retenção do reconhecimento jurídico dessa classe de trabalhadores em detrimento das demais. Essa mera demonstra que a exclusão social foi, por muitos anos, reforçada pela

ausência do Estado na proteção dos direitos desses sujeitos, num processo de reprodução social continuada, isto é, cristalizando quem é aquele que trabalha, pra quem e por quanto tempo. Para adentrar em tais discussões, faremos um estudo sobre a legislação específica que atualmente regulamenta a situação jurídica dessas trabalhadoras no Brasil.

2 I MARCOS DO REGIME JURÍDICO TRABALHISTA NO BRASIL

Desde logo, ao analisar a realidade do trabalho doméstico, observa-se um contexto de singularidades que torna o Brasil o país com o maior número de empregadas domésticas no mundo, cerca de 7,2 milhões, segundo dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Mesmo diante desse quantitativo, a busca por um benefício previdenciário, malgrado assegurada, por exemplo, às trabalhadoras que não possuem registro formal, é anexada como “irrelevante” pelo sistema do Ministério do Trabalho e, portanto, não há muitas informações acessíveis sobre a classe – fato que demonstra a invisibilização da categoria aos olhos dos órgãos públicos. O reduzido número de sindicatos de representação dos interesses das trabalhadoras em todo território nacional também é fato para morosidade da efetivação dos direitos do trabalho e da pessoa humana perante a Justiça do Trabalho.

No Brasil, dentre os dispositivos legais que resguardam a classe doméstica, destacam-se a Emenda Constitucional 72/2013, produto da afamada “PEC das domésticas”, que alterou a redação do artigo 7º da Constituição Federal Brasileira na equiparação às demais ocupações de trabalho, garantindo que,

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social. (Redação da Constituição Federal).

Alguns desses direitos são inéditos para as domésticas, tais como proteção da relação de emprego contra dispensa arbitrária ou “demissão sem justa causa”, obrigatoriedade no recolhimento do Fundo de Garantia - FGTS e recebimento de décimo terceiro salário, também consagrados pelo Decreto Lei 5.452/1943 (Consolidação das Leis Trabalhistas - CLT). Outro marcador importante de proteção ao grupo está consagrado pela doutrina majoritária do Direito do Trabalho, na qual as normas trabalhistas presentes nos diplomas legais são dotadas de imperatividade e irrenunciabilidade, de forma que não pode o empregador ou empregado abrirem mão das garantias previstas, estabelecendo uma pretensa segurança jurídica às relações de trabalho. Além disso, a Lei Complementar 150/2015 apresenta a maior parte dos direitos assegurados a essas trabalhadoras, de imediato, trazendo o conceito de trabalhador doméstico como “aquele que presta serviços

de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”, o que as distingue de diaristas, que possuem outro regimento jurídico.

As regulamentações presentes no diploma complementar versam sobre a jornada de trabalho e as férias, horas extras, dispensas, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), aposentadoria e seguro em hipótese de acidente de trabalho. Na realidade democrática, essas garantias, malgrado tardias, colaboram para o fortalecimento da categoria e objetivam mudanças nas antigas condições, especialmente pela busca do caráter sólido e garantidor da Constituição Brasileira de 1988. Os marcos regulatórios atuais, todavia, não são integralmente satisfatórios, mas possuem uma importante autoridade pública quando comparados às suas antecessoras, como a revogada Lei Ordinária 5.859 de 1972, que exigia a apresentação de “atestado de boa conduta” como pressuposto à admissão de trabalhadores domésticos aos lares brasileiros.

Em 2011, durante a 100ª Conferência Internacional do Trabalho (CIT), em Genebra, o Brasil assinou e ratificou a Convenção sobre o Trabalho Decente para as Trabalhadoras e os Trabalhadores Domésticos, ou simplesmente Convenção N.º 189 da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Responsável por promover proteção específica para as domésticas, representou um conjunto de medidas estabelecendo os princípios e direitos básicos que exigem que os Estados devem tomar para tornar o trabalho digno uma realidade para esse grupo. Ao ratificar a referida Convenção, o Brasil formalmente comprometeu-se a cumprir todas as obrigações que dela decorrem além de apresentar periodicamente à OIT um relatório com as medidas que adotou nesse sentido, algumas delas, objetivando atingir diretamente a classe de domésticas, foram a promoção e proteção dos direitos humanos (Preâmbulo; art.3º), o respeito e proteção pelos princípios e direitos fundamentais no trabalho (Artigos 3º,4º e 11º), a proteção efetiva contra todas as formas de abuso, assédio ou violência (artigo 5º), condições justas de emprego e condições de trabalho dignas (artigo 6º) e o acesso efetivo aos tribunais ou a outros mecanismos de resolução de conflitos, incluindo mecanismos de queixa acessíveis (artigo 17º).

Contudo, surgem dificuldades em inferir precisamente se as mudanças legislativas repercutiram no paradigma social de forma expressiva, devido à ocorrência de fatores simultaneamente relevantes em concomitância à aprovação dos dispositivos legais, como a crise econômica e social e a transição de governos no Brasil. Além disso, estabelecer uma relação direta de proporcionalidade entre a encadeação de direitos e sua efetividade na produção de empregos, num aparente cenário de instabilidade política e social, sobretudo na realidade de uma das profissões de maior predominância de informais é, no mínimo, equivocada. Para que se alcance, portanto, uma compreensão ampla da situação jurídica das trabalhadoras domésticas da região neste momento histórico, abordaremos na sequência três pontos fundamentais: primeiro, com um estudo aprofundado de dados estatísticos a nível nacional, regional e municipal sobre a realidade trabalhista da classe,

posteriormente, mediante análise de casos concretos em processos judiciais dessa matéria que tramitaram no município em questão e, por fim, um aprofundamento das investigações pelo método interseccional na consubstanciação da realidade apontada.

da necessária a análise comparativa de dados estatísticos acerca da matéria, como os apresentados pela Pesquisa de Emprego e Desemprego na Região Metropolitana de Salvador - PEDRMS, desenvolvida pela Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia, numa investigação domiciliar mensal que produz informações sobre a estrutura e a dinâmica do mercado de trabalho nesse território, mediante um levantamento sistemático sobre os liames de emprego, desemprego e rendimentos do trabalho. Utiliza-se esse referencial na tentativa de vislumbrar o contexto baiano, em decorrência da escassez ou completa ausência de levantamentos semelhantes e atualizados no município de Juazeiro.

Segundo dados mais recentes da pesquisa, na região metropolitana de Salvador, onde domésticas são aproximadamente 16% de todas as mulheres ocupadas, embora o rendimento médio real por hora trabalhada tenha crescido (2,9%) em 2017 para as mulheres em geral, declinou 0,5% para as ocupadas no emprego doméstico: “ao longo da série histórica anual da PED-RMS, iniciada em 1997, houve aumento da formalização das relações de trabalho no emprego doméstico, acompanhando o movimento observado no mercado de trabalho no Brasil e, para as empregadas domésticas, o processo de formalização foi mais intenso a partir de 2010”¹. Num movimento pendular, o nível de emprego doméstico cresceu em 2014 (3,4%), diminuiu em 2015 (-7,4%), não se alterou em 2016 e voltou a diminuir em 2017 (-1,8%), porém, a contratação formalizada tem aumentado ininterruptamente, malgrado em ambiente de crise, contrariamente ao que ocorre com as ocupações em geral, fatores que enunciam que, ao longo do tempo, no segmento doméstico, além do crescimento do emprego formalizado, o ajuste se deu numa combinação do aumento do número de empregadas domésticas diarista e o declínio das mensalistas sem carteira de trabalho assinada.

Apesar de as movimentações financeiras do mercado em crise não terem provocado significativo aumento da contratação de domésticas que já exerciam essa atividade, parece ter ocasionado justamente o fenômeno do aumento de trabalhadoras no mercado, vez que as atuais trabalhadoras estavam ocupadas no comércio ou na indústria. Com a carência por melhores oportunidades e desaquecimento das demais áreas, sobretudo para os grupos femininos, elas migraram para essa atividade econômica, o que resultou em salários inferiores e jornadas mais longas e desgastantes, baixa remuneração e ausência de proteção da Previdência Social, alguns dos motivos que ratificam que, em 2018, 70%, das domésticas ainda permaneciam na informalidade, segundo levantamento do IBGE.

Notadamente também, como descrito, a implementação da Lei Complementar 150/2015,

¹ SEI divulga dados sobre emprego doméstico. SEI – Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia. Disponível em: <https://www.sei.ba.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2710&catid=1540&Itemid=101>. Acesso em 18 de Jun. 2019.

três anos antes, coincidiu com o início da recessão², fator decisivo para a não-formalização de muitas dessas trabalhadoras.

Percebe-se nesse fenômeno a constituição de um coeficiente para aumento no número de trabalhadoras no Estado e, visualizando o cruzamento dos rendimentos da categoria por sexo e escolaridade, mostra-se um crescimento da renda para as pessoas com mais anos de estudos, pois essa categoria tem uma jornada de trabalho definida por uma relação de trabalho híbrida, mesclada por trabalho assalariado com um certo regime servil, como aponta o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Na medida em que o reconhecimento e garantia de Direitos Humanos intrínsecos à nova legislação significou grande avanço social para o grupo, também diminuiu as oportunidades de inserção no trabalho formal. Há também que se falar do inchamento desregrado do Estado-Provedor enquanto produtor de leis panegíricas e isoladas, ao passo que propõe poucas metas ou prazos para real efetivação dessas garantias, na forma de políticas públicas ou campanhas de conscientização.

Majoritariamente, a ampliação dos direitos das trabalhadoras domésticas pela Emenda Constitucional nº 72 demonstra a atuação do Estado em legislar sobre as relações trabalhistas e sociais, mas também sobre as realidades desses indivíduos, com o prisma de sujeitos de direitos, o que representa um ganho para a Democracia Brasileira. Contudo, a atual legislação não é um fim em si mesma, pois ela não basta - sobretudo com as ameaças pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) - e necessitaria da promoção de políticas públicas que trouxessem efetividade às garantias dos diplomas legais, assim como a exigência de um comportamento mais ativo por parte do Estado e das instituições públicas.

Explorar referenciais históricos, legais e estatísticos, por sua vez, é fundamental para o avanço das análises deste estudo e, para somar a essa investigação, necessita-se um aprofundamento metodológico, com elementos pontuais para representar a realidade doméstica na região.

3 I O PARADIGMA DAS DOMÉSTICAS NO MUNICÍPIO DE JUAZEIRO

No que tange a organização política, ponderando a dimensão geográfica e sócio-cultural da região Nordeste, nota-se que a sindicalização é especialmente inconstante e, por vezes, ausente, pois, malgrado as necessidades e demandas serem notórias, não está introjetado nos indivíduos essa forma de articulação, diferente do que é tradicionalmente presente em outras regiões do país. Além disso, esse fator prejudica a capacidade de afirmar pretensões, entendendo que a vontade política dos governos depende muito da organização e das pressões dos setores da sociedade, isto é, nota-se que esta particular

2 Entre 2012 e 2015 o Brasil perdeu cerca de 292 mil postos de trabalho. No ano em que a Lei Complementar 150 foi implementada, a economia brasileira encolheu 3,8% e atingiu o pior resultado em 25 anos e somente o setor agropecuário teve crescimento, diferente dos serviços que tiveram queda de -2,7%. Em 2018, o país ainda tinha 13 milhões de desempregados e 37 milhões na informalidade, conforme apontamentos do IBGE.

categoria é também uma das mais difíceis de lograr êxito na organização sindical, visto que depende-se de permissão para faltar aos serviços para composição das assembleias e, por várias vezes, compensar aos domingos, privando-as de um dia de descanso e lazer com a própria família, por exemplo.

Embora haja o distanciamento sindical, o Sindoméstico Bahia, criado na década de 90 em Salvador, representa postura de vanguarda na região, possuindo como baluarte o combate direto à violência contra a mulher e o machismo, contra o racismo e o trabalho infantil. Além disso, oferta às trabalhadoras materiais informativos, assessorias jurídica e contábil, cursos de formação e capacitação e homologações em casos de rescisões de contrato de trabalho. Tratando sobre o cotidiano das domésticas, a atual presidente da organização sindical, Creuza Oliveira, destaca, além da falta de reconhecimento e efetivação de direitos, os assédios morais e sexuais, a exploração e as acusações falsas sofridas pela classe, que por exercer as funções em ambiente privado e domiciliar, também com o desafio de denunciar essas violências sem o apoio de provas.

Predispondo-se a examinar a discussão à luz de casos concretos e a fim de estudar como as demandas trabalhistas são delineadas após o ingresso judicial, sobretudo no município de Juazeiro, estado da Bahia, foram analisados 20 (vinte) procedimentos judiciais, que tramitaram durante o período de maio de 2015 a março de 2019 pelo Tribunal Regional do Trabalho da 5^a Região, todos com ações propostas por trabalhadoras domésticas de Juazeiro. Os procedimentos trabalhistas de Juazeiro incorrem para dois juizados, a 1^a Vara do Trabalho, instituída pela Lei 4.124/62 e a 2^a Vara do Trabalho, instituída pela Lei 8.432/92 e abrangem, além do referido município, os de Campo Alegre de Lourdes, Casa Nova, Curaçá, Pilão Arcado, Remanso, Sento Sé e Sobradinho.

No decorrer da investigação, aproveita-se a oportunidade para trazer foco os reflexos da aprovação da Reforma Trabalhista, na Lei nº 13.467, e discutir suas principais alterações legais. Tomando como base o acompanhamento processual, o primeiro pedido observado nas petições iniciais foi comum a todos os processos analisados e correspondeu ao reconhecimento do vínculo empregatício, pois, confere legitimidade à relação trabalhista e a todos os posteriores requerimentos. Além disso, os principais objetos de reclamações trabalhistas, assim como no restante do país, decorreram da falta de registro formal de trabalho e do não recebimento correspondente às horas extras, férias acrescidas do terço constitucional como também a ausência de depósito a título de FGTS. Após a propositura da ação, as alegações de defesa dos empregadores, por outro lado, argumentam e incorrem na tentativa pela descaracterização da doméstica, com argumento de que os serviços prestados são esporádicos, com objetivo de enquadrá-las como diaristas, e reduzir a legitimidade em requerer os direitos adquiridos exercendo a função de trabalhadora doméstica.

Nesse sentido, torna-se perceptível, a partir do conteúdo das peças examinadas, que a relação patrão-trabalhadora é considerada mormente com ônus de prestação de

serviço, enquanto a relação trabalhadora-patrão estaria mais próxima de um vínculo de confiança, pelos relatos dessas mulheres, que afirmaram passar anos ou décadas numa mesma residência, de acordo com a descrição dos fatos, e pelo caráter próprio de cuidado e manutenção do lar entre as atividades desempenhadas. Diante disso poderia-se inferir que ingressar com uma demanda judicial representa a quebra dessa confiança - cujos valores emocionais estão quase sempre presentes nas audiências, ou, impedindo-as por completo de buscar reparação jurisdicional às transgressões de direitos.

É válido repisar também que na redação do artigo 3º da CLT, considera-se empregado “toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Tendo em vista o perfil do trabalhador que pleiteia a Justiça do Trabalho ser precário e instável e, na maioria das vezes, não dispor de meios econômicos suficientes que sejam necessários para assumir os riscos judiciais, as investigações foram confirmativas em apontar que, na unanimidade das vezes, a requerente declarou-se em situação de hipossuficiência para arcar com elevadas custas do processual e advocatícias.

Outro impedimento que se percebe na busca por sanar as violações de direitos, está na organização do sistema judicial adotado pelo Tribunal Regional de Juazeiro, usualmente feita em duas categorias, por ano e por assunto processual, mas não por categoria, feita a partir de informações fornecidas pelos advogados no ato de propositura da ação. Essa discricionariedade é um dos fatores que representa dificuldade em localizar os processos de trabalhadoras domésticas, em razão do não cadastramento de assuntos processuais integralmente no momento do protocolo das ações e, ainda, por não haver a opção de cadastro do tipo de atividade econômica, isto é, se o requerente é operário da construção civil, agente de secretaria, trabalhador doméstico, etc.

Depreende-se, dessa omissão na filtragem de dados, que as dispêndios na localização dos processos dessa classe poderiam ser solucionados pela criação de opção de busca pelo tipo de relação de trabalho logo no cadastro da ação e facilitaria o acesso de servidores a esses processos. Uma melhor sistematização conduziria ao efeito contrário à invisibilização atual das domésticas, objetiva-se principalmente o levantamento estatístico de quantas e de quais ações estão sendo reclamadas por elas, por exemplo, que ainda não ocorre, muito embora pudesse auxiliar significativamente em futura criação de políticas públicas e mecanismos de defesa. É incontroverso que o desconhecimento também é fator importante para que elas não procurem o Judiciário em primeiro momento, apesar das informações serem mais publicizadas, muitas não sabem das novas garantias ou não compreendem a linguagem jurídica de brocados.

Para investigação das tendências sociais, o principal desafio encontrado no cômputo desta pesquisa foi a obtenção de dados, sobretudo atualizados, produzidos por órgãos de pesquisa e de Governo, para buscar compreender como se dariam as relações entre trabalhadoras e as novas legislações. Essa escassez, portanto, revelou uma invisibilização

por parte das instituições em investigar parâmetros e tendências e formalizá-los em referenciais estatísticos. Contudo, esse problema de visibilidade não é somente estatístico, mas também teórico e político, segundo PICCHIO (2003). No que diz respeito ao perfil da trabalhadora doméstica, notou-se, nos processos analisados, que todas as reclamantes moravam em bairros periféricos ao centro da cidade analisada (Juazeiro/BA), enquanto os patrões residiam em lugares centrais e próximos à orla fluvial.

Outrossim, observando a faixa etária média, conforme disposto no Gráfico 1, observa-se que parte significativa delas possuía entre 30 e 50 anos de idade, quando ingressaram com a ação judicial.

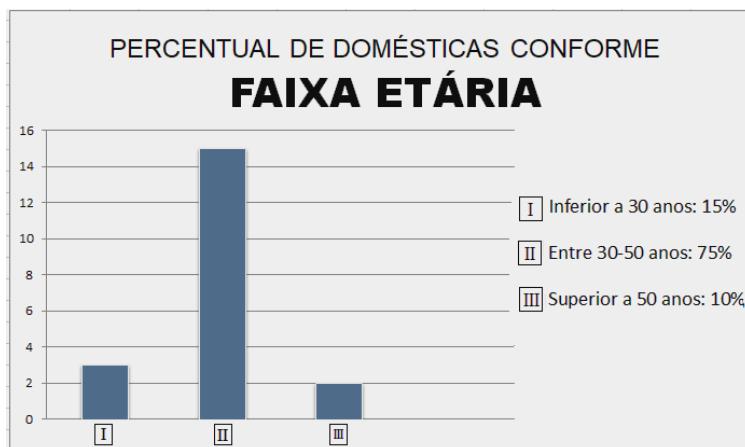


Gráfico 1

Fonte: Elaboração própria a partir do estudo de casos processuais da 1^a Vara do Trabalho de Juazeiro/BA.

Dentre os resultados das lides processuais, a maioria teve resolução por sentença homologatória de acordo entre as partes, com obrigação de pagamento de valor certo pelos executados às trabalhadoras, numa proporção de 70% dos processos analisados. Isso indica que as domésticas que chegam a pleitear uma reparação judicial obtiveram, até então, relativo sucesso, porém, ao custo de muitos de seus direitos. Os acordos na Justiça do Trabalho são comuns, principalmente por fatores como a necessidade de recebimento célere das quantias em atraso (ainda que, quase sempre sofrendo redução) e também pela escassez de provas contundentes obtidas pelas partes autoras. Ora, conforme já posto, o padrão de posturas das domésticas revela a confiança em seus empregadores associado à falta de conhecimento jurídico e informalidade nas relações, o que ocasiona uma dificuldade na comprovação de que houve horas extras trabalhadas, completa ausência de férias, inconstância de recebimento salarial e outras negligências.

Em referência ao estado civil, a maior parte das domésticas declarou estar solteira no momento da propositura da ação, como aponta o Gráfico 2.

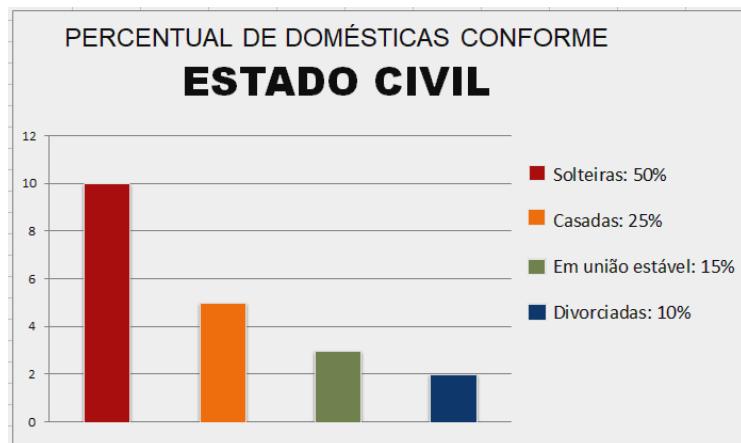


Gráfico 2

Fonte: Elaboração própria a partir do estudo de casos processuais da 1^a Vara do Trabalho de Juazeiro/BA.

Observa-se o trecho de uma das sentenças: “Requer a Reclamante o pagamento do valor equivalente a 7 horas extras por semana, durante todo o pacto laboral, além dos reflexos, sendo 6 horas a título de intervalo intrajornada não usufruído e mais uma hora extra laborada aos sábados. (...) Dentre os novos direitos conferidos aos empregados domésticos, com a publicação da Emenda Constitucional 72/2013, encontra-se a duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e 44 horas semanais e a remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% à do normal. Conquanto tal emenda constitucional previsse a necessidade de regulamentação, o que ocorreu de fato com a Lei Complementar 150/2015, essas parcelas inovadoras foram estendidas aos empregados domésticos com efeito imediato e imperativo. *Entretanto, no caso sob análise, considerando que a obrigatoriedade de registro da jornada da empregada doméstica pelo empregador, nos termos do art. 12 da LC 150/2015, não existia à época do contrato, cumpria à Reclamante fazer prova do fato constitutivo de seu direito, ante a negativa da Reclamada, ônus do qual não se desincumbiu a contento, sequer produzindo prova testemunhal.* (Grifo nosso)”.³

Além disso, a variação temporal entre início e término dos processos foi expressiva, com o processo mais célere possuindo duração de 2 (dois) meses e o maior com sua conclusão somente após três anos da data em que foi protocolado no tribunal. Ao identificar que parte significativa tem como resultado o acordo, não é possível inferir exatamente por

3 Ratificamos que os autos de todos os processos objetos deste estudo estão disponíveis para consulta pública, contudo, para que as identidades das domésticas sejam preservadas, os números referentes à tramitação dos procedimentos não aparecerá no trabalho final, pois apenas o conteúdo dos julgados tem relevância digna de análise.

quais razões a doméstica aceitou ou não a oferta proposta, principalmente por tratar-se de motivo subjetivo e particular de cada uma delas. Não é despiciendo relembrar que, à medida que a maioria dos processos findou em acordo, é necessário pontuar que isso atende aos princípios processuais da eficiência e da celeridade, mas não à eficácia de garantir o direito aos sujeitos, pois muitas vezes com os acordos estabelecidos, é reduzida a defesa da trabalhadora e simultaneamente aumentam os obstáculos pela perda de direitos trabalhistas já garantidos e de acesso à justiça.

Não obstante, há duas particularidades que devem ser analisadas⁴. No único processo de sentença improcedente, isto é, com o pedido da doméstica completamente negado, a argumentação do magistrado foi que as relações desenvolvidas pela trabalhadora não configuravam emprego fixo, mas sim, esporádico. É importante recordar que o serviço de forma contínua é um dos pressupostos à caracterização do emprego doméstico, com base na Lei Complementar 150/15. A segunda questão foi o arquivamento definitivo de um dos processos com fulcro no resguardo patrimonial do referido tribunal, visto que, após decorridos os prazos processuais, a doméstica reclamante não compareceu em audiência e não manifestou-se de outro modo, e, portanto, deveria pagar as custas processuais ou justificar a ausência, no entanto, também não o fez.

Em concordância com a classificação utilizada pelo IBGE, utilizamos aqui as designações “preta” e “parda”, que unidas formam a totalidade de mulheres negras, em sentido amplo, conforme apresentado no Gráfico 3.

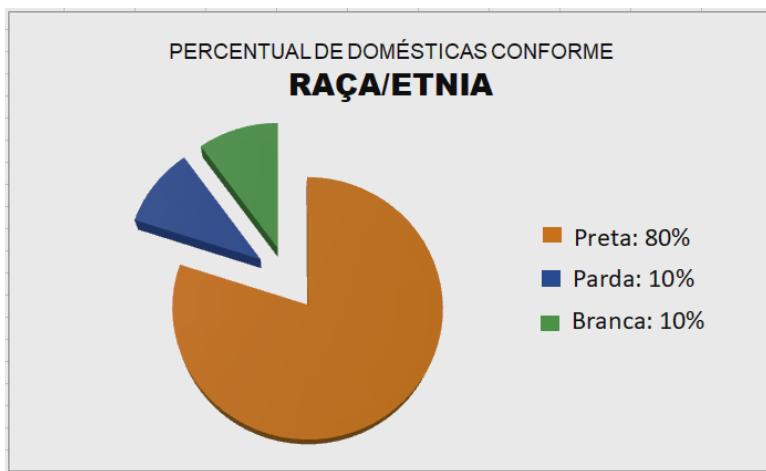


Gráfico 3

Fonte: Elaboração própria a partir do estudo de casos processuais da 1ª Vara do Trabalho de Juazeiro/BA.

4 A análise não esgota-se neste trabalho, contudo, esclarecemos que todos os processos aqui analisados tramitaram, em sua integralidade, em regime de sigilo de justiça e, portanto, algumas particularidades não puderam ser descritas aqui. Com o intuito de preservar a imagem e a identidade das partes, o estudo preocupou-se em meramente descrever os padrões e principais semelhanças para compreender o quadro jurídico-trabalhista da região.

A predominância demonstra que ainda há, nas atividades laborais reprodutivas, raízes do processo de racialização e influências da socialização de gênero brasileira, que estende-se desde a figura da mucama até o arquétipo de trabalhadora doméstica de Juazeiro, pelos critérios de classe social e raça/etnia. Utilizando-se do raciocínio indutivo, após considerar um número suficiente de casos particulares, conclui-se que esses apontam para o fato de que a realidade do grupo estudado está fragilizada por uma série de fatores de caráter estrutural do racismo. Acerca disso, ALMEIDA (2018) preleciona,

“Consciente de que o racismo é parte da estrutura social e, por isso, não necessita de *intenção* para se manifestar (...) É uma relação social, o que significa dizer que a raça se manifesta em atos concretos ocorridos no interior de uma estrutura social marcada por conflitos e antagonismos.” (ALMEIDA, 2018, pág. 40)

Diante desse cenário social e estatístico, congregado ao estudo de casos, é possível afirmar que a legislação federal impactou a realidade local do sertão do São Francisco, onde está localizada a cidade, porém, de forma sensível. Apesar de diferentes dados apresentados, houve convergência entre as realidades da cidade vizinha de Petrolina/PE, pela completa ausência de indícios de organização ou amparo sindical assim como de projetos de lei ou representações nas câmaras legislativas de ambas as cidades. Esses dados permitem a constatação de que a falta de propostas de políticas públicas que representem os interesses dessa classe assim como a aparente ausência de campanhas promovidas pela Secretaria do Trabalho do município baiano levam a crer na total despreocupação com a classe trabalhadoras domésticas de Juazeiro - malgrado muitos desses parlamentares e gestores públicos ainda as empreguem em seus domicílios. Apesar do truismo aparente na força de normatização das leis, os costumes da sociedade, por vezes, prevalecem.

Na contextualização dessa realidade interseccional, de gênero, raça/etnia e condições de classe social, buscou-se apontar os reais impactos sobre o regime trabalhista juazeirense e o perfil dos procedimentos de domésticas da cidade. Porém, para compreender o panorama trabalhista atual, deve-se investigar também como embate entre direitos conquistados e as efetivas oportunidades de trabalho se acirrou principalmente após aprovação da Reforma Trabalhista.

4 I AS MUDANÇAS ADVINDAS DA REFORMA TRABALHISTA (LEI 13.467/2017)

Após os tratamentos acerca dos marcos inovadores que fortaleceram o Estado Democrático, como a Emenda 72/2013, há também aqueles protelatórios e que acarretaram em retrocessos a essas garantias, já reputadas históricas. Com modificações significativas na redação do Decreto Lei 5.452/1943 (CLT), seja no campo do direito material, seja na esfera processual, o processo de desconjuntamento imposto à legislação trabalhista no Brasil teve grande influência nas relações de trabalho das domésticas, pela instituição

da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/17), já utilizada como fundamento às decisões dos processos desta pesquisa. A nova redação do Artigo 579 da CLT, por exemplo, que retirou a contribuição sindical obrigatória, representaria para o Brasil a saída dos de 17 mil sindicatos laborais, para menos de mil, conforme estimativas do Ministério do Trabalho. Outro fato que majora das dificuldades presentes na jornada do emprego doméstico é que a Justiça do Trabalho costuma ser tratada, por muitos advogados e profissionais do Direito, como uma justiça de “menor importância”, fazendo com que esse segmento seja quase sempre velado nos levantamentos estatísticos, a despeito de ser fator que se relaciona diretamente com o novo paradigma estrutural e econômico brasileiro.

Além disso, com a alteração do primeiro parágrafo do artigo 840, também da CLT, as petições iniciais deverão conter pedido certo, determinado e líquido, além do valor em cada pedido, mesmo no rito ordinário. Desta forma, o advogado da trabalhadora não poderá somente colocar o valor da causa, terá que liquidar todos os pedidos da petição inicial, o que requer conhecimentos muito específicos para cálculos e ajustes que antes eram realizados pelo pôlo magistral. Em caso de não cumprimento do requisito, o processo poderá ser extinto sem resolução do mérito, uma insegurança ainda maior para a causa e para a reclamante.

Juridicamente, percebe-se um desrespeito frontal aos princípios de Filtragem Constitucional, já que a EC nº 72 prevalece verticalmente e deve ser tomada como base para produção de normas que regulam o Direito do Trabalho. Quanto à presença dos princípios de Irrenunciabilidade das Garantias Legais e de Imperatividade das Normas Trabalhistas, a Lei 13.467 assevera o contrato de trabalho intermitente, que vai de encontro ao o artigo 7º, I e VII da Carta Maior, que preleciona sobre o direito fundamental do trabalhador aos limites de duração do trabalho. Uma constante, nesse sentido, também corroborada pelas análises processuais, foi que a maior parte das reclamações, gerais e de domésticas, decorrem da falta de registro da Carteira de Trabalho e Previdência Social - CTPS. De outro modo, já estimava-se, à época das discussões anteriores à aprovação da reforma, a redução considerável das reclamações judiciais, pela exclusão de vários direitos e instituição de novos como o Plano de Demissão Voluntária ou Incentivada, para dispensa individual e o aumento expressivo das negociações diretas, isto é, sem regulamentação prévia impondo limites. Assim, os trabalhadores e pôlos ativos da ação judicial estariam lutando quase “desarmados”, sem o mesmo amparo jurídico-legal que detinham.

Tudo isso, somado à massiva migração de trabalhadoras domésticas para ocupação de diaristas revela algo sintomático no novo regime de trabalho: a terceirização. O que acontece de fato, com a terceirização, vai de encontro ao direito fundamental à segurança, presente no artigo 5º, caput, da Constituição Federal e à proteção da integridade física do trabalhador, consagrado no artigo 13 do Código Civil Brasileiro, porque, os subcontratados são os que mais sofrem acidentes de trabalho no Brasil, o país que está em 4º no ranking desses episódios trágicos, segundo dados da Previdência Social. Em crítica ao novo regime,

especialmente para a vida das mulheres trabalhadoras, SCALERIO (2018) descreve as limitações impostas pela Lei 13.467, com o exemplo das lactantes, no artigo 394-A na CLT, que tem a redação “A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre” (Art. 394-A, CLT). Segundo o autor,

(...) trata-se de um retrocesso injustificável. Ao invés de o legislador se preocupar na eliminação da insalubridade no ambiente de trabalho da gestante ou lactante, determina a possibilidade de exposição da gestante e do nascituro à situação de dano efetivo à saúde. A reprodução de ambientes adoecedores de trabalho, a partir da lógica econômica de que custa bem menos pagar um adicional de salário que tornar o ambiente seguro, reduz a qualidade de vida e, por consequência, o convívio social saudável dos trabalhadores. (SCALERIO, 2018).

Esta assimetria está sobretudo relacionada à falta de atuação estatal na efetivação dos direitos previamente garantidos aos trabalhadores, ratificando que a legislação federal teve sua interferência no favorecimento da categoria de domésticas, mas foram constitucionalmente suprimidos pelos novos marcos regulatórios. Deve-se recordar, ainda, que, para a jurisprudência brasileira, nenhuma norma é soberana ou ausente de relativização. No entanto, de acordo com o disposto na Constituição Federal, fonte de referência para todo ordenamento jurídico do país, deve prevalecer o entendimento mais favorável ao trabalhador, e não tão somente a flexibilização e a prevalência do negociado sobre o legislado.

5 I CONSIDERAÇÕES FINAIS E CONCLUSÕES

Consentâneo ao que preconiza a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo XXIII, toda pessoa tem direito a exercer seu trabalho em compatibilidade com a dignidade humana. Ao analisar as particularidades incidentes na realidade de trabalhadoras domésticas, visitamos as multifacetadas de seu caráter constitutivo, nos níveis territorial, demográfico, sócio-racial e individual-psíquico. Conforme ratificado durante todo estudo, o trabalho doméstico não é tão somente um ocupação, mas representa uma verdadeira dinâmica social, cujos obstáculos perpassam alterações legais e políticas, que, por sua própria essência, variam tão rapidamente quanto as relações sociais. Nesse sentido, o exame minucioso dos dados indicou que, por vezes, o ordenamento jurídico brasileiro contribui com alterações na realidade das mulheres, sem provocar, contudo, uma transformação da ordem social vigente, sendo também reprodutor do racismo estruturante da sociedade brasileira.

Também pôde-se verificar mediante a investigação dos autos processuais como o aprofundamento das dissidências do grupo face ao Poder Público e ao Sistema de Justiça permite a inferência de que a dificuldade de obtenção ou completa ausência da

sistematização de dados representa deliberada omissão institucional em estudar e atuar na realidade desse grupo. Pode-se afirmar, no cômputo geral, que houve ganho constitucional advindo dos dispositivos legais que produziram um maior arcabouço de garantias e direitos à classe doméstica, o que significou um positivo avanço à classe de trabalhadoras no Brasil. Todavia, o padrão apresentado pelo município de Juazeiro/BA indica permitiu visualizar que o perfil da trabalhadora doméstica - uma mulher preta, de faixa etária média de 40 anos e moradora de bairro periférico - leva-nos a crer que essas dimensões estão correlatas à reprodução social da discriminação racial e de classe, sobretudo após a Reforma Trabalhista Brasileira de 2017, que afeta frontalmente Direitos Fundamentais e princípios como de não-retrocesso.

Finalmente, face à negligência do Poder Público e à omissão do Legislativo, a busca pela reparação das violações de direitos sofridas foi devida ao Poder Judiciário, que por vezes também reproduziu o paradigma de desamparo às trabalhadoras, revelando que as leis não escritas seguem autorizando a apartação social na tessituras da vida e do trabalho desempenhado por mulheres racializadas e que, os novos marcos regulatórios, por si mesmos, não mudaram a realidade social das domésticas.

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Daniela. **País tem 13 milhões de desempregados e 37 milhões na informalidade, aponta IBGE.** Estadão, Economia & Negócios. Distribuição por meio virtual. Publicado em 31 de julho de 2018. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,taxa-de-desemprego-recua-para-12-4-no-2-trimestre-aponta-ibge,70002423459>>. Acesso em 05 jul de 2019.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.
- ARAÚJO, J. N. G.; BARROS, V. A.; MOREIRA, M. I. C; SILVA, C. L. L. **O trabalho de empregada doméstica e seus impactos na subjetividade.** Psicologia em Revista. Minas Gerais. v. 23, n. 1 (2017). Disponível em <<http://periodicos.pucminas.br/index.php/psicologiaemrevista/article/view/16703>>. Acesso em 18 de Jun. 2019.
- ARAÚJO, Marina Macedo. **Trabalho doméstico no Brasil: a luta pelo reconhecimento social frente aos novos direitos.** 2015. 65 f. Monografia (Bacharelado em Ciências Sociais) — Universidade de Brasília, Brasília, 2015.
- AZEVEDO, Tiago. **Feminismo Marxista: Trabalho produtivo x Trabalho reprodutivo.** Psicoativo, o universo da Psicologia. Publicado em 28/08/2016. Disponível em <<https://psicoativo.com/2016/08/feminismo-marxista-trabalho-produtivo-x-trabalho-reprodutivo.html>>. Acesso em 05 jul 2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado Federal, 2018.

BRASIL, Lei complementar nº 150 de 01 de junho de 2015. Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico; altera as leis nº 8.212, de 24 de julho de 1991, nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e nº 11.196, de 21 de novembro de 2005; revoga o inciso i do art. 3º da lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, o art. 36 da lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, a lei nº 5.859, de 11 de dezembro de 1972, e o inciso vii do art. 12 da lei nº 9.250, de 26 de dezembro 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LCP&numero=150&ano=2015&ato=aa0MzZE9UNVpWTdba>>. Acesso em: 18 de Jun. 2019.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13467-13-julho-2017-785204-publicacaorignal-153369-pl.html>>. Acesso em: 18 de Jun. 2019.

BRITES, Jurema. **Afeto, desigualdade e rebeldia: Bastidores do serviço doméstico**. Tese de doutorado. Porto Alegre: UFGS. 2001.

DAVIS, Angela, 1944 - Mulheres, raça e classe [recurso eletrônico] / Angela Davis ; tradução Heci Regina Candiani. - 1. ed. - São Paulo: Boitempo, 2016.

DYNIEWICZ, Luciana. **Três anos depois de lei, 70% das domésticas estão na informalidade**. Estadão, Economia & Negócios. Distribuição por meio virtual. Publicado em 12 de agosto de 2018. Disponível em <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral/tres-anos-depois-de-lei-70-das-domesticas-estao-na-informalidade,70002444821>>. Acesso em 05 jul de 2019.

GARRIDO, Yasmin. **Em 20 anos, número de diaristas cresceu 141,7% na Região Metropolitana de Salvador**. Correio 24 horas; O que a Bahia quer saber. Distribuição por meio virtual. Publicado em 25 de abril de 2019. Disponível em <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/em-20-anos-numero-de-diaristas-cresceu-1417-na-regiao-metropolitana-de-salvador/>>. Acesso em 05 jul de 2019.

JESUS, Carolina Maria de. **Quarto de despejo – diário de uma favelada**. São Paulo: Francisco Alves, 1960. Rio de Janeiro: Casa da Palavra, 2001.

PICCHIO, Antonella. **Social reproduction: the political economy of the labour market**. Cambridge: University Press, 1994.

MARIANO, Silvana Aparecida; CARLOTO, Cássia Maria. **Aspectos diferenciais da inserção de mulheres negras no Programa Bolsa Família**. Soc. estado., Brasília , v. 28, n. 2, p. 393-417, Aug. 2013 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 31 de Maio de 2019.

MEDEIROS, D. P. Revista Sociologia Jurídica – ISSN: 1809-2721. Número 10 – Janeiro/Junho 2010. **O comportamento do empregado: uma leitura segundo as obras de Foucault**. Disponível em <<https://sociojuridica.net/o-comportamento-do-empregado-uma-leitura-segundo-as-oberas-de-foucault/>>. Acesso em 18 de Jun. 2019.

MELO, Hildete Pereira de. **O Serviço Doméstico Remunerado no Brasil: de criadas a trabalhadoras**. Da Diretoria de Pesquisa do IPEA. Rio de Janeiro, Jun. de 1998 Disponível em <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0565.pdf>. Acesso em 18 de Jun. 2019.

NANINI, Lucas. **Mais de 5 milhões de carteiras de trabalho foram emitidas em 2018. Ministério da Economia.** Secretaria de Trabalho. Emprego. Publicado em 05 de Fevereiro de 2019. Disponível em <<http://trabalho.gov.br/noticias/6849-mais-de-5-milhoes-de-carteiras-de-trabalho-foram-emitidas-em-2018>>. Acesso em 05 jul de 2019.

RENAUX, Pedro. **Revisão periódica mostra queda de 3,5% do PIB de 2015.** Agência IBGE Notícias. Editoria: Estatísticas Econômicas. Data de publicação: 09/11/2017. Disponível em <<https://agenciadenumeros.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/17900-revisao-periodica-mostra-queda-de-3-5-do-pib-de-2015>>. Acesso em 18 de Jun. 2019

SANTOS, Elenice. **Terceirizados são as maiores vítimas de acidentes de trabalho.** S. P. Bancários, Distribuição por meio virtual. Publicado em 26 de abril de 2018. Disponível em <<http://spbancarios.com.br/04/2018/terceirizados-sao-maiores-vitimas-de-acidentes-de-trabalho>>. Acesso em 05 jul de 2019.

SCALERIO, Marcos. **Análise crítica da Reforma Trabalhista - Lei 13.467 de 2017** - Pontos contrários. Jornal Carta Forence. Artigo. Publicado em 01/08/2018. Disponível em <<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/analise-critica-da-reforma-trabalhista---lei-13467-de-2017----pontos-contrarios/18249>>. Acesso em 05 jul de 2019.

SILVA, C. L. L. **O trabalho de empregada doméstica e seus impactos na subjetividade.** Psicologia em Revista, Belo Horizonte, v. 23, n. 1, p. 454-470, jan. 2017.

CAPÍTULO 18

HERMENÉUTICA JURÍDICA: MAPEAMENTO TECNOLÓGICO ACERCA DA POSSIBILIDADE DE PATENTE DE SOFTWARE EMBARCADO

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 05/01/2021

Karina Silva Juvenal

Universidade Federal Do Sul E Sudeste o Pará
UNIFESSPA
Marabá-PA

<http://lattes.cnpq.br/0108098212572539>

Gustavo Passos Fortes

Universidade Federal do Sul e Sudeste do
Pará-UNIFESSPA
Rondon do Pará/PA

<http://lattes.cnpq.br/1851657931529228>

Diná Vieira de Matos

Universidade Federal Rural da Amazônia-UFRA
Campus Parauapebas
Parauapebas/PA

<http://lattes.cnpq.br/9492186104486428>

Jordânia de Araújo Costa

Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Rondon do Pará/PA

<http://lattes.cnpq.br/4773925714124583>

RESUMO: As interpretações das leis são capazes de abrir um leque de possibilidades para além do que é previsto em sua letra fria, este é o caso da interpretação do art. 8º da lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 (Lei de Propriedade Industrial), que se refere aos requisitos para se obter uma patente. É previsto na lei supracitada, em seu art. 10º, que não se pode patentear um programa de computador (software), entretanto,

se o software estiver embarcado, ou seja, cumprindo os requisitos para se patentear uma invenção, será possível a realização de pedido de patente de software ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI. Nesta senda, este trabalho objetiva analisar o número de pedidos de patentes de software por meio dos indicadores de depósitos junto ao INPI, utilizando o método de prospecção tecnológica, fazendo uso das palavras-chave “Software”; “Software embarcado”; “Software dedicado”; “Sistema embarcado”; “Sistema dedicado”, a fim de demonstrar se esta possibilidade encontrada na lei vem sendo utilizada, bem como apresentar os tipos de depositantes - pessoas físicas ou jurídicas -, quais países realizam depósito no Brasil, qual o quantitativo de patentes publicadas e concedidas e, ainda, quais já são reconhecidas a priori em outros países, o que se denomina Patente Unionista.

PALAVRAS-CHAVE: Patente; software; prospecção.

LEGAL HERMENEUTICS:
TECHNOLOGICAL MAPPING ABOUT
THE POSSIBILITY OF EMBARKED
SOFTWARE PATENTS

ABSTRACT: The interpretations of the laws are capable of opening a range of possibilities beyond what is foreseen in its cold letter, this is the case of the interpretation of art. 8 of Law No. 9,279, of May 14, 1996 (Industrial Property Law), which refers to the requirements for obtaining a patent. It is provided for in the aforementioned law, in its art. 10, that it is not possible to patent a computer program (software), however, if the

software is shipped, that is, fulfilling the requirements to patent an invention, it will be possible to apply for a software patent to the National Property Institute Industrial - INPI. In this sense, this work aims to analyze the number of applications for software patents by means of deposit indicators with the INPI, using the technological prospecting method, using the keywords "Software"; "Embedded software"; "Dedicated software"; "Embedded system"; "Dedicated system", in order to demonstrate whether this possibility found in the law has been used, as well as to present the types of depositors - individuals or legal entities -, which countries make deposits in Brazil, the number of patents published and granted and, still, which are already recognized a priori in other countries, which is called Unionist Patent.

KEYWORDS: Patent; software; prospection.

1 | INTRODUÇÃO

Presente em todo âmbito internacional, a Propriedade Intelectual vem se propagando ainda mais, ganhando um papel de suma importância no contexto do mercado tecnológico brasileiro. No Brasil existem duas leis gerais que regulam os Direitos Autorais e a Propriedade Industrial. Dessas leis, a de Propriedade Industrial regula quais invenções podem ser patenteadas, e essa impede que um *software* seja patenteado. Entretanto, com a interpretação da lei, em específico o art. 8º, percebe-se que há uma forma de patenteá-lo, desde que este seja embarcado, ou seja, que faça parte de um *hardware*. Dessa maneira, faz-se necessário o conhecimento acerca da existência de pedidos de patentes que caibam nessa interpretação extraída da lei.

Diante disso, no presente trabalho propõe-se analisar quantos depósitos de *software* embarcado foram realizados junto ao Instituto Nacional de Propriedade Intelectual – INPI, demonstrando ainda os tipos de pessoa e os países que realizam esse depósito. Além disso, apresenta-se o quantitativo de patentes já publicadas e concedidas e quais já são reconhecidas primeiramente em outros países, o que é chamado de Patente Unionista

A partir dessa inquietação, o trabalho que se constrói ao norte é dividido em 3 tópicos. O primeiro dele concerne em explicar os principais conceitos dentro de Propriedade Intelectual para que se possa chegar ao ponto da interpretação da norma em que se entende como pode ser realizado o pedido de patente de *software*. O segundo tópico apresentará a forma metodológica escolhida para desenvolver esta pesquisa. Por fim, em seu terceiro ponto, demonstrará os resultados e discussões obtidos através do mapeamento da base de dados do Instituto Naional de Propriedade Intelectual - INPI.

2 | REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

2.1 Propriedade intelectual

A propriedade intelectual tem como definição base a implementada pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual - OMPI, que a classifica como os direitos dos inventores ou autores relativos às suas criações e invenções. Para, além disso, Jungmann (2010)

evidencia que tais direitos surgem como proteção contra a concorrência desleal e todos os outros direitos relacionados à propriedade intelectual.

Não obstante, Barbosa (2010) explica que a noção de propriedade intelectual é internacionalizada, compreendendo o campo de propriedade industrial, autoral e outros direitos imateriais de vários gêneros. Já Bocchino; Conceição; Gauthier (2010) compreendem que é o conjunto de direitos imateriais que pertencem ao intelecto humano e que possuem valor econômico.

O ramo da Propriedade Intelectual divide-se em duas grandes áreas, a Propriedade Autoral e a Propriedade Industrial. A propriedade autoral, ou direitos autorais, é aquela que visa proteger o “criador de uma obra intelectual, bem como garantir a este a exposição, disposição e exploração econômica dessa obra, permitindo, ainda, que impeça o uso não autorizado de sua obra por terceiros” (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012, p.15). No Brasil a lei que regula a propriedade autoral é a de número 9.610/98.

Diferentemente da propriedade autoral, a Propriedade Industrial visa proteger a criação do intelecto que de alguma forma pode ser produzida originando um produto, ou um serviço de cunho industrial ou de produção (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012). De acordo com a Convenção de Paris de 1982, em seu art. 1º, §2º, a “proteção da propriedade industrial tem por objetivo os privilégios de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos e modelos industriais, as marcas de fábrica e de comércio, o nome comercial e as indicações de procedência ou denominações de origem, bem como a repressão da concorrência desleal”. Apresentados os conceitos que formam a propriedade intelectual, posteriormente será explicitado o que se entende por Patente.

Amadei e Torkomian (2009) explicam que patente é um título de propriedade industrial, sobre invenção ou modelo de utilidade. Explicitam, ainda, que é através dela que o criador garante segurança à sua invenção quando decide negociar sua tecnologia para ser aplicada em algum setor industrial. Na mesma linha, Jungmann (2010) esclarece que a patente nada mais é que um título de propriedade temporária concedido pelo órgão regulador, no caso brasileiro é o INPI, de acordo com a lei de Patente vigente no território.

A Patente, ou também carta patente, é concedida no Brasil pelo Instituto Nacional de Propriedade Intelectual - INPI, de acordo com a previsibilidade da lei nº 9279/96 – Lei de Propriedade Industrial. Esta carta trata-se de um documento que descreve os processos baseados em determinada invenção que é suscetível à aplicação industrial em grande escala. Pode-se dizer, ainda, que “a carta patente é o que permite o criador explorar a sua invenção economicamente, seja mediante a licença de seu invento para terceiros, ou ainda a cessão onerosa da patente concedida para determinada indústria capaz de reproduzir o processo” (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012, p. 20).

A lei de propriedade industrial regula, em seu art. 8º, que somente podem ser patenteáveis as invenções que atendam aos requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Caso a invenção não atenda a um desses requisitos, está não poderá

ser patenteada, dessa maneira a lei ainda aborda o que não pode ser patenteável.

2.2 Lei de *software*

Apresentado o que se prevê na legislação acerca de Propriedade Industrial, evidencia-se a Lei nº 9609/98, conhecida como Lei de *Software*, a qual define programa de computador como:

"Art. 1º Programa de computador é a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados" (Lei nº 9609/98).

Salienta-se que o *software* faz parte da área de Direitos Autorais, como é previsto na lei nº 9610/98, em seu art. 7º, inciso I, porém recebeu tratamento diferenciado com a promulgação da Lei de *Software*. Dessa forma, o *software* só pode ser registrado, e esse registro não é obrigatório, pois "tal arbítrio tem como base o fato do direito nascer com a obra sendo assim meramente declaratório e, como tal o registro deve ser opcional" (ANDRADE; TIGRE, 2007, p. 18)

Ao ser solicitado o registro junto ao INPI, devem ser apresentados os dados referentes ao autor do programa de computador e ao titular, se distinto do autor, sejam pessoas físicas ou jurídicas; a identificação e descrição funcional do programa de computador; e os trechos do programa e outros dados que se considerarem suficientes para identificá-lo e caracterizar sua originalidade, ressaltando-se os direitos de terceiros e a responsabilidade do governo. As informações acerca do que comprova a originalidade do programa de computador são de caráter sigiloso, logo somente poderá ser revelado por ordem judicial ou a requerimento do próprio titular.

2.3 Possibilidade de patente de *software*

O *software*, por integrar os direitos autorais, possui a faculdade de ser registrado ou não, ademais a Lei de Propriedade Industrial não reconhece que o *software* possa ser patenteado. Evidencia-se que este não reconhecimento é gerador de uma grande discussão sobre o assunto, já que se entende que o *software* deveria ser passível de patente. Esta possibilidade vem sendo estudada por um grupo de trabalho do INPI somente para este fim, utilizando como principal argumento que o *software* é um circuito eletrônico, e as patentes já são reconhecidas para circuitos, dessa forma o programa de computador também deveria receber esse título, desde que resolvessem um problema técnico, fizessem parte de uma atividade inventiva e fossem inéditos (ANDRADE; TIGRE, 2007). Porém, tal possibilidade ainda não é reconhecida pelo INPI, restando apenas esperar que o grupo que realiza estudos sobre a questão atenda às necessidades dos autores de *software*.

Neste diapasão, a lei de Propriedade Industrial, conforme já explicado, prevê que para patentear uma criação é necessário que se preencha os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Além disso, em seu art. 10, inciso V, deixa claro que o programa de computador não é considerado uma invenção, logo restringe o *software* de ser patenteado. Entretanto, se o *software* atender aos requisitos expressos na lei de Propriedade Intelectual, e compor uma criação industrial este pode vir a ser patenteado.

Ocorre que em algumas criações industriais, o *software* é parte essencial para o funcionamento desta, pois sem o programa de computador, provavelmente, não seria possível adquirir a patente, pois justamente o software seria o elemento que preencheria o requisito de novidade do processo inventivo. Desta maneira, o reconhecimento de patente de *software* acontece quando “este for parte integrante de uma criação industrial e tal criação, como um todo, apresente um efeito técnico positivo, ou seja, tenha como finalidade a solução de um problema encontrado na técnica, mas que ao mesmo tempo não diga respeito tão somente à forma como o software tenha sido programado ou à linguagem que tenha sido utilizada para tanto” (ALMEIDA; DEL MONDE; PECK, 2012).

3 I METODOLOGIA

Após toda a análise dedutiva, buscou-se a demonstração em dados, com o uso do método de Prospecção Tecnológica que, segundo Kupfer e Tigre (2004), consiste em mapear dados tecnológicos que influenciarão a indústria, a economia e a sociedade como um todo. Desta forma, determinou-se a realização de busca da quantidade de pedidos de patente de *software* embarcados, para certificar se a interpretação da norma estava sendo utilizada pelos autores.

Em função disso, primeiramente foi definida a base de dados analisada, ocasião em que se escolheu a base do Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), onde devem ser depositados todos os pedidos no Brasil. Posteriormente foram adotadas 5 (cinco) palavras-chave e o truncador aspas (“”), já que havia a necessidade de que o resultado da pesquisa fosse demonstrado de forma exata, pois o seu propósito é visualizar somente os pedidos em que constem o termo *software*. Tais palavras foram pesquisadas seguindo o caminho: **Base de dados do INPI – Patente – Busca Avançada – Título**.

Determinou-se, ainda, um recorte temporal para o mapeamento, pois conforme foi verificado, ao realizar pesquisas nas plataformas **Scielo, Google Scholar e Periódicos CAPES**, a incidência de discussão acerca da possibilidade de se patentear um *software* vem se intensificado desde o ano de 2009. Destarte, com o dinamismo das inovações tecnológicas sugere-se na presente prospecção um recorte temporal não maior que 10 (dez) anos, sendo este substancial para a análise de depósitos de patente de *software*. Logo, a pesquisa demonstra dados de 2009 até o momento da elaboração da presente pesquisa, qual seja fevereiro de 2019.

Obteve-se com a coleta um total de 303 (trezentos e três) resultados, os quais foram catalogados na planilha do programa Excel, com isso detectou-se que 37 resultados estavam duplicados, então foram descartados da amostra. Com isso, os dados da amostragem resultaram em 267 pedidos de patentes, categorizados e analisados conforme tabela abaixo:

BASE DE DADOS	INPI
PALAVRAS-CHAVE	<i>“SOFTWARE”</i> <i>“SOFTWARE EMBARCADO”</i> <i>“SOFTWARE DEDICADO”</i> <i>“SISTEMA EMBARCADO”</i> <i>“SISTEMA DEDICADO”</i>
CAMPO DE BUSCA	TÍTULO
TOTAL DE PEDIDOS DE PATENTE APÓS ELIMINAÇÃO DOS DUPLICADOS	267
NÚMERO DE PAÍSES QUE DEPOSITARAM PEDIDOS DE PATENTE NO BRASIL	25

Tabela 1 – Dados Gerais do Mapeamento

Fonte: Autoria própria (2019)

4 | RESULTADOS E DISCUSSÕES

4.1 Número de pedidos de patente dentro do recorte temporal

Após análise no banco de dados do INPI notou-se que os pedidos de patentes de *software* embarcado estão ocorrendo, logo, a interpretação da lei está sendo utilizada pelos inventores. Observa-se que entre os anos de 2009 e 2013 o número de depósitos dobrou, chegando ao número de 47 depósitos no ano de 2013 (Gráfico 1). Entretanto, de 2014 a 2018 começou-se um declínio no quantitativo desses pedidos, acredita-se que tal queda decorre de que desde 2009 nenhum pedido de patente foi concedido, pois esses nem mesmo chegaram à fase de análise para concessão.

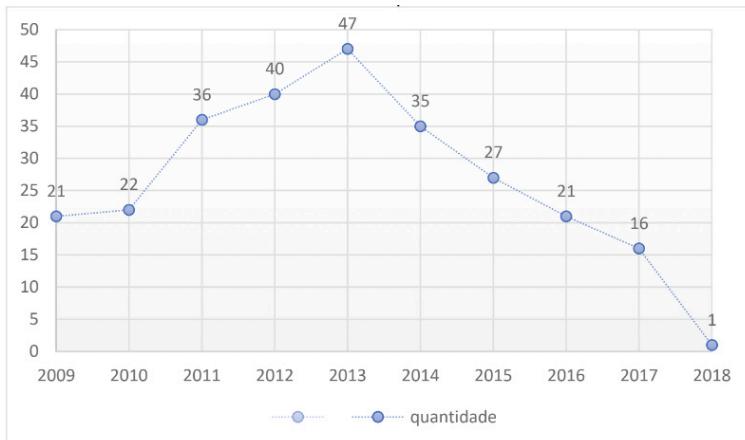


Gráfico 1 – Números de pedidos de Patente

Fonte: Autoria própria (2019)

Com relação à situação do processo de pedido de patente, como pode ser verificado no Gráfico 2, a maioria dos pedidos de patente está em andamento, perfazendo um total de 208, aguardando para serem analisados, porém não há previsão para que o processo tenha prosseguimento. Outro ponto a ser demonstrado é que todos os pedidos arquivados, que foram 53, decorreram do não pagamento das anuidades, os demais pedidos foram retirados por escolha do depositante, por não possuírem mais interesse na continuidade do pedido, conforme se atestou nos despachos do processo.

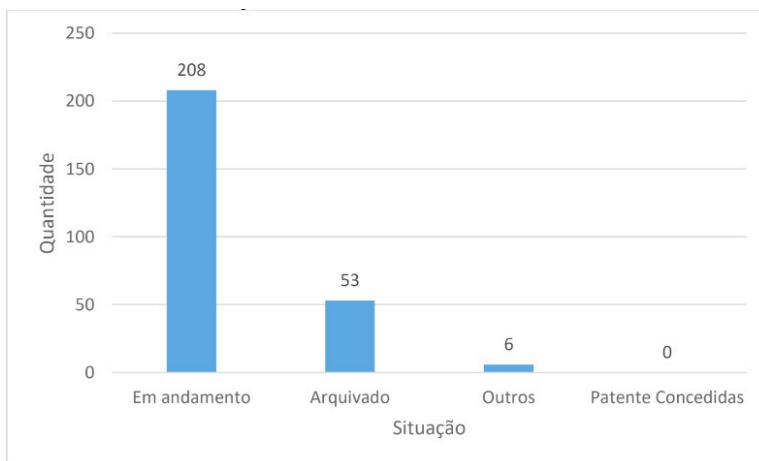


Gráfico 2 – Situação do Processo de Pedido de Patente

Fonte: Autoria própria (2019)

Com o mapeamento foi possível ainda constatar o número de depósitos realizados por países. Conforme o Gráfico 3, o país que mais fez depósito junto ao INPI foi o Brasil, com um total de 70 depósitos realizados, logo em seguida apresentam-se com maior interesse em reconhecimento de *software* embarcado os Estados Unidos com 49 depósitos. A Holanda possui 37, China com 23, França com 16 e Japão com 15. Outros países também realizaram depósitos de patentes, entretanto, os valores feitos por cada um destes foram ínfimos em relação aos que foram aqui detalhados, por esta razão escolheu-se agrupar esses na categoria outros que resultaram em 57 resultados.

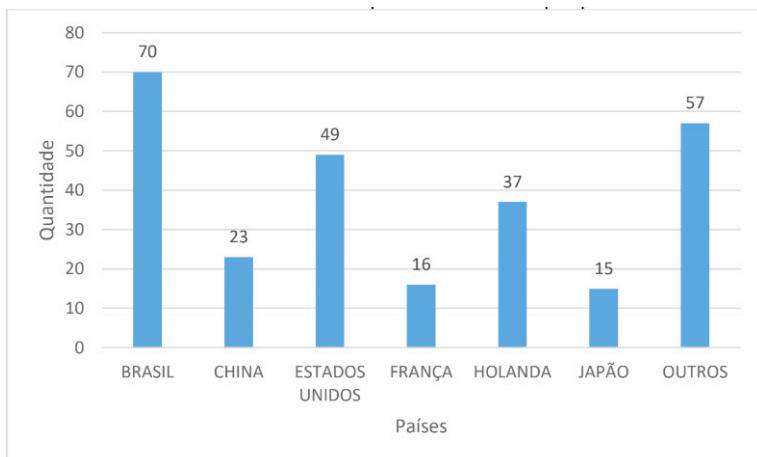


Gráfico 3 – Número de depósitos realizados por países

Fonte: Autoria própria (2019)

Não obstante, constatou-se que alguns dos pedidos de patente depositados no Brasil já possuíam prioridade unionista, ou seja, possuem prioridade para depositar no território nacional brasileiro, desde que seja realizado no período de doze meses contados a partir da data de depósito do país de origem. Ressalta-se que a Prioridade Unionista somente ocorre se os países integrarem a Convenção da União de Paris, tendo em vista que esta previsão se encontra em seu art.4.

Dessa maneira, os resultados, apresentados no Gráfico 4, demonstraram que 36% dos pedidos junto ao INPI já possuem como país de origem os Estados Unidos e 6.7% o Reino Unido. O que cabe evidenciar nesses dados é que 31% dos pedidos não possuem prioridade unionista, então o Brasil está sendo escolhido pelos inventores como o primeiro país para se depositar o pedido.

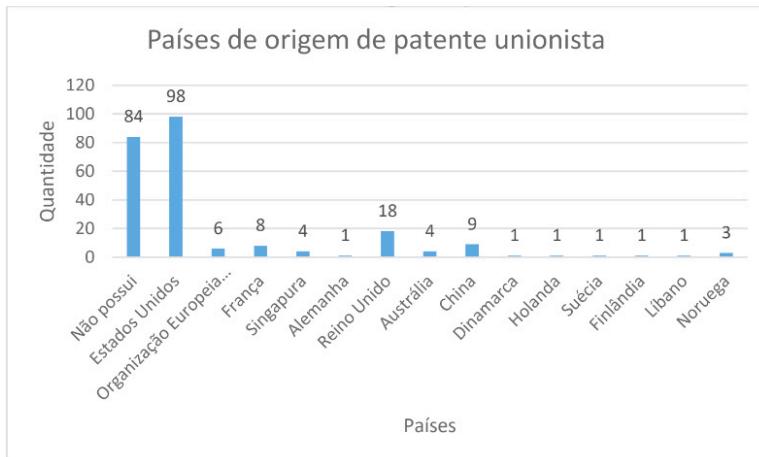


Gráfico 4 – Países de origem de patente unionista

Fonte: Autoria própria (2019)

Acerca dos tipos de depositantes, temos como resultado da amostra a divisão entre Pessoa Jurídica e Pessoa Física, possuindo o primeiro um total de 86% de depósitos. Com isso, é possível perceber que as empresas são as principais interessadas em adquirir patente da sua produção inovadora (Gráfico 5).

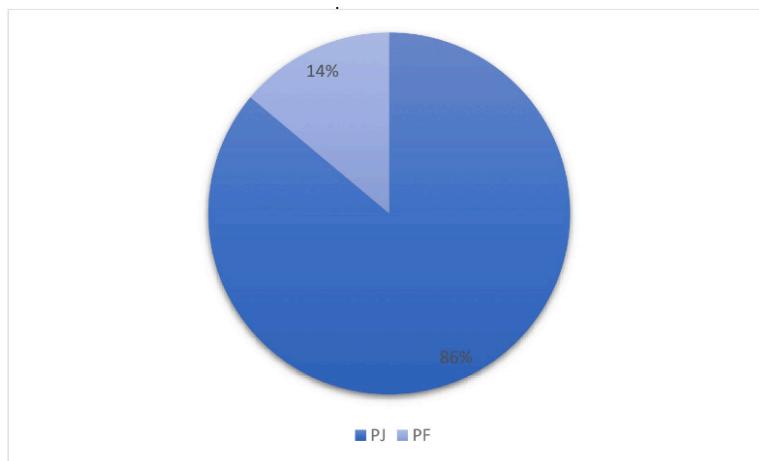


Gráfico 5 – Índice de depósitos de Pessoa Física e Jurídica

Fonte: Autoria própria (2019)

5 | CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depreende-se da análise do mapeamento de dados que todos os pedidos de depósito de patente desde 2009 ainda não foram analisados, o que pode ser uma justificativa para a diminuição dessas solicitações ao longo de 10 (dez) anos. Este resultado apresenta um problema grave para o crescimento econômico brasileiro, tendo em vista que se constatou que o Brasil estava sendo escolhido para receber depósitos de patente, realidade que foi alterada nos últimos anos, tanto que no ano de 2018 houve somente um pedido de patente de *software*.

Não obstante, outra hipótese a ser levantada para explicar o motivo de diminuição de depósitos é a falta de conhecimento pelos inventores da interpretação jurídica, em que se entende possível esse patenteamento desde que seja um *software* embarcado. Ademais, observando que o maior número de depósitos é realizado por pessoas jurídicas, pode-se compreender que por possuírem maior poder aquisitivo, e provavelmente possuírem setor jurídico, faz com que depositem *softwares* embarcados por conecerem essa possibilidade na lei. Além das suposições já levantadas, pode se destacar ainda que a baixa dos depósitos pode ser em decorrência dos inventores já não acreditarem ser vantajosa essa modalidade.

Dessa forma, entende-se que este trabalho levantou questões que são de grande interesse econômico, tendo em vista o desinteresse em se depositar programas de computador embarcado no Brasil. Diante disso, faz-se necessária uma análise mais detalhada dos pedidos de patente de software para detectar os reais problemas na diminuição de depósitos. Nesse contexto, fica como proposta de trabalhos futuros a análise dessas hipóteses para se chegar a um denominador comum, entendendo assim o que levou os inventores a terem essa atitude quanto aos depósitos.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, D., DEL MONDE, I., PECK, P. **Manual de Propriedade Intelectual**. UNESP, Nucleo de Educação a Distancia, 2012. Disponível em <https://www.foar.unesp.br/Home/Biblioteca/unesp_nead_manual_propriedade_intelectual.pdf>. Acesso em 06 de abril de 2019.
- AMADEI, J., TORKOMIAN, A. As patentes nas universidades: análise dos depósitos das universidades públicas paulistas. **Ciência da Informação** v. 38, n. 2, p. 9-18, 2009.
- ANDRADE, E., TIGRE, P., e outros. Propriedade Intelectual em Software: o que podemos apreender da experiência internacional?. **Revista Brasileira de Inovação**, v. 6, n. 1, p.31-53, 2007.
- BARBOSA, D. **Uma Introdução a Propriedade Intelectual**. Rio de Janeiro-RJ. Editora Lumen Juris. 2º ed, 2010.
- BOCCHINO, L. de O.; CONCEIÇÃO, Z.; GAUTHIER, F. Á. O.. **Propriedade Intelectual: Principais conceitos e legislação**. UTFPR. Curitiba, 2010.

BRASIL. Lei do Software nº 9.609 de 19/02/98 e Lei de Direitos Autorais nº 9.610 de 19/2/98, Lei de Propriedade Industrial nº 9.279 de 14/5/96.

JUNGMANN, D. M. **A caminho da inovação:** proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário. Brasília-DF. Editora IEL, 2010.

KUPFER, D.; TIGRE, P. B. **Modelo SENAI de prospecção:** documento metodológico. Capítulo 2: prospecção tecnológica. In: ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO CINTERFOR. Papeles de La Oficina Técnica. Montevideo: OIT/CINTERFOR, 2004. n. 14.

CAPÍTULO 19

COMPREENDENDO O NOVO ALERTA NANOTECNOLÓGICO A PARTIR DA EVOLUÇÃO DAS TEORIAS SOBRE RISCO PARA ADEQUADA GESTÃO DO NANOWASTE

Data de aceite: 01/03/2021

Daniele Weber S. Leal

Doutoranda (bolsista CAPES/PROEX) pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos -UNISINOS. Integrante do grupo de pesquisa JUSNANO(Cnpq). Professora universitária da FACCAT e UNIFTEC

Raquel Von Hohendorff

Doutora pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos -UNISINOS. Integrante do grupo de pesquisa JUSNANO(Cnpq). Professora do Programa de Pós-graduação e graduação Unisinos

Adaptado de artigo apresentado no CONPEDI-POA/2018

RESUMO: Vivencia-se a era nanotecnológica, com seus grandes avanços benéficos e incertezas científicas, cujo risco é o mais preocupante. Dada a complexidade, importante acompanhar a evolução das Teorias do Risco e analisar alternativas regulatórias. Um novo alerta está voltado ao nanowaste. Como é possível contextualizar a evolução (nano)tecnológica nas Teorias do Risco e de que modo é possível promover uma gestão do risco quanto ao nanowaste? Baseado na precaução, resposta adequada seria uma (auto)regulação atualizada, elaborando o Direito uma flexibilização, adotando instrumentos com potencial regulatórios elaborados de outros sistemas. Busca-se

minimizar possível dano ambiental através da gestão do risco do nanowaste.

PALAVRAS - CHAVE: Nanotecnologias, Nanowaste, Risco, Regulação, Teorias do risco.

UNDERSTANDING THE NEW NANOTECHNOLOGICAL ALERT FROM THE EVOLUTION OF THEORIES ON RISK FOR PROPER NANOWASTE MANAGEMENT

ABSTRACT: The nanotechnology era is lived, with its great beneficial advances and scientific uncertainties, whose risk is the most worrying. Given the complexity, it is important to follow the evolution of Risk Theories and to analyze regulatory alternatives. New alert is focused on nanowaste. How is it possible to contextualise the (nano) technological evolution in Risk Theories and how can nanowaste risk management be promoted? Based on precaution, an adequate response would be an updated (self) regulation, elaborating the Law a flexibilization, adopting instruments with regulatory potential elaborated from other systems. It seeks minimizing possible environmental damage through nanowaste risk management.

KEYWORDS: Nanotechnologies, Nanowaste, Risk, Regulation, Theories of risk.

11 INTRODUÇÃO

Observa-se atualmente a complexidade das nanotecnologias, que vem permeada por dúvidas, inquietações, incertezas científicas e promessas maravilhosas das benesses desta

nova tecnologia. A era nanotecnológica é uma realidade, com demandas antes sequer imaginadas, dada a particularidade das propriedades em escala nano, com as quais o Direito está sendo convocado para solucionar adequadamente estas resoluções, buscando alternativas regulatórias, ante a ausência legislativa específica para o desenvolvimento dos nanoprodutos. O tema igualmente encontra-se ligado ao cenário das inovações tecnológicas e 4.^a Revolução Industrial, movimento atual que se mobiliza para desenvolver novas opções, novos produtos. Contudo, muito embora o desenvolvimento desta nanotecnologia venha alcançando contornos significativos, não há regulação específica. Como consequência da crescente produção e consumo das nanotecnologias vislumbra-se um novo problema, os resíduos nanotecnológicos. De que maneira este descarte inadequado pode prejudicar o meio ambiente?

Assim, em paralelo às benesses e promessas inovadoras das nanos estão os potenciais danos ao meio ambiente e vida humana. Necessário apresentar esse viés de pesquisa, a fim de promover um desenvolvimento mais seguro e sustentável, resguardado as futuras gerações. Urge que se conheça então a inserção das nanotecnologias no contexto do risco. Portanto, abordará esta investigação a evolução das teorias do risco, a fim de viabilizar uma adoção de alternativas regulatórias que realizem a gestão dos resíduos nanotecnológicos, o *nanowaste*. Com finalidade de fomentar a gestão do risco, apresentar-se-á ainda as diferentes formas de regulação. A proposta de estudo se dará através da metodologia sistêmico-construtivista (FERRARI, 2015), utilizando-se de bases que não compõem o Direito tradicional, possibilitando a conexão e aplicação de outros institutos regulatórios, realizando a interligação de outras áreas da ciência. Utilizar-se-á a pesquisa bibliográfica, buscando realizar a revisão das publicações em livros, artigos científicos e sítios oficiais da internet. Para tanto, necessário que se parta de um prévio conhecimento acerca das nanotecnologias e o potencial risco; ademais, apresentar-se-á a evolução das Teorias do Risco, a fim de contextualizar as nanotecnologias nesta conjuntura. Por fim, será exposta alternativa regulatória e organizações internacionais que estão elaborando instrumentos com potencial regulatório, fomentando o movimento de adequação e flexibilização do Sistema do Direito, para que ele promova respostas adequadas à nova complexidade apresentada. Portanto, o problema que se pretende enfrentar neste artigo poderá ser assim circunscrito: Qual o atual cenário das nanotecnologias frente ao risco, especificamente sobre os resíduos nanotecnológicos? Tal faceta é conhecida e enfrentada pelo Sistema do Direito? Como é possível contextualizar a evolução (nano)tecnológica nas Teorias do Risco? E diante das novas demandas e incerteza científica quanto aos possíveis danos ao ecossistema (ante o descarte inadequado do nanowaste), de que modo é possível promover uma gestão do risco adequadamente? Busca-se assim minimizar o possível dano ambiental e às futuras gerações através da gestão do risco do nanowaste, validando diretrizes autorregulatórias que se baseiam em estudos específicos sobre nanomateriais e resíduos.

2 | OS RISCOS NANOTECNOLÓGICOS E O ALERTA À NOVA QUESTÃO: O NANOWASTE

Desde o início deste século XXI presencia-se a utilização cada vez maior das nanotecnologias. Tal escala de tecnologia equivale à bilionésima parte de um metro, aproximadamente dez vezes o tamanho de um átomo individual. A sua conceituação dispõe de uma terminologia imprecisa, inexistindo definições padronizadas internacionalmente (PORTO BORGES; GOMEZ; ENGELMANN, 2014, p.05). Foi o físico norte-americano Feynman (2002) considerado o profeta da nanotecnociência, cuja profecia foi anunciada em sua palestra *There is a plenty of room at the bottom* - Há mais espaços lá embaixo (tradução nossa), em dezembro de 1959. Naquela ocasião, o cientista abordou praticamente todos os conceitos importantes da nanotecnociência, embora sem nominá-la dessa forma. Uma das ideias defendidas seria que possibilitar-se-ia condensar, na cabeça de um alfinete, todos os 24 volumes da *Enciclopédia Britânica*, vislumbrando as futuras descobertas na fabricação de sistemas em escala atômica e molecular (FEYNMANN, 2002). A nanotecnologia é a manipulação da matéria em uma escala quase atômica para produzir novas estruturas, materiais e dispositivos. Esta tecnologia tem a capacidade de transformar muitas indústrias e pode ser aplicado de diversas maneiras a áreas que vão desde a medicina à fabricação (DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES, 2009). O Comitê Técnico 229 (Nanotecnologias) da ISO/TC 229 (ISO, 2005) está a desenvolver uma nomenclatura e uma terminologia mundialmente reconhecidas para os nanomateriais. De acordo com ISO/TS 27687: 2008 (ISO, 2008), nano-objeto é definido como material com uma, duas ou três dimensões externas na faixa de tamanho de aproximadamente 1-100 nm.

As nanotecnologias encontram-se nos mais variados setores da vida cotidiana, nos mais diferentes setores econômicos. Esta tecnologia em ultrapequena escala encontra-se no mercado, sendo amplamente consumida, como nos protetores solares, telefones celulares, medicamentos, cosméticos, medicamentos veterinários, produtos para tratamento de água, para indústria aeroespacial, naval e automotora, siderúrgica, entre outros. Inclusive esse amplo rol é aberto devido ao processo contínuo de desenvolvimento das nanotecnologias (HOHENDORFF, 2015, p.09). Portanto, vislumbra-se na atualidade uma atenção por parte do Direito às nanotecnologias. Somente para demonstrar a gama de produtos existentes em nível global, é possível apresentar os números gerais registrados pela *Nanotechnology Products Database* (NPD) - Base de Dados de Produtos de Nanotecnologia (tradução nossa) -, criada em janeiro de 2016. Com a finalidade de se tornar uma fonte de informação confiável, acreditada e atualizada para a análise e caracterização de produtos nanotecnológicos (ou seja, nanoprodutos) introduzidos nos mercados globais, cataloga-se e registra-se toda capacidade de produção de nanotecnologia desenvolvida no mundo. Com base então na NPD, pode-se afirmar que atualmente existem 8219 produtos com nanotecnologias, produzidos por 1941 companhias, oriundos de 56 países (INTRODUCTION NPD, 2018).

Situam-se as nanotecnologias como parte integrante da Quarta Revolução Industrial, diagnosticando a realidade desta nova tecnologia, dados sobre seu surgimento, usos e aplicações nas mais diferentes áreas do conhecimento humano (SCHWAB, 2016, p.11).

Tendo em vista a grande evolução desta nova tecnologia, pode-se constatar a necessidade de maior debate sobre elas, principalmente no que tange a possibilidade de danos futuros ao meio ambiente e vida humana, dada a complexidade e particularidade destes materiais em escala tão pequena. Ressalta-se a ausência de regulação específica para as nanos, o que incompatibiliza os preceitos do Princípio da precaução, indispensável neste contexto de incertezas científicas. Assim, urge que se fomente o debate e maior esclarecimento sobre o viés do risco das nanotecnologias, principalmente quando se chama atenção para uma nova questão: os resíduos nanotecnológicos. Incide neste cenário a preocupação mundial com as nanos. É possível observar que o debate e estudos vêm ocorrendo em nível global, nos países desenvolvidos, e de maneira progressiva nos países em desenvolvimento, como o Brasil. Sabe-se que a pesquisa e atualidade das nanotecnologias estão em evidência, bem como seus produtos. Entretanto, não há regulação única sobre o tema. Existem inúmeros protocolos e diretrizes produzidos por agências e órgãos internacionais sobre esta nova tecnologia e sua gestão de risco, além dos anteriormente citadas, como a *National Institute for Health* (NIH) dos EUA, *National Science Foundation* (NSF), ISO, OECD¹, BSI, na União Europeia a Comissão Europeia e Parlamento Europeu, *European Medicines Agency*, *Co-nanomet*, *European Agency for Safety abd Health at Work*, dentre outras. Essas diretrizes, avaliações de risco e recomendações poderiam ser aproveitadas para a geração de um marco normativo interno (ENGELMANN, 2015).

Desta maneira, ante os estudos propostos e movimento das organizações internacionais ao redor do mundo, fica clara a crescente presença das nanotecnologias, tanto de seus produtos quanto das demandas deles originários. A utilização dos nanoproductos é uma realidade, de maneira irrestrita na sociedade, sem que se saiba ainda sobre seus efeitos no meio ambiente e vida humana. Até mesmo não há informação adequada sobre tal aspecto, de forma que o manejo e comércio dá-se de forma imprudente. Em virtude do grande desenvolvimento e consumo de nanoproductos, por conseguinte, serão descartados no meio ambiente um número cada vez maior de nanomateriais, que por ora, não adota nenhum protocolo específico. Com base na atenção aos resíduos nanotecnológicos, Mraz (2005) provoca em sua matéria: *Nanowaste: o Próximo Grande Tratamento?*(tradução nossa), afirmando que os governos devem investir uma porcentagem maior de seus

1 Tamanho o empenho desta organização internacional, que se pode ressaltar o estudo realizado pela OECD, sobre resíduos de nanomateriais. Despertados por este questionamento, e aliando-se ao Princípio da Precaução, é possível considerar as recomendações e protocolos elaborados pela OECD, cujo foco de seus questionamentos é a busca por respostas adequadas quanto aos resíduos produzidos em nano escala, ou seja, o descarte final de nanomateriais, em virtude desta enorme produção, sem qualquer cuidado quanto ao descarte. Assim, justificou-se a pesquisa ante o grande desenvolvimento em nano escala, a fim de avaliar processos de tratamento de resíduos, relacionando-os aos nanomateriais, com a finalidade de minimizar os riscos existentes, retirando de evidência literárias em específicos tratamentos de lixos (resíduos), como na reciclagem, incineração, disposição de lixo em aterros e tratamento de água (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2016)

orçamentos voltados à segurança dos nanomateriais bem como demandar maiores esforços nas pesquisas a este novo tipo de resíduo, o *nanowaste*, do qual não se tem certeza científica quanto seus efeitos no ecossistema e vida humana (MRAZ, 2005). Como o objeto deste trabalho é aferir as complexidades do *nanowaste* e gestão apropriada, importante que se introduza as principais inquietações sobre estes resíduos, com respeito ao Princípio da precaução, conforme Part et al.(2015, p.407) lecionam:

Os nanomateriais de engenharia (ENMs) já são amplamente utilizados em diversos produtos de consumo. Ao longo do ciclo de vida de um produto nano-habilitado, os ENMs podem ser liberados e posteriormente se acumulam no meio ambiente. Os modelos de fluxo de materiais também indicam que uma variedade de ENMs podem se acumular em fluxos de resíduos. Portanto, um novo tipo de resíduos, o chamado nanowaste, é gerado quando do fim-de-vida dos ENMs e quando produtos nano-habilitados são descartados. Em termos do princípio da precaução, o monitoramento ambiental dos ENMs em fim de vida é crucial para avaliar o impacto potencial dos nanowaste no nosso ecossistema. A análise de rastreamento e a quantificação de espécies nanoparticuladas é muito desafiadora por causa da variedade de tipos de ENM que são utilizados em produtos e baixas concentrações de nanowaste esperados em mídia complexa ambiental. [...]. A maioria dos estudos visa investigar o destino do nanowaste durante a incineração, particularmente considerando as medidas de aerossóis; considerando os estudos detalhados centrados na liberação potencial de nanowaste durante a reciclagem de resíduos, os processos atualmente não estão disponíveis. Em termos de métodos analíticos adequados, técnicas de separação acopladas a métodos baseados em espectrometria são ferramentas promissoras para detectar nanowaste e determinar tamanho de partícula na distribuição em amostras de resíduos líquidos. (tradução nossa).

O *nanowaste* é um dos focos mais importantes da atualidade, seguindo o fluxo necessário de estudos como de qualquer resíduo. Especialmente os resíduos nanotecnológicos precisam de atenção redobrada, dada as particularidades de suas características e interações físico-químicas do meio ambiente, ficando uma preocupante lacuna sobre os efeitos desta disposição de nanomateriais no ecossistema, sem adoção de medidas mínimas de cautela para proteção. Face a inserção da era nanotecnológica no contexto de risco, necessário então conhecer esta faceta nanotecnológica. Ao mesmo passo que se caminha para descobertas maravilhosas e benéficas com utilização da nanotecnologia - como novos medicamentos, processos remediadores de poluição, produtos mais duráveis e eficientes -, encontram-se em paralelo pesquisas apontando para o risco desta nova tecnologia, com potencial prejuízo à saúde humana e meio ambiente. Observa-se o cenário do risco, e no próximo ponto explorar-se-á estas possibilidades conflitantes das nanos.

Por fim, uma vez que esta tecnologia não possui reflexo humano ainda comprovado, mas se observa em pesquisas a possibilidade de risco, urge que se fomente a adoção de instrumento com pretensão regulatória e que assim viabilize a gestão adequada do

risco, de maneira a respeitar o princípio da precaução, a fim de minimizar consequências danosas ao ecossistema. Algumas das características que são úteis no desenvolvimento de produtos novos e melhorados também causam preocupação. Alguns nanomateriais são tipos inteiramente novos de composições, que podem ter novos e inesperados efeitos sobre os organismos vivos. O tamanho pequeno dos nanomateriais leva à preocupação sobre se eles podem atravessar membranas biológicas e, assim, ser tomadas por células e órgãos. Além disso, partículas pequenas podem se acumular profundamente nos pulmões se inaladas e permanecer lá por um longo período, porque eles são limpos lentamente a partir desta parte do pulmão. Existe também a preocupação de que o aumento da reatividade de materiais conhecidos na nanoforma pode levar a efeitos aumentados ou indesejados nos seres humanos e no ambiente(CHRISTENSEN , 2015). O CNPq em conjunto com o MCTI, lançaram em 2011, edital para a formação das primeiras redes sobre nanotoxicologia no Brasil. Até este momento, ainda não havia nenhum fomento específico para o desenvolvimento desta área de pesquisa. No âmbito desse edital foi apresentado o projeto de pesquisa intitulado *Nanotoxicologia ocupacional e ambiental: subsídios científicos para estabelecer marcos regulatórios e avaliação de riscos* (MCTI/CNPq processo 552131/2011-3), que já produziu alguns resultados, apontando efeitos tóxicos de algumas nanopartículas investigadas: a) a comprovação de evidências de que os nanotubos de carbono são potencialmente perigosos em ambientes aquáticos, e que o mecanismo de toxicidade é complexo e insuficientemente compreendido até o momento(BRITTO et al., 2012). A dúvida e incerteza científica quanto aos impactos das nanos no meio ambiente é latente, principalmente no solo -já que destacamos o nanowaste- conforme Dimkpa (2014, p.889) interroga: “A nanotecnologia pode oferecer os benefícios prometidos sem impactar negativamente a vida microbiana do solo?”(tradução nossa). Dimkpa (2014) afirma que os benefícios prometidos nas nanotecnologias, podem vir acompanhados de riscos para o meio ambiente: plantas não-alvo, micróbios de solo de planta-benéficas e outras formas de vida poderiam ser impactadas se nanopartículas (nanomateriais) contaminassem o meio ambiente.

O objeto desta investigação trata dos resíduos nanotecnológicos e a gestão dos riscos, face a ausência de regulação. Com a preocupação sobre o nano lixo ou o nanowaste, apresenta o Jornal *The Guardian* o questionamento: *Nano: uma Opção Mais Limpa? A Nanotecnologia Poderia Arrumar o Planeta sem Deixar Resíduos Perigosos?* (tradução nossa). Para tais dúvidas não se vislumbram ainda respostas com certeza científica, mas pelo que se analisa dos estudos até agora apresentados, o nanowaste, ou resíduos nanotecnológicos, podem trazer mais riscos que os resíduos em escala macro (CAVE, 2013). De forma resumida, verifica-se que os possíveis riscos podem se encontrar na seguinte forma: a) na segurança do trabalhador na fabricação ou uso de partículas nanométricas; b) na segurança do consumidor na utilização ou aplicação de bens baseados na tecnologia nanotecnológica; c) nos danos ambientais causados pela produção de resíduos e fabricação de produtos acabados que possam contaminar o ar, a água ou o

solo; d) nas convulsões socioeconômicas, incluindo rupturas econômicas em economias baseadas em agricultura, matérias-primas ou trabalho; e) nas consequências imprevistas de nanotecnologias descontroladas; f) no uso governamental/estatal de nanotecnologias para conter as liberdades civis; g) aplicações militares; h) no uso das nanotecnologias nas mãos de terroristas ou outros criminosos (MARCHANT, SYLVESTER, 2006, p.716). Portanto, o desenvolvimento e expansão das nanotecnologias trazem à tona a importante questão dos riscos, de modo que o Sistema do Direito deverá intervir de modo a promover uma (auto)regulação apta a esta nova complexidade, minimizando os possíveis danos. Com base em uma regulação adequada, poderá ser efetivada a gestão do risco no que tange ao nanowaste, levando em consideração a urgência que tal aspecto demanda, face a produção e consumo acelerado, tendo como consequência o maior descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente. A fim de contextualizar a questão das nanotecnologias no cenário de risco, importante apresentar algumas das principais teorias sobre o risco, expondo sua evolução histórica, social e suas principais contribuições.

3 I DESVELANDO A EVOLUÇÃO DAS TEORIAS DO RISCO

O contexto de risco fora apresentado ao longo do primeiro ponto exposto desta investigação, demonstrado em diversas pesquisas sobre nanotecnologias e *nanowaste*. Entretanto, a fim de dar maior substância ao cenário de risco na era nanotecnológica, importante aprofundar-se nas teorias que abarcam este tópico, acompanhando a evolução teórica com o surgimento de novas demandas e ameaças na sociedade, como o desenvolvimento tecnológico. As teorias sobre o risco apresentam análises diversas, expostas em uma evolução temporal, adequando-se ao momento em que foi elaborada, o que acaba implicando nas relevâncias sociais e ambientais daquele lapso de tempo. Tendo em vista a época em que publicada sua teoria, apresenta-se uma perspectiva diferente, dando maior ênfase à certas circunstâncias originárias de constatações daquele momento histórico, e com base nos elementos científicos da época, bem como através de sua percepção particular. Por esta razão, observar-se-á a seguir a linha temporal da Teoria do Risco na perspectiva da evolução temporal, histórica e social, relacionando os principais autores e obras respectivas, conforme a Figura 01 (LEAL, 2017, p.116):

A TEORIA DO RISCO NA PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO TEMPORAL, HISTÓRICA E SOCIAL

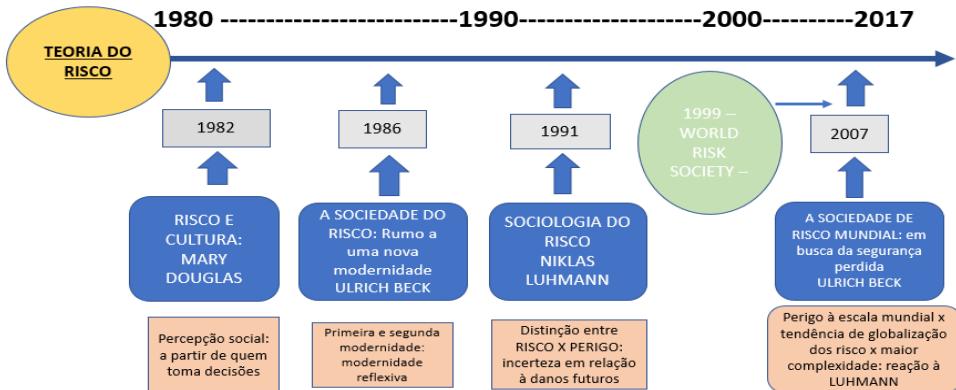


Figura 01 – Linha Temporal da Teoria do Risco na Perspectiva da Evolução Temporal, Histórica e Social

A primeira obra da linha temporal, *Risco e Cultura*, de Douglas e Wildavsky (2012), realizada há mais de 30 anos atrás, já demonstrava uma crescente dúvida e preocupação em relação às novas tecnologias e seu impacto. Constata-se uma teoria cultural do risco, a qual sustenta que diferentes grupos, tendo de um lado instituições hierárquicas e do governo (que ocupam o centro), “[...] predispostas a aceitar o risco como condição de progresso [...]”; em contrapartida, “[...] os grupos de ambientalistas e opositores da energia nuclear (por exemplo) tendem a ser extremamente avessos ao risco, inclinados a ver o desenvolvimento material como uma ameaça global”(DOUGLAS, WILDAVSKY,2012, p.04). Nesta obra percebe-se a inclinação dada à percepção cultural do risco, questionando as notícias e informações recebidas sobre o risco, de maneira que se apresentasse como uma *seleção* do que seria risco ou não, tendo origem então na avaliação de determinada autoridade incumbida desta função, definir riscos, potencializações através da mídia, de empresas ou do governo. Duvidea-se da relação de confiança entre governo, e demais instituições (DOUGLAS, WILDAVSKY,2012).

Luhmann (2006), em passagem de sua obra *Sociología del riesgo*, discorre sobre o entendimento de Douglas e Wildavsky(2012):

Tanto los antropólogos culturales como los antropólogos sociales, así como los polítólogos, han señalado - indudablemente con razón - que la evaluación del riesgo y la disposición a aceptarlo no es sólo un problema psíquico sino, sobre todo, un problema social. Uno se comporta tal como lo esperan los grupos de referencia relevantes, o tal como uno ha sido socializado (sea de acuerdo con la opinión comúnmente aceptada o contra ella)(LUHMANN, 2006, p.46)

Partindo para o entendimento de Beck (2010), na sua obra de 1986, *Sociedade de risco*, apresenta uma teoria baseada em distinções da modernidade, num momento pós-industrial descrevendo uma modernidade reflexiva (também denominada pelo autor como segunda modernidade) que seria a fase de radicalização dos princípios da modernidade. Enquanto a primeira modernidade caracterizou-se pela confiança no progresso e controlabilidade do desenvolvimento científico-tecnológico, pela procura de pleno emprego e pelo controle da natureza, a modernidade reflexiva é uma fase na qual o desenvolvimento da ciência e da técnica não pode dar conta da predição e controle dos riscos que ele contribuirá para criar (GUIVANT, 2001). Fundamentada no desenvolvimento da sociedade industrial, analisando uma nova sociedade, imbuída em risco inerente às transformações sociais ocorridas àquela época, dadas as catástrofes históricas, como guerras mundiais, *Chernobyl*, ameaças nucleares. Busca explicar a avaliação de *perigos*, onde todos dependem de instrumentos de medição e teorias, bem como entender sobre o próprio *desconhecimento*. Verificava-se a oposição entre a sociedade e natureza, com o propósito de controlar e ignorar a natureza (BECK, 2010). Posteriormente, a lição de 1986 foi revisada com a publicação do *World Risk Society* (BECK, 2003), em 1999, apresentando novos cenários, avaliando de outra forma a percepção do risco, que poderia de certa forma complementar a perspectiva de Douglas e Wildavsky (2012). Ou seja, a confluência entre a perspectiva realista e a construtivista (de Douglas e Wildavsky) estaria no cerne da teoria da sociedade global de riscos (GUIVANT, 2001). Da posição realista, Beck (2010) resgata o reconhecimento de que o conhecimento científico pode identificar e demonstrar que as consequências e os perigos da produção industrial desenvolvida seriam agora globais, exigindo políticas a serem formuladas por instituições transnacionais. Mas a perspectiva construtivista seria chave para respostas à questões acerca de como, por exemplo se produz a auto-evidência segundo a qual os riscos são reais, e sobre quais atores, instituições, estratégias e recursos são decisivos para sua fabricação. Isto é, os riscos existem e não são meramente uma construção social, mas a sua transformação depende de como são percebidos socialmente (GUIVANT, 2001). Em que pese os possíveis benefícios trazidos por esta nova escala de produção, incorremos em sérios riscos sobre seus efeitos no meio ambiente, inserindo-se assim no conceito da *Sociedade de Risco*, de Beck(2010). Em virtude de tal preocupação, é que a disseminação do debate sobre as *nanos* vem desenvolvendo-se cada vez mais em nível global. Em relação este aspecto, traz-se a relevante teoria desenvolvida pelo ilustre alemão acima citado, da Sociedade de Risco, o qual já no início de sua obra *Un Mondo a Rischio*, questiona o que existiria em comum nos eventos tão diversos como o desastre de *Chernobyl*, as perturbações climáticas, o debate sobre a manipulação genética, a crise financeira de países asiáticos e ameaça atual de ataques terroristas. De pronto, revela que qualquer discrepância entre linguagem e realidade é o que ele chama de *sociedade mundial de risco* (BECK, 2003).

Ademais, defende Beck (2003, p.76) que o mundo de incerteza não quantificáveis,

criados por nós mesmos, pode-se expandir muito, seguindo o ritmo do desenvolvimento tecnológico, inclusive referindo as nanotecnologias neste contexto. Afirma por fim que as decisões tomadas no passado, como por exemplo, quanto à energia nuclear e as atuais, tecnologia da informação, como sobre a engenharia e exploração de engenharia genética, nanotecnologia e assim por diante, são um despertar para consequências imprevisíveis, incontroláveis e mesmo incomunicável, que ameaçam a vida em nosso planeta.

A última obra de Beck (2015), de 2007, *A Sociedade de Risco Mundial: em Busca da Segurança Perdida*, retoma as discussões acerca da nova complexidade apresentada na sociedade, desta vez numa percepção globalizada de riscos, dadas as tecnologias, fomentado pelas diversas publicações mais recentes de especialistas. Contudo, a obra que mais lhe instigou a elaborar a nova obra foi a *Sociologia do Risco*, de Luhmann (BECK, 2015, prefácio). Avança o debate nas alterações climáticas, ainda observando a percepção do risco através do processo de modernização à decisão, insegurança e probabilidade, e ainda ressalta a semântica do risco em respeito a *perigos futuros tematizados no presente*, onde a “[...] semântica do risco diz respeito a perigos futuros tematizados no presente” (BECK, 2015, posição 162), apresentando-se na oportunidade e perigo. Chega a afirmar que a dramatização do risco, onde verdades relativas dominam o mesmo, afetaria sobremaneira as ciências naturais, e cita as nanotecnologias, que o futuro ainda inexistente, ameaçaria restringir a liberdade de investigação (BECK, 2015). Comenta ainda a possibilidade de cálculo de risco, unindo diversas ciências e técnicas, como se fosse previsível, o que novamente, poderia parecer uma confusão entre perigo.

Levando em consideração tamanha importância das lições de Beck(2010) e Luhmann(2006), Ost (1999) - em seu livro *O Tempo do Direito* - ressalta tais obras, bem como explica três fases do risco na história, onde a primeira fase trata-se do risco como o acontecimento inesperado, exterior e imprevisto, faz parte do destino e é individual, mencionando a previdência; “[...] a segunda fase da história do risco vê a emergência da noção da prevenção”(OST, 1999, p. 344), numa atitude coletiva, racional, destinando-se a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade do risco, e por fim, a terceira fase, a qual abarcaria o cenário atual da sociedade:

Hoje, contudo, esse sonho parece afastar-se e entramos numa terceira fase da história do risco - a do risco enorme (catastrófico), irreversível, pouco ou nada previsível, que frustra as nossas capacidades de prevenção e de domínio, trazendo desta vez a incerteza no coração dos nossos saberes e dos nossos poderes. É essa secundariedade, essa incerteza ao quadrado que afecta de forma reflexa a nossa própria accção, que caracteriza a nova era do risco, submetendo a nossa apreensão do futuro a um desafio sem precedentes. Luhmann e Beck, dois teóricos da sociedade do risco, convergem nesse ponto: enquanto o perigo vem de alguma forma do exterior, o risco é um produto derivado, um efeito perverso ou secundário (na acepção dos efeitos secundários indesejáveis dos medicamentos) das nossas próprias ações (OST, 1999, p.345).

Sob outro prisma, Ost (1999) ainda defende a simultaneidade global e transgeracional dos riscos, devendo o conhecimento científico definir o aceitável ou não, e de uma incerteza reflexiva, oriunda das opções tecnológicas, modelos científicos e juízos normativos (OST, 1999, p. 345). Possível assim atrelar a posição de Ost (1999) e o cenário do risco das nanotecnologias, tendo em vista que as decisões atualmente tomadas se inserem nas incertezas reflexivas, pois a ameaça vem das nanotecnologias engenheiradas (e não de ação da natureza), são ações baseadas na opção por determinada tecnologia, num modelo pelos gestores tomado como aceitável.

Por fim, traz-se à tona Luhmann (2006), que mesmo temporalmente anterior à última lição de Beck (2010), parece trazer uma visão mais clara do risco, realizando uma distinção entre então o risco e perigo, o que para as nanotecnologias poderia ser mais apropriado.

Na sequência de sua formulação, introduz sobre os danos futuros, face as incertezas existentes, mas que os atos decisórios do presente refletirão no futuro. Ademais, importante para sua conceituação de risco que o dano potencial é algo de contingente, sendo possíveis observação com diferentes perspectivas, sobre se ou não tomada uma decisão com a plena aceitação de risco:

Por una parte, pueden o no ocurrir danos en el futuro. Considerado desde el presente, el futuro se presenta como algo incierto, mientras que es un hecho ahora que los futuros presentes serán determinados de manera deseable o indeseable. Lo único que sucede es que no puede saberse en este momento todavía cómo. Podemos, sin embargo, saber ahora que nosotros mismos u otros observadores sabrán en el futuro presente cuál es el caso y que juzgarán sobre éste de otro modo a como lo hacemos en el presente, aunque posiblemente no de manera unánime. Por otra parte, y además, lo que en un futuro pueda suceder depende de la decisión que se tome en el presente. Pues, en efecto, hablamos de riesgo únicamente cuando ha de tomarse una decisión sin la cual podría ocurrir un daño. El hecho de que quien tome la decisión perciba el riesgo como consecuencia de su decisión o de que sean otros los que se lo atribuyen no es algo esencial al concepto (aunque sí se trata de una cuestión de definición). Tampoco importa en qué momento ocurre el daño, es decir, en el momento de la decisión o después. Lo importante para el concepto, tal y como aquí lo proponemos, es exclusivamente que el posible daño sea algo contingente; esto es, evitable. Y también en relación a este punto son posibles diferentes perspectivas de observación, cada una con diferentes opiniones acerca de si ha de tomarse o no una decisión con la plena aceptación del riesgo (LUHMANN, 2006, p.59-60).

Para Luhmann(2006), a distinção entre risco e perigo significa que existe uma incerteza em relação a danos futuros. Pode-se considerar que o potencial é uma consequência da decisão, e, então falamos de risco e, mais precisamente, do risco da decisão. Ou bem se entende que o potencial dano é causado externamente, ou seja, é atribuído ao meio ambiente, e, neste caso, falamos de perigo. Deste modo, o risco está associado à decisão, expectativa, probabilidade de coisas que ocorrerão no futuro, é uma comunicação voltada ao futuro.

Já perigo é a perspectiva da vítima, de quem não tinha o poder de decisão (de quem recebe a carga de risco sem decidir sobre aquilo). Menciona ainda que acredita que os riscos são atribuídos às decisões, enquanto que os perigos estão sujeitos à atribuição externa e que quando se trata de perigo, a sociedade é exposta a um problema que não foi causado pela pessoa que recebe o dano (LUHMANN, 2006).

Segundo Luhmann (2006, p.71-72):

[...] la distinción entre riesgo y peligro se haga depender de atribuciones no significa de ninguna manera que queda al arbitrio del observador classificar algo como riesgo o como peligro. Ya hemos mencionado algunos casos limite, sobre tod el de que no hay al presente ningún criterio reconcible para una decisión diferenciable o, por lo menos, no hay criterios que tengan que ver con uma probabilidad diversa de ventajas y posibles daños.

Portanto, através de uma análise entre todas as teorias que estudam o risco, verificaram-se diversas percepções quanto ao risco, de maneira que a formulação que mais adapta às nanotecnologias é a de Luhmann (2006), pois bem difere perigo e risco, e introduz a noção de dano futuro. Não se pretende nesta investigação exaurir o risco, até mesmo porque dada a complexidade das nanotecnologias, esta incerteza sempre estará presente. Da mesma forma, as tecnologias que se desenvolverão depois das nanos, também tratarão do risco da mesma maneira. A complexidade traz a incerteza. O risco relaciona-se ao desconhecimento dos efeitos futuros na vida humana e meio ambiente. Portanto, a alternativa é manejear esta condição, lidar com o risco (e não tentar extirpá-lo) de maneira a tentar minimizar possíveis danos futuros (LEAL, 2017, p.126).

Ao passo que se vislumbra a evolução das teorias do risco para dar conta das novas tecnologias, a adequação do Sistema do Direito por meio da flexibilização regulatória também se faz necessária. Neste sentido, importante apresentar outras alternativas regulatórias, pois a lei em sentido formal e estanque não dariam conta da dinamicidade e complexidade da era nanotecnológica, exigindo muito mais do Direito. Desta maneira, através da adoção de autorregulações, protocolos ou instrumentos com potencial regulatório seria viável uma gestão do risco mais efetiva e adequada ao nanowaste.

4 I ALTERNATIVAS REGULATÓRIAS PARA GESTÃO DOS RISCOS DO NANOWASTE

Inexiste no momento qualquer legislação específica sobre resíduos nanotecnológicos e destinação final adequada. Mesmo que fosse elaborada uma norma originária do Poder Estatal, ela apresentaria eficácia dada a dinâmica e complexidade das nanotecnologias? Acredita-se que não, pois o lapso temporal entre a elaboração de projeto de lei, promulgação da norma, e vigência, seria grande, e tratando-se da rapidez das descobertas científicas desta nova tecnologia, provavelmente no momento de aplicação da lei, esta já estaria obsoleta. O movimento da nanotecnologia é muito rápido, as descobertas sobre elas são diárias, e o que hoje pode ser

utilizado como constatação sobre algum aspecto específico dela (como análise de risco ou comportamento de material), em momento curto posterior já não mais pode se confirmar (LEAL, 2017, p.142). Contrariando a inércia estatal, existem outros inúmeros instrumentos com potencial para regulação, de organismos internacionais, tanto governamentais como privados, que auxiliariam no fornecimento de protocolos e regulações específicas. Tais documentos são fruto de extensos e profundos estudos relacionados à nanotecnologia, segurança e naoresíduos.

Inevitável o questionamento acerca da destinação final dos nanomateriais, ante o risco e (potencial) dano futuro ao meio ambiente e vida humana. Tendo em vista que não se encontra regulação específica no cenário brasileiro, tampouco são tomadas medidas acautelatórias, como não buscar uma alternativa regulatória para as nanotecnologias e seu lixo, o *nanowaste*. Esta é a missão do Direito, que precisa inserir-se no contexto de risco e lacuna estatal e legislativa, procurando um meio autorregulatório apropriado para o cenário, provendo respostas aptas a esta nova realidade (LEAL, 2017 p.142). Necessário buscar alternativa à lacuna legislativa das nanotecnologias, vivenciado hoje nacionalmente e até mesmo em nível internacional. Ficar inerte, aguardando o dano se concretizar para tomar qualquer medida, não se mostra adequado e pertinente no cenário de complexidades enfrentado nesta relação entre sociedade, meio ambiente e as nanotecnologias. Desejável que se tome o caminho inverso ordinariamente adotado no Sistema do Direito (quando se fala em preenchimento do suporte fático e previsão legal), vislumbrando adoção de uma (auto)regulação apta, atualizada e adequada às demandas e dinamicidade das nanotecnologias e suas características, antes mesmo de se ter certeza científica quanto seu risco ou não ao ecossistema (LEAL, 2017, p.143).

As diretrizes, protocolos ou normativas internas de agências (auto)regulatórias ao redor do mundo já elaboraram uma comunicação com outros sistemas, como o social, econômico, da ciência e até mesmo do Direito. A comunidade europeia e Estados Unidos utilizam-se de autorregulações (elaboradas por institutos de pesquisas ou organizações privadas) para guiar o desenvolvimento das nanos, sua manipulação e comércio. Observa-se que a autorregulação dentro das organizações é praticada, importando analisar se a prática está devidamente acoplada com os princípios de direito (MARTINS, 2016). Tal acoplamento faz referência com a lição de Luhmann (2006), já citado anteriormente em sua Teoria do risco. Desta maneira, a autorregulação vem se mostrando atual, efetiva e adequada ao contexto das nanotecnologias e a necessária adoção de regulação específica:

O objeto deste estudo, a destinação final adequada do *nanowaste*, demanda uma análise interdisciplinar, envolvendo o mundo jurídico e outras áreas da ciência, apropriando-se de pesquisas específicas sobre nano, para então buscar alternativas adequadas a este contexto de risco. O trabalho é árduo, principalmente se for tomado em conta que o Direito ainda caminha no sentido do positivismo fechado (ROCHA, 2007, p.181). Por outro lado, encontram-se autores que defendem uma espécie de regulação transnacional ou global para as nanos, pois de fato se utilizam modelos internacionais de agências reguladoras

neste contexto de regulação. Conforme observa-se no artigo intitulado *Transnational Models for Regulation of Nanotechnology*, o Direito e a lei vêm brigando pelo espaço já delineado de autorregulações, adotadas pelas indústrias, principalmente pela questão do risco. O marco regulatório é necessário; assim migra-se para um modelo transnacional e afirma-se a adoção de regulações internacionais, de agências reguladoras, que já vem fazendo as vezes da lei estatal (MARCHANT, SYLVESTER, 2006).

Tem-se assim a fragilização do Estado - em suas diversas expressões, quando perde a concorrência para outros setores, como semi-públicos, privados, marginais, nacionais, locais, regionais, internacionais, sendo que a crise funcional do mesmo afeta a centralidade e a exclusividade do seu poder. Ademais, relaciona-se à fragmentação do espaço de decisão estatal que passa a ser compartilhado com outros atores, acima mencionados (MORAIS, 2005). É neste viés que se sustenta a atual demanda da era nanotecnológica, que fomenta a adoção de institutos com potencial autorregulatório, a fim de elaborar a efetiva gestão do risco dos nanomateriais e seu descarte final.

Cada vez mais necessita-se de uma comunicação, entre Estados e sistemas diversos, com a finalidade de buscar instrumentos regulatórios aptos a resolver a complexidade das nanotecnologias. Este tema envolve não só o estado brasileiro, mas abarca a preocupação com o tema da regulação das nanos, que tem reflexo no cenário internacional (LEAL, 2017, p.279).

Presencia-se um movimento de aproximação global no que se refere à regulação das nanos, fomentando a multidisciplinaridade, fundando um quadro regulatório multidisciplinar, aproximando diversas ciências e o Direito, principalmente no debate do *nanowast* (CASSOTA, 2012, p.218-219). Com esta preocupação, a regulação é enfrentada por outros atores que não o Estado, fortalecendo a autorregulação:

Como consequência das tendências políticas e tecnológicas globais, atores não estatais (por exemplo, indústria, organizações e redes internacionais, e Organizações não-governamentais) desempenharão papel cada vez mais importante no desenvolvimento de novas tecnologias como a nanotecnologia e devem ser abordados em qualquer acordo internacional. [...]. Por causa da facilidade com que as informações podem ser distribuídas e compartilhadas, é muito mais difícil de controlar e regular a informação do que outros bens em muitos contextos. Qualquer acordo internacional deve ter incorporado com flexibilidade para evoluir, dado o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas esperadas para a nanotecnologia. (tradução nossa) (MARCHANT, SYLVESTER, 2006, p.722).

Assim, observa-se a existência de instrumentos com potencial regulatório internacionais que auxiliariam tanto no resguardo do meio ambiente quanto na produção e desenvolvimento de nanoprodutos, principalmente sua utilização e posterior descarte ao final de vida útil. Esses mecanismos servem de diretrizes, protocolos ou regulamentos internos que podem ser tomados como marcos regulatórios, que de fato supririam

(mesmo que momentaneamente) a inércia estatal em regular as nanotecnologias. Este movimento autorregulatório efetua uma comunicação entre sistemas diversos, sendo inevitável tal interação no cenário das nanotecnologias, que neste sentido propõe ainda a interdisciplinaridade. Seriam sistemas diferentes trabalhando em sintonia, unindo esforços onde é possível a consonância de informações e estudos (LEAL, 2017, p.148).

Existem novos modelos regulatórios, em nível internacional, que devem ser levados em consideração como modelo transnacional para as nanotecnologias. Podem até mesmo não se encaixarem perfeitamente em todas as demandas nanotecnológicas, mas que certamente auxiliam na tomada de decisões em casos de extrema complexidade, demandando compromissos internacionais, como neste caso (MARCHANT, SYLVESTER, 2006).

Mesmo havendo pontos de inconsistências na autorregulação, uma vez que a adoção depende da vontade própria da organização, ela é uma alternativa viável. No caso da autorregulação do *nanowaste*, vê-se como viável a adoção do protocolo da OECD (2016), pois baseia-se em critérios científicos, oriundos de pesquisa específica sobre resíduos nanotecnológicos, e que não iriam colidir com interesses maiores como meio ambiente e saúde humana, pelo contrário. Adotando estas diretrizes, fomentaria-se o desenvolvimento responsável das nanotecnologias, promovendo uma verdadeira gestão do risco, administrando adequadamente a destinação final do *nanowaste*. A adoção do protocolo, não só pelas agências, mas pelo Estado, dar-se-ia através da validação feita pelo mesmo. E no caso de dissonâncias ou na observação de interesses contrários ao bem-estar humano, poderia o Estado regulamentar o instrumento então, já adotado, como forma de metarregulação (LEAL, 2017, p.279). De outro modo, existem diversas organizações internacionais que já estão produzindo regulações e diretrizes aptas à era nanotecnológica, fazendo o papel que o Sistema do Direito detém. É possível elencar diversos organismos que desenvolvem pesquisas específicas de segurança e análise de risco dos nanomateriais. São encontradas nos EUA, Europa, Ásia, e na América Latina. Não se pretende esgotar a apresentação dos mesmos, mas citam-se apenas alguns deles.

Portanto, a avaliação e estandardização é feita inúmeras organizações, em diversos países, trazendo maiores recursos de análise de risco, caracterização, definição, mensuração, e categorizando nanomateriais, bem como elencando produtos que contém nanotecnologia. Tal trabalho é muito importante em ordem de garantir uma implementação efetiva de nanorregulação e particularmente do *nanowaste* (CASSOTA, 2012). Por fim, como o objeto deste estudo é a gestão do risco na destinação adequada do *nanowaste*, urge que se apresente aquele organismo que tem papel fundamental na área, sendo este a OECD. Tal instituição realizou estudo específico sobre o comportamento dos resíduos nanotecnológicos com o meio ambiente, através dos tratamentos disponíveis de lixo, apresentando um resultado final acerca dos riscos. A organização internacional da OECD tem papel de destaque em nível global nas pesquisas e elaboração de instrumentos com potencial autorregulatório na área das nanotecnologias, principalmente no *nanowaste* e destinação final (OECD, 2016).

5 | CONCLUSÃO

Presencia-se uma sociedade pós-moderna, desenvolvendo a era nanotecnológica, proporcionando um avanço benéfico à humanidade jamais visto. Contudo, verifica-se em paralelo o potencial risco. É possível constatar no mercado atual milhares de novos nanoproductos, dos quais os efeitos ainda não foram detectados na vida humana ou meio ambiente. Com o crescente produção e consumo, eleva-se consequentemente o descarte de resíduos nanotecnológicos no meio ambiente, sem qualquer medida precaucional que o risco e incerteza científica requerem. O nanowaste é uma nova preocupação, tendo em vista que o final de vida dos nanomateriais podem acarretar maiores prejuízos ao ecossistema, face a inadequação do descarte e particulares vias de contato com meio ambiente e acumulação.

Importante assim contextualizar e apresentar pesquisas que demonstram o risco enfrentado, verificando ainda a evolução das Teorias do Risco e quais suas contribuições para buscar uma verdadeira gestão do nanowaste. Neste ínterim, não há qualquer regulação que possa guiar a utilização das nanotecnologias, desconsiderando alguns riscos apresentados em pesquisas, o que deixa a sociedade totalmente descoberta e vulnerável aos possíveis danos que esta nova tecnologia poderá causar às gerações futuras, dispensando qualquer atitude precaucional, inerente a este cenário.

Ademais, tendo em vista que se presencia uma série de novos direitos e demandas originárias da complexidade da era nanotecnológica, o Sistema do Direito acaba tendo de responder às demandas antes sequer imaginadas, a qual na conjuntura atual, não está apta a dar suporte. Possível utilizar-se de outras fontes estranhas ao Direito (principalmente ao Direito brasileiro), como protocolos da OECD, NIH, NanoReg, FDA, dentre tantas outras, que possuem diretrizes e pesquisas específicas na área. É preciso do Direito uma postura mais flexível, que fomente a adoção de medidas aptas a produzir respostas adequadas a esta nova cena e complexidade. Reconhecendo a produção de diretrizes e instrumentos com potencial regulatório fora do Sistema do Direito, validando tais regulações – aqui em especial os instrumentos com potencial regulatório da OECD- a partir do conhecimento da meta e autorregulação, será viável efetivar uma gestão do risco apta às demandas particulares do nanowaste e das nanotecnologias de modo em geral. Observa-se então a importância da autorregulação, reconhecida por diversas organizações internacionais que já promovem a elaboração de instrumentos com potencial regulatório, exigindo do Sistema do Direito uma proposta de alternativa regulatória, que dê conta desta nova realidade e suporte os problemas oriundos dos resíduos nanotecnológicos, promovendo assim uma verdadeira gestão do risco. De outro modo, respeita-se a precaução e conjuntura de risco imposta neste contexto, fomentando a (auto)regulação para a era nanotecnológica, a fim de preservar as futuras gerações e meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco mundial**: em busca da segurança perdida. Tradução: Marian Toldy e Teresa Toldy. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2015. Documento disponível para Kindle.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. Tradução Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.
- BECK, Ulrich. **Un mondo a rischio**. Traduzione di Laura Castoldi. Torino: Giulio Einaudi, 2003.
- BRITTO, Roberta Socoowski et al. Effects of carbon nanomaterials fullerene C60 and fullerol C60 (OH) 18-22 on gills of fish Cyprinus carpio (Cyprinidae) exposed to ultraviolet radiation. *Aquatic Toxicology*, Amsterdam, v. 114-115, June 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0166445X12000689>>. Acesso em: 28 jun. 2018.
- CASSOTA, Sandra. Extended producer responsibility in waste regulations in a multilevel global approach: nanotechnology as a case study. **European Energy and Environmental Law Review**, [S.I.], v. 21, n. 5, Oct. 2012. Disponível em: <<http://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.kluwer/eelr0021&div=28&id=&page=>>>. Acesso em: 28 jun. 2018.
- CAVE, Holly. Nano: a cleaner option? Could nanotechnology tidy up the planet without leaving a dangerous residue of its own?. **The Guardian**, London, Oct. 18 2013. Disponível em: <https://www.the guardian.com/what-is-nano/nano-a-cleaner-option?CMP=share_btn_link>. Acesso em: 05 jun. 2018.
- CHRISTENSEN, Frans Møller et al. **Better control of nanomaterials**: summary of the 4-year Danish initiative on nanomaterials. Copenhagen: The Danish Environmental Protection Agency, 2015. (Environment protect, n. 1797). Disponível em: <<http://www2.mst.dk/Udgiv/publications/2015/12/978-87-93352-89-6.pdf>>. Acesso em: 08 jun. 2018.
- DEPARTMENT OF HEALTH AND HUMAN SERVICES; CENTERS FOR DISEASE CONTROL AND PREVENTION (CDC); NATIONAL INSTITUTE FOR OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH (NIOSH). **Approaches to safe nanotechnology**: managing the health and safety concerns Associated with Engineered Nanomaterials. Washington: DHHS: NIOSH, Mar. 2009. (DHHS NIOSH Publication, n. 2009-125). Disponível em: <<https://www.cdc.gov/niosh/docs/2016-102/pdfs/2016-102.pdf>>. Acesso em: 08 mai 2018.
- DIMKPA, Christian O. Can nanotechnology deliver the promised benefits without negatively impacting soil microbial life?. **Journal of Basic Microbiology**, Berlin, v. 54, n. 9, p. 889, Sept. 2014. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/24913194>>. Acesso em: 03 jun. 2018.
- DOUGLAS, Mary; WILDAVSKY, Aaron. **Risco e cultura**: um ensaio sobre a seleção dos riscos tecnológicos e ambientais. Tradutora Cristiana de Assis Serra. Rio de Janeiro: Elsvier, 2012.
- ENGELMANN, Wilson. As nanotecnologias como um fator de aproximação democrática dos países da América Latina: em busca de moldes regulatórios. In: ENGELMANN, Wilson; SPRICIGO, Carlos M. (Org.) **Constitucionalismo democrático na América Latina**: desafios do século XXI. Curitiba: Multidéia, 2015.
- FERRARI, Vincenzo. Primera Lección de Sociología del derecho. Tradução de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Nacional Autônoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2015

FEYNMAN, Richard P. Há mais espaços lá embaixo: um convite para penetrar em um novo campo da Física. Texto traduzido por Roberto Belisário e Elizabeth Gigliotti de Sousa. **ComCiência: Revista Eletrônica de Jornalismo Científico**, Campinas, 10 nov. 2002. Disponível em: <<http://www.comciencia.br/reportagens/nanotecnologia/nano19.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2018.

GUIVANT, Julia S. A teoria da sociedade de risco de Ulrich Beck: entre o diagnóstico e a profecia. **Estudos Sociedade e Agricultura**, Rio de Janeiro, n. 16, abr. 2001. Disponível em: <r1.ufrrj.br/esa/V2/ojs/index.php/esa/article/download/188/184>. Acesso em: 26 jul. 2017.

HOHENDORFF, Raquel von. Revolução nanotecnológica, riscos e reflexos no direito: os aportes necessários da Transdisciplinaridade. In: ENGELMANN, Wilson; WITTMANN, Cristian (Org.). **Direitos humanos e novas tecnologias**. Jundiaí: Paco Editorial, 2015.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TC 229: nanotechnologies**. Geneva, 2005. Disponível em: <http://www.iso.org/iso/iso_technical_committee?commid=381983>. Acesso em: 07 abr. 2018.

INTERNATIONAL ORGANIZATION FOR STANDARDIZATION (ISO). **ISO/TS 27687: 2008: nanotechnologies: terminology and definitions for nano-objects: nanoparticle, nanofibre and nanoplate**. Geneva, 2008. Disponível em: <<https://www.iso.org/standard/44278.html>>. Acesso em: 07 abr. 2018.

INTRODUCTION. **Nanotechnology Products Database (NPD)**. [S.I.], 2018. Disponível em: <<http://product.statnano.com/>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

LEAL, Daniele Weber S. **A autorregulação da destinação final dos resíduos nanotecnológicos**: a possibilidade de utilização do protocolo da OECD e do pluralismo jurídico (Teubner) para Gestão do Risco do Nanowaste. 2017. f. 279. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2017. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6755>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

LUHMANN, Niklas. **Sociología del riesgo**. Tradução de Silvia Pappe, Brunhilde Erker e Luis Felipe Segura. México: Ed. Universidad Iberoamericana, 2006.

MARCHANT, Gary E; SYLVESTER, Douglas J. Transnational models for regulation of nanotechnology. **The Journal of Law, Medicine & Ethics**, Boston, v. 34, n. 4, 2006. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-720X.2006.00091.x/abstract>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

MARTINS, Patrícia Santos. **O sistema de normas ISO e as nanotecnologias**: as interfaces regulatórias e o diálogo entre as fontes do Direito. 2016. Dissertação (Mestrado em Direito) - Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), São Leopoldo, 2016. Disponível em: <<http://www.repositorio.jesuita.org.br/handle/UNISINOS/6206>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

MORAIS, José Luis Bolzan de. As crises do estado. In: MORAIS, José Luis Bolzan de (Org.). **O estado e suas crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

MRAZ, Stephen J. Nanowaste: the next big threat?. **Machine Design**, Cleveland, v. 77, n. 22, p. 46, Nov. 17 2005. Disponível em: <<http://connection.ebscohost.com/c/articles/18901546/nanowaste-next-big-threat>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

NATIONAL INSTITUTES OF HEALTH (NIH). **Nanotechnology at the national institutes of health.** Maryland, [2007?]. p. 2. Disponível em: <<https://www.nih.gov/sites/default/files/research-training/nanotechnology-new-understanding-capabilities-approaches-improving-health.pdf>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Nanomaterials in waste streams:** current knowledge on risks and impacts. Paris, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264249752-en>>. Acesso em: 24 jun. 2018

OST, François. **O tempo do direito.** Tradução: Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.

PART, Florian et al. Current limitations and challenges in nanowaste detection, characterisation and monitoring. **Waste Management**, New York, n. 43, p. 407, Sept. 2015. Disponível em: <<https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/26117420>>. Acesso em: 05 jun. 2018.

PORTO BORGES, Isabel Cristina; GOMES, Taís Ferraz; ENGELMANN, Wilson. **Responsabilidade civil e nanotecnologias.** 1. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

ROCHA, Leonel Severo. Sistema do direito e transdisciplinaridade: de Pontes de Miranda à Autopoiese. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; STRECK, Lenio Luiz; ROCHA, Leonel Severo (Org.). **Constituição, sistemas sociais e hermenêutica:** anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS: mestrado e doutorado: anuário 2006: n. 3. Porto Alegre: Livraria do Advogado; São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2007.

SCHWAB, K. **A quarta revolução industrial.** Tradutor Daniel Moreira Miranda. Edipro, São Paulo, 2016.

CAPÍTULO 20

GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL AOS DADOS PESSOAIS NO BRASIL: A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI 13.709/18) COMO SISTEMA PROTETIVO PARA A EFETIVAÇÃO DA GOVERNANÇA DOS DADOS PARTICULARES NAS REDES SOCIAIS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 08/12/2020

Ana Karoline Fernandes de Sousa

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB
São Luís-MA

<http://lattes.cnpq.br/7934493948638348>

Raquel Colins Andrade

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB
São Luís-MA

Julia Barros de Brito

Unidade de Ensino Superior Dom Bosco- UNDB
São Luís-MA

RESUMO: Um dos mecanismos utilizados na internet é o uso de algoritmos, que são basicamente uma sequência lógica de raciocínios que usam a coleta de dados para chegar a um resultado final de forma precisa. São eles, por exemplo, que mostram um anúncio certeiro sobre um produto que o internauta está desejando, ou dão dicas sobre onde achar determinada coisa de necessidade do usuário, baseado no seu comportamento prévio. Tal funcionalidade pode ser útil e facilitar o frenesi da vida moderna, como também pode ser perigosa e usar essa coleta de dados para um fim ilícito, ou que não seja da vontade do titular desses dados. Há uma linha tênue entre essas duas situações, ilustrando o problema a ser discutido nesse trabalho, visto que a legislação brasileira que trata dessas situações é demasiada recente, como a Lei Geral

de Proteção de Dados (LGPD- Lei 13.709/2018). Tendo em vista a importância dos direitos fundamentais, em especial o da privacidade e à informação, o presente trabalho visa discutir o uso de algoritmos na internet e como eles estão presentes na vida dos usuários desse meio tecnológico. Para isso, foi utilizada pesquisa bibliográfica, dedutiva além das previsões legais acerca desse mecanismo.

PALAVRAS-CHAVE: Governança algorítmica; redes sociais; privacidade; direitos fundamentais.

ALGORITHMIC GOVERNANCE AND DATA PROTECTION AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN BRAZIL: THE GENERAL DATA PROTECTION ACT (LGPD) AS A PROTECTION SYSTEM FOR THE EFFECTIVE GOVERNANCE OF PRIVATE DATA ON SOCIAL MEDIA

ABSTRACT: One of the mechanisms used on the internet is the use of algorithms, which are basically a logical sequence of reasoning that uses data collection to arrive at a final result in a precise way. They are, for example, that show a certain ad about a product that the user is looking for, or give tips on where to find a certain thing that the user needs, based on their previous behavior. Such functionality can be useful and facilitate the frenzy of modern life, but it can also be dangerous and use this data collection for an illicit purpose, or that is not the will of the data subject. There is a fine line between these two situations, illustrating the problem to be discussed in this work, since the Brazilian legislation that deals with these situations is too recent, such as the General Data Protection Law (LGPD- Law 13.709 / 2018). In

view of the importance of fundamental rights, especially privacy and information, this paper aims to discuss the use of algorithms on the internet and how they are present in the lives of users of this technological environment. For this, bibliographic research was used, deductive in addition to the legal provisions about this mechanism.

KEYWORDS: Algorithmic governance; social networks; privacy; fundamental rights.

1 | INTRODUÇÃO

Hodiernamente, observam-se na atual sociedade diversas falhas no tocante às redes sociais principalmente quanto à proteção de dados de usuários. Em relação a este assunto, tais dados merecem a devida proteção, a qual tem como base o preceito constitucional da privacidade previsto no art. 5º, inciso X da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Dessa maneira, cabe mencionar a existência da Lei 13.709/18, a qual encontra-se em *vacatio legis*, por isso será analisado neste trabalho as aplicabilidades da LGPD e se ela promove em seu texto, a concretização do direito fundamental à privacidade, ou se será efetiva após o período de vacância. Além disso, será explicado o termo governança algorítmica, ainda pouco explorada no cenário jurídico pátrio. Nesse caso, “algoritmo é um processo sistemático para a resolução de um problema” e precisa ser usado corretamente, por isso o termo governança (SZWARCFITER; MARKENZON, 1994).

A proteção dos dados pessoais é evidenciada no tocante ao uso de algoritmos para a coleta de informações referentes ao uso e aproveitamento desses dados do usuário nas redes sociais. A problemática se institui diante da linha tênue que separa o uso correto desses dados pessoais que alimentam os algoritmos os quais direcionarão *posts* e anúncios para melhorar a interatividade dos internautas, em contraposição ao uso indevido, que é o uso contrário da destinação lícita.

Assim sendo, torna-se evidente que a LGPD, recentemente aprovada no Brasil, visa à proteção desses dados e, da mesma forma, a constante vigilância acerca desses dados. Como apontado nesse trabalho, sabe-se que a internet está em constante transformação e inovação. Portanto, é indubitável que a forma de controle deve seguir essas transformações com o intuito de tornar a proteção desses dados eficaz.

Outrossim, será tratado nesse trabalho a relação entre o usuário de redes sociais e os programadores destas, relação que será regulamentada pela LGPD, quando entrar em vigor. Esse tópico é de suma importância, pois há uma lacuna legislativa acerca das relações cibernéticas, principalmente entre criador e usuário do meio utilizado.

Nesse viés, o presente estudo utilizou pesquisa bibliográfica, qualitativa, sendo um estudo descritivo realizado por meio de pesquisa bibliográfica em livros artigos, periódicos, sites, anais constitucionais, entre outros. Para isso foram pesquisados registros bibliográficos, textos legislativos, bem como as redações da Lei n.º 13.709/18. O estudo bibliográfico selecionou as principais partes que fundamentam este trabalho além de ter seu conteúdo analisado e utilizado como fundamentação para a análise da lei e sua

possível efetividade na seara da proteção de dados sensíveis e pessoais dos usuários de redes sociais.

2 | A GOVERNANÇA ALGORÍTMICA E A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

O termo governança algorítmica ainda é prematuro no Brasil, tendo mais enfoque no campo de sistemas de informações ou economia, no entanto, ele não se limita a esses cenários, também sendo importante no âmbito jurídico, pois é nessa seara que se dará a tutela da proteção dos dados pessoais utilizados pelos algoritmos.

Sobre os conceitos de algoritmos, governança algorítmica e como ela pode ajudar na proteção dos dados pessoais do internauta, Wemann (2018) dispõe brilhantemente em sua tese monográfica acerca do que significam e como funcionam no ordenamento brasileiro. A autora inclusive fala da carência legislativa brasileira a respeito do tema, um problema que em tese foi sanado com a LGPD, contemporânea a publicação do seu artigo.

Tendo em vista o que foi citado acima, Wemann (2018, p. 41 *apud* BUTTERFIELD, 2016) inicia sua exposição conceituando algoritmos como “um conjunto previsto de regras ou instruções bem definidas para a solução de um problema, como o desempenho de um cálculo, em um número finito de etapas”. Diante disso, há uma primeira concepção de que esses algoritmos seriam utilizados tão somente para a área da informática, mas como esclarece Larissa Wemann (2018), sabe-se que sua utilização pode ser feita em outros ramos.

Tem-se a noção de que esse conjunto de regras são matemáticos, objetivos e neutros. Entretanto, Wemann (2018) afirma que devido à falta de neutralidade desses algoritmos, vem sendo crescente a discriminação e o controle social. Assim sendo, o controle social evidenciado em sua tese monográfica, ressalta os riscos do uso inadequado dos algoritmos na sociedade que, hoje é afirmada como *capitalismo de vigilância* (WEMANN, 2018). Sabe-se que a proteção dos dados pessoais diante do emprego de algoritmos fica sujeito à ética e ao respeito às legislações vigentes. Contudo, é notório que ocorrem violações como acontece na utilização de Big Data, que Wemann (2018) clarifica como coleta e análise.

Seguindo o exposto por Marcela Mattiuzzo (2015), a ascensão da Big Data acentuou a utilização de algoritmos, e essa relação não ocorre aleatoriamente. Sabe-se, como evidenciado acima o conceito de algoritmos, que Big Data pode ser conceituada como uma compilação de informações de diferentes fontes. Essas informações são processadas, gerando um banco de dados, devendo ser destacado que dentre esse compilado de informações estão os dados pessoais (MATTIUZZO, 2015).

Isto posto, faz-se necessário entender como a proteção dos dados pessoais está atrelada à governança algorítmica. À vista disso, Corrêa e Gediel (2008) discorrem sobre a proteção jurídica dos dados pessoais, dando um enfoque histórico mundial, falando de clássicos distópicos como 1984 de Orwell e Admirável Mundo Novo de Huxley, e como

o cenário da troca constante de informações se tornou o que é hoje. Em que pese a complexidade das relações sociais e o crescente fluxo de dados pessoais, devido ao desenvolvimento tecnológico, Corrêa e Gediel (2008) dispõem que a proteção do titular desses dados ocorre tanto em relação ao acesso, como ao seu tratamento, utilização e circulação.

É indubitável que o controle do fluxo de informações relacionado aos dados pessoais tem o escopo de assegurar a igualdade de tratamento dos cidadãos, respeitando sua intimidade. A disposição de informações ligadas ao que se consideram dados pessoais de uma pessoa identificada ou identificável é pontuada como:

Nome, o endereço, o telefone, os números dos documentos de identificação, mas também currículos escolares, dados profissionais, fiscais e bancários, dívidas e créditos, meios de pagamento, o endereço eletrônico, o IP (Internet Protocol – que permite a identificação do usuário de computador), imagens recolhidas por câmeras de segurança, fotografias disponibilizadas na Internet, e, ainda, hábitos de consumo, dados de saúde e biométricos (CORREA; GEDIEL, 2008).

Dessarte, tem-se em vista como o controle acerca dos referidos dados pessoais influenciam no controle social. À vista disso, Corrêa e Gediel (2008), explicam como a demanda de informações relativas à intimidade dos cidadãos e consumidores é estabelecida por meio da tecnologia e dos meios de comunicação pelo que se chama de *sociedade de controle*. Em suma, seguindo o exposto pelos autores supracitados, a *sociedade de controle* é caracterizada pelo controle de dados referentes ao acesso de informação das massas e não somente de um indivíduo isolado.

Dessa forma, sobre a demanda de informações relativas à intimidade dos usuários de redes sociais, há de se reconhecer que o indivíduo é livre para postar o que quiser dentro das diretrizes do site usado- mas o programador do website não pode dispor desse conteúdo de forma livre sem consentimento do usuário. Acerca do consentimento discorre José Gomes Canotilho (2018):

Afirmar que o ser humano é livre exige, não como seu pressuposto, mas como consectário, reconhecer seu domínio ou controle sobre os inputs e outputs de informação. O direito à intimidade está mais associado ao controle de outputs informacionais, desde a sua obtenção por outros até seu uso ulterior. Diz-se assim que o direito à intimidade concede um poder ao indivíduo para controlar a circulação de informações a seu respeito. As informações que se encontram protegidas são aquelas de caráter “privado”, “particular” ou “pessoal”. É o mesmo que dizer, ainda que sob os riscos da tautologia, aquelas informações associadas às particulares do ser. Na caracterização da “informação pessoal” se deve ter em conta: o papel da vontade, a definição do que seja “obtenção de informação”, a compreensão do termo “uso de informação” e a natureza ampla de informação “pessoal” (CANOTILHO, 2018).

Depreende-se do título dessa seção, certa dicotomia entre os termos governança

algorítmica e proteção de dados pessoais, pois de fato há certa incompatibilidade entre os dois se não forem aplicados corretamente. O que não é estranho no âmbito constitucional, pois normas constitucionais ou direitos fundamentais entram constantemente em conflito quando utilizados no plano concreto. Por isso há de se ponderar quais princípios devem ou não prevalecer no caso prático, o que é decerto complicado, já que as formas clássicas para solução de antinomias (critério hierárquico, temporal e especial) são insuficientes no plano constitucional (SARMENTO, 2017).

Nesse sentido, o constitucionalista Daniel Sarmento (2017) explica que não há hierarquização das normas constitucionais, assim, o direito à informação (art. 5º, XIV, CRFB/88) é tão importante quanto o direito à privacidade. A sua solução para o problema, não tão diferente é da exposta por Gilmar Mendes (2014), ao falar dos pesos dos direitos fundamentais quando usados no caso concreto, no qual o direito considerado mais relevante ao caso terá maior peso e, assim, preferência de aplicação.

Portanto, Sarmento (2017) fala da possibilidade do critério hierárquico para a solução de antinomias constitucionais, no sentido de que, não haverá uma hierarquização de direitos, mas sim uma preferência de direito a ser tutelado no caso em pauta. Prossegue dizendo que “nessa hipótese, não se teria a invalidação da norma reputada inferior, com sua exclusão do ordenamento, mas tão somente a sua não aplicação na hipótese de conflito” (SARMENTO, 2017). Assim, é possível concluir que a governança algorítmica é justamente o uso adequado dos algoritmos para coletar informações importantes, que serão usadas para melhorar a interação do usuário de redes sociais com as propagandas ou assuntos que lhes são apresentados, sem, contudo, invadir seu espaço privado.

3 I OS DADOS PESSOAIS CONFORME A LGPD (LEI. N.º 13.709 /2018)

A Lei Geral de Proteção de Dados parte de uma discussão que Rodotá (2008) disserta que não é apenas a mera fortificação da esfera privada contra invasões externas, como também o arcabouço de informações é um componente da organização de poder, ou seja, algum grupo ou indivíduo dirige o exercício do poder conforme a viabilização dos dados pessoais, em que há a necessidade de simplificar a altercação entre liberdades individuais e eficiência administrativa e empresarial para modos contra o controle. Análogo a ilustração de George Orwell na obra “1984”, o qual retrata o futuro autoritário de um Estado pós guerra e a figura do “grande irmão” que edita a verdade e há a perda total de identidade do sujeito, resultando no debate em torno da falta de neutralidade na era tecnológica, a legislação em questão e se existe limite na regulação da liberdade em detrimento de outros direitos.

Logo, pela própria natureza de massificação de conteúdo em milissegundos através da internet, o compartilhamento um tanto irracional de todos os pequenos atos diários que através das redes sociais e a ingenuidade no fornecimento de informações. Algo que

colabora para uma falsa sensação de segurança da sociedade em que não há preocupação com o cenário atual, em que os dados pessoais são utilizados rotineiramente como “moeda de troca” para a comercialização de empresas (GOMES; BITTENCOURT, 2019). Portanto, é perceptível a necessidade de proteção de dados pessoais na medida que casos tão repercutidos como o vazamento de dados do Facebook enfatizam a necessidade da maior autonomia na proteção de dados.

Antes da combinação legal da Lei nº 13709/18, o assunto já era comentado no plano internacional como o direito de *privacy* norte-americano, que embora empregue esse nome, trata-se da vedação da intimidade (RUARO; RODRIGUEZ, 2010). No entanto, a indispensabilidade da legislação brasileira se espelhou na autodeterminação informacional europeia, no tocante que a lei Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados (GDPR) entrou em vigor em maio de 2018, concernente ao escândalo de coleta de dados mundiais pela National Security Agency norte-americana exposta por Edward Snowden, por conta disso, as noções passaram a mostrar maior cautela a suas leis de defesa de dados (GOMES; BITTENCOURT, 2019).

Conforme Gediel e Côrrea (2008), o direito de proteção de dados pessoais refere-se a proteção da intimidade, como consta no art. 5º, X da CRFB/88 e no art. 21 do CC/2002, assim como o direito à informação, incluso no art. 5º, XVI da Constituição Federal. Sobre os direitos fundamentais, Gilmar Mendes e Paulo Branco (2014) abordam quais são e suas características, bem como se dá a tutela acerca desses direitos pautados no catálogo da CRFB/88. Ou seja, a LGPD visa blindar o que, de certo modo, já é incluso no ordenamento jurídico, apenas complementando as entrelinhas que o Marco Civil da Internet não preenchia, em que “A LGPD complementa, harmoniza e unifica um ecossistema de mais de quarenta normas setoriais que regulam, de forma direta e indireta, a proteção da privacidade e dos dados pessoais no Brasil” (MONTEIRO, 2018).

Ademais, a Lei Geral da Proteção de Dados Pessoais além de regular o tratamento de dados por pessoa jurídica ou natural resguarda os direitos fundamentais de liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade natural. Há uma série de pontos chaves na legislação, como os fundamentos de fortalecimento tutelar dos direitos análogos ao arcabouço informacional dispostos no art. 2º, tal como a finalidade dos direitos humanos dissertado no mesmo artigo (MULHOLLAND, 2018).

Considera-se os diferentes setores que se estruturam pelo uso de dados pessoais como método de oferta dos seus serviços para que o *marketing* direcionado seja de fato efetivo, ponderando pela lei a frágil posição a qual aqueles localizados nas redes da web estão suscetíveis. Por isso, inclui-se medidas de regramento da disponibilização de informação para que evitem práticas abusivas, havendo a adequação do escudo de utilização informacional pela previsão de novos direitos positivados no art. 5º da LGPD (MONTEIRO, 2018).

Mantendo a linha de raciocínio que a lei resguarda o tratamento de dados pessoais,

descrito pelo art.5º, X como:

[...] as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração; (BRASIL, 2018).

Evidentemente mencionando o catálogo descritivo das atividades acerca dos dados pessoais que serão regulamentadas pela lei, é de extrema pertinência comentar que a lei passa a requerer a manifestação da vontade expressa em torno de qualquer tratamento de informação pessoal (GOMES; BITTENCOURT, 2019). Ou seja, deve haver o consentimento dos termos de uso de qualquer rede social, sendo este o requisito que possibilita o controle do indivíduo para que o agrupamento de seus dados encontra-se vedado por lei. Porém, surge uma lacuna pela própria natureza veloz das relações nas redes sociais, o consentimento é agrupado dentro das políticas de privacidade e somente com sua concordância pode ser usado o serviço oferecido, em outras palavras, as políticas de uso e privacidade são conjuntas.

Entretanto, nota-se que o consentimento é usado apenas para dar valor a tais modelos de negócios e não para proteger os dados em si. Esse mecanismo é falho, uma vez que não permite que o usuário goze de sua autodeterminação informativas, pois cabe apenas a ele aceitar ou recusar o serviço utilizado. (GOMES; BIITENCOURT, 2019).

No momento que o legislador inclui o consentimento como um dos pontos principais, uma série de princípios podem ser observados, os quais Monteiro (2018) aborda que a vontade expressa do indivíduo complementa o princípio da transparéncia, abordando o direito à transparéncia que a lei abrange, portanto, o direito de obter informações claras e acessíveis que também é visto nas leis europeias que discutem o mesmo tema. Assim como, o direito de acesso aos dados, que assim como o direito à transparéncia consta no artigo 19:

Art. 19. A confirmação de existência ou o acesso a dados pessoais serão providenciados, mediante requisição do titular: I - em formato simplificado, imediatamente; ou II - por meio de declaração clara e completa, que indique a origem dos dados, a inexistência de registro, os critérios utilizados e a finalidade do tratamento, observados os segredos comercial e industrial, fornecida no prazo de até 15 (quinze) dias, contado da data do requerimento do titular. (BRASIL, 2018).

Relembra-se Rodotá, já supracitado, é necessária uma tutela rígida e exigente quando se trata de dados sensíveis pela priorização da isonomia da sociedade. Logo, as liberdades individuais são fortalecidas pelo papel que LGPD se propõe a cumprir, no entanto a legislação brasileira ainda peca em torno do consentimento, que não é explícito contraposto à legislações europeias. Em suma, é visível que há vitalidade na proteção de

dados pessoais pelo exercício regular de direitos fundamentais, assim como o não controle sucessivo.

4 | O IMPACTO DA LEI GERAL DA PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS SOBRE AS COMUNICAÇÕES NAS REDES SOCIAIS

Danilo Doneda (2011) aborda o tema do desenvolvimento das leis de proteção de dados no contexto internacional e brasileiro, sendo interessante o fato de que seu artigo datado de 2011 é anterior ao Marco Civil da Internet e da LGPD, mas já trazia a discussão da necessidade de uma proteção legislativa sobre os dados pessoais, principalmente no campo cibernético. A análise de outro artigo de Doneda (2016) também propiciou a conclusão de que, quando se trata dessa seara do direito, há uma necessidade de atualização constante, visto a volatilidade das relações e inovações que a internet acarreta. O que, no entanto, não deve significar uma insegurança jurídica, pois é função do legislador e dos juristas a garantia de meios que tutelem os direitos supracitados.

Nesse viés, a LGPD (Lei 13.709/18) se trata de uma evolução no direito brasileiro, pois aborda incisivamente temas cibernéticos- campo ainda pouco explorado no âmbito jurídico- e as normas explicativas que nela constam, como o art. 5º, I, que define dado pessoal como “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (BRASIL, 2018). Quando aplicada às redes sociais, onde basicamente tudo é dado pessoal, já que a exposição dos usuários é tamanha, que chega a ser possível descobrir muito sobre a vida do sujeito, sem muito esforço, a Lei torna-se de suma importância, pois passará a reger a relação entre usuário e programador, baseada no direito à explicaçāo (MONTEIRO, 2018).

Nesse viés, Pablo Monteiro (2018) trata do direito a explicaçāo, o qual se trata de um direito do indivíduo que tem suas informações coletadas, de saber como se dá essa coleta, quem o fez e o que fará com os dados retidos. Esse direito é uma derivação do princípio da transparência, que já existia no ordenamento brasileiro, mas só se tornou capaz de tutelar amplamente os casos relacionados ao universo cibernético após a ratificação da LGPD (Lei 13.709/18). O autor pontua que o maior impacto da Lei- no caso sobre as comunicações nas redes sociais- foi a instauração de princípios gerais contidos no texto normativo.

Destaca-se, assim, um princípio importante na seara das redes sociais: o da transparência. Segundo o autor, o princípio da transparência “deve reger toda e qualquer relação do responsável pelo tratamento de dados pessoais com o titular dos dados, garantindo a este o direito de acesso aos seus dados pessoais”. Também institui o pressuposto do dever à informação acerca dos critérios de tratamentos que receberão os dados, onde e com qual fim serão aplicados (MONTEIRO, 2018).

Sobre o termo transparência algorítmica Lauren Smith (2016) ressalta a dificuldade que as companhias têm para seguir esse padrão. Pois, geralmente quando elas liberam

informações sobre como funcionam os seus sistemas de coleta de dados, os usuários não entendem nem mesmo o significado de algoritmo, tornando difícil essa comunicação entre o indivíduo que usa a rede social e o que coordena o site. Um exemplo comum disso são os termos de uso, exibidos antes de o indivíduo criar sua conta em uma rede social. Lá contém todas as regras e diretrizes que ele tem que seguir e as quais ele permite que a empresa siga, como coletar dados para melhorar a experiência e utilizá-los quando quiser.

A autora supracitada usa os EUA como exemplo e ressalta a carência de leis que tratem sobre o assunto, o que já não é um problema no Brasil, pois a LGPD aborda justamente essa problemática. No entanto, como Smith (2016) ressalta que os usuários norte americanos não leem os termos de uso, tampouco leem os brasileiros, dessa forma, as companhias de redes sociais para operarem no Brasil, têm que seguir a legislação local, mas elas podem definir suas diretrizes na preferência que optarem, contanto que peçam permissão ao usuário, este, como de praxe, permite sem ao menos ler o que está fazendo, ao passo que a automatização dos sites é incrementada constantemente. Por isso os usuários “vão ficando cada vez menos capazes de compreender, explicar ou prever o funcionamento interno, os vieses e os eventuais problemas dos algoritmos” (DONEDA, 2016).

Destarte, Mulholland (2018) afirma que a utilização de dados sensíveis é um problema recorrente que causa sérios danos a privacidade dos cidadãos que têm suas informações violadas. A autora narrou casos de roubos e uso indevido de dados que ocorreram em outros países, mas há impactos no Brasil, devido ao cosmopolitismo proporcionado pelas redes sociais, por isso ressalta a importância e efetividade da LGPD- Lei 13.709/18 na tutela desses direitos.

Por fim, os autores que já pautaram sobre o tema governança algorítmica, ressaltam a importância de uma estrutura normativa estatal, que regule ou mesmo limite o uso dos algoritmos. Contudo, é um tema de profunda complexidade e de pouco enfoque legislativo, não sendo exequível ou eficaz, um texto normativo que trate apenas disso (MACHADO, 2018). Dessa forma, a LGPD já proporciona diretrizes adequadas para a proteção de dados pessoais em se tratando de redes sociais, principalmente no respeito à privacidade e direito à explicação. Assim, quando entrar em vigor, é de se esperar um impacto positivo da lei sobre as comunicações nesse âmbito.

5 | CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho buscou-se analisar a governança algorítmica na internet, seus sinais de existência no cotidiano virtual e sua intersecção na esfera jurídica através da vedação dos dados pessoais. Essa falta de neutralidade na rede verifica uma forma de constante vigilância e controle sem qualquer critério ético ou consentimento. Por isso, ficou clara a necessidade da promulgação de uma legislação que tutele as informações

dos internautas. Dessa forma, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais tem o intuito de agir como um filtro do banco de dados devido à movimentação constante de conteúdo, ou seja, para tal investigação foram usadas leis estrangeiras como parâmetro de impacto do que a LGPD poderá vir a cumprir.

Em virtude dos fatos mencionados, a lei supracitada protegerá o que, de forma um tanto implícita, no ordenamento jurídico, logo, preenche lacunas deixadas pelo Marco Civil da Internet ao tecer um arcabouço harmônico de resguardo de dados pessoais. Ainda que prematuro na legislação, o tema é discutido pertinentemente e avidamente antes mesmo da cominação da Lei 12.695/2014, como foi supracitado, evidenciando o desenvolvimento do direito acerca do assunto.

Entretanto, ficou evidente que há um problema quanto um dos pontos fulcrais da LGPD, que se baseia na ideia de consentimento quando se trata do compartilhamento de dados, frisando principalmente o *marketing* direcionado, uma vez que a manifestação de vontade para a permissão do acesso à informações é, até certo ponto, sorrateira. Ou seja, quando se discute a própria natureza veloz da *interweb*, não há uma lógica cautelosa dos internautas para o acesso de certos sítios e aplicativos, em outras palavras, o consentimento é fornecido livre de qualquer compreensão ou sequer consciência do internauta. Versando sobre esse tema, é intrínseco a compreensão da transparência na LGPD, que o usuário deve ser explicado, de forma clara e direta, de quando e como seus dados vão ser acessados e consequentemente, armazenados, algo que GDPR (Lei Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados) disserta mais fervorosamente.

Destarte, a notoriedade da LGPD como artifício essencial para o uso da rede e garantia dos direitos dos indivíduos que a utilizam foi exposta, em que os escândalos do mal uso de dados pessoais possuíram um grande papel na observação do caráter indispensável da lei em questão. Por consequência, a Lei Geral de Proteção de Dados é uma medida devida, todavia não suficiente uma vez que, segundo o exposto anteriormente, há certos obstáculos no quesito consensual assim como o enraizamento da ideia de informações pessoais como tesouro pela indústria.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal de 1988. In: **Vade Mecum JusPodivm**.:2019. Salvador: JusPodivm, 5.ed. 2019

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em: 17 Ago. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz [coordenação científica]. **Comentários à Constituição do Brasil**. – 2.ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

CORRÊA, Adriana Espíndola; GEDIEL, José Antônio Peres. **Proteção Jurídica de dados pessoais: a intimidade sitiada entre o Estado e o Mercado**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. n.º 47. Curitiba, 2008. p. 141-153.

DONEDA, Danilo. **A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental.** *Espaço Jurídico Journal of Law*. v. 12, n.º 2, 2011. p. 91-108.

_____ ; ALMEIDA; Vírgilo A. F. **O que é governança de algoritmos?** Politics: uma publicação Nupef, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://politics.org.br/edicoes/o-que-%C3%A9-governan%C3%A7a-de-algoritmos>>. Acesso: 31 out 2019

GOMES, Evelyn Vieira; BITTENCOURT, Izabella Alves Jorge. **O consentimento nas leis de proteção de dados pessoais: análise do regulamento geral sobre a proteção de dados europeu e da lei brasileira 13.790/2018.** In: POLIDO, Fabricio; ANJOS, Lucas; BRANDÃO, Luiza. Políticas, internet e sociedade, 2019. P. 26-35.

MACHADO, H. F. de S. Algoritmos, regulação e governança: uma revisão de literatura. **Revista de Direito Setorial e Regulatório**, Brasília, v. 4, n.º 1,p.39-62, maio 2018. Disponível em: <<http://periodicos.unb.br/index.php/rdsr/article/view/19131/17671>>. Acesso em: 02 out 2019.

MATTIUZZO, Marcela. **Algorithms and Big Data: considerations on algorithmic governance and its consequences for antitrust analysis.** 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rec/v23n2/1980-5527-rec-23-02-e192328.pdf>>. Acesso em: 30 set 2019.

MENDES, Gilmar F. BRANCO, Paulo G. G. **Curso de Direito Constitucional.** 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, R. **Existe um direito à explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?.** Instituto Igarapé, Artigo Estratégico 39. Rio de Janeiro, 2018.

MULHOLLAND, Caitlin Sampaio. **Dados pessoais sensíveis e a tutela de direitos fundamentais:** uma análise à luz da lei geral de proteção de dados (Lei 13.709/18). **R. Dir. Gar. Fund., Vitória.** v. 19, n.º 3, 2018. p. 159-180.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade de vigilância:** privacidade hoje, Rio de Janeiro:Renovar, 2008.

RUARO, Regina Linden; RODRIGUEZ, Daniel Piñeiro. O direito à proteção de dados pessoais na sociedade da informação. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, n.º 36, 2010. Disponível em: <<https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/212>>. Acesso em: 02 set. 2019.

WEMANN, Larissa. **Governança algorítmica e a proteção de dados pessoais.** 2018. 77 f. Tese-Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/174601/001061235.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 29 ago. 2019.

SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional- Teoria, História e Métodos de trabalho.** 2.ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

SMITH, Lauren.º **Algorithmic transparency: Examining from within and without.** IAPP Privacy Perspectives, 2016. Disponível em: <<https://iapp.org/news/a/algorithmic-transparency-examining-from-withinand-without/>>. Acesso em: 02 out 2019.

SZWARCFITER, J. L.; MARKENZON, L. **Estruturas de dados e seus algoritmos.** Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos Editora S.A., 1994.

CAPÍTULO 21

PROLEGÓMENOS AOS JUSNATURALISMO

Data de aceite: 01/03/2021

Victor Fell

Discente do 1º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente
<http://lattes.cnpq.br/6130291062935245>

Enzo Stefano

Discente do 1º ano do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente
<http://lattes.cnpq.br/8163541790099569>

RESUMO: Este trabalho pretende mostrar a evolução do jusnaturalismo, desde o seu nascimento, até os dias atuais, vislumbrando expor suas principais implicações do ponto de vista lógico e deontológico, e como ele precisou ser reformulado devido ao ataque que sofreu no século XVIII, para poder a continuar a ter credibilidade científica e respaldar o direito. Utilizando uma abordagem filosófica-metodológica, este trabalho, se valendo de pesquisa bibliográfica tem como fim a exposição o erro do jusnaturalismo ao se utilizar de uma base deontológica falha, sendo por isso fortemente criticado e obrigado a rever seus conceitos, desta forma deu-se origem ao Jusracionalismo.

PALAVRAS-CHAVE: Jusnaturalismo. Lei de Hume. Jusracionalismo. Transcendental.

ABSTRACT: This work intends to show the evolution of jusnaturalismo, since the beginning to nowadays, glimpsing to show its main

implications of a logic and deontologist point of view, and how it needed to be reformulated due the attacks suffered in the XVIII Century, to be able to keep having scientific credibility and backing up on law. Using the philosophic-methodologic approach mean to exposes the jusnaturalism's mistake of using a fail deontologist base, being hardly criticized by that, and forced to review your concepts, resulting this way in the birth of the jusracionalism.

KEYWORDS: Jusnaturalism. Hume's Law. Jusracionalism. Transcendental.

11 INTRODUÇÃO

O jusnaturalismo é a corrente jurídica que afirma a existência de direitos independentemente da sua positivação, ou seja, sem que um Estado constituído disponha sobre eles. Já foram fontes- do jusnaturalismo- a natureza, Deus e a razão. A natureza (ordenamento do universo) foi escolhida como a nascente dos direitos por que acreditava-se em uma visão mais teleológica da realidade, onde cada pessoa tinha uma função a desempenhar, consequentemente, um valor e, por isso, seriam detentores de direitos. O divino foi justificativa para a proteção da humanidade sob direitos, por que ela, foi dotada de especial valor por Deus. Na era moderna, as certezas das duas ideias precedentes foram abaladas, e buscou-se sua fundamentação na razão e na ideia de liberdade que lhe é inerente.

O mecanismo lógico conhecido como

“guilhotina de Hume” (Black, 1964, p. 162) prova a invalidade formal de uma norma quando esta é derivada de um fato, dele surgiu a ideia de extrair direitos da razão devido a sua natureza formal e não factual. E, percebendo que Hume estava certo, Kant (2017, p. 30) busca solucionar o problema através da busca de uma fonte a priori e formal.

2 I DIREITO NATURAL

Como leciona Martin Heidegger (Reale, 2001 p. 1) toda pergunta feita já pressupõe, por si, uma intuição do perguntado. Neste sentido, para se iniciar o estudo de um determinado tema é preciso estabelecer suas bases para que se delimite a área de abrangência. Com o tema direito natural é impossível dissociar a importância atual dele, tendo em vista as críticas feitas ao positivismo após a segunda guerra mundial, quanto ao pressuposto do Tribunal de Nuremberg, onde alemães alegaram seu cumprimento para com a norma. Ante ao exposto, é possível verificar que o positivismo jurídico, devido ao seu caráter de direito “posto” está um passo atrás, abrindo margem para atrocidades como aquelas cometidas na Alemanha da época.

Neste cenário o *jusnaturalismo* é trazido de volta ao debate jurídico como uma possível solução para este problema do direito posto. Todavia, apesar de solucionar o problema da existência de direitos anteriores a positivação, trazendo uma proteção maior ao ser humano, o *jusnaturalismo* foi alvo de juízos desfavoráveis durante a história e, portanto, deve se analisar o que foi dito até então para compreender se esta doutrina é de fato uma solução viável.

3 I O DESENVOLVIMENTO DO JUSNATURALISMO NA ANTIGUIDADE

É de extrema importância para se entender o direito natural na Grécia que se tenha em mente as bases culturais que favoreceram esta doutrina, colocando sua primordialidade na cosmologia; onde, na lição de Danilo Marcondes (1997, p. 10-20), entende-se a noção de realidade construída para o pensamento grego como advinda de análises pré socráticas.

Em suma, estes pensavam que o mundo no qual estavam inseridos, o qual denominavam *physis* (Aristóteles, 2012, p. 37), era finito e ordenado; que uma lógica universal, nomeada como *logos*, regia todo o universo para que tudo que estivesse nele caminhasse em direção; e um *telos* (finalidade) determinado por ele, assim, desta harmonia e ordem natural, surgia uma beleza denominada como *kosmos* e também uma normatividade.

Cabe aqui fazer uma breve observação quanto a isso, quando é dito (em termos de lógica) que algo tem uma finalidade (ou telos) esta afirmação implica em um dever quanto a esta coisa.

Portanto, a questão da ordem natural das coisas postas pelos pré socráticos mostrava um condicionamento a finitude e a um ordenamento, com finalidade ligada ao

universo e as normas. Ou seja, diz que a noção vigente da época criou o direito natural, visto o funcionamento ordenado do universo, corroborando com a divisão de classes em sociedade. Sendo assim, toda esta fase ficou conhecida como jusnaturalismo cosmológico.

Para Eduardo Bittar, e Guilherme Almeida (2008, p. 57) esta fase foi a que iniciou o jusnaturalismo, pois os pré socráticos foram os primeiros, mesmo que de forma rudimentar buscaram a verdade, abandonando assim o misticismo que envolvia a sociedade antiga. Deste modo, eles protagonizaram a transição do pensamento mítico para o pensamento filosófico.

4 I O ENGANO DO JUSNATURALISMO

É mister para o prosseguimento deste estudos que se faça uma crítica ao direito natural e suas falhas derivativas, de modo que se possa chegar na fonte última daquilo que possa ser considerado bom.

A falha mais notável quanto ao direito natural não é jurídica, mas sim lógica. O direito natural da maneira que foi exposta anteriormente enfrenta um grave problema lógico que será exposto nesta secção.

Este problema consiste basicamente na tentativa do direito natural de derivar um “dever ser” de um “ser”, este processo é descrito por Max Black (1964, 160-175) como *guilhotina de Hume*. Segundo o qual Black afirma ser impossível logicamente, que qualquer juízo normativo seja derivado de forma correta por um juízo puramente factual. Muito embora este estudo quanto a autonomia dos juízos normativos tenha sido sistematizado com Black ele se iniciou com Hume (por isso ganhou a alcunha de “guilhotina de Hume”), segue a passagem a qual este usa para ilustrar sua teoria:

Em todo sistema moral que até hoje encontrei, sempre notei que o autor segue durante algum tempo o modo comum de raciocinar, estabelecendo a existência de Deus, ou fazendo observações a respeito dos assuntos humanos, quando, de repente, surpreendo-me ao ver que, em vez das cópias proposicionais usuais, como é (*is*) e não é (*is not*), não encontro uma só proposição que não esteja conectada a outra por um *deve* (*ought*) ou não *deve* (*ought not*). Essa mudança é imperceptível, porém da maior importância. Pois, como esse *deve* ou não *deve* expressa uma nova relação ou afirmação, esta precisaria ser notada e explicada; ao mesmo tempo, seria preciso que se desse uma razão para algo que parece inteiramente inconcebível, ou seja, como essa nova relação pode ser *deduzida* (*can be a deduction*) de outras inteiramente diferentes. Mas já que os autores não costumam usar essa precaução, tomarei a liberdade de recomendá-la aos leitores; estou persuadido que essa pequena atenção seria suficiente para subverter todos os sistemas correntes de moralidade, e nos faria ver que a distinção entre vício e virtude não está fundada meramente nas relações dos objetos, nem é percebida pela razão (Hume, 2000, p. 509).

5 I O RECURSO KANTIANO Á LEI DE HUME

Para o problema exposto por Hume, Kant dá uma resposta que o solucionaria. Através das filosofia transcendental, ele elabora uma forma de se extrair os juízos de valor fundantes da metafísica moral do próprio fundamento no qual se amparam, ou seja a razão.

Kant (2017, p. 30) percebe que grande parte das tentativas anteriores de se formular uma teoria do direito natural tinham este problema exposto por Hume; deste modo, busca formular uma teoria transcendental da metafísica dos costumes. Ele percebe a importância do transcendental, pois entende que se de alguma forma fosse possível derivar um juízo primordial, que de mesmo modo fosse condição de existência formal para a determinada coisa (neste caso a lei natural) esta não poderia ser negada sob a pena de negar a própria existência da mesma.

Sendo assim, com Kant o direito natural para de ser derivado tanto de Deus, como da natureza ou de coisas externas ao homem. Pode se dizer que neste momento foram resolvidos os dois principais entraves do jusnaturalismo, nomeadamente o problema da existência ou não de um Deus que seria capaz de dar uma lei imutável à humanidade, bem como o problema de se derivar essa lei de premissas factuais externas ao homem como a natureza ou o cosmos.

É aí que nasce o que se pode denominar de doutrina do jusracionalismo, ou do direito racional, como uma fase do jusnaturalismo que veio a sanar os problemas do mesmo possibilitando a existência deste.

6 I CONCLUSÃO

Todas as tentativas de derivar o direito da natureza e de um Deus falharam por passarem do mero ser para um dever-ser, o que é como bem mostrou David Hume (2000, p. 509) , um erro lógico, erro esse que foi contornado usando-se de um expediente até hoje difícil de atacar

Kant (2017, p. 30) para contornar o problema, ontológico-normativo, exposto por Hume, deriva o direito da razão haja vista que, destarte escapa-se da “ guilhotina de Hume” graças a natureza normativa e não factual das ideias oriundas da razão.

Dianete do exposto fica claro que o jusracionalismo é a única maneira de fundamentar normas sem cair num salto, ontológico-normativo, e que a melhor forma de o fazer é a proposta por Kant em sua filosofia ética que está assente com a sua epistemologia ao demonstrar a natureza da cognição humana, juntamente com seus limites, e a natureza da razão a qual faculta a todo ser que lhe encerra uma capacidade de agir pelo puro bem, devido a capacidade de agir por idéias puras, o que lhes cinge com um valor a que chamamos Dignidade e só daí ele pode emanar.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **METAFÍSICA**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2012.

BITTAR, Eduardo; ALMEIDA, Guilherme. **Curso de Filosofia do Direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva 2002

GIAROLO, Kariel Antonio. **É possível derivar dever ser de ser?** Controvérsia, 2013.

HUME, D. **Tratado da natureza humana**: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais. Trad. D. Danowski. São Paulo: Editora da Unesp, 2000.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 3. ed. São Paulo: Edipro, 2017.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia**: Dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Zahar, 1997.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: saraiva, 2001.

CAPÍTULO 22

UMA REFLEXÃO SOBRE A DERRELIÇÃO DO SUJEITO HUMANO PELO DIREITO: ENTRE EMBATES TEÓRICOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

Data de aceite: 01/03/2021

Data de submissão: 20/01/2021

Stephany Yohanne Rolim Pereira

Universidade Federal da Paraíba – UFPB

João Pessoa – Paraíba

<http://lattes.cnpq.br/1572801982874783>

RESUMO: O presente trabalho acadêmico tem por objetivo fazer uma análise reflexiva do que se comprehende enquanto derrelição do sujeito humano pelo Direito, trazendo derrelição enquanto abandono humano e o que de fato pode-se esperar do Direito, bem como as suas consequências práticas na vida humana. Através de uma revisão bibliográfica, torna-se por base a obra de Hart, sobre o conceito de Direito e as reflexões filosóficas de Bachelard, os textos de Kelsen. Assim, para traçar uma visão de reconstrução de tal temática, vista de maneira objetiva e concisa, se faz necessária para a compreensão do que é o Direito, do que ele não é, e como por não significar justiça e agir enquanto instrumento de regulação social, ele traz consequências profundas para a vida humana e para a compleição do sentido de abandono e de reificação.

PALAVRAS-CHAVE: Derrelição. Direito. Consequências práticas. Regulação social.

A REFLECTION ON THE DERRELITION OF THE HUMAN SUBJECT BY RIGHT: BETWEEN THEORETICAL FIGHTING AND ITS PRACTICAL CONSEQUENCES

ABSTRACT: The present academic work aims to make a reflexive analysis of what is understood as the human subject's dereliction by Law, bringing dereliction as human abandonment and what can actually be expected from Law, as well as its practical consequences in human life. Through a bibliographic review, Hart's work is based on the concept of Law and Bachelard's philosophical reflections, Kelsen's texts. Thus, in order to draw a vision of the reconstruction of such theme, seen in an objective and concise manner, it is necessary to understand what the Law is, what it is not, and as it does not mean justice and act as an instrument, it brings profound consequences for human life and for the completion of the sense of abandonment and reification.

KEYWORDS: Derrelition. Law. Practical consequences. Social regulation.

11 INTRODUÇÃO

O presente artigo científico tem por objeto trazer à luz a discussão de um tema deveras ábido no Direito, sendo ele uma discussão que toca tanto o campo da Filosofia do Direito quanto a Teoria do Direito, compreendendo o conceito de derrelição como o sentimento de abandono humano, isto é, o processo do sujeito de se estar jogado no mundo e alheio de suas capacidades enquanto sujeito ativo e a relação

desse processo de se estar alheio ao mundo com a ação do dispositivo jurídico, isto é, busca-se contextualizar o seguinte problema: Como o Direito pode fazer parte do processo de derrelição humana em sua construção enquanto regulador da vida em sociedade?

De tal modo, é salutar a compreensão do que verdadeiramente pode-se compreender enquanto Direito, bem como a sua possibilidade na ação e transformação das vidas humanas. Assim como o entendimento de que as normas feitas por determinadas sociedades não são necessariamente fontes de verdades absolutas, ou que nem tudo que é produzido pelos homens é escrito e dado como lei, tem de fato a capacidade de governar com justiça povos e nações.

O trabalho em questão ergue-se através de dois pilares principais, sendo estes: a fundamentação da concepção do que é derrelição e seu sentido para o Direito e para uma aplicabilidade prática do problema apresentado, e a representação de como são as relações jurídicas, bem como o aprimoramento da noção do que é o Direito, seguindo-se através de uma base teórica alcançada nos filósofos clássicos, como as obras de Aristóteles, bem como construindo e embasando o debate sobre a necessidade de se fazer o presente trabalho a partir de uma análise ontológica, em sua construção bem elaborada do que é o ser, para que em seguida, se possa lançar a questão da possibilidade de abandono desse ser e a sua situação de estar alheio aos vários instrumentos e acontecimentos do mundo, tendo como foco principal o Direito enquanto um destes instrumentos.

Neste sentido, a presente pesquisa é erguida em detrimento da relação que é feita e comparada entre dois fenômenos diferentes, sendo estes, respectivamente, o processo de derrelição humana e o processo de atuação do Direito na vida humana, buscando uma comparação entre os mesmos e uma final noção da relação entre os mesmos e se o Direito exerce ou não um papel nesse processo de abandono humano.

2 I AS RAÍZES JUS-FILOSÓFICAS DA DERRELIÇÃO

2.1 A caracterização onto-substancial do direito

Partindo do questionamento do que é o Direito e como o mesmo se apresenta através da historicidade humana, podemos conceber a premissa do mesmo que se apresenta enquanto tecnologia social, Direito dos juristas a construção de um pensar técnico e abordagem descritiva, criando uma particularidade específica do mesmo que deságua e um caráter instrumental.

Assim, segue-se aqui o mesmo pensamento realizado por Enoque Feitosa, de que:

O eixo central desta secção visa realizar uma reflexão acerca da necessidade de conferir um trato ontológico à relação entre forma jurídica e sua (reivindicada) materialização, bem como a aplicabilidade de tais formulações a uma compreensão mais adequada do direito e de suas finalidades sociais, contribuindo para sua teorização e para uma prática que não seja presa de ilusões referenciais (ideológicas, em uma das várias acepções de ideologia,

isto é, como toda ilusão, imagem invertida da realidade) (FEITOSA, 2017, p. 302).

Vemos então surgir um problema ontológico que se desenvolve a partir do discurso do panorama da construção das normas e do próprio Direito. Nesse sentido, para que se possa perceber com clareza a historicidade humana, é necessário que nos aprofundemos nas causas do ser e como o mesmo se apresenta em suas particularidades.

Assim, pode-se entender que o presente artigo busca traçar uma construção do real significado do Direito no que diz respeito às suas consequências sobre a vida humana, seguindo o que é construído pela linha teórica de Bachelard:

O espírito científico é essencialmente uma retificação do saber, um alargamento dos quadros do conhecimento. Julga o seu passado condenando-o. A sua estrutura é a consciência dos seus erros históricos. Cientificamente, pensa-se o verdadeiro como retificação histórica de um longo erro, pensa-se a experiência como retificação da ilusão comum e primeira (BACHELARD, 1996, p. 120).

Assim, na medida em que a ontologia volta o seu olhar ao questionamento do objeto em si, toma-se o estudo ontológico do Direito pelo seu próprio questionamento, no sentido do que é, para perceber como funciona e como se apresenta, isto é, trazer uma visão das razões do Direito, mas centralmente o que é, de maneira que, se é possível questionar a forma do Direito, assim, segue também a crítica ao seu conteúdo.

2.2 A relação entre o conceito teórico-filosófico da derrelição e a sua definição jurídica

Para dar início a um olhar ontológico sobre o Direito, com vistas à uma abordagem dentro da Filosofia do Direito, a respeito do processo de derrelição humana e de como o mesmo acontece dentro de uma perspectiva de abandono e esquecimento do sujeito humano pelo Direito, pode-se elucidar o que o texto jurídico traz a respeito de derrelição na norma escrita.

Assim, para traçar uma comparação e um ponto de partida para a compreensão da derrelição, podemos analisar o que o ordenamento jurídico brasileiro dispõe a respeito de tal matéria em seu artigo 1.276 do Código Civil:

Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou a do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§ 1º. O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º. Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais (BRASIL, 2002).

Assim, o termo derrelição, em sentido estrito no Direito, vai dar conta do imóvel que foi abandonado, daquilo que foi jogado, daquilo que foi lançado ao mundo e dessa maneira, o uso filosófico do termo vem num sentido de abranger esse sentimento de se estar lançado no mundo, de uma certa abandonidade humana, e a crítica que se traz dentro dessa perspectiva é que essa abandonidade humana e esse sentimento de se estar lançado ao mundo pode ser contribuído e sofrer grande influência de instrumentos e instituições como o Direito.

Assim como se dá a crítica de Bachelard ao que foi construído enquanto a Ontologia Contemporânea, ele passa a questionar a característica ontológica de tal saber científico, de modo que, a busca pelo conhecimento não parte de um real que se encontra preestabelecido, mas se baseia em construir objeto da pesquisa em torno do próprio ato de conhecer (BACHELARD, 1984). Assim, se faz presente a necessidade de se transformar esse conceito a uma perspectiva prática.

Nesse sentido, comprehende-se o processo de entificação do ser, quando o mesmo é inserido dentro de uma sociabilidade, cumpre o sentido de influência do mesmo pelos mecanismos que estão presente no ambiente ao qual este ser abandonado, assim, com o entendimento da transformação do indivíduo e do processo de entificação do ser a partir do ambiente ao qual se é lançado no mundo, o que se demonstra aqui através de uma construção histórico-social sobre o próprio conceito de sociabilidade e Direito.

2.3 O que sucede da derrelição humana: a passagem do sujeito a sujeito de direitos

Com o intuito então de compreender a natureza humana dentro de um aspecto de uma busca de uma real emancipação do homem e de retorno do indivíduo à sua forma enquanto sujeito, apresenta-se nesse capítulo um estudo da substância humana, bem como o seu desenvolvimento dentro da sociedade e o papel do Estado enquanto complexo concreto que atua enquanto mecanismo necessário à reificação do homem e enquanto própria expressão social.

Desse modo, os fatores externos traçam a linha fundamental de afastamento da individualidade ao individualismo humano. No qual, em se tratando do primeiro aspecto, temos a capacidade humana de se demonstrar único enquanto ser, através das diversas características que serão construídas a partir de uma perspectiva histórica para delimitar a essência do ser enquanto indivíduo. Já no segundo aspecto teremos a particularização da individualidade desaguando num pensamento que se desprende da coletividade e retira do homem sua característica mais fundamental de se apresentar enquanto animal social.

Partindo de uma ideia na qual as vontades dos indivíduos venham a partir de uma

perspectiva da sociedade primitiva, que ainda preserva suas barreiras naturais, podemos fundar uma ideia pura de Estado enquanto a própria reunião das vontades dos indivíduos.

Seguindo esse posicionamento, também podemos concluir que, segundo assinalou Hegel (2010) em seu livro a Filosofia do Direito:

O Estado é a efetividade da ideia ética, - o espírito ético enquanto vontade substancial *manifesta*, nítida a si mesma, que se pensa e se sabe e realiza o que sabe e na medida em que sabe. No *costume*, ele [O Estado] tem sua existência imediata e, na *autoconsciência* do singular, no saber e na atividade do mesmo, a sua existência mediata, assim como essa, mediante a disposição de espírito nele [no Estado], como sua essência, seu fim e seu produto de sua atividade, tem sua *liberdade substancial* (HEGEL, 2010, p. 229).

O Estado então se funda numa construção que se dá a partir das consciências individuais e dos espíritos humanos, como uma grande nuvem que acolhe estes pensamentos humanos e o que pode ser concebido como momentos do ser social, de modo que, que surge no mesmo momento em que nasce essa *autoconsciência* humana (HEGEL, 2010, p. 229).

Assim como podemos encontrar também em Bachelard, a razão e, portanto, a própria construção da ciência é em sua essência descontínua, de modo que corrige a si mesma ao longo da história, isto é, os seus métodos e os seus fatos tomados enquanto princípios são constantemente retificados pela própria razão na medida em que a mesma é dinâmica e variável (BACHELARD, 1984).

Desse modo, identificamos uma construção da materialidade da criticidade do ser, dentro da perspectiva de um materialismo histórico, do sujeito enquanto consciente da práxis social e pensando através de um cientificismo.

3 I O CONHECIMENTO JURÍDICO: ENTRE OS EMBATES TEÓRICOS E AS CONSEQUÊNCIAS PRÁTICAS

3.1 O conhecimento científico do direito: como é o direito?

As atividades consubstanciais e rotineiras da vida humana, tais quais as ferramentas sociais que se utilizam para manter preso o “lobo do homem” aprisionam em si a ideia do ser alheio ao mundo, de modo que a estranheza e a constatação de se estar abandonado e o sentimento de uma inespecificidade existenciária é perdida em meio a um ciclo social.

Para tal, concebemos que o Direito faz parte de um sistema jurídico, gerado e constituído por um regramento de normas que balanceiam e regulam a vida humana. Portanto, o Direito parte da formação de tais normas que se unem enquanto característica de regramento social, caracterizado enquanto fruto da produção humana em seus aspectos característicos e como resultado crescente de suas mais diversas necessidades.

No entanto, assim como nos é trazido por Kelsen (1987), o Direito é em si mesmo o conteúdo da lei escrita, que não se preocupa em com os objetos das consequências das

relações sociais, tendo em vista que essas repercuções são consequências da ação do Estado. A isto, ele ainda aduz trazendo luz à situação em um sentido prático:

Os tribunais criam Direito, a saber – em regra – Direito individual; mas, dentro de uma ordem jurídica que institui um órgão legislativo ou reconhece o costume como fato produtor de Direito, fazem-no aplicando o Direito geral já de antemão criado pela lei ou pelo costume. A decisão judicial é a continuação, não o começo, do processo de criação” (KELSEN, 1987, p. 272).

Desse modo, observando as ciências jurídicas e, portanto, o Direito, enquanto parte das ferramentas que influem e compõem o todo que é a sociabilidade e a construção cultural, política, social e econômica da vida humana, comprehende-se que a busca pelo entendimento de tais componentes não se esgota em uma só ciência ou no estudo de uma só parte. E ainda, o Direito não preexiste a si mesmo, de modo que não é em si nada além de uma ferramenta ou meio, não sendo fim em si mesmo. De tal modo ele depende das demais criações sociais, como o costume, os intérpretes da norma que reconhecem o costume como lei e o Estudo que aplica a norma e o Direito segundo o seu interesse.

Nesse sentido, começa-se uma busca por compreender o funcionamento de tais regramentos e a posterior necessidade de diferenciarmos entre a decisão de se fazer a lei e a própria elaboração da lei. Nesse caso, a decisão de se fazer a lei é o que vem primeiro, seguindo, posteriormente, o ato em sim de elaboração da lei. Assim, as condições para a decisão de formação da lei surgem de âmbitos e aspectos que não se esgotam no Direito, isto é, assim como um dia foi visto por Hart:

A característica geral mais proeminente da lei em todos os tempos e lugares é que sua existência significa que certos tipos de conduta humana não são mais opcionais, mas em certo sentido obrigatórias (HART, 1994, p. 6, tradução nossa).

Tais decisões a respeito da formatação das leis surgem de um espelhamento do formato social no qual estão inseridos os indivíduos humanos, observa-se ainda que essa forma de sociabilidade define a concretização de tais leis, bem como aqueles que exercem ou têm o poder em mãos, são os que podem escolher como, onde e para quem as leis são aplicadas.

3.2 A epistemologia do direito e a sua aplicação prática no mundo

Partindo de uma pesquisa que se funda em uma Teoria do Direito, compreendendo que, ao partir da indagação do que são e como são compostas as regras e normas consideradas jurídicas e de um questionamento da materialidade, bem como a veracidade de sua apresentação enquanto forma jurídica ou não, adentramos em um questionamento que passa a ser filosófico e traz consequências para o próprio Direito.

Desse modo, assim como o questionamento sobre a natureza ou a essência do Direito é ressaltado pela busca de sua definição (TROPPER, 2008, p. 7), concebemos

a importância de se discutir a própria representação do jurídico, na medida em que se apresenta.

Discutir o Direito enquanto sistema lógico normativo que, em tese, tem sua episteme definida a partir de organização do ordenamento e da feitura das normas¹, ou seja, uma Teoria Geral do Direito e não em uma Filosofia do Direito, o que possibilitaria um debate acerca do método, objeto e conteúdo jurídicos.

Não obstante, se argumenta a existência de um complexo jurídico sócio-político em que pese os valores que são estabelecidos nas diversas culturas, independentemente da coercibilidade jurídica, em outras palavras, existe o próprio regramento particular de cada cultura e no que diz respeito a essa influência, para o Direito estatal, se comprehende como valoração daquilo que se deve permitir e daquilo que se deve proibir ou evitar.

Compreende-se ainda que, não se pode aplicar uma regra antes de haver assim a concebido enquanto regra de Direito (TROPPER, 2008, p. 8), de modo que, o próprio Direito determina o caráter do que é jurídico. No entanto, isso não nos informa sobre a natureza do Direito, mas a partir do momento em que nos questionamos sobre o porquê de tais concepções e critérios terem sido adotados, ou porque os mesmos são obrigatórios, passamos a traçar um questionamento ontológico do Direito.

3.3 O processo de julgar do direito e seu papel enquanto agente político

Não podendo se fundar em determinado truismo como ponto de partida metodológico dentro de uma abordagem do Direito como forma política, busca-se, acima de tudo, de tratar da função instrumental de cada esfera. Nesse sentido, a questão da prioridade ontológica traz ao direito a ideia de que o mesmo se apresenta enquanto o conhecimento oficial do fato. Ora, se o direito é o reconhecimento oficial do fato, o direito só vai ser colocado depois que os conflitos sociais efetivamente tomaram lugar, isto é, o papel do direito vai ser então de reconhecer o modo pelo qual se colocaram as lutas sociais, certo modo pelo qual se conformou uma tensão entre a esfera política e a social.

O Direito então, ao mesmo tempo em que é uma forma de conhecimento e, portanto, traz consigo a realidade factual construída, o modo pelo qual essa realidade vai se operar só é possível até certo ponto, exatamente por meio do direito. Diante disso, percebe-se como a peculiaridade e a questão da prioridade ontológica não retira a função social que também vai ter o Direito, trazendo essa relação de instrumentalidade que vai ter encontro entre o aspecto social, o aspecto político e o aspecto jurídico.

Tratando o modo pelo qual essa instrumentalidade do Direito irá se colocar na medida em que a transformação que o mesmo causa na mudança e redução da consciência do indivíduo humano é algo intrinsecamente ligada a ele, no sentido de que, mesmo certas lutas sociais são reconhecidas por meio do Direito, mas esse Direito vai se colocar justamente

¹ Em suma, a perspectiva de científicidade do Direito surge enquanto doxa, sendo efetivada através do determinismo positivista e da coercibilidade.

na medida em que, classificando-se enquanto ferramenta, o pensamento dominante de determinada sociedade será responsável por operar através dele.

Desse modo, ao mesmo tempo em que o Direito é um fenômeno, ele assume um caráter instrumental, no sentido de que, ao mesmo tempo em que contamos com o Direito, se fazemos isso de forma estratégica, adotamos uma forma de redução da vida humana e de controle social dentro da apresentação do fenômeno jurídico.

4 | DIREITO E JUSTIÇA: TUDO O QUE É DIREITO É JUSTO?

4.1 Entre a norma escrita e a efetivação da justiça

Aborda-se que o direito enquanto sistema possui uma complexidade que lhe é própria, isto é, uma análise puramente do direito nos remete a debater as suas correntes clássicas, natural e positivista, assim como nos questiona sobre sistemas de aplicabilidade. Com isso, o positivismo parte de uma perspectiva em que se encontra como instrumento de afirmação do dever ser, ou seja, não busca promover de forma pura a ética e a moral, mas transformar o sujeito em objeto de direitos. A lei acaba sendo apenas para aplicação pura, com o intuito de permanecer enquanto regulador social. Vê-se então o direito enquanto mecanicista e objetivo. Há uma codificação dos direitos, o direito de ter direitos, estabelecendo o que está forjado através da norma em uma cobrança objetiva.

O que também podemos compreender a partir que Hart passa a conceber enquanto a diferença do comportamento de um grupo social e o estabelecimento de regras:

Qual é, então, a diferença crucial entre o comportamento habitual meramente convergente em um grupo social e a existência de uma regra da qual as palavras 'deve', 'deveria' e 'deveria' são freqüentemente um sinal? Aqui, de fato, os teóricos jurídicos estão divididos, especialmente em nossos dias, quando várias coisas colocaram essa questão em evidência. No caso de normas jurídicas, muitas vezes é sustentado que a diferença crucial (o elemento de 'deve' ou 'deve') consiste no fato de que os desvios de certos tipos de comportamento provavelmente encontrarão uma reação hostil, e no caso de regras legais ser punido por funcionários (HART, 1994, p. 10, tradução nossa).

Podemos então observar que a sociedade civil se caracteriza enquanto uma forma de governar com regras do Direito um espaço soberano habitado por sujeitos econômicos. Seria limitar pelo direito e pela ciência econômica uma atividade de exercício governamental que venha a unir o econômico e o jurídico.

Esse conceito seria caracterizado pela concepção da própria sociedade civil, que seria a união da realidade densa do ponto puramente econômico e a administração concreta dos indivíduos. Aí entra a participação do Direito enquanto regulador prosaico da vida em sociedade.

A partir de uma perspectiva desse desenvolvimento desigual e combinado entre

economia e direito, aponta-se a partir da ideologia do direito e dessa visão de mundo operacional, a necessidade da investigação da gênese histórica e da função social que cumpre, no que, a partir de uma análise ontológica de tais fatos, há uma observação do que pode se considerar enquanto definhamento do direito, apontando os limites estruturais da esfera jurídica. A própria necessidade do direito que surge com a função social de dirimir conflitos e antagonismos sociais iria se esvair, ou seja, sua própria necessidade deixaria de existir.

4.2 O direito e suas consequências práticas na vida humana

Compreendendo então o processo que perpetua o desenvolvimento do sujeito humano e a sua situação de lançado no mundo, sujeito de todos os aspectos que circundam a sua existência e lhe são alheios, observamos então esse processo do ser que é transformando em um ente, que age em sociedade e que participa da construção de uma sociabilidade que lhe é inerente.

Nesse sentido, tudo que perpetua a vida dos indivíduos são atos que também são históricos, pois esses, no momento em que são lançados nessa existência e vivem e agem ao seu tempo, também são influenciadas por instituições, formas e instrumentos que se colocaram presentes muito antes de sua chegada. Assim também se apresenta o Direito, uma concepção de que a construção humana e histórica se depara com essas ferramentas de regulamentação da moral e da existência humana. E esse elemento de regularização da vida em sociedade pelo Direito é algo que tem origem em sua fundação, essa é a chave que gira em torno de sua vontade de origem, isto é, o que deu motivo ao seu estabelecimento.

De tal modo, podemos observar uma questão levantada por Hart (1994) em suas investigações sobre a natureza do Direito, logo após os seus questionamentos sobre o Direito enquanto ferramenta de imposição de vontades, isto é, de controle de comportamento, fonte e urgência de necessidade social, e que, no entanto, passa a presentar também outros aspectos:

Uma segunda questão surge de uma segunda maneira em que a conduta pode não ser opcional, mas obrigatória. As regras morais impõem obrigações e retiram certas áreas de conduta da livre opção do indivíduo de fazer o que quiser. Assim como um sistema jurídico obviamente contém elementos intimamente ligados aos casos simples de ordens apoiadas por ameaças, também obviamente contém elementos intimamente ligados a certos aspectos da moralidade (HART, 1994, p. 7, tradução nossa).

De tal modo, percebendo que todo o ambiente social que se desenvolve ao redor do ser é complexo e construído por aspectos que se interligam, como uma teia muito bem trabalhada de questões, obrigações e coações, pode-se então compreender que a natureza do ser, a sua essência, é composta pela sua cultura e por como ele é trazido ao mundo, isto é, em qual circunstância ele se encontra posto no mundo.

Nesse sentido, parte-se dessa construção do ser, bem como o processo de

influência de sua consciência que é realizada e motivada, inclusive pelo próprio corpo ao qual a sua consciência foi inserida. Com isto, compreender como funciona a relação entre consciência e corpo, tornando-se fundamental para que se possa compreender como funciona a relação do ser com o mundo exterior, incluindo a sua relação com o processo de influência do Direito.

4.3 É possível uma emancipação humana pelo direito?

Assim como o ser, que se entifica através do seu aspecto de sociabilidade passa a sofrer influência do mundo ao seu redor, o Direito é destinado a regrer segundo aqueles que detêm o poder, de modo que estes mesmo que detêm o poder tem a legitimidade para regrer como lhe apraz a vida dos sujeitos humanos.

É característico da oscilação entre os extremos, que constituem a história da teoria do direito, que aqueles que viram na estreita assimilação do direito e da moral nada mais do que uma inferência equivocada do fato de que o direito e a moral compartilham um vocabulário comum de direitos e deveres, deveria ter protestado contra ela em termos igualmente exagerados e paradoxais (HART, 1994, p. 8, tradução nossa).

Em detrimento disto, concebe-se que o Direito e a moral compartilham um vocabulário comum, no entanto, o Direito é um instrumento de coerção, de controle social, de regulamentação da vida em sociedade. Não é em si um monumento ou símbolo da justiça, pois não é sua preocupação alcançar a liberdade humana, de modo que o mesmo não é autoprodutor, mas é fruto das ações humanas.

Dentro de uma sociedade que deseja manter os sujeitos humanos sobre amarras, esta será então a função do Direito, que enquanto instrumento lidera com mãos de ferro o processo de derrelição da vida humana, bem como o processo e sentimento de abandonidade.

No caso das normas jurídicas, essa consequência previsível é definida e oficialmente organizada, ao passo que, no caso não jurídico, embora seja provável uma reação hostil semelhante ao desvio, ela não é organizada ou definida em caráter (HART, 1994, p. 10, tradução nossa).

E é a partir dessa questão, compreendendo que a desigualdade e o desamparo humano são também uma questão política, que podemos passar a traçar e conseguir observar uma relação entre esses conceitos, e como a derrelição também se encontra presente e encontra parte responsável no Direito, enquanto agente de instrumentalização do indivíduo humano a partir do seu controle por uma massa específica no poder e que o Direito em si, não representa justiça, mas um formato de controle social.

Por meio de tais concepções, o Direito se demonstra enquanto um instrumento que não tem por si mesmo um caráter, ou positivo ou negativo, mas ele age de modo a representar aqueles que também o controlam, sendo ele fruto da sociedade e da política

que a governa, guiado pelas transformações políticas e pelas lutas sociais de sua época. Em alguns momentos se encontra ao lado das mudanças que favorecem as liberdades humanas e em outros se encontra ao lado das que legitimam as atrocidades que mazelam os indivíduos humanos.

Eis então o Direito, que em si não é justiça, mas que cumpre o papel social ao qual é designado. Sua ação enquanto instrumento de regulação e controle torna-o mecanismo de redução da vida humana, ao passo que, faz parte também do processo de derrelação do sujeito humano, isto é, do processo do abandono do ser.

5 | CONCLUSÃO

Pode perceber na análise feita que a construção da identidade do ser perpassa pela sociabilidade que o mesmo adquire em sua experiência concreta, ou seja, os valores humanos, sociais e culturais que definem o estatuto daquilo que é. Isso nos permite afirmar que o todo do ser é na verdade a reunião de todas as suas partes, independentemente da variabilidade que estas possam assumir.

Da mesma maneira, o Direito se compõe pela variabilidade de correntes e afirmações que ora se aproximam de uma verdade real, ora se definem como necessidade da imposição dogmática, mas o que é certo é que o Direito se constrói a partir da contrariedade e não de consensos.

Dito isto, concluímos que a moldura jurídica imposta ao ser humano não é capaz de revelar sua essencialidade e tão somente, a caracterização de um comportamento e atitude pré-definida naquilo que a ordem pré-estabelecida rege.

Resta-nos aqui continuar a perquirir a investigação de uma essência do ser e do Direito, tendo como horizonte a perspectiva de emancipação e da concreção de uma liberdade consciente.

Torna-se necessário então pensar a forma jurídica a partir do papel ao qual ela assume, dentro de um contexto de luta de classes, na qual se dispõe enquanto mecanismo de administração de pessoas. De forma que, tratar de uma introdução ao direito, é tratar de categorias jurídicas, ou seja, é tratar de categorias que não expressam uma relação geral, mas uma relação ligada à particularidade do próprio Direito.

Nessa perspectiva, nota-se uma tendência que, mesmo no plano da linguagem, venha a se tratar o Direito de modo fetichista. O modo pelo qual os homens colocam as relações sociais de um modo normativo caracteriza-se enquanto instrumento de mediação social tematizado na ética, aplicando-se no campo das instituições sociais. Mas se a normatividade, nesse sentido de mediação entre os homens não fenece, o mesmo destino não é dado ao Direito ou à própria norma jurídica, de modo que o mesmo não se classifica enquanto uma necessidade ontológica, no sentido de que, surge a sua necessidade dentro de uma perspectiva de uma sociedade mecanicista.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. **Política**. Trad. de Mário da Gama Kury. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1985.

BACHELARD, Gaston. **A Filosofia do Não**. Tradução de Joaquim José Moura Ramos. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BACHELARD, Gaston. **A formação do espírito científico**: contribuição para uma psicanálise do conhecimento. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de filosofia do direito**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993. p. 230-231

FEITOSA, Enoque. FORMA JURÍDICA E CONCRETIZAÇÃO: PARA UMA ONTOLOGIA DO JURÍDICO. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 47, p. 297-334, 2017.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **The concept of law**. 2nd Ed., Clarendon Press: Oxford, 1994.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Fenomenologia do espírito**. Petrópolis: Editora Vozes, 1992.

_____. **Filosofia do Direito**. Linhas Fundamentais da Filosofia do Direito ou Direito natural e Ciência do Estado em Compêndio. Trad. Paulo Meneses, et al. São Leopoldo, RS, Ed. Unisinos, 2010.

_____. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2000, 329 p.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoría general del derecho y del estado**. Trad. Eduardo García Márquez. 3. ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1969.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do estado**. Trad. de Fernando de Miranda. São Paulo: Saraiva, 1938.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. KELSEN, Hans. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

KELSEN, Hans. **O que é justiça?** A justiça, o direito e a política no espelho da ciência. Trad. de Luís Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **A ideologia alemã**. São Paulo: Boitempo, 2007.

MARX, Karl. **A miséria da filosofia**. Trad. José Paulo Netto. São Paulo: Global, 1985.

_____. **Sobre a questão judaica**: Inclui as cartas de Marx a Ruge publicadas nos Anais Franco-Alemães. Boitempo Editorial, 2015.

TROPER, Michel. **A filosofia do Direito**. São Paulo: Martins, 2008.

CAPÍTULO 23

UM ENFOQUE JURÍDICO SOBRE A NARRATIVA DE *DOM CASMURRO*

Data de aceite: 01/03/2021

Karina Sales Longhini

Mestra em Direito Constitucional e Sistema Constitucional de Garantias e Direitos pela Instituição Toledo de Ensino Ibitinga/SP
<http://lattes.cnpq.br/3582269241730118>

Larissa Fernanda Steinle

Mestra em Estudos Literários pela Faculdade de Ciências e Letras da Universidade Estadual Paulista (UNESP), Campus de Araraquara/SP.

Professora
Ibitinga/SP
<http://lattes.cnpq.br/9426090175066786>

RESUMO: Na obra machadiana *Dom Casmurro*, Bento Santiago realiza um discurso baseado em suas reminiscências, produzindo, por meio de recursos linguísticos, molduras no decorrer da obra, objetivando convencer o leitor de suas perspectivas, em especial sobre o relacionamento amoroso existente entre sua esposa, Capitu, e seu melhor amigo, Escobar. Não obstante, buscaremos, por meio de uma perspectiva jurídica, desconstruir essa certeza ostentada pelo narrador-personagem, visto que o detentor da palavra é única e exclusivamente aquele que acusa ser a vítima da situação conflituosa e suas declarações são tomadas por suas emoções, o que indiscutivelmente influencia na perspectiva da realidade narrada.

PALAVRAS-CHAVE: *Dom Casmurro*, moldura, depoimento pessoal, prova oral.

A LEGAL APPROACH OF *DOM CASMURRO'S* NARRATIVE

ABSTRACT: In Assis's piece *Dom Casmurro*, Bento Santiago makes a discourse based on his reminiscences. Using linguistic resources, the narrator produces frames throughout the piece aiming to convince the reader of his point of views, especially regarding the romantic relationship between his wife, Capitu, and his best friend, Escobar. Nevertheless, we seek to deconstruct the certainty flaunted by the first-person narrator through a legal perspective, since the one who speaks is the only one who declares himself the victim of the conflict and his assertions are taken over by his emotions which undoubtedly influences his perspective of the narrated reality.

KEYWORDS: *Dom Casmurro*, frame, personal testimony, oral proof.

1 | INTRODUÇÃO

No presente estudo trabalharemos com a obra machadiana *Dom Casmurro*, a qual foi escrita em 1899, narrada em primeira pessoa por Bento Santiago, que irá contar a própria vida, desde a mocidade até o seu momento presente.

Desta feita, pretende-se explorar a narrativa apresentada por Bento Santiago em sua autobiografia, criando um elo entre ela e a prova oral do sistema processual, explorando, para tanto, as passagens em que a personagem utiliza-se de molduras no transcorrer da história

como técnica de retórica. O que indubitavelmente nos colocará à frente de questionamentos como a real veracidade daquilo que nos é apresentado como verdade absoluta pelo narrador-personagem.

Há que se lembrar que, assim como, em outras obras machadianas, a presente produção apresenta recursos como a digressão e os constantes diálogos com o leitor, que tendem a desenvolver uma proximidade entre este a perspectiva do narrador-personagem e, desse modo, convencendo-o de seu discurso, Marisa Lajolo e Regina Zilberman (2011) abordam a temática, vejamos:

No conjunto, tais técnicas funcionam como se o narrador estivesse a dizer que o *cliente tem sempre razão*, apostando nos procedimentos de sedução que tal concepção encerra.

(...)

Tais e tantas estratégias, se não garantem ao narrador a fidelidade do leitor a um texto que se prolonga, sem dúvida estreitam a cumplicidade entre ambos: o leitor é uma figura para quem se conta *em segredo* os acontecimentos da trama. Aparentemente a técnica, aplicada ao folhetim, deu certo; tanto é assim que é mantida no desenrolar do romance, reaparecendo mais adiante na obra de Machado de Assis. (LAJOLO e ZILBERMAN, 2011, p. 29-30)

Dito isso, temos que a técnica utilizada por Machado de Assis em sua obra tem o objetivo de desenvolver um vínculo de empatia entre o leitor e o narrador-personagem, por conseguinte, desenvolve-se uma cumplicidade entre essas duas figuras, o que, indubitavelmente fará com que o convencimento do leitor sobre a veracidade da história narrada se torne uma atividade menos árdua para o narrador-personagem.

Feitas essas considerações, há que se falar que para a leitura aqui proposta de *Dom Casmurro* se faz necessário a apresentação e diferenciação de alguns pressupostos; à frente temos que vítima ou ofendido é o indivíduo que sofre a ofensa ao direito; o acusado ou ofensor é o indivíduo que, supostamente, teria lesado o direito alheio. Em outros termos, são os sujeitos que ocupam os polos opostos de uma situação conflituosa. Há que se falar na figura da testemunha, trata-se de pessoa que presenciou o ocorrido, por conseguinte, comparece perante autoridade para apresentar sua percepção do fato.

Logo, por serem sujeitos diretamente ligados ao acontecimento “ambos procuram narrar os fatos a sua maneira, e, assim suas declarações devem ser aceitas com reserva.” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 595). Desta forma, considerando que a obra *in casu* é a autobiografia de Bento Santiago, que passa a construí-la com base nas memórias do narrador-personagem, não em “documentos e datas, como preliminares” (ASSIS, 1999, p. 19) e, como o pontuado por Bento Santiago: “vou deitar ao papel as reminiscências que me vierem vindo” (ASSIS, 1999, p. 19), o qual, ainda, pondera sobre as características peculiares à memória da seguinte forma:

Há dessas reminiscências que não descansam antes que a pena ou a língua as publique. Um antigo dizia arrengar de conviva que tem boa memória. A vida é cheia de tais convivas, e eu sou acaso um deles, conquanto a prova de ter a memória fraca seja exatamente não me acudir o nome de tal antigo; mas era um antigo, e basta. Não, a minha memória não é boa. Ao contrário, é comparável a alguém que tivesse vivido por hospedarias, sem guardar delas nem caras nem nomes, e somente raras circunstâncias. (...) Como eu invejo os que não esqueceram a cor das primeiras calças que vestiram! Eu não atino com a das que enfeiei ontem. Juro só que não eram amarelas por que execro essa cor; mas isso mesmo pode ser olvido ou confusão. E antes seja olvido que confusão; explico-me. Nada se emenda bem nos livros confusos, mas tudo se pode meter nos livros omissos. Eu, quando leio algum desta outra casta, não me aflijio nunca. O que faço, em chegando ao fim, é cerrar os olhos e evocar todas as coisas que não achei nele. (...) É que tudo se acha fora de um livro falho, leitor amigo. Assim preencho as lacunas alheias; assim podes também preencher as minhas. (ASSIS, 1999, p.103-104)

Isto posto, deve-se atentar para o fato de que o próprio Bento Santiago, narrador-personagem, chama a atenção do leitor para o fato de que a memória é algo falível e, principalmente para o fato de que a sua própria memória é “fraca”, por conseguinte, irá se valer de outros meios para suprir tal carência.

Diante das perspectivas expostas pelo próprio narrador-personagem, tendo, também, como ponto de partida a ideia de que este é pessoa diretamente ligada e interessada aos fatos por ele apresentado, temos que suas explanações devem ser recepcionadas com cautela, ainda mais se considerarmos que não temos a perspectiva, a percepção vinda de forma direta das outras personagens, como Capitu - a ofensora, ou terceiros que presenciaram os acontecimentos e com isso pudessem apresentar suas percepções sobre o conflito.

Faz saber que referida situação será melhor trabalhada e demonstrada no seguimento do presente trabalho, posto isso, como dissemos alhures, o objetivo do presente trabalho é através da história apresentada por Bento Santiago, juntamente com os conceitos jurídicos mencionados acima, apresentar outras formas possíveis de interpretação sobre as queixas do narrador-personagem; ressaltando a reserva às declarações realizadas por ofendido e ofensor no mundo jurídico, para tal fim nos valeremos dos recortes realizados durante a narrativa, através de molduras, pela própria personagem narradora, o que passamos a fazer.

2 | A REALIDADE FÁTICA, A REALIDADE NARRADA E O CONVENCIMENTO DO LEITOR

A priori, há que se reiterar que a obra *in commento* trata-se da autobiografia de Bento Santiago, o qual narraria sua história de vida baseado em suas lembranças. Sem embargos ao objetivo do narrador-personagem, com o transcorrer dos capítulos vai evidenciando-se que a narrativa focaliza-se no relacionamento entre Bento Santiago e Capitu, sua vizinha

e paixão desde a infância.

Bento Santiago inicia sua história tratando do porquê intitulou a obra de *Dom Casmurro*, em seguida trata dos motivos e como irá escrever o livro. Nos capítulos que seguem conta de maneira breve momentos de sua infância. Fala da ida ao seminário, onde torna-se melhor amigo de Escobar e, que ambos abandonam a formação clerical.

Ao abandonar a formação eclesiástica, forma-se em direito e casa-se com Capitu, sua paixão desde a infância. Com o nascimento do filho Ezequiel, a vida e felicidade do narrado-personagem tornar-se-ia plena. Contudo, tal completude é rompida com a abrupta morte do melhor amigo, Escobar, uma vez que, no velório deste, Bento Santiago começa a suspeitar da existência de um relacionamento extraconjugal de sua esposa com o finado. Nesse momento passa a tecer os argumentos que o levaram a acreditar que sua amada e seu melhor amigo mantiveram um relacionamento amoroso, o qual teria gerado como fruto um filho, Ezequiel.

Chegado a este ponto necessitamos apresentar o conceito de ofendido ou vítima e de ofensor ou acusado de maneira mais extensa do que fizemos na parte introdutória deste trabalho, isto se faz necessário, ao passo que, neste momento da obra machadiana surge a situação conflituosa, qual seja a suposta traição de Capitu.

Sendo assim, passemos a tal propósito, segundo o doutrinador Fernando da Costa Tourinho Filho (2010), o que tange a vítima ou ofendido temos a seguinte conceituação:

Ofendido ou vítima é o sujeito passivo da infração. Ou, como se diz Basileu Garcia, é o titular do direito lesado ou posto em perigo pelo crime. Em suma: é quem sofre a ação violatória da norma penal. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 594)

No que se refere ao ofensor ou acusado, o mesmo doutrinador assim o define:

Imputado, acusado, ou réu, segundo a terminologia do nosso Código, é o sujeito processual em relação a quem se pede a atuação do Direito Penal, em relação a quem *res in judicio deducitur*.

Imputado, em sentido amplo, é o sujeito passivo da pretensão penal, e é em relação a ele que se pede a atuação da pretensão. Infere-se, pois, que a qualidade de imputado é, como diz Fenech, personalíssima, e não se deve atribuir tal qualidade a outra pessoa senão àquela que “genuinamente deba assumir esta carga en el proceso penal” (Derecho procesal penal, Barcelona: Labor, 1952, v. 1 p. 417). (TOURINHO FILHO, 2010, p. 411)

Neste mesmo caminhar temos as palavras de Fernando Capez (2010), vejamos:

Fala-se, assim, em partes parciais – demandante e demandado – e parte imparcial – o juiz. Demandante é aquele que deduz em juízo uma pretensão, ao passo que demandado é aquele em face de quem a pretensão é deduzida. (CAPEZ, 2010, p. 215)

Seguindo na obra de Fernando Capez (2010) temos que:

Ofendido é o sujeito passivo da infração penal (...).

Acusado – É aquele em face de quem se deduz a pretensão punitiva; é o sujeito passivo. (CAPEZ, 2010, p. 222)

Esta conceituação se fez necessária, afim de que compreendamos que Bento Santiago e Capitu ocupam lados opostos de uma situação conflituosa, ele, segundo a narrativa, como ofendido; ela, por sua vez, como ofensora; por conseguinte, são partes interessadas no desfecho do conflito.

Neste diapasão, Fernando da Costa Tourinho Filho (2010) tece elucidações, as quais seguem abaixo transcritas:

Sendo assim, qual seria o valor probatório de suas palavras? *Prima facie*, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de ponderar que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta particularidades, desvirtuando os fatos. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 594)

Muito embora os fatos estejam sendo apresentados pelo ser cognoscente, esta deve ser tida com ressalva, como nos alerta Fernando da Costa Tourinho Filho (2010) no trecho acima transcrito, ao passo que, a realidade, nada mais é que uma percepção do mundo, logo, aquele que a apresenta, assim o faz com base em suas emoções, convicções e interesses, eis o porquê da “reserva necessária” (TOURINHO FILHO, 2010, p. 594).

No transcorrer da obra Bento Santiago conta momentos de rompantes emocionais, vejamos o trecho abaixo transcrito:

(...)

Assim se explicam a minha estada debaixo da janela de Capitu e a passagem de um cavaleiro, um *dandy*, como então dizíamos.

(...)

Ora o *dandy* do cavalo baio não passou como os outros; (...) O cavaleiro não se contentou de ir andando, mas voltou a cabeça para o nosso lado, o lado de Capitu, e olhou para Capitu, e Capitu para ele; o cavalo andava, a cabeça do homem deixava-se ir voltando para trás. Tal foi o segundo dente de ciúme que me mordeu. (...) Vão lá raciocinar com um coração em brasa, como era o meu! Nem disse nada a Capitu; saí da rua às pressas, enfiei pelo corredor, e, quando dei por mim, estava na sala de visitas.

Na sala de visitas, tio Cosme e José Dias conversavam, um sentado, outro

andando e parando. A vista de José Dias lembrou-me o que ele me disse no seminário: “Aquilo enquanto não pegar algum peralta da vizinhança que case com ela...” Era certamente alusão ao cavaleiro. Tal recordação agravou a impressão que eu trazia da rua; mas não seria essa palavra, inconscientemente guardada, que me dispôs a crer na malícia de seus olhares? (ASSIS, 1999, p. 123-24)

Nos capítulos que se seguiram referida situação se repete e, assim como no trecho retro mencionado o narrador-personagem é envolto pelo sentimento do ciúme, o qual manifesta-se de maneira abrupta, à vista disso, sua interpretação da realidade tem por medida essa sensação vivenciada pela personagem narradora, observemos:

Só Capitu, amparando a viúva, parecia vencer-se a si mesma. Consolava a outra, queria arrancá-la dali. A confusão era geral. No meio dela, Capitu olhou alguns instantes para o cadáver tão fixa, tão apaixonadamente fixa, que não admira lhe saltassem algumas lágrimas poucas e caladas...

As minhas cessaram logo. Fiquei a ver as dela; Capitu enxugou-as depressa, olhando a furo para a gente que estava na sala. Redobrou de carícias para a amiga, e quis leva-la; mas o cadáver parece que a retinha também. Momento houve em que os olhos de Capitu fitaram o defunto, quais os da viúva, sem o pranto nem palavras desta, mas grandes e abertos, como a vaga do mar lá fora, como se quisesse tragar o narrador da manhã.

(...) tive um daqueles meus impulsos que nunca chegavam a execução: foi tirar à rua caixão, defunto e tudo. (ASSIS, 1999, p. 183-184)

Seguindo a narrativa outro exemplo em que o narrador-personagem se deixa levar pelas emoções, segue:

O que aqui vai por ordem lógica e dedutiva, tinha sido antes uma barafunda de ideias e sensações, graças aos solavancos do carro e às interrupções de José Dias. Agora, porém, raciocinava e evocava claro e bem. Concluí de mim para mim que era a antiga paixão que me ofuscava ainda e me fazia desvairar como sempre. (ASSIS, 1999, p. 186)

Nesta vertente Lucette Petit (2005), nos apresente uma análise sobre os últimos quarenta e oito capítulos da obra machadiana, vejamos:

Os 48 últimos capítulos serão consagrados à ênfase de um único sentimento: o crescente ciúme do herói-narrador. A reviravolta das situações, a passagem do amor ao ódio, a desordenação dos processos narrativos, o enfurecimento das ondas caracterizam esta nova fase da autobiografia de Bento. (PETIT, 2005, p.148)

Desta forma, o trecho supracitado torna inegável a carga emocional trazida nos capítulos em que o narrador-personagem irá tratar da possível traição e, a forma como este “enfurecimento” irá influenciar a percepção da realidade pela personagem.

Nota-se que, continuamente, no transcorrer da narrativa a personagem de Bento

Santiago é acometido de rompantes emocionais, os quais tomam conta de sua fala e, consequentemente, tornam a realidade percebida e apresentada de acordo com as sensações vivenciadas pela personagem, o que nos remete a um contraste do que aparenta ser e do que realmente é; frisa-se, ainda, que o narrador-personagem, durante toda a narrativa, busca transparecer uma imagem de sujeito centrado, contido e equilibrado, por outro lado, apresenta Capitu como expansiva, provocativa, ou seja, as falas de Bento Santiago nos trazem personagens com máscaras antagônicas e uma narrativa embebida das emoções do narrador-personagem.

Torna-se perceptível durante a narrativa, tais como os trechos retro citados, que o escritor faz recortes nas cenas por ele apresentadas, como se realizasse contornos no seguimento que exige maior atenção do leitor, ou seja, “Moldura como aquilo que é, ao mesmo tempo, contorno e ruptura, como aquilo que demarca um campo e, ao fazê-lo, deixa de fora outras tantas imagens.” (SOARES, 2001, p.35), desse modo, enfatiza trechos essenciais dentro da narrativa.

À vista disso, temos que Bento Santiago conduz, de maneira sutil, o olhar do leitor para os momentos de suas reminiscências que lhe são mais interessantes. Lançando mão de digressões, as quais suspendem a narrativa e dá início a reflexões paralelas, criando, dessa forma, demarca a imagem que pretende que o leitor extraia da narrativa, o que faz por meio de enquadramentos, os quais têm o afã de trazer aquele que lê sua obra para dentro de sua realidade (narrativa), neste sentido temos os ensinamentos de Marisa Lajolo e Regina Zilberman (2011):

Julgamentos equivocados são desmentidos apenas pelo narrador que, ao usar e abusar da onisciência, torna o leitor testemunha privilegiada. Privilégio, no entanto, que depende sempre do gesto tutelar do narrador, já que o leitor, deixado a seu próprio critério, toma inevitavelmente o bonde errado; cabe àquele, pois, corrigi-lo, direcionando-o para a conclusão correta. A desigualdade da interlocução vai, assim, se impondo de uma forma sutil, embora ainda coexista com continuadas, mas cada vez menos convincentes, deferências do narrador que sempre se coloca em posição superior, de intérprete indiscutível da história. (LAJOLO e ZILBERMAN, 2011, p. 55-56)

Atina-se que o narrador-personagem a todo momento em sua narrativa busca prender a atenção do leitor para momentos que julga cruciais para sua história, dessa maneira, evita que a atenção do legente, a qual julga ser fugaz, se esvaia e dessa forma se perca, o que, por conseguinte, prejudicaria o objetivo do narrador-personagem, qual seja o convencimento de seu ouvinte.

Nesse mesmo sentido são as palavras de José Ortega y Gasset (1963):

Viven los cuadros alojados en los marcos. Esa asociación de marco y cuadro no es accidental. El uno necesita del otro. Um quadro sin marco tiene el aie de un hombre expoliado y desnudo. Su contenido parece derramarse por los cuatro lados del lienzo y deshacerse en la atmósfera. Viceversa, el

marco postula constantemente um cuadro para su interior, hasta el punto de que cuando le falta tiende a convertir em cuadro quando se ve a su través. (GASSET, 1963, p. 309)

Como explanado no trecho acima transcrito a ausência da moldura faz com que o quadro dilua-se na atmosfera, Bento Santiago, como já dito, emoldura cenas que lhe convém, concentrando-a, consequentemente, direciona o olhar do leitor evitando que a cena se esvai; o que é utilizado como forma de retórica. A exemplo disso apresentamos um trecho da obra *in commento*:

Príamo julga-se o mais infeliz dos homens, por beijar a mão daquele que lhe matou o filho. Homero é que relata isto, e é um bom autor, não obstante contar em versos, mas há narrações exatas em varcos, e até mau verso. Compara tu a situação de Príamo com a minha; eu acabava de louvar as virtudes do homem que recebera, defunto, aqueles olhos... (ASSIS, 1999, p. 185)

Neste trecho torna-se flagrante como Bento Santiago, concentra toda a atenção do leitor nos “olhos” que Capitu teria lançado ao cadáver de Escobar, o qual, na perspectiva do narrador-personagem, é ponto contundente do relacionamento extraconjugal de sua esposa com seu melhor amigo; e ao margear a cena do olhar lançado, delimita, assim como, conduz a visão do leito para um momento específico que pretende significar.

Neste sentido temos os ensinamentos de Eduardo Peñuela Cañizal (2012), *in verbis*:

Naquele então, mal sabia eu que essas cercaduras das mensagens icônico-plásticas fazem parte de um código específico. Elas delimitam de maneira adequada aos domínios da visão e, portanto, o campo expressivo fundador do lugar semiótico que desencadeia a leitura. Nesse âmbito, seus efeitos são múltiplos. Entre eles se destaca o jogo dialético entre o espaço evocado é um espaço representado, assim como a projeção de tonalidades luminosas no texto imagético propriamente dito. (CAÑIZAL, 2012, p.19)

Segue o autor dizendo

Uma das coisas que deve ser incluídas nos filmes que expressam as ações de uma fábula é precisamente uma alusão ou uma explicitação *visible* dos lugares onde se realizam os acontecimentos. Às vezes, os segundos em que na tela aparece um rosto refletido num espelho em pormenor são extremamente precisos, pois nele se ancoram oportunidades únicas de enxergar as nuances simbólicas e da imagem em questão. Mais ainda quando, de algum modo, esse tipo de configuração particulariza o narcisismo da personagem. Nos intermédios desse jogo de espelhos, também as pupilas do espectador - outro jogo de espelhos - ficam à deriva na ambiência envolvida por uma atmosfera narcísica. (19-20) (CAÑIZAL, 2012, p.19)

Tal qual o diretor cinematográfico direciona as lentes de sua câmera para detalhes que serão fundamentais para o desenlace da película, o narrador-personagem lança o leitor para fragmentos que serão cruciais para comprovar sua argumentação; tornando a visão do legente “adequada” a perspectiva que pretende apresentar.

Como vimos outrora tanto o ofendido, quanto o ofensor, ao discorrerem sobre o fato conflituoso, por serem pessoas diretamente interessadas em sua resolução, tendem a descrevê-lo de maneira que lhe seja mais propícia, ao passo que, estão contaminadas “pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento” (TOURINHO, 2010, p. 594), por conseguinte, temos o direcionamento do ouvinte para particularidades que lhe são convenientes, com afã de convencê-lo de sua verdade.

Dessa maneira, o relator dos fatos cria um desnível entre as personagens, uma vez que, enaltece a dor, o sofrimento que lhe é causado, ao mesmo passo em que desmerece e, até vilaniza, as ações da outra; neste contexto temos os ensinamentos de Alfredo Bosi (1982), vejamos:

Ingratidão e traição desenham-se como feitos estruturais de certas relações sociais assimétricas. Daí, o ar de necessidade, de quase-naturalidade, que assumem em muitos dos enredos machadianos. Vauvenargues dizia: “Não há pessoas mais azedas que as doces por interesse”.

Se esse é o processo na sua inteireza, nem por isso ele virá atualizado de ponta a ponta em cada um dos contos que o têm por significado. O narrador pode deslocar a tônica de um momento para outro, ou deter-se em um único, abrindo o caminho para o conto ser principalmente o relato de um episódio (a anedota de um casamento frustrado, por exemplo), ou principalmente o retrato moral de uma das partes afetadas; caso em que reponta a ambiguidade peculiar àquela situação de desnível entre as personagens. (BOSI, 1982, p. 38)

Note que ao realizar estes deslocamentos o narrador-personagem vai conduzindo a atenção do leitor e, como já vimos alhures realizando enquadramentos nos pontos interessantes para a sua argumentação, justificando a situação conflituosa e, principalmente, a discrepância existente entre as personagens, colocando o narrador-personagem em uma posição de superioridade no conflito vivenciado.

De acordo com as perspectivas aqui abordadas, as quais demonstram que o narrador-personagem utiliza recursos como: os diálogos com o leitor, as constantes emoldurações no transcorrer dos capítulos, as digressões, é possível perceber que tais técnicas são utilizadas para levar o olhar aos pontos de interesse da personagem narradora, dessa forma cria-se uma diferença de *status* entre as personagens, assim o leitor vai sendo convencido da narrativa apresentada.

3 I CONSIDERAÇÕES FINAIS

Depois de todas as considerações feitas e discorridas tópico a tópico deste trabalho, constatamos ser possível realizar algumas leituras da presente obra.

A primeira delas, é a que os fatos narrados por Bento Santiago são verdadeiros, uma vez que, ele presenciou os fatos contados e, quem melhor do que a própria vítima para

relatar os fatos que lhe passaram.

A segunda, é considerar que Bento Santiago está narrando a própria história baseado em sua memória, a qual é “fraca”, como bem nos alerta o próprio narrador-personagem; sem embargos a este ponto, torna-se claro no transcorrer dos capítulos que estes são impregnados pelas sensações vivenciadas pelo narrador-personagem, o qual nos passa uma realidade embasada em suas emoções. Além do que, o narrador-personagem durante toda a obra passa “deslocando a tônica de um momento para outro” (BOSI, 1982, p. 38), consequentemente conduzindo a leitura do legente, desta feita, manipula a narrativa a seu favor, uma vez que, narrador-personagem enfatiza o momento que julga ser interessante para a sua argumentação, assim como, mitiga outros pontos que não corroboram sua narrativa.

Desta forma, se considerarmos a primeira forma de interpretação teremos que as palavras de Bento Santiago são verdades absolutas, logo foi vítima dos caprichos e manipulações de Capitu. No entanto, se ponderarmos o segundo modo interpretativo, reativaremos a história apresentada, por conseguinte, não teremos a traição como fato certo, assim como, colocaremos em dúvida a imagem apresentada de Capitu e a máscara usada por Bento Santiago.

Fica então, neste breve artigo, uma provocação, para que possamos refletir além dos fatos apresentados pela obra machadiana e nos questionarmos acerca da possibilidade de reconhecer o outro lado da história, ou pelo menos, abrirmo-nos a esta nova perspectiva.

REFERÊNCIAS

ASSIS. Machado de. **Dom Casmurro**. 5ed. São Paulo: FTD, 1999.

BOSI, Alfredo. **A máscara e a fenda**. In: **Machado de Assis: antologia e estudos**. São Paulo: Ática, 1982.

CAÑIZAL, Eduardo Peñuela. O texto filmico entre a moldura e o enquadramento. **Significação: Revista de Cultura Audiovisual**, v. 39, n. 38, p. 13-26, 23 dez. 2012.

CAPEZ. Fernando. **Curso de processo penal**. 17ed. São Paulo: Saraiva. 2010.

LAJOLO, Marisa; ZILBERMAN, Regina. **A formação da leitura no Brasil**. São Paulo: Ática. 2011.

ORTEGA Y GASSET. José. **Meditación del marco**. In _____. **Obras Completas – El espectador (1916-1934)**. Madrid: Revista de Occidente, 1963, p. 309, tomo II.

PETIT, Lucette. **Dom Casmurro: uma subversão do livro de Ezequiel**. In: SARAIVA, Juraci Assmann (org.). **Nos labirintos de Dom Casmurro: ensaios críticos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

SOARES, Rosana de Lima. Telas e janelas, molduras das imagens. **Significação: Revista de Cultura Audiovisual**, v. 28, n. 16, p. 31-44, 25 nov. 2001.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 13ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAPÍTULO 24

CAPITALISMO E PROGRESSO HUMANO

Data de aceite: 01/03/2021

Ricardo Tannenbaum Nuñez

Mestre em Direito pela Universidade de Marília
SP
<http://lattes.cnpq.br/9588031999082797>

Marisa Rossignoli

Doutora em Educação pela Universidade
Metodista de Piracicaba/SP
<http://lattes.cnpq.br/2438487622642710>

Resumo expandido do livro “O Livre Mercado e seus Inimigos: Pseudo-ciência, Socialismo e Inflação de Ludwig Von Mises”.

RESUMO: Ludwig von Mises realizou de 25 de junho a 6 de julho de 1951 uma série de palestras na sede da Fundação para a Educação Econômica (FEE), em Nova Iorque (EUA). O presente trabalho analisa a discussão feita por Mises sobre os princípios do capitalismo ocidental e sua relação com a economia oriental. Nessa comparação aponta razões para o grande distanciamento econômico que surgiu entre a economia desses continentes após a Revolução Industrial que teve lugar na Europa no Século XIX. A partir dessa premissa mostra como o capitalismo surgiu e qual foi sua contribuição para o progresso humano. Por fim, tecem considerações sobre as ideias de Keynes e seu efeito sobre a economia. Verifica-se assim uma oposição de ideias entre Mises e Keynes.

PALAVRAS - CHAVE: Capitalismo.

Desenvolvimento. Ludwig von Mises.
Revolução Industrial.

CAPITALISM AND HUMAN PROGRESS

ABSTRACT: From June 25 to July 6, 1951, Ludwig von Mises gave a series of lectures at the headquarters of the Foundation for Economics Education (FEE) in New York (USA). This paper analyzes Mises's discussion of the principles of western capitalism and its relationship to the eastern economy. In this comparison, he points to reasons for the great economic distance that emerged between the economy of these continents after the Industrial Revolution that took place in Europe in the 19th century. From this premise shows how capitalism emerged and what was its contribution to human progress. Finally, it discusses Keynes's ideas and their effect on the economy. There is thus an opposition of ideas between Mises and Keynes.

KEYWORDS: Capitalism. Development. Ludwig von Mises. Industrial Revolution.

INTRODUÇÃO

Ludwig von Mises (1881-1973) foi o maior expoente da chamada Escola Austríaca de Economia, fundada por Carl Menger.

Mises apresentou uma visão integral da economia libertando-a da do positivismo matemático e meramente estatístico, para tratar a como a ciência eminentemente humana e nem por isso menos rigorosa.

Eventos econômicos são o resultado

das ações concretas dos homens, cuja intenção é sempre deixar um estado de menor satisfação para atingir um mais satisfatório. As ações humanas estão focadas no progresso da sociedade. Essa evolução só é plenamente possível num regime capitalista no qual haja liberdade de empreender.

Mises analisou o regime socialista e concluiu que o planejamento central socialista significava o fim de toda racionalidade econômica, com a abolição dos mercados e preços. Sob o socialismo, os planejadores centrais não tinham a menor ideia de como aplicar os recursos, o capital e o trabalho sob seu controle de forma eficaz. Estão longe da ponta onde os negócios eram realizados, portanto, o socialismo significou, na prática, o caos planejado. Na visão deste autor, a teoria do materialismo dialético e do determinismo histórico de Karl Marx é fundamentalmente um mito e uma fantasia.

Para o referido autor, o funcionamento real do processo de mercado ocorre porque a liberdade econômica fornece os incentivos necessários para que a liberdade pessoal dos indivíduos lhes possibilite trabalhar, economizar e investir. A demanda por bens e serviços orientada pelo cliente é o que realmente fornece o estímulo e as oportunidades de lucro para que os empreendedores, de forma criativa, organizem e guiem a produção, de modo a servir aos desejos e necessidades do público comprador.

Para Max Weber, o Estado em si, no sentido de associação política com uma constituição escrita, racional, um direito racionalmente ordenado, uma administração submetida a regras ou leis racionais, executada por servidores devidamente capacitados, é conhecido, nessa combinação de características, somente no Ocidente e a verdadeira e mais momentosa força na vida moderna ocidental é o capitalismo.

Desta forma, Mises apresentou uma relação entre capitalismo e o progresso humano por meio do mercado livre.

O CAPITALISMO E O PROGRESSO HUMANO

Até o início do Século XVIII o mundo era mais ou menos único em termos gerais. Embora as diferenças entre Oriente e Ocidente existissem há milhares de anos, o Oriente nunca desenvolveu a ideia de pesquisa científica por meio da busca pelo conhecimento e pela verdade como último objetivo, que os gregos deram à civilização. A segunda realização dos gregos, que sempre foi estranha ao Oriente, é a ideia da liberdade política de governo e da responsabilidade política do cidadão.

No Século XVIII, os avanços na pesquisa científica contribuíram para a redução da mortalidade, especialmente a infantil, a população mundial passou a crescer exponencialmente. Verificou-se que a produção artesanal de insumos tornar-se-ia insuficiente para suprir as necessidades da população crescente. Os avanços tecnológicos que surgiram, particularmente na indústria, propiciaram o início da produção em massa: surge a Revolução Industrial. A Primeira Revolução Industrial trouxe a produção em

massa, mas fracassava-se em enxergar que ela foi idealizada justamente para a satisfação das massas. Antes dessa revolução havia um grande comércio de roupas de segunda mão. As roupas feitas por encomenda pelos de maior poder aquisitivo acabavam sendo compradas, de segunda mão pelos pobres. Era uma atividade importante para a economia que desapareceu como resultado dos novos métodos de produção.

A Revolução Industrial iniciou-se com a produção para atender as necessidades dos pobres, das massas. A produção em massa começou com a confecção de coisas mais simples e mais pobres. A indústria do algodão foi um dos primeiros desenvolvimentos do novo meio de produção. O algodão era o material do homem pobre; nenhum membro das classes média e alta queria o algodão. A qualidade da produção em massa melhorou somente quando as condições das massas melhoraram até chegar ao ponto em que elas mesmas passaram a rejeitar os produtos inferiores.

A produção em larga escala fez o preço dos produtos baixar passando a ser acessíveis para aquele de menor renda. Além disso, promoveu a eficiência. Todos aqueles que não se adequarem ao mercado serão naturalmente eliminados por ele. A economia desenvolveu-se rapidamente num ambiente liberal. Começou a surgir um abismo entre o Ocidente e o Oriente, em termos econômicos. O atraso no desenvolvimento do Oriente deveu-se à ideia de que a riqueza de um homem é a causa da pobreza de outros homens.

Muitos séculos antes algumas dessas ideias foram notadas pelo dramaturgo grego Aristófanes (448 – 380 a.C.), que afirmava que o dinheiro legalmente supervvalorizado (ruim) acaba tirando dinheiro subvalorizado (bom) de circulação. Ou seja, era mais fácil obter rendimentos do que investir numa atividade produtiva. No entanto, não houve a percepção da existência de uma regularidade semelhante em relação à concatenação e à sequência de fenômenos do mercado. Uma questão foi formulada: “por que os gregos antigos, cujo conhecimento da ciência era tão avançado não fizeram uso prático de suas descobertas?” Uma ideia que os segurou e que prevalece até hoje é a do “desemprego tecnológico”. A ideia de que a melhoria dos métodos de produção gera desemprego. Não lhes ocorreu a ideia de que a redução do volume de trabalho exigido para produzir certa quantidade de bens ou itens tornaria possível disponibilizar materiais e mão-de-obra para a produção de outros itens.

A segunda ideia que conteve o desenvolvimento dos gregos foi a de olhar para uma transação comercial como algo unilateral: o vendedor lucra, o comprador perde. Esta atitude foi especialmente importante para o comércio internacional. A velha superstição que o comércio internacional gera desemprego, outra ideia que prevalece até hoje, particularmente no Brasil.

Surge o conceito de “nações subdesenvolvidas” e junto com ele a ideia de que é necessário dar-lhes ajuda tecnológica, ou seja, *know-how*. Mises considera esse conceito ridículo uma vez que há muitos indianos e chineses estudando em universidades europeias para adquirir esse *know-how*. Além disso, há muitos americanos indo para esses países

para trabalhar e ensinar. O que essas nações realmente precisam é de capital. O que lhes falta é o capitalismo.

Do ponto de vista econômico o capitalismo é o sistema econômico baseado na legitimidade dos bens privados e na irrestrita liberdade de comércio e indústria, com o principal objetivo de obter lucro. Já do ponto de vista sociológico é um sistema social em que o capital está em mãos de empresas privadas ou indivíduos que contratam mão-de-obra em troca de salário.

O capitalismo, de forma incipiente teve início no Século XV durante o feudalismo, conhecido por pré-capitalismo ou mercantilismo, com a ascensão da classe burguesa e da urbanização das cidades. Essa fase vai até a Primeira Revolução Industrial que teve lugar na Inglaterra em meados do Século XVIII, com o início da mecanização industrial, cuja base foi o incremento do comércio internacional e o aumento da riqueza decorrente dele. Também é fruto de grandes mudanças no campo das ideias, ocorridas anteriormente. A economia passou a ser um ramo autônomo do conhecimento humano. O reconhecimento das atividades de mercado foi uma conquista da mente humana. Como resultado as pessoas passaram a olhar para todas as atividades produtivas sob um ponto de vista diferente.

Todas as conquistas das ciências física e química teriam permanecido “letra morta”, sem significado para a vida real, se as ideias espalhadas pelos economistas do Século XIX sobre divisão do trabalho, liberdade de troca etc. não tivessem pavimentado o caminho para a aplicação prática dessas descobertas científicas.

Uma das consequências da Revolução Industrial é que o mundo agora tem uma população muito maior do que podia suportar anteriormente. Engels disse que as pessoas precisam primeiro comer para então conseguirem desenvolver ideias filosóficas.

Diversos direitos e liberdades foram desenvolvidos com a Revolução Industrial: políticas de liberdade econômica, tanto no comércio interno quanto externo; de saúde monetária; e de abstenção da interferência governamental. Essas são políticas, não verdades científicas; são políticas baseadas em julgamentos de valor que surgiram por conta do conhecimento que foi desenvolvido. Nós precisamos perceber a relação entre conhecimento e valores.

Direitos e liberdades compõem a cidadania que historicamente teve primeiramente definidos os direitos civis, depois os políticos e, por fim, os sociais. No Século XVIII os contratualistas e as cortes inglesas definiram os direitos civis, que serviram de base para o liberalismo; no Século XIX, os democratas definiram os direitos políticos. Esses dois direitos estabeleceram as bases das democracias liberais do Século XX. Por meio dos direitos civis, os cidadãos conquistaram o direito à liberdade e à propriedade, em relação ao Estado, antes opressor ou despótico. Por meio dos direitos políticos, os cidadãos conquistaram o direito de votar e ser votado. Finalmente, na segunda metade do Século XIX os socialistas definiram os direitos sociais, que, no século seguinte, foram inscritos nas constituições e nas leis dos países (BRESSER-PEREIRA, 2011).

Toda essa evolução dos direitos civis e coletivos teve como fator impulsor a Revolução Industrial, que fez com que a sociedade ocidental se adaptasse à nova realidade dos meios de produção.

O capitalismo e os empreendimentos capitalistas, mesmo com uma considerável racionalização do cálculo capitalista, existiram em todos os países civilizados da Terra, até onde a documentação permite analisar (China, Índia, Babilônia, Egito, Idade Média e nos tempos modernos). Não se trata de aventuras isoladas, mas de empreendimentos econômicos que foram inteiramente dependentes de renovação contínua de investidas capitalistas, não sendo contínuo. As atividades, mesmo aquelas dos maiores mercadores, apenas gradualmente adquiriram uma coesão organizada interna. O empreendimento capitalista regular é bastante antigo e foi difundido pelo mundo. O Ocidente, contudo, desenvolveu o capitalismo tanto quantitativamente quanto em tipos, formas e direções que jamais existiram em outros lugares (WEBER, 2013).

A partir do Século XVIII pensadores como Adam Smith, David Ricardo, Thomas Malthus, Karl Marx, Alfred Marshall dentre outros, desenvolveram teorias que subsidiaram a formação do conhecimento econômico que foi difundido para a sociedade. Mostraram ao mundo que o “mercado” que surgia gerava suas próprias leis não escritas e seguia outras escritas por legisladores cujo intuito era regular e regulamentar aquilo que surgia para dirimir conflitos sociais que despontavam em face da apropriação da renda.

Concluíram, entretanto, que a regulamentação tolhia o desenvolvimento do mercado, mas também que excesso de liberdade prejudicava população em geral, particularmente a classe trabalhadora.

O capitalismo moderno foi fortemente influenciado pelo desenvolvimento ordenado de fatores técnicos. Mas a utilização técnica do conhecimento científico, tão importante para prover condições de vida das massas, foi certamente encorajada por considerações econômicas, as quais eram extremamente favoráveis no Ocidente. Entre aquelas de indubitável importância, estão as estruturas racionais do direito e da administração. Isso porque o moderno capitalismo racional tem a necessidade não somente dos meio técnicos de produção, mas de um sistema legal e administrativo previsível em termos de regras formais. Entretanto, uma das peculiaridades do capitalismo ocidental foi dar importância à associação de capital e do trabalho formalmente livre (WEBER, 2013).

Os governos, em busca de remediar males econômicos através de intervenções diversas, podem não destruir os países capitalistas no curto prazo, porque alguns venenos agem rapidamente e outros não. Como um veneno de ação lenta as intervenções do governo podem acarretar consequências desastrosas no longo prazo. John Maynard Keynes disse: “a longo prazo todos estaremos mortos”.

Para Mises, as ideias de Keynes, do *welfare state* são insatisfatórias mesmo de seu ponto de vista. Suas teorias de expansão do crédito acarretaram um crescimento artificial que eventualmente terá de se transformar em depressão e crise. A economia

não diz que o livre comércio é melhor que o protecionismo. Ela apenas indica a diferença entre as consequências de ambos. A economia não fornece julgamentos de valor, os quais nenhuma ciência pode emitir. Ela fornece informações que indicam a necessidade de que alguém precisa fazer julgamentos de valor e tomar decisões. A avaliação, o julgamento, normalmente político, permanece com a pessoa que o faz e com o povo que a elege.

O fato de a ciência econômica ser neutra não significa que ela não explique o sentido da ação humana. Mas é precisamente por conta de sua neutralidade que as pessoas com avaliações diferentes podem conviver juntas de forma pacífica. Esta é uma das ideias mais importantes que se originaram da Revolução Industrial e do desenvolvimento da ciência moderna. A troca pacífica de ideias e a coexistência pacífica de pessoas com ideias distintas foram um progresso triunfal no início do Século XIX. Houve um desenvolvimento na direção da liberdade intelectual para ideias. As pessoas viram que o desenvolvimento focado na liberdade e na paz era inevitável.

No campo das organizações estatais e econômicas, as consequências de uma política aparecem somente depois de um longo período e quando aparecem já são apenas fatos históricos. A única maneira de se lidar com ideias ruins ainda é substituindo-as por ideias boas. No longo prazo um país deve ser governado de acordo com as ideias da maioria. David Hume, em seu ensaio “Dos Primeiros Princípios do Governo”, afirma que, no longo prazo, é a opinião que torna um governo poderoso. Por esta razão, o governo representativo será bom enquanto ele refletir a opinião dos seus eleitores. Se houver desacordo ele será removido na próxima eleição.

CONCLUSÃO

Esse texto de Mises, de 1951 possui ideias plenamente atuais. O capitalismo foi o responsável pelos avanços em todos os campos das ideias responsáveis e pelo grande desenvolvimento humano ocorrido a partir do Século XVIII. Entretanto, o capitalismo passa por crises, mas deve-se compreender que elas são cíclicas. O próprio mercado, por meio de suas leis não escritas se autorregula. Toda intervenção governamental direta no mercado com objetivos populistas de curto prazo, ou seja, visando as próximas eleições, causa instabilidades e consequências nefastas para a população.

Incertezas em cenários prospectivos, desgoverno, interferências de um Poder da República no outro nada mais fazem do que provocar crises, instabilidades e prejuízos para o país. Afastam investidores, uma vez que provocam turbulências no mercado, e impactam as arrecadações nos três níveis de governo.

A economia trabalha com o longo prazo. Os ajustes invisíveis de mercado demandam tempo para surtirem efeitos. Basta monitorar os índices econômicos para se verificar os indícios que os problemas serão resolvidos ou não. Caso se conclua que há necessidade de fazer correções de rumo mais fortes e que o mercado não será capaz de fazê-las, caberá

ao governo realiza-las. O ideal é que se faça por meio indireto, ou seja: regulatório. Apenas em casos extremos, como nas crises profundas, cabe uma intervenção direta, pontual e temporária para possibilitar que o mercado retome sua normalidade e prossiga livre.

REFERÊNCIAS

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional**. São Paulo: Editora 34, 2011.

MISES, Ludwig von. **O livre mercado e seus inimigos: pseudo-ciência, socialismo e inflação**. Campinas: Vide Editorial, 2017.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. Trad. Márcio Moraes. São Paulo: Martin Claret, 2013.

SOBRE O ORGANIZADOR

ADAYLSON WAGNER SOUSA DE VASCONCELOS - Doutor em Letras, área de concentração Literatura, Teoria e Crítica, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2019). Mestre em Letras, área de concentração Literatura e Cultura, pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2015). Especialista em Prática Judicante pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB, 2017), em Ciências da Linguagem com Ênfase no Ensino de Língua Portuguesa pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016), em Direito Civil-Constitucional pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2016) e em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG, 2015). Aperfeiçoamento no Curso de Preparação à Magistratura pela Escola Superior da Magistratura da Paraíba (ESMAPB, 2016). Licenciado em Letras - Habilitação Português pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB, 2013). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa (UNJPÊ, 2012). Foi Professor Substituto na Universidade Federal da Paraíba, Campus IV – Mamanguape (2016-2017). Atuou no ensino a distância na Universidade Federal da Paraíba (2013-2015), na Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2017) e na Universidade Virtual do Estado de São Paulo (2018-2019). Advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional Paraíba (OAB/PB). Desenvolve suas pesquisas acadêmicas nas áreas de Direito (direito canônico, direito constitucional, direito civil, direitos humanos e políticas públicas, direito e cultura), Literatura (religião, cultura, direito e literatura, literatura e direitos humanos, literatura e minorias, meio ambiente, ecocritica, ecofeminismo, identidade nacional, escritura feminina, leitura feminista, literaturas de língua portuguesa, ensino de literatura), Linguística (gêneros textuais e ensino de língua portuguesa) e Educação (formação de professores). Parecerista *ad hoc* de revistas científicas nas áreas de Direito e Letras. Organizador de obras coletivas pela Atena Editora. Vinculado a grupos de pesquisa devidamente cadastrados no Diretório de Grupos de Pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq). Orcid: orcid.org/0000-0002-5472-8879. E-mail: <awsvasconcelos@gmail.com>.

ÍNDICE REMISSIVO

A

Ativismo judicial 1, 2, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 20, 21, 22, 27

C

Capitalismo 86, 106, 123, 125, 256, 292, 293, 295, 296, 297, 298

Compliance 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 47, 48, 49, 120

Corrupção 16, 17, 18, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 47, 48, 49, 76, 87, 133, 139, 142

Covid-19 67, 72, 77, 108, 132, 133, 137, 139, 141, 142, 143, 145, 146, 148, 149, 154, 155, 156, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 178, 179, 180, 181

D

Dados pessoais 149, 150, 152, 153, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264

Derrelição do sujeito humano 270, 280

Direito 1, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 18, 20, 21, 22, 23, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 36, 46, 47, 48, 52, 55, 56, 57, 59, 61, 62, 64, 68, 69, 78, 79, 82, 85, 86, 87, 88, 89, 90, 95, 96, 97, 101, 102, 104, 106, 107, 108, 110, 112, 114, 115, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 127, 129, 132, 133, 134, 135, 136, 138, 141, 142, 143, 144, 145, 148, 149, 152, 154, 155, 156, 158, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 181, 182, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 209, 216, 217, 218, 219, 220, 227, 235, 236, 237, 241, 244, 246, 247, 248, 249, 250, 252, 253, 254, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 285, 292, 293, 295, 296, 299

Direitos fundamentais 1, 2, 3, 4, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 20, 21, 22, 25, 26, 27, 47, 51, 62, 63, 64, 69, 70, 74, 75, 77, 79, 80, 82, 84, 85, 87, 98, 100, 136, 142, 149, 154, 160, 175, 176, 177, 178, 180, 181, 191, 198, 205, 206, 210, 221, 254, 258, 259, 261, 264

E

Educação 15, 29, 30, 31, 32, 33, 35, 57, 63, 64, 70, 71, 73, 78, 80, 82, 83, 84, 88, 89, 90, 91, 92, 93, 94, 96, 97, 102, 108, 113, 115, 117, 122, 125, 127, 128, 129, 130, 154, 155, 181, 233, 292, 299

G

Garantismo constitucional 15, 16, 20, 23, 25, 26

I

Instituições democráticas 29, 30, 31, 33, 34, 125

Interpretações 20, 23, 25, 65, 76, 157, 224

J

Jusnaturalismo 5, 265, 266, 267, 268

L

Literatura 131, 201, 208, 264, 299

M

Mediação e arbitragem 185, 187, 188

Migração 50, 52, 219

Mulher 88, 89, 91, 92, 93, 97, 154, 155, 158, 159, 160, 161, 162, 164, 165, 167, 168, 208, 213, 221

N

Nanotecnologia 236, 237, 239, 240, 244, 246, 247, 248, 249, 252

O

Online dispute resolution 145, 146, 147, 152, 153

Orçamento público 62, 64, 69, 72, 77, 78, 79, 80, 82, 84, 85, 141

P

Pandemia 63, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 72, 73, 74, 77, 83, 84, 86, 132, 133, 137, 139, 142, 143, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 154, 155, 156, 160, 163, 164, 165, 166, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 177, 178, 179, 180, 181

Patente 10, 21, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233

Políticas públicas 8, 10, 20, 26, 27, 30, 34, 47, 50, 52, 55, 56, 58, 59, 62, 63, 64, 67, 69, 70, 74, 75, 77, 79, 80, 82, 83, 84, 85, 88, 97, 100, 101, 105, 108, 111, 120, 122, 123, 126, 127, 129, 130, 131, 134, 141, 212, 214, 218, 299

Preconceito racial 98, 99, 100, 101, 102

T

Trabalho 1, 2, 19, 29, 31, 36, 40, 41, 57, 58, 60, 67, 71, 76, 84, 88, 90, 92, 93, 94, 97, 100, 105, 107, 125, 127, 128, 129, 130, 132, 144, 145, 146, 154, 155, 161, 164, 165, 166, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 227, 233, 239, 241, 247, 249, 254, 255, 262, 264, 265, 270, 271, 284, 285, 290, 292, 293, 294, 295, 296

U

Urbanização 104, 105, 108, 110, 111, 114, 115, 116, 118, 119, 120, 121, 295

Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

4

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 👤 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- ⬇️ www.facebook.com/atenaeditora.com.br



Direito:

Ramificações, Interpretações e Ambiguidades

4

- 🌐 www.atenaeditora.com.br
- ✉️ contato@atenaeditora.com.br
- 👤 [@atenaeditora](https://www.instagram.com/atenaeditora)
- ⬇️ www.facebook.com/atenaeditora.com.br

