

**ANAIIS V SEMINÁRIO DIREITOS FUNDAMENTAIS E
VULNERABILIDADE SOCIAL**

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS
(PPGD/UFPel)**

ORGANIZADORES:

Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi

Prof. Dr. Guilherme Camargo Massau

Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin

Profa. Dra. Karinne Emanoela Goetems dos Santos

Profa. Dra. Maria das Graças Pinto de Britto

Pelotas, 17 a 20 de agosto de 2020

Ficha elaborada a partir de dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Catarina de Q. Prestes de Carvalho – CRB10/2046

Biblioteca da Faculdade de Direito – UFPel

Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social (5. : 2020 : Pelotas, RS)

Anais do V Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social [recurso eletrônico] – Universidade Federal de Pelotas. Programa de Pós-Graduação em Direito / organizadores: Guilherme Camargo Massauí ... [et al.]. – Pelotas : PPGD/UFPel, 2020.
295 p.

1. Direitos Fundamentais – Evento. 2. Vulnerabilidade social. I. Massauí, G. C. II. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPel. III. Título.

CDDir 341.27

Sobre o Evento

O V Seminário Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social (<https://direitosfundamentaisevulnerabilidade.wordpress.com/>) teve sua primeira edição no ano de 2014, com o objetivo principal de trazer à Faculdade de Direito da UFPel o Prof. Dr. Martonio Mont´Alverne Barreto Lima (UNIFOR), à época Coordenador da Área do Direito na CAPES, para que conhecesse o 1º de Projeto de Mestrado em Direito da UFPel submetido no ano de 2015.

Uma das linhas de pesquisa deste primeiro Projeto foi “Direito e Vulnerabilidade Social” e com vistas a impulsioná-la no ambiente da Faculdade de Direito, pensou-se o 1º Simpósio de Direitos Fundamentais e Vulnerabilidade Social, que a partir da 2ª edição passou a ser Seminário. O Simpósio foi promovido pelo Curso de Especialização em Direito Ambiental (PPGA), pelo Núcleo de Pesquisa em Direitos Sociais e Vulnerabilidade Social (NUPEDIV), pelo Grupo de Iniciação à Pesquisa (GIP) e Centro Acadêmico Ferreira Viana (CAFV).

No decorrer da construção do 2º Projeto de Mestrado, aprovado em janeiro de 2017 pela CAPES, além da Linha de Pesquisa mencionada, incluiu-se a linha “Estado e Constituição” e é nesta perspectiva que organizou-se a 2ª, a 3ª e a 4ª edições.

O V Seminário, aconteceu virtualmente em razão à Pandemia do COVID-19 com a presença de docentes da UFOB, UFSM, UNIJUÍ, FURG, UCS e UPF. Na ocasião, debateu-se questões atinentes à área de concentração do PPGD/UFPel, Direitos Sociais, abordando estes direitos fundamentais desde as dimensões constitucional e da vulnerabilidade social dos sujeitos tensionados pela exclusão e pela desigualdade. Todas as palestras estão disponíveis no seguinte endereço eletrônico: https://www.youtube.com/channel/UCJ-UPeDpM8q57l-n0Yn5_WQ/videos

Pelotas, fevereiro de 2020

A Organização

PALESTRAS

MESA 1: Estado, Constituição e Democracia

17 de agosto de 2020, 17h

A Constituição e a Jurisdição Constitucional através do espelho: uma crítica do reflexo. Prof. Dr. Rafael Fonseca Ferreira (PPGD/FURG)

O pêndulo da democracia contemporânea: entre Atena e Hades haverá um vencedor? Profª. Drª. Valéria Ribas do Nascimento (PPGD/UFSM)

MESA 2: Direito, Ambiente e Vulnerabilidade Social

18 de agosto de 2020, 18h

Democracia e Justiça Ambiental na América Latina Pós-Pandemia. Prof. Dr. Jerônimo Tybusch (PPGD/UFSM)

Conflitos Ambientais e Vulnerabilidade Social. Prof. Dr. Luiz Ernani Bonesso de Araujo (PPGD/UFSM/UPF)

MESA 3: Direitos Fundamentais e Justiça

19 de agosto de 2020, 17h

Direitos Fundamentais e Desigualdades Sociais: da incorporação à expulsão. Profª. Drª. Elenise Felzke Schonardie (PPGD/UNIJUÍ)

Direito, Neoliberalismo e Justiça. Prof. Dr. Gilmar Antonio Bedin (PPGD/UNIJUÍ)

Mesa 4: Direito e Sociedades Solidárias

20 de agosto de 2020, 17h

Limites e possibilidades de transformação social no Direito Internacional. Prof. Dr. Leonardo de Camargo Subtil (PPGD/UCS)

A natureza e a efetividade do art. 3º da Constituição Federal de 1988. Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin (UFOB)

Justiça e vulnerabilidade ambiental: a necessária intervenção estatal no mundo pós-pandemia. Prof. Dr. Felipe Franz Wienke (PPGD/FURG)

GRUPOS DE TRABALHO

Constituição, Direitos Sociais e Jurisdição Constitucional

18 e 19 de agosto de 2020, 14h

Coordenação: Prof. Dr. Marcelo Nunes Apolinário (PPGD/UFPel)

Direito, Decolonialidade e Lutas Sociais

19 e 20 de agosto de 2020, 14h

Coordenação: Profa. Dra. Márcia Rodrigues Bertoldi (PPGD/UFPel) e Prof. Dr. César Augusto Costa (PPG-PSDH/UCPel)

Estado e Direitos Sociais na Perspectiva Neoliberal

20 de agosto de 2020, 9h

Coordenação: Prof. Dr. Thiago Ribeiro Rafagnin (UFOB) e Profª. Drª. Maritânia S. Salvi Rafagnin (UCPel)

Proteção jurídica dos consumidores: COVID-19 e vulnerabilidades contemporâneas na sociedade de consumo

20 de agosto de 2020, 15:30h

Coordenação: Prof. Dr. Fernando Costa de Azevedo (PPGD/FD/UFPel) e Profª. Drª. Antonia Espíndola Longoni Klee (FD/UFPel)

Acesso à justiça, Democracia e Direitos Fundamentais

20 e 21 de Agosto de 2020, 9h

Coordenação: Profª. Drª. Karinne Emanoela Goettems dos Santos (PPGD/UFPel)

TRABALHOS COMPLETOS

ENSAIO SOBRE CONSTITUIÇÃO, NEOLIBERALISMO E UTOPIAS

ESSAY ON CONSTITUTION, NEOLIBERALISM AND UTOPIAS

Alexandre Nogueira Pereira Neto¹

Resumo

O presente trabalho tem como proposta geral elencar as diretrizes da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que compõem o programa de Estado brasileiro, propondo uma dialética com a política econômica neoliberal estimulada no País. Faz-se uma discussão entre os programas de Estado, que buscam promover, em sentido amplo, a justiça social, e a sua incongruência com a ideologia neoliberal. Assim, ao final, propõe-se uma alternativa de resistência ao neoliberalismo por meio de lutas sociais.

Palavras-chave: Constituição. Neoliberalismo. Utopias.

Abstract: The present work has as a general proposal to list the directives of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, which compose the Brazilian State program, proposing a dialectic with the neoliberal economic policy stimulated in the Country. The text discusses the State programs, which seek to promote, in a broad sense, social justice, and its incongruity with the neoliberal ideology. Thus, in the end, an alternative to resistance to neoliberalism through social struggles is proposed.

Key words: Constitution. Neoliberalism. Utopias.

Introdução

Após o período de exceção, por meio do golpe militar de 1964, a democracia foi restabelecida no Brasil, com a promulgação da Constituição da República Federativa de 1988, consolidando, assim, o Estado Democrático de Direito. Diante disso, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) é a comprovação ortografada das conquistas civilizacionais alcançadas, durante o longo período da História, por diversas forças progressistas, que experienciaram o destemor de enfrentar poderosas forças coligadas, as quais tinham (e têm) a conveniência de acumularem para si o apanágio dos eflúvios inatingíveis aos excluídos sociais.

Tocante a essa irresignação, consolidou-se uma constelação de preceitos fundamentais previstos no caderno supremo, aos quais deverá o Estado brasileiro prestar avanços, por intermédio de suas atribuições e ações, para que acarretem efeitos no mundo dos fatos sociais, para justificar, mormente, sua qualidade democrática.

Simultaneamente, em meio à era da globalização, promove-se, desenfreadamente, uma política econômica que, em vez de proporcionar estabilidade nas relações coletivas, postula graves entraves à qualidade e à satisfação do programa de Estado Social. Tal medida é

¹ Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Pós-graduando em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito Constitucional (ABDConst).

impulsionada pelo neoliberalismo. Os países periféricos, como o Brasil, sofrem diante dessa matriz econômica difundida no mundo contemporâneo. O neoliberalismo é uma linha econômica que tem como objetivo operacionalizar, sem o controle e a intervenção do Estado, o desenvolvimento político, econômico e jurídico de um País. O Estado, portanto, nesse prisma, tem sua área de atuação reduzida, fazendo com que privilegiados grupos empresariais, de vultoso poder econômico, orchestrem os rumos de uma Nação.

1 Programas do Estado brasileiro

O processo de transição democrática, no Brasil, começou em meados de 1984, bradado com o conhecido bordão “Diretas Já”, de Henfil, após o longo período de 20 anos de ditadura militar no País. Logo depois, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, foi implantado, finalmente, um ambiente de estabilidade institucional². Os avanços democráticos conquistados, como o é o extenso elenco de direitos sociais fundamentais previstos na CRFB/1988 e na legislação infraconstitucional, são de demasiada importância para o progresso de um Estado Social (*Welfare State*), em permanente construção e aprimoramento.

O resultado desse processo histórico “é que, promulgada a Carta de 1988, com a redemocratização e reconstitucionalização do País, mudanças significativas, a exemplo de a tentativa de buscar a eficácia social das constituições (efetividade), a prevalência do princípio da força normativa da Constituição e o aprimoramento da hermenêutica constitucional” (BULOS, 2010, p. 77) são prementes no que diz respeito à concretude do projeto político instituído.

A efetividade da Constituição, que corresponde às suas diretivas, e a observância do princípio da força normativa, são perspectivas que definirão os trajetos do novo programa de Estado. Tem-se que buscar a efetividade dos preceitos estabelecidos na Constituição e considerá-los como sustentáculos dela em virtude de sua força normativa soberana. Porque “a formulação e execução das políticas públicas vêm não apenas sujeitas ao controle de sua regularidade formal, como também de sua destinação adequando ao cumprimento dos fins do Estado” (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149).

Com o novo pacto social, tendo em vista os novos anseios democráticos

² O autor entende que a estabilidade institucional foi rompida, em 31 de agosto de 2016, após o afastamento definitivo da presidenta eleita democraticamente Dilma Rousseff, que sofreu um golpe parlamentar com respaldo judicial.

restituídos, ressurgiu a ideia de estabelecer um ambiente socialmente equilibrado, que visa à projeção de um Estado provedor, ativo nas demandas sociais, conforme as diretrizes por ele projetadas, e com ímpeto de equalizar os abismos sociais aprofundados, sobremaneira, no regime autoritário³, longe das amarras arbitrárias de um Estado ilegal.

Diante disso, foram inseridos no corpo do texto constitucional, por meio do Poder Constituinte, alguns fundamentos, objetivos fundamentais e princípios norteadores das ações jurídico-políticas da República Federativa do Brasil. “Ou seja: o caráter compromissório do constitucionalismo vem expresso em sua opção finalística, a qual deve ser obtida pela persecução dos objetivos que indicam os fins da ação estatal, delimitando formalmente e substancialmente as decisões políticas” (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 148).

Tais comandos, que representam as diretrizes do projeto de Nação, detêm força normativa de personalidade suprema, na medida em que estão convencionados na estrutura de maior distinção do ordenamento jurídico brasileiro, que deverão ser levados em consideração em todas as decisões políticas, administrativas, jurídicas e, sobretudo, econômicas. Nesse sentido, em relação à solidariedade entre os entes federativos no sentido de alcançar os fins pretendidos pelo Estado, registram Streck e Bolzan de Moraes (2014, p. 150) que:

Essa integração, no caso específico do Brasil, deve-se dar tanto nos níveis municipal e estadual quanto federal, com a transformação das estruturas econômicas e sociais. É por isso, que a Constituição de 1988, ao exercer esta função diretiva, fixando fins e objetivos para o Estado e a sociedade, pode ser classificada como uma Constituição dirigente.

A política de Estado, em relação à atividade econômica, deve observar alguns parâmetros, porque o Estado, por intermédio dos direitos sociais, deve priorizar as carências da sociedade para aperfeiçoar e distribuir esses direitos aos indivíduos desprovidos de recursos materiais mínimos. O Estado Social não deve privilegiar os interesses econômicos-empresariais de seletos grupos – marca do neoliberalismo – que gera concentração de renda e, imperiosamente, potencializa os desatinos sociais.

Assenta-se, com base nas diretivas constitucionais, que a CRFB/1988 é *dirigente*, não nos moldes da revolucionária Constituição de Portugal, mas por adotar uma ideologia política, sendo que, a partir da qual, os intérpretes hermenêuticos da Constituição estão a ela

³ Matéria publicada no jornal El País informa que a acumulação de renda no topo da pirâmide deu um salto nos primeiros anos de regime militar. *Vide* MARREIRO, Flávia. Série inédita brasileira mostra salto da desigualdade no começo da ditadura. **El País**, 4 nov. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/economia/1446146892_377075.html?fbclid=IwAR3m4eLLUxRQ9JTisEBj95Ee0bscv2KYns1r96Fu1QFWJqmZUwLEpucZp0>. Acesso em: 19 fev. 2021.

vinculados. Significa dizer: devem respeito ao Poder Constituinte, aos fundamentos, aos objetivos e aos princípios da República.

Sobre a *Constituição Dirigente*, Canotilho (2001, p. 487) disserta que:

O programa constitucional de governo concebe-se também como programa em conformidade com a Constituição, devendo distinguir-se de outras figuras afins com as quais anda sistematicamente confundido (programa eleitoral e partidário, acordo partidário-governamental e acordo programático-governamental).

A criação desses parâmetros servem, também, para a construção de uma sociedade que deve resgatar, sempre que possível, o seu passado – não só local, mas global –, isto é, desenvolver a memória social para, em um tempo futuro, não voltar a praticar o que as desastrosas batalhas humanas causaram: mortes, suplícios, barbaridades, genocídios, ditaduras, prisões arbitrárias, censuras, restrições às liberdades individuais e coletivas etc. Em outras palavras, esses parâmetros previstos na Carta Maior devem impedir que graves violações aos direitos humanos se repitam.

Daí ressurge a relevância de um processo de justiça de transição satisfatório, porque o enfrentamento das brutalidades perpetradas no passado é de extrema urgência para o constante ajuste da amarfanhada democracia brasileira. Os direitos à justiça, à verdade, à identidade e à memória, por exemplo, são essenciais para qualquer espaço redemocratizado, uma vez que fornece elementos históricos, individuais e coletivos importantes, porquanto cria uma maior conscientização às novas gerações, no sentido de frearem e de lutarem contra qualquer tentativa de retorno a regimes totalitários, que afrontam, inevitavelmente, os direitos humanos e os direitos sociais. Um povo que não conhece os eventos históricos está fadado a repeti-los. Já que, conforme lembra Marx, acrescentando comentários à obra de Hegel, os fatos históricos acontecem “a primeira vez como tragédia, a segunda, como farsa” (MARX, 2011, p. 25).

Fez-se necessário, portanto, criar elementos de normatividade, consubstanciados em premissas constitucionais, que tenham como matéria a salvaguarda de um projeto de Nação civilizado e democrático, para evitar outros grandes conflitos e, sobretudo, para limitar a atuação de poder.

Premente, assim, a defesa do cumprimento do texto constitucional, em seu sentido social e compromissório, uma vez que a globalização e o neoliberalismo têm feito vítimas em países periféricos. Não se pode esquecer que, juntamente com a globalização, vêm os ventos do neoliberalismo, que desrespeitam as Constituições e criam condições e possibilidades

negativas para o cumprimento das diretivas constitucionais (STRECK, BOLZAN DE MORAIS, 2014, p. 149).

Os parâmetros de destaque são os seguintes: a) art. 1º, III (princípio da dignidade da pessoa humana); b) art. 3º, I (construção de uma sociedade livre, justa e solidária) e III (erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais); e c) art. 4º, II (prevalência dos direitos humanos).

Os parâmetros – programas do Estado brasileiro – destacados acima demonstram, de forma clara e inequívoca, a intenção do Constituinte de elevá-los à qualidade de normas balizadoras de toda a ordem normativa-constitucional, tendo em vista que o Poder Constituinte as fixou no topo normativo do ordenamento jurídico. Explícita, portanto, a subordinação da vertente econômica neoliberal em relação às diretivas constitucionais, que regem todas as gerências de Estado, em níveis federal, estadual e municipal, uma vez que elas buscam, em sentido amplo, a justiça social. Em outras palavras, pode-se dizer que, atualmente, as decisões econômicas são sobrepostas ao programa de Estado estabelecido na CRFB/1988, no qual se definiu as bases do Estado Social brasileiro.

Entretanto, muito embora haja o programa de Estado registrado na Constituição de 1988, é cediço que ele não é levado em consideração, em grande medida, pelos agentes do Estado. Há alternativa para frear esse modelo de enfraquecimento dos programas de Estado, que culminam na potencialização das discrepâncias sociais? Propõe-se, portanto, um rascunho de um longa e ímproba caminhada.

2 Há alternativa no horizonte? Rascunho de um caminho

A proposição de mecanismos alternativos ao modelo jurídico neoliberal vigente, que enfraquece a CRFB/1988, suas diretivas programáticas de Estado e desfragmenta os direitos sociais fundamentais, revela, é cediço, um teor de elevado grau de utopia. Entretanto, a vida sem utopia é silêncio diante da naturalização das mazelas sociais. É desconhecer as transformações históricas emancipadoras.

A criação de barreiras aos efeitos neoliberais que se desenvolvem mundialmente é de difícil apreensão e necessita, sobretudo, de profunda reflexão sobre as contradições e as complexidades que envolvem o pensamento político-jurídico contemporâneo globalizado do Século XXI, marcado, notadamente, pelo pensamento ideológico hegemônico neoliberal. Por isso, a necessidade de se construir um caminho diferente, que permita outras formas de

organização social, que expresse a consolidação, definitiva, de um sistema inclusivo garantidor da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais.

O debate, portanto, que deve ser posto em prática se dá no tocante à disputa de ideologias, na medida em que a ideologia neoliberal não se propõe a efetivar materialmente as propostas ideológicas compromissórias da CRFB/1988. É necessário adotar uma perspectiva crítica em face de uma ideologia que não é inclusiva, que exclui da participação da sociedade determinados atores sociais e privilegia seletos setores da sociedade. Também, é mister a intensificação de um contraponto à ideologia neoliberal. Ou seja, deve-se propor uma ideologia jurídica que dê arrimo aos preceitos do Estado Social, que promova, em todos os seus atos, a construção da justiça social. Combate-se uma ideologia por meio de outra, e a ideologia combativa, nesse caso, é, pura e simplesmente, a ideologia que está implícita em todos os desvãos da Constituição Cidadã de 1988: a promoção da justiça social.

O pensamento crítico, isto é, a construção de elementos intelectuais que levam a duvidar daquilo que é posto, é de extrema urgência para invalidar os axiomas políticos-jurídicos de teor econômico neoliberal, que distorcem os comandos registrados na CRFB/1988. Deve-se desenvolver o pensamento crítico para, a partir dele, avaliar, analiticamente, as proposições que são contrárias à Constituição e refutá-las, argumentando e demonstrando os elementos jurídicos que apoiem tal objeção. Esse caminho se pauta no respeito à Constituição.

Vinculado a interesses financeiros, o enfraquecimento da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais se faz por meio da disputa jurídica. Isto é, o Direito é enfraquecido pelas engrenagens jurídicas. A leitura neoliberal do Direito, assim, ganha respaldo de legalidade, de legitimidade e produz efeitos jurídicos. Desse modo, em respeito à Constituição e ao programa de Estado Social registrado nela, a sua proteção conquistar-se-á por meio das engrenagens jurídicas. Sua proteção se revela urgente, com base no debate jurídico fundado nos valores do Estado Social brasileiro.

A participação ativa dos atores sociais é um mecanismo de controle do Estado Social brasileiro, pois atua na defesa da CRFB/1988, da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais. Essa participação ativa da sociedade em demandas sociais, que é impreterível, serve para barrar o avanço dos interesses políticos neoliberais e seus efeitos.

Assim, se é por meio do Direito que se asseguram os preceitos da Constituição, é inevitável que o debate deve ser feito, também, nas arenas políticas. “A democracia participativa nos países periféricos é, em tese, a guardiã política do constitucionalismo social;

o meio, por excelência, de prevenir a ruína dos direitos fundamentais da segunda geração em face da ameaça supressiva que lhe faz o neoliberalismo” (BONAVIDES, 2015, p. 374).

Os cidadãos, engajados na causa coletiva e sabedores das diretrizes do Estado Social brasileiro, devem conquistar as áreas de disputa política, para se posicionarem contra os ideários neoliberais e para fazerem valer os comandos supremos da Constituição. “A concretização do programa material posto pela Constituição para fundamentar a justiça social e legitimar os poderes do Estado dentro de uma forma mais apurada de consenso exige obviamente um volume de participação do povo” (BONAVIDES, 2015, p. 362).

A atuação ativa dos indivíduos frente à sociedade serve de paradigma para criar horizontes de mudança do *status quo* em relação aos preocupantes efeitos da cultura neoliberal que vem sendo difundida cada vez com mais força nos programas de governos mundiais. Os projetos neoliberais hegemônicos, diante de sua atuação global, estão conquistando todas as arenas públicas e, com isso, decidindo de forma discricionária assuntos de interesse popular com a finalidade de, exclusivamente, promover os seus pares, porque “o braço executivo do neoliberalismo conspira contra a Constituição com a cumplicidade do Legislativo, com a indiferença das classes sociais, com o alheamento dos partidos, com a complacência da cúpula judiciária cativa às pressões presidenciais” (BONAVIDES, 2015, p. 373).

Cria-se, destarte, um Estado de Exceção, que “é uma exigência do atual modelo de dominação neoliberal. É o meio pelo qual se *neutraliza* a prática democrática e se reconfiguram, de modo silencioso, os regimes políticos em escala universal” (VALIM, 2017, p. 34).

A participação ativa da sociedade ajuda no movimento de reversão das premissas estabelecidas de cunho neoliberal, no rompimento dessas características estruturais, e impulsiona a transformação da sociedade no sentido de ser uma opção de um ambiente em que as pessoas possam conviver em solidariedade na busca da afirmação da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais.

Depois de fortalecido o envolvimento ativo da sociedade em âmbito interno, deve-se difundir essa participação em âmbito global, pois o neoliberalismo é globalizado. A globalização neoliberal é antidemocrática, é desumana, é inconstitucional; promove o Estado de Exceção, tendo em vista que os direitos sociais são relativizados ou extintos pela retórica da “retomada de crescimento econômico”. Necessária é a globalização dos direitos humanos, pois tal categoria pertence ao *Homem*. O modelo neoliberal, em contrapartida, pertence a uma

minoria que dele se favorece.

Sobre a globalização dos Direitos Humanos, Bonavides (2015, p. 32) retrata que:

Só há uma globalização digna de respeito e acatamento: aquela que universaliza os direitos humanos, eleva-os à categoria positiva de direitos fundamentais e faz a democracia tomar a dimensão de direito da quarta geração, ou seja, direito cuja titularidade pertence ao gênero humano. Só ela, portanto, é genuína, legítima, aceitável. Doutrina refalsada e maligna, a globalização do neoliberalismo representa a grande ameaça contemporânea às franquias populares e às liberdades públicas, porque destrói a classe média, condena o trabalhador à fome, ao desemprego e à enfermidade desamparada, perpetua a indignidade da opressão econômica, instaura a soberania dos mercados, confisca a independência de nações, assalta o homem e a cidadania e, por fim, conduz os povos periféricos ao cativeiro da recolonização.

Desse modo, importante destacar uma crítica ao modelo jurídico neoliberal: uma vez estabelecida a ordem fundamentada em leis produzidas e interpretadas conforme suas diretrizes, o que resta à população são, na verdade, ínfimas observações do comando constitucional. Isso porque esse modelo econômico prioriza intocáveis privilégios das elites financeiras, precariza e suprime direitos sociais e não colabora nem favorece para a construção de um ambiente de inclusão adequado à subsistência humana.

Portanto, é preciso repensar o Estado Social brasileiro e, consequentemente, as políticas econômicas que são desenvolvidas, para que sejam criados bloqueios às interferências internacionais motivadas pela economia neoliberal, no sentido de promover alternativas a essas práticas com intuito de consolidar, de uma vez por todas, o programa de Estado registrado na Constituição, que é o da promoção do Estado Social. O Estado, adotando as práticas neoliberais e consolidando parcerias com grandes empresas, acaba se tornando refém de suas imposições e, por isso, privilegia os interesses dessas em detrimento dos anseios constitucionais.

Nesse sentido, “os Estados neoliberais tipicamente favorecem a integridade do sistema financeiro e a solvência das instituições financeiras, e não o bem-estar da população” (HARVEY, 2014, p. 81).

Tem-se que criar barreiras para impedir, o máximo possível, os efeitos que a política econômica neoliberal propaga. Decisões econômicas neoliberais resultaram em graves crises financeiras mundiais e, muito embora esses fatores tenham sido devastadores para muitas sociedades, a receita continua sendo utilizada. É o que sinaliza Dardot e Laval (2016, p. 15):

Como é que, apesar das consequências catastróficas a que nos conduziram as

políticas neoliberais, essas políticas estão cada vez mais ativas, a ponto de afundar os Estados e as sociedades em crises políticas e retrocessos sociais cada vez mais graves? Como é que, há mais de trinta anos, essas mesmas políticas vêm se desenvolvendo e se aprofundando, sem encontrar resistências suficientemente substanciais para colocá-las em xeque?

Em razão disso, premente é o desenvolvimento de mecanismos políticos, jurídicos e filosóficos para que o Estado Social brasileiro ganhe efetividade e para que a CRFB/1988 não seja apenas um comando constitucional prescritivo. A transformação social de emancipação, por meio do Estado e do Direito, pode ser guiada pela intensificação da participação da coletividade em busca da efetivação de uma contra-hegemonia no sentido de criar mecanismos alternativos à sociedade influenciada pelos paradigmas neoliberalizantes.

Importante, então, que se produzam elementos de discussão reflexiva no sentido de incentivar e demonstrar o porquê da importância da participação efetiva da sociedade em demandas sociais para a transformação social e para que valores imperativos neoliberais sejam afastados do plano econômico e, assim, seja criada uma consciência coletiva plena que objetiva a emancipação do todo.

Esse é um elemento de resistência à economia neoliberal, tendo em vista que se viabilizam elementos políticos de viés progressista para desfazerem paradigmas hegemônicos e buscarem, incessantemente, mecanismos alternativos com intuito de afastarem o neoliberalismo e seus efeitos.

A necessidade de participação popular resta evidente diante da impossibilidade de convívio de preceitos constitucionais fundamentais com práticas econômicas neoliberais no plano político-econômico do Brasil. Aquele objetiva o convívio, a socialização de demandas públicas, a erradicação da pobreza e das desigualdades sociais, a prevalência dos direitos humanos, a solidariedade, a promoção e o aprimoramento dos direitos sociais, a supremacia da Constituição, o desenvolvimento de políticas públicas que potencializem a efetivação da dignidade da pessoa humana. Este objetiva o desmantelamento dos valores constitucionais, das diretrizes de Estado, da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais no sentido de defender e preservar interesses de um conjunto seletivo de pessoas, e não de toda a coletividade. Ou seja, esses elementos são antagônicos e não conversam entre si, embaraçando, assim, o seu contato harmonioso.

O neoliberalismo somente poderá ser superado, se sua base material for desmantelada sistematicamente por meio de mecanismos jurídicos que garantam políticas econômicas democráticas “que apoiem um modelo de desenvolvimento capaz tanto de distribuir de forma mais justa a renda, a riqueza e o poder quanto de prover mais bem-estar à

maioria pobre da população. Esta é a condição fundamental para a democracia”. (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257). Esses mecanismos jurídicos devem estar baseados em controle sobre o fluxo de capital, na regulação do comércio exterior, em políticas que visem à implementação de um projeto de desenvolvimento nacional, na redução da desigualdade de renda e de riqueza, no aprofundamento de programas sociais patrocinados por um sistema tributário progressivo e pela redistribuição de gastos públicos (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257).

O fortalecimento de um Estado Social Democrático depende da participação ativa da sociedade e de um sistema político aberto que permita as mobilizações de massa suficientemente fortes “para exigir mudanças *dos governos*, ou mesmo mudanças *de governo*, [...] para *integrar as organizações de massa no Estado* e, ao mesmo tempo, preservar sua integridade política, suas raízes populares e sua responsabilidade perante a maioria da população” (SAAD FILHO; MORAIS, 2018, p. 257). Sem a participação da sociedade, “não há possibilidade de mudanças econômicas e sociais significativas se não houver mobilização popular, politização das massas e exposição dos conflitos a serem superados” (MASCARO, 2018, p. 166).

Há alguma alternativa no horizonte? Em outras palavras, o Estado Social brasileiro é capaz de disciplinar o movimento ideológico neoliberal em defesa da dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais fundamentais, tendo em vista o fator de a globalização influenciar nesses aspectos em pleno Século XXI? Não há um único caminho a ser seguido, mas as respostas possíveis devem ser perseguidas com olhos no horizonte para que, parafraseando o pensamento conhecido pela fala de Eduardo Galeano, passo a passo, possa-se, embora o horizonte sempre se distancie, continuar caminhando. E, como diria Chico Buarque, “amanhã vai ser outro dia”.

Considerações finais

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 1988, foi um marco social e jurídico, porque significou um profundo avanço na garantia de direitos aos cidadãos brasileiros. O texto constitucional não só consolidou o Estado Democrático de Direito – importante conquista após 20 anos de exceção comandada pela ditadura militar –, como também registrou uma série de programas de Estado, que revelaram a alma do projeto de Nação.

Essas direções, a serem perseguidas pelos agentes do Estado, traduzem-se na constante proteção e garantia dos direitos sociais fundamentais, conquistados a duras penas durante a História. Em função disso, a Carta Maior estabeleceu diretivas importantes para corroborar com a materialização dos direitos sociais – visando à diminuição da desigualdade social –, tais como: o fundamento da dignidade da pessoa humana; a construção de uma sociedade solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; e a prevalência dos direitos humanos. São orientações que fixam o caráter humanitário e inclusivo da CRFB/1988 e devem nortear as ações político-jurídicas da Administração Pública.

Tais premissas foram reforçadas pela supremacia e rigidez da CRFB/1988 e racionalizaram o sistema lógico de interpretação constitucional. Ou seja, o arcabouço jurídico deve ser baseado nas diretrizes constitucionais para, assim, concretizar o fiel cumprimento das leis, sobretudo, na tomada de decisões jurídicas e econômicas. Isto é, em função da característica soberana dos valores registrados no texto constitucional, os direitos sociais fundamentais devem ser analisados a partir dessa distinção jurídica. Os direitos sociais, pois, devem ser prestados e assegurados – e não suprimidos ou restringidos – pelo Estado. Por essas razões, os direitos sociais não são favores ou privilégios, são direitos do cidadão e deveres ativos de implementação e prestação do Estado.

Muito embora a Constituição Cidadã tenha uma série de diretivas, características e proteções, verificou-se que a política econômica desempenhada no País potencializa as dificuldades de efetivação desses elementos e agrava as discrepâncias sociais. O neoliberalismo, vertente ideológica que objetiva o desmantelamento do Estado, vem sendo introjetado no Brasil desde a redemocratização e vem sendo aprofundado nos dias atuais. Essa projeção é o resultado do processo hegemônico da globalização econômica neoliberal difundida no final do Século XX. É uma matriz ideológica – implementada ora coercitivamente, ora democraticamente – alinhada a interesses não republicanos, que esvazia o sentido da Constituição de 1988 e fortalece seletos grupos.

A participação popular é, portanto, um mecanismo de controle do Estado Social brasileiro, seja pelo debate jurídico, seja pela via política. A democracia participativa é um meio de intensificação social no que diz respeito à criação de uma contra-hegemonia que busca a criação de mecanismos alternativos à sociedade viciada pelos ideais neoliberais. Esse é um caminho longo a ser trilhado. Todavia, uma dose diária de utopia amplia os horizontes para, em um tempo futuro, conquistar espaços que, preteritamente, avaliavam-se como

impossíveis. Sigamos!

Referências

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Almedina, 2001.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaios sobre a sociedade neoliberal**. São Paulo: Boitempo, 2016.

HARVEY, David. **O neoliberalismo: história e implicações**. São Paulo: Loyola, 2014.

MARREIRO, Flávia. Série inédita brasileira mostra salto da desigualdade no começo da ditadura. **El País**, 4 nov. 2015. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/10/29/economia/1446146892_377075.html?fbclid=IwAR3m4eLLUxRQ9JTislEBj95Ee0bscv2KYns1r96Fu1QFWJqmZUwLEpucZp0>. Acesso em: 19 fev. 2021.

MARX, Karl. **O 18 de Brumário de Luís Bonaparte**. São Paulo: Boitempo, 2011.

MASCARO, Alysson Leandro. **Crise e Golpe**. São Paulo: Boitempo, 2018.

SAAD FILHO, Alfredo; MORAIS, Lecio. **Brasil: neoliberalismo vs democracia**. São Paulo: Boitempo, 2018.

STRECK, Lenio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **Ciência Política & Teoria do Estado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

_____; _____. Comentário ao artigo 3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. 1. ed., 6. tir. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2014. p. 146-150.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção: a forma jurídica do neoliberalismo**. São Paulo: Contra Corrente, 2017.

REFORMA TRABALHISTA NO BRASIL: TERCEIRIZAÇÃO E DIREITO SOCIAL AO TRABALHO DIGNO

LABOR REFORM IN BRAZIL: OUTSOURCING AND THE SOCIAL RIGHT TO DECENT WORK

Cauê Molina Andreazza⁴

Resumo

O presente trabalho realiza uma análise da terceirização trabalhista no Brasil e dos impactos gerados pela edição da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, especialmente sob a ótica do direito social ao trabalho digno assegurado constitucionalmente. Parte-se do pressuposto de que o direito à dignidade do trabalhador possui hierarquia constitucional privilegiada e analisa-se a possível violação dessa garantia causada por uma autorização irrestrita da terceirização. Para tanto, é analisado o direito ao trabalho com dignidade a partir das normas internacionais e constitucionais garantidoras desse direito fundamental social. Traçado esse panorama, é abordado o tratamento jurídico que a terceirização recebeu no Brasil e do seu avanço enquanto prática que passou a ser disseminada nas relações de trabalho no país. Assim, analisa-se a omissão legislativa que perdurou durante longo tempo no Brasil a respeito da terceirização, bem como o papel de protagonismo que foi assumido pela Justiça do Trabalho, especialmente por meio dos entendimentos sumulados do Tribunal Superior do Trabalho. Por fim, é analisado o impacto trazido pela Reforma Trabalhista, especialmente no que diz respeito às hipóteses de cabimento da terceirização enquanto prática de contratação de trabalhadores. Constata-se que a Reforma Trabalhista consiste em uma autorização irrestrita da contratação terceirizada, com objetivo essencial de redução de custos da atividade empresarial, e tem por consequência uma precarização das condições de trabalho, em descompasso com o direito constitucional à dignidade do trabalhador. O trabalho possui natureza qualitativa e se utiliza do método de pesquisa dedutivo. Foi utilizada a pesquisa bibliográfica em obras ligadas ao direito e à sociologia do trabalho, bem como analisados posicionamentos jurisprudenciais ligados ao tema.

Palavras-chave: Direito ao trabalho. Terceirização. Reforma trabalhista.

Abstract

The present work analyzes the labor outsourcing in Brazil and the impacts generated by the edition of Law nº 13.467/2017, known as Labor Reform, especially from the perspective of the social right to decent work constitutionally guaranteed. The work starts from the understanding that the right to dignity of the worker has a privileged constitutional hierarchy and analyzes the possible violation of this guarantee caused by an unrestricted authorization of outsourcing. For that, the right to work with dignity is analyzed based on international and constitutional norms that guarantee this fundamental social right. From this point on, the research assesses the legal treatment that outsourcing has received in Brazil and its advancement as a practice that started to be disseminated in labor relations in the country.

⁴ Mestrando em Direito (UFPel). Especialista em Advocacia Trabalhista e Previdenciária (UNISC). E-mail: andreazzacaue@gmail.com

Afterwards, the legislative omission that lasted for a long time in Brazil regarding outsourcing is analyzed, as well as the leading role that was assumed by the Labor Court, especially through the summarized understandings of the Superior Labor Court. Finally, the impact brought about by the Labor Reform is analyzed, especially with regard to outsourcing hypothesis as a practice of hiring workers. It was found that the Labor Reform consists of an unrestricted authorization of outsourced hiring, with the essential objective of reducing costs of business activity, and has the consequence of precarious working conditions, out of step with the constitutional right to the dignity of the workers. The study carried out a bibliographic research on works related to labor law and sociology, as well as analyzing jurisprudential positions related to the theme.

Keywords: Right to work. Outsourcing. Labor reform.

Introdução

O trabalho é uma das facetas mais importantes da vida humana, sobretudo considerando que a vida humana necessariamente se desenvolve sociedade. É quase impossível pensar hoje em uma pessoa conseguir ser ativa em sociedade sem depender dos frutos do seu trabalho ou, indiretamente, do trabalho de outra pessoa que auxilie em sua manutenção e subsistência. Em algum grau o trabalho é um dos motores que move a vida em sociedade. Ao mesmo tempo em que é um aspecto inseparável da vida em sociedade, o trabalho é também protagonista de diversos conflitos. A terceirização trabalhista é o componente de um desses constantes conflitos.

O presente estudo tem por objeto o trabalho terceirizado no Brasil e o impactos trazidos sobre essa relação pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, analisados sob a ótica do direito fundamental social ao trabalho digno. A terceirização trabalhista consiste em uma prática que altera a dicotomia clássica da relação de emprego (empregado-empregador) ao criar uma relação trilateral: empregador, empresa prestadora de serviços e tomador de serviços. A terceirização possuía tratamento lacunoso e vinha sendo regida principalmente por meio de entendimentos jurisprudenciais. Em 2017, o tema da terceirização na relação de trabalho foi objeto de drástica alteração por meio da regulamentação criada pela Reforma Trabalhista.

Nesse cenário, o presente trabalho tem por objetivo analisar os impactos causados pela denominada Reforma Trabalhista sobre o trabalho terceirizado no Brasil e avaliar se o tratamento legal está de acordo com o direito constitucional ao trabalho com dignidade. Portanto, o objetivo proposto, para além de uma averiguação das alterações normativas

implementadas em 2017, abrange um olhar que tem por fundamento as disposições constitucionais garantidoras do direito social ao trabalho e da dignidade da pessoa humana.

O trabalho se justifica porque o fenômeno da terceirização é uma realidade jurídica, econômica e social que afeta o mundo do trabalho de forma contundente. A contratação de trabalhadores e a prestação de serviços em benefício de uma empresa ou órgão público diverso da figura do empregador consiste em uma relação trilateral com potencial para causar consequências aos mais caros valores constitucionais de proteção do trabalho digno. Com o advento da Lei nº 13.467/2017, as pesquisas relacionadas à terceirização recebem um novo marco e praticamente precisam abandonar as infundáveis discussões sobre atividade-fim e atividade-meio. É possível afirmar que o tema da terceirização no âmbito do Direito do Trabalho brasileiro renasceu a partir de 2017. Dentro desse cenário se impõe a relevância da presente pesquisa, sobretudo considerando o grande impacto social que a terceirização possui na vida de milhares de trabalhadores e famílias brasileiras.

Dentro desse panorama o presente trabalho pretende responder aos seguintes problemas de pesquisa: quais são os impactos trazidos pela Reforma Trabalhista de 2017 sobre o trabalho terceirizado no Brasil? Essas alterações estão de acordo com o direito social ao trabalho digno assegurado pela Constituição Federal?

Para o desenvolvimento da pesquisa é utilizada, inicialmente, a pesquisa bibliográfica a respeito das temáticas do Direito do Trabalho e da terceirização trabalhista, com o objetivo de compreender o problema a partir dos marcos teóricos relacionados. São abordadas também obras relacionadas ao Direito Constitucional e à Sociologia do Trabalho, como forma de compreender os impactos da terceirização sob a ótica do direito ao trabalho digno. É realizada a análise do universo das normas ligadas ao tema, inclusive no âmbito da Organização Internacional do Trabalho. Para além, é feita uma análise do avançar do posicionamento jurisprudencial no Brasil acerca da prática da terceirização, especialmente dos entendimentos sumulados do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a respeito do tema.

A pesquisa é pautada pelo método de análise dedutivo, partindo-se da premissa maior de que é direito social do trabalhador o acesso ao trabalho digno e da premissa menor de que a terceirização possui potencial lesivo a esse direito social se aplicada de forma generalizada. A abordagem da pesquisa é de caráter qualitativo, pois prepondera “o exame rigoroso da natureza, do alcance, e das interpretações possíveis para o fenômeno estudado e (re)interpretado de acordo com as hipóteses estrategicamente estabelecidas pelo pesquisador (MEZZAROBÀ; MONTEIRO, 2009, p. 110).

1. O direito social ao trabalho digno

A história do trabalho acompanha a história da humanidade. O homem, enquanto ser social, não vive isoladamente e, de forma semelhante, não consegue viver se trabalhar⁵. Desde a necessidade de caçar animais e coletar frutas e plantas para se alimentar até as mais recentes formas de teletrabalho, o homem é um ser que precisa exercer determinadas atividades para a manutenção da sua subsistência e para todo o mais que vem após isso (como exercer atividades de lazer). Portanto, a história do trabalho está intimamente ligada à própria história da humanidade. Segundo Vitor Eça e Cláudio Jannotti da Rocha (2014, p. 15), “a magnitude do trabalho na vida do ser humano é tamanha que uma grande parcela dos trabalhadores brasileiros permanece mais tempo em seu labor do que em sua própria residência”.

As formas jurídicas de caracterização do trabalho atuais são vastas, como por exemplo o trabalho autônomo, o trabalho avulso, o trabalho de estagiário, o trabalho eventual, o trabalho doméstico, o trabalho do servidor público e até o trabalho voluntário. O trabalho enquanto relação jurídica é um conceito multifacetado. São vários os trabalhos possíveis. Atualmente, contudo, quando se fala em trabalho quer se referir, via de regra, ao trabalho assalariado que recebe a roupagem jurídica de uma relação empregatícia. A relação de emprego passa a se consolidar especialmente a partir da Segunda Revolução Industrial e dos trabalhos em linhas de produção nas fábricas. Esse tipo de trabalho (notadamente o sistema fordista) tornou o trabalhador uma espécie de engrenagem da máquina, responsável apenas por operá-la e em condições de trabalho extremamente desgastantes. Essa forma de trabalho permitiu o surgimento uma noção de identificação entre os trabalhadores, já que realizavam as mesmas funções e compartilhavam dos mesmos sentimentos e necessidades em relação ao trabalho e suas condições. A partir deste cenário são traçadas as características essenciais da relação empregatícia enquanto base do sistema capitalista de produção e, também do Direito do Trabalho, especialmente a onerosidade e a subordinação hoje atualmente previstas no art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (EÇA; ROCHA, 2014).

Apesar da pluralidade de modalidades nas quais se manifesta, todas as formas de trabalho atualmente admitidas como possíveis pelo Direito guardam uma característica em comum: devem garantir a dignidade daquele que trabalha. É dizer, o trabalho humano é uma

⁵ Nesse sentido, é possível afirmar que “o trabalho é uma das práticas mais antigas do homem, acompanhando-o desde os primórdios, no dito comunismo primitivo, passando pelo escravismo, feudalismo, permanecendo até a presente data no vigente sistema capitalista de produção” (EÇA; ROCHA, 2014, p. 15).

realidade – e uma necessidade –, mas ele precisa ser concretizado de forma a garantir a dignidade do trabalhador humano. Essa preocupação em alcançar condições que possibilitem um trabalho com dignidade passa emergir especialmente a partir da derrocada de uma visão de Estado em abstenção (típica do Estado Liberal) e com o surgimento de um Estado mais atuante e garantidor de direitos que vão além da igualdade e liberdade formais (o Estado Social). É nesse sentido que o trabalho surge como um direito fundamental de segunda dimensão a partir de um papel mais interventor do Estado nas relações entre particulares, inclusive com o objetivo de garantir a dignidade. Nesse mesmo período de ascensão do Estado Social é que passa a ganhar força o surgimento do Direito do Trabalho enquanto conjunto normativo de proteção dos trabalhadores e de condições dignas de trabalho (EÇA; ROCHA, 2014).

O Direito, hoje, possui um arcabouço normativo de proteção ao trabalho que busca preservar a dignidade dos trabalhadores. Essa proteção jurídica vai desde a formação de uma entidade de caráter internacional – a Organização Internacional do Trabalho (OIT) –, suas convenções, as normas nacionais constitucionais e infraconstitucionais, até as mais específicas regulamentações dos órgãos de fiscalização e organização do trabalho.

No âmbito internacional a proteção ao trabalho com dignidade possui amparo na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O art. 23 da Declaração é exclusivamente dedicado à proteção do trabalho e prevê os direitos universais de acesso ao trabalho em condições satisfatórias, proibição de discriminação e direito à remuneração equitativa e que permita a existência conforme a dignidade humana (ONU, 1948). Ainda no cenário internacional, possui destaque a atuação da OIT e a sua agenda pela promoção do trabalho decente. Trata-se da ideia de que o trabalho precisa ser compreendido como um meio de acesso à uma vida digna e constitui uma síntese da missão da OIT para que trabalhadores e trabalhadoras possam ter acesso a um trabalho em condições de liberdade, dignidade e segurança. O conceito de trabalho decente simboliza um ponto de convergência de quatro objetivos estratégicos da OIT: “a promoção dos direitos no trabalho, a geração de empregos produtivos e de qualidade, a extensão da proteção social e o fortalecimento do diálogo social” (OIT, 2015, p. 27). Nesse sentido, a atuação sob o ponto de vista jurídico-normativo da OIT se revela principalmente a partir da edição das suas convenções, como, a título exemplificativo, a Convenção nº 29 (proibição de formas de trabalho forçado), Convenção nº 95 (proteção ao salário), Convenção nº 100 (igualdade de remuneração para homens e mulheres) e nº 161 (sobre os serviços de saúde no local de trabalho).

No âmbito brasileiro, o direito ao trabalho digno constitui direito social fundamental de alicerce constitucional. A eleição dos valores sociais do trabalho e da dignidade da pessoa humana como fundamentos da República pela Constituição de 1988 confere ao legislador, ao operador do Direito e ao pesquisador um marco teórico-político que deve guiar a compreensão da temática. Conforme afirma José Afonso da Silva (2005, p. 289-290):

Assim, no art. 1º, IV, se declara que a República Federativa do Brasil tem como fundamento, entre outros, os valores sociais do trabalho; o art. 170 estatui que a ordem econômica funda-se na valorização do trabalho, e o art. 193 dispõe que a ordem social tem como base o primado do trabalho. Tudo isso tem o sentido de reconhecer o direito social ao trabalho, como condição da efetividade da existência digna (fim da ordem econômica) e, pois, da dignidade da pessoa humana, fundamento, também da República Federativa do Brasil (art. 1º, III).

Destaca-se a importância do princípio da dignidade humana e seus reflexos sobre o mundo do trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana foi pela primeira vez contemplado pela ordem constitucional brasileira em 1988 e possui destaque guardado pelo legislador constitucional, logo no artigo inaugural da Carta e no título relativo aos princípios fundamentais. Assim, entende-se que a pretensão da Constituição é reconhecer ao princípio da dignidade da pessoa humana a qualidade de embasar e informar toda a ordem jurídica constitucional e, ainda, infraconstitucional (SARLET, 2012). É por essa razão que o direito ao trabalho necessariamente precisa ser reconhecido dentro do contexto de um Estado Constitucional em que a dignidade do ser humano é um valor fundamental e que deve ser resguardado inclusive nas suas relações de trabalho.

O trabalho, aliás, deixou de uma simples necessidade e uma realidade da vida social: o trabalho é um direito. As pessoas possuem direito a trabalhar e o Estado possui o dever de garantir esse direito. A despeito dos debates acerca da sua efetividade, é nesse sentido a previsão do *caput* do artigo 6º da Constituição Federal brasileira⁶, dispositivo responsável elencar o trabalho como um direito fundamental social.

Assim, entende-se que o trabalho é uma faceta indispensável da vida humana e que todos possuem o direito ao trabalho digno, garantia jurídica amplamente assegurada no âmbito internacional e nacional. É dentro desse cenário jurídico garantidor de dignidade ao ser humano enquanto trabalhador que será abordada a prática da terceirização do trabalho.

⁶ Assim dispõe o artigo que inaugura o capítulo relativo aos direitos sociais na Constituição “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

2. A terceirização do trabalho no Brasil

A relação de trabalho, especialmente a relação empregatícia, é caracteristicamente marcada por ser formada por um binômio empregado e empregador. Trata-se da regra de ser o contrato de trabalho uma relação bilateral, ou seja, a relação que compreende, de um lado, o empregado que presta trabalho e, de outro, o empregador que contrapresta salário.

A terceirização trabalhista é uma prática que rompe com a regra tradicional do trabalho bilateral, pois envolve um agente adicional, a empresa tomadora, que apenas será beneficiada pela força de trabalho sem assumir a qualidade de empregadora. Do ponto de vista do empresário, a terceirização é a simples transferência de tarefas de execução de determinadas atividades a outras empresas (geralmente menores), com empregados próprios.

Explicando a estrutura dessa relação trilateral de trabalho, Gustavo Filipe Barbosa Garcia (2017, p. 13) assim conceitua a terceirização:

A terceirização pode ser entendida como a transferência de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadores de serviços especializados.

A terceirização, como se pode notar, envolve uma relação trilateral entre o empregado, a empresa prestadora de serviço (empregador) e a empresa tomadora (contratante dos serviços). Entre a empresa tomadora (contratante) e a prestadora de serviço é firmado um contrato de natureza civil ou empresarial (contrato de prestação de serviços). Diversamente, entre a empresa prestadora de serviço e o empregado é firmado o contrato de trabalho. O vínculo de emprego, assim, existe entre o empregado e a empresa prestadora de serviço, mas aquele presta o serviço à empresa tomadora (contratante).

Portanto, por meio da terceirização o vínculo empregatício é formado entre empregado e uma empresa que tem por atividade justamente o fornecimento de mão de obra para outras empresas, por meio da celebração de contrato de Direito Civil. Assim, a terceirização traduz um abrigo legal para que aquela empresa que se beneficia da força de trabalho não seja considerada empregadora, mas tão somente tomadora dos serviços, não arcando diretamente com verbas salariais e contribuições previdenciárias.

Compreendido no que consiste a terceirização trabalhista, é necessário destacar que a relevância do debate e o grande conflito de opiniões acerca da terceirização reside na contraposição de interesses entre empregados e empregadores. Regra geral, os primeiros são contrários à terceirização, pois o processo seria causador de precarização da relação de trabalho de diversas formas, sobretudo pela discriminação entre trabalhadores terceirizados e não terceirizados e pela frequente inidoneidade financeira das empresas fornecedoras de mão de obra que acaba gerando inadimplemento de verbas trabalhistas. Os segundos são

favoráveis, pois, sob a ótica da empresa, a terceirização aumentaria a qualidade dos produtos, otimizaria a força de trabalho, reduzindo custos e gerando empregos. Assim, a temática da terceirização é um dos pontos que pertence ao complexo e intenso conflitos de interesses que surgem do confronto entre capital *versus* trabalho⁷.

Compreendido o cenário dentro do qual se insere a disputa acerca da sua proibição ou liberação, é necessário analisar qual é o tratamento pela legislação trabalhista brasileira acerca da terceirização. Neste ponto, de imediato é preciso afirmar que durante longos anos a terceirização não recebeu do legislador a atenção que sua magnitude social sempre exigiu. Nesse sentido dispõe Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 30):

No Brasil, por muito tempo não houve lei disciplinando a terceirização de forma genérica. As hipóteses de subcontratação previstas na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (art. 455, que trata da empreitada e da subempreitada, e o art. 652, a, inciso III, que trata da pequena empreitada) referiam-se a situações peculiares que eram consideradas como embrião da ideia e do modelo de terceirização utilizado nos dias de hoje. Da mesma forma, a Lei nº 6.019/1974 (trabalho temporário) e a Lei nº 7.102/1983 (terceirização de serviços de vigilância bancária) tratam de situações específicas e não abrangiam todas as hipóteses e possibilidades de subcontratação de mão de obra.

Apesar da ausência de tratamento legal adequado, a terceirização veio se consolidando na realidade brasileira. Em análise crítica acerca do crescimento da terceirização no Brasil, Graça Druck (2011, p. 45-46) afirma que, nos anos 1990, a terceirização surgiu como forma de vencer as barreiras impostas pela crise econômica. Contudo, nos anos 2000, em períodos de economia já estabilizada, a terceirização continuou a se expandir, inclusive no âmbito da administração pública:

No que diz respeito à terceirização, no início dos anos 1990, numa conjuntura econômica de instabilidade e de crise, poder-se-ia afirmar que as empresas justificavam a adoção da terceirização como “ferramenta” ou “estratégia” para sobreviver diante da reestruturação e redefinição das bases de competitividade no plano internacional e nacional (BORGES; DRUCK, 1993; DIEESE, 2007). Entretanto, nos anos 2000, numa conjuntura econômica internacional favorável e de retomada do crescimento para todos os setores, especialmente aqueles estudados nos anos 1990 (automotivo, petroquímica e bancário), não se altera o movimento da terceirização, que continua a crescer em todas as atividades, atingindo agora também o setor público de forma intensa.

⁷ Nesse sentido é que “o poder político de uma classe e a capacidade de tornar concretos seus interesses políticos dependerá não somente de seu lugar de classe em relação às outras classes, mas também de sua posição estratégica relativamente a elas. O direito do trabalho, por sua vez, também é tomado como relação (Neumann, 1983) em cujos polos estão empregador e trabalhador: este a vender sua força de trabalho; àquele, mediante salário. (DROPPA; BIAVASCHI; VAZQUEZ, 2017, p. 3)

Apesar de ser um fenômeno cada vez mais consolidado no universo das relações de trabalho⁸, nunca houve de fato uma lei que regulamentasse especificamente a terceirização, traçando o seu significado, sua proibição ou autorização, seus limites ou hipóteses de cabimento e suas regras de aplicação de forma geral. A própria CLT não possui nenhuma disposição acerca da terceirização. De forma geral, o Brasil possuía somente leis esparsas e que tangenciavam o tema da terceirização, a exemplo da Lei nº 6.019/74 - que veio para regulamentar o trabalho temporário, outra forma de relação trilateral de trabalho - e da Lei nº 7.102/83 - que autorizou a terceirização nos serviços apenas para serviços de vigilância bancária. A terceirização trabalhista, por si, era um fenômeno vivo nas relações de trabalho, mas esquecido pela legislação.

Em razão dos intensos conflitos gerados a partir contratação de mão de obra terceirizada em um cenário de ausência de regulamentação, o resultado não poderia ser diferente: os conflitos trabalhistas passaram a bater às portas da Justiça do Trabalho. Sendo a terceirização uma realidade, os litígios entre empregados, empregadores e tomadores dos serviços exigiram uma resposta jurisdicional. Apesar de já existirem algumas hipóteses específicas de autorização legal da terceirização, na prática, contudo, o uso da terceirização ocorreu de forma bem mais disseminada. Sobretudo no setor bancário, a terceirização vinha se consolidando como prática de contratação⁹.

Assim, a jurisprudência foi chamada a adotar um papel de protagonismo no que diz respeito à terceirização no Brasil, traçando por meio da atividade interpretativa os contornos desse fenômeno. Nesse cenário, no ano de 1986 o Tribunal Superior do Trabalho traçou o primeiro marco jurisprudencial a respeito da terceirização, o Enunciado nº 256.

Nesse cenário foi que no ano de 1986, o Tribunal Superior do Trabalho pela primeira vez apresentou seu entendimento consolidado acerca do tema, por meio do então Enunciado nº 256¹⁰:

⁸ A terceirização das relações de trabalho veio se consolidando na realidade do mercado de trabalho brasileiro a despeito do silêncio gritante da legislação brasileira, pois, conforme Carla Teresa Martins Romar (2018, p. 30), “no entanto, a inexistência de uma legislação mais abrangente não impediu que nas décadas de 1980 e 1990 fosse verificado um aumento crescente da terceirização de serviços [...]”

⁹ Os serviços de limpeza foram exemplo de atividade em que a contratação de empresas fornecedoras de mão de obra ocorria em larga escala. Até então, porém, não havia autorização legislativa nesse sentido, pois os serviços de limpeza não se enquadravam nas raras concessões normativas para terceirização e também não admitiam a figura do trabalho temporário com base na Lei nº 6.019/74 em razão necessidade de prestação permanente desse tipo de serviço (LEITÃO, 2012).

¹⁰ José Roberto Freire Pimenta (2012, p. 18) traça o panorama que exigiu do Poder Judiciário a adoção de uma posição uniformizada acerca da terceirização: “como se sabe, com a disseminação da terceirização por intermédio de empresas fornecedoras de mão de obra e o ajuizamento de grande quantidade de ações individuais daí decorrentes, o Tribunal Superior do Trabalho, em 30/09/86, aprovou a Súmula nº 256, por meio da qual restringiu duramente a institucionalização da terceirização privada no Brasil, considerando-a sempre, salvo as

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE.

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. (BRASIL, 1986).

A redação do Enunciado nº 256 é sintética e objetiva, deixando claro o entendimento e a intenção do Poder Judiciário de barrar a terceirização desmedida. O Enunciado nº 256 representou posicionamento rigoroso de contrariedade à contratação terceirizada irrestrita que vinha ocorrendo no país. O entendimento foi simples: a contratação de trabalhador por meio de outra empresa é ilegal, exceto nos casos expressamente previstos em lei à época, quais sejam, trabalho temporário e serviços de vigilância. Quaisquer contratações que estiverem fora desses parâmetros passam a ser tomadas pela Justiça do Trabalho como ilícitas, por configurar intermediação de mão de obra¹¹. A ideia central é vedar que a força de trabalho se torne uma mercadoria, um produto a ser vendido por empresas prestadoras que, como em qualquer empreendimento, iriam buscar o lucro e a redução de custos, em detrimento da qualidade das relações de trabalho.

Esse posicionamento restritivo assumido pelo TST, porém, era alvo de fortes críticas doutrinárias¹² e de divergências dentro do próprio Tribunal. Assim, seja em razão das críticas teóricas, seja porque a terceirização em outros ramos para além daqueles autorizados era uma realidade no mundo do trabalho, o Tribunal Superior do Trabalho acabou por realizar uma revisão de seu entendimento, dando origem à famigerada Súmula nº 331.

A Súmula nº 331 constitui um verdadeiro marco na história brasileira da terceirização do trabalho. Editada no ano de 1993, é possível afirmar que até o ano de 2017 a Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho foi a “lei da terceirização” brasileira. Diz-se isso porque para analisar a legalidade ou não da contratação terceirizada de trabalhadores, não havia regulamentação legal ou infralegal a ser consultada: o parâmetro de análise é a adequação ou não aos termos do entendimento jurisprudencial sumulado.

duas exceções nela expressas, como caracterizadora de *marchandage* (isto é, a pura e simples comercialização da força de trabalho por empresas interpostas) e, portanto, ilícita”.

¹¹ Conforme Magda Biavaschi e Alisson Droppa (2011, p.130), o entendimento consubstanciado no Enunciado nº 256 preponderou no período compreendido entre 1985 e 1990, servindo como norte para decisões judiciais que reconheciam o vínculo de emprego direto com a tomadora dos serviços ou, ainda, que reconheciam sua responsabilidade solidária para arcar com as verbas trabalhistas.

¹² Em artigo escrito em 1993, Amauri Mascaro Nascimento (1993), um dos principais nomes no Direito do Trabalho no país, já sustentava não ser desejável a aplicação irrestrita do Enunciado. O autor defendia que fosse analisado se a empresa prestadora do serviço fornecia mão de obra com exclusividade à tomadora ou se, ao contrário, também prestava serviços para outras empresas. A prestação de serviços para terceiros diversos que não exclusivamente uma empresa tomadora específica seria critério para balizar a legalidade da terceirização.

Em razão da sua complexidade (o enunciado possui seis incisos) não é o propósito do presente trabalho realizar uma análise detida do conteúdo da Súmula nº 331. No entanto, para os fins aqui relevantes, importa destacar que esse novo entendimento consolidado pelo TST manteve, como regra geral, a vedação da contratação de trabalhadores por empresa interposta. As hipóteses de exceção permaneceram sendo aquelas expressamente ressalvadas por lei específica, mas também (e aqui reside a relevância e também os calorosos debates doutrinários e judiciais) foi autorizada a contratação de mão de obra terceirizada para o desempenho das atividades-meio da empresa tomadora dos serviços¹³. Foi criada, portanto, uma espécie de exceção à proibição de terceirizar com uma amplitude semântica que não define com precisão os contornos conceituais. Portanto, em verdade houve uma mudança significativa na regulamentação da terceirização. Passou-se a admitir como lícita a terceirização em quaisquer espécies de atividades empresárias, desde que os trabalhadores fossem contratados para exercer função na atividade-meio da empresa tomadora¹⁴.

A nova Súmula nº 331 criou um novo critério para a análise da legalidade ou não da terceirização: a distinção entre atividade-fim e atividade-meio. Sendo a terceirização na atividade-fim da empresa (entendida como sua atividade principal), a prática seria ilícita; sendo a terceirização na atividade-meio (entendida como atividade acessória), seria lícita. Ocorre que essa distinção deu origem aos mais tormentosos debates acerca do que poderia ser ou não considerado atividade-fim de uma empresa para fins de autorizar ou vedar a contratação de trabalhadores terceirizados (ALFARO, 2016).

Após longo período de lacuna normativa e de uma regulamentação às avessas via Poder Judiciário, em 2017 foi editada a Lei nº 13.467/2017, responsável por um profundo impacto na temática da terceirização das relações de trabalho. A nova lei ficou conhecida como Reforma Trabalhista em razão do enorme impacto sobre toda a legislação trabalhista brasileira, inclusive alterando e revogando uma série de dispositivos da CLT. A terceirização

¹³ Assim prevê a redação do inciso III da Súmula nº 331 do TST: “III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta” (BRASIL, 1993).

¹⁴ Para Larissa Alfaro (2016, p. 77) o advento da Súmula nº 331 representou a passagem de uma concepção restritiva para uma permissão mais ampla da utilização da terceirização: “Isto posto, vê-se que a Justiça do Trabalho passou, especialmente a partir de 1993, com a aprovação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, de uma concepção restritiva do uso da categoria da terceirização para uma maior permissividade. A súmula passou a dispor, diferentemente do entendimento até então prevalecente (Enunciado 256), que não formaria vínculo empregatício com o tomador de serviços a contratação dos serviços de vigilância, de conservação e de limpeza, e “de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta”, conforme texto da referida súmula”.

também foi objeto de uma drástica mudança e passou a receber um tratamento normativo absolutamente diverso da história da terceirização no Brasil.

3. Reforma trabalhista e terceirização no Brasil: o trabalho como mercadoria

A Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017) promoveu alteração radical na regulamentação brasileira sobre a terceirização das relações de trabalho. De forma sucinta, é possível afirmar que foi realizada uma autorização geral e irrestrita da contratação de trabalhadores terceirizados por intermédio de uma outra empresa especializada em fornecer mão de obra¹⁵. Não há mais restrição da contratação apenas para atividades-meio ou acessórias. A prestação de serviços a terceiros passa ser admitida para quaisquer das atividades da empresa contratante, inclusive com destaque expresso de que inclusive está abrangida a atividade principal da empresa tomadora dos serviços¹⁶.

Desta forma, é possível afirmar que atualmente o Brasil autoriza que empresas desenvolvam suas atividades exclusivamente com mão de obra terceirizada, por meio de uma empresa prestadora de serviços. Vale dizer, é possível que uma empresa de grande porte atue sem possuir empregados próprios. Nesse sentido dispõe Vanessa Patriota da Fonseca (2018, p. 106):

Quando se permite a terceirização total das atividades de uma empresa, admite-se que ela possa funcionar sem possuir um empregado sequer, e assim surgiriam hospitais sem contratar médicos, escolas sem contratar professores, restaurantes sem contratar garçons, bancos sem contratar bancários, empresas de transporte sem contratar motoristas etc.

Enquanto fenômeno integrante do sistema de produção de bens e serviços, a terceirização teve a sua utilização muito impulsionada pelo desenvolvimento das técnicas de produção em larga escala. A busca pela redução de custos e pela otimização da força produtiva, geradas sobretudo pelo modo de produção capitalista, tornou necessário uma nova organização dos sistemas produtivos, até mesmo como forma de se adaptar as circunstâncias

¹⁵ A Lei nº 13.467/2017 implementou a autorização da terceirização por meio da alteração do artigo 4-A da Lei nº 6.019/74, para fazer constar que: “Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução” (BRASIL, 2017).

¹⁶ A análise desenvolvida neste trabalho toma como pressuposto que sob a ótica normativa-legal a terceirização foi indiscutivelmente autorizada pela Reforma Trabalhista. Não se desconhece, contudo, as problemáticas que podem ser suscitadas a partir da nova regulamentação, como por exemplo, a dificuldade fática de que possa existir contratação de trabalhadores terceirizados na atividade-fim de uma empresa sem que sejam subordinados à empresa tomadora, como exige a Reforma para que a terceirização seja lícita (FONSECA, 2018).

criadas pelas crises econômicas¹⁷. Entende-se que a autorização da terceirização, portanto, é essencialmente uma demanda de cunho econômico por parte do setor produtivo.

A defesa em favor da adoção da terceirização levantada pela classe econômica/empregadora é no sentido de que contratar trabalhadores terceirizados gera um aumento de produtividade na gestão do negócio empresarial e, assim, promove o crescimento da economia e por consequência um maior número de postos de emprego. Nesse sentido é que de José Ribeiro de Campos (2004, p. 297) defende a prática da terceirização com forma de modernizar a estrutura de produção das empresas:

O processo de terceirização está associado à focalização, que é a estratégia das empresas de concentrar suas atividades naquilo que é o segredo do negócio, facilitando a gestão empresarial, para diminuir a diversidade das formas de organização da produção e do trabalho. Com a terceirização as empresas têm condições de reduzir custos e melhorar o desempenho e a qualidade, vez que realizam um menor número de processos o que é importante para enfrentar a concorrência. Empresas que já passaram pela fase de acentuada centralização e verticalização, adotando o processo de terceirização perceberam os benefícios de terem se tornado mais ágeis, eficientes, eficazes, ganharam qualidade, especialização e finalmente, como resultado da terceirização, competitividade dos seus produtos no mercado.

Assim, a terceirização é tomada como um reflexo positivo do processo de flexibilização das relações de trabalho¹⁸, permitindo uma maior dinamismo e modernidade na estrutura produtiva das empresas, gerando redução de custos e até um suposto benefício para o trabalhador ao obter aprimoramento profissional, conforme defende José Ribeiro de Campos (2004).

No entanto, entende-se que tais argumentos trazidos em prol da terceirização são falaciosos e, no mais das vezes, utilizados de forma a dissimular o verdadeiro objetivo do empregador com a terceirização: a simples redução dos seus custos de produção e, por consequência, um aumento da margem de lucro. Assim, compreende-se que a terceirização implica uma precarização das relações de trabalho incompatível com o direito social ao trabalho digno.

Para a análise dos motivos que levam as empresas a contratar trabalhadores terceirizados, é interessante o conteúdo do relatório Sondagem Especial nº 68 (CNI, 2017),

¹⁷ Segundo Tábata Leitão (2012), o Toyotismo pode ser apontado como o sistema de produção que dá a origem ao processo de terceirização da mão de obra, pois buscava a instauração de uma relação entre empresas diversas, num sistema de subcontratação que tinha por objetivo a especialização das etapas de produção. A ideia era concentrar esforços na atividade principal – montagem dos veículos – descentralizando tarefas secundárias para empresas menores.

¹⁸ Nesse sentido José Ribeiro de Campos (2004, p. 306): “Dentre as manifestações de flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil, destaca-se a terceirização, que consiste na possibilidade de uma empresa (tomadora do serviços) contratar outra empresa (prestadora dos serviços) para realizar determinadas atividades, que antes eram realizadas pela própria empresa tomadora”.

cujo tema é a terceirização, produzido pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), ou seja, a organização máxima do setor industrial brasileiro. O estudo aponta que 63,1% das indústrias brasileiras utilizam serviços terceirizados, o que denota a terceirização enquanto um fenômeno largamente presente no universal social no país. Os três serviços mais terceirizados são de segurança/vigilância, montagem e/ou manutenção de equipamentos e logística/transporte (CNI, 2017). Para os fins deste trabalho, é interessante o resultado da pesquisa no que diz respeito aos motivos que levam às empresas a terceirizar serviços. De acordo com o estudo formulado pela própria representada da classe empregadora, o principal motivo leva à decisão de terceirizar é a redução de custos de produção, o qual foi apontado por 88,9% das empresas como motivo importante ou muito importante para decidir pela terceirização. Vê-se, portanto, que a finalidade reconhecida pelas próprias empresas com a terceirização é estritamente econômica e está ligada à redução de custos que se obtém ao deixar de contratar empregados diretamente – o que demonstra que os trabalhadores terceirizados possuem média salarial inferior. Ainda a respeito do referido estudo, é interessante a conclusão apresentada como aspecto positivo de que 71,8% das empresas tomadoras de serviços verificam se a empresa contratada (empregadora) cumpre com seus encargos trabalhistas de FGTS, INSS e outros (CNI, 2017). Apesar de a estatística ser apresentada como positiva, entende-se que na verdade o resultado é negativo, já que demonstra que 28,2% das empresas tomadoras sequer cumprem um dos mais elementares deveres que é o de fiscalizar o cumprimento das obrigações básicas da empresa contratada junto aos seus empregados. Por fim, apontou-se os principais obstáculos à terceirização são o custo maior do que o esperado (32,6% das empresas) e o receio de fiscalização trabalhista (31,2% das empresas), o que também demonstra que o objetivo é a redução de custos empresariais e o preço pago por isso é a precarização das condições de trabalho dos empregados terceirizados.

A terceirização da contratação de trabalhadores é uma prática que avançou em todo o mundo e da mesma forma no Brasil, sob o argumento da modernização das relações de trabalho e da otimização da produtividade sem afetar os direitos dos trabalhadores. No entanto, a terceirização consiste em uma prática que, em última análise, busca beneficiar apenas o empregador, já que, em relação ao trabalhador, é causadora de um “aprofundamento das iniquidades, com potencial altamente precarizador das relações de trabalho [...]” (DROPPA; BIAVASCHI; VAZQUEZ, 2017, p. 2).

A Reforma Trabalhista autorizou o funcionamento de empresas prestadoras de serviços cuja finalidade é exclusivamente fornecer mão de obra terceirizada para outras empresas tomadoras. Portanto, o serviço oferecido pela empresa, o seu modelo de negócio, é a força de trabalho de seres humanos. Nesse sentido, considerando que a terceirização é prática que reduz os custos das empresas tomadoras dos serviços terceirizados, como visto, é certo que essa redução somente se sustenta “[...] se a contratada não investir em prevenção de acidentes e em equipamentos de proteção coletiva e individual, pagar salários menores, não pagar horas extras, não depositar o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), deixar de conceder os intervalos para descanso para que o trabalhador labore mais etc” (FONSECA, 2018, p. 97).

Trata-se, em verdade, de uma questão lógica: se a empresa tomadora deixa de contratar empregados diretamente para contratar através de uma outra empresa que, para além de pagar todas as verbas devidas a esses trabalhadores, ainda lucrará com essa atividade, é conclusão necessária que os custos com esses trabalhadores são inferiores (leia-se, condições de trabalho mais precárias) do que em caso de contratação direta pela empresa beneficiária da força de trabalho. Nesse sentido, Vanessa Patriota da Fonseca (2018, p. 96) afirma que a terceirização da atividade principal consiste em uma simples transferência da contratação do empregado, ou seja, “é alugar ser humano, o que é repudiado em todos os cantos do planeta”.

Essa compreensão há muito é repudiada pela comunidade jurídica, inclusive no âmbito internacional. A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra o direito ao trabalho livre, justo e que lhe assegure uma existência compatível com a dignidade humana (artigo 23). A Declaração de Filadélfia, de 1964, elenca como princípio fundamental que inspira a atuação da OIT o de que “o trabalho não é uma mercadoria” (OIT, 1944, p. 19). Para Graça Druck (2011, p. 47), o processo de terceirização é um modelo de organização do trabalho que atende a interesses econômicos sem preocupação com a dignidade do trabalhador:

Essa “epidemia” da terceirização, como uma modalidade de gestão e organização do trabalho, explica-se pelo ambiente comandado pela lógica da acumulação financeira que, no âmbito do processo de trabalho, das condições de trabalho e do mercado de trabalho, exige total flexibilidade em todos os níveis, instituindo um novo tipo de precarização que passa a dirigir a relação entre capital e trabalho em todas as suas dimensões. E, num quadro em que a economia está toda contaminada pela lógica financeira, sustentada no curtíssimo prazo, mesmo as empresas do setor industrial buscam garantir os rendimentos, exigindo e transferindo aos trabalhadores a pressão pela maximização do tempo, pelas altas taxas de produtividade, pela redução dos custos com o trabalho e pela “volatilidade” nas formas de inserção e de contratos. E a terceirização corresponde, como nenhuma outra modalidade de gestão, a essas exigências.

Assim, entende-se ser inegável que a defesa em torno da autorização terceirização possui finalidade de cunho financeiro em detrimento da qualidade das condições de trabalho. Ocorre que a Constituição Federal traçou um pressuposto inafastável de que o trabalho digno constitui direito social fundamental. É dentro desse cenário de valorização do trabalho digno – e não da simples busca por uma suposta modernização das relações de produção de emprego – que deve ser compreendida a prática da terceirização. Daí se extrai que a terceirização não é a regra geral, mas a exceção da normalidade da formação do vínculo de emprego. Em razão disso, merece o tratamento normativo e hermenêutico que leve em consideração seu caráter de excepcionalidade, sob pena de a exceção se tornar regra. Não foi essa, contudo, a opção legislativa tomada pela Reforma Trabalhista de 2017 que, de forma preocupante, autorizou de maneira irrestrita a prática da terceirização da mão de obra no Brasil.

Conclusões

A terceirização das relações de trabalho é temática integrante do universo trabalhista que constitui uma fonte de intensos conflitos entre empregados e empregadores. Os debates acerca da terceirização envolvem, de um lado, a liberdade de contratar, a livre iniciativa e a livre concorrência de mercado e, de outro, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e o direito fundamental ao trabalho com dignidade.

A pesquisa demonstrou que o Brasil sempre possuiu tratamento normativo deficitário em relação à terceirização, em um verdadeiro silêncio legislativo que convivia com uma realidade social de intensa utilização da terceirização. Assim, a regulamentação da terceirização no Brasil se deu por meio da atividade jurisprudencial, notadamente a partir das decisões do Tribunal Superior do Trabalho, com destaque para a Súmula nº 331. Com o advento da Lei nº 13.467/2017 foi promovida uma profunda alteração na aplicação da terceirização no país, passando-se de uma autorização regulada para uma autorização ampla e irrestrita para qualquer atividade, mesmo aquelas consideradas as atividades finais da empresa tomadora dos serviços.

A terceirização desmedida autorizada pela Reforma Trabalhista traz riscos ao direito fundamental ao trabalho digno e que o principal motivo que leva às empresas a decidir pela terceirização é a diminuição dos custos de produção. É necessário estabelecer a ideia central de que a empresa prestadora de serviços, ou seja, quem assume a condição de empregador, não pode ser compreendida como uma simples empresa fornecedora (vendedora) de mão de

obra. Essa compreensão é crucial, haja vista que o instituto da terceirização trabalhista, quando percebido na prática social, facilmente se aproxima da ideia da simples comercialização da força de trabalho, trazendo precarização às relações de trabalho e tratando o trabalho humano como simples mercadoria que pode ser livremente vendida e negociada.

Referências

ALFARO, Larissa Menine. **Terceirização do trabalho no Brasil, precarização e a vedação do retrocesso social**. 2016. 170 f. Dissertação. Universidade Federal do Paraná, Paraná, 2016. Disponível em: <<https://www.acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/41802/R%20-%20D%20-%20LARISSA%20MENINE%20ALFARO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 05 jan. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 07 jan. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jul. 2017b. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acesso em: 10 jan. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Enunciado nº 256. Resolução 4 de 1986, Diário de Justiça de 30 set. de 1986. Disponível em:

<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-256>. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho**. Súmula nº 331. Resolução 3 de 1993, Diário de Justiça de 28 dez. de 1993. Disponível em:

<https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 10 fev. 2021.

BIAVASCHI, Magda Barros; DROPPA, Alisson. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. **Mediações**, Londrina, vol. 16, n. 1, p. 124-141, 2011. Disponível em:

<<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/mediacoes/article/view/9657/8494>>. Acesso em: 08 jan. 2021.

CAMPOS, José Ribeiro de. Aspectos da terceirização e o Direito do Trabalho. **Revista do Curso de Direito da Universidade Metodista de São Paulo**, São Paulo, vol. 1, n. 1, p. 290-309, 2004. Disponível em: <<https://www.metodista.br/revistas/revistas-ims/index.php/RFD/article/view/496/494>>. Acesso em 12 jan. 2021.

CNI - Confederação Nacional da Indústria. Terceirização é elo estratégico na produção da indústria. **Sondagem Especial 68**: terceirização, Brasília, ano 18, n. 1, mar. 2017. Disponível em: <<https://www.portaldaindustria.com.br/estatisticas/sondesp-68-terceirizacao/>>. Acesso em 10 jan. 2021.

DROPPA, Alisson; BIAVASCHI, Magda Barros; VAZQUEZ, Bárbara. CONTRADIÇÕES DO TRABALHO NO BRASIL ATUAL: Terceirização, correspondentes bancários e a Justiça do Trabalho. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 32, n. 94, 2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092017000200503&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 08 jan. 2021.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Caderno CRH**, Salvador, vol. 24, n. 01, 2011, p. 35-55. Disponível em: <<https://portalseer.ufba.br/index.php/crh/issue/view/1340>>. Acesso em: 09 jan. 2021.

EÇA, Vitor Salino de Moura; ROCHA, Cláudio Jannotti da. O direito ao trabalho analisado sob a perspectiva humanística: efeito corolário a uma (super)proteção na dispensa coletiva. In: LEITE, Carlos Henrique Bezerra; EÇA, Vitor Salino de Moura. (coord.) **Direito material e processual do trabalho na perspectiva dos direitos humanos**. São Paulo: LTr, 2014, p. 15-36.

FONSECA, Vanessa Patriota da. Terceirizar a atividade-fim é alugar o trabalhador. In: CAMPOS, André Gambier (org.). **Terceirização do Trabalho no Brasil**: novas e distintas perspectivas para o debate. Brasília, Ipea, 2018.

LEITÃO, Tábata Gomes Macedo de. **A terceirização no contexto de eficácia de direitos fundamentais**. 2012. 254 f. Dissertação. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito, 2012.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/por.pdf>. Acesso em 11 jan. 2021.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Constituição OIT e Declaração de Filadélfia**. 1944. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336957/lang-pt/index.htm>. Acesso em 11 jan. 2021.

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Uma década de promoção do trabalho decente no Brasil**: uma estratégia de ação baseada no diálogo social. Genebra: OIT, 2015. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/oit-no-brasil/WCMS_467352/lang-pt/index.htm>. Acesso em 11 jan. 2021.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Terceirização – trabalho temporário, cooperativas de trabalho**. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2017.

MEZZAROBBA, Orides e MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no direito**. São Paulo: Saraiva, 2009.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Subcontratação ou terceirização. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, vol. 83, p. 20-25, jul. 1993.

PIMENTA, José Roberto Freire. A responsabilidade da Administração Pública nas terceirizações, a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADC nº 16-DF e a nova redação dos itens IV e V da Súmula nº 331 do Tribunal Superior do Trabalho. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, vol. 1, n. 10, ago, 2012, p. 12-52. Disponível em: <<https://ead.trt9.jus.br>>. Acesso em: 05 jan. 2021.

ROMAR; Carla Teresa Martins. Terceirização em atividade-fim e em atividade-meio após a Lei nº 13.467/2017: pacificação da questão? **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 137, p. 29-38, mar/2018. Disponível em < <https://www.aasp.org.br/revista-do-advogado/>>. Acesso em 05 jan. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A LEI 14.034/2020 E O RETROCESSO NA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR- PASSAGEIRO DE EMPRESAS AÉREAS

LAW 14,034/2020 AND THE REGRESSION IN THE PROTECTION OF AIRLINE'S PASSENGERS

Gabriel Marques Luzzardi¹⁹

Resumo

O presente artigo faz uma análise das disposições relativas ao Direito do Consumidor constantes na Lei 14.034, promulgada em 5 de agosto de 2020, em conversão da Medida Provisória 925/2020, com a finalidade de legislar sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (Covid-19) no setor da aviação civil brasileira. Em razão de que a referida lei trouxe alterações ao direito fundamental à proteção do consumidor (art. 5º, inciso XXXII, CF/88) e ao direito fundamental-social ao transporte (art. 6º, CF/88), objetiva-se verificar se tal legislação se adéqua ao princípio da vedação ao retrocesso, implícito na Constituição Federal de 1988, pois considera-se que houve uma diminuição a tais direitos. Analisa-se, primeiramente, o fenômeno da publicização do direito privado, bem como a proteção constitucional que é conferida aos referidos direitos fundamentais e, a seguir, verifica-se as disposições introduzidas pela Lei 14.034/2020 em matéria de Direito do Consumidor, notadamente aquelas que dilataram prazos para ressarcimento do passageiro dos valores relativos ao cancelamento dos bilhetes aéreos marcados entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020 (art. 3º da Lei 14.034/2020), bem como as que dificultaram que o usuário do serviço de transporte aéreo seja ressarcido por danos extrapatrimoniais (art. 4º da Lei 14.034/2020). Desse modo, entende-se que os dispositivos da referida legislação trouxeram retrocesso em matéria de direito ao transporte e do consumidor, ignorando a situação de vulnerabilidade do consumidor nas relações com os fornecedores, prevista no art. 4º, inciso I do CDC, e diminuindo a proteção que lhes é conferida. Utiliza-se do método hipotético-dedutivo, do procedimento de pesquisa bibliográfica e de uma abordagem qualitativa.

Palavras-chave: Covid-19. Direito do Consumidor. Direito Social ao Transporte. Lei 14.034/2020. Transporte Aéreo.

Abstract

This paper analyzes the provisions related to Consumer Law contained in Law 14,034, enacted on August 5, 2020, in conversion of Provisional Measure 925/2020, with the purpose of legislating on emergency measures to mitigate the effects of the pandemic caused by the Sars-CoV-2 virus (Covid -19) in the Brazilian civil aviation sector. As this law brought changes to the fundamental right to consumer protection (art. 5, item XXXII, CF/88) and to the social right to transport (art. 6, CF/88), the aim is to verify if such legislation complies with the principle of seal to social regression, implicit in the Federal Constitution of 1988, as

¹⁹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Especialista em Processo Civil pela Universidade Estácio de Sá (UNESA). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPel). Advogado inscrito na OAB/RS. E-mail para contato: gabrielluzzardi@gmail.com

it is considered that there was a reduce in such rights. Firstly, the constitutional protection that is given to said fundamental rights is analyzed, and then, the provisions introduced by Law 14.034/2020 regarding consumer rights are noted, notably those that have extended deadlines for reimbursing the passenger for the amounts related to the cancellation of airline tickets scheduled between March 19, 2020 and December 31, 2020 (Article 3 of Law 14,034/2020), as well as those that made it difficult for the user of the air transport's service is compensated for moral damages (art. 4 of Law 14,034/2020). In this way, it is understood that the provisions of the legislation reduced the right to transport and the consumer, ignoring the situation of vulnerability of the consumer in relations with suppliers, provided for in art. 4, item I of the Consumer Law, and reducing the protection granted to them. It uses the hypothetical-deductive method, the bibliographic research procedure and a qualitative approach.

Keywords: Air Transport. Consumer Rights. Covid-19. Law 14,034/2020. Social Right to Transport.

Introdução

Com o advento da pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 (Covid-19), foram editadas algumas medidas legislativas no Brasil para o seu enfrentamento, entre elas a Medida Provisória 925, em 18 de março de 2020, que posteriormente foi convertida na Lei 14.034, promulgada em 05 de agosto de 2020. A referida legislação foi produzida com o objetivo de dispor sobre medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia no setor da aviação civil brasileira, introduzindo dispositivos legais que impactaram a matéria do Direito do Consumidor.

O *caput* e o §3º do art. 3º da Lei 14.034/2020 dispõem sobre a situação de cancelamento do bilhete aéreo pelas companhias aéreas e pelo consumidor, respectivamente, determinando que as fornecedoras do serviço possuem o prazo de 12 meses para realizar o reembolso do valor da passagem aérea ao consumidor em voos cancelados entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, dilatando o prazo original de 7 dias previsto na Resolução nº 400/2016 da ANAC. Acrescenta-se que quando ocorre a situação de o consumidor cancelar o serviço de transporte aéreo, restou mantida a obrigatoriedade de observação integral das penalidades tarifárias para o cancelamento do serviço contratado. Ademais, a Lei 14.034/2020 trouxe novos regramentos em relação ao originalmente previsto na Medida Provisória que lhe deu origem, acrescentando o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica, com o objetivo de dificultar o reconhecimento de danos extrapatrimoniais *in re*

ipsa em prol do consumidor, matéria que não possui ligação direta com a situação de pandemia.

Assim, este trabalho objetiva verificar se as referidas disposições trazem um retrocesso ao direito fundamental à defesa do consumidor e ao direito fundamental-social ao transporte, de forma que seriam inconstitucionais. O artigo se justifica em razão de que a proteção ao consumidor foi alçada à posição de direito fundamental pela Constituição da República Federativa de 1988, conforme preceitua o seu art. 5º, inciso XXXII, o que decorreu de uma ideia de limitação do direito privado brasileiro, advinda dos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia, de forma que a legislação infraconstitucional deve respeitá-la como tal.

Busca-se, dessa forma, responder se a Lei 14.034/2020 operou um retrocesso em matéria de Direito do Consumidor e no direito social ao transporte. Para isso, será utilizado o método hipotético-dedutivo, em razão de que, à primeira vista, entende-se que a Lei 14.034/2020 fere o princípio da vedação ao retrocesso, e a partir do procedimento de pesquisa bibliográfica sobre tais assuntos, busca-se confirmar ou refutar essa hipótese. A abordagem da pesquisa será qualitativa, fazendo-se uma revisão da teoria jurídica existente sobre a temática.

1 A publicização do direito privado e a positivação do direito do consumidor no ordenamento jurídico brasileiro

De acordo com Bercovici (1999, p. 35), a Constituição se trata da ordem jurídica fundamental dos Estados, preceituando pressupostos que irradiam para todo o ordenamento jurídico nacional, estabelecendo procedimentos para a sua criação, vigência e execução, além de trazer diretrizes que devem ser respeitadas pelo legislador infraconstitucional. Conforme Bercovici (1999, p. 36), a Constituição Federal de 1988 construiu um Estado Social e pode ser classificada como uma Constituição dirigente, já que define fins e programas de ação futura através de normas programáticas, com o fito de trazer melhorias para as condições econômicas e sociais à população brasileira.

O art. 1º, inciso III da Constituição Federal definiu a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. Já o seu art. 3º positivou o princípio da solidariedade, ao definir como objetivo da república brasileira a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Na lição de Bercovici (1999, p. 45), a positivação de princípios na Constituição possui um significado jurídico importante, tendo em vista que eles irradiam e

coordenam o sistema jurídico, funcionam como critério de interpretação e integração, o que dá unidade e coerência ao sistema constitucional, demonstram as opções políticas fundamentais que conformam o texto constitucional e ganham força normativo-constitucional.

Assim, o Direito Privado pátrio passou por uma evolução a partir do século XX, a qual resultou em sua relativização pela ideia de função social, superando-se a ideia de que o bem-estar coletivo se trata de uma incumbência somente do Estado, entregando-a também aos indivíduos. Entende-se hoje, no âmbito do Direito Privado, que a publicização do referido ramo do direito trouxe uma maior importância à Constituição Federal na interpretação de suas normas, colocando-a como centro irradiador do sistema (BERCOVICI, 1999, p. 42-43).

Assim, conforme Perlingieri (1997, p. 6), citado por Bercovici (1999, p. 43), “[o] Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora. O papel unificador do sistema, tanto nos seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”. Essa despatrimonialização do direito civil, conforme Bercovici (1999, p. 50), citando Pierlingieri (1997, p. 33-34), “é a tentativa de reconstrução do direito civil, não como tutela das situações patrimoniais, mas como um dos instrumentos e garantidores do desenvolvimento livre e digno da pessoa humana”.

Tem-se hoje o Direito do Consumidor como um ramo que possui normas de direito público e de direito privado, e que visa a tutelar um sujeito de direitos vulnerável, o consumidor, em suas relações frente ao fornecedor de bens e serviços. Todavia, é de se ressaltar que o consumidor e os seus interesses individuais e coletivos foram reconhecidos juridicamente há pouco tempo, em meados do século XX, decorrendo das transformações ocorridas no sistema de produção de bens e serviços, sendo, antes disso, identificados por outras expressões, tais como “contratante”, “cliente” ou “comprador”, que não destacavam o aspecto coletivo ou de grupo social que é atingido por problemas e dificuldades semelhantes. Entende-se que o início de uma reflexão jurídica mais profunda sobre a temática decorre do discurso do então presidente estadunidense John Kennedy, em 1962, no qual enumerou os direitos consumidor e trouxe em consideração que “todas as pessoas são consumidoras” em algum momento de suas vidas (MARQUES, 2014, p. 33-34).

Desse modo, nos termos do ensinamento de Marques (2016, p. 684), no âmbito do sistema jurídico brasileira, da ordem constitucional advinda da Constituição Federal de 1988 é que decorre uma limitação do direito privado pátrio, passando a observar também regras de ordem pública e sendo mitigada a autonomia da vontade de seus contratantes, em prol dos fins

sociais estatuídos pela Carta Magna. Nesse contexto foi positivada a defesa do consumidor como um direito fundamental, no art. 5º, inciso XXXII, e conjugado com a ordem emanada pelo constituinte no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), deu origem a Lei nº 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, resta evidenciado que os Estados possuem o dever de tutelar as necessidades e interesses dos consumidores, devendo intervir em um mercado de consumo cada vez mais internacionalizado, com a finalidade de corrigir os desequilíbrios existentes entre fornecedores e consumidores. No direito brasileiro, tal proteção advém de um modelo sistemático, ou seja, através de um corpo de normas jurídicas que contém regras e princípios (AZEVEDO, 2009, ps. 35-36).

Em seu conceito de consumidor, Marques (2016, p. 304) traz enfoque à situação de vulnerabilidade do referido agente da relação de consumo:

Consumidor é o não profissional, aquele que retira da cadeia de fornecimento (produção, financiamento e distribuição) o produto e serviço em posição estruturalmente mais fraca, é o agente vulnerável do mercado de consumo, é o destinatário final fático e econômico dos produtos e serviços oferecidos pelos fornecedores na sociedade atual, chamada sociedade "de consumo" ou de massa.

A legislação consumerista traz o importante reconhecimento do consumidor como um sujeito vulnerável frente ao fornecedor de serviços ou produtos em seu art. 4º, inciso I, sendo esta uma presunção absoluta (MARQUES; MIRAGEM, 2012, p. 184). Ao tratar da vulnerabilidade do consumidor, Marques (2016, p. 324) assenta que:

Sua situação é estruturalmente e faticamente diferente da do profissional que oferece o contrato. Este desequilíbrio de forças entre os contratantes é a justificação para um tratamento desequilibrado e desigual dos cocontratantes, protegendo o direito aquele que está na posição mais fraca, o vulnerável, o que é desigual fática e juridicamente. (...) A vulnerabilidade é multiforme, conceito legal indeterminado, um estado de fraqueza sem definição precisa, mas com muitos efeitos na prática, em especial, pois presumida e alçada a princípio de proteção dos consumidores.

A vulnerabilidade do consumidor pode ser percebida em diversas dimensões. Tradicionalmente a doutrina a reconhece nas dimensões técnica, jurídica e fática. É técnica quando o consumidor não possui conhecimentos adequados sobre a produção e efeitos do produto ou serviço, restando-lhe confiar na boa-fé do fornecedor. É jurídica em razão das dificuldades que o agente possui para proteger os seus direitos. É fática em virtude de, muitas vezes, a relação de consumo envolver um maior poderio econômico do fornecedor ou a essencialidade do produto ou serviço para o consumidor (MORAES, 2011, p. 141-145; MARQUES, 2016, p. 333-334).

A noção de vulnerabilidade do consumidor, que se trata de uma presunção absoluta, não se confunde com a sua possível hipossuficiência, que deve ser analisada à luz do caso concreto. Nas palavras de Marques (2016, p. 1.209), a hipossuficiência se trata de uma “posição processual debilitada”, na qual o consumidor pode ou não se encontrar, a depender das circunstâncias. Quando o consumidor se encontrar nessa situação, ele possui o direito subjetivo de ver o ônus da prova invertido na relação processual frente ao fornecedor, conforme o previsto no art. 6º, inciso VIII do Código de Defesa do Consumidor. Este regramento, conforme Marques (2016, p. 1.209), visa a “(...) evitar que a dificuldade de prova dificulte o efetivo acesso à justiça e a rápida e correta prestação jurisdicional (...)”.

No Direito do Consumidor hodiernamente, tem bastante força a teoria denominada de “diálogo das fontes”. Marques (2016, p. 760), em citação a Jayme, dispõe que “(...) é o ‘diálogo das fontes’ (...) atual e necessário, a permitir a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes. ‘Diálogo’ porque há influências recíprocas, ‘diálogo’ porque há aplicação conjunta das duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso (...)”. Nessa linha, conforme o ensinamento de Cambi, Margraf e Franco (2017, p. 254) “a interpretação conforme a Constituição é importante para a constitucionalização dos textos normativos infraconstitucionais”. Desse modo, resta claro que, em havendo um conflito de normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que tratam sobre matéria de direito do consumidor, deve ser aplicada a teoria supramencionada, devendo-se proceder uma interpretação à luz do direito fundamental à proteção do consumidor, previsto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, buscando a aplicação da norma que lhe traz maior proteção. Essa teoria possui ampla aceitação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁰.

Assim, em razão de ser norma principiológica, o Código de Defesa do Consumidor deve prevalecer quando estiver em conflito com outras normativas que limitem os direitos do consumidor, uma vez que concretiza normas constitucionais. (AZEVEDO, 2009, p. 37)

2 Proteção do consumidor como direito fundamental

²⁰ Conforme o voto da Min. Relatora Nancy Andrighi, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 782.433/MG: “O mandamento constitucional de proteção do consumidor deve ser cumprido por todo o sistema, em diálogo de fontes, e não somente por intermédio do CDC. O denominado ‘direito do consumidor’ tem muitas fontes legislativas, tantas quantas assegurarem as diversas normas que compõem o ordenamento jurídico. Ciente disso, o legislador inseriu o art. 7º, caracterizando o CDC como uma codificação aberta, sem a pretensão de ser exaustiva, para sua interação com as demais regras do ordenamento que possam vir a beneficiar o consumidor. Em outras palavras, sempre que uma lei garantir algum direito para o consumidor, ela poderá se somar ao microsistema do CDC, incorporando-se na tutela especial e tendo a mesma preferência no trato da relação de consumo”.

A Lei 14.034/2020 trouxe novas normativas acerca de dois direitos fundamentais previstos expressamente na Constituição Federal: a defesa do consumidor, previsto no seu art. 5º, inciso XXXII como um direito e garantia individual, bem como o direito fundamental-social ao transporte, previsto no rol do art. 6º desde a promulgação da Emenda Constitucional nº 90/2015.

Mendes (2004, p. 131-132) afirma que a Constituição Federal de 1988, ao dispor sobre os direitos fundamentais logo no início do seu texto, em posição de destaque, no seu art. 5º, demonstra a especial importância que lhes é dada na nova ordem constitucional brasileira, e ao prever os direitos e garantias individuais como cláusulas pétreas em seu art. 60, §4º, inciso IV, não permitindo qualquer emenda constitucional que tenda a aboli-los, o constituinte originário reforça a ideia de que os direitos fundamentais são “elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição”.

Com base nos ideários da dignidade da pessoa humana, dos princípios da solidariedade e da igualdade e da constitucionalização do direito privado, e a fim de tutelar os interesses de um dos grupos vulneráveis existentes na sociedade, os consumidores, o constituinte originário entendeu ser relevante a positivação de normas que conferissem maior equilíbrio nas relações de consumo (AZEVEDO, 2019, p. 20). Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 introduziu no direito brasileiro a defesa do consumidor como um direito fundamental, conforme o disposto no seu art. 5º, inciso XXXII, e previu a defesa do consumidor como um dos princípios gerais da atividade econômica, no art. 170, inciso VI.

De acordo com Marques (2014, p. 36), a defesa do consumidor pode ser entendida não só como um direito e garantia individual, mas também como um direito humano de nova geração, positivado como direito fundamental na Carta Magna. Desse modo, ensina Marques (2014, p. 36):

Assim, de um lado, como direito fundamental é um direito subjetivo (direito do sujeito, direito subjetivo público, geral, do cidadão), que pode e deve ser reclamado e efetivado por este sujeito de direitos constitucionalmente assegurados, o consumidor, seja contra o Estado (é a chamada eficácia vertical dos direitos fundamentais, entre o Estado e o consumidor dos direitos fundamentais), ou nas relações privadas (é a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais, entre dois sujeitos do direito privado (...))

Os direitos fundamentais são tradicionalmente concebidos como direitos de defesa, com uma natureza negativa, objetivando a proteção dos indivíduos contra a ação dos entes estatais, determinando um “não-impedimento da prática de determinado ato”, ou a “não-

intervenção em situações subjetivas ou pela não-eliminação de posições jurídicas”, limitando os poderes estatais (e também os particulares), tendo em vista que os obrigam ao respeito de um núcleo de liberdade previsto constitucionalmente em favor do indivíduo (MENDES, 2004, p. 132-134). Trata-se, como definiu Vasak, da primeira dimensão dos direitos fundamentais, que contempla direitos que protegem os indivíduos de ações lesivas do Estado, ou seja, se constituem nas liberdades públicas (SILVA, 2005, p. 547).

Ainda que, em uma primeira dimensão, os direitos fundamentais tenham sido tradicionalmente entendidos como direitos de defesa, objetivando a proteção dos indivíduos contra a ação dos entes estatais, podem eles também ser vislumbrados em uma dimensão positiva, enquanto garantias positivas do exercício de liberdades. Os direitos fundamentais em sua dimensão defensiva são insuficientes para tutelar o exercício de uma liberdade plena dos indivíduos, de modo que os entes estatais devem disponibilizar os meios materiais e implementar condições fáticas para que possam exercer de forma efetiva as liberdades fundamentais. Desse modo, para que os indivíduos conquistem e mantenham a sua liberdade, se faz necessária uma postura ativa dos entes públicos (MENDES, 2004, p. 132-136).

De acordo com Mendes (2004, p. 136), os direitos fundamentais enquanto garantias positivas do exercício de liberdades, podem ser de três ordens: direitos a prestações positivas, direito à organização e ao procedimento e direitos de igualdade. Em relação aos direitos de igualdade, de acordo com Mendes (2004, p. 139), esses estão conectados ao princípio da isonomia, os quais podem ser concebidos em duas dimensões: exigência de tratamento igualitário e proibição de tratamento discriminatório.

Resta claro que o inciso XXXII do art. 5º da Constituição Federal, que prevê a defesa do consumidor como um direito fundamental a ser promovido pelo Estado, está evidentemente enquadrado como um direito fundamental de igualdade. Nesse sentido, Marques (2014, p. 45) dispõe:

A igualdade perante a lei e a igualdade na lei só podem realizar-se hoje, no direito privado brasileiro, se existir a distinção entre fracos e fortes, entre consumidor e fornecedor, e de for efetivo um direito tutelar do consumidor, daí a importância desta nova visão tripartite do direito privado, que é centrada na dignidade da pessoa humana e na ideia de proteção do vulnerável, o consumidor.

Outra função que o art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal exerce é a de trazer um mandamento constitucional para que o legislador infraconstitucional atue na defesa do consumidor. Como bem aduziu Mendes (2004, p. 134-135), os direitos fundamentais podem se constituir também em normas de proteção de institutos jurídicos, sendo necessária, nessas situações, a atuação do legislador para que o direito seja concretizado, de modo que a

proteção do instituto por normas de direitos fundamentais gera um “dever constitucional de legislar”, devendo a legislação infraconstitucional respeitar os ditames previstos na Carta Magna.

Já os direitos sociais e econômicos são classificados como direitos fundamentais de segunda geração. Tais direitos vêm a surgir no ordenamento jurídico em razão de uma maior participação dos indivíduos nas decisões dos rumos do Estado, e principalmente em razão dos movimentos sociais que sustentavam a impossibilidade de as liberdades públicas serem exercidas por quem não detivesse amplas condições para exercê-las, em razão de os indivíduos não estarem em igualdade no sentido material (SILVA, 2005, p. 548). A Carta Magna de 1988 foi a primeira na história constitucional brasileira a trazer um título específico para os direitos e garantias fundamentais, no qual os direitos sociais foram consagrados em seu art. 6º, como densificadores da dignidade da pessoa humana, sendo o transporte incluído como tal pela Emenda Constitucional nº 95/2015 (SARLET, 2018a, p. 567).

Sarlet (2018b, p. 629) aduz existir, em uma perspectiva objetiva, uma eficácia dirigente dos direitos sociais, que impõe aos poderes públicos o dever permanente de realizá-los, além de permitir que as normas de direitos sociais operem como parâmetro para o controle de constitucionalidade, para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, para a execução de políticas públicas, além de impor uma eficácia dos direitos sociais entre particulares. Em sentido semelhante, Mendes (2004, p. 137) afirma que tais normas possuem uma finalidade conformadora do futuro, em detrimento da manutenção do *status quo*, e convertem em situações jurídicas situações que anteriormente eram consideradas de natureza meramente política, ocorrendo, portanto, a “juridicização do processo decisório”, vinculando os poderes políticos.

De acordo com Marques (2014, p. 36), a previsão da defesa do consumidor como direito fundamental, no rol dos direitos e garantias individuais do art. 5º da Constituição Federal, é de suma importância, pois lhe confere a garantia de ser considerado cláusula pétrea, consoante a disposição do art. 60, §4º, inciso IV da Carta Magna. Em relação aos direitos sociais, caso do direito ao transporte, em uma interpretação literal do referido dispositivo, poderiam não ser considerados cláusulas pétreas, porém não é esse o entendimento que prevalece atualmente. Conforme Sarlet (2018a, p. 1.224), em uma leitura sistemática da Constituição Federal de 1988 não se verifica qualquer hierarquia entre os direitos de defesa e os direitos prestacionais, que possuem uma relação de complementariedade, de modo que a proteção do art. 60, §4º, inciso IV da Constituição Federal se estende aos direitos sociais.

Como bem apontado por Silva (2006, p. 43), os direitos fundamentais não são absolutos, de modo que podem sofrer restrições legítimas por parte dos poderes públicos. De acordo com Silva (2006, p. 43):

(...) a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é do que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos - conteúdo essencial e proporcionalidade - guardam uma íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passam no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos. É nessa característica que reside o caráter relativo da proteção ao conteúdo essencial. Isso porque a definição desse conteúdo não é baseada simplesmente na intensidade da restrição, ou seja, uma restrição não invade o conteúdo essencial simplesmente por ser uma restrição intensa. À intensidade da restrição são contrapostos os graus de realização e de importância dos outros princípios envolvidos no problema. Por isso, uma restrição que possa ser considerada como leve pode, mesmo assim, segundo uma teoria relativa, ser encarada como invasão do conteúdo essencial de um direito: basta que não haja fundamentação suficiente para ela. Nesse sentido, restrições não fundamentadas, mesmo que ínfimas, violam o conteúdo essencial a partir das premissas relativistas. E violações às vezes mais intensas podem ser consideradas constitucionais, i.e., não violadoras do conteúdo essencial.

Conforme Sarlet (2018b, p. 401), a proporcionalidade como critério de controle de medidas que restringem o âmbito de proteção dos direitos fundamentais se desdobra em três elementos:

(a) adequação ou conformidade, no sentido de um controle da viabilidade (isto é, da idoneidade técnica) de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele(s) determinado(s) meio(s) (...) (b) necessidade ou exigibilidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (a fim de verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a verificar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados) (...) (c) proporcionalidade em sentido estrito (que exige a manutenção de um equilíbrio (proporção) e, portanto, de uma análise comparativa) entre os meios utilizados e os fins colimados (...) É neste plano que se realiza a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais, pois o que se busca é responder à pergunta sobre se as vantagens causadas pela promoção de determinado fim (ou fins) são proporcionais às desvantagens causadas pela adoção do meio, ou seja, as restrições impostas aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, categoria que no ordenamento jurídico brasileiro inclui, conforme visto anteriormente, os direitos sociais, são protegidos pela garantia negativa da não regressividade. Na lição de Pisarello (2001, p. 93-94):

Hoy, tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la mayoría de las Constituciones modernas recogen una serie de garantías políticas de los derechos sociales, requisito indispensable para la reconstrucción de un espacio público democrático. Estas garantías, concebidas como garantías primarias, establecen en un complejo haz de obligaciones positivas y negativas, dirigidas tanto al legislador como a la administración, que le imponen: (...) una obligación negativa de no regresividad. Es decir, que en la medida en que el estado social es una realidad

limitada pero en parte ya efectiva, el legislador y la administración deben respetar y no interferir en la libertad de acción y uso de aquellos recursos básicos que los individuos o las colectividades hayan alcanzado por sí mismos, através de terceros o del propio estado, si ello los coloca debajo de un nível de vida digna y no ayuda a quienes están en peor situación (Fabre, 2000).

(...) la prohibición de regresividad constituye un corolário obligado de la noción del estado social como distribuidor no sólo ya de beneficios sino también de sacrificios, es decir, como garante no sólo de derechos sociales positivos sino también de derechos sociales negativos.²¹

No âmbito brasileiro, essa obrigação de não regressividade é conhecida como princípio da vedação do retrocesso e também como efeito *cliquet*. De acordo com Acca (2009, p. 63), “[o] princípio do não retrocesso social preconiza, basicamente, que ganhos sociais garantidos pelo Estado aos seus cidadãos não podem posteriormente ser suprimidos”.

Sarlet (2018b, p. 398), em importante lição sobre o instituto do controle de constitucionalidade, traz à lume a proibição do retrocesso como um limite dos limites dos direitos fundamentais:

O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição de retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais. Os limites aos limites dos direitos fundamentais, portanto, funcionam como verdadeiras barreiras à restringibilidade destes direitos, sendo, nesta perspectiva, garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

Conforme Sarlet (2018a, p. 575), a doutrina e a jurisprudência vêm reconhecendo que, embora não se encontre previsto expressamente na Constituição Federal, o princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional implícita, vedando medidas do legislador que suprimam ou afetem de forma substancial o grau de concretização já alcançado de um direito social, e isso ocorre porque o referido princípio está ligado ao princípio da segurança jurídica, além da obrigação de implementação progressiva dos direitos sociais, prevista no

²¹ Hoje, tanto o direito internacional dos direitos humanos, quanto a maioria das Constituições modernas incluem uma série de garantias políticas dos direitos sociais, um requisito indispensável para a reconstrução de um espaço público democrático. Estas garantias, concebidas como garantias primárias, estabelecem-se num complexo feixe de obrigações positivas e negativas, dirigidas tanto ao legislador como à administração, que lhe impõem: (...) uma obrigação negativa de não regressividade. Em outras palavras, na medida em que o estado social é uma realidade limitada, mas em parte já efetiva, o legislador e a administração devem respeitar e não interferir na liberdade de ação e uso dos recursos básicos de que dispõem os indivíduos ou comunidades hajam alcançados por si próprios, através de terceiros ou do próprio Estado, se os colocar abaixo de um nível de uma vida digna e não ajuda quem está em pior situação.

(...) a proibição da regressividade constitui um corolário obrigatório da noção do estado social como distribuidor não só de benefícios, mas também de sacrificios, ou seja, garantidor não só de direitos sociais positivos, mas também de direitos sociais negativos. (tradução nossa)

item 1 do art. 2º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, tratado do qual o Brasil é signatário.

Em se admitindo uma limitação de um direito fundamental ou social, é necessário que se observem alguns parâmetros: a medida deve buscar atender uma finalidade constitucionalmente legítima; não pode afetar o núcleo essencial do direito; deve ser proporcional e razoável; e deve também respeitar o princípio da segurança jurídica (SARLET, 2018b, p. 647). No mesmo sentido é o entendimento de Pisarello (2001, p. 94), o qual ensina que apenas são admissíveis as restrições aos direitos sociais que respeitem uma filtragem de razoabilidade, ou seja, que não fira a dignidade da pessoa humana, que sejam indispensáveis para o bom funcionamento de todo o ordenamento jurídico, devendo sempre ser observada uma compensação adequada e o princípio de proteção aos mais fracos.

Aliás, além de ser vedada a edição de normas jurídicas que causem retrocesso aos direitos fundamentais e sociais já previstos e efetivados, cabe ressaltar que os poderes públicos possuem a obrigação de dar progressividade a tais direitos. De acordo com Pisarello (2001, p. 94):

(...) como complemento de la prohibición de regresividad, le viene atribuido al legislador un deber positivo de progresividad. Esto es, no sólo un deber de mantener el bienestar obtenido, sino además la obligación de promocionar su satisfacción positiva y gradual. Naturalmente, se trata de un deber que exige, también en virtud del principio de prioridad de los más débiles, la introducción de tratamientos jurídicos desiguales, aunque positivos, dirigidos a compensar a personas o colectivos oprimidos o marginados. Esto supone, evidentemente, la necesidad de políticas de igualación sustancial, de acciones positivas e incluso de discriminaciones inversas.²²

Desse modo, passa-se a analisar a adequação, ou não, das disposições contidas na Lei 14.034/2020, que trouxe alterações legislativas em matéria de Direito do Consumidor, referente a direitos do consumidor no âmbito do transporte aéreo.

3 Uma análise da Lei 14.034/2020 à luz das normas brasileiras protetivas ao direito do consumidor

A Medida Provisória nº 925, publicada em 18 de março de 2020, trouxe regramentos sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira no contexto da pandemia causada

²² (...) como complemento à proibição da regressividade, atribui-se ao legislador um dever positivo de progressividade, isto é, não se trata apenas de um dever de manter o bem-estar obtido, mas também de promover sua satisfação positiva e gradativa. Naturalmente, é um dever que exige, também em virtude do princípio da prioridade dos mais fracos, a introdução de tratamentos jurídicos desiguais, embora positivos, destinados a compensar indivíduos ou grupos oprimidos ou marginalizados. Isso obviamente implica a necessidade de políticas de equalização substancial, ações positivas e até mesmo discriminação reversa. (tradução nossa)

pelo novo coronavírus (Covid-19). Entre os seus dispositivos, o art. 3º inovou em matéria de Direito do Consumidor, trazendo em seu *caput* o prazo de 12 meses para as empresas aéreas reembolsarem o consumidor do valor relativo à compra de passagens aéreas em contratos firmados até o dia 31 de dezembro de 2020, mantendo a obrigatoriedade de observação das regras do serviço contratado, e sem qualquer previsão de incidência de correção monetária. Alternativamente, o consumidor poderia aceitar o crédito para utilização em 12 meses, contados da data do voo contratado, sendo então isento das penalidades contratuais, nos termos do §1º do referido dispositivo.

Seguindo o curso de sua tramitação, a Medida Provisória nº 925/2020 foi convertida na Lei 14.034, promulgada em 05 de agosto de 2020, trazendo algumas alterações em relação ao seu texto original, alterando prazos e especificando de forma mais pormenorizada as diferentes consequências quando o cancelamento do serviço partir do fornecedor ou do consumidor.

O *caput* do art. 3º da Lei 14.034/2020 trata da hipótese em que o fornecedor procede o cancelamento do voo. Nesse caso, em voos cancelados entre o período de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, a empresa aérea possui o prazo de 12 meses para realizar o reembolso do valor da passagem aérea ao consumidor, contados da data do voo cancelado, corrigido monetariamente pelo Índice Nacional de Preços e Custos (INPC). Alternativamente, de acordo com o previsto no seu §1º, o consumidor poderia aceitar o recebimento de crédito de valor maior ou igual com validade de 18 meses, também contados da data do voo contratado, a ser utilizado, em nome próprio ou de terceiros, para a aquisição de produtos ou serviços oferecidos pelo transportador. Além disso, o §2º prevê que no caso de cancelamento do voo, a empresa aérea possui a incumbência de oferecer ao consumidor como alternativa ao reembolso, quando possível, as opções de reacomodação em outro voo, próprio ou de terceiros, e de remarcação da passagem aérea, sem ônus, mantidas as condições aplicáveis ao serviço contratado.

Já o art. 3º, §3º da Lei 14.034/2020 se refere à situação em que o consumidor é quem cancela o serviço de transporte aéreo. O referido dispositivo manteve o prazo de 12 meses para as empresas aéreas reembolsarem o consumidor que desistir do serviço do valor relativo à compra de passagens aéreas de voos marcados para o período compreendido entre 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020, mantendo a obrigatoriedade de observação das penalidades tarifárias para o cancelamento do serviço contratado, além da possibilidade de o

consumidor aceitar, de forma alternativa, o crédito correspondente, da mesma forma prevista no §1º do art. 3º da Lei 14.034/2020.

É inegável que a referida legislação trouxe alterações no tocante ao direito ao transporte, afetando de forma negativa os direitos do consumidor em suas relações com as empresas aéreas. É de se ressaltar que os consumidores no âmbito do transporte aéreo recorrentemente sofrem com a diminuição de seus direitos, a exemplo da limitação tarifada dos danos materiais causados no âmbito do transporte aéreo internacional prevista nas Convenções de Varsóvia e Montreal, que o Supremo Tribunal Federal entendeu constitucional no julgamento do Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ, no ano de 2017. Aparentemente possuíam razão Gomes e Fonseca (2018, p. 30), quando ao tratarem da referida decisão, asseveraram que “(...) o entendimento consolidado – em repercussão geral – pela Suprema Corte certamente servirá de apoio, como importante precedente, também para novas relativizações dos direitos fundamentais dos consumidores em diversas outras naturezas de relações de consumo”.

É importante reforçar que o transporte se trata de um direito social, previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional nº 90/2011. A inserção do transporte como direito social está de acordo com o objetivo de assegurar à população uma efetiva fruição de direitos, garantindo o acesso ao local de trabalho, escolas, serviços de saúde, o lazer, entre outros. (SARLET, 2018b, p. 700)

Ademais, conforme visto ao longo do presente, é imprescindível hodiernamente que se faça uma leitura das normas sobre o direito do consumidor em conformidade às normas constitucionais, de modo a respeitar a defesa do consumidor como direito fundamental previsto no art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal, como bem preceitua a teoria do diálogo das fontes (JAYME *apud* MARQUES, 2016, p. 760).

Desse modo, a Lei 14.034/2020 deve ser analisada sob as lentes da referida teoria. Resta evidenciado que a pandemia causada pelo novo coronavírus (Sars-CoV-2) fez surgir uma situação de caso fortuito²³. Todavia, ainda que se entenda plausível a edição de normas que protejam economicamente as companhias aéreas, inegavelmente prejudicadas pelo

²³ Nos termos do art. 393, parágrafo único do Código Civil: “[o] caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir”. De acordo com Tartuce (2018): “[a] respeito dos conceitos de caso fortuito e força maior, como é notório, não há unanimidade doutrinária. Sendo assim, este autor entende ser melhor, do ponto de vista didático, definir o caso fortuito como o evento totalmente imprevisível decorrente de ato humano ou de evento natural. Já a força maior constitui um evento previsível, mas inevitável ou irresistível, decorrente de uma ou outra causa. São seguidas as diferenciações apontadas por Orlando Gomes. Todavia, consigne-se que muitos doutrinadores e julgadores entendem que tais conceitos são sinônimos”.

contexto atual, as causas do cancelamento do bilhete aéreo no interregno da pandemia não podem ser imputadas aos consumidores, de modo que estes não podem suportar de forma desproporcional com o ônus do negócio entabulado.

Percebe-se que o art. 3º, *caput* e §3º da Lei 14.034/2020 dilataram sobremaneira o prazo de 7 dias para reembolso quando solicitado pelo consumidor, previsto na Resolução nº 400/2016 da ANAC (Agência Nacional de Aviação Civil), que trata sobre as condições gerais de transporte aéreo, em seu art. 29²⁴.

Dessa forma, entende-se que o regramento trazido pelo art. 3º da Lei 14.034/2020 não é razoável e nem proporcional, tendo em vista que faz com que o ônus seja suportado quase que integralmente pelo consumidor. Conforme o *caput* do referido dispositivo, o consumidor não possui direito ao cancelamento da passagem aérea sem que tenha que arcar com as tarifas impostas pela empresa aérea, conforme o serviço contratado, sendo reembolsado apenas do valor que restar após a dedução da penalidade, e somente receberá o valor a que tem direito após 12 meses. Caso contrário, a opção que lhe resta é a utilização do crédito, com prazo de 18 meses para uso, em um período de total incerteza de condições favoráveis, e até mesmo de eventual impossibilidade para a realização de viagens aéreas.

À defesa do consumidor, como direito fundamental que é, se aplica o princípio da vedação do retrocesso. Além disso, importante ressaltar que o transporte se trata de um direito social, previsto expressamente no art. 6º da Constituição Federal, de modo que também deve ser protegido pelo referido princípio. Sendo assim, em razão de o art. 3º da Lei 14.034/2020 diminuir a proteção conferida ao consumidor e ao direito social ao transporte, fazendo com que o ônus do cancelamento do serviço seja suportado quase que integralmente pelo consumidor, tendo o cancelamento do serviço dele partido ou não, sem trazer compensações adequadas em prol dos sujeitos afetados, tem-se claro que ele fere o que a doutrina chama de princípio da vedação ao retrocesso.

Como pontos positivos, a Lei 14.034/2020 ao menos corrigiu um crasso equívoco da Medida Provisória 925/2020, ao trazer a previsão de incidência de correção monetária em favor do consumidor, com base no Índice Nacional de Preços e Custos (INPC), tanto no caso do *caput* do art. 3º, como na situação prevista em seu §3º, além de dilatar o prazo para utilização do crédito referente ao reembolso, agora de dezoito meses, e não mais doze. De todo modo, tais argumentos não são suficientes para afastar o nítido retrocesso operado por tal legislação.

²⁴ Art. 29. O prazo para o reembolso será de 7 (sete) dias, a contar da data da solicitação feita pelo passageiro, devendo ser observados os meios de pagamento utilizados na compra da passagem aérea.

Além disso, a Lei 14.034/2020 inovou em relação à matéria prevista na Medida Provisória que lhe deu origem, acrescentando o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86), o qual prevê que “[a] indenização por dano extrapatrimonial em decorrência de falha na execução do contrato de transporte fica condicionada à demonstração da efetiva ocorrência do prejuízo e de sua extensão pelo passageiro ou pelo expedidor ou destinatário de carga”. Esse dispositivo claramente almeja afastar o reconhecimento de dano extrapatrimonial *in re ipsa*²⁵ em prol do consumidor.

No Direito do Consumidor pátrio vige o princípio da reparação integral dos danos. Este princípio é previsto no art. 6º, inciso VI do Código de Defesa do Consumidor, o qual dispõe que: “[s]ão direitos básicos do consumidor: (...) a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”. Assim, de acordo com o referido princípio, ao fornecedor incumbe reparar de maneira efetiva os danos patrimoniais e morais causados ao consumidor, sendo imputada a ideia de responsabilidade objetiva ao agente econômico. (MARQUES, 2011, p. 621)

Esta alteração legislativa veio evidentemente a prejudicar o consumidor, dificultando ainda mais que este obtenha a devida reparação por danos extrapatrimoniais decorrentes de falha na execução do contrato de transporte, sujeito que, como já visto ao longo do presente, é rotineiramente caracterizado por uma vulnerabilidade jurídica e pela hipossuficiência, sendo que esta se trata, na lição de Marques (2016, p. 1.209), de uma “posição processual debilitada”.

Ademais, é perceptível a ocorrência do que se denomina “contrabando legislativo” na positivação do art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica através da Lei 14.034/2020. Como já exposto anteriormente, a Medida Provisória 925/2020 tratava somente sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19, conforme o seu art. 1º (o qual, inclusive, teve a sua ideia reproduzida no art. 1º da Lei 14.034/2020). Entretanto, ao ser convertida em lei, acrescentou-se o dispositivo legal em análise, com efeitos *ad eternum*, e que não possui relação direta com a pandemia, o que é vedado pelo art. 4º, §4º da Resolução nº 1/2002 do Congresso Nacional²⁶, que trata sobre o procedimento das

²⁵ De acordo com Tartuce (2018), o dano moral *in re ipsa* é um dano moral objetivo ou presumido, que “não necessita de prova, como nos casos de morte de pessoa da família, lesão estética, lesão a direito fundamental protegido pela Constituição Federal ou uso indevido de imagem para fins lucrativos (...)”.

²⁶ Art. 4º Nos 6 (seis) primeiros dias que se seguirem à publicação da Medida Provisória no Diário Oficial da União, poderão a ela ser oferecidas emendas, que deverão ser protocolizadas na Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal. (...)

§ 4º É vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória, cabendo ao Presidente da Comissão o seu indeferimento liminar.

Medidas Provisórias. Aliás, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5127/DF²⁷, foi de inconstitucionalidade de tal prática legislativa, em razão de ferir os princípios democrático e do devido processo legislativo.

Dessa forma, os dispositivos examinados ao longo do presente se mostram como medidas que causaram um retrocesso ao direito fundamental à defesa do consumidor e ao direito social ao transporte, em razão de que diminuíram um grau de proteção já estabelecido a tais direitos fundamentais sem respeitar a proporcionalidade em seu sentido estrito e sem contemplar medidas de compensação adequada aos consumidores, sendo, portanto, inconstitucionais.

Considerações finais

A posição de vulnerabilidade do consumidor frente ao fornecedor de produtos e serviços já se faz presente há muitos anos, estando os polos da relação de consumo em posições evidentemente assimétricas. Entretanto, a proteção do consumidor pelo Direito se trata de um fenômeno relativamente recente, tendo sido impulsionada apenas no decorrer do século XX. Anteriormente, os consumidores eram protegidos por normas que não tratavam de forma específica de seus anseios e que não traziam destaque à sua posição de grupo social acometido de forma generalizada pelas práticas abusivas dos fornecedores.

A ordem constitucional instaurada no Brasil em 1988 determina a observância de suas normas na legislação infraconstitucional, inclusive no que tange ao direito privado, que passa a ser influenciado pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da solidariedade e da isonomia. Desse modo, de forma inédita no ordenamento jurídico pátrio, o art. 5º, inciso XXXII da Constituição Federal eleva a proteção ao consumidor à posição de direito fundamental, passando a se configurar como um direito fundamental de igualdade. Desse

²⁷ DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos. (ADI 5127, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 15/10/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016)

modo, há um dever imposto pelo constituinte ao legislador infraconstitucional, que deve sempre observar os referidos ditames ao tratar sobre matéria de Direito do Consumidor, e também ao operador do Direito, que deve interpretar as normas do ramo citado à luz das disposições constitucionais.

Com o fito de mitigar os efeitos da pandemia da Covid-19 no setor da aviação civil brasileira, a Lei 14.034/2020, decorrente da conversão da Medida Provisória 925/2020, trouxe diminuições a dois direitos fundamentais expressos constitucionalmente: à defesa do consumidor e ao direito fundamental-social ao transporte.

É inegável que a pandemia causada pelo vírus Sars-CoV-2 se trata de um caso fortuito que impactou as empresas fornecedoras do serviço de transporte aéreo, de modo que se justifica que se legisle no sentido de minimizar os impactos no setor, a fim de haver a manutenção de suas atividades, que são essenciais à população, além dos postos de trabalho que geram. Todavia, ainda que se entenda plausível a edição de normas que protejam economicamente as companhias aéreas, a Lei 14.034/2020 entregou o ônus da relação consumerista quase de forma integral ao consumidor, que passou a suportar de forma desproporcional com as consequências dos cancelamentos dos bilhetes aéreos.

O *caput* e o §3º do art. 3º da referida lei aumentou de forma excessiva o prazo para reembolso ao consumidor do valor decorrente do cancelamento do bilhete aéreo, independentemente de quem o tenha pleiteado, sendo de 12 meses para os voos marcados entre as datas de 19 de março de 2020 e 31 de dezembro de 2020. Nota-se que vai muito além do prazo de 7 dias estatuído no art. 29 da Resolução nº 400/2016 da ANAC. Além disso, há a previsão de que o consumidor deve arcar integralmente com a penalidade tarifária prevista caso requeira o cancelamento de sua passagem aérea, ônus que a companhia aérea não possui quando dá causa ao cancelamento.

Dessa forma, entende-se que tais disposições não são razoáveis e nem proporcionais, tendo em vista que diminuem a proteção ao consumidor sem lhe trazer uma adequada compensação. Os dispositivos fazem com que o ônus da relação contratual seja suportado quase que integralmente pelo consumidor, de modo que resta cristalino o desrespeito ao princípio da vedação ao retrocesso do direito fundamental à proteção do consumidor e do direito fundamental-social ao transporte.

Além disso, o art. 4º da Lei 14.034/2020 trata de matéria estranha àquela prevista na Medida Provisória 925/2020, que lhe deu origem, e que tinha como objetivo positivar medidas emergenciais para atenuar os efeitos da pandemia da Covid-19 no setor da aviação

civil. O referido dispositivo legal acrescenta o art. 251-A ao Código Brasileiro de Aeronáutica, com o objetivo de dificultar o reconhecimento de danos extrapatrimoniais que são causados de forma recorrente pelas companhias aéreas. Tal alteração ignora a presumida vulnerabilidade e a frequente hipossuficiência do consumidor frente aos fornecedores, notadamente nos casos que envolvem o serviço de transporte aéreo, diminuindo a proteção ao consumidor sem uma compensação adequada, além de se configurar em evidente contrabando legislativo, prática que é vedada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de modo que também se mostra flagrantemente inconstitucional.

Referências

ACCA, Thiago dos Santos. **Uma análise da doutrina brasileira dos direitos sociais: saúde, educação e moradia entre os anos de 1964 e 2006**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. **Resolução 400, de 13 de dezembro de 2016**. Dispõe sobre as Condições Gerais de Transporte Aéreo. Diário Oficial da União, Brasília, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/resolucoes-2016/resolucao-no-400-13-12-2016/@@@display-file/arquivo_norma/RA2016-0400%20-%20Retificada.pdf>. Acesso em 29 dez. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa de. Uma introdução ao direito brasileiro do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 69, p. 32-86, jan./mar., 2009.

_____. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, n. 123, p. 17-35, maio/jun. 2019.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O transporte aéreo e o Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 100, p. 23-37, jul./ago., 2015.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 36, n. 142, abr./jun. 1999.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 dez. 2020.

_____. **Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986**. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Diário Oficial da União, Brasília, 23 dez. 1986. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565compilado.htm#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20C%C3%B3digo%20Brasileiro%20de%20Aeron%C3%A1utica.&text=Art.,C>

%C3%B3digo%20e%20pela%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20complementar.>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 12 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Lei 14.034, de 5 de setembro de 2020.** Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19; e altera as Leis nos 7.565, de 19 de dezembro de 1986, 6.009, de 26 de dezembro de 1973, 12.462, de 4 de agosto de 2011, 13.319, de 25 de julho de 2016, 13.499, de 26 de outubro de 2017, e 9.825, de 23 de agosto de 1999. Diário Oficial da União, Brasília, 06 ago. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14034.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. **Medida Provisória 925, de 18 de março de 2020.** Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da covid-19. Diário Oficial da União, Brasília, 19 mar. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv925.htm>. Acesso em 29 dez. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 782.433/MG.** Brasília, 20 nov. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 636.331/RJ.** Brasília, 13 nov. 2017.

CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico; FRANCO, Tiago Arantes. Tratados internacionais de direitos humanos e o controle de convencionalidade. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 102, ps. 245-268, jul./ago., 2017.

GOMES, Eduardo Biacchi; FONSECA, Gabriel Vargas Ribeiro da. Relações de consumo e o transporte aéreo a posição do Supremo Tribunal Federal quanto às antinomias constitucionais. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 118, ps. 19-46, jul./ago., 2018.

MARQUES, Cláudia Lima. A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. **Doutrinas Essenciais de Direito do Consumidor**, v. 01, p. 601-642, abr. 2011.

_____. Introdução ao direito do consumidor. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 33-57, 2014.

_____. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. **O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. **Anuario iberoamericano de justicia constitucional**, n. 8, p. 131-142, 2004.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Código de Defesa do Consumidor**: o princípio da vulnerabilidade. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2009

PISARELLO, Gerardo. Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: por una protección compleja de los derechos sociales. **Isonomía**, n. 15, p. 81-107, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018a.

_____. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018b.

SCRAMIM, Umberto Cassiano Garcia. Responsabilidade civil no transporte aéreo internacional de pessoas. **Revista de Direito Privado**, v. 66, p. 173-197, abr./jul., 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. A evolução dos direitos fundamentais. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, v. 6, p. 541-558, 2005.

_____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado**, v. 4, p. 23-51, 2006.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único [e-book]. 8. ed. São Paulo: Método, 2018.

A TRANSCULTURALIDADE DOS DIREITOS HUMANOS

TRANSCULTURALITY OF HUMAN RIGHTS

Sthefany Vasconcellos da Silva Geyer¹

Resumo

Diante do impacto da colonização na identidade dos povos transculturais, desde a antiguidade até os dias atuais, torna-se relevante o debate acerca da decolonialidade, com a finalidade de reconhecer a autenticidade dos povos. Desta maneira, o presente estudo se propõe a construir um debate jurídico crítico que permita a análise dos direitos humanos existentes por trás da colonização, tendo em vista que a construção de uma ciência do Direito que de fato atenda a sociedade pressupõe a análise de todos os sistemas que a integram, reconhecendo os valores sociais dos povos a partir dos contextos em que estão inseridos com o fim de abranger a dignidade humana em todas as suas formas e pluralidades. Com isso, há que se observar a importância que o rol de direitos humanos transculturais carrega com relação à transcendência, em caráter universal, dos valores comuns e cognoscíveis à toda a humanidade. Para isso, o estudo utilizou o método de abordagem dedutivo e histórico, a partir da análise de teorias contidas na bibliografia pertinente ao tema, bem como a pesquisa qualitativa para o aprofundamento da compreensão da dinâmica social. Desta maneira, o artigo divide-se nos seguintes capítulos: (1) análise do termo transculturalidade, em que será abordado a estrutura conceitual de tal termo e justificativa pela qual foi escolhido; (2) análise do sistema internacional de direitos humanos, em que será analisado a implementação dos direitos à época da colonização e a estrutura que se tem hoje acerca da defesa de tais direitos; e (3) a análise da possibilidade de implementação de um rol de direitos humanos transculturais, em que há formulação de normas de caráter universal para garantia da dignidade humana dos diferentes povos.

Palavras-chaves: Transculturalidade; Direitos Humanos; Decolonialidade.

Abstract

In view of the impact of colonization on the identity of transcultural peoples, from antiquity to the present day, the debate about decoloniality becomes relevant, in order to recognize the authenticity of peoples. In this way, the present study proposes to build a critical legal debate that allows the analysis of the human rights that exist behind colonization, considering that the construction of a science of Law that in fact serves society presupposes the analysis of all systems that integrate it, recognizing the social values of peoples from the contexts in which they are inserted in order to cover human dignity in all its forms and pluralities. With this, it is necessary to observe the importance that the list of transcultural human rights carries with regard to the transcendence, in a universal character, of the values common to all humanity. For this, the study used the deductive and historical approach method, from the analysis of theories contained in the bibliography pertinent to the theme, as well as qualitative research to deepen the understanding of social dynamics. Thus, the article is divided into the following

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas; Especialista em Gestão de Negócios Internacionais pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina em parceria com a Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias de Lisboa/Portugal; Graduada em Direito pela Universidade da Região da Campanha de Bagé; adv.svasconcellos@gmail.com.

chapters: (1) analysis of the term transculturality, in which the conceptual structure of such term and justification for which it was chosen will be addressed; (2) analysis of the international human rights system, in which the implementation of rights at the time of colonization and the structure we have today regarding the defense of such rights will be analyzed; and (3) the analysis of the possibility of implementing a cross-cultural human rights list, in which there is a formulation of universal standards to guarantee the human dignity of different peoples.

Keywords: Transculturality; Human rights; Decoloniality.

Introdução

Os mais diversos povos, ao passar do tempo, perderam reais identidades e particularidades para terem a identidade da colonização, que teve por finalidade civilizar a partir da cultura europeia. A colonialidade como uma estrutura de poder é algo que se mantém e que se reinventa até os dias de hoje. Ainda hoje vivemos um reiterado processo violento de destruição do pensamento do outro.

A busca da efetivação dos direitos humanos, de forma justa, exige um olhar singular para cada povo a quem estes direitos são direcionados, possibilitando que haja uma contextualização. Assim, não quer-se descartar a construção dos direitos humanos oriunda da Europa, mas sim traçar uma análise crítica que permita refletir a real efetividade e proteção dos direitos humanos a todos os povos em suas pluralidades.

Desta forma, Bobbio (2004, p. 96) entende que:

[...] o que distingue o momento atual em relação às épocas precedentes e reforça a demanda por novos direitos é a forma de poder que prevalece sobre todos os outros. A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois, o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.

Desta maneira, o presente estudo objetivou construir um debate jurídico crítico sobre a análise dos direitos humanos existentes por trás da colonização, tendo em vista que a construção de uma ciência do Direito que de fato atenda a sociedade pressupõe a análise de todos os sistemas que a integram, reconhecendo os valores sociais dos povos a partir dos contextos em que estão inseridos e com o fim de abranger a dignidade humana em todas as suas formas e pluralidades. Da mesma forma, faz-se relevante a análise de que a construção

de um rol de direitos humanos transculturais possibilita a transcendência, em caráter universal, dos valores comuns e cognoscíveis à toda a humanidade.

O estudo utilizou o método de abordagem dedutivo e histórico, a partir da análise de teorias contidas na bibliografia pertinente ao tema dos direitos humanos e da construção de uma sociedade internacional justa e harmônica, bem como a pesquisa qualitativa para o aprofundamento da compreensão da dinâmica social.

Desta maneira, o artigo divide-se nos seguintes capítulos: (1) análise do termo transculturalidade, em que será abordado a estrutura conceitual de tal termo e justificativa pela qual foi escolhido; (2) análise do sistema internacional de direitos humanos, em que será analisado a implementação dos direitos à época da colonização e a estrutura que se tem hoje acerca da defesa de tais direitos; e (3) a análise da possibilidade de implementação de um rol de direitos humanos transculturais, em que há formulação de normas de caráter universal para garantia da dignidade humana dos diferentes povos.

1 Análise do termo transculturalidade

Sobre o tema objeto deste estudo há discussões acerca do termo apropriado à uma visão abrangente dos direitos humanos dos mais diversos povos. Do ponto de vista de Walsh (2019, p. 13) o termo interculturalidade se aplicaria melhor aos estudos de direitos humanos, tendo em vista que:

[...] interculturalidade é um princípio ideológico (um dos nove que constituem e dirigem seu projeto político), fundamental na construção de “uma nova democracia”, naturalmente “anticolonialista, anticolonialista, anti-imperialista e antissegregacionista” – que garante “a máxima e permanente participação dos povos e das nacionalidades (indígenas) nas tomadas de decisão” (CONAIE, 1997, p.11). O Estado Plurinacional, um conceito muito usado pelo movimento boliviano katarista nos anos 80, refere a organização governamental que representa a união do poder político, econômico e social de todos os povos e nacionalidades, unidos sob o mesmo governo e dirigidos por uma Constituição.

No entanto, na visão de Rainsborough (2016) há que se observar que:

O conceito de transculturalidade, cujo representante mais importante é Wolfgang Welsch, (2012) é compreendido como crítica ao modelo da interculturalidade. Não se trata de um conceito de culturas fechadas em si; Welsch acentua o caráter basicamente híbrido da cultura, o qual tem por base processos de intercâmbio culturais, possibilidades mútuas de adesão e a formação de formas misturadas e novas, da criação de uma nova cultura híbrida.

Assim, tem-se que a ideia de transculturalidade vai além do termo interculturalidade, pois sob o princípio da transculturalidade busca-se um valor comum de fundamento universal - como a dignidade humana - através de um “consenso mínimo de todos os seres humanos” para uma atuação valorativa dos direitos humanos tanto na vida individual quanto coletiva dos povos (RAINSBOROUGH, 2016).

De qualquer forma, segundo Rainsborough (2016):

[...] a interculturalidade e a transculturalidade devem ser pensadas em união; processos transculturais assentam em processos interculturais. (DHOUIB, 2011, p. 293). Nota-se claramente a tentativa de ir além do intercâmbio, da justaposição e da crítica recíproca das culturas, e de perseverar um núcleo obrigatório na busca do comum que possa perdurar num novo humanismo, numa nova concepção de moralidade, num universalismo ético novamente concebido, na questão da orientação e estrutura políticas e numa meta comum, entre outros, por exemplo, em forma de cosmopolitanismo parcial ou de afropolitanismo, como em Appiah e Mbembe.

De acordo com Walsh (2019, p. 13), deve-se reconhecer e promover “a unidade, equidade e solidariedade entre todos os povos e nacionalidades existentes [...], além de suas diferenças históricas, políticas e culturais”. Isto significa estabelecer “um Estado Plurinacional inclusivo e integrador de todos os setores da sociedade em seus aspectos social, econômico, político, judicial e cultural”, com o fim de garantir “o exercício dos direitos individuais e coletivos” (WALSH, 2019, p. 13). Por isso, “a transculturalidade é importante, não só para identidades coletivas, como também sempre em nível de identidade pessoal” (RAINSBOROUGH, 2016).

De acordo com Rainsborough (2016):

São sobretudo os diferentes significados do prefixo “inter” que sugerem preferir a palavra “interculturalidade” para denominar uma perspectiva de transformação detalhada, em vez da palavra “transculturalidade” [...], que sobretudo na forma de adjetivo possui uma tonalidade muito universalista” (ELBERFELD, 2008, p. 25). Com respeito à importância do prefixo “trans”, lê-se em Elberfeld: “Os significados básicos em latim são “além de” “através”, “para trás”, “para além de”. Segundo estes significados “transcultural” pode significar - seja na versão alemã, inglesa ou francesa - “para além do cultural”, “através de todo o cultural no sentido de por todo o cultural” ou “para além do cultural no sentido de acima do cultural”. Ao contrário dos outros dois prefixos “inter” e “multi” que têm um significado pluralístico [...], o prefixo “trans” no adjetivo mencionado refere-se a uma dimensão uniforme que não é ultrapassada nem penetrada. Na forma substantivada ultimamente surgida, o termo é “transculturalidade”. [...] a transculturalidade [utiliza] novamente o aspeto crítico de todas as culturas para determinar, simultaneamente, de modo transversal e transcendente o que poderia ser universal e criar assim um corpo crítico e valores comuns permanentemente renováveis, que devem valer a humanidade.

Desta maneira, opta-se neste escrito pelo termo transculturalidade em razão da seguinte análise de Rainsborough (2016): “no conceito de interculturalidade já se procura o que une as diferentes culturas, o que une os homens no mundo. A transculturalidade formula, partindo disso e para além disso, normas universais obrigatórias como base da atuação humana”.

2 Análise do sistema internacional de direitos humanos

Quando da colonização da América, os ibéricos chegaram e depararam-se com inúmeros povos, plurais em suas culturas, como os “astecas, maias, chimus, aimarás, incas, chibchas”, entre outros. Após um período na história, toda estas diversificadas e ricas culturas foram denominadas simplesmente como índios e receberam uma identidade negativa, desvalorativa, que os tornavam subalternos e inferiores (QUIJANO, 2005, p. 127). É possível verificar que isso também aconteceu com os povos da África que, antes de serem reduzidos a meros escravos classificados apenas pela cor de suas peles, representavam as culturas “achantes, iorubás, zulus, congos, bacongós”, entre outros (QUIJANO, 2005, p. 127). A partir disso, percebe-se o impacto da colonização na identidade dos povos transculturais, desde a antiguidade até os dias atuais. Assim, torna-se relevante o debate acerca da decolonialidade, com a finalidade de reconhecer a autenticidade dos povos.

Reis e Andrade (2018, p. 6) atribuem tal diagnóstico ao fato de que: “o colonizador conseguiu implementar a sua cultura com maior êxito do que o subjogado, haja vista que o lugar ocupado pelo colonizador apresenta-se como lugar de poder hegemônico hierarquizado institucionalmente”.

Para Bobbio (2004, p. 26):

O problema, bem entendido, não nasceu hoje. Pelo menos desde o início da era moderna, através da difusão das doutrinas jusnaturalistas, primeiro, e das Declarações dos Direitos do Homem, incluídas nas Constituições dos Estados liberais, depois, o problema acompanha o nascimento, o desenvolvimento, a afirmação, numa parte cada vez mais ampla do mundo, do Estado de direito. Mas é também verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo pela primeira vez na história todos povos.

No entanto, e ainda segundo o escrito de Bobbio (2004, p. 28):

Kant dizia que, juntamente com o céu estrelado, a consciência moral era uma das duas coisas que o deixavam maravilhado; mas a maravilha não só não é uma

explicação, mas pode até derivar de uma ilusão e gerar, por sua vez, outras ilusões. O que nós chamamos de “consciência moral”, sobretudo em função da grande (para não dizer exclusiva) influência que teve a educação cristã na formação do homem europeu, é algo relacionado com a formação e o crescimento da consciência do estado de sofrimento, de indignação, de penúria, de miséria, ou, mais geralmente, de infelicidade, em que se encontra o homem no mundo, bem como ao sentimento da insuportabilidade de tal estado.

De acordo com Reis e Andrade (2018, p. 9), houve:

[...] influências mútuas sofridas pelo contato cultural entre colonizador e colonizado, porém, com maior vantagem de transmissão dos valores culturais do lado colonizador em decorrência do forte aparato burocrático imposto sobre as nações colonizadas. Para exemplificar, pode-se utilizar a língua implementada nas colônias francesas mediante o estamento burocrático educacional, cujo objetivo não era outro senão homogeneizar o idioma a fim de perpetuar o domínio.

Por isso, deve-se construir um debate jurídico crítico que permita a análise dos direitos humanos existentes por trás da colonização e que foram “travestidos como direitos humanos universais” para legitimar “práticas de dominação e negação do outro” (WOLKMER, 2017, p. 283).

Assim, Bobbio (2004, p. 32) ressalta que:

Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. Já que interpretei a amplitude que assumiu atualmente o debate sobre os direitos do homem como um sinal do progresso moral da humanidade, não será inoportuno repetir que esse crescimento moral não se mensura pelas palavras, mas pelos fatos. [...] Comecei com Kant. Concluo com Kant. O progresso, para ele, não era necessário. Era apenas possível. Ele criticava os “políticos” por não terem confiança na virtude e na força da motivação moral, bem como por viverem repetindo que “o mundo foi sempre assim como o vemos hoje”. Kant comentava que, com essa atitude, tais “políticos” faziam com que o objeto de sua previsão — ou seja, a imobilidade e a monótona repetitividade da história — se realizasse efetivamente. Desse modo, retardavam propositalmente os meios que poderiam assegurar o progresso para o melhor.

Neste ponto, diante das debilidades do sistema internacional de direitos humanos, Santos (2019, p. 19) ressalta a existência de “direitos humanos convencionais” que para serem superados necessitam de confrontação às sistemáticas colonialistas e patriarcais. Isso porque “a perspectiva eurocêntrica de conhecimento opera como um espelho que distorce o que reflete”, o que significa dizer que a imagem resultado deste refletir não condiz com os traços históricos reais dos povos, com suas ricas distinções, mas sim com os traços europeus de valores capitalistas (QUIJANO, 2005, p. 129-130).

Contudo, isto não significa dizer que estes direitos universalmente válidos, assegurados na esfera internacional, precisam ser de todo descartados. Basta que se operem de

forma justa e aplicável a cada povo em cada contexto que vive, levando em consideração cada natureza humana e não-humana, respeitando as diversidades culturais e recusando uma visão monopolítica de tais direitos (SANTOS, 2019, p. 39) para evitar que os povos sigam representando o que não são, o que não pertence a eles, e encontrem efetivas soluções para os problemas que enfrentam (QUIJANO, 2005, p. 129-130). Mais do que isso, a identificação dos povos “não se limita a parâmetros geográficos, mas surge num e noutra lugar como expressão de vida e interesses sociais, identificando um povo ou uma nação” (CARVALHO e BERTOLDI, 2016, p. 307).

Com isso, Sarlet (2007, p. 385) entende que:

Para além disso, não se poderá olvidar — também nesta perspectiva — que a dignidade da pessoa humana (assim como os direitos fundamentais que lhe são inerentes) aponta — de acordo com a lapidar lição de Gomes Canotilho — para a idéia de uma comunidade constitucional (republicana) inclusiva, necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, portanto, contrária a qualquer tipo de “fixismo” nesta seara, e, para além disso, incompatível com uma compreensão reducionista e até mesmo “paroquial” da dignidade. Certamente um dos papéis centrais do Direito e da Filosofia do Direito é o de assegurar, por intermédio de uma adequada construção e compreensão da noção de dignidade da pessoa humana, a superação de qualquer visão unilateral e reducionista e a promoção e proteção da dignidade de todas as pessoas em todos os lugares.

Dizer que as declarações universais por si só são suficientes e efetivas, unicamente porque indicam o que são violações de direitos humanos, configura um grande erro, pois firmaram-se sob o crivo do norte global. No entanto, “a compreensão do mundo excede em muito a compreensão ocidental do mundo”. Com isso, é preciso que haja a validação das mais diversas epistemologias oriundas de lutas daqueles que, ao longo da história, foram oprimidos pelo colonialismo (SANTOS, 2019, p. 39).

Desta maneira, de acordo com Correa (2019):

[...] até o meio do século XX, a diferença colonial respeitava a distinção clássica entre centros e periferias. Na segunda metade do século, a emergência do colonialismo global, gerenciado pelas corporações transnacionais, apagou a distinção que era válida para as formas iniciais de colonialismo e colonialidade do poder. No passado, a diferença colonial situava-se lá fora, distante do centro. Hoje emerge em toda parte, na periferia dos centros e nos centros da periferia (MIGNOLO, 2003). A diferença colonial é o espaço onde emerge a colonialidade do poder. A diferença colonial é o espaço onde as histórias locais que estão inventando e implementando os projetos globais encontram aquelas histórias locais que os recebem; é o espaço onde os projetos globais são forçados a adaptar-se, integrar-se ou onde são adotados, rejeitados ou ignorados. A diferença local é, finalmente, o local ao mesmo tempo físico e imaginário onde atua a colonialidade do poder, no confronto de duas espécies de histórias locais visíveis em diferentes espaços e tempos do planeta. Se a cosmologia ocidental é um ponto de referência historicamente inevitável, as múltiplas confrontações de dois tipos de histórias locais

desafiam dicotomias. (MIGNOLO, 2003, p. 10). Voltando a Souza Santos e Meneses (2010), a pluralidade epistemológica do mundo e, com ela, o reconhecimento de conhecimentos rivais dotados de critérios diferentes de validade tornam visíveis e credíveis espectros muito mais amplos de ações e de agentes sociais. Tal pluralidade não implica o relativismo epistemológico ou cultural, mas certamente obriga a análises e avaliações mais complexas dos diferentes tipos de interpretações e de intervenções no mundo produzidos pelos diferentes tipos de conhecimento. O reconhecimento da diversidade epistemológica tem hoje lugar, tanto no interior da ciência (a pluralidade interna da ciência), como na relação entre ciência e outros conhecimentos (a pluralidade externa da ciência).

Assim, conforme ressaltam Carvalho e Bertoldi (2016, p. 307), “a cultura, como um conjunto de informações valoradas, requer tratamento que coteje o contexto evolutivo de onde emerge, sem o qual, deixa de ser fidedigno passando apenas a orientar” ideologias previamente elaboradas e impostas com o fim de satisfazer interesses ocidentais. A construção de uma ciência do Direito que de fato atenda a sociedade pressupõe a análise de todos os sistemas que a integram. Portanto, para que faça-se norma, é preciso que antes se faça análise dos valores sociais e dos costumes. Isso porque de nada adianta uma norma impositiva para aqueles que não a compreendem. É preciso que o Direito “converse” com a sociedade (aquela para o qual é feito).

A busca da efetivação dos direitos humanos, de forma justa, exige um olhar singular para cada povo a quem estes direitos são direcionados, possibilitando que haja uma contextualização, ou seja, não se quer descartar a construção dos direitos humanos oriunda da Europa, mas sim traçar uma análise crítica que permita abranger a dignidade humana de todos os povos, em suas pluralidades e, simultaneamente, que encontrem-se em uma base de valores comuns universais como, por exemplo, o respeito à vida, ao ecossistema, às liberdades, dentre outros.

Neste liame, cumpre ressaltar brevemente que a Organização das Nações Unidas, por meio da Agenda 2030 — que representa uma “Declaração Global de Interdependência” —, estabeleceu dezessete objetivos mundiais a serem alcançados até o ano de 2030, em regime de cooperação pelos países, de forma que:

Os 17 Objetivos são integrados e indivisíveis, e mesclam, de forma equilibrada, as três dimensões do desenvolvimento sustentável: a econômica, a social e a ambiental. São como uma lista de tarefas a serem cumpridas pelos governos, a sociedade civil, o setor privado e todos cidadãos na jornada coletiva para um 2030 sustentável. Nos próximos anos de implementação da Agenda 2030, os ODS e suas metas irão estimular e apoiar ações em áreas de importância crucial para a humanidade: Pessoas, Planeta, Prosperidade, Paz e Parcerias (ONU, 2015).

Assim, com este documento, resta claro que a comunidade internacional precisa implementar uma relação de integração com o fim de estabelecer uma sociedade internacional una e pacífica e que precisa, não só estabelecer metas comuns em nível de desenvolvimento mundial, mas também estruturar conjuntamente um rol de direitos humanos que seja reflexo do todo.

3 Implementação de um rol de direitos humanos transculturais

A dignidade funda-se sob os aspectos da: a) liberdade, caracterizada pela autonomia do indivíduo em ditar as próprias normas regulatórias fundamentais de condutas que representam uma consciência moral, assim, na sociedade, existem valores que orientam as normas jurídicas e a Constituição Federal é um reflexo e uma legitimação desses valores; b) autoconsciência, caracterizada pela subjetividade própria de cada indivíduo; c) sociabilidade, tendo em vista que o indivíduo é parte de uma pólis e que, portanto, relaciona-se com outras pessoas para que seja possível desenvolver sua personalidade e contribuir ao seu ambiente coletivo; d) historicidade, caracterizada pelo desenvolvimento do indivíduo com o decorrer do tempo, o que o torna inacabado e em constante transformação; e) unidade existencial, em razão de cada indivíduo representar um ser irrepetível, ou seja, um ser único e insubstituível e que, portanto, sua existência constitui um valor absoluto como um fim em si mesmo (COMPARATO, 1997, p. 15-18).

Assim, identifica-se uma conexão entre “as noções de liberdade e dignidade”, tendo em vista que “o reconhecimento e a garantia de direitos de liberdade (e dos direitos fundamentais de um modo geral), constituem uma das principais (mas não a única) exigências da dignidade da pessoa humana” (SARLET, 2007, p. 369).

Desta maneira, Sarlet (2007, p. 369-370) aponta que:

Mesmo sendo possível — na linha dos desenvolvimentos precedentes — sustentar que a dignidade da pessoa encontra-se, de algum modo, ligada (também) à condição humana de cada indivíduo, não há como desconsiderar a necessária dimensão comunitária (ou social) desta mesma dignidade de cada pessoa e de todas as pessoas, justamente por serem todos reconhecidos como iguais em dignidade e direitos (na iluminada fórmula da Declaração Universal de 1948) e pela circunstância de nesta condição conviverem em determinada comunidade. Aliás, [...] a própria dimensão ontológica (embora não necessariamente biológica) da dignidade assume seu pleno significado em função do contexto da intersubjetividade que marca todas relações humanas e, portanto, também o reconhecimento dos valores (assim como princípios e direitos fundamentais) socialmente consagrados pela e para a comunidade de pessoas humanas. [...] para além de uma concepção ontológica da dignidade — como qualidade inerente ao ser humano (que, de resto, não se encontra imune a críticas) — importa considerar uma visão de caráter mais “instrumental”, traduzida

pela noção de uma igual dignidade de todas as pessoas, fundada na participação ativa de todos na “magistratura moral” coletiva, não restrita, portanto, à idéia de autonomia individual, mas que — pelo contrário — parte do pressuposto da necessidade de promoção das condições de uma contribuição ativa para o reconhecimento e proteção do conjunto de direitos e liberdades indispensáveis ao nosso tempo.

Ainda de acordo com Sarlet (2007, p. 362):

[...] o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa pelo Direito resulta justamente de toda uma evolução do pensamento humano a respeito do que significa este ser humano e de que é a compreensão do que é ser pessoa e de quais os valores que lhe são inerentes que acabam por influenciar ou mesmo determinar o modo pelo qual o Direito reconhece e protege esta dignidade.

No entanto, ainda hoje, em um mundo que se diz moderno e evoluído, é possível perceber o pensamento eurocentrista. Quantos indivíduos sofrem diariamente ataques contra suas identidades em razão de não serem do “padrão” considerado “normal” pela sociedade? Além disso, muitos povos são expostos às vulnerabilidades sociais por uma urbanização que não condiz com suas condições tradicionais territoriais, ou seja, são inseridos em relações sociais completamente distintas para que interesses econômicos imperem. E aí nós percebemos um capitalismo que constrange os grupos que não têm voz.

Conforme Correa (2019), deve-se levar em conta a complexidade das relações sociais:

Os sistemas de desigualdade e exclusão são combinações complexas, modelos ideais, uma vez que, na prática, os grupos sociais inserem-se nos dois sistemas de pertença hierarquizada. A desigualdade implica um sistema hierárquico de integração social. Quem está embaixo está dentro e sua presença é indispensável. Ao contrário, a exclusão assenta num sistema igualmente hierárquico, mas dominado pelo princípio de segregação: pertence-se pela forma como se é excluído. Quem está embaixo está fora (SOUZA SANTOS, 2006). Ainda sobre hierarquia nas relações sociais e humanas, na mesma direção do complexo sistema hierárquico de integração social, Bauman (2005) analisa a condição das pessoas a quem não é dado o direito de ter ou de construir uma identidade, as quais são chamadas por ele de subclasse.

Portanto, deve buscar-se “compreender os Direitos Humanos a partir de uma perspectiva crítica libertadora com base nas raízes” identitárias de cada povo (WOLKMER, 2017, p. 283). Isso porque, desvalorizar a transculturalidade é cometer a injustiça de ignorar saberes constitutivos da dignidade humana dos povos, privilegiando a uma única compreensão ocidental de mundo que tinha(tem) como premissa a dominação dos diferentes. Cumpre ressaltar aqui as reflexões de Santos (2019, p. 14): “Porque há tanto sofrimento humano injusto que não é considerado uma violação dos direitos humanos? Que outras

linguagens de dignidade humana existem no mundo?”. Só será possível encontrar uma resposta satisfatória para essas indagações tirando-se as vendas do eurocentrismo e humanizando, de fato, aquilo que entende-se por direitos humanos (SANTOS, 2019, p. 13-19).

Como não houve uma contextualização dos direitos humanos à época da colonização, pode-se observar que “os direitos humanos são para os colonizadores e não para colonizados. Os Direitos Humanos foram fundados para o homem branco, europeu e burguês. Um discurso que contém em si uma ideologia da exclusão não pode servir para um sistema universal de direitos humanos” (WOLKMER, 2017, p. 297-298). Com isso, identifica-se que “as formas hegemônicas e monoculturais do saber” visam monopolizar o conhecimento para perpetuar um sistema de exploração social (WOLKMER, 2017, p. 298).

Os direitos humanos são fins a serem atingidos, no entanto o rol positivado ainda não representa o todo possível e, no que representa, não o atinge de forma igualitária, e portanto surge a necessidade do debate crítico além do direito positivado e que traz à reflexão o direito natural em seu amplo reconhecimento (BOBBIO, 2004, p. 12). Desta maneira, de acordo com Bobbio (2004, p. 13):

[...] toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada. Contra essa ilusão, levanto quatro dificuldades (e passo assim ao segundo tema). A primeira deriva da consideração de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga. Já tentamos alguma vez defini-los? E, se tentamos, qual foi o resultado? A maioria das definições são tautológicas: “Direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem.” Ou nos dizem algo apenas sobre o estatuto desejado ou proposto para esses direitos, e não sobre o seu conteúdo: “Direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado.” Finalmente, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos: “Direitos do homem são aqueles cujo reconhecimento é condição necessária para o aperfeiçoamento da pessoa humana, ou para o desenvolvimento da civilização, etc., etc.” E aqui nasce uma nova dificuldade: os termos avaliativos são interpretados de modo diverso conforme a ideologia assumida pelo intérprete; com efeito, é objeto de muitas polêmicas apaixonantes, mas insolúveis, saber o que se entende por aperfeiçoamento da pessoa humana ou por desenvolvimento da civilização. O acordo é obtido, em geral, quando os polemistas — depois de muitas concessões recíprocas — consentem em aceitar uma fórmula genérica, que oculta e não resolve a contradição: essa fórmula genérica conserva a definição no mesmo nível de generalidade em que aparece nas duas definições precedentes. Mas as contradições que são assim afastadas renascem quando se passa do momento da enunciação puramente verbal para o da aplicação.

Por isto, dizer que as declarações universais por si só são suficientes e efetivas, unicamente porque indicam o que são violações de direitos humanos, configura um grande

erro, pois firmaram-se sob o crivo do norte global. No entanto, “a compreensão do mundo excede em muito a compreensão ocidental do mundo” (SANTOS, 2019, p. 39).

Diante de tais observações, cumpre ressaltar a concepção de Bobbio (2004, p. 13) sobre o fundamento de direitos do homem que assumem a realização de valores últimos:

O que é último, precisamente por ser último, não tem nenhum fundamento. De resto, os valores últimos são antinômicos: não podem ser todos realizados globalmente e ao mesmo tempo. Para realizá-los, [...] entram em jogo as preferências pessoais, as opções políticas, as orientações ideológicas. Portanto, permanece o fato de que nenhum dos três tipos de definição permite elaborar uma categoria de direitos do homem que tenha contornos nítidos. Pergunta-se, então, como é possível pôr o problema do fundamento, absoluto ou não, de direitos dos quais é impossível dar uma noção precisa.

Assim, resta ilusória a ideia de um fundamento absoluto que formula razões e argumentos para a existência dos direitos humanos (BOBBIO, 2004, p. 12). Ademais, tal rol de direitos está diante de reiteradas transformações no desenvolvimento da sociedade ao longo da história em que modificam-se os carecimentos e interesses, bem como os “meios disponíveis para a realização dos mesmos” (BOBBIO, 2004, p. 13). Com isso, analisa-se que:

Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade *sacre et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como o direito a não portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos (BOBBIO, 2004, p. 13).

Diante disso, Bobbio (2004, p. 16) reconhece a existência de uma crise dos fundamentos e afirma que deve-se superá-la a partir do reconhecimento de sua relatividade e do equívoco em substituí-la por mais fundamentos absolutos. Desta maneira, deve-se de buscar os vários fundamentos possíveis e cabíveis em cada caso concreto. No entanto:

[...] essa busca dos fundamentos possíveis — empreendimento legítimo e não destinado, como o outro, ao fracasso — não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. Esse estudo é tarefa das ciências históricas e sociais. O problema filosófico dos direitos do homem não pode ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios (BOBBIO, 2004, p. 16).

A respeito do localismo, Bauman (2017, p. 43) aponta a existência de estigmas que representam “um conjunto de crenças negativas e frequentemente injustas que tem uma sociedade ou grupo a respeito de” outro.

Desta maneira, a visão localista (com excesso de contexto), tal qual a abstrata (com falta absoluta de contexto), está fadada a uma interpretação delimitada à um contexto concreto e ideológico, resultando em um padrão que gera exclusão do diferente (HERRERA FLORES, 2009, p. 150-152) .

De acordo com Reis e Andrade (2018, p. 10):

[...] o pensamento decolonial não trata simplesmente de retirar o verniz imposto pela situação colonial, tampouco se refere à emancipação simplesmente em termos políticos e econômicos. Trata-se, dentre todas estas possibilidades, especialmente, de retomar a cultura autóctone dentro da sua legitimidade e autenticidade epistêmica, posto que apenas retirar o verniz imposto pelo colonizador resultaria em sociedades vazias, e não um retorno às epistemologias originárias dos povos subalternos. Um simples desnudamento da cultura eurocentrada poderia inclusive legitimar o epistemicídio promovido pelo processo colonial. Portanto, faz-se imprescindível o pensamento de fronteira como “resposta epistêmica dos subalternos ao projeto eurocêntrico da modernidade” (BERNARDINOCOSTA & GROSFOGUEL, 2016, p. 19). Esse pensamento de fronteira operacionaliza na borda entre a modernidade e a tradição gnosiológica subalternizada, propiciando, para além da denúncia dos antagonismos, o reconhecimento da validade epistêmica dos saberes inerente às sociedades colonizadas. Trata-se tão-somente (mas não apenas isso) de reconduzir os saberes outrora recônditos à condição de legitimidade epistêmica social, política e cultural. Trata-se, portanto, de alterar a cosmovisão, desarticulando a hierarquização epistemológica estruturada nos moldes “norte-sul”, sob a noção de uma divisão das epistemologias entre centro e periferia, mas reconhecendo a existência de outros universos para além dessa hierarquização rígida. Por isso, pluriversalidade é um conceito que se encaixa melhor quando nos referimos às epistemologias dos povos constituintes da humanidade, subalternizados ou não, uma vez que pressupõe a existência de vários centros. A pluriversalidade não retira a legitimidade de nenhuma epistemologia porque opera numa matriz de pensamento fundamentada nas noções de policentro e polifonia, apostando na horizontalidade dos saberes e culturas, e não na verticalidade, que opera com as noções de superioridade e inferioridade.

Com isso, Herrera Flores (2009, p. 151) entende que:

[...] a visão complexa dos direitos aposta em nos situarmos na periferia. Só existe um centro, e o que não coincide com ele é abandonado à marginalidade. Periferias, entretanto, existem muitas. Na verdade tudo é periferia, se aceitamos que não há nada puro e que tudo está relacionado. Uma visão dos fenômenos a partir da periferia nos indica que devemos deixar a percepção de “estar em um entorno” como se fôssemos algo alheio ao que nos rodeia e que deve ser dominado ou reduzido ao centro que inventamos. Não estamos no entorno. “Somos o entorno”. Não podemos descrever a nós mesmos sem descrever e entender o que é e o que faz o entorno do qual fazemos parte. E, no entanto, fomos educados a nos ver e “viver” como se fôssemos entes isolados de consciência e de ação, postos em um

mundo que não é nosso, que nos é estranho, que é diferente do que somos e fazemos e, que por isso mesmo, podemos dominar e explorar.

Portanto, a relevância da visão complexa consiste na integração de “múltiplas vozes, todas com o mesmo direito a se expressar, a denunciar, a exigir e a lutar. Seria como passar de uma concepção representativa do mundo a uma concepção democrática em que prevaleçam a participação e a decisão coletivas” (HERRERA FLORES, 2009, p. 152). Assim, segundo Walsh (2019, p. 17) deve-se promover “a construção de um novo espaço epistemológico que incorpora e negocia os conhecimentos” dos diferentes povos.

Desta feita, propõe-se uma visão transcultural em que as culturas não se sobreponham mas sim que se entrelacem lutando por um respeito hegemônico à dignidade humana de cada ser humano, conectando-os à todas as formas de culturas e de vida, sem imposições, pois “nada é hoje puramente uma só coisa” (HERRERA FLORES, 2009, p. 160).

Considerações finais

Observa-se que não é possível estabelecer um rol de direitos humanos justo e aplicável a toda a humanidade unicamente a partir de uma visão eurocentrista colonizadora que teve por fim subalternizar o outro.

Estabelecer um rol de direitos humanos válidos em qualquer espaço e em qualquer tempo reivindica uma análise dos valores comuns a todos e, simultaneamente, o respeito à dignidade de cada um. Isso pressupõe estabelecer um rol que proteja a todos igualmente, sem discriminações de qualquer natureza, sem categorizar, sem poder, para que seja possível a construção de uma harmonia social.

Além disso, observa-se que a impetração de direitos humanos, em caráter universalista, carrega relevante relação com a concretização dos direitos individuais e coletivos, possibilitando um desenvolvimento sustentável da sociedade e integrando o indivíduo ao contexto em que insere-se sem, no entanto, categorizá-lo.

Desta maneira, compreende-se que resta proibida a abolição do núcleo essencial destes direitos, qual seja, a dignidade da pessoa humana em seu caráter único e integral.

Com isso, analisa-se a importância que um rol de direitos humanos transculturais possui, uma vez que transcende, em caráter universal, os valores comuns e cognoscíveis à toda a humanidade e, ao mesmo tempo, à cada ser humano em sua individualidade.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 16. ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2019.

CARVALHO, Fábila Ribeiro Carvalho de; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. Saberes tradicionais: ciência em manifestações culturais. In: GOMBAR, Jane; ALBERNAZ (Org.) [et al]. **Direitos Sociais e Políticas Públicas**. Pelotas: Ed. UFPel, 2016, p. 298-314.

COMPARATO, Fábio Konder. **Fundamento dos Direitos Humanos**. Disponível em: www.iea.usp.br/artigos. Acesso em: 14 de out. de 2020.

CORREA, Djane Antonucci. Vulnerabilidade social, desafios epistêmicos e conhecimentos rivais: por diálogos mais horizontais. In: **Revista Trabalhos em Linguística Aplicada**. vol.58. n.1 Campinas, 2019. ISSN 2175-764X. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-18132019000100241&lang=pt. Acesso em: 16 de dez. de 2020.

HERRERA FLORES, Joaquim. Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade. In: **A reinvenção dos Direitos Humanos**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

QUIJANO, Aníbal. **Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina**. Clacso: Buenos Aires, 2005.

REIS, Maurício de Novais. ANDRADE, Marcilea Freitas Ferraz de. **O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas**. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/download/41070/21945>. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

ONU, Organização das Nações Unidas. **Plataforma Agenda 2030**. Disponível em: <http://www.agenda2030.org.br/sobre/>. Acesso em: 16 de dez. de 2020.

RAINSBOROUGH, Marita. Crossing Borders. **A Filosofia da Identidade e a Transculturalidade na Arte Contemporânea Africana**. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732016000500133&lang=pt. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MARTINS, Bruno Sena. (Org). **O pluriverso dos Direitos Humanos: a diversidade das lutas pela dignidade**. 1. ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019, p. 13-61.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. In: **Revista Brasileira de Direito Constitucional**. n. 09. Jan./Jun, 2007, p. 361-388.

WALSH, Catherine. **Interculturalidade e decolonialidade do poder**: um pensamento e posicionamento “outro” a partir da diferença colonial. Disponível em: <https://periodicos.ufpel.edu.br/ojs2/index.php/revistadireito/article/view/15002>. Acesso em: 26 de nov. de 2020.

WOLKMER, Antonio Carlos; LIPPSTEIN, Daniela. **Por uma educação latino-americana em Direitos Humanos**: pensamento jurídico crítico contra-hegemônico. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, v. 18, n. 1, p. 283-301, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/909>.

**A REFORMA TRABALHISTA E O ACESSO À JUSTIÇA: BREVES APONTAMENTOS
SOBRE AS MUDANÇAS PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/17
LABOR REFORM AND ACCESS TO JUSTICE: BRIEF NOTES ON THE CHANGES
PROMOTED BY LAW 14.467/17**

Jamile Flores¹

Resumo

O trabalho é direito fundamental, assegurado através da Constituição Federal e meio pelo qual o indivíduo pode conquistar sua autonomia e gozar de uma vida digna. O reconhecimento do trabalhador como alguém que integra a sociedade e participa do processo produtivo e da evolução desta faz parte da concretização do valor social do trabalho como fundamento do Estado, tal como previsto na norma maior brasileira. Mesmo com o reconhecimento de direitos ao trabalhador e a proteção conferida a este no âmago da legislação trabalhista pátria, ainda é latente o descompasso entre a posição ocupada pelo empregador, dotado do poder econômico e diretivo, e aquela ocupada pelo empregado, polo mais frágil na relação por estar submetido aos comandos e diretrizes, bem como sob dependência econômica do empregador. A Justiça do Trabalho surge fundada em princípios e normas que buscam equilibrar a relação, conferindo especial proteção ao empregado. Contudo, com o passar dos anos e a crescente demanda de processos trabalhistas aportando ao judiciário, foram promovidas alterações na legislação trabalhista, especialmente através da Lei 13.467/2017, a qual ficou conhecida como Reforma Trabalhista e entrou em vigor no ano de 2017, com o intuito de reduzir o número de processos que aportam ao judiciário. No entanto, como será demonstrado no presente estudo, tais mudanças acabaram por promover verdadeira afronta ao direito fundamental de acesso à justiça, criando obstáculos de acesso do trabalhador à Justiça do Trabalho, especialmente através da instituição de empecilhos financeiros que tornam o processo extremamente custoso e inacessível a parte hipossuficiente e mais frágil na relação de emprego.

Palavras-chave: Acesso à Justiça; Direito Fundamental ao Trabalho; Justiça Gratuita; Reforma Trabalhista.

Abstract

Work is a fundamental right, ensured through the Federal Constitution and a mean by which the individual can gain autonomy and enjoy a dignified life. The recognition of the worker as someone who integrates society and participates in the productive process and its evolution is part of the realization of the social value of work as the foundation of the state, as provided in the Brazilian major rule. Even with the recognition of workers' rights and the protection afforded to them at the heart of the country's labor legislation, there is still latent mismatch between the position occupied by the employer, endowed with economic and managerial power, and that occupied by the employee, the weakest pole in the relationship for being subject to the commands and guidelines, as well as under economic dependence of the employer. The Labor Court is founded on principles and rules that seek to balance the relationship, giving special protection to the employee. However, as years goes by and the increasing demand for labor lawsuits brought to the judiciary, changes in labor legislation were promoted, especially through Law 13,467/2017, which became known as Labor Reform and came into force in 2017, with in order to reduce the number of cases brought to the judiciary. However, as will be demonstrated in the present study, such changes have in fact

¹ Mestranda pelo Programa de Pós-Graduação – Mestrado em Direito da Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel). Advogada. E-mail: jamilefloresadv@gmail.com.

promoted a real affront to the fundamental right of access to justice, creating obstacles to worker access to labor justice, especially through the imposition of financial obstacles that make the process extremely costly and inaccessible to the weakest and most fragile part of the employment relationship.

Key-words: Access to Justice; Free Justice; Labor Fundamental Right; Labor Reform.

INTRODUÇÃO

É de amplo conhecimento que o direito do trabalho tem sua origem em lutas promovidas pelos trabalhadores por melhores condições em relação ao ambiente de trabalho, jornada a cumprir e remuneração. O histórico conflito entre empregador e empregado justificou a intervenção do Estado, instituindo normas para disciplinar a prestação dos serviços e as obrigações do empregador, de modo a buscar um equilíbrio nas relações de trabalho.

Desde as primeiras formas de exploração da força de trabalho, o empregado sempre experimentou a posição de maior fragilidade na relação, visto que o empregador detém o poder econômico, motivo pelo qual tal relação parte sempre de um desequilíbrio, que o legislador pretendeu compensar através da criação de mecanismos de proteção ao empregado.

A Justiça do Trabalho brasileira, pautada em um direito trabalhista cujas normas e princípios têm origem na proteção do empregado - polo hipossuficiente na relação com o empregador, busca concretizar na solução das demandas que são a si apresentadas o valor social do trabalho e a justiça social, reconhecendo ao empregado os direitos dos quais foi privado durante a relação de trabalho mantida com o empregador.

Ao longo dos anos, verificou-se um crescente volume de processos na Justiça do Trabalho, em que notadamente empregados buscam o reconhecimento dos direitos que lhe foram negligenciados. A legislação processual trabalhista dispõe de mecanismos, como o benefício da justiça gratuita, para possibilitar que de fato os conflitos decorrentes da relação de trabalho sejam submetidos à apreciação do Poder Judiciário. A proteção conferida na lei é justificada justamente por não dispor o empregado da mesma capacidade financeira e de recursos que seu empregador para litigar em juízo, de modo a promover uma justa prestação jurisdicional.

Mesmo sendo o direito do trabalho decorrente de uma luta histórica por reconhecimento de direitos e necessidade de proteção do trabalhador para equilibrar a relação com o empregador, sob a justificativa de redução do volume de demandas, recessão

econômica e necessidade de geração de empregos, foram promovidas alterações na legislação trabalhista, especialmente no ano de 2017 através da Lei nº 13.467 – popularmente conhecida como Reforma Trabalhista.

Ocorre que tais alterações acabaram por criar empecilhos para a efetivação do direito constitucional de acesso à justiça do empregado, afastando a Justiça do Trabalho de quem dela mais necessita e configurando verdadeiro retrocesso social.

1 Do direito fundamental ao trabalho e proteção conferida ao trabalhador

A Constituição Federal Brasileira (BRASIL, 1988), em seu Título II, elenca os direitos e garantias fundamentais que são assegurados às pessoas individual ou coletivamente, contemplando direitos e deveres de ordem social, de nacionalidade e direitos políticos. Tais direitos, assegurados ao indivíduo e/ou coletividade, estão previstos na ordem jurídica constitucional e são caracterizados “por um determinado e especial regime jurídico de caráter reforçado pelo constituinte histórico” (SARLET, 2015).

Conforme ensina SARLET:

Os direitos e garantias fundamentais, somados, é claro, à previsão e garantia da democracia e do Estado de Direito e de suas principais instituições e institutos, correspondem ao que de mais valioso nos legou o Constituinte de 1988 e o que, por consequência, mais devemos respeitar e proteger contra todo e qualquer movimento que tenha como escopo não apenas a deslegitimação e mesmo desmoralização de tais conquistas, mas também a sua desconstrução e esvaziamento (2018).

Trata-se, portanto, de normas fundamentais que visam assegurar o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, assegurando o cumprimento de direitos básicos relacionados à sociedade, vida, liberdade, segurança e demais condições indispensáveis para que se possa ter uma vida digna.

Entre os direitos fundamentais constitucionalmente previstos no ordenamento jurídico brasileiro, encontra-se no artigo 6º da Constituição Federal (BRASIL, 1988), no rol dos direitos sociais assegurados a todos os brasileiros, o direito ao trabalho.

A Carta Magna institui o valor social do trabalho como fundamento da República Federativa do Brasil, conforme expressamente consta no inciso IV, do artigo 1º (BRASIL, 1988). A lei maior também se preocupou em elencar os direitos conferidos aos trabalhadores urbanos e rurais em seu artigo 7º, dentro do capítulo dedicado aos direitos sociais.

Ao consagrar o trabalho como um valor social, o legislador constituinte demonstra que este não é apenas um objetivo a ser perseguido pelo Estado, mas sim um dever social, estando todos obrigados a contribuir para a sua efetivação. É de se ressaltar que a própria Constituição Federal, ao intitular o Capítulo I do Título II, que concerne aos Direitos e Garantias Fundamentais, expressamente dispôs que se trata de direitos e deveres individuais e coletivos, destacando que o direito fundamental ao trabalho também é um dever a ser perseguido e cumprido por todos.

A proteção constitucional conferida ao trabalho, assegurando-lhe o caráter de direito fundamental, decorre da incorporação de normas internacionais e tem por objetivo promover a dignidade humana, garantindo a todos os cidadãos uma existência digna através do livre exercício profissional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU, 1948), também se dedica a conferir especial proteção ao direito ao trabalho, declarando o seu caráter de direito essencial da pessoa humana e objetivo a ser alcançado por todos os povos e nações.

O artigo XXIII da DUDH (ONU, 1948) consagra o direito de todo ser humano ao trabalho, a livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e proteção contra o desemprego. Ainda, confere a todo ser humano, sem qualquer distinção, o direito à igual remuneração por igual trabalho.

A proteção ao trabalho em âmbito nacional e internacional justifica-se por ser o meio pelo qual o cidadão desenvolve suas habilidades e exerce papel para o desenvolvimento social e econômico. Não há como se pensar em um Estado próspero sem a garantia de direitos aos trabalhadores e segurança para o exercício profissional.

É o trabalho que dá sentido a existência da pessoa em sua comunidade, sendo meio de promoção da dignidade humana, valor fundamental igualmente consagrado na Carta Magna Brasileira. Conforme ensina ALEXY “não são apenas a vida e a saúde os bens passíveis de serem protegidos, mas tudo aquilo que seja digno de proteção a partir do ponto de vista dos direitos fundamentais” (2015, p. 450).

Veja-se que a legislação constitucional consagra o trabalho como direito fundamental associado à livre iniciativa. Tal disposição tem por objetivo assegurar a todos o livre exercício profissional, sendo permitido ao cidadão que exerça qualquer profissão ou ofício de sua escolha, não estando limitado apenas às hipóteses de um contrato entre empregado e empregador, mas de modo a garantir que toda habilidade profissional seja exercida pelo indivíduo que assim desejar, contribuindo para o crescimento da sociedade.

Acredita-se que a inspiração do legislador constituinte é a dignidade humana, já que todos são livres para escolher a sua ocupação, conforme as suas habilidades, capacidades e preferências. O trabalho é instrumento para promoção da justiça social, pois torna possível a realização do indivíduo na sociedade, assegurando iguais condições para que todos possam desenvolver o ofício de sua escolha e prosperar através deste, e, ao mesmo tempo, contribui para o crescimento da sociedade, dentro da ideia de solidariedade coletiva.

Neste sentido, a lição de NASCIMENTO:

O direito ao trabalho tende à realização de um valor: a justiça social. Não é o único meio de sua consecução, mas é uma das formas pelas quais um conjunto de medidas que envolvem técnicas econômicas de melhor distribuição de riquezas, técnicas políticas de organização da convivência dos homens e do Estado e técnicas jurídicas destinadas a garantir a liberdade do ser humano, dimensionando-a num sentido social, visa atingir a justiça social (2009, p.37).

Acompanhando o desenvolvimento da sociedade, especialmente no período pós Revolução Industrial, o trabalho deixou de ser mera fonte de renda para ser reconhecido como meio de promoção e realização do indivíduo, eis que lhe confere a sensação de pertencimento ao grupo social, já que a identidade laboral é um elemento de reconhecimento enquanto integrante da sociedade.

É através do trabalho digno, em condições que lhe assegurem o desenvolvimento sadio de seu ofício, que uma pessoa consegue adquirir melhores condições para a sua vida, como acesso à educação, bens de consumo, cultura, lazer, entre outros que proporcionam sentido à existência humana. Trata-se de um processo de afirmação da identidade social e coletiva do indivíduo através do trabalho. O trabalho deixou de ser visto como mero instrumento para produção de bens e passou a ser um meio de identificação social, permitindo ao homem encontrar de forma consciente o seu papel na construção da vida em sociedade, cabendo ao Estado as garantias fundamentais para o seu desenvolvimento.

O legislador constitucional, ao conferir especial proteção ao direito fundamental ao trabalho e também à pessoa do trabalhador, reconhece que tal relação parte de uma desigualdade entre as figuras nela verificadas. Ora, a contratação de mão de obra parte de um interesse financeiro: do empregado, em auferir remuneração pelo trabalho a ser desenvolvido, e do empregador, em obter lucro através da exploração da mão de obra. Sendo o empregador dotado do poder monetário, estabelecendo as diretrizes e condições para contratação e desenvolvimento da relação contratual, evidente que goza de uma posição privilegiada em relação ao empregado a ele subordinado em razão da expectativa financeira.

É partindo deste pressuposto que a Carta Magna e a Consolidação das Leis do Trabalho instituíram, além dos dispositivos legais postos, princípios que são fontes normativas do direito e norteiam as relações de trabalho. Os princípios inspiram a aplicação da lei, reconhecendo o trabalhador como parte hipossuficiente e vulnerável que necessita de especial proteção para estar em posição de igualdade com o empregador. Na lição de DELGADO, a legislação pátria construiu “uma teia de proteção à parte hipossuficiente na relação empregatícia — o obreiro —, visando retificar (ou atenuar), no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho” (2017, pp. 213-214).

O Princípio da Proteção é o ponto de partida do direito do trabalho, determinando a tutela do trabalhador – reconhecido como a parte mais frágil da relação – em razão da típica desigualdade econômica presente na relação de trabalho. Ou seja, o esforço do legislador na edição de normas deve ser para promover o equilíbrio, a igualdade de condições entre quem necessita ser contratado e aquele que detém o poder econômico para tanto.

Ensina DELGADO que “sem a ideia protetivo-retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente” (2017, p. 214), consolidando-o como ramo surgido em razão da necessidade de intervenção do Estado nas relações de trabalho para promover o equilíbrio entre as partes e dignidade do trabalhador, atento ao valor social do trabalho insculpido na Constituição Federal como fundamento do Estado.

Decorrentes deste norte protetivo ao obreiro, destacam-se outros fundamentais ao direito do trabalho, como o Princípio da Norma Mais Favorável – que determina a aplicação da norma mais benéfica ao empregado quando houver mais de um dispositivo sobre a mesma matéria; Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos, o qual impede que o empregado abra mão de direitos fundamentais e da proteção assegurada pela norma jurídica em razão do contrato; Princípio da Inalterabilidade Contratual Lesiva, que impede sejam feitas mudanças unilaterais pelo empregador que prejudiquem ou retirem condições já estabelecidas no contrato entre as partes, entre outros destinados a promover um patamar mínimo de equidade na relação laboral.

De uma forma mais objetiva na lógica processual trabalhista, o Princípio da Proteção também se verifica no que tange ao acesso à justiça do empregado hipossuficiente, inspirando normas para sua efetivação quando necessário recorrer ao Poder Judiciário para solução de conflitos, que é o objeto central deste estudo.

2 Do acesso à justiça e as alterações promovidas pela lei 13.467/17 – Reforma Trabalhista:

Como é sabido, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi aprovada em 1º de maio de 1943 através do Decreto nº 5.452, passando a disciplinar através deste diploma as relações de trabalho e emprego por meio de princípios e normas que têm por norte a proteção ao empregado, pois, como já referido, este é reconhecidamente a parte mais vulnerável, necessitando de mecanismos que promovam o equilíbrio com o empregador.

Desde a edição da lei celetista em 1943, as relações de emprego passaram por sensíveis mudanças, acompanhando os rumos das transformações na sociedade, o surgimento de recursos tecnológicos e robóticos, as demandas do mercado e do próprio fortalecimento da classe trabalhadora, que se tornou mais qualificada e especializada, desdobrando-se em novas ocupações que surgem a todo momento e originam novas formas de contratação.

Contudo, prevalece ainda a proteção do empregado no âmbito trabalhista, pois mesmo com todos os avanços sociais e no campo do trabalho, ainda é o empregador quem detém o poder de comando sobre a forma de prestação dos serviços, as exigências na contratação e o salário a ser pago – objetivo maior do empregado que se submete a exploração de sua força de trabalho.

Em virtude da manutenção da polarização da relação entre empregador e empregado, se verificou um crescente volume de demandas que chegam ao Judiciário para solução de conflitos trabalhistas. Conforme o Relatório Justiça em Números 2017, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça do Trabalho foi o ramo do Poder Judiciário em que verificado a maior alta no volume de novas ações durante o ano de 2016, encerrando este interregno com aproximadamente 03 milhões de novas demandas (BRASIL, 2017).

Sob a justificativa de que os alarmantes números envolvendo a Justiça do Trabalho demonstrariam um descompasso entre a legislação e o cenário atual, somado a argumentos de caráter econômico e de geração de emprego, foi elaborada uma série de mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho através da aprovação da Lei 13.467/17 – a qual foi intitulada popularmente como Reforma Trabalhista, proposta originalmente pelo poder Executivo.

Entre as modificações promovidas, foram sensivelmente afetados os dispositivos que tratam do acesso à justiça. A começar a análise pelo artigo 790 da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual anteriormente previa a possibilidade de concessão do benefício da justiça gratuita para aqueles que declarassem, sob as penas da lei, a impossibilidade de arcar com as custas processuais sem prejuízo do sustento próprio e de sua família (BRASIL, 1943). Ou seja, bastava que o litigante arguisse, na forma legal, a impossibilidade de custear o processo

para que lhe fosse concedido o benefício apontado, em consonância com os princípios norteadores trabalhistas, segundo o qual o empregado é presumidamente hipossuficiente.

A chamada Reforma Trabalhista promoveu a alteração do referido dispositivo legal, o qual passou a expressamente prever que o benefício da justiça gratuita, concedido a requerimento ou de ofício, é devido “àqueles que perceberem salário igual ou inferior a 40% (quarenta por cento) do limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social” (BRASIL, 2017). Criou o legislador, portanto, uma barreira financeira para a concessão do benefício, a qual tem nítido objetivo de dificultar o acesso do trabalhador ao poder judiciário, já que não é mais suficiente a declaração de incapacidade financeira em arcar com as custas do processo.

Ao trabalhador foi atribuído o ônus de comprovar a sua debilidade financeira que justifique a concessão da justiça gratuita, impondo-se mais um risco ao empregado no momento da propositura da demanda já que está sujeito à condenação em custas, o que enseja fundado receio do trabalhador em recorrer ao Judiciário. Ora, não há como se pretender equiparar o tratamento concedido pela Justiça ao empregador, que detém recursos econômicos que possibilitam inclusive ingressar em instâncias recursais, e o trabalhador hipossuficiente, que terá de arcar com custas processuais para poder pleitear seus direitos, especialmente porque muitas vezes não dispõe de qualquer fonte de renda após o término do contrato de trabalho.

Também por intermédio da Lei 13.467/17 promoveu-se a inclusão na lei trabalhista do artigo 791-A, o qual fixa o pagamento de honorários de sucumbência no mínimo de 5% e máximo de 15% sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou sobre o valor atualizado da causa. O parágrafo 4º do referido dispositivo legal deixa certo que a condenação em honorários de sucumbência é imputável também ao beneficiário da justiça gratuita, inclusive podendo a condenação de tal parcela ser executada sobre créditos obtidos em juízo, ainda que decorrentes de outro processo (BRASIL, 2017).

Acredita-se estar aqui configurada afronta direta à Constituição Federal, sendo tal dispositivo um empecilho incontestável ao direito fundamental de acesso ao judiciário. A Carta Magna estipula em seu artigo 5º, inciso XXXV que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Na definição de BEZERRA LEITE:

“(...) o princípio do acesso à justiça, que está consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, impede que surjam normas no ordenamento jurídico que limitem, diretamente ou indiretamente, o acesso de qualquer pessoa ao Poder Judiciário nas hipóteses de lesão ou ameaça a qualquer direito individual ou metaindividual” (2017, pp. 195-196).

Há clara inserção de obstáculo ao exercício do amplo acesso ao judiciário por meio da Lei 13.467/17, em que pese se trate de direito fundamental assegurado a todos os indivíduos, tal como conceituado acima. A coação de caráter financeiro, estipulando o pagamento de honorários de sucumbência inclusive ao beneficiário da justiça gratuita revela um claro afastamento do trabalhador da justiça, em que pese seja este quem incontroversamente mais necessita desta.

Conforme apresentado no Relatório Justiça em Números do Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2017), a maioria das ações trabalhistas ajuizadas no ano de 2016 tratava de rescisão do contrato e verbas decorrentes da demissão, sendo buscado pelo trabalhador a satisfação dos valores ou o pagamento de diferenças pelo alcance a menor que o devido.

Os números apresentados no relatório revelam que o trabalhador busca a Justiça do Trabalho na maioria dos casos para receber parcelas incontroversas, inerentes à relação de emprego vivenciada e que não foram corretamente satisfeitas pelo empregador. Porém, de acordo com a nova lógica processual investida através da chamada Reforma Trabalhista, o trabalhador hipossuficiente teria de se sujeitar ao risco de arcar com custas processuais e honorários de sucumbência ao buscar os seus direitos, o que claramente desencoraja e limita o acesso ao judiciário.

Tanto é assim que houve uma sensível redução no número de demandas ajuizadas após a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, em 11 de novembro de 2017 (BRASIL, 2017), o que se justifica pelo fundado receio do trabalhador em ter de literalmente pagar do próprio bolso para poder buscar o reconhecimento do seus direitos. Esta realidade é revelada através do Relatório Justiça em Números produzido pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual indica uma redução de 27,3% no ingresso de novas demandas na Justiça do Trabalho durante o ano de 2018 (BRASIL, 2019).

Na célebre obra de CAPPELLETTI e GARTH, o acesso à justiça é definido como “o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar direitos a todos” (1988, p.12). Identificam os autores que o problema do acesso ao judiciário pode ser vislumbrado através de “três ondas”, sendo que a primeira delas seria assegurar assistência judiciária para as pessoas em condição de pobreza.

No caso da Justiça do Trabalho, o problema identificado na primeira onda de CAPPELLETTI e GARTH torna-se mais grave pelo fato de o Estado não prestar assistência judiciária em relação à justiça trabalhista nas Defensorias Públicas, o que, somado aos

obstáculos financeiros instituídos através da Lei 13.467, afasta o judiciário de quem mais necessita dele – o trabalhador violado em seus direitos.

O direito fundamental posto em debate, tal como ensina WATANABE, necessita ser visto como o “direito de acesso à Justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa”, e ainda “direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à justiça” (2019, p. 10).

Não basta a instituição de normas e mecanismos processuais através da legislação constitucional e trabalhista. É necessária e indispensável a garantia primeira de efetivo acesso do trabalhador ao judiciário, de modo a assegurar que possa buscar seus direitos de forma plena e sem obstáculos ou prejuízos financeiros que o intimidem e impeçam a concretização de seus direitos. Do contrário, a Justiça do Trabalho estará se afastando da realidade vivenciada pelos trabalhadores e do objetivo maior de sua constituição, que é a promoção do equilíbrio na relação entre empregador e empregado mediante mecanismos de proteção deste, bem como estará o Estado se afastando do seu fundamento de promoção da justiça social.

Conclusão

Como visto, o direito ao trabalho é assegurado pela norma constitucional, a qual também preocupa-se em assegurar a apreciação pelo poder judiciário de lesão ou ameaça a direitos. A relação firmada entre empregador e empregado, historicamente, resulta em um conflito de interesses, já que o empregado está em uma posição de dependência econômica do seu empregador, o qual notadamente possui o lucro como objetivo maior da exploração da mão de obra.

Em razão da posição de comando exercida pelo empregador, é reconhecido pelo ordenamento jurídico trabalhista que a relação de trabalho parte de um pressuposto de desigualdade, sendo que o direito do trabalho é pautado em princípios e normas que buscam equilibrar tal relação, conferindo especial proteção ao trabalhador.

Principalmente no que se tratava do acesso à justiça, o empregado gozava de institutos no processo do trabalho que possibilitavam recorrer ao Judiciário quando violados os seus direitos. Entre os dispositivos de proteção ao empregado, destacou-se no presente estudo a concessão do benefício da justiça gratuita, isentando o trabalhador hipossuficiente do pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Porém esta realidade mudou após as alterações promovidas na Consolidação das Leis do Trabalho através da Lei 13.467/17, popularmente divulgada como Reforma Trabalhista, a qual criou obstáculos ao acesso ao judiciário pelo trabalhador. Os empecilhos instituídos através da alteração legislativa atingem o empregado justamente na sua maior fragilidade em relação ao empregador: a disponibilidade financeira em relação ao processo.

Em que pese a maioria dos conflitos trabalhistas postos no judiciário tenham por objetivo o pagamento de parcelas fundamentais, como direitos rescisórios, a nova disposição da Consolidação das Leis do Trabalho sobre a concessão do benefício da justiça gratuita, limitando o alcance deste benefício, faz com que o empregado tenha fundado receio de ingressar no judiciário, pois teria de pagar as custas processuais caso não a ação não seja julgada totalmente procedente.

A instituição de honorários de sucumbência, inclusive ao beneficiário da Justiça Gratuita, traduz risco que o empregado – geralmente em condição de debilidade financeira após o término do contrato – não pode assumir, configurando verdadeira violação na garantia de acesso do trabalhador ao judiciário.

A Carta Magna institui que a lei não excluirá da apreciação do judiciário a lesão ou ameaça a direito, porém a nova disciplina adotada na lei trabalhista, em que pese estejam ali previstos mecanismos para o devido processo legal, obsta o empregado da primeira e mais necessária segurança – de chegar ao poder Judiciário para solução do conflito.

Do breve estudo realizado, conclui-se que a alteração promovida na Consolidação das Leis do Trabalho importa em afronta ao direito constitucional de acesso à justiça e contrário ao sentido maior deste instituto, que é a promoção da justiça social. Não é razoável acreditar-se que o volume de conflitos que aportam à Justiça do Trabalho possa justificar a criação de empecilhos e obstáculos para a efetivação dos direitos do trabalhador, bem como verdadeira violação de direito constitucional.

Se mantida a lógica instituída através da chamada Reforma Trabalhista, inobstante seja reconhecido que o trabalhador não dispõe de equidade de condições para litigar em relação ao empregado, tal discrepância estaria sendo referendada por uma ordem processual que utiliza justamente a sua maior fragilidade – a questão econômica – para penalizar o empregado que tão somente pretende a efetivação de seus direitos.

Referências

ALEXY, Robert, **Teoria dos Direitos Fundamentais**, tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª Ed., 4ª tiragem, São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10.01.2020.

BRASIL, **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10.01.2020.

BRASIL, **Relatório Justiça em Números Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em <<https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>>. Acesso em 10.01.2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1988.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16ª Ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr Editora Ltda., 2017.

KRIEGER, Bruno Thiago ... [et al.] (organizadores). **Aspectos destacados da Reforma Trabalhista**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho, relações individuais e coletivas do trabalho**. 24ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU, **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em <<https://nacoesunidas.org/direitoshumanos/declaracao/>>. Acesso em 10.01.2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição – do entusiasmo à frustração?**. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>>

WATANABE, Kazuo. **Acesso à ordem jurídica justa (Conceito Atualizado de Acesso à Justiça): Processos Coletivos e Outros Estudos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019.

ACESSO À JUSTIÇA, FORMAS AUTÔNOMAS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS E MEDIAÇÃO PERSPECTIVAS CRÍTICAS SOBRE A RESOLUÇÃO 125 DO CNJ

ACCESS TO JUSTICE, AUTONOMOUS FORMS OF CONFLICT RESOLUTION AND MEDIATION CRITICAL PERSPECTIVES ON CNJ RESOLUTION 125

Vanessa Souza da Silva¹
Valesca Brasil Costa²

Resumo

O presente artigo visa fazer uma análise crítica ao instituto da Mediação, política pública implementada pela Resolução nº 125/10 do Conselho Nacional de Justiça e recepcionada pelo Novo Código de Processo Civil, em especial no seu contexto de inserção e os novos rumos da conciliação e mediação por ela trazidos, como foco para o potencial de efetividade na pacificação social que apresentam. Analisou-se a jurisdição, seus escopos, a pacificação social como fim perseguido pelo Estado Democrático de Direito e seus reflexos no direito fundamental de acesso à justiça como cenário para o surgimento da Resolução, ato normativo que se insere definitivamente no mundo jurídico na adoção do acesso à justiça, como acesso à ordem jurídica justa e pacificadora, assim compreendida aquela que dá o tratamento adequado ao conflito e elege, para tanto, os meios alternativos e consensuais de solução, que além de dotados de um maior caráter pacificador também contribuem para amenizar a crise de sobrecarga do Poder Judiciário. Desse modo analisasse brevemente o direito fundamental de acesso à justiça frente a crise jurisdicional que se apresenta no Brasil. A metodologia deste trabalho se baseia em uma revisão bibliográfica, ou seja, a sistematização bibliográfica das políticas públicas de acesso à justiça focando-se na contribuição teórica de Autores tais como CAPELLETTI, 1988, SPENGLER, 2016, BOLZAN, 2016, WOLKMER, 2001. Ressalta-se que este estudo se encontra em fase inicial, podendo admitir novas etapas e metodologias ao decorrer da pesquisa e, por fim, concluir se o instituto da Mediação contempla, na teoria e na prática, um meio eficaz de acesso à justiça.

Palavras-chave: Resolução 125/10; Acesso à Justiça; Efetividade; Mediação; Pacificação Social

Abstract

This article aims to make a critical analysis of the Mediation Institute, a public policy implemented by Resolution No. 125/10 of the National Council of Justice and welcomed by the New Civil Procedure Code, especially in its context of insertion and the new directions of conciliation and mediation brought by it, as a focus for the potential for effectiveness in the social pacification they present. Jurisdiction, its scope, social pacification as an end pursued by the Democratic Rule of Law and its reflexes on the fundamental right of access to justice were analyzed as a scenario for the emergence of the Resolution, a normative act that is definitely inserted in the legal world in the adoption of the access to justice, as access to the just and peaceful legal order, thus understood as one that gives the conflict appropriate

¹ Doutoranda e Mestra Política Social e Direitos Humanos – UCPel; Professora Universitária; E-mail: vavasouza@hotmail.com

² Doutora pelo PPGE/Unisinos; UFPel; Professora Universitária; E-mail: valescacosta@gmail.com

treatment and elects, therefore, the alternative and consensual means of solution, which besides having a greater peacemaking character also contribute to alleviate the crisis overload of the Judiciary. In this way, I would briefly analyze the fundamental right of access to justice in the face of the judicial crisis in Brazil. The methodology of this work is based on a bibliographic review, that is, the bibliographic systematization of public policies on access to justice focusing on the theoretical contribution of Authors such as CAPELLETTI, 1988, SPENGLER, 2016, BOLZAN, 2016, WOLKMER, 2001. It is noteworthy that this study is in its initial phase, being able to admit new stages and methodologies during the research and, finally, to conclude whether the Mediation Institute contemplates, in theory and in practice, an effective means of access to justice.

Key Words: Resolution 125/10; Access to justice; Effectiveness; Mediation; Social Pacification

Introdução

O artigo visa discorrer sobre o tema da mediação, abordando tal instituto como um dos meios de resolução de conflito, que objetiva conduzir o conflito para uma resolução mais célere, com um tramite mais ágil e satisfatório para ambas as partes.

Garantindo assim o preceito fundamental, o acesso à justiça, que busca não somente a celeridade, mas também a eficiência, para que o cidadão brasileiro consiga chegar a justiça sem precisar esperar um trâmite processual demorado e não ter a certeza que a decisão será satisfatória.

O tradicional ativismo judicial vem sofrendo uma crise, no qual se observa que, milhares de processo abarrotam o sistema judicial, bem como diariamente, um número expressivo de demandas são judicializadas. Além do mais, denota-se que esses mecanismos processuais, em muitos casos, prolongam a espera por uma decisão coerente e, assim por se dizer, também, coercitiva pondo fim a fase de conhecimento do processo. Assim, a morosidade encontrada, muitas das vezes, não traz o cunho satisfatório para nenhuma das partes, acarretando o descrédito no Poder Judiciário.

Esse cenário caótico desencadeia uma imprescindível reflexão sobre um meio alternativo de resolução de conflitos, como a mediação.

1 Acesso à Justiça e Formas Autônomas de Resolução de Conflito

O direito fundamental de acesso à justiça encontra-se tutelado em cláusula pétrea da Constituição Federal de 1988, que estabelece, em seu artigo 5º, inciso XXXV, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Desde logo, pode-se

perceber que o constituinte originário vislumbrou, neste artigo, o acesso à justiça como sinônimo de acesso à jurisdição. Entretanto, não se pode restringir a esta o entendimento de uma garantia fundamental tão ampla, em um modelo constitucional que prioriza, de forma axiológica, a dignidade da pessoa humana e a preservação e garantia de seus direitos fundamentais.

Da mesma forma que se pode compreender acesso à justiça como inafastabilidade da jurisdição, *strictu sensu*, deve-se entender que, em sentido amplo, garantir o acesso à justiça não se limita apenas a isso, mas também compreende garantir os direitos materiais de seus tutelados, para que, deste modo, se verifique efetivamente o cumprimento do direito de acesso à justiça. Nas palavras de Marinoni (1993), “o direito ao acesso à justiça passou a ser um direito garantidor de todos os outros”, haja vista que inútil seria garantir um direito sem se estabelecer medida viável para garantir a proteção e efetividade do mesmo.

Nesse sentido, pode-se perceber que todo o ordenamento jurídico brasileiro, em especial o Novo Código de Processo Civil, é norteado pelos princípios básicos Constituição Federal, portanto firmados sobre o princípio constitucional por excelência, que é a dignidade da pessoa humana. Conforme corrobora Batista (2010):

A Dignidade da Pessoa Humana é considerada valor constitucional supremo. É o núcleo axiológico do ordenamento jurídico e da Constituição. É aquele valor em torno do qual giram os demais valores consagrados no ordenamento jurídico, como o acesso à Justiça.

Dessa forma seria, possível afirmar que o direito fundamental de acesso à justiça deve ser interpretado à luz destes valores. Como preceitua Rocha (2007):

O enunciado acesso à Justiça é problemático se não vier acompanhado dos elementos qualificadores que viabilizam a sua efetividade, ou seja, o acesso à justiça não é só um enunciado bastante em si mesmo; pelo contrário, tem um conteúdo nuclear específico que deve ser identificado para que o princípio tenha consistência e permita a verificação, nos casos concretos, da sua aplicabilidade ou não, mesmo que não se dê maior realce ao sempre atual problema da efetividade.

Ainda, no tocante à interpretação restritiva do direito de acesso à justiça, Marinoni (2010) preleciona:

Quando se pensa em tutela jurisdicional efetiva, descobre-se, quase por necessidade, a importância da relativização do binômio direito-processo. O processo deve estar atento ao plano do direito material, se deseja realmente fornecer tutela adequada às diversas situações concretas. O direito à pré ordenação de procedimentos adequados à tutela dos direitos passa a ser visto

como algo absolutamente correlato à garantia de acesso à justiça. Sem a predisposição de instrumentos de tutela adequados à efetiva garantia das diversas situações de direito substancial, não se pode conceber um processo efetivo. O direito de acesso à justiça, portanto, garante a tutela jurisdicional capaz de fazer valer de modo integral o direito material. (...) A doutrina processual civil e os operadores do direito estão obrigados a ler as normas infraconstitucionais à luz das garantias de justiça contidas na Constituição Federal, procurando extrair das normas processuais um resultado que confirma ao processo o máximo de efetividade, desde, é claro, que não seja pago o preço do direito de defesa. É com esse espírito que o doutrinador deve demonstrar quais são as tutelas que devem ser efetivadas para que os direitos sejam realizados, e que a estrutura técnica do processo está em condições de prestá-las.

Desta forma, entende-se que garantir efetivamente o acesso à justiça não se resume apenas ao binômio direito-processo, ou seja, na inafastabilidade de qualquer demanda da apreciação do Poder Judiciário, mas compreende, também, o entendimento de acesso à justiça como a necessidade de um sistema jurídico que proporcione, efetive e garanta a preservação de todos os demais direitos consagrados no ordenamento jurídico brasileiro.

Deve-se compreender a significação do acesso à justiça, também, de modo mais amplo, como a garantia de acesso a toda uma determinada ordem de valores e direitos garantidos pelo ordenamento jurídico. Na concepção de Cappelletti e Garth (1988):

É reconhecidamente de difícil conceituação, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justo. (...) O direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direito individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.

Nesse sentido, acerca da necessidade de amplitude na significação ofertada ao direito fundamental de acesso à justiça, Rodrigues (1994) menciona:

O primeiro, atribuindo ao significante Justiça o mesmo sentido e conteúdo que o Poder Judiciário, torna sinônimas as expressões acesso à justiça e acesso ao Judiciário; o segundo, partindo de uma visão axiológica da expressão Justiça, compreende o acesso a ela como o acesso a uma determinada ordem de valores e direitos fundamentais para o ser humano.

Garantir o acesso à justiça significa, em última análise, ofertar um sistema jurídico que tenha como condição fundamental de eficiência e validade a garantia de direitos (MATTOS,

2009). “O termo acesso à Justiça compreende os equivalentes jurisdicionais, os quais são: autotutela, autocomposição, mediação e arbitragem, compreendendo também um sentido axiológico e coerente com os direitos fundamentais” (BATISTA, 2010).

Na concepção de Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça é o ponto central da moderna processualística. Entretanto, para além de ser uma problemática processual, é também uma necessidade do ponto de vista social. Não só esta necessidade é vista como uma carência jurídica, mas também como uma indispensabilidade social, em que qualquer mecanismo, ao efetuar este caminho à democratização e ao desenvolvimento social, é pertinente a estudo e atenção, possibilitando ampliar o exercício da cidadania. Como explicitado no site do Ministério da Justiça (2010):

O acesso à Justiça é considerado um direito humano e um caminho para a redução da pobreza, por meio da promoção da equidade econômica e social. Onde não há amplo acesso a uma Justiça efetiva e transparente, a democracia está em risco e o desenvolvimento sustentável não é possível. Assim, a ampliação do acesso à Justiça no Brasil é uma contribuição certa no sentido da ampliação do espaço público, do exercício da cidadania e do fortalecimento da democracia. A democratização do acesso à Justiça não pode ser confundida com a mera busca pela inclusão dos segmentos sociais ao processo judicial. Antes disso, cabe conferir condições para que a população tenha conhecimento e apropriação dos seus direitos fundamentais (individuais e coletivos) e sociais para sua inclusão nos serviços públicos de educação, saúde, assistência social, etc., bem como para melhor harmonização da convivência social. Desde meados de 2007, a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, definiu o tema “Democratização do Acesso à Justiça” como eixo prioritário das ações programadas para os próximos anos. Pretende assim ser a articuladora de uma política nacional voltada à democratização do acesso ao Sistema de Justiça, a ser constituída pelo debate coletivo e executada em conjunto com as estruturas do sistema de Justiça, instituições de ensino, pesquisa e entidades da sociedade civil.

Podemos concluir, portanto, que garantir de forma eficaz o acesso à justiça não pode restringir-se a apenas garantir o acesso ao Poder Judiciário, tão logo superada a ideia de que garantir o acesso a um processo propriamente dito não significa, de forma alguma, a garantia de que o direito material em questão será assegurado, de forma justa, e ainda a garantia de sua efetiva aplicação prática. Em última análise, motivado pelo fato de que uma jurisdição que tem como função aplicar o direito ao caso concreto conforme o que lhe foi exposto, nem sempre consegue contemplar o que de fato é “justo” para as partes em conflito.

Cabe mencionar, por fim, que uma tutela demasiadamente tardia, tal qual tem-se visto em virtude da falta de celeridade na prestação jurisdicional, por muitas vezes não contempla

nem mesmo a parte “vencedora”. Nas palavras de Paulo Modesto (2002, p. 10): “A demora desarrazoada ou excessiva do processo traduz omissão antijurídica, violadora do dever de celeridade e eficiência que deve cercar a atividade processual administrativa e judicial”. Em suma, pode-se entender que ao passo em que o Estado é extremamente lento em ofertar uma resposta ao conflito em questão, este deixa de exercer sua função garantidora de promover o acesso à justiça, tanto no sentido estrito, qual seja o de promover o acesso à jurisdição propriamente dita, quanto no sentido amplo, de proporcionar uma justa e efetiva resolução para a controvérsia.

2 Resolução 125/2010 Conselho Nacional de Justiça - Mediação

Pode-se definir a política pública como um conjunto de ações ou programa instituído pelo bem ou interesse comum. O conceito tem ligação direta com a “política” que advém da palavra de origem grega “*polis*”, que se refere às coisas da cidade, ou seja, “ao que é urbano, público, civil e social” (RODRIGUES, 2010, P.13).

Observa-se assim que várias são as definições de políticas públicas, sendo um processo pelo qual os diversos atores que compõem a sociedade tomam decisões coletivas que objetivam um interesse comum.

A definição de políticas públicas permeia um campo de estudo que vem trazendo importantes contribuições para compreender o funcionamento das instituições e das complexidades que envolvem a vida nos dias atuais. O quadro de crise do sistema exigiu do Estado reformas de modo a garantir e assegurar o princípio de acesso à justiça dos cidadãos. Nesse sentido, criou-se através da emenda constitucional nº 45 de 30 de dezembro de 2004, que inclui no art.103-B da Constituição Federal, o Conselho Nacional de Justiça que é o órgão encarregado de desenvolver ações e programas com o objetivo de garantir o controle administrativo e processual, a transparência e o bom funcionamento do Judiciário.

Dentre as múltiplas funções do Conselho Nacional de Justiça, estipulam – se as ações de reforma do sistema de justiça, instituindo, assim, uma política de tratamento adequado dos conflitos, através da Resolução nº 125 de novembro de 2010. A política pública, normalmente, é instituída tendo como base conceitual os problemas da esfera pública.

Desse modo, ampliando a abrangência da política, conforme os termos da Resolução nº 70, de 18 de março de 2009, do próprio Conselho, estipula-se que a eficiência operacional, o acesso ao sistema de Justiça e a responsabilidade social serão os objetivos

estratégicos do Poder Judiciário e que o direito de acesso à justiça, conforme o previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, implicará também a ordem jurídica justa. Para Bacellar:

A finalidade do Poder Judiciário é a pacificação social e, portanto, independentemente do processo e do procedimento desenvolvido para a resolução dos conflitos no âmbito do que se denomina monopólio jurisdicional, também cabe ao Judiciário incentivar mecanismos e técnicas que mais se aproximem o cidadão da verdadeira Justiça (2003, p. 222).

Portanto, justifica-se a implementação da política pública considera o largo e crescente aumento dos problemas e conflitos jurídicos na sociedade, de forma a organizar e consolidar, em âmbito nacional, não somente os serviços prestados nos processos judiciais, como também de outros mecanismos de solução de conflitos, em especial os consensuais, como a mediação e a conciliação. Assim, “desenvolvem-se novas políticas sociais referentes ao papel jurisdicional do Estado frente a essa explosão de litigiosidade, decorrente da complexidade socioeconômica moderna” (MORAES; SPENGLER, 2008, p.113).

A Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, do Conselho Nacional de Justiça estipula uma política pública de tratamento adequado dos conflitos de interesse, assegurando a todos à solução dos conflitos por meios adequados, atendendo sua natureza e peculiaridade. (art.1º).

Consequentemente, o objetivo desse ensaio é assegurar que todos os cidadãos tenham atendimento e orientação ao seu problema, oferecendo mecanismos de tratamento de controvérsias, em especial os denominados consensuais, como a mediação e a conciliação e não havendo resultado assegurar a solução mediante sentença do órgão judiciário. Para tanto, a implementação da política, destacando a qualidade dos serviços e à disseminação da cultura de pacificação social, deverá priorizar a centralização das estruturas judiciárias, formação e treinamento adequado aos servidores, conciliadores e mediadores e acompanhamento estatístico específico.

No art. 4º da Resolução reitera-se, uma das atribuições do Conselho Nacional de Justiça, de promover ações de incentivo à auto composição de litígios e à pacificação social por meio da conciliação e da mediação, prevendo a implementação do programa com a participação de uma rede de todos os órgãos do Poder Judiciário, bem como pelas entidades públicas e privadas parceiras e as entidades de ensino.

Cabe destacar que a Resolução menciona a conciliação e a mediação como instrumentos efetivos de pacificação social, de modo a solucionar e prevenir os litígios, já que sua prática em programas pioneiros no país tem reduzido à excessiva judicialização dos conflitos de interesses, a quantidade de recursos e de execução de sentenças, devendo servir de base para a criação de Juízos de resolução alternativo de conflitos, verdadeiros órgãos judiciais especializados na matéria. Para Favreto deve-se trabalhar com uma solução pacífica e negociada, “portanto, mais preventiva do que curativa- dos problemas que surgem na sociedade, visando à estrutura de um processo de formação de pacificação social no âmbito das lides- judicializadas ou não” (2009, p.18).

Por isso, a adoção da mediação e da conciliação como meio de tratamento de conflito busca de uma política não adversarial e de pacificação. Nesse sentido, Bacellar explica “o processo perante o Judiciário só deve aparecer na impossibilidade de auto superação do conflito pelos interessados, que deverão ter à disposição um modelo consensual que propicie a resolução pacífica e não adversarial da lide” (1999, p.126)

Por conseguinte, a introdução de mecanismos de tratamento de conflito permite uma nova visão do processo de construção de um sistema em crise. Desse modo, duas são as formas de tratamento consensuais de conflito: a conciliação e a mediação. A conciliação é o meio pelo qual um terceiro interlocutor apresenta possíveis respostas ao conflito, fazendo com que os envolvidos as aceitem ou não. Poderá haver o debate entre as partes, contudo o terceiro limitará as propostas de modo a conciliar o conflito. Para Egger “o conciliador faz sugestões incentivando as partes para a realização do acordo” (2008, p. 64).

Destaca-se que a mediação é meio pelo qual os envolvidos tratando o problema, ajudados por um terceiro, isento de qualquer proposta ou tentativa de acordo, restabelecem o diálogo.

Para melhor esclarecimento e distinção, a arbitragem é o mecanismo pelo qual as partes escolhem um terceiro, denominado árbitro, sendo que esse terá autoridade para proferir decisão. Nas explicações de Câmara: “os titulares de interesse em conflito, por ato voluntário, nomeiam um (ou mais de um) terceiro, estranho ao litígio, conferindo-lhe poder para apresentar uma solução para aquela lide, solução está que lhe será imposta coativamente” (2005, p.10).

Cabe salientar, que a política instituída pelo Conselho Nacional de Justiça, refere-se pontualmente a conciliação e a mediação, prevendo, igualmente, outros mecanismos. Por fim, estabelece ainda a relevância e a necessidade de organizar e uniformizar os serviços de

conciliação, mediação e outros métodos consensuais de solução de conflitos, para evitar disparidades de orientação e práticas, bem como para assegurar a boa execução da política pública. Passa-se a analisar a política pública como fortalecimento da cidadania.

3 Perspectivas críticas sobre a Resolução nº 125/2010

Apesar da aparente pacificação social que pretende a Resolução nº 125/2010 CNJ, a partir de uma leitura crítica de seus institutos e normas, percebe-se que ela tende a manter os vícios já existentes no processo judicial.

Embora reforce o implemento das soluções alternativas de controvérsias, acaba por não o fazer de forma adequada, já que o principal papel desses instrumentos é promover a desjudicialização do conflito e não resolver conflitos no âmbito judicial.

A Resolução nº 125/2010 CNJ, parte do pressuposto de que o conflito já está judicializado, quando o que deveria buscar, através dos métodos alternativos, seria exatamente a desjudicialização, solucionando os conflitos antes de chegarem ao Judiciário.

No contexto da prática jurídica não se pode querer que os próprios operadores do direito apliquem a Resolução, sendo que foram fomentados, em sua instrução nas universidades, ao processo judicial. E ainda mais, sendo que a própria Resolução provém do Judiciário, para o Judiciário.

Portanto, a Resolução CNJ nº 125/2010 trata mais especificamente dos litígios já judicializados, não apresentando uma forma efetiva de como será operada a solução antes que se chegue a juízo.

O programa proposto pelo Conselho Nacional de Justiça é composto por dezenove artigos na seção principal, os quais tratam sobre a introdução das soluções alternativas de conflitos como técnica de resoluções de conflitos no dia-a-dia do Judiciário, bem como dispõe sobre como efetivá-las através de mediadores, conciliadores e núcleos permanentes de soluções alternativas de controvérsias, entre outros.

A busca da Resolução de Conflitos por meios mais pacíficos, nas palavras de Peluso, são dois os objetivos básicos do programa:

[...] em primeiro lugar, firmar entre os profissionais do direito, o entendimento de que, para os agentes sociais, é mais importante prevenir e chegar a uma solução rápida para os litígios, do que ter que recorrer, sempre, a um Judiciário cada vez mais sobrecarregado, ou de perpetuar nele, de certo modo, reflexos processuais de desavenças que tendem a multiplica-se, senão a frustrar expectativas legítimas.

Em segundo lugar, oferecer instrumentos de apoio aos tribunais para instalação de núcleos de conciliação e mediação, que certamente terão forte impacto sobre a quantidade excessiva de processos apresentados àquelas cortes.¹¹

Desse modo em se tratando de aplicação das soluções consensuais em momento posterior à propositura de uma ação, a Resolução estabelece no artigo sétimo que os tribunais do país deverão contar com núcleos permanentes de métodos consensuais de solução de conflitos, dos quais participarão magistrados atuantes ou aposentados, bem como servidores, preferencialmente que atuem nessa área.

Deverá ser, para tanto, estimulada a mediação, especialmente através de profissionais capacitados para desempenhar tal função, inclusive com cursos de atualização e capacitação, sendo que também é possível a realização de convênios público-privados para atendimento dos fins que se propõem o programa.

Observando de forma prática, esse artigo não traz inovação alguma ao já existente em âmbito legislativo à época de sua edição. Por se tratar de ato administrativo da classe dos ordinatórios, a Resolução não tem força de lei, vinculando tão-somente os integrantes do Poder Judiciário, e não os cidadãos da nação. Por conseguinte, o artigo 277 do Código de Processo Civil já abarcava o mesmo entendimento, determinando que o juiz realizasse a audiência de conciliação, cujo objetivo não é outro senão a autocomposição.

Ainda nessa mesma linha, o artigo oitavo dispõe sobre a criação de Centros Judiciários de Soluções de Conflitos e Cidadania, os quais, conforme dispõe o parágrafo primeiro, poderão oferecer audiência de conciliação e mediação ainda na fase pré-processual, dentro ou fora dos Centros, sendo que segundo caso o mediador ou conciliador deve estar cadastrado no tribunal que atua, bem como ser supervisionado pelo Juiz Coordenador do Centro.

Neste ponto, surge a dúvida acerca da necessidade de se montar uma nova estrutura para se realizar as práticas pretendidas pela referida Resolução, bem como se o cadastramento importará o preenchimento dos cargos por intermédio de funções de livre nomeação e exoneração, ou preenchimento da vaga por concurso, em razão da falta de clareza do dispositivo.

O artigo doze trata dos conciliadores e mediadores, peças fundamentais para a efetividade do programa. Esses mediadores e conciliadores submetem-se a um Código de Ética que está disposto no Anexo III da referida Resolução; a eles também se aplicam as regras de impedimento e suspeição dos juízes (artigo 5º do referido Anexo), além de serem

impedidos de prestar serviços profissionais além daqueles prestados na sua função (artigo 7º do referido Anexo).

Assim fica determinado que esses auxiliares devem obrigatoriamente serem cadastrados junto aos tribunais, bem como devem frequentar cursos de capacitação, os quais poderão se dar através de parcerias público-privadas. Esses cursos devem seguir um padrão mínimo estabelecido no Anexo I da Resolução CNJ nº 125/2010.

O programa ainda prevê, nos artigos treze e quatorze, a criação e manutenção pelos tribunais de um programa de dados estatísticos sobre o cumprimento da Resolução, e a compilação dos dados pelo Conselho Nacional de Justiça.

A submissão da validade de um acordo pré-processual, o qual está sendo resolvido extrajudicialmente, à presença de um membro do Ministério Público, induz, novamente, à manutenção da máquina judiciária como ela é, pois a presença de um membro ministerial para todos esses casos deve fazer com que surjam novos cargos, e com isso a necessidade de remuneração, espaço físico, etc. Ainda, ressalta-se a existência da redução dos termos a uma sentença ao final do acordo, ou seja, as partes são levadas a saber que apesar de acordado, aquilo já está também judicializado.

Já no segundo setor serão incluídos os processos já distribuídos ou em que haja despacho do magistrado, o qual indicará a resolução adequada – conciliação ou mediação. Havendo acordo, ou não, o processo retorna para extinção ou para prosseguimento. Já o terceiro setor instituído, “prestará serviços de informação, orientação jurídica, emissão de documentos, serviços psicológicos e de assistência social, entre outros”.

Considerações Finais

No âmbito da administração da justiça, há muito tempo que o Poder Judiciário vem tentando incutir no cidadão a ideia de que está abrindo suas portas para o acesso democrático à justiça. Tal entendimento está consignado na Resolução CNJ no 125/2010, com o referido instrumento, procurasse dar a ideia de que se busca a efetivação de uma justiça digna ao cidadão, que abarque as soluções alternativas de controvérsias e as leve à população.

Contudo, o que se percebe é um caminho no sentido da judicialização da mediação, ao tratá-la especificamente dentro da esfera do Judiciário, não tendo por escopo a prevenção do litígio, mas o seu tratamento quando já instaurado o processo judicial.

A qualidade da mediação judicial pode sofrer influência negativa se condicionada à mesma lógica que conduz à resolução dos processos tradicionais, marcado pelo rígido

controle de prazos e metas, o que acaba por restringir a potencialidade da mediação como meio de estimular a comunicação e promover pacificação social e os direitos humanos.

A mediação judicial não pode ser restringida a uma mera etapa burocrática do processo civil, mas deve ser compreendida como método eficiente de autocomposição dos litígios, fundado na construção de uma comunicação diferenciada e humanizada entre as partes litigantes.

Porém, além de técnica processual, a mediação judicial deve ser entendida como forma de (re)conhecimento do outro, resgatando na diferença a oportunidade de aproximação pelo diálogo facilitado.

Para tanto, a cultura da desjudicialização só poderá ser possível no Brasil quando for fomentada no próprio ensino do Direito, retirando o foco do processo clássico. É necessário abarcar a pluralidade da vida, das pessoas e assim exigir soluções para seus mais diversos conflitos, assim como a imprescindibilidade de se conjugar a alteridade e pacificação.

Uma mudança real nessa matéria só será construída com a efetiva participação da sociedade, construindo uma cultura não-adversarial e evitando, desse modo, que o conflito necessite da aplicação do direito através do aparato estatal. Deve também ser repensado o ensino do Direito, construindo uma cultura que demonstre que os meios alternativos são tão ou mais eficazes na solução dos litígios quando comparados ao processo judicial clássico.

A mediação judicial, a partir da Filosofia da libertação e da ética da alteridade, recai sobre o agir humano realizado do “eu para o outro”, o que possibilita o exercício da empatia, o desenvolvimento da capacidade de saber ouvir e de pensar melhor antes de falar, da cooperação e da valorização da diversidade entre as pessoas, bem como o tratamento do jurisdicionado como cidadão digno que precisa conviver e lidar com os conflitos atinentes à vida em sociedade.

A atividade mediadora, diferentemente do processo tradicional, não deve estar centrada na aplicação do direito aos casos concretos, mas na tentativa dialogada de dirimir as causas que originaram o conflito, inclusive a partir de fatos da vida não traduzidos para o debate processual, para que seja capaz de produzir resultados mais eficazes na pacificação social dos litígios.

Referências

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Manual de mediação judicial*. 6. ed. Brasília, DF: CNJ, 2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.** Diário da Justiça Eletrônico, n. 219, Brasília, DF, 1º dez. 2010. Disponível em <<https://goo.gl/j1vu5j>>. Acesso em: 17 jan. 2017.

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

_____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015a. Seção 1. p. 1. Disponível em <<https://goo.gl/6b0EbE>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

_____. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do artigo 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997.** Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 29 jun. 2015b. Seção 1. p. 4. Disponível em <<https://goo.gl/UQ5kMd>>. Acesso em: 1º fev. 2017.

BATISTA, Keila Rodrigues. **Acesso à justiça: instrumentos viabilizadores.** São Paulo: Letras jurídicas, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Arbitragem: lei nº 9.307/96.** 4. Ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2005.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

FILPO, Klever Paulo Leal. **Mediação judicial: discursos e práticas.** Rio de Janeiro: Mauad; Faperj, 2016.

FRAVETO, Rogério. **A implantação de uma política pública.** In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Manual de Mediação Judicial.** Brasília/DF: Ministério da justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento- PNUD. 2009.

MARASCA, N. Elisângela. **Meios Alternativos de Solução de Conflitos como Forma de Acesso à Justiça e Efetivação da Cidadania.** Acessado julho de 2016.
<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/668>

MARCONI, Marina de Andrade. LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica.** 7 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil: o acesso à justiça e os institutos fundamentais do direito processual.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Conhecimento.** 8. ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

ROCHA, Cesar Asfor. *A luta pela efetividade da jurisdição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES JÚNIOR, Walsir Edson. *Prática da Mediação e o Acesso à Justiça*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TRATURCE, **Fernanda**. *Mediação de Conflitos Cíveis*. 3ªed. 2018, São Paulo. Editora Método.

WATANABE, Kazuo. **A Mentalidade e os Meios Alternativos de Solução de Conflitos no Brasil**. In: *Mediação e Gerenciamento do Processo: Revolução na Prestação Jurisdicional*. São Paulo: Atlas, 2007.

_____, Kazuo. **Modalidade de Mediação**. Disponível em:
<http://processoemdebate.files.wordpress.com/2010/09/mediac3a7c3a3o_kazuo_watanabe.pdf>.
Acesso em: 25 ago. 2012.

_____, Kazuo. **Política Pública do Poder Judiciário Nacional para Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses**. In: *Conciliação e Mediação: Estruturação da Política Judiciária Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 3ª Ed. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.

CONSTITUIÇÃO E DIREITOS SOCIAIS: DEVEM OS JUÍZES DECIDIR SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS NO BRASIL?

CONSTITUTION AND SOCIAL RIGHTS: SHOULD JUDGES DECIDE ON PUBLIC POLICIES IN BRAZIL?

Carolina Polvora Bica¹

Resumo

O presente artigo tem como escopo tecer considerações acerca da proteção judicial dos direitos sociais. O objetivo principal consiste em apresentar um panorama sobre como se dá a tutela jurisdicional dos direitos sociais hodiernamente no nosso sistema jurídico brasileiro. Os objetivos secundários são: introduzir o tema dos direitos sociais e das políticas públicas de modo amplo; estabelecer se os direitos sociais diferenciam-se dos direitos de primeira dimensão; apresentar o tema da tutela jurisdicional dos direitos fundamentais, principalmente dos direitos sociais; analisar de modo geral como se dá na prática do direito brasileiro a tutela dos direitos sociais; tecer considerações acerca da discussão da legitimidade dos juízes para decidir sobre políticas públicas; discutir se a tutela coletiva dos direitos sociais seria mais adequada que a individual; tudo para responder à questão-problema: devem os juízes decidir sobre os direitos sociais? Relacionou-se o tema à reserva do possível e ao mínimo existencial. O objetivo geral do presente artigo, não é esgotar o tema, mas ensejar a reflexão sobre o assunto e quiçá, suscitar o interesse de aprofundar a temática. Foi realizada pesquisa bibliográfica na qual foram consultadas obras que abordam o tema de modo específico e concatenadas aos assuntos abordados. Por meio dessa base teórica foi utilizado o método hipotético-dedutivo. Isso para negar ou confirmar hipótese de que devem os juízes decidir sobre políticas públicas no contexto brasileiro. Assim, foi possível observar que uma possível solução – não de modo pretensioso e absoluto, mas como uma alternativa – a maior utilização de tutelas coletivas. Isso pelo fato de que a principal “clientela” do Judiciário continua sendo a classe média de modo que a atuação judicial pode causar distorções sociais ao invés de gerar maior equidade na sociedade.

Palavras-chave: tutela de direitos sociais; judicialização de políticas públicas; reserva do possível; mínimo existencial.

Abstract

The purpose of this article is to make considerations about the judicial protection of social rights. The main objective is to present an overview of how judicial protection of social rights takes place today in our Brazilian legal system. The secondary objectives are: to introduce the theme of social rights and public policies in a broad way; establish whether social rights differ from those of the first dimension; to present the theme of judicial protection of fundamental rights, mainly social rights; to analyze in general how the protection of social rights takes place in the practice of Brazilian law; make considerations about the discussion of the

¹A autora é advogada, inscrita na OAB/RS 97.264. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (Faculdade de Direito - UFPel). Mestranda em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas (PPGD/UFPel). Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul (ESMAFE/RS-UCS) e pós-graduada em Direito Tributário (ESMAFE/RS-FEDST). Contato: carolinabica@outlook.com.br

legitimacy of judges to decide on public policies; discuss whether collective protection of social rights would be more appropriate than an individual; all to answer the problem question: should judges decide on social rights? The theme was related to the possible reserve and the existential minimum. The general objective of this article, is not to exhaust the topic, but to give rise to a reflection on the subject and perhaps, to arouse the interest of deepening the theme. Bibliographical research was carried out in which works were consulted that approach the theme in a specific way and linked to specific subjects. Through this theoretical basis, the hypothetical-deductive method was used. This is to deny or confirm that the judges must decide on public policies in the Brazilian context. Thus, it was possible to observe that a possible solution - not in a pretentious and absolute way, but as an alternative - the greater use of collective tutelage. This is due to the fact that the main "clientele" of the Judiciary continues to be the middle class so that judicial action causes social distortions by generating greater equity in society.

Keywords: protection of social rights; judicialization of public policies; reservation of the possible; existential minimum.

Introdução

As normas constitucionais que preveem direitos sociais, eram vistas como meras normas programáticas. Agora o Poder Judiciário trata os direitos sociais como direitos fundamentais – que são – e passou a ser um instrumento eficaz do cidadão. Mas, esse novo posicionamento gera discussões, tais como: os recursos estatais são limitados, como custear os direitos sociais de todos? Os membros do Judiciário não são eleitos pelo povo, podem eles interferir ativamente no que os Poderes Legislativo e Executivo decidem? Será que as escolhas do Judiciário estão de fato favorecendo a parte mais excluída da população - que sequer tem acesso à Justiça? O Poder Judiciário teria conhecimento suficiente para lidar em assuntos concernentes às políticas públicas?

São essas as questões gerais sobre as quais se buscará refletir, dentre os temas tratados está a democracia e a tutela judicial dos direitos sociais, bem como a subjetividade dos direitos sociais e a reserva do possível e o mínimo existencial. Isso pelo fato de que o objeto do estudo é a judicialização das políticas públicas e se essas devem ser objeto de decisão preponderante ou secundária do Poder Judiciário.

O objetivo além de trazer a discussão e a reflexão sobre o tema foi o de apresentar diferentes abordagens e uma possível alternativa de resolução que se encontrou na tutela coletiva dos direitos sociais. A pesquisa se justifica tanto pela atualidade da temática que já era recorrente entre a população que demandava o Judiciário em busca da observância de políticas públicas e da garantia de efetivação dos direitos sociais antes mesmo da situação da saúde pública se ver agravada pela pandemia de coronavírus em que agora se vive. Ocorre

que as ações relacionadas à saúde pública tiveram aumento substancial. Assim, neste cenário pandêmico a relevância do tema se torna ainda mais evidente. Logo, o assunto tratado é de flagrante importância. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo em procedimento bibliográfico.

1 Direitos fundamentais: direitos individuais e direitos sociais

Que os direitos sociais têm custos não se discute, ocorre que, se esquece que os direitos de primeira dimensão também têm gastos. A Segurança Pública, por exemplo, depende de amplos investimentos estatais:

Tal consideração se justifica pelo fato de que também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos para determinados segmentos da sociedade, em virtude justamente de sua maior vulnerabilidade em face do poder estatal, mas acima de tudo social e econômico, como demonstram justamente os direitos dos trabalhadores. (SARLET; FIGUEREIDO, 2013, p.176)

O que influencia alocação dos recursos e sua quantidade é sim o grau de desenvolvimento de cada Estado, quanto menos desenvolvido, mais trágicas serão as opções, pois dada a limitação de recursos, o Estado deve fazer “escolhas trágicas” (SARMENTO, 2008, p. 555). Nesse cenário de escassez, o Brasil vive, daí que também o acesso à Justiça está longe de ser igualitário:

A Constituição Federal de 1988 optou por um Estado Democrático e Social de Direito, pela consagração expressa da dignidade da pessoa humana como valor máximo da ordem jurídica e pelo reconhecimento constitucional dos direitos sociais. Com isso, assumiu o firme compromisso de garantir a todos um estado mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia. Não se trata, pois, de uma obrigação unicamente moral, mas de imposição legal traduzida em um comando cogente e coercitivamente assegurável. Numa frase: o alicerce jurídico está construído. Porém, e isso não é novidade, há um longo e sinuoso caminho, quicá um abismo, entre a proposta da Constituição e a efetivação dos projetos nela formulados. Afora as dificuldades quanto à interpretação das normas que enunciam os direitos sociais, a implementação desses direitos tem de enfrentar outros obstáculos de peso, como a capacidade prestacional do Estado, a falta de coordenação entre a sociedade civil e os órgãos de representação popular em um déficit, no seio da própria sociedade, do que Hesse chama vontade de constituição. (CORDEIRO, 2012, p.141)

Porém, a garantia do mínimo existencial (conceito a ser estudado em tópico vindouro) foi prevista para todos e em tese, a atuação do Judiciário deveria ser capaz de promover a igualdade material, mas ao contrário, pode acabar gerando ainda maior concentração de riqueza, na área da saúde isso é possível de ser verificado. Vislumbra-se nos últimos anos uma acentuação da destinação de parte do orçamento dos entes públicos ao cumprimento de

decisões judiciais. Porém, essas podem estar equivocadas e causa privilégios ao invés de promover a igualdade:

A partir desse pano de fundo, o papel do direito é consequentemente colocada à prova, visto que, na tradição liberal, a implementação de políticas públicas nunca foi matéria afeita aos profissionais de direito. A consequência dessa constatação pode ser percebida quando se analisam decisões judiciais e trabalhos jurídico-doutrinários. O que geralmente ocorre é a simples transposição de uma racionalidade da tradição liberal, baseada quase que exclusivamente em relações bilaterais – normalmente entre um credor e um devedor – para a área dos direitos sociais. (...) um grande número de operadores do direito encaram os desafios suscitados pelos direitos sociais a partir dessa transposição, da seguinte maneira: visto que a constituição garante, por exemplo, um direito à saúde, se uma pessoa não tem acesso a um determinado tratamento médico ou a um determinado medicamento, então é tarefa do Judiciário garantir que essa pessoa receba o tratamento e o medicamento necessários. (SILVA, 2008, p. 508)

Consequentemente, os direitos sociais apresentam uma divisa fática à sua efetivação, que está na real existência de recursos por atribuição dos cofres públicos do Estado para efetivar com suas obrigações. Além disso, encontra-se também limite quanto à possibilidade jurídica do Estado de fruir desses recursos, quando efetivos. Essas duas divisas consistem na formação da chamada “reserva do possível”. Nesse sentido a reserva do possível não impossibilita o Poder Judiciário de “zelar pela efetivação dos direitos sociais” (SARLET; FIGUEREIDO, 2013, p.190), mas deve fazê-lo com moderação e sensatez, consciente do problema de carência de recursos:

A ideia de que os juízes, ao complementar as políticas públicas implementadas pelo governo, estarão sempre auxiliando a realização dos direitos sociais e econômicos é equivocada porque se baseia em uma premissa tão simples quanto falsa, segundo a qual complementar é sempre algo positivo. Isso poderia ser correto se a realização de direitos sociais não implicasse, em todos os casos importantes, gastos públicos. Mas ela implica. (SILVA, 2008, p. 593)

Como já dito, tanto os direitos de primeira como os de segunda geração têm custos. Giza-se: “[...] também são sociais direitos que asseguram e protegem um espaço de liberdade e a proteção de determinados bens jurídicos” (SARLET; FIGUEREIDO, 2013, p.176). O que aqui se defende não é o retorno ao estado de impossibilidade de judicialização dos direitos sociais, porém para que de fato os mais necessitados sejam abarcados pelas “políticas públicas judiciais” deve-se buscar o estabelecimento de critérios e estudo de conceitos e institutos, os quais serão esboçados no desenvolvimento do presente artigo.

2 A separação dos poderes e a legitimidade dos juízes

Consoante a sistemática democrática vigente, os cidadãos ao escolherem seus representantes indiretamente produzirão as normas a serem aplicadas a eles próprios. Após a redescoberta do modelo democrático pelos iluministas, já era impossível sua versão direta, daí a representatividade como solução:

Quando a ideia de democracia foi redescoberta por filósofos Iluministas no século XVIII, não era mais viável adotar o seu modelo direto, praticado na polis grega. Por isso, a democracia passou a andar associada à representação política: os cidadãos elegem periodicamente os seus governantes, que elaboram as normas e gerem a coisa pública em seu nome. Como se sabe, no modelo da tripartição dos poderes adotado por quase todas as democracias contemporâneas, são dois os poderes legitimados pelo voto popular: Legislativo e Executivo. No Brasil e na grande maioria das democracias modernas, os membros do Judiciário, além de não serem eleitos, gozam de independência em relação aos demais poderes. (SARMENTO, 2008, p. 558)

Ocorre que os recursos são limitados e invariavelmente o Estado tem de fazer “escolhas de Sofia” ao mesmo tempo em que a CF/88 garante uma existência digna e o mínimo existencial para todos: “Com isso, assumiu o firme compromisso de garantir a todos um estado mínimo existencial fundado na dignidade humana, no direito à liberdade e na democracia.” (CORDEIRO, 2012, p.141).

Em tese, a atuação do Judiciário deveria ser capaz de promover a igualdade material, mas ao contrário, pode acabar gerando ainda maior concentração de riqueza. Na área da saúde isso é possível de ser verificado de modo incisivo. Vislumbra-se nos últimos anos uma acentuação da destinação de parte do orçamento dos entes públicos ao cumprimento de decisões judiciais (SARMENTO, 2008).

Porém, essas podem estar equivocadas e causar privilégios ao invés de promover a igualdade. Quanto à legitimidade dos juízes e a separação dos poderes desde a redescoberta do modelo democrático pelos iluministas, já se entende era impossível sua versão direta, daí a representatividade como solução (SARMENTO, 2008).

Ocorre que o Poder Judiciário, de modo diferentes dos demais Poderes, Legislativo e Judiciário, não tem legitimação popular. Esse é o principal argumento que fundamenta a impossibilidade de o Judiciário interferir nas questões políticas, caso contrário, haveria desequilíbrio na divisão dos poderes pelo controle orçamentário:

Na seara dos direitos sociais, a objeção democrática à atuação dos juízes adquire particular intensidade. Assim, a definição (e delimitação) do espaço que deve ocupar o Poder Judiciário na ordem política e democrática aquilo que diz com a prerrogativa de determinar o cumprimento desses direitos não prescinde de uma reflexão, ainda que breve, sobre o significado de democracia e, sobretudo, da separação dos Poderes. A limitação do poder é um problema recorrente no pensamento político, de modo especial a partir dos séculos XVII e XVIII. No início do século XIX, com a emergência de regimes democráticos na Europa

(designadamente na França e na Inglaterra) e no novo mundo (Estados Unidos), o poder político passa a ser exercido pelo povo através de representantes eleitos pela regra da maioria. O ponto nevrálgico do problema, então, passa a ser este: como controlar a tirania da maioria. (CORDEIRO, 2012, p.144)

Porém, analisando a questão mais a fundo, verifica-se que constitucionalmente o Poder Judiciário é legítimo para proteção dos direitos sociais, visto existir expressamente no texto da Carta Magna o princípio da inafastabilidade do controle judicial em caso de lesão ou ameaça a direito e, também ser tarefa desse Poder o controle de constitucionalidade:

(...) deixar o Judiciário de fora do debate com base apenas em uma ideia anacrônica de separação de poderes é uma estratégia que será considerada aqui. O mesmo pode ser dito acerca do argumento baseado exclusivamente na falta de legitimidade democrática do Judiciário. Ambos os argumentos – separação de poderes e ausência de legitimidade democrática – costumam ser usados de uma forma extremamente maniqueísta, a qual pretendo aqui evitar. (...) um amplo controle de constitucionalidade é um ponto inquestionável do sistema constitucional e que, nesse sentido, deve ser aceito que os juízes têm legitimidade para interferir em questões legislativas e governamentais. (SILVA, 2008, p. 590-591)

O próprio sentido de democracia, não é mais visto estritamente como o direito de votar, mas implica também na utilização de fato dos direitos sociais mais básicos que devem estar disponíveis a toda população. Ora, a inexistência de condições materiais básicas para todos os cidadãos implica na marginalização e total desinteresse pelas questões de Estado. Daí que a atuação do Poder Judiciário estaria concatenada justamente a possibilitar as condições essenciais que embasam a democracia (SARMENTO, 2008).

Além disso, como já mencionado, o papel do Judiciário é claro na Constituição que afirma que esse devem aplicar as normas vigentes em quaisquer situações em que é chamado, mesmo que isso implique em controle dos demais Poderes (SARMENTO, 2008; CORDEIRO, 2012). Ainda:

Nesse modelo, a questão que se coloca é saber se é democrático um grupo de juízes, que não busca a sua legitimação no voto popular, tomar decisões morais fundamentais em nome de toda a sociedade. Trata-se de dificuldade contra majoritária referida por Bickel. Porém, uma vez adotada a concepção substancial de democracia, a resposta é necessariamente positiva, eles não pertencem à política. O propósito não é aumentar o poder dos juízes, desequilibrando a balança em prol do Judiciário, e sim, aumentar a proteção da democracia e dos direitos fundamentais. (CORDEIRO, 2012, p. 147)

Ora, não é papel do Judiciário ser o agente principal na tomada de decisões que impliquem atuações da Administração, isso cabe ao Poder Executivo que deve agir positivamente na consecução das escolhas políticas as quais, por sua vez, devem ser tomadas preponderantemente pelo Poder Legislativo (SARMENTO, 2008), havendo críticas à judicialização da política:

Nas últimas décadas, o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para tribunais, tanto domésticos, quanto supranacionais (...). Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política – o recurso cada vez maior a tribunais e a meios judiciais para o enfrentamento de importantes dilemas morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas. Como recém-adquiridos mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais superiores ao redor do mundo têm sido frequentemente chamados a resolver uma série de problemas - da extensão das liberdades de culto religioso e de expressão, dos direitos à igualdade e à privacidade e de liberdade de reprodução, a políticas públicas relacionadas à justiça criminal, à propriedade, ao comércio, à educação, à imigração, ao trabalho e à proteção ambiental (...). Aqui, os tribunais estão há muito tempo exercendo um papel significativo na elaboração de políticas públicas (...). Entretanto, a crescente importância política dos tribunais tem não apenas se tornado mais abrangente, mas também se expandido em escopo, transformando-se assim em um fenômeno diverso, multifacetado, que vai muito além do conceito – que se tornou corrente- de elaboração de políticas públicas por juízes, por meio de decisões sobre direitos e da marcação judicial das fronteiras entre órgãos do Estado. A judicialização da política agora inclui a transferência massiva, para os tribunais, de algumas das mais centrais e polêmicas controvérsias políticas em que uma democracia pode se envolver. (HIRSCHL, 2009, p. 139-140)

Com base no exposto, se pode afirmar que o Poder Judiciário deve sim ser atuante em matéria de direitos sociais, mas não deve ser protagonista e tomar o lugar dos demais Poderes em suas escolhas alocativas. Mesmo em face à noticiada crise de representatividade, a transferência de papéis dos demais poderes ao Judiciário – e a consequente concentração de Poderes nesse –, não é salutar para a democracia e implica em infringência ao Princípio da Separação dos Poderes. Consoante Sarmento (2008, p. 562), uma solução seria “[...] o maior envolvimento do cidadão na esfera pública [...] se o Judiciário for visto como um ‘guardião das promessas’ pode ocorrer o desaquecimento da atuação participativa da sociedade civil”.

Ainda, o próprio Estado não tem conhecimento exato das necessidades da população, a Constituição estabelece os parâmetros gerais para atendimento, porém não estão definidos na realidade. A constitucionalização dos direitos limita a democracia ao limitar as possibilidades de decisão da maioria. Ao mesmo tempo, porém, busca assegurar e promover os pressupostos para as interações democráticas (SARMENTO, 2008).

Nesse cenário, o reconhecimento da força normativa da Constituição e do papel do Judiciário não elimina do nosso cenário a tensão democrática. Essa também decorre do caráter vago e aberto da maioria das normas de direitos sociais. Isso era entendido como um obstáculo à efetivação destes direitos. Hoje tem-se atribuído maior importância aos direitos sociais, o juiz não é mais mera “boca da lei” das palavras dos constituintes, agora entende-se que sua atividade possui dimensão criadora (SARMENTO, 2008). Nesse sentido:

Ainda, não é demais sublinhar que os sistemas normativos brasileiro atinente à outorga de competências aos órgãos do Poder Judiciário enquadra-se no que Schäfer denominou de sistema de competências não exaustivamente tipificadas, ou seja, a

Constituição, além de enumerar as competências dos tribunais, adotou a técnica de atribuição de competência residual a um determinado órgão jurisdicional. Assim, não há se falar, no Brasil, em vazios constitucionais relativos à competência. Seja qual for a matéria questionada, têm os juízes brasileiros competência para conhecê-la. Outrossim, em face do sistema difuso de controle de constitucionalidade, todos os juízes exercem a jurisdição constitucional. (CORDEIRO, 2012, p. 149).

Ademais, a garantia dos direitos sociais envolve atividades administrativas, que não se amoldam na função tradicional do direito. Daí a recusa de parte da doutrina em conceber os direitos sociais como típicos direitos subjetivos. Para Sarmiento (2008, p.565): “[...] a democracia não impede a intervenção judicial voltada à afirmação de direitos sociais, mas antes a exige, sobretudo em contextos de grave exclusão social como o brasileiro”. Outros países em que os direitos sociais não foram consagrados constitucionalmente como no Brasil, foram criadas estratégias de proteção, tais como a aplicação do princípio da igualdade ou devido processo legal, além da judicialização da política:

“Judicialização da política” é um termo “guarda-chuva”, comumente usado para abranger o que, na verdade, são três processos inter-relacionados. De forma mais abstrata, a judicialização da política se refere à disseminação de discursos, jargões, regras e processos jurídicos na esfera e nos fóruns e processos de elaboração de políticas públicas. A predominância do discurso jurídico e a popularização do jargão jurídico são evidentes em praticamente todos os aspectos da vida moderna. Talvez a melhor ilustração dessa predominância seja a subordinação, em comunidades modernas organizadas em estados de direito, de quase todo fórum decisório a normas e procedimentos quase judiciais. Temas que antes eram negociados informal ou não judicial, agora são dominados por regras e procedimentos jurídicos. (HIRSCHL, 2009, p.142)

Já no Brasil essa situação se expressa da seguinte maneira:

(...) em que a experiência democrática é recente, o processo político majoritário passa ao largo dos anseios da sociedade, valores como virtude republicana não são comuns e a desigualdade na distribuição da riqueza ainda é gritante, a opção do Constituinte de 1988 foi, sem dúvida, a mais acertada. Aqui, o protagonismo judicial é condição indispensável para a efetiva proteção dos direitos sociais e, mais do que isso, para a própria estabilidade democrática. (CORDEIRO, 2012, p.150)

Uma vez assentada a ideia de que os direitos sociais não são meras proclamações ou exortações desprovidas de força vinculante dirigidos ao legislador, passa-se à análise da sua estrutura. Entende-se que a postura tradicional de que os direitos sociais são normas de caráter programático os deixa desprotegidos diante das omissões estatais e a Constituição consagrou a aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais.

Em segundo lugar, entende-se que não é correta a tese de Comparato, pois os direitos sociais têm sim dimensão subjetiva. Para ele, o controle judicial deveria ser somente um exame de razoabilidade das políticas públicas. Porém, se os direitos sociais são autênticos

direitos fundamentais, eles possuem titulares e se radicam na pessoa humana. Isso viabiliza algum controle sobre o desempenho do Estado (SARMENTO, 2008).

Devido ao “fator” realidade deve-se entender os direitos sociais não como direitos subjetivos “puros”, pois há escassez de recursos. Soma-se a isso o fato de que é possível realizar os direitos sociais de diferentes formas. E mesmo que se advogue pela judicialização de tais direitos, a primazia para tratar sobre tal temática deve ser do Poder Legislativo dado o princípio da separação dos poderes. E ainda, não basta a necessidade de alguém para haver direito subjetivo (SARMENTO, 2008).

Outra corrente, que é defendida por Alexy e Sarlet, afirma que os direitos sociais são direitos subjetivos que são garantidos *prima facie*, mas possuem natureza principiológica de modo que se submetem a um processo de ponderação como os princípios, os quais, segundo a teoria de Alexy:

Os princípios são mandados de otimização com respeito às possibilidades fáticas e jurídicas. Os preceitos da necessidade e adequação seguem o caráter dos princípios como mandados de otimização com relação às possibilidades fáticas. O preceito da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, o mandado de ponderação, segue-se da relativização com respeito às possibilidades jurídicas e a ordem de ponderação, quando princípios opostos entram em colisão. [...] Além disso, a lei da ponderação deixa-se determinar em três passos.

Em um primeiro passo, deve ser determinado o grau da não-realização ou prejuízo de um princípio, isto é, quando se trata da dimensão da defesa, a intensidade da intensidade da intervenção.

A essa tem de seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância da realização do princípio em sentido contrário.

Em um terceiro passo, finalmente, deve ser comprovado se a importância da realização do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não-realização do outro. (LEIVAS, 2006, p.48- 49)

Assim, a decisão no caso concreto, dependerá do resultado da ponderação a qual baseia-se em princípios, principalmente o princípio da proporcionalidade; tal posicionamento, em que pese ser a favor da efetivação dos direitos sociais, considera as dificuldades de fato que estão presentes quando da tentativa de implementação de políticas públicas (LEIVAS, 2006; SARMENTO, 2008).

Ainda, esse modelo, foi pensado por Alexy para ser implementado na Alemanha, onde a constituição não traz direitos sociais de modo expresso como a nossa. No caso brasileiro, a ponderação se dará no caso concreto com o direito social específico pleiteado (SARMENTO, 2008):

De acordo com Häberle, a Constituição não é somente um texto jurídico e nem, tampouco, uma acumulação de normas superiores; ela é, também “expresión de um estado de desarrollo cultural y um fundamento de sus nuevas esperanzas”, devendo ser concebida como Constituição viva que “son la obra de todos los intérpretes constitucionales de la sociedade aberta; son por su forma y razón de ser, de largo, uma expresión y mediación cultural, um cuadro para la reproducción y recepción y

um almacén de información, experiencias, aventuras y hasta de sapiencias ‘culturales’ transmitidas” (CORDEIRO, 2012, p. 152)

Ao se acatar a teoria da dimensão subjetiva dos direitos sociais não se está de pronto excluindo a teoria da dimensão objetiva. Segunda essa, os direitos sociais são diretrizes necessárias para a consecução dos objetivos constitucionais que se dá por meio de uma hermenêutica jurídica que considere os deveres estatais de proteção de tais direitos perante terceiros (SARMENTO, 2008; CORDEIRO, 2012).

A questão da legitimidade dos juízes a qual, defende-se encontra escopo constitucional. Ainda, pontuou-se sobre a subjetividade dos direitos sociais e a aplicação do princípio da ponderação (LEIVAS, 2006). A seguir, será discorrido sobre outra questão afeita ao tema, qual seja, a reserva do possível e o mínimo existencial, ou seja, os limites da atuação judicial no que tange às políticas públicas.

3 Da tutela dos direitos sociais: a reserva do possível e o mínimo existencial

Como dantes mencionado, os direitos têm custos e os direitos sociais, por sua vez, são mais custosos ainda. Daí a afirmação de que a eles se aplica a “reserva do possível”. Essa, tem diversas significações na doutrina não havendo consenso. A primeira vez que a reserva do possível foi utilizada foi na Corte Alemã de 1972 quando fora decidido que o número de vagas na universidade era limitado, no caso, entendeu-se como reserva do possível o que “o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade” conforme o orçamento público feito pelo legislador (SARMENTO, 2008, p. 569).

A reserva do possível tem dois componentes, um deles o fático e o outro o jurídico. Aquele refere-se à disponibilidade fática de recursos, enquanto este diz respeito à previsão orçamentária. Consoante o voto de Mello na ADPF 45, o Estado não pode invocar a cláusula da reserva do possível como desculpa para o descumprimento de suas obrigações (STF, 2003, sp):

Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à “reserva do possível” (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, “The Cost of Rights”, 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida,

a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. (STF, 2003, sp)

Acaso o decisum fosse em sentido contrário os direitos sociais restariam esvaziados de sentido:

Neste contexto, dada a íntima conexão desta problemática com a discussão em torno da assim designada "reserva do possível" na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial (e até mesmo política) de direitos fundamentais – e não apenas dos direitos sociais, consoante já frisado – vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e 13 agentes políticos a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível. (SARLET; FIGUEREIDO, 2013, p.191).

Para Sarmento, no entanto, tal argumento é contraditório pois, a carência econômica torna evidente a impossibilidade de realização ótima e concomitante de todos os direitos sociais. O autor propõe-se a traçar um conceito de reserva do possível, iniciando pelo componente fático. Afirma assim que se deve descartar a associação da reserva do possível à exaustão dos recursos públicos, pois, isso implicaria em sacrificar os direitos de todos os outros (SARMENTO, 2008).

Outra crítica é o entendimento da reserva do possível como uma avaliação focada na tolerabilidade do impacto econômico da demanda individual. Desse modo, as pretensões de alto custo seriam de modo automático negadas; porém, este posicionamento é falho por não considerar o princípio da igualdade. Ou seja, o "Estado não deve conceder a um indivíduo aquilo que não tiver condições de dar a todos que se encontram na mesma situação". (SARMENTO, 2008, p. 571-572).

Neste contexto, Sarmento (2008, p. 572) entende a reserva do possível como a razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes. Sendo que o ônus de provar a impossibilidade orçamentária é do Estado em sua defesa. Daí que, o foco deve ser aberto, ou seja, considerando mais do que o caso concreto, mas contexto geral.

Logo, o juiz não deve se ater somente à situação colocada, mas além de apreciá-la deve guiar-se pelo princípio da igualdade em nível macro combinado com o princípio da ponderação (LEIVAS, 2006). Como visto a reserva do possível fática se apresenta na

realidade. Já a jurídica, embasa a possibilidade de gastos necessários para satisfação dos direitos sociais pelo Estado, sendo o cerne da questão a existência de previsão orçamentária (SARMENTO, 2008).

Quanto à possibilidade de o Poder Jurídico determinar os gastos públicos direcionados para os direitos sociais, há discussão, pois, como já apresentado, essa função é primordialmente do Poder Legislativo e do Executivo:

(...) enquanto teóricos constitucionais no mundo angloamericano se preocupam com a limitação do Poder Executivo na chamada era da “guerra contra o terror”, a expansão global do poder judicial continua. Nos últimos anos, houve um aumento enorme do recurso aos tribunais para lidar com alguns dos mais fundamentais conflitos que uma comunidade pode enfrentar. A judicialização da política se estendeu muito além da hoje corrente judicialização da elaboração de políticas públicas através da jurisprudência sobre justiça processual ou sobre direitos, para englobar também a megapolítica - processos e resultados eleitorais, justiça transicional, legitimidade de regimes, prerrogativas do Executivo, identidades coletivas e processos de construção nacional. A ampla judicialização da megapolítica reflete o desaparecimento da doutrina da “questão política” e impõe um sério desafio à tradicional doutrina da separação dos poderes. Essa tendência marca a transição para o que chamei de “juristocracia” (...). (HIRSCHL, 2009, p. 173)

Ocorre que, condicionar a eficácia dos direitos sociais ao orçamento, ocasiona a submissão da Constituição – e sua força normativa – ao legislador. Porém, conforme o próprio texto constitucional e de sua interpretação, os direitos fundamentais impõem-se sendo de observância obrigatória pelo legislador infraconstitucional (SARMENTO, 2008):

Embora muitos autores façam um grande esforço para demonstrar “histórias de sucesso” na efetivação de direitos sociais por meio do Judiciário, parece-me que tais histórias são superestimadas, da mesma forma que o é o papel que o Judiciário desempenha nessa área. Da mesma forma que a conquista dos direitos civis e políticos foi uma conquista da sociedade civil, efetivada por meios políticos, a implementação de direitos sociais e econômicos não vai ser realizada de forma diversa. Como é comum em discussões polarizadas, a solução muitas vezes só pode ser encontrada no meio termo ente os dois polos opostos. O grande problema, na área dos direitos sociais é que o meio termo é frequentemente encarado por meio da seguinte divisão de tarefas: o governo tem prioridade na implementação de políticas públicas que realizam direitos sociais, mas é dever dos juízes controlar essa realização e, caso necessário complementá-la e corrigi-la. A maioria das “histórias de sucesso” acima mencionadas seguem esse modelo. Ocorre que, ao contrário do que muitos creem, esse modelo não representa um meio termo. Pelo contrário, ele representa uma versão baseada na crença de que o ativismo judicial é a melhor forma de proteger os direitos sociais e econômicos. (SILVA, ANO, p. 593)

Também para Sarmento (2008, p. 574), o caminho do meio, que considera ambos os posicionamentos, seria o mais correto, visto que é inegável que o Poder Legislativo tem prioridade na feitura das leis orçamentárias e, portanto, na escolha dos gastos públicos.

Ao mesmo tempo, se deve considerar a natureza vinculante dos direitos sociais. Porém, os juízes não devem desconsiderar as questões orçamentárias, mas, concomitantemente, no caso de não haver previsão orçamentária devem aplicar o princípio da ponderação (LEIVAS, 2006).

Por meio dos direitos sociais, ao Estado incumbe assegurar que a população mais necessitada tenha condições mínimas de vida de modo que seja garantida a liberdade real e os pressupostos democráticos. Aqueles que defendem o argumento não-instrumental afirmam que o atendimento ao mínimo existencial é um fim em si mesmo (SARMENTO, 2008).

Os liberais igualitários, como Rawls, Amartya Sen, Alexy e Lobo Torres, posicionam-se no sentido de que a liberdade envolve a possibilidade de exercício desse direito na prática, por isso há necessidade de que condições materiais básicas sejam atendidas. Já os defensores do argumento democrático, tem como expoentes Habermas e Muller, os quais afirmam que para que haja democracia é necessária a viabilização de direitos mínimos que após concretizados permitem o exercício democrático (SARMENTO, 2008, p.575).

O posicionamento não-instrumental de que as necessidades humanas devem ser atendidas como fins em si mesmas e não como meio para a observância de outros direitos ou objetivos, é tido como garantidor da liberdade e da democracia. Sarmento (2008, p. 576) afirma que tal teoria é a mais correta sendo que, é uma obviedade o fato de que o mínimo existencial é necessário para que haja gozo do direito da liberdade e da cidadania.

Ocorre que, é a urgência ou a gravidade de uma situação, e não sua importância para a realização de outros objetivos – por mais nobres que sejam –, que deve ser o critério central para definir o mínimo existencial. Esse por sua vez, corresponde à garantia das condições materiais básicas da vida:

O denominado mínimo existencial apresenta-se como uma garantia a condições dignas aos cidadãos, ou seja, uma prestação enunciada pelo Constituinte quando trata dos chamados direitos sociais. Assim, os autores observam que estes direitos sociais não estão ligados a um desempenho positivo do Estado na efetivação e proteção da segurança social, como dispositivo “de compensação de desigualdades fáticas manifestas e modo de assegurar um patamar pelo menos mínimo de condições para uma vida digna” (SARLET; FIGUEREIDO, 2013, p.176).

Porém, não há consenso sobre quais seriam as prestações que comporiam o mínimo existencial. A ideia do mínimo existencial surgiu pela primeira vez no Tribunal Federal Alemão em 1953, sendo produto da conjugação dos princípios da dignidade, da liberdade e do Estado Social. No Brasil, o conceito foi introduzido por Lobo Torres na doutrina e esteve presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal (SARMENTO, 2008).

Quanto ao quê que estaria sob o âmbito do mínimo existencial, não se pode de modo abstrato realizar a determinação, pois devem ser consideradas as necessidades do titular do direito, de modo que se ponderará no caso concreto se a necessidade invocada é de fato vital no caso concreto. Sarmento discorda daqueles que afirmam que, dada a universalidade seria irrelevante se o autor possui ou não recursos. Para o autor, o Judiciário é legitimado para fiscalizar o cumprimento das prioridades constitucionais, quais sejam, aquelas impostas pelos princípios constitucionais (SARMENTO, 2008). Nesse sentido:

[...] a exigibilidade judicial daquilo que ultrapassa este mínimo vai depender do juízo que o legislador vier a emitir sobre as possibilidades, meios, tempo e graus de efetivação, conforme explicitado acima. A interferência judicial nesse domínio afeta de modo desproporcional a liberdade de conformação do legislador e, se adotado o modelo de Alexy, a separação dos poderes (CORDEIRO, 2012, p. 168).

Discute-se ainda se o direito ao mínimo existencial seria absoluto ou não, para a maioria da doutrina ele se sujeita sim à reserva do possível, sendo que mesmo o Judiciário não pode assegurá-lo de modo incondicional visto que, não existe um direito definitivo que seja imune à ponderação e também à reserva do possível (LEIVAS, 2006; SARMENTO, 2008):

Impende ressaltar que o mínimo existencial, tal quais os demais direitos fundamentais, não é absoluto. Ademais, conforme analisado anteriormente, a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial são conceitos cuja construção depende do meio físico, socioeconômico e cultural. O contexto, pois, é decisivo para determinar a correspondente obrigação positiva do Estado. Na precisa observação de Vieira de Andrade, não há uma medida certa e nem uma forma única de realizar o direito ao mínimo existencial. (CORDEIRO, 2012, p.169)

Com aparato do que fora até aqui apresentado, será possível a seguir, refletir acerca da questão central do presente artigo, qual seja, se podem os magistrados decidirem sobre os rumos a serem tomados por toda a sociedade.

4 Podem os juízes decidir o rumo das políticas públicas?

Com fins de realização dos direitos sociais, o Estado adota determinadas políticas públicas. Essas dependem de conhecimento especializado sobre a matéria. Para tanto, o Poder Executivo deve possuir profissionais específicos para cada área de atuação. Já o Poder Judiciário não possui essa especialização (SARMENTO, 2008).

Isso não impede o controle judicial, principalmente nos casos de omissões do Poder Público e de arbitrariedades por parte de autoridades. Ocorre que, os juízes, pessoas que são, não tem *expertise* sobre tudo. Sarmento, critica assim a teoria dos “juízes Hércules” de Dworkin e diz que não se pode tomar o Judiciário como a redenção para todos os males nacionais (SARMENTO, 2008, p.581).

Ainda, a dinâmica do processo foi pensada conforme a justiça comutativa, porém, os direitos sociais envolvem questões de justiça distributivas, de modo que as decisões judiciais carecem de uma visão ampla, que é contrária à visão em túnel que o processo tradicional possui. Para combater isso, seria sadia a utilização de processos coletivos e o diálogo entre os Poderes. Também a utilização dos *amici curiae* (SARMENTO, 2008, p.582-583).

Ora, as dificuldades do Poder Judiciário em tratar de questões envolvendo as políticas públicas não podem ser ignoradas, e quanto mais forem os aspectos técnicos presentes nas demandas, maior será a deficiência da atuação judicial. Essa, nesses casos necessita ser cautelosa e aberta à conversa entre os Poderes para que não ocorra o denominado “ativismo judicial”:

[...] o discurso acadêmico sobre a judicialização da política ao redor do mundo permanece surpreendentemente superficial. Com poucas e notáveis exceções, a judicialização da política é habitualmente tratada de uma maneira muito pouco refinada, como um resultado natural da prevalência do discurso dos direitos fundamentais. Às vezes a judicialização da política é confundida com uma versão genérica do ativismo judicial, prestando-se pouca ou nenhuma atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do escopo do direito um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de identidade coletiva que se encontram no coração dos processos de construção da nação. (HIRSCHL, 2009, p. 141)

Aponta-se como uma possível solução alternativa a maior utilização de tutelas coletivas. Isso pois, a principal “clientela” do Judiciário continua sendo a classe média de modo que a atuação judicial causa distorções sociais ao invés de gerar maior equidade na sociedade (SARMENTO, 2008; CORDEIRO, 2012). Assim:

É inegável que a tutela coletiva permite uma visão mais completa das variáveis envolvidas para a realização do direito, principalmente no que tange à problemática questão da escassez de recursos e respectivas escolhas alocativas, e, em virtude disso, pode se mostrar mais indicada em algumas hipóteses. Entretanto a urgência de casos individuais muitas vezes não espera a tramitação de uma demanda coletiva, que, por exigir uma instrução probatória mais ampla e complexa, tende a ser mais demorada e dificultar a antecipação dos efeitos da tutela. (CORDEIRO, 2012, p. 174)

Quanto à possibilidade de concretização de políticas públicas mediante ações coletivas e decisões estruturantes:

[...] para o efeito de enfatizar o vínculo entre direitos fundamentais, mínimo existencial e justiça constitucional, resulta evidente que o reconhecimento de um direito (garantia) ao mínimo existencial, seja numa perspectiva mais restrita (mais próxima ou equivalente a um mínimo vital ou mínimo fisiológico), seja na dimensão mais ampla, de um mínimo existencial que também cobre a inserção social e a participação na vida política e cultura (o que em termos gerais corresponde à concepção dominante na Alemanha, Brasil e mesmo na Colômbia), constitui ao mesmo tempo condição para a democracia (ainda mais na esfera de um Estado Social de Direito) e limite desta mesma democracia. Ao operar, especialmente no âmbito de atuação da assim chamada jurisdição constitucional, como limite ao legislador, implicando inclusive a possibilidade de declaração de inconstitucionalidade material de ato legislativo (como, de resto, 19 de qualquer ato

o poder público), o direito a um mínimo existencial se integra, no contexto do Estado Constitucional, ao conjunto do que já se designou de “trunfos” contra a maioria, pois se trata de algo subtraído – em alguma medida – à livre disposição dos poderes constituídos, inclusive ao legislador democraticamente legitimado. Por outro lado, também no que diz com o mínimo existencial, é perceptível que procedimentalismo e substantivismo não são necessariamente inconciliáveis, muito pelo contrário, podem operar de modo a se reforçarem reciprocamente, assegurando assim uma espécie de concordância prática (Hesse) entre as exigências do princípio democrático e a garantia e promoção dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando em causa as condições materiais mínimas para uma vida condigna. (SARLET, 2017, p.153)

Quando em frente a uma demanda coletiva, o julgador se vê obrigado a analisar o caso de modo “macro” universalizando o pedido das partes. Em se tratando de políticas públicas isso deveria também ser feito nos pedidos individuais, porém há uma tendência do juiz ser mais generoso quando as partes estão personificadas – nos pedidos de saúde, por exemplo, uma pessoa encontra-se em uma situação alarmante, a qual é narrada de modo concreto (SARMENTO, 2008).

Assim, se observa uma distorção nas decisões judiciais ao se comparar as decisões coletivas com as individuais, visto que, nessas os juízes tendem a agir menos com a razão e se deixar levar pelo sentimentalismo. Daí que, entende-se que as ações coletivas seriam um ambiente mais bem adequado para fins de julgamento dos direitos sociais.

Considerações finais

No presente artigo foram apresentados conceitos e discussões acerca da temática da jurisdição dos direitos sociais. Assim, discorreu-se sobre a possibilidade de efetivação de políticas públicas pelo Poder Judiciário. Primeiramente, foi apresentada a questão dos direitos fundamentais e a questão dos direitos individuais e dos direitos sociais.

Foi então debatida a questão da separação dos poderes e a legitimidade dos juízes em decidir sobre os direitos sociais, isso limitado ainda ao princípio da reserva do possível e do mínimo existencial. Tudo para finalmente refletir acerca do questionamento principal do presente escrito, qual seja: “Podem os juízes decidir o rumo das políticas públicas?”.

Filiou-se ao entendimento de Sarmento, que quanto à essa questão posicionou-se, consoante Aristóteles: no caminho do meio. Desse modo, o objetivo do presente artigo fora atingido de modo satisfatório visto que, como já mencionado, não se propôs a extenuar o tema, mas realizar a exposição e crítica. Ainda, foi trazida uma alternativa de solução: a tutela coletiva dos direitos sociais.

Referências

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 45**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 15 de outubro de 2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2175381> Acesso em 13 dez 2019.

CORDEIRO, Karine da Silva. **Direitos fundamentais sociais: dignidade da pessoa humana e mínimo existencial, o papel do poder judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos direitos fundamentais sociais. Imprensa: Porto Alegre, Livr. do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel. **A proteção judicial dos Direitos Sociais: Alguns parâmetros ético-jurídicos**. Daniel Sarmento. In: Direitos Sociais. CLÁUDIO DE SOUZA NETO E DANIEL SARMENTO (Coord.). Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais sociais e mínimo existencial – notas sobre um possível papel das assim chamadas decisões estruturantes na perspectiva da jurisdição constitucional**. In: Processos estruturais. Sergio Cruz Arenhart e Marco Félix Jobim (Org.). Editora Jus Podium, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEREIDO, Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível. Ingo Sarlet e Luciano Timm (Orgs). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos Direitos Sociais**. In: Direitos Sociais. Cláudio De Souza Neto e Daniel Sarmento (Coord.). Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2008.

HIRSCHL, Ran. **O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 139-178, mai. 2009. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7533>>. Acesso em: 213 Dez. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v251.2009.7533>

ECOFEMINISMO DECOLONIAL: SONHANDO O BEM-VIVER

DECOLONIAL ECOFEMINISM: DREAMING WELL-BEING

Giulia Melo de Mello¹

Priscilla Silva²

Valéria Mendes Pinheiro³

Resumo

A ideia utópica do desenvolvimento, consolidada após a Segunda Guerra Mundial, propiciou a dicotomia entre país desenvolvido e subdesenvolvido, além de agravar a marginalização das culturas dos países periféricos. As mulheres, devido à violência patriarcal sofrida por elas ser interligada à devastação do meio ambiente, tornaram-se as principais guardiãs da natureza e das práticas comunais. Assim, em oposição ao neodesenvolvimentismo, originou-se o Bem-Viver, que busca uma vida ligada à natureza e da valorização das culturas locais. Em vista disso, tanto o ecofeminismo quanto a decolonialidade visam à preservação ambiental em detrimento da acumulação de capital e, nesse contexto, o Equador e a Bolívia criaram normas constitucionais em prol da *Pachamama*, mas, não obtiveram êxito. Portanto, este trabalho objetiva pesquisar o papel do Direito na concretização dos ideais ecofeministas e decoloniais, trazendo à baila a seguinte indagação: de que forma o Direito poderá contribuir para uma sociedade emancipatória e decolonial, sob à luz do ecofeminismo? Para responder a esse questionamento, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, partindo de aspectos que versam sobre o Bem Viver para uma leitura sobre o Equador e a Bolívia, países que consolidaram a perspectiva decolonial em suas Constituições Federais. O método de procedimento usufruído foi o qualitativo e bibliográfico, sendo que as técnicas de pesquisa utilizadas foram fichamento e resumos de leituras que versam acerca da presente temática. Por fim, concluiu-se que tais debates podem ajudar a construir um novo paradigma ecológico e antipatriarcal que nos permita conceber uma nova sociedade, sem que haja violência de gênero e extrapolação dos limites planetários.

Palavras-chave: Bem-Viver; decolonialidade; ecofeminismo; neoliberalismo.

Abstract

The utopian idea of development, consolidated after the Second World War, led to the dichotomy between developed and underdeveloped countries, in addition to aggravating the marginalization of cultures in peripheral countries. Due to the patriarchal violence suffered by them being linked to the devastation of the environment, women became the main guardians of nature and communal practices. Thus, in opposition to neo-developmentalism, Bem-Viver originated, which seeks a life linked to nature and the valorization of local cultures. In view of this, both ecofeminism and decoloniality aim at environmental preservation at the expense of capital accumulation and, in this context, Ecuador and Bolivia created constitutional norms in favor of *Pachamama*, but were not successful. Therefore, this work aims to research the role of Law in the realization of ecofeminist and decolonial ideals, bringing up the following

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: giumdemello@gmail.com

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. E-mail: priscillasilva1095@gmail.com

³ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. E-mail: valeriah.mendes@hotmail.com

question: how can Law contribute to an emancipatory and decolonial society, in the light of ecofeminism? To answer this question, we used the deductive approach method, starting from aspects that deal with Bem Viver for a reading about Ecuador and Bolivia, countries that consolidated the decolonial perspective in their Federal Constitutions. The method used was qualitative and bibliographic, and the research techniques used were file and reading summaries that deal with the present theme. Finally, it was concluded that such debates can help to build a new ecological and anti-patriarchal paradigm that allows us to conceive a new society, without gender violence and extrapolation of planetary limits.

Keywords: Well-Living; decoloniality; ecofeminism; neoliberalism.

Introdução

Após a Segunda Guerra Mundial, a política desenvolvimentista consolidou-se e, com ela, adveio a fragmentação das comunidades e a dicotomia entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. Tal política firmou-se por meio do silenciamento das culturas oriundas dos países periféricos e subdesenvolvidos, os quais possuíam valores advindos da ancestralidade e prezavam pela preservação da natureza. Em vista disso, a perda da conexão entre o ser humano e a natureza intensificou-se, sendo as mulheres as principais guardiãs e defensoras da vida comunitária, devido à violência patriarcal sofrida por elas ser interligada à devastação do meio ambiente.

Mediante o cenário ora narrado, nasceu o Bem-Viver, uma prática que busca uma vida próxima à natureza, ligada à ancestralidade e desarraigada de interesses desenvolvimentistas. Sob à luz da alternativa ao desenvolvimento, advieram normas constitucionais no Equador e na Bolívia, todavia, em razão da irrisória ampliação do conhecimento acerca desta temática, tais normas não se mostraram completamente efetivas. Em vista disso, este trabalho justifica-se pela necessidade do fortalecimento acerca do tema, em razão da pouca divulgação desta temática no meio acadêmico, científico e midiático.

Assim, pretende-se responder o seguinte questionamento: de que forma o Direito poderá contribuir para uma sociedade emancipatória e decolonial, sob à luz do ecofeminismo? Para responder a esse questionamento, este artigo objetiva pesquisar o papel do Estado e do Direito na busca e na concretização dos ideais ecofeministas e decoloniais. A metodologia utilizada foi o método de abordagem dedutivo, partindo de aspectos que versam sobre o Bem-Viver para uma leitura sobre o Equador e a Bolívia, países que consolidaram a perspectiva decolonial em suas Constituições Federais. Por fim, o método de procedimento usufruído foi o qualitativo e bibliográfico, sendo que as técnicas de pesquisa utilizadas foram fichamento e resumos de leituras que versam acerca da presente temática.

1 O “fantasma” do (neo)desenvolvimento: o neoliberalismo e a sua desvinculação com o estado democrático de direito

Durante a Guerra Fria, houve a institucionalização da lógica desenvolvimentista e a consolidação de “uma estrutura de dominação dicotômica: desenvolvido-subdesenvolvido, pobre-rico, avançado-atrasado, civilizado-selvagem, centro-periferia” (ACOSTA, 2016, p. 54). A dicotomia propiciou a intervenção em países “atrasados”, sob a justificativa de introduzir uma democracia que pudesse propiciar o desenvolvimento pregado pelos países ricos (ACOSTA, 2016, p. 55).

Considerando a ameaça comunista, países capitalistas vislumbraram a democracia liberal como a defensora tanto dos direitos políticos e liberdade civis quanto da propriedade privada. Tanto é que, após a Guerra Fria, a democracia liberal esteve em seu apogeu, tendo havido o crescimento econômico (MOUNK, 2019, p. 15). Todavia, na medida em que houve o desmantelamento da ameaça comunista, a democracia enfraqueceu-se e a política desenvolvimentista foi posta em xeque.

Para Boaventura de Souza Santos, a relação entre democracia e capitalismo foi sempre tensa (2016, p. 190). Para o escritor, há um conflito de classes, pois o capitalismo sente-se seguro caso seja governado pela elite, que inclusive é composta por uma população minoritária. De outra sorte, como a democracia é, por excelência, um governo da maioria, não há compatibilidade, então, entre democracia e capitalismo; ou seja, a democracia liberal, proposta pela política desenvolvimentista, é refutável.

Laval e Dardot versam acerca da influência da modernidade nas democracias, pois houve a divisão do ser humano em dois, quais sejam, “o cidadão dotado de direitos inalienáveis e o homem econômico guiado por seus interesses, o homem como ‘fim’ e o homem ‘instrumento’” (2016, p. 323). O neoliberalismo ensejou no desequilíbrio e a balança tendeu ao segundo polo, isto é, do homem econômico e voltado ao lucro. Ademais, os autores teceram que

A mercantilização das relações sociais, juntamente com a urbanização, foi um dos fatores mais poderosos da ‘emancipação’ do indivíduo com relação a tradições, raízes, apegos familiares e fidelidades pessoais. [...] O indivíduo liberal, a exemplo do sujeito *lockiano* proprietário de si mesmo, podia acreditar que gozava de todas as suas faculdades naturais, do livre exercício de sua razão e vontade, podia proclamar ao mundo sua autonomia irreduzível, mas continuava a ser uma engrenagem dos grandes mecanismos que a economia política clássica começava a analisar (2016, p. 323-324).

Assim, para Laval e Dardot (2016, p. 384), não há correlação entre democracia e capitalismo, porque o sistema econômico objetiva somente a proteção do domínio, ou seja, da propriedade. A liberdade política mostra-se desassistida e desamparada, não havendo a “participação direta dos homens na escolha dos seus dirigentes” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 384). Nesse viés, observa-se que a democracia liberal se efetivou tão somente para atender aos interesses da elite, sendo um pretexto para a consolidação do capitalismo no período pós Guerra-Fria.

“Após a Segunda Guerra Mundial, a democracia passou a ser utilizada como arma ideológica na Guerra Fria. No estado de bem-estar social, a democracia passou a ser vista como asseguradora de direitos fundamentais” (BORGES, 2017, p. 131). Entretanto, na prática, não houve a proteção dos direitos fundamentais de toda a população, visto que o neoliberalismo se limitou a fortalecer práticas coloniais, ou seja, de exploração da natureza e de seres humanos vitimizados.

O conhecimento acerca do neoliberalismo é imprescindível, visto que ele transformou as relações sociais e transmutou o capitalismo em si. “Nesse sentido, o neoliberalismo não é apenas uma ideologia, um tipo de política econômica. É um sistema normativo que ampliou sua influência no mundo inteiro, estendo a lógica do capital a todas as relações sociais” (DARDOT; LAVAL, 2016). Por conseguinte, tal política econômica tem enfraquecido a coletividade, porquanto há um regime de concorrência que atua como uma máquina de moer coletividades (PINHEIRO-MACHADO, 2019).

Além disso, esse sistema econômico, inclusive, pôs em xeque as características inerentes ao ser humano, acarretando na destruição da cooperação e da generosidade para com o próximo. Nesse viés, Dardot e Laval (2016, p. 09) discutiram acerca da necessidade de colocar a “imaginação política para trabalhar a partir das experiências e das lutas do presente”. Considerando a peculiaridade do neoliberalismo, é preciso que formas alternativas sejam apresentadas e construídas, a fim de que seja preservada as características humanas e que as pessoas não sejam resumidas em capital e em lucro.

A transformação dos indivíduos em empresas que devem gerir capital acarreta em transtornos psíquicos. A falácia do desenvolvimento, propulsionada pelo sistema neoliberal, afeta a forma das pessoas de se relacionarem, fazendo com que se sintam fracassadas, caso não consigam produzir e adentrar no mercado de trabalho. Ademais, de acordo com a pesquisadora Juliana Borges, ao invés de operar por meio do controle social, a lógica neoliberal opera sobretudo no extermínio de grupos que não conseguem encaixar-se no

sistema econômico vigente, tornado “inviável a coexistência de democracia e capitalismo” (2017, p. 133).

Assim, no cerne desse sistema de exclusão e de esmagamento das subjetividades, surge um sintoma depressivo nos cidadãos vítimas da política neoliberal. Ainda, de acordo com Dardot e Laval,

O sintoma depressivo já faz parte da normatividade como elemento negativo desta última – o sujeito que não aguenta a concorrência pela qual pode entrar em contato com os outros é um ser fraco, dependente, que se suspeita não estar “à altura do desafio”. O discurso da “realização de si mesmo” e do “sucesso de vida” leva a uma estigmatização dos “fracassados”, dos “perdidos” e dos infelizes, isto é, dos incapazes de aquiescer à norma social de felicidade. O “fracasso social” e visto, em última instância, como uma patologia (2016, p. 366-367).

De acordo com a antropóloga Rosana Pinheiro-Machado, o neoliberalismo transformou o cidadão em um consumidor/empreendedor que teve os seus direitos sequestrados em prol das grandes corporações (2019, p. 20). Esse sistema econômico, aliado ao neodesenvolvimentismo, transformou a Terra e o ser humano em recursos econômicos, colocando em risco o equilíbrio ecológico. O “fantasma do desenvolvimento” (ACOSTA, 2016), embora pregue uma política em prol dos direitos humanos, não erradicou a fome e as mazelas sociais existentes nos países pobres e “não desenvolvimentos”. De outra sorte, o “fantasma do desenvolvimento” contribuiu para com a acumulação de riquezas de uma baixa parcela da população dos países pobres e dos países ricos (ACOSTA, 2016, p. 58).

Pontua-se que, na América Latina, os governantes conseguiram minimizar a fome em alguns países. No entanto, considerando o histórico extrativista e de exportação de terra e água, tais governos “não conseguiram – ou não quiseram – aproveitar o *boom* das *commodities* a partir de 2003 para implementar reformas estruturais que apontassem para um horizonte pós-extrativista” (DILGER; PEREIRA FILHO, 2016, p. 14), senão pós-capitalista, pós-colonialista e antidesenvolvimentista. Houve, então, a perpetuação da exploração humana e da degradação ambiental, sob a justificativa do “desenvolvimento” humano.

Segundo o livro *Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento*, organizado por Dilger, Lang e Pereira Filho, mesmo que alguns países da América Latina se mostrem contrários à política neoliberal, há uma coadunação com práticas coloniais que ensejam a exportação de matérias-primas, o que prejudica os povos locais (SVAMPA, 2016, p. 141). Os governos da Bolívia e do Equador, por exemplo, opuseram-se a economia neoliberal, todavia, “no marco das teorias da governança mundial, a tendência não é precisamente que o Estado se torne novamente um “mega-ator” (SVAMPA, 2016, p. 144). A intenção é que o Estado mantenha a relação com as

multinacionais, o que acarreta na destruição da natureza, em razão de uma política neodesenvolvimentista e extrativista. Em síntese, embora os governos assumam uma postura “oposta” ao neoliberalismo, as suas atitudes não o refutam, mas sim agravam práticas coloniais que se perpetuam no tempo.

“O neoliberalismo nada mais é do que o capitalismo em sua fase senil, a era da acumulação em tempos de esgotamento do mundo e de crise terminal das energias vitais, tanto das primárias (que brotam da Terra) como das sociais” (ARÁOZ, 2016, p. 461). Assim, mesmo que Estados adotem políticas nacionalistas e progressistas, a economia econômica vigente consegue se inserir nesses lugares, a fim de obter lucro às custas das terras marginalizadas.

Outro ponto que merece destaque é que, para Acosta (2016), a abertura do comércio dos países periféricos é uma das maneiras que os países “desenvolvidos” conseguem intervir e lucrar. Isso porque o neodesenvolvimento, fomentado pelos países ricos por meio inclusive de um discurso em prol do livre comércio, não visa ao enriquecimento dos países pobres, pelo contrário. Para Acosta, “o mercado não é um produto de geração espontânea, como afirma a teologia liberal. O mercado é uma construção social, que responde a demandas concretas de cada época histórica” (2016, p. 190-191).

Nessa perspectiva, na medida em que os países ricos conseguiram consolidar-se no mercado mundial com políticas protecionistas históricas, atualmente pregam o livre comércio, prática essa ilusória que visa ao lucro e ao agravamento da dependência dos países empobrecidos, visto carecerem de proteção. Por esse motivo, é de se pensar em uma economia que valorize as maiorias, ou seja, a população empobrecida. Nesse ponto de vista, Acosta discorreu sobre o autocentrismo como o desenvolvimento das forças produtivas locais, processo político de participação de toda a comunidade e que vai de encontro à política desenvolvimentista propagada pelos países centrais (2016, p. 176).

Do ponto de vista econômico, uma proposta de transição a partir do autocentrismo prioriza os mercados locais e o mercado interno. Isso, no entanto, não significa voltar ao modelo de “substituição de importações” de outrora, que procurou beneficiar e de fato beneficiou os capitalistas locais, com a expectativa de fomentar e favorecer uma inexistente “burguesia nacional” e, por meio dela, dar lugar à industrialização. No que se refere ao autocentrismo, mercado interno significa mercado de massas e sobretudo mercados comunitários, onde predominará o “viver com o nosso e para os nossos”, vinculando campo e cidade, rural e urbano. Dali, poderá ser avaliadas as possibilidades de como participar na economia mundial (ACOSTA, 2016, p. 177).

A política neoliberal, além de induzir os países pobres a abrirem os seus comércios, fez com que eles refutassem as culturas dos povos locais, a fim de que valorassem as culturas dos

povos centrais e, com isso, quisessem adquiri-las, propiciando a “salutar” circulação de capital. Segundo Acosta, a exaltação dos países promove a “desigualdade social, degradação ambiental, desemprego e subdesemprego, além de outras injustiças que colocam em perigo a continuidade de vida neste planeta” (2016, p. 65).

Assim, a valorização das economias locais é de suma importância ao verdadeiro desenvolvimento dos países periféricos. Ao fortalecer uma cultura democrática e participativa, o fortalecimento das economias locais fará com que haja a “incorporação econômica e social dos povos, que devem deixar seu papel passivo no uso de bens e serviços coletivos e converter-se em propulsores autônomos dos serviços de saúde, transporte etc.” (ACOSTA, 2016, p. 179). Afinal, é somente por intermédio de uma ampla democracia que se encontrará alternativas ao desenvolvimento utópico e falacioso disseminado pelos países ricos desde o período pós Guerra-Fria. Por intermédio de uma construção social pautada no diálogo e no respeito e valorização das culturas locais, sociedades alternativas poderão surgir. De acordo com Acosta, a humanidade não é composta por seres agressivos e competitivos, mas de seres humanos ligados à cooperação (2016, p. 200).

Nas palavras da escritora Kambiwá (2017, p. 246), fontes alternativas de organização social, que têm a radicalização de uma democracia plena, podem ser encontradas na filosofia ameríndia *Sumak Kawsay* ou Bem Viver. Assim, no solo latino-americano, é o local em que afloram novas possibilidades de vida que, inclusive, podem trazer empecilhos à continuidade deste sistema econômico que, há séculos, explora e degrada as terras colonizadas.

2 O bem-viver: sonhando novas possibilidades de organização de uma sociedade anticapitalista e despatriarcalizada

Na busca por visões alternativas de vida surge um novo conceito de forma de viver, sistematizado por Alberto Acosta em sua obra *O Bem Viver – Uma oportunidade para imaginar outros mundos*. O Bem Viver é, em sua essência processo advindo da matriz comunitária os povos que prezam por viver em harmonia com a Natureza (ACOSTA, p. 24).

Segundo Acosta (2016, p. 33), o Bem Viver vai além do conceito tradicional de desenvolvimento, ele implementa uma visão diversificada, resultando em uma maior complexidade. Ainda nesse sentido, o autor afirma que não há um conceito pronto, é um termo em construção, ademais demonstra a proposta quando aduz:

[...] sua proposta de harmonia com a Natureza, reciprocidade, relacionalidade, complementariedade e solidariedade entre indivíduos e comunidades, com sua oposição ao conceito de acumulação perpétua, com seu regresso a valores de uso, o

Bem Viver, uma ideia em construção, livre de preconceitos, abre as portas para a formulação de visões alternativas de vida.

Importante trazer outros entendimentos sobre o conceito de bem viver: filosofia de vida (Acosta, 2010), cosmologia (Walsh, 2010), atitude de vida (Cortez, 2011), ontologia (Thomson, 2011), modelo de desenvolvimento e alternativa ao desenvolvimento (Gudynas, 2011). Seguindo esta mesma linha, Gudynas (2011) também sustenta que o tema Bem Viver ainda está em construção e que, em razão do seu caráter relativista, deve ser adequado ao contexto social, cultural e ambiental no qual está inserido. Neste viés, Gudynas (2011) aduz que “Bem Viver é entendido como um paradigma que compreende um espaço-temporal comum, no qual podem conviver distintas ontologias, na construção de uma interculturalidade que aponte “alternativas ao desenvolvimento”.

Assim, o Bem Viver traduz a busca de vida próxima à natureza, ligada à ancestralidade e às crenças indígenas, além de ser desarraigada de interesse desenvolvimentista e capitalista. Ademais, há uma identidade cultural que se transpõe de uma ligação profunda com o lugar que se habita, surgindo assim modos de vida, expressões, como arte, música, vestimenta, entre outros. Desta forma, quando se alude à identidade, se sugere historicidade, viver o presente alicerçado a partir de uma memória, de ancestralidade, que projeta uma perspectiva de futuro possível de ser vivido (MAMANI, 2010).

Bem Viver, segundo a visão de Alcântara e Sampaio (2017), “se relaciona com a qualidade de vida e remete a questões como espiritualidade, natureza, modos de vida e consumo, política, ética”. Defendem que, nesta perspectiva, necessário se faz amadurecer o conceito sobre o tema Bem Viver, estabelecendo debates de conscientização e divulgação da ideia “como uma proposta alternativa de desenvolvimento, quando se pensa a relação sociedade e natureza”.

Ainda, conforme entendimento de Alcântara e Sampaio (2017) pode-se dizer que o Bem Viver está ligado a qualidade de vida das pessoas, visando melhorar a qualidade da alimentação, educação, saúde, por exemplo, o que é possível através da educação, das relações familiares, com mudança de hábitos de vida, de trabalho e de ambiente. Destaca-se que o processo que visa estas transformações, com o objetivo de implementar o Bem Viver, com a erradicação da pobreza e inclusão das pessoas em um contexto social, exige esforço orçamental significativo, com vistas a viabilidade e sustentabilidade ao longo do tempo (CEPAL, 2014, p.10).

[...] um compromisso com a mudança [...] que permite a aplicação de um novo paradigma econômico, cujo final não se concentra no material, na acumulação mecanicista e interminável de bens, mas em vez disso promove uma estratégia econômica inclusiva, sustentável e democrática. [...] Além disso, Bem Viver' é construído [...] sobre a transição do atual antropocentrismo para o biopluralismo [...]. Finalmente, 'Bem Viver' também se baseia nas demandas por igualdade e justiça social, e no reconhecimento, avaliação e do diálogo dos povos e suas culturas, formas de conhecimento e modos de vida (SENPLADES, 2009, p. 10).

Diante das lutas dos povos e nacionalidades indígenas frente à repressão colonialista histórica, nasceu a possibilidade da construção de outros tipos de sociedade, a qual é nutrida pela convivência harmoniosa e pacífica entre ser humano e natureza (ACOSTA, 2016). Nesse viés, o Bem Viver “propõe saídas descolonizadoras em todos os âmbitos da vida humana” (ACOSTA, 2016, p. 82), trazendo uma proposta decolonial que valoriza as diversas culturas existentes no Planeta Terra.

Há que se falar que a ruptura do ser humano com a natureza, em razão do capitalismo, afetou diretamente a vida das mulheres, afastando-as das suas ancestralidades. A violência sofrida por elas é interligada à devastação do meio ambiente, havendo uma “interconexão entre a submissão das mulheres aos homens e o domínio da natureza pelos seres humanos (SILIPRANDI, 2009)” (VIEIRA; MILWARD-DE-AZEVEDO, 2018). Assim, ao longo dos séculos, houve o esmagamento da natureza feminina à semelhança da fauna silvestre das florestas virgens, sendo as terras espirituais da mulher selvagem queimadas e saqueadas (ESTÉS, 2018, p. 15).

À luz de alternativas sistêmicas, se encontra o valor do ecofeminismo, referido por Beltrán (2019) como “uma teoria crítica, uma filosofia e uma interpretação do mundo para sua transformação”, que procura explicações e transformações em relação às questões da superexploração da natureza e da dominação e violência frente ao patriarcado existente, unindo esses pontos como um mesmo fenômeno. Esse movimento visa à libertação feminina, questiona relação de domínio do ser humano em relação à natureza e a relação de desigualdade do homem sobre a mulher, o poder do patriarcado (BÉLTRAN, 2019). Tal movimento intenta a libertação de todas as formas de vida, coincidindo, assim, com as lutas feministas e ecologistas (D'EAUBONNE, 1974).

O Bem Viver não pretende apresentar propostas reformistas que legitimem o sistema, mas sim uma mudança coletiva, democrática, decolonial e ecofeminista. Ele se apresenta como uma forma para construção coletiva de novas formas de vida. Há, portanto, um intuito de oportunizar os bens viveres, os quais dependem inclusive de questões jurídicas-

legislativas. Entretanto, vale ressaltar, não se trata apenas da materialização formal, como o caso do Equador e da Bolívia é preciso a aplicabilidade na prática.

3 O papel do poder público na concretização de práticas alternativas da vida em sociedade

Sabe-se que os sistemas legislativo, executivo e judiciário, na forma do Estado e suas políticas públicas, são os meios com os quais as teorias se concretizam e passam a ser aplicadas no dia a dia da sociedade, efetivando a mudança necessária. Dessa maneira, em relação ao movimento ecologista e ao movimento feminista, verifica-se que já existe vasta legislação tanto em defesa das mulheres quanto em defesa dos recursos naturais, havendo, no entanto, algumas problemáticas a serem analisadas.

Primeiramente, salienta-se a não aplicação das legislações já existentes, relativizando as transgressões contra elas cometidas. No tocante à legislação ambiental, o Brasil figura como um dos países que mais possui leis que objetivam a proteção dos recursos ambientais, ao passo que quase nenhuma delas é implementada, segundo um dos autores do Relatório sobre o Estado do Direito Ambiental (UNEP, 2019), Carl Bruch. Dessa forma, de nada adianta uma ampla legislação protetora do meio ambiente sem que haja meios para a sua aplicação, o que deve ocorrer através do fortalecimento das fiscalizações e endurecimento das sanções, bem como através da ampliação de poderes e investimentos dados aos órgãos e organizações que trabalham para essa finalidade.

O mesmo ocorre em relação aos problemas relacionados com a segurança da mulher. Por mais que a Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006), por exemplo, tenha reduzido os casos de violência contra a mulher, o corpo feminino prossegue sendo alvo de crimes praticados em sua grande maioria por homens. Durante a pandemia do COVID-19, segundo o Relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2020), os casos de violência doméstica aumentaram em 73%. Evidencia-se, assim, a necessidade de fortalecimento de políticas públicas que protejam tanto a mulher como o meio ambiente, bem como a efetivação das sanções a serem aplicadas contra transgressores das legislações já existentes.

Ainda, importa referir a ausência de legislação que contemple e defenda as pessoas – em sua maioria mulheres – racializadas que resistem aos ataques contra seus territórios e muitas vezes acabam falecendo em razão de suas lutas. No Brasil, conforme o Relatório sobre o Estado do Direito Ambiental (UNEP, 2019, p. 173), entre os anos de 2002 e 2015, 527 ambientalistas foram mortos, sendo o maior número desse tipo de homicídio entre todos os

países nos quais foi realizado a pesquisa. Nota-se, portanto, a incapacidade do Poder Público em evitar e prevenir tais crimes de ocorrerem, bem como de puni-los com o rigor adequado, favorecendo com que os mesmos sejam praticados novamente.

Esses indicativos são sequelas da colonização, do sistema capitalista e também do neoliberalismo em que vivemos e reproduzimos. Dessa maneira, refere Beltrán (2019) que

É preciso ainda considerar os diferentes contextos políticos e econômicos. Uma coisa é o ecofeminismo numa sociedade de bem-estar, na qual os bens públicos estão relativamente menos desmantelados que nas sociedades pobres ou “em desenvolvimento”, com fortes sequelas do colonialismo, onde a anatomia social, a falta de serviços, a pobreza, o extrativismo e os regimes autoritários podem afetar a prática desse conceito. (p. 139)

Já em relação à prática do Bem Viver, após análise dos panoramas do Equador e da Bolívia, países que incorporaram princípios relacionados ao tema em suas constituições de 2009 e 2008, sob os governos de Rafael Correa e Evo Morales, respectivamente, percebe-se que o simples reconhecimento constitucional acerca da importância da natureza e dos Direitos da Mãe Terra não é suficiente, pois os países prosseguiram com atividades extremamente danosas ao meio ambiente e que iam totalmente de encontro aos ideais propostos.

Há de se ter cautela em não transformar a defesa aos saberes ancestrais e aos direitos da Pachamama em mero *slogan*, constitucionalizando direitos da natureza e não aplicando tal “filosofia” às práticas econômicas. Nos casos da Bolívia e Equador, verificou-se, por exemplo, a manutenção e inclusive incentivo a atividades extremamente prejudiciais ao meio ambiente, como é o caso da mineração e o extrativismo em geral, práticas que contradizem o ideal do Bem Viver e tudo o que foi ensinado pelos povos originários latino-americanos. Uma sociedade do Bem Viver, nas palavras do pensador Aníbal Quijano (2014)

Não pode ser senão um complexo de práticas sociais orientadas à produção e à reprodução democráticas de uma sociedade democrática, um outro modo de existência social, com seu próprio e específico horizonte histórico de sentido, radicalmente alternativos à Colonialidade Global do Poder e à Colonialidade/Modernidade Eurocentrada. (p. 937/938) (tradução livre)

Assim, o papel do Estado, além de encontrar maneiras para a aplicação efetiva e eficaz das legislações tanto em proteção do meio ambiente como em proteção da mulher, também deve implementar políticas públicas que tenham um viés especialmente decolonial e que leve em consideração as sabedorias e práticas ancestrais. Somente com a superação do paradigma da democracia liberal é que haverá a proteção integral dos direitos da natureza e daqueles que a protegem. Para além disso, pontua Solón (2019) que

O papel do Estado em relação ao Bem Viver não pode nem deve ser o de organizador e planificador de toda a sociedade. Deve ser um fator que contribua para o empoderamento das comunidades e das organizações sociais por meio de práticas não clientelistas. Ou seja, em vez de dar a elas bens materiais, como veículos, sedes sindicais ou quadras esportivas, é necessário estimular que se informem, conheçam, analisem, debatam, questionem, construam políticas públicas e, em muitos casos, as executem, sem esperar pela luz verde do Estado. O *suma qamaña* e o *sumak kawsay* resistiram durante muitos séculos em luta contra os Estados inca, colonial, republicano, nacionalista e neoliberal. Eram visões práticas comunitárias que se produziam apesar dos poderes estabelecidos, e não por eles. Ao se “estatizar”, o Bem Viver começou a abandonar seu poder autogestionário e questionador. (p. 48)

Assim, entende-se que, em países como a Bolívia e Equador, “um erro chave consistiu em acreditar que o Bem-Viver poderia ser plenamente desenvolvido pelo poder estatal, quando na realidade é uma proposta que se constrói na sociedade” (SOLÓN, 2019, p. 46). Deve-se, portanto, superar, na medida do possível, o estatismo, sendo o papel do Estado e do Direito, principalmente, introduzir meios para que a sociedade e as comunidades possam empoderar-se e passem a construir suas próprias políticas públicas de acordo com seus melhores interesses, endossando o poder autogestionário e questionador inerente ao Bem Viver.

Conclusões

Da breve pesquisa acerca da temática envolvendo a articulação entre o Bem-Viver e o Ecofeminismo a partir de uma perspectiva decolonial, entende-se que tais debates podem ajudar a construir um novo paradigma ecológico e antipatriarcal que nos permita conceber uma nova sociedade, sem que haja violência de gênero e extrapolação dos limites planetários. Nas palavras de Acosta, “outro mundo será possível se for pensado e erguido democraticamente, com os pés fincados nos Direitos Humanos e nos Direitos da Natureza” (2016, p. 21).

Diante do que fora demonstrado, das concepções do Bem Viver e sua proposta em fortalecer as relações comunitárias e solidárias, os espaços comuns e variadas formas de viver coletivamente, respeitando a diversidade e a natureza, ressalta a importância de apostar em movimentos alternativos como este para renovação de ordem socioeconômica, prezando pelo que é suficiente para a satisfazer as necessidades, dos seres humanos e também da natureza, deixado de lado o critério baseado na eficiência e no cálculo individual de custos e benefícios. (ALCANTARA, SAMPAIO, 2017)

Por fim, tem-se a noção da amplitude e complexidade destes conceitos e seus muitos desdobramentos, os quais impedem, por hora, o esgotamento da temática, o que de forma alguma foi a intenção do presente trabalho, eis que o aprofundamento e melhor domínio demanda estudo e análise sob diversos enfoques e correntes teóricas.

Referências

ARAÓZ, Horacio Machado. **O debate sobre o “extrativismo” em tempos de ressaca: a natureza americana e a ordem colonial**. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam;

PEREIRA FILHO, Jorge (org.). **Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento**. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ACOSTA, A. *El Buen Vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde la Constitución de Montecristi*. Friedrich Ebert Stiftung. Policy Paper: 9 octubre 2010. Disponível em: <https://es.slideshare.net/ecuadordemocratico/buen-vivi1>. Acesso em: 28 nov 2020.

ALCANTARA, Liliane Cristine Schlemer; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce. Bem Viver como paradigma de desenvolvimento: utopia ou alternativa possível? . Desenvolvimento e Meio Ambiente. Sistema Eletrônico de Editoração de Revistas - SEER / Open Journal Systems – OJS. Vol. 40, abril 2017. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/made/information/librarians>. Acesso em: 28 nov 2020.

BELTRÁN, E. P. Ecofeminismo. In: **Alternativas sistêmicas: Bem Viver, decrescimento, comuns, ecofeminismo, direitos da Mãe Terra e desglobalização**. Organizador: Pablo Solón. Editora Elefante, 2019.

BORGES, Juliana. Feminismo negro: Resistência anticapitalista e radicalização democrática. In: BUENO, Winnie et al (org.). **Tem saída?: ensaios críticos sobre o Brasil**. 1ª edição. Porto Alegre: Zouk, 2017.

CEPAL (Comisión Económica para América Latina y el Caribe). **Hacia un sistema de protección social más inclusivo en el Ecuador. Seguimiento y desenlace de un proceso de construcción de consensos en la búsqueda del Buen Vivir**. César Carranza Barona, María Victoria Cisneros, (LC/L.3866), Serie Políticas Sociales, n. 205. Santiago de Chile. Publicación de las Naciones Unidas, 2014. Disponível em: <https://repositorio.cepal.org/handle/11362/36859>. Acesso em 28 nov 2020.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal**. 1ª edição. São Paulo: Editora Boitempo, 2016.

DILGER, Gerhard; PEREIRA FILHO, Jorge. Apresentação à edição brasileira: ousar pensar “fora da caixa”. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam; PEREIRA FILHO, Jorge (org.).

Descolonizar o imaginário: debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

D'EAUBONNE, Françoise. **La féminisme ou la mort**. França: Horay, 1974.

ESTÉS, Clarissa Pinkola. **Mulheres que correm com os lobos: mitos e histórias do arquétipo da mulher selvagem**. 1ª edição, Rio de Janeiro: Rocco, 2018.

Gudynas, E. Buen Vivir: Today's tomorrow. *Development*, 54(4), 441-447, 2011. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/241764771_Buen_Vivir_Today's_Tomorrow. Acesso em: 28 nov 2020.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Violência Doméstica Durante a Pandemia de COVID-19**. Ed. 2. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 29 nov 2020

KAMBIWÁ, Avelin Buniacá. Crise, democracia e a esquerda no século XXI: um olhar da mulher indígena. In: BUENO, Winnie et al (org.). **Tem saída?: ensaios críticos sobre o Brasil**. 1ª edição. Porto Alegre: Zouk, 2017.

Mamani, F. H. **Buen vivir / vivir bien. filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas**. Coordinadora Andina de Organizaciones Indígenas – CAOI. Lima: 2010.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia:** por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

PEREIRA FILHO, Jorge (org.). **Descolonizar o imaginário:** debates sobre pós-extrativismo e alternativas ao desenvolvimento. São Paulo: Fundação Rosa Luxemburgo, 2016.

PINHEIRO-MACHADO, Rosana. **Amanhã vai ser maior:** o que aconteceu com o Brasil e as possíveis rotas de fuga para a crise atual. São Paulo: Planeta do Brasil, 2019.

QUIJANO, Aníbal. **Antología Esencial**. Ed. Danilo Assis. Buenos Aires: Clacso. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **A difícil democracia:** reinventar as esquerdas. 1ª edição. São Paulo: Boitempo, 2016.

SENPLADES. Plan Nacional para el Buen Vivir 2009-2013: **construindo un Estado plurinacional e intercultural**. Quito-Ecuador: SENPLADES, 2009. Disponível em: https://issuu.com/publisenplades/docs/pnbv_2009-2013/16. Acesso em: 28 nov 2020.

SOLÓN, Pablo. **Bem Viver**. In: SOLÓN, Pablo. Alternativas sistêmicas. Editora Elefante, 2019. p. 19-63.

SVAMPA, Maristella. Extrativismo neodesenvolvimentista e movimentos sociais: um giro ecoterritorial rumo a novas alternativas?. In: DILGER, Gerhard; LANG, Miriam;

UNEP. **Environmental Rule Report: First Global Report**. United Nations Environment Programme, Nairobi. 2019.

VIEIRA, Bruna Benazi; MILWARD-DE-AZEVEDO, Michaelle Alvim, **Ecofeminismo: A mulher rural como fomentadora dos saberes etnobotânicos e lutas ambientalistas**, In: Simpósio de Gestão Ambiental e Biodiversidade, 7º edição. Três Rios - RJ, 2018.

WALSH, C. **Desenvolvimento como Buen Vivir: acordos institucionais e (de) envolvimentos coloniais**. Desenvolvimento, 53(1), 15-21, 2010. Disponível em: <http://catherine-walsh.blogspot.com/2010/11/desenvolvimento-como-buen-vivir.html>. Acesso em: 28 nov 2020.

EDUCAÇÃO ENQUANTO DIREITO HUMANO NO BRASIL: UM ESTUDO Á LUZ DA CONTRIBUIÇÃO DE BOURDIEU

EDUCATION AS HUMAN RIGHT IN BRAZIL: A STUDY IN THE LIGHT OF CONTRIBUTION BY BOURDIEU

Daniel Júnior Rodrigues Alvarenga¹
Camila de Almeida Miranda²

Resumo

Tendo em vista que o direito de acesso à educação passou por uma série de transformações nos últimos anos, notoriamente com o advento da Constituição Federal de 1988, torna-se um dever do Estado promover o acesso a esse direito. Esta pesquisa busca apresentar como se dá o acesso à educação, considerando as discrepâncias sociais que o Brasil possui, de modo a entender até que ponto o capital cultural influencia no acesso a esse direito por parte dos estudantes. Para tanto, é necessário compreender as desigualdades do acesso à educação por certos setores da sociedade que são tidos como minorias. Realiza-se, então, uma pesquisa bibliográfica e documental; optou-se neste trabalho pela análise de caráter qualitativo e quantitativo, para tanto, se fez necessária a análise de dados em sites governamentais. Diante disso, verifica-se que certos grupos sociais, considerando a condição socioeconômica e até em muitas vezes a cor da pele das pessoas, desfrutam de privilégios no acesso à educação no Brasil, sobretudo no acesso e permanência no ensino superior, o que impõe a constatação de que é necessária a ampliação de políticas públicas que favoreçam a entrada de estudantes negros, LBGQTQIA+ e de poder aquisitivo baixo nas universidades, tendo em vista que o capital cultural das pessoas que compõe esse grupo não se compara com o da maioria dos estudantes do ensino superior oriundos de segmentos sociais mais favorecidos, tornando assim o sistema educacional um instrumento de perpetuação e conservação de privilégios, mascarados sob a fálacia da chamada “meritocracia”.

Palavras-Chave: Educação.Capital Cultural.Classes Sociais.Direito Sociais.

Abstract

Bearing in mind that the right of access to education has undergone a series of changes in recent years, notably with the advent of the 1988 Federal Constitution, it is a duty of the State to promote access to this right. This research seeks to present how access to education occurs, considering the social discrepancies that Brazil has, in order to understand the extent to which cultural capital influences students' access to this right. Therefore, it is necessary to understand the inequalities in access to education for certain sectors of society that are considered to be minorities. Then, a bibliographic and documentary research is carried out; in this work we opted for the analysis of qualitative and quantitative character, for that, it was necessary the analysis of data in government websites. In view of this, it appears that certain

¹Acadêmico do oitavo período de Direito do Centro Universitário UNIDOCTUM de Teófilo Otoni, MG. Presidente do diretório acadêmico Professor Rosemiro Pereira Leal. Integrante do Levante Popular da Juventude.

²Graduada em Direito pela FADIVALE; Mestre em Gestão Integrada do Território pela UNIVALE; Advogada coordenadora do Núcleo de Prática Jurídica do Centro Universitário UNIDOCTUM de Teófilo Otoni, MG; Professora Universitária.

social groups, considering the socioeconomic condition and even often the color of people's skin, enjoy privileges in access to education in Brazil, especially in access and permanence in higher education, which imposes realization that it is necessary to expand public policies that favor the entry of black students, LBGTQIA + and low purchasing power in universities, considering that the cultural capital of the people who compose this group does not compare with that of most students of the higher education from more favored social segments, thus making the educational system an instrument of perpetuation and conservation of privileges, masked under the fallacy of the so-called “meritocracy”.

Key words: Education. Cultural Capital. Social Classes. Social Law.

Introdução

A educação no Brasil compõe o rol dos direitos sociais que são assegurados pela Constituição de 1988 que assim como outros direitos elencados nesse capítulo têm como objetivo promover igualdade entre as pessoas. Além da previsão constitucional, outras legislações ajudam na promoção desse direito como o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) de 1990, e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) de 1996 e o Plano Nacional de Educação (PNE).

Mesmo com essa previsão constitucional, o acesso à educação se dá de maneira desigual por grande maioria da população, necessitando de políticas públicas para tentar promover uma isonomia neste acesso.

Assim, o objetivo do presente trabalho foi analisar a evolução do direito a educação na legislação brasileira, em um contexto de desigualdade social sob a perspectiva do sociólogo francês Pierre Bourdieu.

Utilizou-se como procedimento metodológico a pesquisa descritiva quantitativa, além da pesquisa bibliográfica sobre a temática. Para melhor compreensão do tema, este trabalho possui cinco capítulos. O primeiro é esta introdução. O segundo buscou demonstrar o avanço do direito a educação na legislação brasileira. No terceiro foi abordado o conceito de capital cultural de Pierre Bourdieu e como essa teoria se aplica ao sistema de ensino brasileiro. O quarto demonstrou as perspectivas do acesso ao ensino superior por parte das minorias sociais. Enquanto o quinto trouxe algumas considerações finais sobre o tema.

1 Breve análise histórica do direito à educação na legislação brasileira

O direito à educação é atualmente um direito social previsto no artigo 6º da Constituição da República brasileira. Considerado um direito de segunda dimensão, exige

uma atuação positiva do Estado para sua concretização. Todavia, para melhor compreensão da importância deste direito no Estado democrático, é necessário estabelecer alguns marcos históricos, já que nem sempre tal direito foi reconhecido como atualmente.

Com a proclamação do Império iniciou-se um processo de estruturação da educação Nacional, com a Assembleia Legislativa e Constituinte. Foi D. Pedro quem primeiro mencionou a necessidade de uma legislação específica sobre a instrução (VIEIRA, 2007). Cumpre ressaltar que a primeira Constituição brasileira se referiu à matéria em dois incisos ao tratar sobre a inviolabilidade dos direitos civis e políticos em seu artigo 179, inciso XXXII. O instrumento normativo mencionado dispõe que: "A instrução primária é gratuita a todos os cidadãos (BRASIL, 1824)" e a próxima alusão à educação foi em seu artigo 179, inciso XXXIII, que aduz que: "Collegios, e Universidades, aonde serão ensinados os elementos das Sciencias, Bellas Letras, e Artes" (BRASIL, 1824). Percebe-se que a educação não foi uma prioridade nesse momento político pelos legisladores. Já a Constituição de 1891 apresentou mais dispositivos relacionados à educação do que a Constituição anterior. Em seu artigo 34, § 3º consta a previsão: "legislar sobre a organização municipal do Districto Federal, bem como sobre a polícia, o ensino superior e os demais serviços que na Capital forem reservados para o Governo da União" (BRASIL, 1891). Nota-se, portanto, que houve limitação de seu encargo no âmbito da União, tendo o Congresso a competência, mas não exclusiva de: "criar instituições de ensino superior e secundário nos Estados; prover a instrução secundária no Distrito Federal" (artigo 35, § 3º e 4º, ambos da Constituição de 1891). O texto constitucional de 1891 trouxe, ainda, em seu artigo 70 § 2º a exclusão dos analfabetos do direito de votar, sendo um pouco contraditório uma vez que a União assegurava o direito de acesso à educação e não universalizava esse direito para as camadas populares da sociedade.

A Carta Magna de 1934 dedicou 17 artigos para tratar sobre educação, mantendo a estrutura da Constituição anterior, cabendo a União traçar diretrizes para a educação nacional (artigo 5º, XIV) e cabendo a União, conforme seu artigo 150, "fixar o plano nacional de educação, compreensivo do ensino de todos os graus e ramos, comuns e especializados; e coordenar e fiscalizar a sua execução, em todo o território do País" (BRASIL, 1934). Também incorporou a previsão, em seu artigo 150, "d" e "e":

(...) ensino, nos estabelecimentos particulares, ministrado no idioma pátrio, salvo o de línguas estrangeiras e limitação da matrícula à capacidade didática do estabelecimento e seleção por meio de provas de inteligência e aproveitamento, ou por processos objetivos apropriados à finalidade do curso. (BRASIL, 1934).

O texto constitucional trouxe em seu escopo a previsão do ensino religioso sendo ministrado conforme o credo religioso do aluno e de seus responsáveis (BRASIL, 1934). Também previu o incentivo da educação privada com a isenção de tributos para os estabelecimentos que fossem considerados “idôneos”. Ademais, nessa Constituição foi instituída a financeirização da educação pelos municípios, além do relevante destaque referente ao Plano Nacional de Educação, a isenção de impostos para o professor e a previsão de concurso público para o ingresso na carreira de docente, o que acabou atraindo profissionais mais qualificados para o desempenho deste ofício.

Com a implantação do Estado Novo por Vargas, surge a Constituição de 1937, ao contrário da Constituição anterior, esta foi claramente inspirada em regimes fascistas autoritários. Houve um ampliamiento das competências da União como previsto no artigo 15, inciso IX: “fixar as bases e determinar os quadros da educação nacional, traçando as diretrizes a que deve obedecer à formação física, intelectual e moral da infância e da juventude” (BRASIL, 1937). A responsabilidade do Estado com a educação foi colocada em segundo plano, compensando essa carência com o oferecimento do ensino voltado para a infância e juventude àqueles que não possuíam recursos para acessar educação privada (BRASIL, 1937).

Desta maneira merece uma reflexão crítica que a educação pública é destinada para aqueles que não têm condições de acesso à educação privada, demonstrando que o preconceito em relação à educação pública não é uma coisa contemporânea e esteve presente no legislador do estado-novista (VIEIRA, 2007).

A previsão da gratuidade da educação possuía um caráter parcial onde não se excluía o dever de solidariedade daqueles que tinham mais para os menos favorecidos, sendo que ainda era cobrada uma taxa mensal para o caixa escolar (BRASIL, 1937).

A Constituição de 1946 trouxe algumas inovações no campo da educação: uma delas foi o estabelecimento da União de legislar sobre a educação, já que nas constituições anteriores limitava-se apenas a traçar diretrizes e fixar bases. Previu também a aplicação de no mínimo pela União de 10% na educação enquanto Estados, Municípios e Distrito Federal deveriam destinar 20% dos tributos arrecadados para a mesma finalidade (BRASIL, 1946). Manteve, ainda, que os Estados, Municípios e União seriam responsáveis pela organização dos seus respectivos sistemas de ensino.

A Constituição de 1967 foi criada em um período ditatorial que ainda não havia atingido seu ápice. No que tange à educação, não apresentou grande descontinuidade se comparada às Constituições anteriores. Porém, houve grande incentivo para o ensino privado uma vez que previu, em seu artigo 176, § 2º, que esta modalidade “merecerá amparo técnico e financeiro dos Poderes Públicos, inclusive mediante bolsas de estudo” (BRASIL, 1967). Foi retirado também, o mínimo da aplicação que deveria ser destinado por parte da União, Estados, Municípios e Distrito Federal na educação.

Com o fim do período ditatorial, houve o advento da Constituição Cidadã (apelidada desta forma por Ulysses Guimarães) marcando a redemocratização no país. Atualmente a educação é um direito, conforme já mencionado, previsto no artigo 6º da Constituição Federal da República do Brasil de 1988. Já no artigo 205, da Lei Maior: “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família (...)” (BRASIL, 1988). Como se vê, é dever estatal disponibilizar serviços de educação e a família não pode se isentar de oferecer este acesso para suas crianças, matriculando-as na escola e acompanhando a frequência e o rendimento.

Enquanto o artigo 206 do mesmo Códex supracitado, em seu inciso IV diz que existe direito à: “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (BRASIL, 1988), inovando nessa prática e, conseqüentemente, ampliando o acesso ao ensino médio, que era exceção nas constituições anteriores. Contemplou, ainda, o ensino superior gratuito, que nunca havia sido contemplado nas constituições anteriores. É conveniente ressaltar que o direito à educação também encontra fundamento no ECA, Lei 8.069 de 1990, que atribui como:

(...) dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990).

A educação quando aplicada corretamente e acessada pela população, colabora na emancipação das pessoas, especialmente para os indivíduos integrantes de grupos socialmente vulneráveis, e ajuda na construção de cidadãos e cidadãs com senso crítico, promovendo assim um dos objetivos da República do Brasil, previsto em seu artigo 3º, que é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (BRASIL, 1988). Pode-se considerar, portanto, que a educação é um instrumento de inserção do homem na sociedade. Mesmo a educação sendo um direito previsto ao longo das Constituições brasileiras, não existiam anteriormente políticas de acesso a esse direito principalmente entre

as camadas mais pobres da sociedade fazendo com quem uma instrução de qualidade representasse verdadeiro “luxo”, se tornando um direito quase inacessível para os segmentos sociais menos favorecidos.

Além da Constituição de 1988 existem outras leis pátrias que complementam o direito a educação prevista na atual Constituição sendo elas: os já mencionados ECA, a Lei de Diretrizes e Base da Educação (LDB) e o Plano Nacional de Educação (PNE).

O ECA trouxe novidades no campo da educação em relação à Constituição de 1988, dentre previstas no seu artigo 53:

I) igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II) direito de ser respeitado por seus educadores; III) direito de contestar critérios avaliativos; IV) podendo recorrer às instâncias escolares superiores; VI) direito de organização e participação em entidades estudantis; VII) acesso à escola pública e gratuita, próxima de sua residência (BRASIL, 1990).

Diante dessa série de inovações percebe-se que a legislação trouxe uma maior participação da família, possibilitando uma gestão um pouco mais democrática das práticas de ensino, além do respeito à integridade físico-psíquica do aluno pelo professor, como também a participação em movimentos estudantis, auxiliando na formação política e crítica dos adolescentes.

Já a LDB é considerada a lei mais importante no que tange à educação, também conhecida como “Lei Darcy Ribeiro”, dispõe que toda a população deve ter o acesso à educação de forma gratuita, buscando valorizar os professores e traçar os deveres da União, Estados e Municípios em relação à educação. Esta lei disciplina a organização da educação escolar que se compõe de: educação básica (composta por educação infantil, ensino fundamental) e ensino médio e o ensino superior.

O PNE é um plano que contém metas e estratégias para a educação nos próximos dez anos, iniciando em 2014 indo até 2024, possuindo 20 metas que são fundamentais para a redução da desigualdade educacional no Brasil, cabendo destacar “alfabetização de todas as crianças até o final do 3º ano do ensino fundamental” e a “universalização da educação infantil para as crianças de 04 a 05 anos”. É preciso mencionar que todas essas metas devem ser alcançadas até o término da vigência do ano indicado.

Dessa forma, é possível perceber que mesmo a Constituição da República de 1988 se mostrando verdadeiramente inovadora em seu escopo, o direito à educação ficou previsto de forma muito vaga que diz respeito a sua efetividade, na prática, sendo o acesso à esse direito viabilizado por meio da criação de legislação complementar para regular sua oferta e

garantia. Neste sentido, o constituinte Florestan Fernandes (1989) diz que a Constituição de 1988 não contemplou de forma eficiente os anseios e reivindicações da sociedade para a efetivação dos direitos sociais denominando a de Constituição Inacabada: “A Constituição, em sua forma atual, é desigual. Contém disposições avançadas e modernas, ao lado de outras disposições que consagram privilégios preexistentes e a ordem estabelecida” (FERNANDES, 1989, p. 291).

E ainda diz que :“(...) o fim último da Constituição consiste em legitimar o ilegítimo, forjando um mundo de aparências que consagra uma ordem social democrática e um Estado democrático imaginário e inexistente”(FERNANDES, 1989, p. 248).

É possível observar, portanto, a necessidade de criação de políticas públicas específicas voltadas para efetivar o acesso à educação, em conjunto com outras que atendam as comunidades menos favorecidas economicamente, a exemplo dos programas de transferência de renda (Lei 10.836/04 – Bolsa Família) e ações afirmativas como a Lei de Cotas (Lei 12.711/12).

2 A noção de capital cultural para Pierre Bourdieu

A escola, uma das primeiras instituições sociais com a qual o indivíduo toma contato, é considerada pela sociedade como um espaço democrático, onde o conhecimento é partilhado para todos, permitindo uma solução para os problemas sociais. Grandes educadores brasileiros deixaram um legado importante no que diz respeito a ponderações sobre o papel da educação e do professor, a exemplo de Paulo Freire e Anísio Teixeira.

A realidade da chamada da escola reconhecida pela sociedade como “democrática”, já que permite que todos ingressem em seu sistema, não poderia estar mais distante: ela funciona mais como um lugar de reprodução e conservação social, permitindo um aprofundamento das mazelas já existentes, do que como uma instituição social voltada para a formação e desenvolvimento dos sujeitos. O sociólogo francês Pierre Bourdieu se ocupou de traçar reflexões críticas relevantes sobre o papel da educação, tomando como panorama a escola de Paris do século XX. Respeitadas as devidas divergências de ordem territorial, é possível notar que sua contribuição se relaciona de forma direta como o sistema de ensino brasileiro, razão pela qual despontam algumas observações epistemológicas que aqui serão destacadas.

Segundo Bourdieu (2007, p.41) o sistema escolar é: “um dos fatores mais eficazes de conservação social, pois fornece a aparência de legitimidade as desigualdades sociais, e sanciona a herança cultural e o dom social tratado como dom natural”. Essa desigualdade

começa a se dar com a ação do privilégio cultural que é visto nas ajudas dos trabalhos escolares, ensino suplementar e perspectivas profissionais, sendo transmitido de forma direta ou indireta aos seus filhos um capital cultural que é uma bagagem cultural e o *ethos*, que representa um sistema de valores que ajuda a moldar as atitudes dos indivíduos em relação ao ambiente escolar (BOURDIEU, 2007).

Assim, Bourdieu (2007) observa que, quanto maior for o nível de escolaridade dos genitores, maior será o grau de escolaridade dos seus filhos, transmitindo o que ele intitula como “capital cultural”. Nota-se que crianças e adolescentes integrantes das elites frequentam cursos de idiomas, visitam museus, têm a possibilidade de fazer intercâmbios e cursos extracurriculares que sejam de sua vontade, sempre incentivados pelos pais, que já se apropriaram dos conhecimentos que estimulam a prole a adquirir. É isto que Bourdieu chama de “capital cultural”, em questão inclusive os gostos musicais, apreciação da arte e o domínio de línguas.

A escola contribui para que essa cultura seja transmitida como tal favorecendo alguns alunos, já que possuem estas referências em seu núcleo de origem, em detrimento de outros, que quando ingressam nos anos iniciais de seus estudos são apresentados àqueles conceitos pela primeira vez. Assim, a educação nas escolas para algumas crianças acabam sendo a continuidade da educação que recebem em casa, enquanto para outras, significa um total rompimento com o seu processo de socialização que até então vinha recebendo no seio da família. Reforçando assim, o privilégio social e econômico do indivíduo, sendo que esse primeiro é a forma de como você é tratado devido a sua aparência e *status quo* enquanto o segundo é relacionado com a condição financeira de seus genitores (BOURDIEU, 2007).

Ainda para o mesmo autor, a transmissão desse capital reproduz a estratificação das classes influenciando até a escolha profissional, na qual, onde se têm pais médicos, existe uma maior tendência dos filhos seguirem o mesmo ofício, o que acontece da mesma forma com os integrantes das classes mais populares. Portanto, apenas assegurar o direito educacional para todos sem considerar o capital cultural de cada indivíduo acaba por resultar em uma violência simbólica que não usa a força física, mas causa danos morais e psicológicos nos indivíduos por parte do sistema educacional.

Nesse sentido Bourdieu (2007, p.48) diz que:

Mais profundamente, porém, é porque o desejo razoável de ascensão através da escola não pode existir enquanto as chances objetivas de êxito forem ínfimas que os operários- embora ignorado completamente a estatística objetiva que estabelece que um filho de operário tem duas chances em cem de chegar ao ensino superior- regulam seu comportamento objetivamente pela estimativa empírica dessas esperanças objetivas comuns a todos os indivíduos.

Instituições sociais como a escola são instrumentos vitais na manutenção das desigualdades sociais, mesmo que o sistema de ensino pregue uma isonomia, a educação está longe de ser um instrumento de libertação. Ao contrário, ela é conservadora da estrutura social de dominação de determinada classe sobre outra. Uma vez que: “A igualdade formal que pauta a prática pedagógica serve como máscara e justificação para a indiferença no que diz respeito às desigualdades reais diante do ensino e da cultura transmitida, ou, melhor dizendo, exigida”(BOURDIEU, 2007, p.53).

A educação serve, assim, como instrumento de poder e dominação da classe dominante. Além de trabalhar a noção de capital cultural, Bourdieu também nos apresenta a noção de “capital social”. Este último representa a rede de vínculos que pessoas oriundas das altas camadas sociais constroem ao longo da vida, e institui os efeitos sociais em cada nível social dos agentes que formam a sociedade. O capital social se estrutura em alguns pilares sendo eles: a sua forma de constituição, formas de obtenção segundo a participação de cada grupo e as maneiras de reprodução desse capital (BOURDIEU, 2007). Bourdieu conceitua o capital social como:

É o conjunto de recursos atuais ou potenciais que estão ligados à posse de uma rede durável de relações mais ou menos institucionalizadas de interconhecimento [*sic*] e de inter-reconhecimento, ou em outros termos, à vinculação a um grupo, como conjunto de agentes que não somente dotados de propriedades comuns (passíveis de serem percebidas pelo observador, pelos outros ou por eles mesmos), mas também são unidos por ligações permanentes e úteis (2007, p.67).

O espaço escolar reforça a manutenção do capital social uma vez que nesse espaço também se conserva se e reproduz esse outro tipo de capital. O capital cultural possui três estados sendo eles: estado incorporado, estado objetivado e o estado institucionalizado (BOURDIEU, 2007).

O estado incorporado é a materialização das preferências culturais possuindo como características, domínio da língua culta e informações sobre o mundo escolar (BOURDIEU, 2007). Assim:

Sendo pessoal, o trabalho de aquisição é um trabalho do “sujeito” sobre si mesmo (fala-se em “cultivar-se”). O capital cultural é um ter que se tornou ser, uma propriedade que se faz corpo e tornou-se parte integrante da “pessoa”, um *habitus*. Aquele que o possui “pagou com sua própria pessoa” e com aquilo que tem de mais pessoal, seu tempo. Esse capital “pessoal” não pode ser transmitido instantaneamente (diferentemente do dinheiro, do título de propriedade ou mesmo do título de nobreza) por doação ou transmissão hereditária, por compra ou troca (BOURDIEU, 2007, p. 74-75)

O estado incorporado claramente se expressa na herança familiar que é determinante no futuro escolar das crianças que facilitará a compressão do mundo escolar e consequentemente seu aprendizado.

Já no estado objetivado o capital cultural é representando pelos bens culturais materiais como escritos, pinturas, monumentos sendo transmissível em sua materialidade (BOURDIEU, 2007). Nestes termos:

Mas o que é transmissível é a propriedade jurídica e não (ou não necessariamente) o que constitui a condição da apropriação específica, isto é, a posse dos instrumentos que permitem desfrutar de um quadro ou utilizar uma máquina e que, limitando-se a ser capital incorporado, são submetidos às mesmas leis de transmissão (BOURDIEU, 2007, p. 77).

Este capital se propaga em conhecimento científico e cultural. Bourdieu diz que:

É preciso não esquecer, todavia, que ele só existe e subsiste como capital ativo e atuante, de forma material e simbólica, na condição de ser apropriado pelos agentes e utilizado como arma e objeto das lutas que se travam nos campos da produção cultural (campo artístico, científico, etc.) e, para além desses, no campo das classes sociais, onde os agentes obtêm benefícios proporcionais ao domínio que possuem desse capital objetivado, portanto, na medida de seu capital incorporado (2007, p.77-78).

Enquanto o estado institucionalizado são os títulos obtidos. O capital institucionalizado ajuda na conversão do capital cultural e o econômico com esse capital cultural legitimado pelo diploma, que pode no futuro ser trocado no mercado de trabalho. Sendo assim, o investimento escolar está relacionado ao seu retorno na vida profissional. Para o autor:

Com o diploma, essa certidão de competência cultural que confere ao seu portador um valor convencional, constante e juridicamente garantido no que diz respeito à cultura, a alquimia social produz uma forma de capital cultural que tem uma autonomia relativa em relação ao seu portador e, até mesmo em relação ao capital cultural que ele possui, efetivamente, em um dado momento histórico (BOURDIEU, 2007, p.78).

Além disso, fica fácil imaginar quem possui esses certificados e suas respectivas posições sociais. Conforme Bourdieu:

Um jovem da camada superior tem oitenta vezes mais chances de entrar na Universidade que o filho de um assalariado agrícola e quarenta vezes mais de um filho de operário, e suas chances são, ainda, duas vezes superiores às daquelas de um jovem de classe média. (2007, p. 41).

Essa situação é ocasionada pela ação que o capital cultural promove em prol da distinção no processo escolar, materializando a desigualdade educacional. Uma vez que:

[...] cada família transmite a seus filhos, mais por vias indiretas que diretas, um certo capital cultural e um certo ethos, sistema de valores implícitos e profundamente interiorizados, que contribui para definir, entre coisas, as atitudes face ao capital cultural e à instituição escolar. A herança cultural, que difere, sob os dois aspectos, segundo as classes sociais, é a responsável pela diferença inicial das crianças diante da experiência escolar e, conseqüentemente, pelas taxas de êxito (BOURDIEU, 2007, p. 41-42).

Sendo assim, temos na sociedade um instrumento de reprodução dessa realidade e perpetuação que chamamos de escola, no qual ela deveria funcionar como rompimento desse círculo de transmissão, mas, na prática, ocorre o contrário: ela serve para a conservação que impede a superação desse círculo vicioso. Por isso, é importante a criação de políticas públicas como as cotas sociais, raciais e de gênero, para universalizar o acesso ao estudo de pessoas ou grupos que são vulneráveis em relação à maioria da sociedade e que, historicamente, sempre foram prejudicados e extirpados do acesso ao ensino superior. Tais políticas públicas representam hoje verdadeira alternativa para minimizar esse cenário de perpetuação de capital cultural da classe dominante, buscando uma maior inserção social destes grupos, o que resultará em benefícios para as futuras gerações derivadas destes indivíduos.

Além disso, o sistema educacional como um todo precisa ser revisto, professores e professoras precisam, constantemente, fazer em uma autocrítica, refletindo sobre condutas de valorização extrema de alunos tidos como excelentes, por terem acesso prévio a capital cultural e já chegarem às escolas e universidades com conhecimentos necessários à apreensão dos conceitos que ainda serão estudados. Por outro lado, devem buscar ao máximo minimizar as desigualdades em relação aos alunos sem o mesmo acesso, orientando-os sobre meios de estudo, leituras complementares, indicando filmes e organizando idas a museus em dias de gratuidade, sempre buscando alternativas voltadas a um nivelamento da chamada "cultura erudita".

3 Panorama e perspectivas do acesso ao ensino no Brasil

Traçados alguns comentários sobre a falácia da escola democrática, inclusiva, que bastaria nela ingressar para que o sujeito, por si só, alcançasse sua emancipação social,

cumpra estabelecemos algumas considerações sobre as perspectivas que se abrem para o ingresso e efetivação do ensino no Brasil.

O artigo 5º da CF/88 diz que: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. A própria Carta Magna garante uma igualdade formal para todas as pessoas, porém essa igualdade não é refletida no cotidiano de muitos, principalmente no que tange ao acesso a direitos sociais, em especial, a educação.

As desigualdades no acesso à educação estão intimamente ligadas a fatores como: cor de sua pele, condição econômica, origem social, gênero e etnia, notando-se estas disparidades com mais facilidade quando estabelecemos um recorte em âmbito do ensino superior. Isso é claramente demonstrando no índice de analfabetismo por cor ou raça, conforme dados do IBGE de 2017. Segundo o órgão, pessoas com mais de 15 anos analfabetos são 11,46 milhões: desse total 26% são pessoas brancas e 73% pretos ou pardos; em relação às pessoas com mais de 60 anos existem 5,87 milhões de analfabetos e desse total 29% são brancos e 70% são pretos/pardos.

É possível observar, portanto, que ainda temos uma educação predominantemente voltada para sujeitos brancos de diferentes faixas etárias. A médio e longo prazo isto acaba por influenciar diretamente nas oportunidades que estas pessoas possuem no mercado de trabalho: quanto mais escolaridade, melhores as chances de se conseguir um bom emprego e receber um bom salário. Assim, as pessoas pretas e pardas acabam ficando à mercê das oscilações da economia, sendo as maiores vítimas do desemprego e da informalidade.

Percebe-se que essas mazelas sociais são resultando de um processo de escravidão que se iniciou em 1533 e foi até 1888, sendo o Brasil o último país do Ocidente a abolir a escravidão. A obtenção de mão de obra, não criando nenhuma política de integração do negro na sociedade. O resultado deste longo processo histórico foram inúmeras sequelas sociais tanto para as pessoas brancas, que na maioria das vezes ocupam um lugar de privilégios, quanto para os pretos e pardos, que exercem atividades que reproduzem papéis desempenhados na escravidão, a exemplo das mulheres domésticas e homens trabalhadores braçais.

Com o advento de uma nova sociedade brasileira que se formou após a abolição, foi sendo consolidado um pensamento escravocrata e conservador do período colonial, mesmo os pretos sendo pessoas livres, eles ainda não integram de fato a sociedade capitalista atual. Só é possível falar em inserção social e pertencimento quando às pessoas pretas e pardas é dada a mesma oportunidade de escolarização e trabalho que as pessoas brancas já possuem, além do acesso a outros direitos sociais como moradia, saúde e transporte.

Neste sentido Florestan Fernandes diz que:

Em suma, a sociedade brasileira largou o negro ao seu próprio destino, deitando sobre seus ombros a responsabilidade de reeducar-se e de transformar-se para corresponder aos novos padrões e ideais de homem, criados pelo advento do trabalho livre, do regime republicano e do capitalismo (FERNANDES, 1978, p.20).

Após a implantação das cotas raciais, o percentual dos pretos e pardos que concluíram a graduação em 2000 eram de 2,2% e passou para 9,3% em 2017, segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística). Já em 2018, pretos e pardos passaram a ser 50,3% dos estudantes de ensino superior da rede pública, mas mesmo assim ainda permanecem sub-representados uma vez que correspondem a 55,8% da população brasileira. Partido desta lógica, eles deveriam ser a maioria a ocuparem os bancos das universidades públicas brasileiras.

Ademais, a população preta ou parda de 18 a 24 anos que estudava em 2016 era de 50,5% e foi para 55,6% em 2018; mesmo assim ficou abaixo da população branca da mesma faixa etária, que correspondia a 78,8% dos estudantes. Nesse período os jovens de 18 anos a 24 anos pretos ou pardos com 11 anos de estudo e que não frequentavam a escola em 2016 era de 30,8%, enquanto em 2018 esse percentual caiu para 28,8%. Já em relação à população branca esse percentual era de 17,4% em 2018, o que apenas reforça que as desigualdades de raça são minimizadas, mas permanecem de forma gritante.

O ensino superior também reflete a exclusão da população LGBTQIA+³ que só totalizam 16,4% dos acadêmicos, somados a mais 0,3% de assexuais, enquanto os não binários correspondem a 0,6% e homens e mulheres trans apenas 0,1%. Ainda existe o entendimento de que este grupo socialmente vulnerável não deve ocupar estes espaços da sociedade, sendo constantemente associados à prostituição ou, na melhor das hipóteses, a profissionais do ramo do entretenimento humorístico ou beleza. Não é comum ver integrantes da comunidade LGBTQIA+ nos bancos das instituições de ensino superior públicas ou privadas, o que acaba por tornar quase inexistente a existência de profissionais médicos, advogados, engenheiros e professores que fazem parte deste grupo.

O baixo índice desse público no ensino superior deve-se principalmente a uma evasão escolar muito grande no ensino básico e seu reduzido índice de expectativa de vida, principalmente da população transexual, que tem expectativa de vida de 35 anos, sendo os principais alvos de ataques homofóbicos e outros crimes de ódio.

³Sigla utilizada para referir pessoas que são Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais, Travestis, Queer/Questionando, Intersexo, Assexuais/Arromânticas/Agênero, Pansexuais e mais.

Diante dessa conjuntura algumas universidades criaram cotas para transexuais dentre elas: Universidade Federal do ABC (UFABC), Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e Universidade Federal do Sul da Bahia (UFSB). Tais medidas representam indiscutivelmente um avanço, mas ainda são pouco expressivas se comparadas à grande demanda que existe hoje em relação à garantia de direitos dos transexuais.

Mesmo que o acesso à educação seja um direito para toda a população percebe-se que setores específicos não acessam esse direito, já que o ensino no Brasil não foi pensando para beneficiar todas as pessoas e sim aqueles que se enquadram nos padrões hegemônicos, conservadores e elitistas da sociedade contemporânea, fazendo com que escolas e universidades sejam verdadeiros instrumentos de propagação e perpetuação desse retrato. Por isso se faz necessário o aumento e incentivo das políticas de acesso e permanência ao ensino superior direcionadas para grupos vulneráveis, visando construir uma sociedade mais inclusiva e plural. Enquanto os formadores de opinião que são referência para as futuras gerações forem sujeitos integrantes de grupos majoritários, detentores de capital social e cultural, não alcançaremos a isonomia prevista na Constituição Brasileira e a educação não será uma realidade possível para a maioria dos brasileiros.

Considerações finais

Considerando tudo que foi exposto, é possível perceber que o direito do acesso à educação percorreu um longo caminho até a atualidade onde vários fatores tanto externos quanto internos relembram que é um dever do Estado promover os mecanismos necessários para a efetivação desse direito, no qual deve ser pautado na igualdade e na tolerância da diversidade.

Percebe-se que o Estado, ao procurar democratizar o direito a educação sem considerar o capital cultural de cada indivíduo, estaria praticando uma violência simbólica em relação a estes estudantes. Sendo assim, o sistema educacional de ensino brasileiro acaba se tornando um instrumento de dominação de uma classe para com a outra. Bourdieu escancara todas as mazelas do sistema educacional francês do século XX que se enquadram perfeitamente no sistema educacional brasileiro, em pleno século XXI.

Com isso se torna fundamental a criação e aprimoramento de políticas públicas educacionais para a redução de desigualdades frente ao sistema educacional brasileiro, possibilitando assim uma maior isonomia, já que as minorias, pela segregação social, não

podem usufruir desse direito por completo, impedindo assim a mudança e transformação tanto do seu contexto social quanto pessoal.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **Escritos de Educação**. Maria Alice e Afrânio Catani (org.) Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2007.

BRASIL. **Constituição (1891) Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 01 de abri. 2020.

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

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 01 de abri. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 01 de abri. 2020.

BRASIL. **Constituição Política do Império do Brasil**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em :01 de abri. 2020.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 01 de abri. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e Adolescente**. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 29 de abri. 2020.

BRASIL. **Leide Diretrizes e Bases da Educação Nacional**. Brasília, 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso: 29 de abri. 2020.

BRASIL. **Plano Nacional de Educação**. Brasília, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm. Acesso em: 29 de abri. 2020.

FERNANDES, Florestan. **A Constituição Inacabada: Vias Históricas e significado Político**. São Paulo: Estação Liberdade, 1989.

FERNANDES, Florestan. **A integração do negro na sociedade de classes**. 3. ed. São Paulo: Ática, 1978, v. 1. *E-book*.

GOMES Bianca, FAHEINA Caio, KER João. No ensino superior, o espelho da exclusão de pessoas trans. ESTADÃO, 02 de junho de 2019. Disponível em: <https://arte.estadao.com.br/focas/capitu/materia/no-ensino-superior-o-espelho-da-exclusao-de-pessoas-trans>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

MAIORIA DOS ALUNOS DAS UNIVERSIDADES FEDERAIS TEM RENDA BAIXA, **Andifes**, Brasília, 17 de maio de 2019. Disponível em: <http://www.andifes.org.br/maioria-dos-alunos-das-universidades-federais-tem-renda-baixa-e-parda-ou-preta-e-vem-de-escola-publica/>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

PRETOS OU PARDOS ESTÃO MAIS ESCOLARIZADOS, MAS DESIGUALDADE EM RELAÇÃO AOS BRANCOS PERMANECE. **Agência IBGE Notícias**, São Paulo, 13, de novembro de 2019. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/25989-pretos-ou-pardos-estao-mais-escolarizados-mas-desigualdade-em-relacao-aos-brancos-permanece>. Acesso em: 19 de jun. 2020.

VIEIRA, Sofia Lerche. A educação nas constituições brasileiras: texto e contexto. **Revista brasileira de Estudos pedagógicos**, v. 88, n. 219, 200

INSÍGNIA DA NECROPOLÍTICA NO CORPO LGBT

THE NECROPOLITICS INSIGNS IN THE LGBT BODY

Cristine Jaques Ribeiro ¹
Camila de Freitas Moraes²

Resumo

Este texto parte da problematização da narrativa hegemônica acerca da sexualidade e de suas raízes coloniais que deram origem à violência lgbtfóbica, bem como, às classificações dos sujeitos passíveis de vida e morte. É a partir dessa classificação que se irá determinar quem poderá ou não habitar os espaços concernentes à cidade. Para tanto, a problemática que orienta a pesquisa pode ser sintetizada a partir do pensamento de Achille Mbembe, cujas reflexões serão delineadas pelo Necropoder, e a política de morte e de inimizade massifica a extenuação de determinadas populações em detrimento de outras, justamente porque é a partir da ótica mbembiana que o filósofo nos convoca a pensar a sexualidade e o corpo lgbt enquanto populações e indivíduos compreendidos como “infames” e não-normativos. Por extensão, o Estado, enquanto operador do necropoder, lança no campo social, político, econômico e psíquico não só a regulação da sexualidade e do gênero, mas também, a reiteração das desigualdades, das discriminações, dos preconceitos e da precariedade da vida desses corpos que continuamente têm sido postos enquanto vidas que não importam ou que se encontram num não lugar. Nesse sentido, a dada pesquisa trata-se de uma revisão bibliográfica, enquanto que o método classifica-se numa pesquisa indutiva, cuja abordagem é qualitativa, sendo referenciada em livros e artigos científicos selecionados através de busca no banco de dados do Scielo, Biblioteca Digital de Teses e Dissertações que versam sobre as questões de sexualidade e gênero numa inter-relação com as questões da necropolítica de Achille Mbembe. Contudo, o dado trabalho alude-se na crítica às classificações, aos preconceitos e às regulamentações sobre o corpo lgbt, que acabam por reiterar que o Estado, pela via do necropoder, autoriza o aviltamento dos corpos lgbs, justamente por considerá-los como corpos matáveis.

Palavras-chaves: Cidade. Corpo. Lgbtfobia. Necropolítica.

Abstract

This text start of problematization of the narrative hegemonic about of the sexuality and this colonial root that gave rise to lgbtphobic violence, as well as, the classifications of subjects liable to life and death and whose classification will determine who may or not inhabit the spaces concerning the city. Therefore, the problem that guides the research can thus be synthesized from the thought of Achille Mbembe and whose reflections will be outlined by Necropower, who through the policy of death and enmity massifies the exhaustion of certain populations at the expanse of others, precisely, because it is from the optics Mbembiana that

¹Doutora em Serviço Social e Coordenadora do Grupo de Estudo e Pesquisa Questão Agrária, Urbana e Ambiental/Observatório dos Conflitos da Cidade. Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil.

²Mestranda em Política Social e Participante do Grupo de Estudo e Pesquisa Questão Agrária, Urbana e Ambiental/Observatório dos Conflitos da Cidade. Universidade Católica de Pelotas (UCPEL), Pelotas, Rio Grande do Sul, Brasil.

the philosopher calls us to think about sexuality and the LGBT body while populations and individuals understood as "infamous", non-normative and reiterating the roots of this violence and selectivity that the State has as an extension necropower operator, and which in this way, launches in the social, political, economic and psychic field not only the regulation sexuality and gender, but also, in the reiteration of inequalities, of discriminations, prejudices and precariousness of lives of these bodies that have continually been put on as lives that don't matter in a non-place. In this sense, the given research is a bibliographic review, while the method is classified in an inductive research, whose approach is qualitative and being referenced in books and scientific articles selected through of search in the Scielo database, Digital Library of Theses and Dissertations that deal with issues of sexuality and gender in an interrelation with issues of Achille Mbembe's necropolitics. However, the given work alludes in the criticism to the classifications, prejudices and regulations on the LGBT body that end up reiterating that the State through the necropower authorizes the degradation of LGBT bodies, precisely, by considering them as killable bodies.

Keywords: City. Body. Lgbtphobia. Necropolitics.

Introdução

O presente estudo é resultado das pesquisas vinculadas ao GEP Questão Agrária, Urbana e Ambiental/ Observatório dos Conflitos da Cidade, no Programa de Pós-graduação em Política Social e Direitos Humanos da Universidade Católica de Pelotas. O tema é resultado do estudo realizado por intermédio da pesquisa bibliográfica e documental. Sendo assim, o objetivo é de convidar as leitoras e leitores para mergulharem na problematização do que vem a ser os corpos dissidentes na cidade. Para tanto, o primeiro item propõe questionar a relação da cidade com as vidas "infames". Durante o mergulho proposto, destacamos as contribuições dos autores franceses para discutir a construção da moral ocidental constituída como norma universal. Posto isso, seguimos identificando que a cidade atual é o resultado da racionalidade ordenada que não pretende incluir a heterogeneidade em suas regulações para a convivência social. O que se sobrepõe na cidade é o funcionamento dos planejamentos com vistas a fortalecer os contratos entre Estado e corporações imobiliárias. Essas alianças negam as vidas e as submetem aos processos de segregação e de violação frente aos modos de existir enquanto "arte de existência".

No item seguinte, avançamos com a problematização dos processos de colonização impostos sobre a dimensão da sexualidade enquanto disciplinarização, na tentativa de adestramento ao paradigma heterossexual da sociedade. Essa tentativa de adestramento apresenta-se nos processos de aniquilamento das singularidades por via da Necropolítica. Para avançar na perspectiva analítica da política de morte, utilizamos as contribuições de Achille Mbembe, que conduzirá a evidência da negação do existir da população LGBT. A

Necropolítica institucionaliza-se como técnica para negar o acesso ao uso do espaço urbano das populações que têm seus direitos violados.

Por fim, este trabalho aposta na possibilidade de transcendermos essa política de morte pela via da dizibilização dessas temáticas, sendo, desse modo, um mergulho que se apresenta tanto como ferramenta de denúncia, como de resistência aos ditames hegemônicos que se personificam pelas políticas de morte.

1 A cidade e a população “infame”

A racionalidade que estruturou os códigos de verdade, sobre o existir na cidade, impôs normas de comportamentos universais que determinam tal existência, bem como, a convivência entre agentes³ na sociedade. Sendo assim, primeiro é necessário questionar qual a origem das normas impostas resultantes dessa racionalidade? De onde vêm as normas e pra onde vão? É possível afirmar que uma norma elaborada recebe o estatuto legal de sua normalização, mas antes é criada pela moral, que tem a função de reger e condicionar os comportamentos, sejam eles individuais ou coletivos. Assim, a moral orientada pelo conjunto de valores impostos para toda humanidade institucionaliza-se no dizível, evidenciada num conjunto de ordenamentos jurídicos, como no indizível evidenciado no espaço de convivência das populações, tornando-se a cultura construída que controla o viver. O conjunto de valores morais, impostos universalmente, tem origem no paradigma eurocêntrico que classificou padrões, a começar na definição de quem é bom e de quem é mau para a sociedade:

A palavra cunhada para este fim[...] [bom, nobre], significa segundo sua raiz, alguém que é, que tem realidade, que é real, verdadeiro; [...] Na palavra Kakós [mau/feio] [...] O latim malus [negro] poderia caracterizar o homem comum como homem de pele escura, sobretudo como de cabelos negros. [...] por fim, o homem bom, nobre, puro, originalmente o homem louro, em contraposição aos nativos de pele escura e cabelos negros. (NIETZSCHE, 1998, p. 22)

A classificação que determina quem é bom ou quem é mau decide o que é permitido e o que não é. Essa permissão caracteriza-se como valoração moral, valoração política para o controle dos corpos que ocupam a cidade. Ainda, essa valoração institucionaliza-se na construção da cultura humana naturalizada, como afirma Nietzsche: “O sentido de toda cultura é amestrar o animal de rapina ‘homem’, reduzi-lo a um animal manso e civilizado, doméstico [...]” (1998, p. 33). Então, a ideia é responsabilizar um conjunto de seres pelo comportamento universal imposto, ou seja, tornar uniforme

³Para Baremlitt “Os agentes são ‘seres humanos’, são os suportes e os protagonistas da atividade de toda essa parafernália. E os agentes protagonizam práticas” (1998, p. 30).

a heterogeneidade da vida através de um modelo igual para a convivência humana. Esse modelo sugere que a moralidade construída conduza “o ser confiável” na cidade.

Portanto, voltamos à análise sobre a racionalidade. A racionalidade impõe-se num conjunto de mecanismos criados para a manutenção do status quo. Não mexer no que está instituído para a manutenção dos processos, oriundos do sistema patriarcal e do racismo estrutural, na sociedade. Nietzsche afirma que:

-Ah, a razão, a seriedade, o domínio sobre os afetos, toda essa coisa sombria que se chama reflexão, todos esses privilégios e adereços do homem: como foi alto o seu preço! Quanto sangue e quanto horror há no fundo de todas as coisas ‘boas’! ...” (1998, p. 52).

A moral “universal” reproduziu a culpabilização dos comportamentos na dimensão da dívida, mas o que isso significa? Significa que o julgamento sobre o “comportamento” dos corpos acontece na perspectiva do castigo. O castigo marca, estigmatiza os corpos, inviabilizando a possibilidade da diferença na existência. É um ritual indizível e reproduzido coletivamente. “A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias” (GOFFMAN, 1988, p. 11). Sendo assim, a marca, nesse caso, é a produção depreciativa da sociedade sobre os modos de existência que escapam da moralização institucionalizada pelo homem branco e heterossexual.

Portanto, pensar a cidade é reconhecer que a mesma é o palco da heterogeneidade negada. Se considerarmos que o planejamento urbanístico das cidades acontece na perspectiva do “ativo financeiro” (ROLNIK, 2015), concordaremos que o lugar e os comportamentos no lugar dependem da autorização do capital. Autorização que, em sua dinâmica original e atual, se movimenta sob o controle da colonização da terra, colonização do espaço urbano e, portanto, colonização dos corpos que habitam, que ocupam, que existem na cidade. Assim, essa existência negligenciada caracteriza-se como existência violada. Para Foucault, a existência se manifesta enquanto arte:

[...] ‘artes da existência’. Estas devem ser entendidas como as práticas racionais e voluntárias pelas quais os homens não apenas determinam para si mesmos regras de conduta, como também buscam transformar-se, modificar-se em seu ser singular, e fazer de sua vida uma obra que seja portadora de certos valores estéticos e que corresponda a certos critérios de estilo. (2004, p.198-199).

A existência frente à subjetividade capitalística (GUATTARI; ROLNIK, 2001) sofre com os processos de serialização, classificação e massificação da diferença, e, conseqüentemente, sua “arte de existir” fica condicionada aos trâmites homogenizantes dos marcos legais da cidade. É um tipo de subjetividade com registro do social “totalizante”, ou seja, de centralização da existência em um “padrão universal” de indivíduo. No entanto, mesmo com os mecanismos de “modelização” das vidas não podemos negar que a subjetividade pode escapar de sua ordem normativa. Por isso, concordamos com Guattari e Rolnik (2001) quando afirmam que:

O modo pelo qual os indivíduos vivem essa subjetividade oscila entre dois extremos: uma relação de alienação e opressão, na qual o indivíduo se submete à subjetividade tal como a recebe, ou uma relação de expressão e de criação, na qual o indivíduo se reapropria dos componentes da subjetividade, produzindo um processo que eu chamaria de singularização. (p.33).

Para os autores acima, a subjetividade afirma-se não no campo individual das práticas, mas, como resultado dos processos sociais e materiais sobre a vida (GUATTARI; ROLNIK, 2001). A encruzilhada em que se encontram as vidas “errantes” (SILVA, 1999) é ter que enfrentar os sistemas de dominação. Sistemas que são fortalecidos pelo conjunto de mecanismos econômicos, tecnológicos, culturais, políticos e sociais. Esses mecanismos instigam o avanço da segregação do espaço urbano, violando as brechas reinventadas pelos territórios de existência. Esses territórios que, em seus processos de singularização, reinventam o conceito de espaço urbano e de cidade a partir de suas resistências, coletivas e criativas, para poderem definir o que desejam.

A indizibilidade, ou seja, o que não é dizível, mas presente enquanto regra sobre os corpos da cidade, sugere a “análise dos discursos” (INDURSKY; FERREIRA, 2005) que, colados nos corpos, tentam roubar as potências intempestivas. Essa lógica apresenta-se na vida da população que Foucault chamou de “Infame” (2003). Para tanto, frente à problematização realizada, é necessário localizar os processos de dominação da existência na vida cotidiana, ou seja, vida daquelas e daqueles que não se enquadram no planejamento tecnocrático construído pelo Estado soberano sob autorização da sociedade civil.

[...] infâmia estrita, aquela que, não sendo misturada nem de escândalo ambíguo nem de uma surda admiração, não compõe com nenhuma espécie de glória (FOUCAULT, 2003, p. 210)

Passamos, então, agora a analisar os modelos de cidade construídos. Aqui, cabe o destaque Foucaultiano sobre os mecanismos de poder apresentados na Obra: Segurança, Território e População (2008). O autor sugere pensarmos cinco elementos para problematizar os mecanismos que se instauram sobre a vida: O primeiro deles é pensar por onde passam as relações de poder; O segundo é considerar o conjunto de relações; O terceiro, relacionar com análise global da sociedade; O quarto, considerar o discurso estético e seu campo de forças; Por fim, o quinto, analisar a dimensão sobre luta e verdade.

Pensar a cidade na atualidade é reconhecer o ordenamento que se institui enquanto regulador da vida, portanto, relacionar com os elementos analíticos sugeridos acima é afirmar que o poder é resultado das relações e, portanto, não deve ser colocado em “um lugar” mas, antes, compreendido enquanto resultado do exercício das práticas. Essas práticas ordenadas, práticas discursos, que são reguladas, controladas e antes, disciplinadas, manifestam-se na ideia de segurança oferecida pelo Estado. A “segurança” está relacionada à vigilância e correção, quando não existe “adequação” às

regras reproduzidas. A segurança normaliza espaços que dependem da autorização disciplinar. No que se refere à cidade, a referência dos códigos de normalização se dá a partir do centro para a periferia. No entanto, os territórios de existência, independentemente de onde se constituem, na periferia ou no centro periférico, “devem obediência” ao Estado. A cidade é marcada por fronteiras que estabelecem os “lugares” de quem deve ou não existir.

[...] a soberania se exerce nos limites de um território, a disciplina se exerce sobre o corpo dos indivíduos e, por fim, a segurança se exerce sobre o conjunto da população. (FOUCAULT, 2008, p.15-16).

O planejamento urbanístico da cidade instaura-se na defesa das funções que a cidade “deve” ter. As funções aqui são reconhecidas pela dinâmica que o Estado impõe. A definição da vida no espaço urbano depende das leis e das regras presentes na intervenção técnica sobre a população. “[...] os soberanos, por leis sábias, por instituições sutis, pelo incômodo que trazem os impostos [...] regem a existência física e moral de seus súditos” (FOUCAULT, 2008, p. 30). A cidade é o resultado da produção de um lugar que “permite” a existência quando essa obedece ao que foi planejado.

É pertinente relacionar tal analítica com os processos de desigualdade socioespacial, pois vamos conseguir identificar como se estabelecem as segregações urbanas. No quesito do uso do espaço urbano, no que se refere aos atendimentos das necessidades básicas, podemos pressupor níveis alarmantes de recuo da proteção social do Estado, tanto na garantia dos direitos sociais, que constam na Constituição Federal Brasileira, como é o caso do direito à alimentação, quanto em relação à garantia dos direitos humanos, enquanto direitos fundamentais na garantia da “dignidade humana”. Então, podemos afirmar que as segregações urbanas são orientadas pelo conjunto de normas que não têm como pressuposto a participação das populações que são marcadas pelos códigos morais. Ainda, afirmamos que a população marcada é a mesma população rejeitada pelo planejamento urbanístico, que, conseqüentemente, constrói a cidade sem as “vidas infames”.

Havia um tratamento da cidade não como uma realidade plural e política, mas existia uma visão meramente mecanicista de espaço urbano, o qual era objeto de consumo coletivo e necessitava de equipamentos públicos e ações institucionais que tornasse o espaço funcional. Isto era usado como fundamento para as intervenções públicas e para a criação de normas jurídicas que regrassem a política pública (LUFT, 2011, p. 142).

Com a afirmação de Luft (2011), é possível identificar que o planejamento tecnocrático, com origem ditatorial, avança para um planejamento atual estratégico, que nem de longe superou o vazio da participação das populações, mas, ao contrário, evoluiu para a negação da existência das “vidas infames”. Essa negação se fortalece através das alianças entre o Estado soberano e as grandes corporações imobiliárias. No entanto, essas alianças vão receber a resistência dos territórios que

reinventam o sentido do existir. “O que há nos corpos, na profundidade dos corpos, são misturas” (DELEUZE, 2003, p.6). Ou seja, o sentido acontece na multiplicidade que nega o homogêneo, que nega o modelo, que nega o silenciamento, que nega a invisibilidade. Portanto, a dimensão de luta passa a ganhar fôlego nas manifestações de denúncia da questão urbana.

O tratamento mecanicista do Estado, em relação à questão urbana, registrou um tipo de cidade cujo estatuto reproduzido é a defesa da legalidade/normatividade contra a legitimidade/vida. Esse estatuto nega o “habitar” em defesa do “habitat” (LEFEBVRE, 2001). É o Estatuto da “verdade”, fruto de uma política, estatal e soberana, consentida no registro do social.

Os modos de habitar a cidade registram-se no desejo de reinventar a política, aqui reconhecida como Necropolítica (MBEMBE, 2016), que é a política da cidade planejada, para políticas sensíveis, políticas da existência, que reconheçam a heterogeneidade como fuga, como escape do padrão. Esse escape é a potência que pulsa nas linhas transversais, que constroem mundos outros, na denúncia das referências universalizantes. O dispositivo da potência vincula-se a um tipo de dia a dia que, conforme Ribeiro (2008) “[...], poderá evidenciar experiências que, para além de seus códigos de identificação, aparecem como práticas que colocam em funcionamento encontros desejantes” (p.126). Podemos compreender essas experiências como experimentações coletivas que produzem o “outramento”, produzem um devir cidade marginal que transformam “o instituído” (BAREMBLITT, 1998) em movimentos desterritorializantes.

Contudo, mesmo com os movimentos que tentam desterritorializar os códigos e as marcas, socialmente instituídas, os corpos “infames” ainda sofrem pela racionalidade planejada, pelos os resquícios atuais do colonialismo, que buscam exterminar e “subjetivar” (GUATTARI; ROLNIK, 2000), com seus mecanismos de vigilância e punição, a quem não se enquadra no desejo conservador de manter a tríade: tradição, família e propriedade. Sendo assim, entendemos que a origem da problematização está na defesa da privação da vida que começa na “propriedade privada da terra” (SILVA, 1999) até os modos de se manifestarem em sociedade.

Primeiro fazem o saber local desaparecer simplesmente não o vendo, negando sua existência. [...] Em geral, os sistemas ocidentais de saber são considerados universais. No entanto, o sistema dominante também é um sistema local, com sua base social em determinada cultura, classe e gênero. (SHIVA, 2003, p. 21)

Por fim, a pergunta orientadora é: Quem são as/os “errantes” e as/os “infames”? Que vidas estamos tentando evidenciar? No estudo aqui proposto, são as vidas dos corpos LGBTs. São os corpos dissidentes que rompem com a doutrina da verdade. Corpos que enfrentam a institucionalização do ser. Corpos que são clandestinos para destruir as fronteiras da existência. São os corpos das vidas que contagiam pela sua existência “sem órgãos”, ou seja, um corpo não organizado, mas organizante, um corpo não funcional, mas em funcionamento, um corpo, segundo afirmam Deleuze e Guattari, como “máquinas de guerra” (1997).

Do ponto de vista do Estado, a originalidade do homem de guerra, sua excentricidade, aparece necessariamente sob uma forma negativa: estupidez, deformidade, loucura, ilegitimidade, usurpação, pecado... [...] seja uma transgressão que compromete a repartição entre homens e mulheres, seja até uma traição às leis de guerra tal como instituídas pelo Estado.

A perpetuação da dominação do Estado soberano arrasta a reprodução da perseguição contra os corpos que denunciam o aprisionamento, dizível e indizível, da existência. São muros, são fronteiras, são demarcações dominantes que invocam a lei da propriedade sobre os corpos, da outra e do outro, às custas da negligência e violação da diferença.

2 Da moral colonial à produção dos corpos dissidentes

A sexualidade no período colonial, especialmente tomando o Brasil como referência, surgiu atrelado à moralidade europeia que se perfaz ainda na atual contemporaneidade pela sacralização do casamento e da reprodução da espécie. É a partir desses dois conceitos basilares que os corpos e as sexualidades, desde a invasão portuguesa no território brasileiro até os dias atuais, serão disseminados e classificados na diáde de corpos aceitáveis e corretos, e de corpos dissidentes e errôneos.

Segundo Rifkin (2011), pensar a colonização e o aniquilamento dos povos autóctones implica dizer que a sexualidade se dá numa construção fantasmagórica do europeu, que por se pensar superior aos povos originários impuseram a estes outros modos de se relacionar, sobretudo sexualmente. Portanto, é preciso levar em consideração que não só os saberes, as línguas, os modos de vidas e as expropriações da terra advieram de processos de dizimação e de violência, mas, também, a noção de sexualidade que fora criada e disseminada para fins de disciplinarização e classificação dos sujeitos.

Para tanto, Fanon contribui:

Assim, na primeira fase, o ocupante instala a sua dominação, afirma esmagadoramente a sua superioridade. O grupo social, subjugado militar e economicamente, é desumanizado segundo um método multidimensional. Exploração, torturas, razias, racismo, liquidações colectivas, opressão racional, revezam-se a níveis diferentes para fazerem, literalmente, do autóctone um objecto nas mãos da nação ocupante. Este homem-objecto, sem meios de existir, sem razão de ser, é destruído no mais profundo da sua existência. O desejo de viver, de continuar, toma-se cada vez mais indeciso, cada vez mais fantasmático (FANON, 2011, p.277).

Os colonizadores europeus, além de aniquilarem as singularidades e existências, lançaram no campo social a única forma possível de manifestação sexual aceita, a saber, entre homens e mulheres através do casamento. Desse modo, instituíram não só as novas formas de se relacionar sexual e afetivamente, mas demarcaram, a partir de então, quais as sexualidades aceitáveis e passíveis de vida e quais passíveis de não aceitabilidade e de morte.

Nessa lógica, Rifkin (2011) colabora ao expor que:

O "enquadramento" [straightening] e "queerização" das populações indígenas ocorrem dentro de um quadro ideológico que toma o Estado colonizador, e a forma do Estado de forma mais ampla, como a unidade axiomática da coletividade política, e, desta forma, a soberania nativa ou coexiste inteiramente ou é traduzida em termos consistentes com a jurisdição do Estado (RIFKIN, 2011, p. 10).⁴

Por sua vez, Vainfas reitera, ao dizer:

A reforma gregoriana, projeto de construção da supremacia eclesiástica no Ocidente, possuía, na estratégia matrimonial, um dos seus maiores pontos de apoio. E dela constava o reconhecimento e a benção do matrimônio para os leigos e a supressão absoluta do casamento de padres. Era esta uma fórmula de compromisso com a doutrina – particularmente com a moral apostólica e o ideal de castidade – e, também, um instrumento de poder, na medida em que transferia o matrimônio para a chancela da Igreja. Era esta, ainda, uma fórmula capaz de representar, no plano simbólico, a superioridade do clero no “mundo de Deus” [...] Ao clero, homens do mundo espiritual, deveria caber a castidade e o poder. Aos leigos, homens do mundo profano, caberia o matrimônio e a obediência (VAINFAS, 1992, p.35).

Ratificando o exposto, o autor confirma que a virgindade, o casamento e as relações heterossexuais surgem como controle tanto da reprodução da espécie, como da fé. É nesse sentido que o dado autor sinaliza que fora através dos códigos instituídos pela moralidade cristã que o ideal de pecaminoso, desregramento moral e de animalidade não só instituiu processos de exclusões e opressões sobre dados corpos, como instalou uma política que viria a regular e disciplinar tudo aquilo que estivesse em dissonância com o exposto pela moralidade religiosa.

Moraes (2019) ratifica:

[...] a ordem da moralidade social cria discursos sobre a regulamentação da sexualidade, assim como, dispositivos de controle de sexualidade, sendo estes últimos, qualquer pedagogização, técnicas discursivas e não discursivas, poderes e métodos que visem normatizar, disciplinar, curar e estabelecer verdades a respeito de atitudes, comportamentos e aqui em especial, do corpo e dos prazeres dos sujeitos que fogem à regra normativa da heterossexualidade (MORAES, 2019, p.97).

Tilio (2014) e Duarte (2014) ainda elucidam que não só as sexualidades, mas também os gêneros foram construídos numa relação de complementaridade. Dessa maneira, homens e mulheres são forjados sócio historicamente enquanto elementos para manutenção de poderes e hierarquias sociais, políticas, religiosas e econômicas. Assim sendo, a monogamia, a heterossexualidade e a reprodução da espécie deram-se enquanto ideal civilizatório. Por sua vez, todos aqueles que subvertessem as regras impostas ficariam à mercê dos processos de exclusões, violências, punibilidade e vigilância, sendo o

⁴ Tradução das autoras.

Estado e a Igreja Católica, no período colonial, os responsáveis pelo controle e disciplinarização, quer seja nas missas, nos confessionários ou nas fogueiras “santas” (TILIO, 2014; DUARTE, 2014).

Nota-se que a colonização constitui-se como um entrelaçado de relações de poderes que, mais do que instituir normas e disciplinas, traz consigo um projeto político, econômico e social que (re) lança a posteriori nas cidades modernas outros processos de segregação, violência e mortificação de corpos específicos.

Diante do exposto, percebe-se que, na atual conjuntura, as questões da sexualidade são permeadas pela sombra colonial, a qual lança nos corpos lgbs a insígnia da morte, sendo essa operacionalizada por atos e discursos lgbtfóbicos que se dão em toda a seara tocada pelo social. Isso implica dizer que a lgbtfobia continuamente se organiza pelo desprezo, medo e aversão a toda e qualquer manifestação sexual que se difere da heteronormatividade estabelecida sócio historicamente (BORRILLO, 2005; RIOS, 2007).

Ainda no período colonial, a Igreja e o Estado, ao deliberarem estratégias de políticas sobre os corpos, buscavam o quê? O que deixou de ser enunciado? Compreende-se que, muito mais do que propor o signo da opressão frente a exploração e a luta de classe, outras questões também estavam em pauta, dentre elas, o primeiro enunciado e/ou demarcador da diferença entre os corpos, no caso o racismo.

É por isso que Gelmore (2007) ⁵ afirma: “o racismo, especificamente, é a produção e a exploração extralegal ou sancionada pelo Estado da vulnerabilidade dos grupos diferenciados à morte prematura” (p.28). Isso se dá, essencialmente, porque a questão racial inicialmente se apresentou no processo de abjetificação dos corpos negros e de sua mão-de-obra. Logo, a raça e a sexualidade entrelaçam-se e se transversalizam de modo interseccional, justamente porque apreende-se através dessas inter-relações uma maior compreensão acerca das disparidades raciais existentes, sobretudo, em países como o Brasil, que se funda pela ordem branca, patriarcal, heteronormativa e elitista.

Porquanto, historiar sobre a política de extermínio no Brasil é incluir, antes de tudo, que o território brasileiro é procedente das raízes coloniais que se sustém pelo capitalismo e que se coadunem a fim de esvanecer a intolerância, a discriminação, o preconceito, o racismo, a lgbtfobia e demais formas de opressões. Parte-se da raça enquanto ficção materializada em corpos e processos de subjetivação e, a posteriori, da sexualidade, numa intersecção que o Estado, pela via do necropoder, opera e legitima no campo social, político, jurídico e psíquico múltiplas formas de desigualdades, discriminações, preconceitos e precariedade da vida. Mbembe (2016) ensina-nos que especialmente a população negra e lgbt é vista como corpos aviltados pelo Estado-nação, justamente por ter sido a escravização do povo negro, a estereotipia da exclusão, da marginalização, permanecendo assim enquanto corpos padecidos sob o efeito do racismo e da lgbtfobia estrutural (MBEMBE, 2016).

⁵ Tradução das autoras

O necropoder atua sobre esses corpos, mais do que evidencia a concretude da morte em si, já que muitos assassinatos de pessoas transgêneras, lésbicas e gays acontecem em lugares desabitados, nas madrugadas, o que, por sua vez, dificulta a identificação dos autores do crime. Também revela a não universalidade constituinte expressa na Carta Magna de 1988, em que “todos somos iguais” em liberdade e no exercício dos direitos, sendo essa ordem invertida quando o que se está em pauta são os sujeitos atravessados pela diferença, quer seja na cor; na sexualidade⁶; na identidade de gênero⁷; na etnia e, até mesmo, nas manifestações de cunho religioso. Diferenças cujo apagamento de suas existências e as privações de seus direitos constituintes tornam-se indumentários sociais, assim como instrumentos de difusão de discursos de ódios, racismos, lgbtfobias, preconceitos, segregações e discriminações, uma vez que, frente a uma tradição secular e sobre o universalismo dos corpos, das ações e das atitudes, tudo que foge à regra imposta está fadado ao genocídio do Estado-nação.

Sobre essa questão, Sá compreende que:

As vidas nuas do exceptio político paralelo, do homo sacer, por mais cruéis ou desumanas que possam parecer, ou aparecerem no espetáculo do semicapital, que banham de sangue e de morte com mais intensidade, têm mobilizado os contra poderes, os poderes com letra minúscula do exceptio soberano paralelo à criação de cidadania política e inserção territorial, através dos seus sangues e morte no período histórico atual (SÁ, 2013, p.108).

Já para Foucault (2005):

A soberania fazia morrer e deixava viver. E eis que agora aparece um poder que eu chamaria de regulamentação e que consiste, ao contrário, em fazer viver e em deixar morrer [...] agora que o poder é cada vez menos o direito de fazer morrer e cada vez mais o direito de intervir para fazer viver, e na maneira de viver, e no “como da vida”, a partir do momento em que, portanto, o poder intervém sobretudo nesse nível para aumentar a vida, para controlar seus acidentes suas eventualidades, suas deficiências, daí por diante a morte, como termo da vida, é evidentemente o termo, o limite, a extremidade do poder (FOUCAULT, 2005, p. 294).

Mbembe, por sua vez, elucida que “essas trajetórias, o estado de exceção e a relação de inimizade tornaram-se a base normativa do direito de matar. Em tais instâncias, o poder (e não necessariamente o poder estatal) continuamente se refere e apela à exceção, à emergência e à noção ficcional do inimigo [...], e o biopoder parece funcionar mediante a divisão entre as pessoas que devem viver e as que devem morrer (Mbembe, 2018, p.16-19). Em concordância com Sá (2013) e Foucault (2005) sobre a classificação da população e das vidas, porém, Mbembe nos levar a supor o para além, ao remontar a noção foucaultiana de biopoder e trazer a noção de raça como o primeiro demarcador da diferença e da opressão que se origina no contexto colonial. Fora através dele que apreendemo-nos que

⁶ Faz parte da conduta humana, representa o desejo, o gozo e a atração sexual por um dado gênero (GARCIA-ROZA, 2003).

⁷ Como os sujeitos se auto-definem, quer seja como homens, mulheres ou intersexos (MORAES, 2019).

há pessoas que, na sua maioria, já nasceram à margem sociojurídica, desprovidas de inserção social, territorial, pois é essa a política que, associada ao capitalismo em todas as suas searas, se perfaz e se justifica de modo soberano na precariedade das vidas cuja insígnia da morte opera, sobretudo, nos corpos negros e, a posteriori, nos corpos demarcados pela sexualidade não universalizante.

Considerações finais

Afirmar que vivemos numa conjuntura marcada pela sombra colonial, sobretudo, implica expor que estamos na atual contemporaneidade envoltos de grupos de conservadores religiosos que se utilizam da política e do aparato jurídico para lançar estratégias com vistas a manter as opressões, as classificações sociais e as disciplinarizações dos corpos e suas singularidades, sendo, desse modo, o Estado o agente da política de morte que atua sobre os corpos marcados pela diferença, a saber: negros, lgbts e mulheres.

Com efeito, a necropolítica enquanto técnica de poder incide fundamentalmente sobre corpos e populações específicas, lançando-os em territórios degradados, na negação do acesso à cidade, à saúde, à educação e ao saneamento básico; na (re) produção de valores, saberes e poderes que se mantêm sobremaneira na lógica da expropriação das formas de viver a sexualidade. Nesse sentido, o dado trabalho alude-se na crítica às classificações, aos preconceitos e às regulamentações do corpo lgbt, que acabam por reiterar que o Estado, pela via do necropoder, autoriza o aviltamento dos corpos lgbts, justamente por considerá-los como corpos matáveis, enquanto vidas que não importam.

Contudo, sinaliza-se que, apesar dos desafios encontrados no que diz respeito ao rompimento de certos tabus acerca da sexualidade e dos enfrentamentos da política de morte imposta pelo Estado-nação, aposta-se que a resistência e dissolução de tais problemáticas dar-se-á frente a uma luta antirracista e anti-lgbtfóbica, no não silenciamento de tão problemática questão e na exigência de que a Polícia e Justiça investiguem de forma célere e punam com severidade os crimes lgbtfóbicos. Soma-se a isso a necessidade de fortalecer o movimento social da dada população, além de produções acerca da temática, para que assim se possa dar dizibilidade aos corpos que se encontram na contramão da hegemonia branca e heterossexual construída socialmente.

Referências

BAREMBLITT, Gregório. **Compêndio de Análise Institucional e Outras Correntes**. 4 ed. Rio de Janeiro: record: rosa dos Tempos, 1998.

BORRILLO, Daniel. **Pourquoi une Journée mondiale contre l'homophobie?** Le Monde, Paris, 17. maio 2005. Disponível em: < <http://www.lemonde.fr/web/chat/0,46-0@2-3224,55-650917,0.html> >. Acessado em 14 de setembro de 2020.

DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. **Mil Platôs – capitalismo e esquizofrenia**. Vol. 5 . Trad. Peter Pal Pelbart e Janice Caifa. São Paulo: Ed. 34, 1997.

DELEUZE, Gilles. **Lógica do Sentido**. 4 ed. São Paulo: Editora Perspectiva S. A., 2003.

DUARTE, Marcos José de Oliveira. **Diversidade sexual, políticas públicas e direitos humanos: saúde e cidadania LGBT em cena**. Temporalis, Brasília (DF), ano 14, n. 27, p. 77-98, jan./jun., de 2014.

FANON, Frantz. **“Racismo e cultura”**. SANCHES, Manuela Ribeiro (Org.). Malhas que os impérios tecem: textos anticoloniais, contextos pós-coloniais. Lisboa: Edições 70. Pp. 273-285. 2011.

FOUCAULT, Michel. **A vida dos homens infames**. In: MOTTA, Manoel Barros da. (org.) Estratégia, poder-saber. Tradução de Vera Lúcia Avelar Ribeiro. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003. (Ditos e escritos; IV).

FOUCAULT, Michel. **O uso dos Prazeres e as Técnicas de Si**. In: MOTTA, Manoel Barros da. (org.) Ética, Sexualidade, Política. 2. ed. Tradução de Elisa Monteiro e Inês Autran Dourado Barbosa. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. (Ditos e escritos; V).

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População: curso no Collège de France (1977-1978)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GARCIA-ROZA, Luiz Alfredo. **Freud e o inconsciente**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 24.ed., 2003.

GILMORE, Ruth Wilson. **Golden Gulag: Prisons, Surplus, Crisis, and Oposition in Globalizing California**. Berkeley. University of California Press, 2007, p.28.

GOFFMAN, Erving. **Estigma. Notas sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada**. Trad. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes. 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 1998.

GUATTARI, Félix; ROLNIK, Suely. **Micropolítica – cartografias do Desejo**. 6 ed. RJ: Petrópolis: Vozes, 2000.

INDURSKY, Freda; FERREIRA, Maria Cristina Leandro. (Org). **Michel Pêcheux e a análise do discursos: uma relação de nunca acabar**. São Carlos: Claraluz, 2005.

LEFEBVRE, Henri. **O Direito à Cidade**. Trad. Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

LUFT, Rosangela Marina. **Políticas Públicas Urbanas – Premissas e condições para a efetivação do direito à cidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica**. Revista do PPGAV, Ufrj, n.32, 2016.

MORAES, Camila de Freitas. **Esse corpo que habito não é meu?**. In: RIBEIRO, Cristine Jaques (Org.). Diálogos da cidade: experimentações coletivas [recurso eletrônico]. Porto Alegre:

Editora Fi, 2019, p. 95-112. Disponível em: <https://3c290742-53df-4d6f-b12f-6b135a606bc7.filesusr.com/ugd/48d206_0cae5a4e710242b6b7ee585b57cf543c.pdf>. Acesso em: 30 de julho de 2020.

NIETZSCHE, Friedrich. **Genealogia da Moral – Uma Polêmica**. Trad. Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

RIBEIRO, Cristine Jaques. **Cartografias Caboclas**. Pelotas: EDUCAT, 2008.

RIOS, Roger Raupp. **O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação**. In: _____. (Org.). *Em Defesa dos Direitos Sexuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007 p. 111-139.

RIFKIN, Mark. **When Did Indians Become Straight?** Kinship, the History, and Native Sovereignty. Oxford University Press, 2011.

ROLNIK, Raquel. **Guerra dos Lugares – A Colonização da Terra e da Moradia na Era das Finanças**. São Paulo: Boitempo, 2015.

SÁ, Alcindo José de. **Geografia do Direito: as normas como formas sócio-espaciais**. Recife: Ed. Universitária da UFPE, 2013.

SHIVA, Vandana. **Monoculturas da Mente – Perspectivas da Biodiversidade e Biotecnologia**. Trad. Daniela de Abreu Azevedo. São Paulo: Gaia, 2003.

SILVA, Maria Aparecida de Moraes. **Errantes do Fim do Século**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

TILIO, Rafael de (2014). **TEORIAS DE GÊNERO: PRINCIPAIS CONTRIBUIÇÕES TEÓRICAS OFERECIDAS PELAS PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS**. Niterói. v.14. n.2. p.125-148. 1.sem. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/revistagenero/article/view/31193>. Acessado em 24 de maio de 2020.

VAINFAS, Ronaldo. **Casamento, amor e desejo no Ocidente cristão**. 2. ed.. São Paulo: Ática, 1992.

**LOCKDOWN EM TEMPOS DE COVID-19: RESTRIÇÃO DO DIREITO À
LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO**
*LOCKDOWN IN COVID-19 TIMES: RESTRICTION OF THE RIGHT TO FREEDOM
OF LOCOMOTION*

Uelisson Borges Rocha¹

Resumo

O direito à liberdade de locomoção, em que pese constitucionalmente garantido, não é um direito fundamental absoluto, pois a própria Constituição prevê restrições ao seu exercício. Diante do atual cenário mundial, com a pandemia da COVID-19, o direito de locomoção tem sido alvo de mitigação. Embora pareça tratar-se de uma medida arbitrária do poder público, a restrição ao direito de locomoção em tempos de COVID-19 tem se mostrado necessária, em razão da ausência de um fármaco com eficácia cientificamente comprovada para a cura da referida enfermidade. O presente trabalho tem o objetivo de identificar se há previsão constitucional expressa para a adoção de medidas de enfrentamento à pandemia, a exemplo do *lockdown* em tempos de COVID-19, bem como verificar se as medidas previstas na Lei Federal 13.979/2020, afasta a competência concorrente e a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios. Assim, quanto à metodologia, utilizou-se o raciocínio dedutivo e análise bibliográfica, a partir de uma abordagem qualitativa de um determinado fenômeno. Constatou-se que apesar de não ser necessária a decretação do estado de defesa ou do estado de sítio para a instituição do *lockdown* como medida de enfrentamento à pandemia do COVID-19, trata-se de medida imperiosa a ser adotada, a fim de se combater a propagação da pandemia da COVID-19. Portanto, neste caso considera-se inequívoca a prevalência do direito à saúde, e porque não dizer também do direito à vida, em detrimento do direito à liberdade de locomoção, sendo necessário realizar uma unificação das regras que regulamentam a adoção do *lockdown* em todo território nacional, a fim de se reduzir o risco da propagação da COVID-19, enquanto não é descoberta uma vacina capaz de erradicá-lo.

Palavras-chave: Direito à liberdade de locomoção; Colisão entre princípios; *Lockdown*; COVID-19.

Abstract

The right to freedom of movement, although constitutionally guaranteed, is not an absolute fundamental right, as the Constitution itself provides for restrictions on its exercise. In view of the current world scenario, with the COVID-19 pandemic, the right to travel has been the target of mitigation. Although it seems to be an arbitrary measure by the public authorities, the restriction on the right to travel in COVID-19 times has been shown to be necessary, due to the absence of a drug with scientifically proven efficacy for the cure of this disease. This paper aims to identify whether there is an express constitutional provision for the adoption of

¹ Advogado. Graduado em Direito pelo Centro Universitário Ruy Barbosa – UNIRUY/WYDEN. Pós-graduando em Direito Processual Civil pela Faculdade Baiana de Direito – FBD. Membro do Grupo VIDA (Grupo de Pesquisa em Bioética do PPGD-UFBA).

measures to combat the pandemic, such as the lockdown in times of COVID-19, as well as to verify whether the measures provided for in Federal Law 13,979 / 2020, removes the competing competence and the taking of normative and administrative measures by the Member States, the Federal District and the Municipalities. Thus, as for the methodology, deductive reasoning and bibliographic analysis were used, based on a qualitative approach to a given phenomenon. It was found that although it is not necessary to declare a state of defense or a state of siege for the institution of the lockdown as a measure to face the COVID-19 pandemic, it is an imperative measure to be adopted in order to combat the spread of the COVID-19 pandemic. Therefore, in this case the prevalence of the right to health is considered unequivocal, and why not also say the right to life, to the detriment of the right to freedom of movement, being necessary to unify the rules that regulate the adoption of the lockdown throughout the territory national level, in order to reduce the risk of the spread of COVID-19, pending the discovery of a vaccine capable of eradicating it.

Keywords: Right to freedom of movement; Collision between principles; Lockdown; COVID-19.

Introdução

O presente trabalho busca questionar as medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, a fim de identificar sob qual fundamento constitucional tais medidas foram estabelecidas pelos entes federativos, bem como analisar a possibilidade de se estabelecer a unificação das regras para a efetivação das aludidas medidas em todo território nacional.

A relevância do presente trabalho se dá ao fato de que, até o momento, não foi descoberto um medicamento ou vacina com eficácia comprovada para combater a pandemia da COVID-19, sendo, portanto, a restrição do direito à liberdade de locomoção, uma alternativa adotada para evitar o contágio da doença.

Todavia, questiona-se sob qual fundamento constitucional foram adotadas as medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, como o *lockdown*, por exemplo.

O direito à liberdade de locomoção é garantido no art. 5º, XV, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens” (MORAES, 2014, p. 134).

Todavia, assim como outros direitos fundamentais, a liberdade de locomoção não é absoluta, devendo conviver com outros direitos também garantidos pela Constituição Federal de 1988.

Entretanto, será discutido no presente trabalho, sob qual fundamento constitucional as autoridades em eminência, seja na esfera federal, estadual, distrital ou municipal, no âmbito de suas competências, podem estabelecer restrições ao direito de ir e vir dos cidadãos, durante a pandemia da COVID-19.

Na primeira seção será apresentado um breve histórico, apontando os principais marcos do surgimento dos direitos fundamentais.

A seguir, na segunda seção, apontar-se-á um possível confronto entre princípios envolvendo o direito à liberdade de locomoção e o direito à saúde, diante do atual cenário da pandemia da COVID-19.

Já na terceira seção, será analisada a suposta competência concorrente entre os entes federativos para instituírem medidas restritivas de enfrentamento à pandemia da COVID-19.

Na quarta seção se constatará se há previsão constitucional expressa para se estabelecer o *lockdown* durante a pandemia da COVID-19.

Por fim, diante da diversificação de medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19 adotadas no país, apresentar-se-á a sugestão de unificação em todo território nacional, das regras que regulamentam a adoção do *lockdown* determinado pelo Ministério da Saúde.

Trata-se de uma abordagem qualitativa de um trabalho exploratório-descritivo, pois, segundo Gil (2002), tem como objetivo proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito ou a constituir hipóteses, estudando determinado fenômeno. Além disso, realizou-se uma revisão bibliográfica (livros, artigos, legislação e jurisprudência) fundamentada em obras ligadas ao Direito Constitucional.

1 Direitos fundamentais: direito à liberdade de locomoção

Os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e positivados na Constituição Federal possuem grande relevância, no sentido de promover a dignidade da pessoa humana.

Tais direitos são frutos de grandes conquistas ao longo do tempo, que muito embora se revelem inerentes ao indivíduo, nem sempre foram reconhecidos, tendo sido gradativamente incorporados aos ordenamentos jurídicos.

Um dos principais marcos na conquista dos direitos fundamentais foi a Revolução Francesa, quando então nasce a era dos direitos humanos (BONAVIDES, 2004, 562). Portanto, a partir daí surge a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão que apesar de não trazer de forma detalhada um rol de direitos e garantias fundamentais, foi o início da universalização dos direitos humanos (TAVARES, 2012, p. 545).

Outro grande marco foi após a Segunda Guerra Mundial, quando foi publicada a Declaração dos Direitos dos Humanos que traz um grande avanço ao prever diversos direitos independentemente de diferenciações quanto a raça, gênero ou classe econômica, estabelecendo a igualdade formal entre os indivíduos (SARLET e colab., 2018, p. 322).

A Constituição brasileira de 1988 reproduziu o que fora estabelecido na Declaração de Direitos Humanos de 1948, apresentando um rol de direitos humanos que ao serem incorporados no nosso ordenamento jurídico passam a ser chamados de direitos e garantias fundamentais.

Os direitos fundamentais estão expressamente dispostos na Constituição de 1988. Como por exemplo, no art. 5º, os direitos e deveres individuais e coletivos; nos art. 6º ao 11, os direitos sociais; nos art.ºs 12 e 13, os direitos de nacionalidade; nos art.ºs 14 ao 16, os direitos políticos (TAVARES, 2012, p. 560).

Assim, são alguns dos principais direitos fundamentais o direito à vida, o direito à liberdade de locomoção, o direito à igualdade, o direito à segurança e o direito à propriedade. Todavia, por se tratar do objeto de discussão do presente trabalho, cumpre enfatizar nas palavras de Dirley da Cunha (2015) que o direito de locomoção:

É uma das liberdades públicas fundamentais que de há muito tempo integra a consciência jurídica geral da sociedade e que repele qualquer atividade não autorizada pela Constituição de cecear o trânsito das pessoas. Só em casos excepcionais ela cede, visando resguardar outros interesses, como a ordem pública ou a paz social, perturbadas com a prática de crimes ou ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 557).

Entretanto se verá na seguinte seção algumas situações em que o direito à liberdade de locomoção será limitado e como solucionar a questão da colisão de princípios quando se têm envolvidos direitos fundamentais.

2 Limitação ao direito fundamental de locomoção e colisão entre princípios

Os direitos e garantias fundamentais poderão ser considerados absolutos ou relativos. São absolutos aqueles direitos fundamentais que não admitem restrição, diferente dos relativos que poderão, em certas situações, sofrerem algumas limitações.

Vale ressaltar a importância dessa diferenciação em razão da ocorrência de possível colisão entre direitos fundamentais, como se verá, por exemplo, no caso do exercício do direito à liberdade de ir e vir, objeto de discussão no presente trabalho, que poderá sofrer limitações, algumas delas previstas expressamente na Constituição Federal e outras impostas pelos poderes constituídos (SARLET e colab., 2018, p. 556).

O direito de locomoção é garantido no art. 5º, XV, que prevê: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens”. Todavia, assim como outros direitos que estão

sujeitos a sua relativização, o direito de locomoção não é absoluto, devendo conviver com outros direitos também garantidos pela Constituição (SARLET e colab., 2018, p. 553).

Ao discorrer sobre as características dos direitos fundamentais, Cunha (2018) enfatiza acerca da limitabilidade destes:

A propósito dessa característica, cumpre acentuar que os direitos fundamentais, por si só, não podem sofrer qualquer ordem de limitação, seja pela via da interpretação, seja, sobretudo, pela atividade do legislador infraconstitucional, a não ser que a possibilidade de restrição seja admitida pela própria Constituição ou derive da necessidade de interação com outras disposições constitucionais, hipótese em que, ainda assim, a limitação jamais poderá atingir o núcleo essencial, isto é, o conteúdo mínimo desses direitos. [...] Assim, as chamadas limitações iminentes dos direitos fundamentais existem para realizar a concordância entre eles próprios ou entre eles e outros bens constitucionalmente protegidos [...] (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 505-506).

Assim, como dito antes, há algumas situações expressamente previstas na Constituição Federal de restrições ao direito de locomoção, tais como: **1)** prisão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de Juiz (art. 5º, LXI); **2)** prisão civil do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (art. 5º, LXVII); **3)** durante vigência de estado de defesa (art. 136, § 3º, I), e de estado de sítio (art. 139, I e II).

Entretanto, é plenamente possível que ocorra uma colisão entre princípios que segundo a doutrina se refere aos casos em que há mais de um direito fundamental envolvido, podendo um deles ser relativizado de acordo com a utilização do sopesamento (ALEXY, 2015, p. 94).

Segundo Mendes (2014, p. 123), diferente de como ocorre em conflitos entre regras, num eventual confronto de princípios incidentes sobre uma situação concreta, deve-se buscar a conciliação entre eles, sem que algum deles seja excluído do ordenamento.

Sobre a distinção dos conflitos entre regras e colisão entre princípios, elucida Alexy (2015):

As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio 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* (ALEXY, 2015, p. 105).

Em relação à colisão entre princípios, Mendes (2018) cita o seguinte:

As situações de embates entre princípios podem assumir tanto a forma de colisão de direitos fundamentais, como a de conflito entre um direito fundamental e um outro valor consagrado na Constituição. Veja-se, por exemplo, que o valor da saúde pública pode ensejar medidas restritivas da liberdade de ir e vir (confinamentos), e pode suscitar questões envolvendo a incolumidade física (vacinação obrigatória) (MENDES e BRANCO, 2014, p. 180).

Diante disso, vislumbra-se, no presente trabalho, que com a crise social, política e econômica instaurada pela pandemia da COVID-19, há uma colisão entre princípios envolvendo o direito à liberdade de locomoção e o direito à saúde, que segundo *Alexy* é solucionado pela teoria da ponderação dos princípios.

3 Competência dos entes federativos para estabelecerem medidas de enfrentamento à pandemia do covid-19

A presente seção tem como objetivo identificar quais os entes federativos possuem competência para editarem normas que restringem o direito fundamental da liberdade de locomoção, bem como verificar se as autoridades no âmbito municipal e no âmbito estadual têm autonomia para decretarem medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19. Ao passo que se verificará, ainda, se as medidas previstas na Lei 13.979/2020, editada pelo Governo Federal para o enfrentamento à pandemia da COVID-19, afastam a competência concorrente e a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

De acordo com o princípio da predominância do interesse, cabe à União tratar das matérias de interesse nacional, aos Estados-membros e o Distrito Federal daquelas que suscitam um interesse regional e aos Municípios cabe tratar das matérias de interesses locais (TAVARES, 2012, p. 1151).

Entretanto, cumpre ressaltar que de acordo com o artigo 23, II, da Constituição Federal, é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde. Ou seja, cuidar da saúde é responsabilidade de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios). Assim, todos os entes federativos devem adotar medidas administrativas para atender a saúde de todos.

Já o art. 24, inciso XII, da Constituição Federal prevê que compete concorrentemente a União, aos Estados-membros e ao Distrito Federal editarem normas sobre proteção e defesa da saúde. Todavia, cabe à União editar as normas gerais e aos Estados-membros e ao Distrito Federal editarem as normas específicas. Assim, a competência dos Estados-membros é denominada complementar, por acrescentar à legislação nacional o que for preciso.

Destarte, enquanto a União faz a lei geral sobre a saúde e sobre o combate à COVID-19, como ocorreu com a edição da lei 13.979/2020, cada Estado-membro e o Distrito Federal podem fazer suas leis específicas, atendendo às suas peculiaridades.

Porém, segundo o artigo 30, II, da Constituição Federal, compete aos Municípios suplementar a legislação federal e a estadual no que couber. Dessa maneira, atenderá às peculiaridades e às necessidades particulares de cada Município, quando ao legislar acerca da saúde, adotar medidas para combater a pandemia da COVID-19.

Ademais, o decidiu o STF através da ADPF 672:

CONCEDO PARCIALMENTE A MEDIDA CAUTELAR na arguição de descumprimento de preceito fundamental, ad referendum do Plenário desta SUPREMA CORTE, com base no art. 21, V, do RISTF, para DETERMINAR a efetiva observância dos artigos 23, II e IX; 24, XII; 30, II e 198, todos da Constituição Federal na aplicação da Lei 13.979/20 e dispositivos conexos, RECONHENDO E ASSEGURANDO O EXERCÍCIO DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE DOS GOVERNOS ESTADUAIS E DISTRITAL E SUPLEMENTAR DOS GOVERNOS MUNICIPAIS, cada qual no exercício de suas atribuições e no âmbito de seus respectivos territórios, para a adoção ou manutenção de medidas restritivas legalmente permitidas durante a pandemia, tais como, a imposição de distanciamento/isolamento social, quarentena, suspensão de atividades de ensino, restrições de comércio, atividades culturais e à circulação de pessoas, entre outras; INDEPENDENTEMENTE DE SUPERVENIÊNCIA DE ATO FEDERAL EM SENTIDO CONTRÁRIO, sem prejuízo da COMPETÊNCIA GERAL DA UNIÃO para estabelecer medidas restritivas em todo o território nacional, caso entenda necessário (BRASIL, 2020, p. 10).

Portanto, as medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, como a restrição ao direito da liberdade de locomoção, por exemplo, referem-se a um assunto que envolve interesse de todos os entes federativos, tendo em vista que causam repercussão em cada uma das três esferas.

O governo do Maranhão foi um dos primeiros a executar o *lockdown*, proibindo a circulação de pessoas, mantendo alguns serviços, considerados essenciais como mercados, farmácias e circulação de caminhões de carga. Outros Estados como Pará, Ceará, Rio de Janeiro, dentre outros seguem adotando a mesma medida, com o intuito de (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Muitos países europeus adotaram medidas restritivas ainda mais duras que o Brasil, com aplicação de sanções pecuniárias aos indivíduos que saíam de casa sem motivo justificado, como o caso da Itália, por exemplo, que aplicou mais quarenta mil multas aos seus cidadãos (MELLO e colab., 2020).

Assim, verifica-se que a edição da Lei federal 13.979/2020, não afasta a competência concorrente e a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados-membros, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, sendo imprescindível a sintonização das competências entre os entes federativos, no intuito de vencer essa crise social, política e econômica que estamos experimentando neste momento, de modo a dar segurança à população, e, acima de tudo, preservar vidas, para que, o mais breve possível possam ser plenamente retomadas as atividades de um modo geral.

4 Fundamento constitucional do lockdown

Dentre as medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, estabelecidas pelo Ministério da Saúde para serem adotadas pelos entes federativos, as quais restringem o direito à liberdade de locomoção dos cidadãos, destacam-se o distanciamento social aplicado², o distanciamento social seletivo³ e o bloqueio total, também chamado *lockdown*⁴ (BRASIL, 2020, p. 25-26)

Ocorre que em relação ao *lockdown* questiona-se o seu fundamento constitucional por se tratar de restrição a um direito fundamental. Em que pese, como já foi mencionado no presente trabalho, o direito à liberdade de locomoção não seja um direito absoluto.

Assim, a Constituição Federal prevê expressamente hipóteses de restrições a alguns dos direitos fundamentais, como por exemplo, do direito à liberdade de locomoção durante de estado de defesa ou estado de sítio.

² **DISTANCIAMENTO SOCIAL AMPLIADO (DSA):** Estratégia não limitada a grupos específicos, exigindo que todos os setores da sociedade permaneçam na residência durante a vigência da decretação da medida pelos gestores locais. Esta medida restringe ao máximo o contato entre pessoas. Ficam mantidos os serviços essenciais, com adoção de maior rigor na higiene e evitando aglomeração. (BRASIL, 2020, p. 25).

³ **DISTANCIAMENTO SOCIAL SELETIVO (DSS):** Estratégia onde apenas alguns grupos ficam isolados, sendo selecionadas todas as pessoas sintomáticas e seus contatos domiciliares e os grupos que apresentam maior risco de desenvolver a doença ou aqueles que podem apresentar um quadro mais grave, como: Idosos; Pessoas com doenças crônicas (diabetes, cardiopatias etc) ou condições de risco como obesidade e gestação de risco; Pessoas abaixo de 60 anos podem circular livremente, mantendo conduta de distanciamento social e cuidados higiênicos, se estiverem assintomáticos. (BRASIL, 2020, p. 26).

⁴ **BLOQUEIO TOTAL (LOCKDOWN):** Esse é o nível mais alto de segurança e pode ser necessário em situação de grave ameaça ao Sistema de Saúde. Durante um bloqueio total, todas as entradas do perímetro são bloqueadas por trabalhadores de segurança e ninguém tem permissão de entrar ou sair do perímetro isolado (BRASIL, 2020, p. 25).

Entretanto, conforme o art. 136 da Constituição Federal, o estado de defesa pode ser decretado “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. ”

Outrossim, o art. 137 prevê que o estado de sítio pode ser decretado nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa; ou declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Bulos (2014) lista as medidas de restrição, as quais só poderão ser tomadas durante estado de sítio:

(i) dever de permanência em localidade determinada; (ii) detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns; (iii) restrições à inviolabilidade de correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei; (iv) suspensão da liberdade de reunião; (v) busca e apreensão domiciliares; (vi) intervenção nas empresas de serviços públicos; e (vii) requisição de bens.(BULOS, 2014, p. 1448).

Ademais, tanto o estado de defesa quanto o de sítio devem ser propostos pelo presidente da República, dependendo de aval do Congresso. O primeiro deve durar 30 dias, podendo ser prorrogado uma vez. Já o segundo não pode ultrapassar um mês, salvo em caso de guerra (SILVA NETO, 2006, p. 487-488).

Destarte, se tratando de situação em que se pretende resguardar outros direitos fundamentais, a saber, o direito à saúde e o direito à vida, apesar da Constituição Federal autorizar expressamente a restrição do direito à liberdade de locomoção no estado de defesa e no estado de sítio, entende-se que não é necessário decretar algum deles para a adoção do *lockdown*, tendo em vista que como verificado ao longo deste trabalho, trata-se de um evidente confronto de princípios envolvendo direitos fundamentais.

Sendo assim, o que justificaria a instituição do *lockdown* seria o fato dos direitos à saúde e à vida prevalecerem em face do direito à liberdade de locomoção diante da atual circunstância provocada pela pandemia da COVID-19.

Vale salientar, que de acordo com uma Nota Técnica editada pela ANVISA, o atual cenário da pandemia da COVID-19, tem impulsionado intensas pesquisas ao redor do mundo, referente à utilização de medicamentos *off-label*, tais como a hidroxicloroquina e a cloroquina, cuja experiência já tem rendido alguns resultados positivos (ANVISA, 2020).

Todavia, a eficácia e a segurança da hidroxicloroquina e da cloroquina em pacientes com COVID-19 ainda é incerta, tendo em vista que a avaliação de efeitos de certos medicamentos é longa. Ocorre que, no caso da COVID-19, em que milhares de pessoas ao redor do mundo estão sendo infectadas e mortas e ainda sem a descoberta de uma droga ou vacina específica, a corrida contra o tempo é um problema a ser considerado.

Com isso, chega-se à conclusão que esta crise social, política e econômica causada pela pandemia da COVID-19, pode perdurar por tempo muito maior do que se imagina.

Em razão da ausência de um fármaco com eficácia cientificamente comprovada para combater a COVID-19, urge se estabelecer o *lockdown* como medida protetiva contra o contágio da doença com regras unificadas a serem aplicadas em todo território nacional, a fim de reduzir o risco da propagação da COVID-19.

5 Unificação das regras de enfrentamento à covid-19 em todo território nacional

A determinação de *lockdown*, bem como a imposição das diversas medidas de enfrentamento ao contágio da COVID-19, pode parecer uma atitude arbitrária do poder público, assim como também pode parecer arbitrária a exigência de ser vacinado contra uma determinada doença contagiosa, como a que estamos experimentando neste momento.

Isso porque, poderá haver o questionamento de que tal imposição estaria violando as liberdades individuais.

Todavia, como fora apontado no presente trabalho não há que se falar em direito absoluto, assim como não há que se falar também de liberdade alguma que se considere absoluta, principalmente diante de situações em que se tenham envolvidos mais de um bem indisponível a serem tutelados.

Entretanto, como também não existe uma hierarquia entre direitos e liberdades fundamentais, quando se estar diante de um conflito entre princípios em que estão envolvidos estes direitos e liberdades, há que se realizar a ponderação, a fim de que quando necessário, permita-se a prevalência em detrimento do outro.

No caso das medidas de enfrentamento ao contágio da COVID-19, não se trata de arbitrariedade, pois visa atender à prevenção para assegurar o direito à saúde que é considerado um direito social. Ou seja, ao se estabelecer tais medidas visa-se preservar a saúde não apenas do indivíduo, mas de uma coletividade.

Portanto, trata-se de imposição em prol da proteção de toda a população, inclusive, daqueles que possuem uma vulnerabilidade acrescida, como é o caso dos idosos e das pessoas imunossuprimidas.

Ocorre que verifica-se que desde o início da pandemia da COVID-19, vem-se adotando uma diversidade de medidas nas mais diversas regiões desse nosso país continental. De modo que em determinada região tem se adotado o *lockdown*, por exemplo, enquanto que em outras regiões, até o momento, ainda não foi adotada a aludida medida.

Diante disto, a despeito da competência concorrente dos entes federativos para implementar medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, propõe-se no presente trabalho, que se estabeleça uma regra unificada em todo o território nacional.

Principalmente, com respeito à determinação do *lockdown*, tendo em vista que, enquanto não se descobre um fármaco ou vacina com eficácia cientificamente comprovada, tem se demonstrado a principal medida para conter a proliferação da COVID-19.

Vale ressaltar, que diante da desnecessidade de decretação de estado de defesa ou de estado de sítio para a adoção de tal medida, pois o próprio estado de calamidade pública a justifica, entende-se imperiosa a implementação de políticas públicas no sentido de harmonizar em todo território nacional a árdua luta que se vem travando para se preservar a saúde e a vida dos brasileiros.

Considerações finais

Considerando o panorama traçado, o que adentrou as espécies de direitos e liberdades fundamentais, apresentando-se um breve histórico do seu surgimento, abordou-se sobre suas possíveis limitações, bem como acerca da aplicação do sopesamento para solucionar suposta colisão entre princípios quando do exercício destes direitos e liberdades.

Ademais, analisou-se as competências dos entes federativos para estabelecerem medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, constatou-se a necessidade de haver uma harmonia entres as esferas federal, estadual, distrital e municipal a fim de se alcançar êxito na luta contra este terrível mal que assola a humanidade a nível mundial.

Outrossim, foi discutido se há lastro constitucional para a implementação de determinadas medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19 pelos entes federativos, as quais resultam na limitação do direito fundamental à liberdade de locomoção, em especial o *lockdown*, que apesar de apresentar-se como uma medida arbitrária do poder público, faz-se

necessária, em razão da ausência de vacina ou medicamento com eficácia cientificamente comprovada para a cura da COVID-19.

De acordo com o estudo feito neste trabalho verificou-se que as medidas de enfrentamento à pandemia da COVID-19, como o *lockdown* não seria necessária a decretação de estado de defesa ou estado de sítio.

Tendo em vista que ainda não se tem um fármaco com eficácia cientificamente comprovada para combater a pandemia da COVID-19, deve-se realizar a unificação das regras para a aplicação do *lockdown* em todo território nacional, a fim de que esta medida venha surtir maior efeito enquanto não é descoberta uma vacina que possa erradicar a COVID-19.

Acredita-se que as discussões apontadas no presente trabalho contribuem para o desenvolvimento de novas pesquisas a respeito do tema, pois há ainda muito o que se debater acerca desse assunto.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Agência Brasil explica: entenda o que é o lockdown**. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/agencia-brasil-explica-entenda-o-que-e-o-lockdown>>. Acesso em: 22 jul 2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANVISA, Agência Nacional de Vigilância Sanitária. **Esclarecimentos sobre hidroxicloroquina e cloroquina - Notícias - Anvisa**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/noticias/-/asset_publisher/FXrpx9qY7FbU/content/covid-19-esclarecimentos-sobre-hidroxicloroquina-e-cloroquina/219201>. Acesso em: 6 jul 2020.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional** - 15ª ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL, Ministério da Saúde. **Boletins epidemiológicos**. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/boletins-epidemiologicos>>. Acesso em: 22 jul 2020.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Notícias STF: STF - Supremo Tribunal Federal**. Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441075>>. Acesso em: 21 jul 2020.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional** -Atualizado de acordo com a Emenda Constitucional n. 76/2013 - 8ª ed. rev. e atual. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CUNHA JÚNIOR, Dirley Da. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª rev. atual. e ampl. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

MELLO, Cecília e GERVITZ, Luiza e FERREIRA, Maria Amélia. **Direito à saúde prevalece sobre direito de ir e vir em tempos de Covid-19**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/opinioao-direito-saude-prevalece-ir-vir>>. Acesso em: 22 jul 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9ª, revisada e atualizada ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES, Alexandre De. **Curso de Direito constitucional** - 30ª edição. São Paulo: Atlas, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang e MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge E. **Curso de Direito Constitucional**. 2ª ed. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. rev. atual. ed. [S.l: s.n.], 2012.

MOVIMENTO “#BREQUE DOS APPS”, UBERIZAÇÃO E A REINVENÇÃO JURÍDICA TRABALHISTA NO PARADIGMA NEOLIBERAL BRASILEIRO

“#APPS BREAK” MOVIMENT, UBERIZATION AND THE LEGAL REINVENTION OF LABOR LAW IN BRAZILIAN NEOLIBERAL PARADIGM

Letícia Delfim da Mota Galvão de Assis Cardoso ¹
Raíssa Stegemann Rocha Creado ²

Resumo

O artigo analisa o Direito Trabalhista Brasileiro segundo a remodelação que tais direitos sofreram em razão do dogma neoliberal aplicado à área econômica do país. O objetivo é avaliar os impactos abarcados pelas reformas feitas, problematizando a tutela jurídica do Direito do Trabalho em seu aspecto garantista. Para tanto, a pesquisa inicia retomando a historicidade e o caráter sociológico das normas trabalhistas, posteriormente aborda a finalidade do Direito do Trabalho e o princípio da proteção inerente, finalizando com um estudo crítico das mudanças normativas trabalhistas no Brasil. Metodologicamente, essa pesquisa classifica-se como analítica, qualitativa e de estratégias bibliográfica e documental. Os resultados indicam que o Direito do Trabalho, importante ferramenta protetiva e garantidora da dignidade humana e do bem-estar social, sofreu alterações que deformam sua tutela e privilegiam o poder econômico em detrimento dos direitos dos trabalhadores. A conclusão dispõe sobre a necessidade de repensar o Direito do Trabalho para o adaptar às novas configurações de trabalho e emprego, como meio de se evitar distorções e desarticulações da lei trabalhista.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; economia; neoliberalismo; Brasil.

Abstract

The article analyzes the Brazilian Labor Law according to the remodeling that these rights suffered due to the neoliberal dogma applied to the economic area of the country. The objective is to assess the impacts encompassed by the reforms made, questioning the legal protection of Labor Law in its protective aspect. The research starts from the resumption of historicity and the sociological character of labor norms, later analyzes the purpose of Labor Law and the principle of protection, ending with a critical study of the changes in Brazilian labor law. Methodologically, the research is classified as analytical, qualitative and with bibliographic and documentary strategies. The results indicate that Labor Law in Brazil, an important protective tool and guarantor of human dignity and social well-being, has undergone changes that distort its protection and privilege economic power in detriment of workers' rights. The conclusion addresses the need to rethink Labor Law in order to adapt it to the new configurations of work and employment, as a means of avoiding distortions and dismantling in the labor law.

Keywords: Labor Law; economy; neoliberalism; Brazil.

¹ Mestranda em Direito (UNISAL – Lorena). Professora substituta da Faculdade de Ciências Humanas de Cruzeiro (FACIC). Advogada. E-mail: leticia_delfim@hotmail.com

² Mestranda em Direito (UNISAL – Lorena). Estagiária Docente da Universidade Estadual Paulista (UNESP – Campus Guaratinguetá). Advogada. E-mail: raissa.stegemann@gmail.com

Introdução

Compreender e questionar o presente revisitando o passado: das origens da concepção secular dos direitos trabalhistas até os movimentos operários do Brasil no ano de 2020, o poder econômico e a massa obreira se chocam em uma luta antagônica cíclica que, a despeito de seus altos e baixos, está sempre presente – agora, acrescida do neoliberalismo que vem permeando o contexto econômico brasileiro e as consequentes mudanças normativas que decorrem da aplicação deste modelo no âmbito trabalhista.

Das ruas às redes sociais, milhares de trabalhadores no fenômeno chamado “uberização” protestam sobre as condições de trabalho desfavoráveis – o último estopim de grande repercussão foi a paralisação geral dos entregadores de aplicativos no dia 01 de julho deste ano, que reivindicava condições mínimas de higiene, segurança e melhores pagamentos pelos serviços prestados, não obstante antigas queixas como estarem vinculados aos aplicativos sem garantias empregatícias ou previdenciárias, arcar com os custos das ferramentas para o trabalho e aplicação de penalidades para quem recusasse jornadas extensas, por exemplo.

Também se operaram as reformas trabalhista e previdenciária sob o pretexto de redução de custos da empregabilidade ao empresariado e consequente aumento dos postos de trabalho, projeções que não se concretizaram e legaram ao país uma massa de trabalhadores desempregados e de trabalhadores que penam na informalidade e suas faltas de garantias.

No cenário atual, as relações empregatícias são postas à prova e faz-se necessário repensar a logística jurídica para que a função primordial dessa ramificação, que é a defesa da dignidade humana e do bem-estar social nas relações de emprego e trabalho, não se perca diante da pressão e do poderio dos setores econômicos e empresariais.

Assim, elegendo como problema de pesquisa os impactos que o Direito do Trabalho brasileiro sofreu em razão das mudanças trazidas pela concepção neoliberal de economia, a pesquisa parte de uma análise histórica e sociológica deste ramo do Direito, posteriormente analisando a finalidade da norma trabalhista e o princípio protetivo que a norteia para, por fim, analisar criticamente as mudanças operadas no Direito do Trabalho.

Para tanto, utiliza-se a metodologia analítica e qualitativa, aplicando a interpretação jurídica progressiva, que caracteriza-se pela técnica de adaptação do texto normativo às transformações sociais, evoluções tecnológicas e o aflorar da moral social, também denominando-se interpretação evolutiva.

Já quanto ao método e as fontes de pesquisa, optou-se pelas estratégias bibliográfica e documental.

1 Construção histórica do direito do trabalho

É certo que trabalho e humanidade constituem dois fatores indissociáveis e historicamente entrelaçados porque em qualquer sociedade, desde os tempos antigos às complexas redes contemporâneas, a atividade laboral humana esteve presente como força motriz de progresso e de desenvolvimento.

Entretanto, a concepção de uma tutela jurídica do trabalho humano é fruto do século XIX e das transformações que ali puderam ser maturadas: o Direito do Trabalho despontou na Europa por ocasião da Revolução Industrial, um momento histórico que mudou radicalmente a cadeia produtiva ao acelerar a capacidade de produção, consequentemente aumentar as margens de lucro e, também, rarear os postos de trabalho pela substituição da mão-de-obra humana por maquinários (NASCIMENTO, 2015).

Somado ao êxodo rural e as desigualdades sociais latentes do período em tela, a escassez de trabalho frente ao volumoso número de trabalhadores que buscavam a subsistência própria e familiar levou à condições sub-humanas: jornadas extenuantes, salários pífios, precariedade nas condições de higiene e saúde no âmbito do trabalho, exploração de mão-de-obra infanto-juvenil e gravídica, recorrência de mortes e mutilações em acidentes nos maquinários, além da inexistência de medidas ou equipamentos de segurança são alguns dos exemplos citáveis (NASCIMENTO, 2015).

Da parte do Estado, imperava a inércia absoluta: não havia intermediação estatal dos conflitos entre trabalhadores e empregadores, tampouco qualquer regulação das condições de prestação de serviço, pois que não era do interesse político se indispor com figuras de notório poder econômico – muitas das quais, inclusive, compunham o circuito sociopolítico em prol de interesses próprios.

Enquanto o estado se abstinha em intervir e a indústria lucrava às custas da precarização da mão-de-obra, os trabalhadores perceberam que para contrabalancear o poderio econômico e políticos dos empregadores teriam que se agrupar em um corpo único, que pudesse fazer frente ao empresariado, o que gerou diversas associações e movimentos classistas, à exemplo do ludismo e do cartismo, dentre outros (DELGADO, 2019).

A produção intelectual da época, em especial a obra ‘Manifesto Comunista’ de autoria de Marx e Engels, somada aos movimentos operários e à revolução Francesa formulou a tônica perfeita para o alvorecer de ações coletivas sistemáticas que firmavam os direitos trabalhistas em vários locais (PONTES, 2010).

Esse movimento expansionista continuou até a primeira guerra mundial quando tem início uma segunda fase, que é a de oficialização do direito do trabalho no interior das ordens nacionais: regras trabalhistas despontam solenemente, integrando documentos jurídicos nacionais e angariando o reconhecimento de ramo da ciência do Direito.

O fortalecimento do ramo jurídico trabalhista permitiu um conseguinte passo histórico considerável que foi o movimento de constitucionalização do Direito do Trabalho, representado pela inclusão destes direitos de proteção aos trabalhadores e as relações de emprego no mais importante

documento jurídico nacional que é a Constituição – no Brasil, por exemplo, está disciplinado na carta vigente no título dos direitos sociais (BRASIL, 1988).

Através dessa constitucionalização foi possível, inclusive, instrumentalizar o Direito do Trabalho em prol da luta por justiça social, já que as normas trabalhistas e seu arcabouço principiológico, por estarem esculpidas no texto da lei hierárquica máxima que é a Constituição Federal, irradiam soberanamente sobre as normas infraconstitucionais e auxiliam em suas interpretações e aplicabilidade (SOUTO MAIOR, 2002).

Com o fim da segunda guerra mundial e tendo o ramo jurídico trabalhista alcançado seu ápice no processo de integração aos conteúdos constitucionais, se firmou a hegemonia do Estado de Bem-Estar Social e o Direito do Trabalho como ferramenta absolutamente assimilada à estrutura da sociedade civil e dos Estados (DELGADO, 2019).

Como é possível depreender do contexto atual, a normatização das relações de trabalho e emprego compõe importante parte da ciência jurídica e do cotidiano social modernos, com previsões legais em documentos não apenas de ordem interna, mas também supranacional – vide os tratados da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que são ratificados pelos países e as cizânias trabalhistas resolvidas em âmbito internacional.

Não obstante, é indiscutível que a norma trabalhista se apresenta como uma barreira à exploração desumana de mão-de-obra, alçando patamares civilizatórios mínimos para a efetiva concretização do trabalho digno e edificante não somente ao indivíduo, mas também à sociedade.

Destarte, ainda que várias conquistas seculares se somem ao complexo normativo atual, as raízes históricas do Direito do Trabalho são uma constante lembrança de que tais direitos foram adquiridos pela imposição e resistência das massas obreiras e bases sociais mais vulneráveis ante o poderio político e econômico dos empregadores, que viam no operar do modelo liberal uma oportunidade de exploração desregada do trabalho humano (BARROS, 2016).

O olhar histórico revela, acima de tudo, uma luta antagônica de classes desiguais e contrapostas entre si que custou a vida de diversos trabalhadores ao longo de um árduo percurso formativo, cujos frutos e capacidade de resiliência viabilizaram a sistematização, ampliação, constitucionalização e internacionalização da ordem jurídica dos direitos laborais – que, hoje, volta a ser rondada por uma nova nomenclatura, cuja face é antiga conhecida: neoliberalismo.

2 Finalidade da norma trabalhista e sua tutela jurídica

O Direito do Trabalho emana uma tutela jurídica diferenciada em relação aos demais ramos da ciência jurídica, uma peculiaridade que lhe é inerente em razão de sua construção histórica e a maneira como evoluiu no transcorrer temporal, dado que os direitos trabalhistas decorrem de uma luta antagônica entre o poder econômico e a massa obreira.

A partir dessa consideração de que os polos que se socorrem no direito laboral estão em desigualdade fática, já que os empregadores possuem meios, ferramentas e recursos superiores aos dos empregados e trabalhadores, além do poderio econômico e da influência política, surge a necessidade de tutelar de modo distinto as relações e as partes reguladas.

Tal concepção, cabe ressaltar, nem sempre foi a adotada, visto que em suas formas embrionárias, que remontam ao século XIX, a regulação do trabalho seguia uma linha liberal individualista clássica e típica do Direito Civil, de modo que tanto empregado quanto empregador eram tidos como pessoas em condição de igualdade e vinculados a uma relação contratual bilateral (PONTES, 2010).

A mudança de visão sobre a desigualdade latente entre as partes que compõe uma lide trabalhista começou a despontar na consciência da massa obreira de que suas ações, via de regra, repercutiam apenas no âmbito da relação de emprego (onde podiam sofrer penalidades e mesmo a demissão), ao passo que os empregadores formavam um corpo coletivo e cujas decisões tinham capacidade de ressoar não apenas na relação de emprego, mas também no campo social – levando os trabalhadores a se organizarem associativamente (DELGADO, 2019).

Essa característica inerente ao Direito do Trabalho, ao contrário da falácia propagada pelos que o alcunham de ‘jabuticaba’ que sempre privilegia o trabalhador, não é defender cegamente a classe operária: o dever primordial desta ciência é estabelecer uma igualdade jurídica entre o empregado e o empregador, tendo em vista a manifesta superioridade econômica deste último diante de seus subordinados (LEITE, 2018).

Portanto, ao estabelecer uma tutela jurídica distinta, que parte da constatação fática de hipossuficiência de um dos polos da relação de emprego, o Direito laboral apenas reequilibra forças que são naturalmente desiguais, contudo, não significando de maneira alguma que privilegia quaisquer delas.

Como consequência direta de tal tutela, embora diversos outros princípios componham o manto axiológico desta área do Direito, um dos princípios mais basilares é o da proteção ao trabalhador, também chamado de princípio tutelar, que dispõe sobre resguardar a parte mais frágil das relações de emprego (no caso o empregado, cujo sustento próprio e familiar depende do emprego e cujos meios de defesa mediante injustiças são inferiores se comparados aos meios que o empregador dispõe).

Na síntese de tais complexos, a norma trabalhista se pauta na maior preservação possível, equânime e justa dos empregados frente a qualquer outro fator que possa estar em questão, como motivos financeiros, econômicos e afins: se atribui a interpretação de que o empregado, sendo hipossuficiente, está em notória desvantagem ante o poderio econômico e político de seu empregador e, por isso, lhe é cabível ser tutelado de maneira mais incisiva e direta como medida de equiparação dos polos.

No que tange à lei trabalhista brasileira mais especificamente, o princípio da proteção laboral se respalda fortemente nos preceitos que vigem na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), acertadamente alcunhada como “Constituição Cidadã” por fomentar sua estrutura a partir de eixos humanísticos e sociais latentes (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017; PONTES, 2010).

Notoriamente, dentre os primados constitucionais a dignidade da pessoa humana é não somente um princípio a guiar as ações estatais, como também constitui um objetivo constante do país, cuja concretização deve ser materializada pelas políticas públicas e por ajustes normativos que visem o progresso cidadão, o avanço social e o estabelecimento do chamado ‘mínimo existencial’, entendido como um patamar de condições indispensáveis para a vivência humana digna.

Obviamente, o trabalho decente e lícito é uma condição essencial para o alcance dessa vivência digna, por isto, o disciplinamento das relações de emprego pelo campo jurídico se mostra essencial, já que o trabalho constitui um dos meios principais para o sustento próprio e familiar, devendo ser prestado em condições seguras e adequadas (BRASIL, 1988).

Não obstante a segurança e a adequação do ambiente de trabalho, também é de suma importância que a relação de emprego em si seja acordada e efetivamente cumprida em termos justos e razoáveis, motivo pelo qual a normatividade trabalhista também ocupou-se em fixar parâmetros relativos a descansos, férias, remunerações, jornada de trabalho e compensações de horários, dentre outros.

Desta feita, o Direito do Trabalho torna-se a ferramenta jurídica pela qual se promove a participação dos indivíduos na cadeia produtiva em troca da remuneração devida e proporcional ao esforço e dedicação empregados, no âmbito de uma relação com parâmetros bem definidos e juridicamente tutelada (MORAES FILHO; FLORES DE MORAES, 2014, p. 54).

Trata-se de uma finalística altamente destacável e que não pode ser esquecida ou distorcida, pois que operar o Direito do Trabalho significa tanger, direta ou indiretamente, vidas humanas: diz respeito a aspectos mais profundos do que a mera literalidade da norma jurídica, porque a lei laboral constitui uma barreira jurídica à exploração desmedida ou cruel do trabalho humano, que fere diretamente a dignidade a qual todos os cidadãos são merecedores e que obriga consideração pelo estado e a sociedade (SARLET, 2012, p. 60).

Em igual sentido, o próprio artigo 7º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe que os direitos trabalhistas, devidos tanto aos trabalhadores dos âmbitos urbanos quanto dos rurais, têm como finalidade a melhoria da condição social destes (BRASIL, 1988).

Significa dizer, indiretamente, que as relações de emprego e os direitos a elas inerentes devem visar a redução das desigualdades e a progressão socioeconômica dos cidadãos trabalhadores, sendo possível, inclusive, a criação de novos direitos que fomentem ou facilitem o alcance desses objetivos (PONTES, 2010).

Outrossim, não se pode olvidar que a atividade laboral humana movimentada rendas, bens e capitais pela produção, distribuição ou aprimoramento dos bens e serviços que são oferecidos à massa consumidora – um consumo que, como é sabido, estimula e mantém a economia global em pleno funcionamento e subsidiando outros setores também essenciais para a manutenção social e financeira.

Neste contexto, o trabalho se torna uma força econômica importante e mesmo indispensável, já que todo bem ou serviço observa, em alguma etapa de sua produção ou distribuição, o emprego de algum tipo de força, intervenção ou criatividade laborativa humana: o trabalho passa a integrar um espaço compartilhado, onde as redes humanas cooperativas se tornam parte de uma constituição social e também econômica (IZERROUGENE, 2010).

Em uma visão mais intimista e voltada ao indivíduo em si, o trabalho assume a feição pela qual o ser humano compõe de modo digno e edificante a cadeia produtiva e financeira, provendo seu sustento e o de sua família como maneira de subsistência, mas, também, de melhoria de condições socioeconômicas.

Trata-se de um prolongamento do ser, que se conecta aos meios sociais e produtivos mediante a entrega de sua própria parcela de trabalho, que comporá a integração do todo, além da evidente concepção de sua dignidade enquanto pessoa – assim como a humanidade não pode ser compreendida sem o labor, o trabalho por si mesmo é um claro reflexo da condição humana (ZAVATTARO; BENZONI, 2013).

Ademais, durante os períodos em que o indivíduo exerce seu labor ele está abdicando do tempo de sua vida que poderia dispensar ao convívio social e familiar, aos seus hobbies e lazeres, ao descanso físico e mental, dentre outras atividades de cunho pessoais igualmente importantes para uma vida equilibrada e sadia – embora o modelo frenético e consumista do capital mascare as implicações humanitárias, é fato que o trabalho nada mais é do que uma troca de vida e da energia humanas por dinheiro.

Há, ainda, que se sopesar o valor cultural que tem a atividade laboral humana, pois assim como os homens são afetados pelas relações que estabelece com seu trabalho e com aqueles que ali o cercam, as instituições laborativas também acabam por reproduzir uma lógica já existente e difundida no meio social.

Desse modo, cada sociedade atribui determinada valoração ao trabalho, estabelecendo uma cultura que permeia as instituições de trabalho e moldam, de certa forma, as pessoas inseridas neste contexto, também desenvolvendo sua identidade profissional e as percepções, habilidades e valores destes trabalhadores (CARNOY, 1993).

É notório, portanto, que o labor humano impacta de maneira direta e incisiva o bem-estar e a realização pessoal dos indivíduos, também a corporificação da justiça social, da igualdade socioeconômica e o alcance do bem-estar social, motivos pelos quais é basilar que sua gênese protetiva não se perca e tampouco seja deformada ou distorcida por quaisquer interesses que sejam.

Em resumo, se depreende que o trabalho está associado à uma dimensão econômica, mas também pessoal e cultural que lhe conferem grande importância, já que tange diversos aspectos da vida humana e comunitária que justificam a preocupação e regulamentação jurídica do mesmo.

Por isto, todo desenho da estrutura do Direito do Trabalho, tal qual é, tem sua razão de ser: a preservação da dignidade humana urge a necessidade de se avaliar a equidade entre as partes que compõe os impasses da relação de emprego e, diante da constatação de que o empresariado está em situação superior em relação aos seus subordinados, se aplica uma tutela diferenciada como meio de alcançar a igualdade fática e reequilibrar a relação.

3 Reformas na legislação trabalhista: uma análise crítica e humanística ao modelo neoliberal

Como visto, o percurso histórico e os ideais que permearam a construção do Direito do Trabalho impingiram ao mesmo uma motivação cunhada em objetivos de ordem político-social, que buscam primordialmente corrigir as desigualdades sociais através da melhoria das condições gerais da classe trabalhadora, um postulado calcado na solidariedade e fraternidade comunitária que nos são impostas pela Constituição Federal (BARROS, 2016, p. 66).

Em momentos de estabilidade ou ascensão econômica, geralmente a manutenção das premissas e valores que norteiam o trabalho é relativamente pacífica e de fácil condução, não trazendo grandes implicações, dificuldades ou mesmo transformações à ordem jurídica trabalhista.

O contrário não se pode afirmar, já que as ações tomadas tendem para um movimento diverso: em momentos de crises ou insatisfação econômica as relações de emprego são postas à prova e a estrutura protetiva jurídico-laboral acaba tendo sua função social e humana ainda mais necessária e acentuada – exatamente como no atual cenário mundial e brasileiro, em que o campo trabalhista é atingido pelas oscilações mercantis da pandemia e da agenda econômica neoliberal.

Desde 2016 a população brasileira passou a conviver de modo mais intenso com o discurso de que as relações empregatícias eram demasiadamente caras aos empregadores e que a relação de contribuintes *versus* pensionistas da aposentadoria pública, gerida pelo Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), era defasada e insustentável a longo prazo.

As soluções encontradas foram, como sempre, o arroxo social: sob o pretenso manto da meritocracia e do empreendedorismo, prometendo resultados econômicos extraordinários e uma recuperação financeira plena, a agenda neoliberal impõe as reformas previdenciária e trabalhista.

Em ambos os casos, chama a atenção a falta de diálogo e debate dos entes governamentais com a sociedade, que parece ser obrigada a assistir passivamente as ‘canetadas’ que fatalmente selam o destino de milhões de brasileiros.

O constituinte da atual Magna Carta brasileira cuidou de dedicar um capítulo inteiro à ordem social, explicitando que seu objetivo é assegurar o bem-estar e a justiça social: neste capítulo se insere a seguridade social, composta pela tríade da previdência, da assistência social e da saúde públicas,

cujas instituições de frente como o INSS e o SUS são já consolidadas e de grande importância para a manutenção social (LOBATO; COSTA; RIZZOTTO, 2019).

A reforma foi aprovada e reorganizou uma série de critérios de concessão e aquisição de aposentadorias diversas que não só dificultaram o acesso ao benefício como também reduziram os valores e o tempo de concessão, além de previsão do sistema de capitalização.

No país vizinho, Chile, a capitalização da previdência levou à uma convulsão social justamente pela miserabilidade que impingiu aos idosos, no Brasil a reforma aprovada claramente traz prejuízos à sociedade, arriscando agravar as condições de vida dos idosos e beneficiários da previdência (como viúvos e dependentes menores de idade), em especial as mulheres (LOBATO; COSTA; RIZZOTTO, 2019).

Enquanto isso, o Brasil deixa de arrecadar o valor equivalente a 1 reforma da previdência inteira por ano em impostos não pagos por milionários e grandes empresas.

Através de manobras lícitas e brechas legais, o empresariado e herdeiros de grandes fortunas se evadem do pagamento de impostos, taxas e tributos: são 80 bilhões de dólares não arrecadados por ano, mesmo montante que se esperava economizar com a reforma – ao que parece, os primados constitucionais da justiça e do bem-estar social não são páreos o bastante para os interesses privados (CARRANÇA, 2020).

Em igual sentido, as promessas milagrosas da reforma trabalhista também não se cumpriram, posto que a mesma criou menos vagas que o anunciado: apenas 372.748 postos dos 2 milhões projetados, o que consequentemente levou muitos trabalhadores para o universo da informalidade e da insegurança jurídica, previdenciária e trabalhista (O GLOBO, 2018; SEESP, 2019).

No que tange ao Direito do Trabalho Coletivo, o movimento sindical foi enfraquecido pela retirada das contribuições compulsórias, a eliminação da atividade fiscalizadora que detinham e a prevalência de acordos coletivos sobre as convenções coletivas de trabalho, nos termos alterados do art. 620 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT (BRASIL, 1943).

É flagrante uma desmedida prevalência do poder econômico na principal relação de poder existente no âmbito da economia e da sociedade, que é a relação de emprego – exemplos são o termo de quitação anual trabalhista, possibilidade de acordo direto entre empregador e empregado, redução das normas de segurança do trabalho e retirada de trechos sobre a inclusão de vulneráveis no mercado de trabalho (DELGADO; NEVES DELGADO, 2017, p. 41).

Os resultados não são entregues, mas a precarização das condições de trabalho e a flexibilização das normas trabalhistas são operadas à contento, não das camadas sociais é claro.

Das ruas às redes sociais, vários trabalhadores enquadrados no fenômeno intitulado “uberização” protestavam por melhores condições de higiene e segurança, remunerações justas e garantias mínimas para o exercício das atividades, já que hoje são considerados autônomos e têm que arcar com todo equipamento (veículo, capacetes, bolsas térmicas e afins todos próprios ou comprados

por eles), a despeito de serem coagidos a atenderem as excessivas demandas dos aplicativos, sob pena de serem excluídos da plataforma por baixo rendimento.

Só o trabalhador tem a perder neste caso, já que as empresas lucram na medida em que não precisam mais arcar com todos os custos de contratação de funcionários e sequer gastar com as ferramentas necessárias para os serviços: em um país com quase 13 milhões de desempregados, vagas precárias, por pior que sejam, são para muitos a diferença entre passar fome e ter o que comer ao final do mês.

Na precarização das relações de emprego e na exploração indigna da mão-de-obra necessitada e desesperada ante uma crise econômica e sanitária, a dignidade da pessoa humana foi pouco ou nada considerada, um contra senso em relação à finalidade do Direito do Trabalho e aos primados constitucionais de igualdade e justiça que, em tese, devem direcionar a gestão pública.

Com a eclosão da pandemia de coronavírus, além de todos os problemas que já permeavam as conflituosas relações de emprego e trabalho, o isolamento social e as medidas de higiene recomendadas para contenção do vírus fizeram com que a demanda de serviços aumentasse exponencialmente, o comércio virtual aqueceu e, por outro lado, muitas pequenas empresas fecharam as portas.

Enquanto a massa obreira teve que se reinventar para minimizar e sobreviver aos impactos socioeconômicos que a desaceleração econômica trouxe em razão da pandemia de coronavírus, o empresariado e diversos setores do núcleo capital obtêm lucros recordes e faz do cenário econômico motivo para reduções empregatícias que não raramente desaguam em precarizações das condições de trabalho.

A famosa rede de comércio varejista *Amazon*, à título exemplificativo, foi denunciada por seus empregados em várias localidades, sob alegações de que, com as reduções de equipe e o aumento da demanda por compras online, as jornadas foram largamente estendidas, há falta de equipamentos de segurança simples, como álcool gel e máscaras, e aqueles que solicitaram providências foram retaliados e coagidos – tudo isto enquanto o CEO da marca, Jeff Bezos, acresceu 24 bilhões de dólares à sua já notória fortuna (FORBES, 2020; THE GUARDIAN, 2020).

No Brasil, a situação não difere muito: o censo empregatício apontou 12,9 milhões de pessoas desempregadas no primeiro trimestre do ano de 2020, uma alta de desocupados profissionalmente que ainda tende a se agravar quando o governo cessar os auxílios emergenciais e o consumo decair, enfraquecendo também a movimentação comercial (IBGE, 2020).

Foram editadas as Medidas Provisórias n. 927/2020 e 936/2020, as quais flexibilizaram as relações de emprego com nítida vantagem ao empresariado: se autorizou a redução unilateral de jornada e salário, a dispensa de controle de jornada aos empregados em regime de *home office* (que acabam trabalhando muito mais do que o acordado em contrato e permitido por lei) e o adiamento do recolhimento do FGTS com pagamento futuro sem juros, para citar alguns dos exemplos (BELMONTE; MARTINEZ; MARANHÃO, 2020).

À isto soma-se o problema do movimento de automação das empresas, que alavanca a oferta de emprego à postos de trabalho ultracompetitivos e de demanda específica a certas especialidades, algo que aprofunda a crise empregatícia brasileira porque o país, tecnologicamente periférico e de investimentos parcos no setor de inovação, não consegue formar volumes suficientes de mão-de-obra qualificada para os postos especializados e tampouco oportuniza de maneira significativa capacitação técnica adequada (OIT, 2018).

É certo que operar o Direito trabalhista tange aspectos mais complexos e aprofundados do que a lei consegue transmitir em seus escritos: como dito, o direito trabalhista constitui uma barreira legal contra a exploração desregrada, cruel, inadequada ou indigna da mão-de-obra humana.

Sendo certo que não pode simplesmente ignorar ou se impor perante o mercado, porque uma economia saudável é condição básica para a geração de renda e de empregos, tampouco pode o mercado sobrepujar os valores humanos e sociais que a norma trabalhista visa proteger.

Os fatos postos desmascaram o ideário neoliberal de que a austeridade proveu algum crescimento econômico ou melhorias sociais, visto que os resultados projetados não se concretizam, o alto índice de desemprego é alarmante e o enriquecimento do setor empresarial durante a maior crise sanitária de nosso tempo provam que a pandemia não foi a principal causa do agravamento da desigualdade e da necessidade de medidas de arroxo social.

O que se conseguiu, ao final, foi intensificar a exclusão de milhares de empregados e corroer a estrutura básica do trabalho decente, da seguridade social, da igualdade e da dignidade humana, gerando uma incoerência sistêmica onde a promessa da qualidade de vida proporcional ao esforço no trabalho não condiz com o retorno dado pelo mercado de trabalho, cujas mudanças das normas trabalhistas o tornam predatório e sucateado (DHARAM, 2006).

O desafio posto, a partir de agora, é repensar as bases do Direito do Trabalho, o adequando às novas realidades sociais e mercadológicas como maneira de evitar seu desmantelamento e a prevalência de interesses diversos dos sociais.

Conclusão

A interpretação do eixo teórico do Direito do Trabalho frente à situação trabalhista atual e o vasto repertório brasileiro de mudanças e flexibilizações normativas constitui um exercício hermenêutico desafiador, mas também um convite à reinvenção da norma laboral.

É certo que os fatores econômicos e empregatícios se relacionam e mesmo coexistem em diversos aspectos, interligados por uma dinâmica de interdependência que impõe a necessidade de constante busca pelo equilíbrio: ao passo que o trabalho necessita de condições econômicas estáveis, a economia depende da mão-de-obra humana para a geração de renda, capital, bens e serviços.

Manter os princípios e ideários basilares da ciência jus laboral e equacioná-los, sem ignorar ou marginalizar as necessidades mercadológicas básicas, exige uma dosimetria precisa e com concessões sendo feitas por ambos os lados.

Contudo, ainda que os fatores da economia e da proteção legal trabalhista possam frutificar e conviver em relativa estabilidade, na prática o que se afere é uma predileção pelo sistema financeiro e capital, que tem sobrepujado os interesses sociais e a tutela jurídica laboral.

Neste sentido, repensar a tutela jurídica trabalhista é necessidade de primeira ordem para que as novas configurações e possibilidades das relações de emprego, muitas das quais capitaneadas por um dogma neoliberal incapaz de acrescentar à tônica a consideração humana e dignitária, não distorçam os sentidos e valores que a norma trabalhista busca resguardar e promover, pois de nada adiantaria assegurar altos índices econômicos às custas do sucateamento das condições de trabalho e, em última instância, da qualidade de vida dos cidadãos.

Sendo o principal fundamento da República Brasileira a dignidade humana e tendo o sistema econômico o dever de promover o bem-estar social, é inconsistente que prevaleça a sanha financeira: dismantelar o Direito do Trabalho representa um grande retrocesso jurídico e social, e consequentemente é decrescer a qualidade de vida dos próprios cidadãos, retirando-lhes direitos e garantias jurídicas que asseguram o mínimo existencial.

De todo exposto, conclui-se que o Direito do Trabalho brasileiro moderno necessita de respaldo social, cultural e adaptação de seus mecanismos protetivos, porque, não obstante precise atender as necessidades mínimas do mercado (do qual dependem a geração de emprego e renda), tem sido preterido por servir como contrapeso aos anseios mercadológicos.

Referências

BARROS, Maria Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Orgs.). **Direito do Trabalho na crise da Covid-19**. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 07 set. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452 de 01 de maio de 1943** – aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 02 set. 2020.

CARRANÇA, Thais. Brasil perde uma reforma da previdência por ano em impostos não pagos por milionários e empresas. **INSTITUTO JUSTIÇA FISCAL**. 2020. Disponível em

<https://ijf.org.br/brasil-perde-uma-reforma-da-previdencia-por-ano-em-impostos-nao-pagos-por-milionarios-e-empresas/>. Acesso em 02 nov. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

DELGADO, Maurício Godinho; NEVES DELGADO, Gabriela. **A reforma trabalhista no Brasil**. São Paulo: LTr, 2017.

DHARAM, Ghai. **Decent work: objectives and strategies**. Genebra: International Labour Studies, ILO (OIT), 2006.

FORBES. **Amnesty International Calls on Jeff Bezos to address Amazon employees' concerns about working conditions**. Disponível em <https://www.forbes.com/sites/angelauyeung/2020/04/24/amnesty-international-calls-on-jeff-bezos-to-address-amazon-employees-concerns-about-working-conditions/#5412d2674fe8>. Acesso em 12 jul. 2020.

IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas. Desemprego. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em 08 jul. 2020.

IZERROUGENE, Bouzid. A relação capital-trabalho na economia do conhecimento. **Rev. Econ. Polit.**, São Paulo, v. 30, n. 4, p. 687-705, dez. 2010. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572010000400008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 22 nov. 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-31572010000400008>.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 10 ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.

LOBATO, Lenaura de Vasconcelos Costa; COSTA, Ana Maria; RIZZOTTO, Maria Lucia Frizon. Reforma da previdência: o golpe fatal na seguridade social brasileira. **Saúde em debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 120, p. 5-14, mar. 2019. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-11042019000100005&lng=en&nrm=iso. Acesso em 20 nov. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/0103-1104201912000>.

MORAES FILHO, Evaristo de; FLORES DE MORAES, Antonio Carlos. **Introdução ao Direito do Trabalho**. 11 ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. 40 ed. São Paulo: LTr, 2015.

O GLOBO. Reforma trabalhista não gerou volume de empregos esperado. Disponível em <https://valor.globo.com/legislacao/noticia/2018/11/06/reforma-trabalhista-nao-gerou-volume-de-empregos-esperado.ghtml>. Acesso em 14 jul. 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Futuro do Trabalho no Brasil: Perspectivas e Diálogos Tripartites. 2018. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_626908.pdf. Acesso em 11 jul. 2020.

ONU – Organização das Nações Unidas. Quase metade da força de trabalho global sob risco com aumento de desemprego gerado por pandemia. Disponível em <https://news.un.org/pt/story/2020/04/1711972>. Acesso em 04 jul. 2020.

PONTES, Luciana Moura Araújo Cardoso. O direito do trabalho e a tutela dos direitos do trabalhador em tempos de capitalismo moderno: crise ou renovação?. **Rev. Caderno de Ciências Sociais Aplicadas**, Vitória da Conquista – BA, ano 07, n. 10, p. 47 – 65, jul./ dez. 2010. Disponível em <https://periodicos2.uesb.br/index.php/ccsa/article/view/1951>. Acesso em 12 nov. 2020.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. A fúria. **Revista LTR**, São Paulo, v. 66, n. 11, p. 1287-1309, 2002.

SEESP – Sindicato dos Engenheiros no Estado de São Paulo. Reforma trabalhista de Temer completa 2 anos e confirma enorme fracasso. Disponível em <https://www.seesp.org.br/site/index.php/comunicacao/noticias/item/18725-reforma-trabalhista-de-temer-completa-dois-anos-e-confirma-enorme-fracasso>. Acesso em 13 jul. 2020.

THE GUARDIAN. Amazon whole foods workers stores warehouses coronavirus. Disponível em <https://www.theguardian.com/technology/2020/mar/18/amazon-whole-foods-workers-stores-warehouses-coronavirus>. Acesso em 10 jul. 2020.

ZAVATTARO, Hely Aparecida; BENZONI, Paulo Eduardo **A relação do homem com o trabalho e as organizações**. São Paulo, UNIP, 2013.

O ENFRENTAMENTO AO TRÁFICO DE PESSOAS NO BRASIL: UMA ANÁLISE JURÍDICA E CRIMINOLÓGICA

THE COPING TO THE HUMAN TRAFFICKING IN BRAZIL: A LEGAL AND CRIMINOLOGICAL ANALYSIS

Rafaella Soares Fraga¹

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar a forma como o Brasil participa no combate ao crime de tráfico de pessoas, bem como analisar se o ordenamento jurídico brasileiro, com políticas públicas e a política criminal, possui a capacidade de auxiliar o país no combate a este crime, realizando assim uma análise jurídica e criminológica, indagando a forma como o Brasil se posiciona nesse sentido. O estudo centra análise na mais recente legislação que versa sobre o assunto em âmbito nacional, tratando-se da Lei nº 13.344/2016, proporcionando uma observação dos diversos detalhes e questionando sua eficácia para enfrentar este ilícito penal. O presente estudo analisa cautelosamente os pormenores do tráfico de pessoas e a forma como o Brasil o enfrenta. O trabalho está organizado em três capítulos onde primeiramente se analisa qual é a participação jurídica do Brasil no combate ao tráfico de pessoas. Em um segundo momento, se realiza uma análise completa da legislação pertinente à política criminal proposta pelo país. Por fim, no terceiro capítulo, se discorre sobre as consequências jurídicas e sociais do delito na sociedade e no ordenamento jurídico atual. O presente trabalho trata-se de uma pesquisa descritiva e a metodologia envolve uma pesquisa exploratória através de bibliografias primárias e secundárias, resultando em um trabalho qualitativo.

Palavras-chave: Tráfico de Pessoas, Brasil, Lei.

Abstract

The point of this article is evaluate how Brazil confront the human trafficking crime and analyze if the legal order, with the public and criminal policy is able to help the country in the combat to this crime, realizing an legal and criminological analyze, asking how Brazil is positioned in this direction. The study analyzes the most recente legislation about this subject in nacional scope, the Law nº 13.344/2016, providing an observation of the most importante details and questioning its effectiveness to face that crime. The present study andaluzes carefully the details of human trafficking and how Brazil seeks to confront it. The work is organized in three chapters where first is analyzed what is the legal participation of Brazil in human trafficking combat. In a second moment, it is done na complete analyze to the legislation of the criminal policy of the country. Lastly, the third chapter discourses about the legal and social consequences of the crime in Society and in the actual legal order. The present work is an descriptive research and the methodology involves exploratory research through primary and secondary bibliographies, resulting in a qualitative work.

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direito na Universidade Federal de Pelotas. Especializada em Direito Penal e Processual Penal pela Instituição Verbo Jurídico. Graduada em Direito pela Universidade Católica de Pelotas. Advogada. Vinculada à Universidade Federal de Pelotas. E-mail: rafaellafraga@outlook.com.br

Key-words: Human Trafficking, Brazil, Law.

Introdução

O presente trabalho tem como tema o estudo do ordenamento jurídico brasileiro e da política criminal e políticas públicas no combate ao tráfico de seres humanos. O objetivo geral é analisar se o enfrentamento ao tráfico de pessoas é efetivo no Brasil. Os objetivos específicos, são, primeiramente, analisar qual a principal legislação que versa sobre o assunto e posteriormente, elaborar uma pesquisa descritiva sobre a política criminal em questão.

Apesar de não se tratar de um delito inédito – pois acompanha a humanidade desde os seus primórdios – o tráfico de pessoas é um assunto urgente na sociedade contemporânea, pois está ligado aos crimes dos poderosos, em razão da crescente globalização e redução de fronteiras mundiais. Atualmente, este delito alcança a posição de terceira atividade ilícita mais rentável do mundo, ficando atrás somente do tráfico de drogas e do tráfico de armas. Segundo a ONU, o tráfico de pessoas movimenta anualmente cerca de 32 bilhões de dólares. (CNJ, 2018)

Além disso, esse ilícito tem o condão de violar todos os direitos e garantias fundamentais de um ser humano, podendo causar severos danos aos direitos sociais, motivo pelo qual o presente estudo centra análise na política criminal que enfrenta o assunto.

O tráfico de seres humanos, tem a característica de ser um crime invisível, pois é pouco noticiado, pouco explorado e pouco estudado por juristas e acadêmicos. Desta forma, a vulnerabilidade que envolve as vítimas deste delito é duplamente caracterizada, pois normalmente tratam-se de pessoas que possuem pouco acesso à direitos básicos, e ainda, as consequências deste crime são invisibilizadas pela sociedade, levando ao desconhecimento total do delito, tornando as vítimas hiper vulneráveis.

Nas últimas décadas, a comunidade internacional movimentou-se para buscar combater este crime, motivo pelo qual o Brasil buscou adequar-se às regras globais, na tentativa de harmonizar o sistema nacional com o internacional com o intuito de reprimir o delito. Assim foi promulgada a Lei nº 13.344/2016, que passou a integrar o ordenamento jurídico buscando ampliar o alcance da norma penal, para melhor punir e prevenir o crime. É diante disso que o presente artigo analisa descritivamente se as atividades realizadas pelo ordenamento jurídico brasileiro são suficientes para enfrentar o crime de tráfico de pessoas, fazendo uma análise jurídica e criminológica do contexto brasileiro quando se trata dessa temática.

Portanto, o presente trabalho trata-se de uma pesquisa descritiva, com método principal bibliográfico, através da pesquisa de legislações e dados, utilizando-se do método de abordagem hipotético-dedutivo e dos métodos auxiliares empírico e estatísticos. Para tanto, a pesquisa se utiliza dos seguintes procedimentos: bibliográfico e documental.

1 A participação do Brasil no combate do tráfico de humanos: Lei nº 13.344/2016

Ao fazer uma análise da participação do Brasil no combate ao tráfico de pessoas, é imprescindível que se disserte acerca da legislação mais recente que versa sobre o assunto. A Lei 13.344 do ano de 2016 incorporou o ordenamento jurídico brasileiro com o intuito de adequar o sistema nacional de prevenção e punição ao tráfico de pessoas para que siga os pressupostos internacionais. (CUNHA e PINTO, 2017)

Todavia, muitas são as críticas que seguem em relação ao novo dispositivo em função do legislador editá-lo sob um contexto de pressão e consequentemente negligenciar diversos aspectos importantes. (CUNHA e PINTO, 2017) Nesse diapasão é a contribuição de Cezar Bitencourt:

Em tempos de recessão, de crise política, econômica, ética e até moral, a única fonte que não diminui sua produção é a do parlamento nacional, que edita leis penais criminalizadoras em quantidade absurda, sem o correspondente aumento de vagas prisionais, de melhoria nas condições do sistema penitenciário, de melhora na qualidade de vida e segurança nas grandes cidades. (BITENCOURT, 2017, p. 474)

Uma vez promulgada a referida lei, foram feitas alterações no ordenamento jurídico brasileiro, especialmente no Código Penal. Houve a revogação dos arts. 231 e 231-A e consequentemente incluído o art. 149-A, conforme art. 13 da lei vigente:

Art. 13. O Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar acrescido do seguinte art. 149-A:

Tráfico de Pessoas

Art. 149-A. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de:

I - remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo;

II - submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo;

III - submetê-la a qualquer tipo de servidão;

IV - adoção ilegal; ou

V - exploração sexual.

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Em um primeiro momento, percebe-se que o instrumento inédito buscou se adequar às demandas internacionais, com o intuito de estender a tipificação do crime e repreender

outras formas de exploração buscadas pelo sujeito ativo em relação ao passivo. (CUNHA e PINTO, 2017) A princípio percebe-se que:

O novo texto incriminador, louvavelmente centra fogo no que efetivamente interessa, que são os bens jurídicos fundamentais – vida, integridade física e liberdade – das pessoas em geral. Há um evidente ganho de qualidade quanto a este aspecto (BUSATO, 2017, p. 336).

A alteração observada removeu o delito do Título VI (dos crimes contra a dignidade sexual) e transferiu-o para o Título I, Capítulo VI (dos crimes contra a liberdade individual), pois a partir de então cuida de diversos bens jurídicos, especialmente os fundamentais, deixando de se restringir à dignidade sexual, como explicado com precisão por Paulo César Busato:

O tipo de ação revela um crime complexo, na medida em que descreve no seu enunciado principal uma forma de submissão da vítima, ou seja, uma aflição à liberdade individual, adicionando, em seguida, um especial fim de agir que traduz a inflição de um perigo contra outro bem jurídico que é variável conforme o inciso (BUSATO, 2017, p. 337).

Portanto, é correto afirmar que a nova tipificação amplia a proteção à mais direitos fundamentais do ser humano, no entanto, desde logo, deve-se pontuar alguns equívocos do legislador na descrição do tipo penal, especialmente quando esquece de punir a conduta que busque a entrada da vítima no território nacional. Nesse sentido, dizem Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

Desde já, no entanto, destacamos que, no tráfico transnacional, o legislador incorreu num erro grosseiro. Antes a lei punia como tal a conduta que promovesse ou facilitasse a entrada ou a saída da vítima traficada. Agora, pune apenas como tráfico a conduta que visa retirar a vítima do nosso território (CUNHA e PINTO, 2017, p. 15).

Os mesmos autores criticam, ainda, o art. 1º da Lei 13.344/16, que diz cuidar do tráfico contra “vítima brasileira ou estrangeira e no exterior contra vítima brasileira”, alertando que o dispositivo erroneamente esquece de proteger os apátridas e condiciona a extraterritorialidade da lei às situações em que a vítima é brasileira, possuindo, então, redação prejudicial à sociedade. (CUNHA e PINTO, 2017) Em razão dessas e outras falhas detectadas imediatamente na nova lei, Bitencourt leciona:

Trata-se, com efeito, de uma forma de criminalização imprópria e assistemática, desarmonizando, mais uma vez, o sistema adotado pelo legislador de 1940, que primou pela harmonia e sistematização do Código Penal de 1940. (BITENCOURT, 2017, p. 475)

Sabe-se que o Código Penal brasileiro teve sua Parte Especial dividida em onze títulos, classificados de acordo com “a natureza da matéria e a similaridade dos bens jurídicos tutelados” (BITENCOURT, 2017, p. 475). Por esse motivo, a sua disposição segue uma

ordem de relevância dos bens resguardados penalmente. É nesse sentido que aparecem mais críticas doutrinárias, visto que, aparentemente, a introdução do crime de tráfico de pessoas no Título I, Capítulo VI ocasionou em uma discrepância na estrutura do CP, concluindo-se que:

Dentro dos crimes contra pessoa, a liberdade deveria ser um dos bens protegidos mais importantes. Curiosamente, no entanto, figura depois dos crimes contra honra. Se os bens jurídicos estão distribuídos segundo uma ordem de importância, existe aqui claramente um equívoco (BUSATO, 2017, p. 279).

Diante disso, entende-se que apesar de a nova tipificação trazer proteção a mais bens jurídicos do ser humano e, conseqüentemente, exigir uma alteração na localização topográfica do dispositivo dentro do CP, é de se criticar a atuação do legislador que insiste em inserir cada vez mais normas no Código Penal com a mera intenção de manter os 361 artigos tradicionais, presentes desde a sua confecção, esquecendo de prezar pela sistematização original.

Destarte, questiona-se qual a eficiência dessas alterações legislativas que acrescentam desenfreadamente normas criminalizadoras, sem prezar pela harmonia do texto penal, afinal, isso pode resultar em insegurança jurídica frente à tanta mudança que não segue o contexto do resto do Código. Pelo exposto, entende-se que seria mais inteligente se a *novatio legis* figurasse como lei esparsa, a exemplo da Lei de Tortura (Lei 9.455/97) e da Lei de Tóxicos (Lei 11.343/06).

De outra maneira, interessante seria se houvesse então uma reforma do Código Penal para que contemplasse mais artigos, sem a necessidade de inserções alfabéticas como o referido artigo 149-A, ou ainda, a título de exemplo: o art. 218-B. Oportuno se torna dizer, portanto, que “o legislador brasileiro está casuisticamente transformando o Código Penal em verdadeira colcha de retalhos” (BITENCOURT, 2017, p. 474), conforme olhar sempre expressivo de César Bitencourt, o qual defende, ainda, que o Direito Penal vem sendo utilizado como forma de mitigar todos os males da sociedade, sem dar a devida importância à políticas públicas que visem a melhoria da qualidade de vida brasileira. (BITENCOURT, 2017)

Contudo, uma vez que o art. 149-A do CP passa a ter alcance de diversos bens jurídicos, admite-se qualquer pessoa como sujeito passivo deste crime, seja homem ou mulher, haja vista que todos são detentores dos direitos já citados. Não obstante, como se verá posteriormente, as condições da vítima ou do agente podem levar a um possível aumento ou diminuição de pena. Além do mais, o sujeito ativo poderá ser tanto quem “atua como empresário” quanto o “consumidor do produto traficado”. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 141)

2 A política criminal brasileira: análise da legislação proposta

O art. 149-A do CP descreve um tipo misto alternativo, com a previsão de oito verbos nucleares², os quais são denominados como as elementares normativas objetivas do ilícito, ou seja, se o agente praticar, cumulativamente, alguma das condutas descritas no caput deste art. 149-A incorrerá em crime único” (BITENCOURT, 2017, p. 479). Importante destacar que o elemento subjetivo é necessariamente o dolo, isto é, o agente deve ter consciência do que está fazendo e de que sua conduta se direciona à uma pessoa traficada. (CUNHA e PINTO, 2017)

O ponto importante aqui, é a opção que o legislador tomou ao incluir no tipo penal as formas de execução do crime, determinando como elementares normativas o emprego de grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, o que resultou em restrição do âmbito de incidência da norma. (BITENCOURT, 2017) Ocorre que, ao exigir na capitulação da conduta que exista alguma destas elementares, há uma limitação da aplicação da norma, com uma severa consequência, como assinala Bitencourt:

A rigor, o desconhecimento técnico-dogmático do legislador e sua assessoria leva a inadmissíveis erros dessa natureza, quando, pretendendo agravar o tipo penal, por qualquer razão (v. g., atender as convenções e tratados internacionais), acaba restringindo o seu alcance, com a inclusão dessa espécie de elementares no tipo penal. Quanto mais enriquecido de elementares normativo-subjetivas na descrição típica, mais limitada fica sua abrangência. (BITENCOURT, 2017, p. 480)

A par disso, é importante evidenciar o efeito prático dessa restrição, isto é, o consentimento válido do ofendido, agora, tem o condão de afastar a tipicidade, uma vez que violência, coação, fraude ou abuso são formas de execução alternativa descritas no tipo penal, sendo, portanto, necessário o dissenso para que se configure o crime. (CUNHA e PINTO, 2017) No entanto, o Protocolo de Palermo discorre sobre o consentimento da vítima: quando houver emprego dos meios de execução fraudulentos, ou quando se tratar de vítimas menores de 18 anos, será o dissenso presumido. Note-se que a interpretação de presunção da invalidez do consentimento do vulnerável, não acompanha o clássico do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP), haja vista que não se volta à menores de 14 e sim menores de 18 anos.³ (CUNHA e PINTO, 2017)

Ainda, essa atuação do legislador desrespeita todo e qualquer objetivo que a lei possui de tratar as vítimas com mais humanidade e atenção, haja vista que negligencia o fato

² “Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher”

³ Rogério Sanches e Ronaldo Pinto explicam que “No art. 218-B do CP, favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual, o menor de 18 anos também é alcançado pelo tipo, sendo irrelevante seu consentimento. Estranho seria a vítima, de apenas 16 anos, que não pode consentir na sua prostituição, aquiescer validamente no tráfico para o mesmo fim.” (CUNHA e PINTO, 2017, p. 143)

de que parte majoritária dos sujeitos passivos do tráfico de pessoas estão ligados de forma inerente à uma situação de vulnerabilidade social, e ao concordarem com as condições aviltantes que o tráfico via de regra oferece, não o fazem com o uso de um juízo pleno de admissibilidade, pois normalmente encontram-se desesperados na busca por oportunidades de uma vida melhor. Nesse sentido, tenha-se em mente a sábia contribuição de Paulo César Busato:

O crime pode ser realizado com a concordância da pessoa que é submetida, por várias classes de abuso, como é o caso de premência econômica para a venda de órgãos duplos (...) ou no caso de pessoas que, pela premência famélica, aceitam submeter-se a condições de trabalho análogas à de escravos ou à exploração sexual. A degradação humana em sua base mais elementar não pode ser tolerada pelo ordenamento jurídico, mesmo diante da concordância da vítima. Aqui manca completamente a ideia de autonomia da vontade, que vem sendo esgrimida como pretensa substituta da teoria do bem jurídico. Qualquer ordenamento jurídico que admita tal classe de submissão de uma pessoa a outra com a escusa de preservação de sua liberdade de escolha individual não é digno desse nome. (BUSATO, 2017, p. 344)

Como bem explanado, é inadmissível que nessa situação o consentimento do ofendido afaste o crime. Bem se sabe que o tráfico de pessoas é um delito que atinge principalmente pessoas em estado de severa precariedade, onde as vítimas buscam fugir da degradação em que se encontram, momento no qual acabam tropeçando nas teias complexas e criminosas que levam ao tráfico de pessoas para fins ilícitos. O sujeito passivo do tráfico de pessoas está, via de regra, na margem da sociedade e não raras as vezes, inexistente para essa pessoa oportunidade diversa senão a de se entregar para aquela situação humilhante, em busca de tentar ao menos sobreviver.

É justamente por isso que se entende ter falhado o legislador ao afastar o crime se existir o mero consentimento da vítima. Deflagra-se que a situação em concreto deve ser estudada de forma complexa, analisando cada detalhe do crime, não bastando o consentimento para que inexistente a tipicidade criminal. Como importante contribuição, referencie-se Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, nos seguintes termos:

O operador, portanto, deve aquilatar a validade do consentimento do ofendido com base nas circunstâncias do caso concreto, sendo presumido o dissenso:

- 1) se obtido o consentimento mediante ameaça ou uso de força ou outras formas de coação, rapto – sequestro ou cárcere privado –, fraude, engano;
- 2) se o agente traficante abusou de autoridade para conquistar assentimento da vítima;
- 3) se o ofendido que aprovou o seu comércio for vulnerável;
- 4) se o ofendido aquiesceu em troca de entrega ou aceitação de pagamento ou benefício (CUNHA e PINTO, 2017, p. 143)

Em que pese toda essa análise supracitada ser imprescindível para configurar ou não o dissenso do ofendido, resta ao ordenamento jurídico brasileiro a infeliz lacuna que o

legislador deixou ao incluir no caput as formas de execução como elementares normativas do delito. Trata-se de uma grave falha técnica em comparação com os dispositivos anteriores que tratavam sobre o assunto, haja vista que aqueles já revogados, dispunham das formas de execução como majorantes da pena, ou seja, situações que se observadas no caso concreto resultavam em uma sanção mais severa ao sujeito ativo. Atualmente, com a alteração legislativa, equivocadamente se restringiu o alcance da norma penal, incidindo o legislador em erro vil. (BITENCOURT, 2017)

Logo, uma vez vislumbrados os elementos normativos e objetivos, não se pode olvidar que é imprescindível que haja finalidade especial alternativa para a configuração do delito, ou seja, para que se caracterize o crime em estudo, além do emprego de meio fraudulento como forma de execução, é necessário que se vislumbre um dos objetivos específicos descritos nos incisos do art. 149-A, os quais devem ser dolosamente pretendidos pelo sujeito passivo. (CUNHA e PINTO, 2017)

O elemento subjetivo central é o dolo, (CUNHA e PINTO, 2017) como já dito, o agente deve saber que sua conduta se direciona à pessoa traficada. Não obstante, o legislador optou por inserir um rol taxativo de cinco incisos, os quais representam o especial fim de agir, isto é, a finalidade que o agente deve ter o dolo de atingir com a o delito. Cite-se:

O elemento subjetivo orientador das condutas descritas como nucleares neste tipo penal — agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alojar ou acolher pessoa como vítima do tráfico aqui criminalizado — é o dolo, constituído pela vontade dirigida à prática de qualquer delas e com a consciência de que a pessoa traficada vai exercer uma das finalidades relacionadas nos cinco incisos que acompanham o caput deste artigo. Referidas finalidades são alternativas e não cumulativas. O eventual exercício futuro de mais de uma dessas finalidades não o transforma em tipo misto cumulativo. Contudo, é indispensável que o sujeito ativo tenha consciência da finalidade do tráfico de pessoa, sob pena de incorrer em erro de tipo. (BITENCOURT, 2017, p. 489)

Assim sendo, entende-se que é fundamental que haja o elemento subjetivo — dolo — juntamente com algum dos elementos subjetivos especiais — finalidade específica — quais sejam: remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo; submeter a trabalho em condições análogas à de escravo; submeter a qualquer tipo de servidão; adoção ilegal ou exploração sexual.

Em virtude dessas considerações, após analisar o conceito do delito, ao lado dos possíveis sujeitos, bem como as elementares do crime, atente-se à possibilidade de consumação do delito, nas palavras de André Estefam:

O tráfico de pessoas é crime formal ou de consumação antecipada, pois atinge sua realização integral com a prática das condutas descritas na cabeça do dispositivo

(agenciamento, aliciamento, recrutamento, transporte etc.), independentemente da consecução do fim almejado (remoção de órgãos, tecidos ou partes do corpo, submissão da vítima a trabalho em condições análogas à escravidão, a algum tipo de ser-vidão, a adoção ilegal ou exploração sexual. (ESTEFAM, 2017, p. 369)

Por conseguinte, conclui-se que para haver consumação é desnecessária a efetiva ocorrência da finalidade específica, bastando que o agente pratique as elementares objetivas dotado de dolo com um especial fim de agir. A doutrina diverge acerca da consequência que ocorre quando atingida alguma das finalidades específicas previstas nos cinco incisos. O supracitado doutrinador Andre Estefam (ESTEFAM, 2017) ao lado de Cézar Roberto Bitencourt (BITENCOURT, 2017) afirma que se for alcançado o especial fim de agir, haverá exaurimento do crime, com posterior influência na pena. Já Rogério Sanches juntamente com Ronaldo Pinto (CUNHA e PINTO, 2017) e Paulo César Busato (BUSATO, 2017) compreendem que se estaria diante de concurso de crimes, isto é, concurso material entre o tráfico de pessoas em conjunto com o a figura penal autônoma que decorre da prática efetiva de algum dos incisos.

Concebe-se, em nota de conclusão, que mais uma vez andou mal o legislador, haja vista que a forma como está colocado o aludido enunciado e seus incisos, abre espaço para as referidas discordâncias na interpretação. Se o julgador optar por mero exaurimento, o qual resulta em influência na pena, será mais satisfatório para o réu, uma vez que o concurso material compreende situação mais gravosa. No entanto, o fato dos incisos estarem apresentados como especial fim de agir, sendo independentes das condutas descritas no caput para fins de consumação, é possível que a sua efetiva ocorrência caracterize crime autônomo, motivo pelo qual entende-se que a corrente mais adequada é a defesa de eventual concurso de crimes.

Como visto, em que pese tratar-se de um crime comum, ou seja, qualquer pessoa sem características específicas pode ser tanto sujeito ativo quanto passivo, a depender das condições do autor ou da vítima, a pena poderá ser majorada, como se depreende do parágrafo primeiro do art. 149-A:

§ 1º A pena é aumentada de um terço até a metade se:

I - o crime for cometido por funcionário público no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las;

II - o crime for cometido contra criança, adolescente ou pessoa idosa ou com deficiência;

III - o agente se prevalecer de relações de parentesco, domésticas, de coabitação, de hospitalidade, de dependência econômica, de autoridade ou de superioridade hierárquica inerente ao exercício de emprego, cargo ou função; ou

IV - a vítima do tráfico de pessoas for retirada do território nacional.

Neste ponto, é necessário que se faça comparação criteriosa com os arts. 231 e 231-A revogados do Código Penal, para que se note outras falhas do legislador, desta vez ao reestruturar as majorantes do crime, as quais assumiam o seguinte texto no antigo parágrafo segundo:

§2º A pena é aumentada da metade se:

I — a vítima é menor de dezoito anos;

II — a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;

III — se o agente é ascendente, padrasto, madrastra, irmão, enteado, cônjuge, companheiro, tutor ou curador, preceptor ou empregador da vítima, ou se assumiu, por lei ou outra forma, obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.

Nesse sentido, diversas incongruências são detectadas. Primeiramente, ressalte-se que, apesar de a intenção do legislador ter sido a de cominar sanção mais grave ao prever pena maior no caput do dispositivo, quando se trata das causas de aumento de pena houve uma previsão menor: antes o crime era majorado somente pela metade, hoje há a possibilidade de ser majorado na fração de um terço até a metade, deixando a desejar quando se trata de punição mais severa. (BITENCOURT, 2017)

Em seguida, analise-se também o seguinte: o parágrafo segundo supracitado, o qual fora revogado, dispunha ainda de um quarto inciso que previa aumento de pena quando: “IV- há emprego de violência, grave ameaça ou fraude”. Atualmente, estas condições constam no caput como elementares do crime, (como já visto ao se tratar das elementares normativas), por absoluta falta de conhecimento técnico do legislador. (BITENCOURT, 2017)

Ora, retirar a previsão de uma majorante e inseri-la como elementar do tipo, resultou não só em diminuição da possível sanção aplicada como também na redução do alcance das condutas, uma vez que agora a prática deve pressupor o emprego de violência, grave ameaça ou fraude. Considerando o exposto, conclui-se que a antiga majorante do inciso IV:

[...] foi deslocada, equivocadamente, para a própria definição do crime (caput), perdendo sua natureza ou característica de majorar a pena-base para integrá-la desde logo. Além da própria restrição que esse movimento anômico cria, pois reduz a abrangência da conduta tipificada (condutas praticadas sem violência ou grave ameaça não serão mais típicas), diminui sua punição, pois deixa de incidir sobre a pena original para majorá-la. (BITENCOURT, 2017, p. 491)

Ainda, em que pese a pena-base ser atualmente maior do que a revogada, frise-se a sábia contribuição de César Bitencourt, ao analisar que a retirada do crime de tráfico de pessoas do Título VI do Código Penal, o qual trata sobre os delitos contra a dignidade sexual, impossibilitou a aplicação das majorantes especiais, (BITENCOURT, 2017) previstas unicamente para este Título, no art. 234-A do CP, in verbis:

Aumento de pena

Art. 234-A. Nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada:

II - de metade, se do crime resultar gravidez; e

IV - de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Pelo exposto, percebe-se que a atuação do legislador ao introduzir a lei em estudo está dotada de diversas incongruências perceptíveis, que causam um prejuízo para toda a sociedade, pelo fato de que a punição séria do tráfico de pessoas diz respeito à comunidade brasileira em geral. Severa análise sobre a situação em tela é feita por Cezar Bitencourt, ao comentar a negligência do poder legislativo com esses sérios detalhes, ensinando que “essa cominação superior é puramente ilusória” (BITENCOURT, 2017, p. 491). Argumenta, portanto, o referido autor:

Ora, a omissão de todas essas causas especiais de aumento (tanto aquelas constantes dos próprios artigos revogados como aquelas constantes das disposições gerais), não previstas pela Lei n. 13.344/2016, torna a novel infração penal, ao fim e ao cabo, menos grave em relação aos dispositivos revogados. (BITENCOURT, 2017, p. 492)

Mais uma vez, é notável a forma precoce com a qual a lei foi editada, sem um devido estudo profundo acerca da sua inserção no Código Penal, deixando claro que sua promulgação vislumbrou unicamente atender à pressão internacional, através de ato superficial do Poder Legislativo. Estas considerações explicam a incongruência que a novatio legis trouxe para o Código Penal, bem como a negligência ao sistema harmônico original, como se depreende das palavras de Cezar Bitencourt:

Essas omissões revelam, inegavelmente, o desconhecimento da anatomia do Código Penal brasileiro não apenas por parte do legislador, mas também do próprio Ministro da Justiça que subscreve o presente diploma legal. (BITENCOURT, 2017, p. 476)

Corroborando a ideia de que as majorantes foram erroneamente remanejadas, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto criticam a inserção do inciso IV (que aumenta a pena para situações em que a vítima do crime for retirada do território nacional), tendo em conta que esta previsão afasta a majorante nos casos em que a conduta do agente efetivamente trazer a vítima do tráfico para o território do país⁴, isto é:

[...] de forma infeliz e até o momento inexplicável, a Lei pune de forma majorada a retirada da vítima traficada do nosso território, mas não o seu ingresso com o mesmo fim [...] (CUNHA e PINTO, 2017, p. 154)

⁴ Segundo Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, entende-se por território nacional para este fim, o espaço físico entre as fronteiras, o mar territorial e todos os lugares abrangidos pelo conceito jurídico do termo, conforme artigo 5º, §§ 1º e 2º, do CP. (CUNHA e PINTO, 2017)

Frise-se, ainda, a seguinte contribuição:

Fácil notar que o tráfico internacional de pessoas, em vez de constituir crime próprio, traduz uma causa de aumento de pena. O problema é que o legislador considerou como majorante apenas a retirada da vítima do país, olvidando-se de sua colocação no território nacional, em lamentável equívoco. (CASTRO, 2016)

Em síntese, é verdadeiro dizer que a intenção de tornar a punição do crime mais severa se esvai uma vez que diversos erros são notados quando se trata das causas de aumento de pena do crime. No entanto, além de todas essas falhas, a inclusão de uma causa de diminuição de pena contribuiu para a casuística punição mais branda, haja vista que por seu turno, a lei prevê também uma possibilidade de minorante no seu parágrafo segundo:

§ 2º A pena é reduzida de um a dois terços se o agente for primário e não integrar organização criminosa.

Em virtude disto, é imprescindível a análise de que a lei não abre espaço para discricionariedade do julgador ao impor que a lei será necessariamente reduzida se estiverem presentes as condições de forma cumulativa. Trata-se de uma novidade, afinal parte considerável das previsões de minorantes dizem que o juiz “poderá” diminuir a pena no caso concreto se verificados os requisitos exigidos. (CUNHA e PINTO, 2017)

Então, a doutrina ressalta que a discricionariedade do juiz irá se restringir à quantia da redução, no entanto, fundada dúvida aparece quando não há previsão que oriente o magistrado para este ato. Nas palavras de Rogério Sanches e Ronaldo Pinto:

Lamentamos, contudo, o legislador não ter dado um norte para essa redução. Sendo o agente primário e não integrado organização criminosa, pergunta-se: qual critério outro, objetivo e/ou subjetivo o magistrado deve considerar para decidir entre uma redução no mínimo (1/3) e no máximo (2/3)? Na falta de um critério, podemos antever os juízes reduzindo a pena sempre no máximo, lamentavelmente. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 155)

Paulo César Busato confirma a omissão legislativa ao explicar:

Há problemas, porém, no que tange à fração de diminuição, que também é variável. Presentes os requisitos de primariedade e desvinculação das organizações criminosas, obrigatória será a redução de pena. No entanto, qual seria a fração aplicável? Não há critério lógico passível de ser extraído da previsão legal, uma vez que a este respeito ela é completamente lacônica. (BUSATO, 2017, p. 347)

Diante disto, os autores buscam uma resposta lógica. Os primeiros sugerem que o critério utilizado para a diminuição da pena seja “o grau e o tempo de submissão da vítima, ou mesmo a maior ou menor colaboração do agente na apuração do crime e a libertação do ofendido” (CUNHA e PINTO, 2017, p. 155), enquanto o segundo doutrinador apontado propõe que deve-se:

reconhecer que esta é uma das etapas da individualização da pena e, como tal, submetê-la às mesmas balizas próprias da individualização que, neste caso, remetem exclusivamente às circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal (BUSATO, 2017, p. 347).

Fato é, que ambas as conclusões são grandes contribuições jurídicas, no entanto, entende-se que por tratar-se de um dispositivo legislativo ainda relativamente novo, caberá à jurisprudência amadurecer o assunto e traçar balizas para uma melhor compreensão do tema.

3 As consequências jurídico-sociais do delito

Além de todas as mudanças já mencionadas que a lei do tráfico de pessoas proporcionou ao Código Penal, não se pode deixar de mencionar o conteúdo do art. 12 da referida lei que atualizou a matéria, o qual introduziu mais uma polêmica alteração, com o seguinte texto:

Art. 12. O inciso V do art. 83 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 83. O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que:

V – cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza.”

O livramento condicional, disciplinado no Código Penal brasileiro, constitui um direito subjetivo do apenado, isto é, não depende da vontade do magistrado para ser concedido, bastando, com efeito, o preenchimento dos requisitos previstos no seu art. 83 para que se depreenda sua incidência (CUNHA e PINTO, 2017). Consoante ensinamento dos doutrinadores:

O livramento condicional é uma medida penal consistente na liberdade antecipada do reeducando, etapa de preparação para a soltura plena, importante instrumento de ressocialização. O benefício é decorrência do sistema progressivo de cumprimento de pena. (CUNHA e PINTO, 2017)

Assim sendo, é possível perceber que o ilícito aqui estudado recebe tratamento de hediondez quando se trata da possibilidade de livramento condicional, em que pese não ter sido inserido no rol da Lei 8.072/90, a qual dispõe taxativamente sobre os crimes hediondos e equiparados.

Na obra em que comentam a lei do tráfico de pessoas, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto assinalam que o Projeto da Lei 13.344/16 ao passar pela Câmara foi emendado para que o crime constasse como equiparado a hediondo, contudo, essa hipótese foi rechaçada pelo Senado, sob a alegação de que não há proporcionalidade (CUNHA e PINTO, 2017).

Frente a isso, é de suma importância assinalar que somente no que diz respeito ao lapso temporal de cumprimento de pena exigido para obtenção do benefício do livramento condicional o tráfico de pessoas se assemelha aos crimes da Lei 8.072/90, não guardando qualquer outra comparação a estes delitos, não se submetendo, por conseguinte, às demais características gravosas desta legislação própria.

Acredita-se veementemente que o legislador incorreu em mais uma falha ao cancelar essa previsão. Trata-se de uma incongruência severa que possui o condão de resultar em insegurança jurídica. Entende-se que os delitos equiparados a hediondos devem receber integralmente o tratamento mais severo dos crimes que assumem essa natureza, não podendo ser a Lei 8.072/90 aplicada parcialmente, haja vista que seus termos são estritamente destinados àqueles crimes considerados repulsivos e demasiadamente cruéis para a sociedade.

Então, se o Senado entende não haver proporcionalidade para que o crime receba todos os efeitos da hediondez, como pode empregar-lhe uma única característica daqueles que efetivamente são considerados hediondos ou equiparados? Ora, devia o legislador ter afastado totalmente a previsão do tratamento que os crimes mais repugnantes recebem, ou ter-lhe aplicado na integralidade, não sendo correta esta mistura de previsões.

Veja-se que insurge daí uma questão importante, pois ora o crime é comum, ora é tido como assemelhado a hediondo. Em um primeiro momento, adota faceta que qualquer outro delito vislumbra, tome-se de exemplo a possibilidade da progressão de regime, hipótese em que basta que o condenado cumpra um sexto da pena para obtenção do benefício, conforme dispõe o art. 112, da Lei 7.210/84. No entanto, logo em seguida, o crime assume posição de hediondo ou equiparado, vestindo-se da atrocidade que estes delitos possuem, sendo exigido, consequentemente, que o agente apenado sofra as penalidades severas a estes crimes destinados, no que diz respeito ao instituto do livramento condicional, de acordo com a redação atual do art. 83, V, do Código Penal.

Embora o Poder Legislativo afirme que se adstringe ao princípio da proporcionalidade, através de uma análise efetivamente jurídica conclui-se que a razoabilidade e proporção do legislador são incompreensíveis, haja vista que mantém no rol da Lei 8.072 a infração de “falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais” enquanto desta lista exclui o crime de traficar seres humanos, ignorando, por certo, todos os direitos fundamentais resguardados pela Constituição Federativa da República Brasileira, que são atingidos diretamente pelo tráfico. (CABETTE, 2017)

Assim, uma vez vistos os principais debates existentes acerca dos aspectos de direito material trazidos pela nova lei, é imprescindível que se verifique quais as demais

consequências produzidas com a introdução de uma *novatio legis* no ordenamento jurídico brasileiro.

O assunto em questão trata da revogação de uma lei e a introdução de outro dispositivo no lugar desta. Como visto, o crime de tráfico de pessoas era tipificado no Código Penal anteriormente pelos arts. 231 e 231-A, os quais foram revogados pela Lei 13.344/16, que, consequentemente, introduziu o art. 149-A no diploma penal para tratar do mesmo assunto.

Perante o exposto, é importante que se direcione atenção aos efeitos que essa nova lei traz para o crime, analisando se houve *abolitio criminis* ou se é caso de império do princípio da continuidade normativo-típica.

Para que se prossiga, é necessário que se faça breve exame sobre o estudo da sucessão de leis penais e, assim, conceituar a *abolitio criminis*, instituto o qual possui fundamento no art. 2º, caput, do Código Penal, representando uma causa de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do mesmo instrumento legal. Sobre o tema, assinala Damásio de Jesus:

Pode ocorrer que uma lei posterior deixe de considerar como infração um fato que era anteriormente punido. É a *abolitio criminis*, [...] a lei nova retira do campo da ilicitude penal a conduta precedentemente incriminada [...]. Estamos em face de exceção ao princípio *tempus regit actum*: a lei nova retroage; a antiga não possui ultra-atividade. (JESUS, 2015, p. 26).

Analisando a Lei 13.344 de 2016, Rogério Sanches e Ronaldo Pinto tornam compreensível a matéria no caso concreto:

No nosso caso, não houve *abolitio criminis* [...] A *abolitio* representa supressão formal e material da figura criminosa, expressando o desejo do legislador em não mais considerar determinada conduta como criminosa. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 160).

Em vista disso, basta que se aprecie a situação fática para que se perceba não estar frente à hipótese de *abolitio criminis*, uma vez que a incidência da nova lei não deixou de considerar crime o tráfico de pessoas, apenas passou a tipificá-lo de outra forma, sem, no entanto, deixar de ser ilícito penal no ordenamento jurídico brasileiro.

Por conseguinte, a compreensão é de que se enfrenta um caso de aplicação do princípio da continuidade normativo-típica, o qual explica-se da seguinte forma:

O princípio da continuidade normativo-típica, por sua vez, significa a manutenção do caráter proibido da conduta, porém com o deslocamento do conteúdo criminoso para outro tipo penal. A intenção do legislador, nesse caso, é que a conduta permaneça criminosa. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 160).

No mesmo sentido, este é o entendimento dos tribunais, veja-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE PESSOAS. FINALIDADE. EXPLORAÇÃO SEXUAL. CÓDIGO PENAL. ART. 231, §§ 2º E 3º. CONTINUIDADE NORMATIVO-TÍPICA. ART. 149-A DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. ALTERAÇÕES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Recurso de apelação interposto por réu contra sentença em que foi ele condenado pela prática do delito tipificado no art. 231, §§ 2º e 3º, do Código Penal, com a redação anterior à conferida pela Lei 11.106/05. 2. Inexistência de abolitio criminis. Conduta em tese amoldada ao novel art. 149-A do Código Penal. Imputação de prática do delito de aliciar pessoas, mediante fraude, para posterior saída do território nacional com intuito de exploração sexual das vítimas. (TRF-3, 2017).

Logo, entende-se que houve uma mera mudança da localização do crime dentro do Código Penal, isto é, apenas uma alteração topográfica. Pelo exposto, sabe-se então a consequência prática da nova lei: revogou os artigos que tratavam sobre o assunto, mas não suprimiu a figura criminosa pois continuou a tratar do ilícito em novo dispositivo localizado em diferente lugar do Código Penal. Através disso, é necessário que se discorra ainda sobre o alcance da novatio legis, como se estuda a seguir.

Sabe-se também que o levantamento de provas é imprescindível para o desenvolvimento processual. Nos procedimentos penais, a produção de provas é realizada vislumbrando a árdua tarefa de alcançar a verdade real, para proporcionar a busca pelas partes do livre convencimento motivado do juiz. Sobre a instrução probatória, Eugênio Pacelli explica com clareza que:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (PACELLI, 2017, p. 333).

Desta forma, em se tratando do crime de tráfico de pessoas, buscando ampliar o alcance investigatório e possibilitar maior verossimilhança entre as provas produzidas e a realidade, a Lei 13.344/16 proporcionou grande inovação na previsão do seu art. 9º. Referida lei trata sobre organizações criminosas⁵ e a sua importância para o presente estudo se dá principalmente no que tange aos meios extraordinários de obtenção de prova por ela previstos, os quais estão assentados no art. 3º, terceiro da mencionada lei:

Art. 3º Em qualquer fase da persecução penal, serão permitidos, sem prejuízo de outros já previstos em lei, os seguintes meios de obtenção da prova:
I - colaboração premiada;

⁵ Lei 12.850/13 Art. 1º, §1º: Considera-se organização criminosa a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a quatro anos, ou que sejam de caráter transnacional

- II - captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos;
- III - ação controlada;
- IV - acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais;
- V - interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas, nos termos da legislação específica;
- VI - afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica;
- VII - infiltração, por policiais, em atividade de investigação, na forma do art. 11;
- VIII - cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais na busca de provas e informações de interesse da investigação ou da instrução criminal.

Entende-se que não cabe ao estudo em tela o aprofundamento específico acerca de cada um destes institutos, pois são devidamente explorados pela Lei 12.850 de 2013. Todavia, vale ressaltar aqui que os meios extraordinários de investigação mencionados passaram a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com a intenção de ampliar o poder investigatório do Estado, haja vista que os meios tradicionais infelizmente limitam a produção probatória quando se trata de crimes organizados, em tempos que a sociedade evolui descontroladamente. Nesse sentido, é cabível a explanação de Henrique Viana Bandeira Moraes:

Os meios processuais tradicionais, empregados na apuração da criminalidade individualizada ou comum, tais como, o interrogatório, as buscas pessoais, ou até mesmo, as interceptações telefônicas, apresentam-se insuficientes no tratamento do crime organizado. (MORAES, 2012)

Logo, o legislador, com elogiável sensibilidade, resolveu por acrescentar a possibilidade de utilizar no crime de tráfico de pessoas estes meios extraordinários de investigação, procurando proporcionar ao Estado um melhor alcance na instrução de provas, seja em fase investigativa ou judicial. Como já visto no art. 13, parágrafo 2º, onde fora acrescentada causa de diminuição de pena subjetiva, isto é, para o agente primário que não integra organização criminosa, pode-se depreender que ao longo da nova legislação o Poder Legislativo tomou o cuidado de tentar afastar ou sancionar mais severamente a prática do delito de tráfico de pessoas em conjunto com participação de organização para o crime.

Diferentemente das diversas lacunas observadas em outros momentos, a atuação acima descrita merece enaltecimento, pois sabe-se bem que o delito de traficar seres humanos está naturalmente interligado a organizações criminosas, em vista de se tratar de crime que exige uma rede complexa de atuações, necessitando de vários agentes para efetuar inúmeras tarefas na execução do delito. Essa atuação do Estado é imprescindível para combater o crime

organizado transnacional, o qual muito preocupa a comunidade internacional, como sabiamente disserta Thalita Ary:

A criminalidade organizada transnacional, delineada como uma das novas entidades paraestatais de poder, emerge como uma grave ameaça à paz e à prosperidade, possuindo como objetos principais, permeadores de suas atividades, o narcotráfico, a lavagem de dinheiro, o contrabando de migrantes e o tráfico de seres humanos [...] (ARY, 2009, p. 52)

[...] a globalização propicia a ação dessas redes criminosas bem estruturadas e organizadas, imbuídas da prática de diversas atividades ilícitas, que são favorecidas pela facilidade de locomoção de pessoas entre os continentes, a mundialização das transações comerciais, econômicas e financeiras, o desenvolvimento das comunicações e transportes, etc. Fala-se da globalização do crime. (ARY, 2009, p. 52 e 53).

É justamente pelo exposto acima que os esforços mundiais cada vez mais são direcionados para punir e prevenir a prática de organizações criminosas, sendo imprescindível a colaboração dos países, que devem agir reprimindo em âmbito interno referidas atuações. Quanto à engrenagem do crime organizado, acrescente-se:

Deve ser pontilhado que a atuação dos referidos grupos organizados se pauta por um elevado nível de segmentação, especialização e flexibilidade. Agem em diversos países, em âmbito nacional e internacional, como grandes empresas transnacionais [...]. (ARY, 2009, p. 54).

Muito embora já tenha sido citado em outro momento do presente estudo, sabe-se bem que a globalização é um fator constitutivo dos números crescentes que envolvem o tráfico de pessoas, o qual está intrinsecamente ligado com o crime organizado. Entretanto, frise-se a sábia contribuição de Thalita Ary ao pontuar demais aspectos facilitadores dos respectivos crimes:

A disponibilidade de pessoas em situação de vulnerabilidade, as quais se afiguram como alvo fácil destas organizações; a dificuldade em punir suas atividades, em razão de sua característica fragmentária, na qual as atividades a serem desempenhadas são distribuídas entre os países que participam da operação. (ARY, 2009, p. 56 e 57)

Por todo o exposto, sublinhe-se a necessidade da ação séria e conjunta dos Estados em busca da adoção de políticas internas e externas para que atuem com firmeza objetivando combater os devidos delitos. Além das alterações no Código Penal, a Lei 13.344 proporcionou, ainda, algumas mudanças no Código de Processo Penal brasileiro, como se depreende do seu art. 11:

Art. 11. O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 13-A e 13-B:

“Art. 13-A. Nos crimes previstos nos arts. 148, 149 e 149-A, no §3º do art. 158 e no art. 159 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), e no art. 239 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderá

requisitar, de quaisquer órgãos do poder público ou de empresas da iniciativa privada, dados e informações cadastrais da vítima ou de suspeitos”

“Art. 13-B. Se necessário à prevenção e à repressão dos crimes relacionado ao tráfico de pessoas, o membro do Ministério Público ou o delegado de polícia poderão requisitar, mediante autorização judicial, às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso.”

Percebe-se que a intenção do legislador, neste momento, andou na mesma esteira daquela prevista do subtítulo anterior, no qual o objetivo fora tentar ampliar as possibilidades de investigação do crime para uma melhor repreensão. No entanto, a impropriedade técnica novamente é aviltante para os operadores do direito, principalmente no que tange à escolha equivocada dos elementos do texto, capazes de confundir o leitor que tenta interpretá-lo. A doutrina, inclusive, levanta a possível inconstitucionalidade do diploma legal:

Impressionam estes dispositivos pela falta de precisão técnica que marca sua redação, além de impropriedades lançados no texto, capazes de configurarem evidentes inconstitucionalidades. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 119).

Como já explanado no presente estudo em diversas oportunidades, a atuação do legislador na edição dessa lei foi sucessivamente incongruente, uma vez que é possível analisar-se uma sequência de falhas técnicas. Os referidos arts. 13-A e 13-B que passaram a integrar o Código Processual Penal não fogem ao comum das divergências apresentadas e novamente carregam o desacerto legislativo. O erro, desta vez, está na utilização de expressões impróprias, resultando em desarmonia com o resto do Código de Processo Penal.

Basta uma análise para perceber que todo o Código de Processo Penal faz uma distinção ao utilizar as expressões requisição e requerimento. Comumente, “requisição é sinônimo de ordem”, enquanto “requerimento importa em um pedido” (CUNHA e PINTO, 2017, p. 119). A partir daí, vislumbra-se a impropriedade do texto apontada por Rogério Sanches e Ronaldo Pinto, os quais evidenciam que é falha a utilização do termo “requisitar” quando se trata do pedido que Ministério Público ou delegado de polícia poderão fazer para obtenção de diligências necessária, como pode-se perceber nas palavras dos doutrinadores:

Ora, se o deferimento da diligência depende de autorização judicial, como pode o *parquet* e o delegado “requisitarem” sua realização. O correto seria o Ministério Público *requerer* a diligência, com é próprio, inclusive, do sistema acusatório, e a autoridade policial *representar* por sua realização. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 119)

Além do mais, não bastando o equívoco na escrita dos dispositivos, há ainda a inclusão do parágrafo 4º, o qual traz previsão polêmica ao mencionar o seguinte:

§4º Não havendo manifestação judicial no prazo de 12 (doze) horas, a autoridade competente requisitará às empresas prestadoras de serviço de telecomunicações e/ou

telemática que disponibilizem imediatamente os meios técnicos adequados – como sinais, informações e outros – que permitam a localização da vítima ou dos suspeitos do delito em curso, com imediata comunicação ao juiz.

Ressalte-se a séria possibilidade de inconstitucionalidade levantada pelos mesmos autores, quando se trata do então novo art. 13-B e seu parágrafo supracitado do Código de Processo Penal:

O dispositivo em exame, contudo, dispensa a ordem judicial, podendo o delegado de polícia e o membro do Ministério Público, requisitarem diretamente os dados, caso o juiz não decida no prazo de 12 horas. O absurdo tem início com a estipulação de um prazo tão exíguo. Processos ou inquéritos de que tratam o tráfico de pessoas, como regra, são complexos e exigem um maior tempo de estudo. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 124) [...] Mas o despropósito não termina aí. De se indagar, com efeito: como pode o *caput* do artigo reclamar a autorização judicial para concretização da diligência, e logo em seguida, o §4º dispensar tal diligência? Ora, ou bem se entende que a ordem judicial é necessária e pouco importa o tempo que o juiz demorará para proferir a decisão, ou bem se entende que a diligência em estudo prescinde de filtro judicial e, por consequência, não será o atraso de 12 horas que impedirá sua efetivação. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 125)

Pertinente é a ressalva apontada pelos autores, uma vez que novamente o legislador incorreu no erro crasso de abrir a possibilidade para divergências na interpretação da legislação. Como já ressaltado, a presente falha é produto do desconhecimento técnico daquele que edita as leis. Veja-se que, impor a necessidade de uma autorização judicial em relação a determinado ato, para em seguida flexibilizá-la é equivocado, pode abrir margem para ações de malgrado dos operadores do direito, tendo-se em vista a atual dificuldade do poder judiciário de cumprir prazos tão enxutos. (CUNHA e PINTO, 2017)

Trata-se, portanto, de mais uma incontinentemente atuação falha do Poder Legislativo. Ademais, é também outra amostra de desarmonia com o resto do sistema penal e processual penal brasileiro, haja vista que outros procedimentos tão importantes quanto – senão mais – possuem previsão de prazo maior para atuação do judiciário. Tome-se os preciosos exemplos trazidos pela doutrina:

Na prisão temporária (Lei n. 7.960/1989), é conferido o prazo de 24 horas para que o juiz decida sobre o pedido (art. 2º, §2º). É este também o prazo para o juiz decidir sobre o pedido de quebra de sigilo telefônico (art. 4º, §2º da Lei n. 9.296/96). [...] para apreciar um pedido de prisão preventiva, o Código de Processo Penal não estipula qualquer prazo. (CUNHA e PINTO, 2017, p. 125).

Com base nisso, em conjunto com tudo o que fora demonstrado ao longo do presente estudo, pode-se elucidar a necessidade de debater a forma desatenta pela qual o legislador brasileiro vem editando desenfreadamente leis, sem preocupar-se com a relevância dos assuntos que exigem maior cuidado na sociedade atual. O tráfico de pessoas, bem como muitos outros assuntos que atingem maleficamente toda a comunidade, merecem preocupação

e cautela, especialmente pelo fato de ser um delito que lida diretamente com populações vulneráveis e invisibilizadas pela sociedade.

Considerações Finais

O presente trabalho permitiu análise qualitativa sobre os principais institutos que versam sobre o crime de tráfico de pessoas no Brasil, possibilitando uma melhor compreensão do delito. Dessa forma, percebe-se que apesar de existir alguns acertos legislativos, grande parte da política criminal nacional está permeada de incongruências técnicas, sendo, portanto, insuficiente, trazendo prejuízos aos direitos sociais.

Entende-se que o correto seria inserir uma disposição penal em legislação esparsa, com o objetivo de prezar pela sistematização originária do Código Penal brasileiro. Também é correto dizer que a lei atual que trata sobre o assunto, foi promulgada sem uma análise profunda da questão social que envolve o tráfico de pessoas, o que resultou em um contrassenso no ordenamento jurídico.

Por este motivo, através de toda a análise efetuada no presente estudo, se compreende que as políticas criminais e públicas brasileiras são insuficientes para enfrentar essa temática, pois a impropriedade técnica leva à fragilidade do sistema no enfrentamento ao tráfico de pessoas.

Portanto, além de reprimir penalmente o crime, é necessário que o país atue de forma a diminuir a necessidade que os cidadãos têm de buscar vida melhor no exterior, reduzindo assim a sua vulnerabilidade e a possibilidade das pessoas de se tornarem vítimas ao procurar oportunidades e comodidades no estrangeiro.

É importante que o foco seja realizado em três ramos de atuação: prevenção, punição dos agentes e proteção às vítimas. (BRASIL, 2006) A prevenção deve ser realizada por meio de políticas públicas que visem mitigar a vulnerabilidade de determinados grupos sociais e proporcionar seu empoderamento e que diminuam os problemas sociais. (RODRIGUES, 2014) Enquanto isso, a punição, deve se dar em conjunto com ações de fiscalização, controle e investigação das demandas, visando combater o crime, analisando as regras nacionais e internacionais. (RODRIGUES, 2014)

Já a proteção às vítimas deve ocorrer com o tratamento justo, seguro e não discriminatório aos ofendidos por este crime, além de adequado atendimento, proteção especial e acesso à justiça. Neste seguimento, ressalta-se a importância da capacitação das

peças de todos os segmentos da sociedade para proporcionar a devida assistência às vítimas.
(RODRIGUES, 2014)

Referências

BITENCOURT, César R. **Tratado de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 2017;

BRASIL. **Decreto n. 5.948, de 26 de out de 2006**. Aprova a Política Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas;

BRASIL. **Lei n.13.344, de 6 de out de 2016**. Dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas;

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tráfico de Pessoas**. 2018. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco-es/assuntos-fundiarios-trabalho-escravo-e-traffic-o-de-pessoas/traffic-o-de-pessoas>>;

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. **Tráfico de Pessoas - Lei 13.344/16 comentada por artigos**. Salvador: Juspodivm, 2017;

IGNACIO, J. **Tráfico de Pessoas: como é feito no Brasil e no mundo?**. Politize, 22 mar 2018. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/traffic-o-de-pessoas-no-brasil-e-no-mundo/>>;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatório Nacional sobre Tráfico de Pessoas: dados de 2013**, 2013. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-o-de-pessoas/publicacoes/anexos-relatorios/relatorio-_2013_final_14-08-2015.pdf>;

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Consultoria para o levantamento e sistematização de dados sobre o tráfico de pessoas no Brasil para o período de 2014-2016**, 2016. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/traffic-o-de-pessoas/publicacoes/relatorio-dados-2014-2016.pdf>>;

RODRIGUES, Thaís de Camargo. **Tráfico internacional de pessoas para exploração sexual**. 1ª ed., Saraiva, 2014.

O HOMESCHOOLING À LUZ DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO

HOMESCHOOLING AND THE SOCIAL RIGHT TO EDUCATION

Luís Eduardo Abraham Silveira¹

Resumo

Este trabalho busca estudar a prática do *homeschooling* (ou educação domiciliar) em substituição ao ensino escolar na Educação Básica (Ensino Fundamental e Médio). A análise se dará com base na previsão do direito fundamental social à educação na Constituição Federal brasileira de 1988. O trabalho objetiva responder ao questionamento acerca da existência (ou não existência) de um *homeschooling* constitucionalmente possível, defendendo o posicionamento, à luz da teoria dos direitos fundamentais, de que tal instituto é incompatível com a nossa Lei Maior. Para tanto, inicia-se com uma exposição histórica e conceitual acerca das ideias de escolarização universal e direito social à educação, buscando suas origens e evolução no Brasil e no mundo, no âmbito do direito constitucional e do direito internacional público. Posteriormente, conceitua-se o instituto do *homeschooling*, entendendo o seu surgimento como um fenômeno de reação à escolarização universal e expondo os principais aspectos pedagógicos e políticos envolvidos neste debate. Por fim, faz-se uma análise do instituto à luz da Constituição brasileira e por intermédio da teoria dos direitos fundamentais, ponderando e sopesando o direito de optar por esta modalidade de ensino com os direitos de crianças e adolescentes e os deveres impostos pelo Estado em relação à educação, em especial a matrícula escolar e o princípio do melhor interesse do menor. Justifica-se a realização deste artigo devido ao crescente interesse por este método de ensino em nosso país, havendo uma plethora de projetos de lei e demandas judiciais buscando sua permissão e regulamentação. Utiliza-se o método dedutivo, o procedimento da pesquisa bibliográfica e a abordagem qualitativa.

Palavras-chave: *homeschooling*; direitos sociais; direito à educação; inconstitucionalidade

Abstract:

This paper seeks to study the practice of homeschooling (or home education) as a substitute for school in basic education (primary, middle and high school). The analysis will be based on the provision of the fundamental social right to education in the Brazilian Federal Constitution of 1988. The paper seeks to answer to the questioning about the existence (or nonexistence) of a constitutionally possible homeschooling, defending the position, inspired by the theory of fundamental rights, that such institution is incompatible with our Supreme Law. For this purpose, a historical and conceptual exposition on the ideas of universal schooling and the social right to education is made, seeking its origins and evolution in Brazil and abroad, in the areas of constitutional law and public international law. Afterwards, it is necessary to conceptualize homeschooling, understanding its origins as a reaction to universal schooling and demonstrating the main pedagogical and political aspects entangled in the homeschooling debate. To conclude, homeschooling will be studied in light of the Brazilian Constitution and fundamental rights theory, pondering and weighing the right to choose this form of education with the rights of children and teenagers and the obligations imposed by the Brazilian state in regards to education, especially school enrollment and the principle of the best interest of

¹ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas. Advogado inscrito na OAB/RS. Endereço de e-mail: luisabrahamsilveira@gmail.com.

minors. This paper is warranted by the growing interest on homeschooling in Brazil, with a plethora of proposed bills and legal demands seeking permission and regulation. The deductive method is used, the procedure of bibliographical research and the qualitative approach.

Keywords: homeschooling; social rights; right to education; unconstitutionality

Introdução

O tema do artigo será a análise da constitucionalidade do instituto do *homeschooling* (ou educação domiciliar), em contraste com o direito social à educação. A fim de delimitação do tema, a análise limitar-se-á ao *homeschooling* praticado na educação básica (Ensino Fundamental e Médio).

O tema ora enfrentado foi alvo de julgamento em 2018 pelo Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 888.815. A decisão majoritária no referido caso foi a de que a educação domiciliar é compatível com a Constituição Federal de 1988, mas não é direito subjetivo exigível, devido à ausência de regulamentação. Assim, o recurso da família que buscava o reconhecimento jurídico dessa modalidade de ensino foi indeferido. Os votos minoritários, por sua vez, dissentiram da maioria ao defender a inconstitucionalidade do *homeschooling* (STF, 2018b).

Em relação à justificativa da escolha do tema, há relevância social e científica na pesquisa, tendo em vista que a temática do *homeschooling* encontra grande discussão no momento em que vivemos, em que a educação presencial nas escolas se tornou inviável devido à pandemia ocasionada pela COVID-19. Além disso, na esteira da decisão do Supremo Tribunal Federal, há produção legiferante em diversos graus, além de demandas judiciais a respeito, evidenciando a atualidade do tema e a necessidade de discuti-lo no âmbito acadêmico, através de pesquisa científica.

Quanto à oportunidade da pesquisa, destaca-se também a necessidade de um contraponto, pois as obras acadêmicas e/ou de doutrina jurídica que defendem o instituto do *homeschooling* são mais numerosas do que aquelas que apresentam um posicionamento contrário. Assim, é relevante que se produza uma pesquisa jurídica argumentando pela inconstitucionalidade do *homeschooling*, oferecendo também uma posição diversa daquela firmada em maioria pelo Supremo Tribunal Federal.

A solução que se busca apresentar é uma argumentação científica e jurídica da inconstitucionalidade do *homeschooling*, que se revela importante à medida que o tema é discutido no Poder Legislativo, em diferentes esferas. Busca-se produzir uma obra de

interesse não apenas acadêmico, mas também um texto capaz de orientar gestores, legisladores e intérpretes do direito a construir uma opinião acerca do tema.

Quanto à metodologia, o presente trabalho será pautado primordialmente pela pesquisa bibliográfica, à medida que se busca conhecer e entender o pensamento consolidado pela doutrina, legislação e jurisprudência pátrias acerca do tema. O principal método adotado é o dedutivo, pois se busca encontrar, partindo de princípios consagrados por nosso ordenamento jurídico, como a previsão do direito social à educação na Constituição Federal e na proteção integral de crianças e adolescentes uma verdade particular, qual seja, a inconstitucionalidade da educação domiciliar.

A pesquisa terá caráter eminentemente qualitativo, tendo em vista o fato de que há poucos praticantes do *homeschooling* no Brasil, por ser prática não regulamentada em lei, e, portanto, não é possível adotar uma abordagem quantitativa por meio da análise e/ou elaboração de estatísticas de desempenho educacional dos alunos que adotam esta modalidade.

1 A educação enquanto direito social e a escolarização universal

Antes de adentrar a temática do *homeschooling* em si, faz-se necessário trazer uma breve exposição histórica, conceitual e jurídica acerca de duas temáticas: a ideia de escolarização universal em sua ligação com o Estado democrático de direito e a evolução da previsão da educação como um direito fundamental, no contexto do direito público internacional e do direito constitucional.

1.1 A escolarização universal e a educação no direito internacional público

É possível afirmar que a universalização das escolas públicas se relaciona com o fortalecimento dos Estados nacionais em meados do século XIX, quando o acesso à educação escolar passou a não ser mais restrito às elites sociais e econômicas. No entanto, essa escolarização ainda buscava reafirmar uma ordem social estratificada, e o objetivo da educação era primordialmente o de formar trabalhadores, no contexto da Revolução Industrial (BARROSO FILHO, 2000, p. 12).

Filósofos da Antiguidade como Platão e Aristóteles já mencionavam a importância de que os cidadãos fossem bem informados para participar dos processos decisórios. Muitos séculos depois, pensadores iluministas como Montesquieu e Tocqueville apontavam em um

sentido semelhante. No entanto, concomitantemente ao processo da Revolução Industrial, há a ascensão da democracia representativa, no final do século XIX e início do XX, e a educação é levada a um papel de destaque. Pensadores liberais como Mill consideravam a escolarização universal necessária para que o sufrágio universal fosse bem exercido pelos cidadãos. Posteriormente, pensadores marxistas como Freire, por sua vez, entenderam que a escolarização crítica teria um caráter emancipatório para os cidadãos (SCHLEGEL, 2010, p. 22-23).

Nesse contexto de transformações políticas e sociais, a educação ganhou papel de destaque nas Constituições nacionais, em especial naquelas que garantiam os direitos sociais, também chamados de direitos de segunda geração. Estes direitos são classificados, na concepção da doutrina clássica, como aqueles que exigem uma prestação direta do Estado, em contraste aos direitos liberais, ou de primeira geração, que exigem apenas uma abstenção por parte do Estado (BOBBIO, 2004, p. 9). Como exemplo histórico de uma Constituição que garante estes direitos, destaca-se a Constituição alemã de 1919, promulgada durante a República de Weimar, que previa expressamente o direito à educação gratuita, influenciando constituições posteriores (CONCEIÇÃO, 2016, p. 59).

Em relação a esta classificação tradicional da doutrina, é possível fazer algumas críticas. Os direitos sociais também demandam prestações negativas do Estado: no caso da educação, o Estado não apenas deve fornecê-la, mas também não pode obstar o acesso a ela, ou piorar sua qualidade (ABRAMOVICH, 2005, p. 195-196). Ademais, a classificação dos direitos em gerações (primeira, segunda, terceira...) também pode ser contestada, pois: a) uma geração não substitui a outra, tanto que a Constituição brasileira de 1988 contempla direitos de diferentes “gerações”; b) observa-se em constituições anteriores às da “segunda geração” garantias de alguns direitos sociais, incluindo a educação, que já era prevista na Constituição francesa de 1791 e na brasileira de 1824, ainda que de forma incipiente. Assim, pode-se usar termos como “categorias”, “espécies” ou “dimensões” de direitos fundamentais, em vez de gerações (DIMOULIS; MARTINS, 2014, p. 23-24).

O direito à educação recebeu tratamento não só no âmbito interno das constituições nacionais, mas também no Direito Público Internacional. É possível encontrar nas diretrizes da Organização Internacional do Trabalho (OIT) referências à educação básica universal antes mesmo do surgimento da Organização das Nações Unidas. Ainda em 1921, a OIT aprovou a Convenção C10, intitulada *Minimum Age (Agriculture) Convention*. O documento expõe as diretrizes da organização em relação às crianças que trabalhavam no campo, estabelecendo que tal trabalho não poderia ser obstáculo à frequência escolar dos menores de 14 anos. Essa

convenção representa um marco inicial importante no tratamento da matéria, buscando assegurar e proteger o acesso ao direito à educação das crianças (MUEDINI, 2015, p. 25; OIT, 1921).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, por sua vez, elevou a educação a um direito humano no plano mundial. Em seu art. 26, dentre outras disposições, se prevê que a educação “será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais”, que a “instrução elementar será obrigatória” e que os pais terão “prioridade de direito na escolha do gênero de instrução que será ministrada a seus filhos” (ONU, 1948).

A efetivação deste direito, assim como a de qualquer outro direito fundamental, se deu de forma assimétrica ao redor do mundo. No entanto, esta efetivação, conforme afirma Muedini (2015, p. 9), não é apenas um compromisso legal, moral e ético assumido pelos Estados, como também um mecanismo capaz de elevar os níveis socioeconômicos e de desenvolvimento humano de um país. Neste sentido, merece destaque também o pensamento de Göttems (2012, p. 46), ao afirmar:

Pensar a educação em um estado constitucional é pensar em possibilidades de crescimento do ser humano. Não se trata, meramente, de garantir que o educando frequente os bancos escolares. É preciso lhe propiciar o acesso aos meios necessários para sua evolução pessoal e, conseqüentemente, social, sendo a educação responsável por fornecer elementos para a construção do pensamento humano, do senso crítico, da sociabilidade, da ética e de outros valores.

1.2 O direito social à educação no cenário constitucional brasileiro

Reconhecendo o papel central da educação em um Estado constitucional de direito, portanto, o art. 6º da nossa Constituição Federal traz expressamente a educação como um dos direitos sociais fundamentais. Este direito tem uma regulamentação mais pormenorizada nos arts. 205 a 214, sendo que os arts. 205 a 208 trazem normas que integram a essência do direito fundamental à educação e os arts. 209 a 214 trazem normas de caráter organizacional ou procedimental (SARLET, 2018, p. 348).

Assim, é possível afirmar que a Constituição Federal de 1988 trata da matéria de forma mais assertiva e programática do que as cartas que a precederam. A Constituição de 1824 trazia uma vaga ideia de educação gratuita, mas nada dispunha sobre a efetivação deste direito. A Constituição de 1891 silenciou completamente sobre o tema. Houve progresso nas Constituições de 1934 e 1946, mas as Constituições de 1937 e 1967/9, por sua vez, retrocederam na garantia da educação gratuita. No entanto, com o advento da nossa atual

Carta Maior, encontra-se uma ordem constitucional educacional bem definida, posteriormente complementada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, podendo se falar inclusive em um Direito Constitucional Educacional (HORTA, 2010, p. 217-218).

Na condição de direito social, o direito à educação tem uma natureza bipartite, se manifestando tanto como direito público subjetivo (conforme previsto no art. 205 da Constituição) quanto, consequentemente, como um dever do Estado, que deve fornecê-la de modo gratuito. No caso da educação básica, que compreende o Ensino Fundamental e, partir da Emenda Constitucional nº 59/2009, o Ensino Médio, esta garantia é universal, conforme dispõe o art. 208, inciso I da Constituição (CONCEIÇÃO, 2016, p. 652-653).

Göettems (2012, p. 50-51) também ressalta o caráter da educação enquanto direito público subjetivo e direito social fundamental, afirmando que não se trata de uma norma meramente programática, por força do art. 208, §1º da Constituição. Assim, caso seja violado ou negado, pode ser requerido judicialmente. Considera que a educação se vincula à ideia de dignidade da pessoa humana e de cidadania, além de ser um requisito essencial para a consecução dos objetivos fundamentais previstos no art. 3º da Lei Maior, como a redução das desigualdades. Destaca ainda a que a Constituição garante um direito à educação em si, e não meramente um direito de acesso à educação. Neste sentido, complementa-se com a afirmação de Scaff e Pinto (2016, p. 438):

É importante destacar ainda que o direito fundamental social à educação não se refere apenas ao direito fundamental do cidadão a estar matriculado em um estabelecimento de ensino ou mesmo ao direito da coletividade a uma política pública que se restrinja à dimensão do acesso à educação. Como destaca Tavares (2010, p. 781), “o dever estatal quanto ao direito fundamental à educação está longe de se esgotar no mero oferecimento de acesso”. Com efeito, a Constituição Federal de 1988 em nenhum momento limitou a abrangência do direito fundamental à educação ao seu acesso, como é comumente entendido por estudiosos da temática e por juízes e tribunais. Sabe-se que o mero acesso à vaga em uma instituição de ensino não é suficiente para garantir em plenitude a dignidade do ser humano, bem como o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, nos moldes expostos no artigo 205 do texto constitucional. É essencial que se garanta, entre outros aspectos, a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, a valorização dos profissionais da educação escolar e a garantia de padrão de qualidade (artigo 206, incisos I, V e VII), compreendidos como integrantes da própria ideia de fundamentalidade do direito à educação.

O art. 206, para além de mandamentos relativos ao acesso e qualidade da educação, também traz em seus incisos II e III² princípios sobre a liberdade de ensino. Assim, Tavares

2 “Art. 206 CF. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:

[...]

II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;

(2008, p. 778) afirma que, para além do direito prestacional à educação, há um direito de liberdade, que se materializa tanto na liberdade de cátedra quanto na liberdade de escolha de pais e responsáveis quanto à orientação educacional, que pode se realizar tanto nas escolas públicas estatais quanto em instituições privadas de ensino (autorizadas pelo art. 209 da Constituição). Esta liberdade também deve implicar em uma pluralidade de conteúdos a serem ministrados, apresentado aos alunos visões de mundo diversas.

Traçadas estas considerações gerais sobre a evolução da escolarização universal e do direito social à educação, é necessário tratar especificamente e em maior detalhe do tema deste artigo, qual seja, o fenômeno do *homeschooling* ou educação domiciliar, conceituando e entendendo este instituto.

2 *Homeschooling* – definição, contexto histórico e debate pedagógico

Na definição de Cury (2019, p. 2), o *homeschooling* (ou educação domiciliar) trata-se de “um movimento por meio do qual pais de família, alegando insatisfação com a educação escolar ofertada nos estabelecimentos públicos ou privados, pleiteiam transmissão dos conhecimentos a ser dada em casa”. Ressalta que este movimento tem se organizado no Brasil em anos recentes, com proposição de leis e com um forte ativismo perante os tribunais. Segundo o autor citado, os aderentes da causa justificam a escolha por esta modalidade de ensino por uma alegada falta de qualidade na educação escolar, pela violência nos estabelecimentos de ensino e com base na liberdade de ensino, de acordo com seus pressupostos morais e religiosos. A fundamentação legal para suas pretensões advém dos tratados internacionais (e aí se remete ao já mencionado art. 26 da Declaração dos Direitos Humanos) e da previsão do art. 205 da Constituição Federal da participação da família no processo educativo.

É importante entender, conforme afirma Bartholet (2020, p. 8-9) que o *homeschooling* é, para além de uma modalidade de educação, um movimento político com origens nos Estados Unidos da América. Inicialmente, tratava-se de uma proposta progressista de questionamento da educação tradicional; posteriormente passou a ser um movimento de caráter conservador e religioso, posição hoje majoritária entre os proponentes estadunidenses do instituto. Ademais, a autora citada diferencia o *homeschooling* como movimento político

da educação domiciliar realizada anteriormente à implementação da escolarização universal pública e da criação de escolas privadas de ensino básico em seu país.

Também tratando das origens do *homeschooling*, Kunzman (2009, p. 3-4) afirma que o movimento ganhou ênfase nos EUA a partir da década de 1960. Inicialmente, a ideia era defendida por pensadores ligados a escolas pedagógicas progressistas, como Ivan Ilich, A.S. Neill e John Holt, que se insurgiam contra o modelo tradicional de escola, em prol de uma educação que buscava ter a criança como o centro da aprendizagem. A partir dos anos 1980, no entanto, a maioria dos proponentes do *homeschooling* passa a ser ligada à doutrina do *Moral Majority*, identificada como um pensamento político eminentemente cristão e conservador ligado ao Partido Republicano, e que defende o ensino domiciliar como uma reação ao ensino secular estatal.

O *homeschooling* permite uma completa “customização” do ensino por parte de pais e responsáveis, à medida que podem escolher o que, quando e como seus tutelados aprenderão. Conforme Reich (2002, p. 56), esta liberdade também implica em um certo caráter antidemocrático, à medida que há um isolamento das crianças e adolescentes e uma ausência de exposição ao pluralismo de ideias.

Os defensores do *homeschooling* no Brasil afirmam que a educação domiciliar era comum no Brasil no século XIX, em que as famílias mais abastadas educavam seus filhos por meio de preceptores, no âmbito do lar (CARDOSO, 2016, p. 79). Esta fundamentação é falaciosa, à medida que não se adotava tal prática como uma reação deliberada ao ensino escolar, mas sim em razão da ausência de instituições de ensino. Nesse sentido, afirma Cury (2006, p. 679):

[...] essa continuidade de uma defesa do governo da casa não deixa de revelar também histórica negligência das nossas elites para com o acesso de todos a uma escolarização institucionalizada, dada a ausência de uma rede escolar pública e sistemática durante muito tempo. O surgimento de um sistema oficial de ensino e de uma rede pública de ensino das primeiras letras para todos será muito tardio. Como dizem Mendonça e Vasconcelos (2005, p. 21): “Romper com esse monopólio e isolamento das famílias em relação à formação de seus filhos é uma tarefa que vai exigir do Estado fundamentação e demonstração de legitimidade na condução de tal pleito”.

O debate acerca da educação domiciliar não pode ser visto de forma isolada, como uma mera questão pedagógica, mas sim como um diálogo inserido em um contexto de discussão do papel do Estado na vida dos cidadãos. Destaca-se aqui a correlação entre a defesa do *homeschooling* e as ideologias políticas de Estado mínimo trazidas por pensadores da chamada Escola Austríaca. Para Mises, a educação compulsória representaria uma violação

ao direito à autodeterminação, considerando que pode ser utilizada como ferramenta do Estado para a perseguição de grupos minoritários. Seu discípulo Rothbard, por sua vez, propunha a completa exclusão do poder público da prestação e até mesmo da regulamentação da educação, advogando por uma liberdade quase irrestrita dos pais em educar seus filhos. As propostas destes pensadores, ademais, se distanciam de outros pensadores liberais como Hayek e Friedman, que, embora simpáticos a uma menor intervenção estatal na educação e ao sistema de *vouchers* para escolas privadas, admitiam um papel centralizador e regulamentador do Estado no processo educativo (OLIVEIRA; BARBOSA, 2017, p. 199-200; 206-207).

Em uma posição favorável ao instituto do *homeschooling* em nosso país, destacam-se as considerações de Andrade (2017, p. 188-190), que entende que o Estado não pode presumir a incapacidade dos pais para a realização da educação domiciliar, e sequer considera necessária a exigência de formação acadêmica para habilitá-los a ministrar as lições no lar. Afirma que o papel do Estado deve ser meramente secundário e de natureza fiscalizatória. Considera possível que os pais adotantes por esta modalidade de ensino utilizem os estabelecimentos escolares como ferramentas de apoio, sem, no entanto, vincular os seus filhos à frequência escolar. Defende ainda a realização de avaliações anuais organizadas pelo Estado para o acompanhamento da aprendizagem. Caso estas avaliações tenham resultados insatisfatórios, podem ensejar a perda do direito dos pais em continuar com o *homeschooling* e consequentemente obrigá-los a efetuar matrículas escolares para seus filhos.

Apontando em um sentido mais crítico, Barbosa (2016, p. 165-166) afirma tratar-se de tema extremamente intrincado. Por um lado, concorda com algumas das críticas dos proponentes do *homeschooling* ao sistema escolar tradicional e entende que é possível a realização de um ensino de qualidade no lar, o que representaria em uma ampliação do direito à educação. No entanto, também manifesta preocupação com a possibilidade de reversão dos progressos sociais, econômicos e culturais alcançados no Brasil pela compulsoriedade da educação escolar. Embora os proponentes desta modalidade de ensino entendam a sua proibição como uma restrição à liberdade, a escolarização compulsória também pode ser vista como ampliadora da liberdade de crianças e adolescentes, ao contribuir, por exemplo, para a redução do trabalho infantil. A autora citada considera que o debate sobre o *homeschooling*, antes de ser jurídico, é de política educacional. Sua eventual implementação no Brasil deveria vir acompanhada de uma reforma no sistema educacional, garantindo mais recursos para possibilitar a garantia e a supervisão no efetivo cumprimento do direito à educação das crianças e adolescentes sujeitas a este modelo de ensino.

Tratando do contexto do *homeschooling* nos Estados Unidos da América, Bartholet (2020, p. 57) considera que o debate em torno da questão é essencialmente entre direitos de adultos e direitos de crianças, e que a educação domiciliar permite que aqueles efetivamente isolem estas da sociedade. Os proponentes do *homeschooling* baseiam-se em uma ideia de autonomia dos adultos em escolher a educação de seus tutelados; a autora citada, no entanto, entende deve prevalecer o direito de autonomia das crianças em relação ao seu futuro, pois as escolas garantem o acesso a pontos de vista divergentes, além de uma maior possibilidade de exercerem sua liberdade religiosa no futuro (lembrando que os proponentes do *homeschooling* muitas vezes alegam razões religiosas).

Em uma visão similar, Reich (2016, p. 137-138) afirma que a proteção da liberdade do indivíduo é a força motriz de uma democracia liberal, protegendo as escolhas de cada um e respeitando a diversidade social de crenças, bem como o pluralismo de valores. A liberdade das crianças, embora mais restrita que a dos adultos, também deve ser respeitada, para que se tornem indivíduos autônomos ao atingirem a idade adulta. O autor defende que os pais devem aceitar os “riscos” trazidos pela escola, pois não são titulares de um direito absoluto de escolha sobre qual tipo de pessoa seu filho será ao crescer. É necessário, portanto, que a educação promova a futura liberdade e autonomia de crianças e adolescentes, e que estes sejam expostos a diferentes ideias e valores. Assim, a intervenção estatal, por meio da regulamentação ou proibição do *homeschooling* contribuiria para o desenvolvimento das crianças, a fim de se tornarem adultos livres no futuro.

No entanto, para os propósitos deste artigo, é necessário discutir, para além dos aspectos educacionais, pedagógicos e políticos acima discutidos, se é juridicamente possível a implementação de um modelo de *homeschooling* no Brasil, a partir da previsão do direito social à educação na Constituição Federal de 1988 e da aplicação da teoria dos direitos fundamentais.

3 A (in)constitucionalidade do *homeschooling* no Brasil

Diante das controvérsias suscitadas pela prática do *homeschooling* e devido ao já mencionado ativismo engendrado perante os tribunais pelos seus proponentes, a matéria já foi objeto de discussão nas cortes constitucionais de diversos países. Neste tópico, busca-se expor alguns destes debates constitucionais, com ênfase na discussão travada em nosso Supremo Tribunal Federal e, posteriormente, realizar uma argumentação à luz da Constituição Federal de 1988.

3.1 O *homeschooling* nas Cortes Constitucionais

Destacam-se aqui, a título exemplificativo, duas decisões jurisprudenciais estrangeiras acerca do tema, trazidas em Boletim de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A primeira, do Tribunal Constitucional da Alemanha, determinou que, em prol do desenvolvimento físico e psicológico dos menores, o *homeschooling* seria inconstitucional, em especial devido à necessidade de estabelecer contato com ideias divergentes e a um interesse social em evitar o surgimento de “sociedades paralelas” pautadas em valores religiosos ou políticos específicos (STF, 2018a, p. 12). A Corte Constitucional Belga, por sua vez, entendeu ser lícita esta modalidade de ensino, mas asseverou que deve haver uma constante supervisão estatal para garantir a qualidade da educação, inclusive com a realização de avaliações compulsórias de desempenho (STF, 2018a, p. 16).

Em relação à decisão do Tribunal Constitucional Alemão acima mencionada, destaca-se que foi objeto de recurso perante a Corte de Direitos Humanos da União Europeia, sob a alegação de que violaria os direitos fundamentais em relação à paternidade e aos direitos religiosos. No entanto, a Corte manteve a decisão original, reconhecendo tanto o papel do Estado em educar crianças e adolescentes quanto os direitos dos pais em educar seus filhos de acordo com os seus valores, de maneira complementar (e não substitutiva) à educação escolar (BARTHOLET, 2020, p. 63-64).

No contexto brasileiro, é essencial trazer a ementa do acórdão do já mencionado Recurso Extraordinário nº 888.815³, julgado pelo Supremo Tribunal Federal em 2018.

3 Ementa: CONSTITUCIONAL. EDUCAÇÃO. DIREITO FUNDAMENTAL RELACIONADO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E À EFETIVIDADE DA CIDADANIA. DEVER SOLIDÁRIO DO ESTADO E DA FAMÍLIA NA PRESTAÇÃO DO ENSINO FUNDAMENTAL. NECESSIDADE DE LEI FORMAL, EDITADA PELO CONGRESSO NACIONAL, PARA REGULAMENTAR O ENSINO DOMICILIAR. RECURSO DESPROVIDO.

1. A educação é um direito fundamental relacionado à dignidade da pessoa humana e à própria cidadania, pois exerce dupla função: de um lado, qualifica a comunidade como um todo, tornando-a esclarecida, politizada, desenvolvida (CIDADANIA); de outro, dignifica o indivíduo, verdadeiro titular desse direito subjetivo fundamental (DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA). No caso da educação básica obrigatória (CF, art. 208, I), os titulares desse direito indisponível à educação são as crianças e adolescentes em idade escolar.

2. É dever da família, sociedade e Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, a educação. A Constituição Federal consagrou o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes com a dupla finalidade de defesa integral dos direitos das crianças e dos adolescentes e sua formação em cidadania, para que o Brasil possa vencer o grande desafio de uma educação melhor para as novas gerações, imprescindível para os países que se querem ver desenvolvidos.

3. A Constituição Federal não veda de forma absoluta o ensino domiciliar, mas proíbe qualquer de suas espécies que não respeite o dever de solidariedade entre a família e o Estado como núcleo principal à formação educacional das crianças, jovens e adolescentes. São inconstitucionais, portanto, as espécies de *unschooling*

O ministro-relator Luís Roberto trouxe em seu voto o entendimento de que o *homeschooling* é compatível com a Constituição Federal e que poderia ser adotado desde já. Estabeleceu algumas regulamentações provisórias para a prática, a serem aplicadas até a edição de legislação que regulamente o tema, como o registro dos alunos em *homeschooling* nas secretarias municipais de educação e previsão de avaliações periódicas dos optantes por esta modalidade. Caso os alunos em *homeschooling* viessem a apresentar deficiências de aprendizagem constatadas nas referidas avaliações, o ministro deliberou que os órgãos públicos responsáveis pelo acompanhamento deveriam determinar a sua matrícula (ou rematrícula) na rede regular de ensino (STF, 2018b, p. 54-55).

O voto do ministro Alexandre de Moraes também entendeu pela constitucionalidade do *homeschooling*. Afirmou que a análise conjunta dos arts. 206, 206 e 208 (que tratam do direito à educação) e dos arts. 226, 227 e 229 (que trazem os direitos das crianças e adolescentes e os direitos e deveres da família) demonstra que a Constituição não prevê a modalidade, mas também não a proíbe expressamente. Considera que a previsão da solidariedade entre Estado e família em providenciar a educação de crianças e adolescentes autorizaria esta modalidade de ensino. Defendeu a constitucionalidade de um *homeschooling* “utilitarista”, que poderia ser autorizado em circunstâncias específicas, como opção religiosa dos pais ou ocorrência de violência ou *bullying* no ambiente escolar. O *homeschooling* estaria vinculado às bases curriculares e à fiscalização estabelecidas pelos órgãos estatais de educação (STF, 2018b, p. 65-70).

No entanto, o referido ministro abriu uma divergência ao voto do relator, ao defender o desprovimento do recurso. Apesar de entender pela constitucionalidade do referido *homeschooling* utilitarista, afirmou não haver um direito subjetivo à educação domiciliar, devido à ausência de regulamentação legal, que deveria ser realizada pelo Congresso Nacional, respeitando todos os mandamentos constitucionais a respeito da educação. Dentre estes mandamentos, ressalta o do art. 208, §3º, entendendo que eventual regulamentação deveria prever uma forma de controle de frequência, a fim de evitar o problema da evasão

radical (desescolarização radical), *unschooling* moderado (desescolarização moderada) e *homeschooling* puro, em qualquer de suas variações.

4. O ensino domiciliar não é um direito público subjetivo do aluno ou de sua família, porém não é vedada constitucionalmente sua criação por meio de lei federal, editada pelo Congresso Nacional, na modalidade “utilitarista” ou “por conveniência circunstancial”, desde que se cumpra a obrigatoriedade, de 4 a 17 anos, e se respeite o dever solidário Família/Estado, o núcleo básico de matérias acadêmicas, a supervisão avaliação e fiscalização pelo Poder Público; bem como as demais previsões impostas diretamente pelo texto constitucional, inclusive no tocante às finalidades e objetivos do ensino; em especial, evitar a evasão escolar e garantir a socialização do indivíduo, por meio de ampla convivência familiar e comunitária (CF, art. 227).

5. Recurso extraordinário desprovido, com a fixação da seguinte tese (TEMA 822): “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira”.

escolar e de se impedir o retrocesso social em matéria de educação. Assim, a partir de seu voto, firmou-se o Tema 822 do STF, que afirma: “Não existe direito público subjetivo do aluno ou de sua família ao ensino domiciliar, inexistente na legislação brasileira” (STF, 2018b, p. 71-75).

A maioria dos demais ministros acompanhou esta divergência, inclusive no que diz respeito à constitucionalidade do *homeschooling*. No entanto, um dissenso minoritário foi levantado pelos ministros Luís Fux e Ricardo Lewandowski, que entenderam pela inconstitucionalidade expressa do instituto. O ministro Fux sintetizou da seguinte forma as causas de inconstitucionalidade:

(i) a literalidade da Constituição e a capacidade institucional expressa no arcabouço normativo vigente; (ii) o princípio do melhor interesse da criança, a função socializadora da escola e o direito ao pertencimento (dimensão individual da educação questão); e (iii) o princípio do pluralismo ideológico, religioso e moral e os deveres de tolerância e de inclusão (dimensão social e política da educação) (STF, 2018b, p. 107).

O ministro Lewandowski decidiu de forma semelhante, merecendo destaque o seguinte trecho de seu voto (STF, 2018b, p. 138):

[...] afigura-se, a meu ver, que o desígnio dos legítimos representantes do povo brasileiro foi o de promover a integração de todos os cidadãos mediante a educação. Na situação sob exame, não vejo razão nenhuma que justifique eventual ação contramajoritária desta Corte, por não haver direitos ou valores de minorias injustamente ofendidos ou aviltados. Bem por isso, considero que, em casos como este, emerge o dever de autocontenção do Supremo, em respeito à vontade soberana do povo, manifestada na Constituinte de 1988.

A visão exposta no presente artigo destoa do entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal e vai ao encontro da argumentação presente nos votos minoritários dos ministros Fux e Lewandowski, conforme se desenvolverá em maior detalhamento no item a seguir.

3.2 A incompatibilidade do *homeschooling* com a Constituição Federal de 1988

Entende-se aqui que a atual ordem constitucional e legal brasileira acerca da educação, em uma análise *prima facie*, veta de forma implícita a educação domiciliar.

É possível extrair tanto da Constituição, de forma implícita (art. 208, §3º⁴) quanto da legislação infraconstitucional, de forma mais explícita, como no art. 55 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵ e no art. 6º da Lei de Diretrizes e Bases⁶, um verdadeiro dever fundamental de pais e responsáveis em matricular crianças e adolescentes em escolas, conexo ao direito à educação. Ou seja, há um dever não apenas do Estado em fornecer a educação mediante o oferecimento de vagas nas escolas, mas também um dever dos pais e responsáveis em assegurar que seus tutelados tenham acesso a este direito (ROSETTO; VERONESE, 2017, p. 92-93; SARLET, 2018, p. 236). Neste sentido, afirma Cury (2019, p. 4):

A Constituição de 1988 não traz uma proibição explícita da “educação no lar”. Já se tornou clássico o princípio de que, no âmbito da administração própria dos poderes públicos, é lícito fazer o que está autorizado pela lei. Já no circuito da administração privada, é permitido tudo o que a lei não proíbe. Ora, a educação escolar no terreno do privado goza de liberdade nos termos da lei, o que, no caso, implica a autorização de funcionamento e o respeito à legislação educacional.

Se a Constituição não proíbe “a educação no lar”, ela determina no §3º do art. 208 que é dever do Estado “zelar junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”. Ora, zelar é tomar conta de algo com todo o cuidado, tomando medidas cabíveis para que algo venha a se realizar ou a se evitar. E, por sua vez, frequência supõe um ato de comparecimento em um determinado lugar, podendo inclusive ser medida pelo número de vez desta presença, como no caso das 4 horas diárias e dos 200 dias, como reza a lei das diretrizes e bases. Não por outra razão que o Plano Nacional de Educação, Lei n. 13.005 de 2014, prevê, nas metas e estratégias relativas à Pré-escola, ao Ensino Fundamental e ao Ensino Médio, a universalização dessas etapas para os educandos de quatro a dezessete anos.

No entanto, os pais e responsáveis que adotam a perspectiva do *homeschooling* rejeitam este dever imposto pela Constituição e pela lei. O debate em torno desta modalidade de ensino propõe uma rediscussão do papel do Estado e dos particulares em relação ao direito à educação. Os defensores do instituto rejeitam o dever de pais e responsáveis em matricular seus tutelados em escolas, adotando visões que Cury (2017, p. 115) identifica como jusnaturalistas: ora propondo a família como uma entidade superior ao Estado, não sujeita às regras de direito positivo acima mencionadas; ora propondo uma liberdade de ensino mais ampla, para além das hipóteses positivadas na Constituição (escolas públicas e privadas), com a permissão da educação realizada no âmbito do lar.

Complementarmente, é interessante trazer citação de Barbosa (2016, p. 156) sobre as justificativas legais utilizadas pelos proponentes do instituto:

4 Art. 208 § 3º CF: “Compete ao Poder Público recensear os educandos no ensino fundamental, fazer-lhes a chamada e zelar, junto aos pais ou responsáveis, pela frequência à escola”.

5 Art. 55 ECA: “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”.

6 Art. 6º LDB: “É dever dos pais ou responsáveis efetuar a matrícula das crianças na educação básica a partir dos 4 (quatro) anos de idade”.

No entanto, ainda que haja clareza, do ponto de vista legal, quanto à obrigatoriedade da matrícula em escolas, surgem questionamentos sobre as possíveis lacunas legislativas a favor do *homeschooling*. Dessa maneira, é possível verificar que os favoráveis ao ensino em casa no Brasil baseiam-se na CF/88 para defender, entre outros, que: o dever do Estado, no campo educacional, é supletivo e subsidiário ao dever da família; o art. 229 (que expressa o dever dos pais de assistir, criar e educar os filhos menores), bem como os artigos 205 e 206, concedem à família a garantia do direito fundamental, que lhe pertence, de escolher, livre e prioritariamente, o tipo de educação que deseja dar a seus filhos, visando aos fins proclamados na constituição.

Resulta que é indiscutível estarmos em uma situação em que há um aparente conflito entre princípios de direito fundamental: por um lado o direito à educação e o princípio do melhor interesse do menor; de outra banda, a liberdade de pais e responsáveis de optar pelo sistema educacional que julgam mais adequados para as crianças e adolescentes. Assim, é importante trazer à baila as ideias de ponderação e sopesamento trazidas nas obras de Dworkin e Alexy, a fim de determinar quais destes princípios terão precedência.

Para Alexy (2015, p. 93-94), quando estamos diante de uma colisão entre princípios, esta ocorrerá não somente na dimensão da validade, mas também na dimensão de seu peso. É necessário realizar um sopesamento no caso concreto, e um princípio cederá em relação ao outro. Isto não significa que haverá invalidade ou cláusula de exceção ao princípio cedente. Ideia similar está presente na obra de Dworkin (2002, p. 42-44). Na sua distinção entre normas e princípios, entende que, na colisão entre princípios, ao contrário da entre normas, um deles cederá, por meio de uma ponderação, mas ambos seguirão válidos.

Tendo em vista esta colisão, entende-se que neste embate principiológico deve ser defendida a supremacia do melhor interesse do menor sobre a liberdade dos pais (que não resta fulminada em absoluto, pois podem optar pela escola que julgarem mais adequada, além de realizar atividades educacionais complementares no âmbito do lar).

Reich (2016, p. 136) afirma ainda que a educação estatal (ou ao menos aquela diretamente regulamentada pelo Estado) tem a obrigação mínima de promover uma educação cívica, que ensine assuntos essenciais, como o funcionamento das estruturas do governo e os direitos básicos de cada pessoa, a partir da ideia de que “não se nasce cidadão”, mas sim “torna-se um cidadão”. Complementarmente, Cury (2019, p. 6) afirma que com o *homeschooling* corre-se “o risco de, perigosamente, escorregar para um isolamento, um fechamento para o outro, dentro da família, reduzindo o campo de compartilhamento convivial e de transmissores não licenciados”.

Trazendo estas ideias para o contexto brasileiro, não se olvida que o art. 205 da Constituição Federal, que traz os fundamentos do direito à educação, determina que ela deve visar ao “preparo para o exercício da cidadania”. Entende-se aqui, portanto, que a permissão do *homeschooling* violaria diretamente a previsão constitucional, reconhecendo-se a incapacidade desta modalidade de ensino em prover a educação cidadã exigida pela Carta Maior.

Por fim, não se olvida que a Constituição não traz apenas normas com natureza de princípios em termos de direito à educação, mas também regras. E acerca da colisão de princípios e regras, merece destaque o posicionamento de Alexy (2015, p. 140):

[...] do ponto de vista da vinculação à Constituição, há uma primazia do nível das regras. Ainda que o nível dos princípios também seja o resultado de um ato de positivação, ou seja, de uma decisão, a decisão a favor de princípios passíveis de entrar em colisão deixa muitas questões em aberto, pois um grupo de princípios pode acomodar as mais variadas decisões sobre relações de preferência e é, por isso, compatível com regras bastante distintas. Assim, quando se fixam determinações no nível das regras, é possível afirmar que se decidiu mais que a decisão a favor de certos princípios. Mas a vinculação à Constituição significa uma submissão a todas as decisões do legislador constituinte. É por isso que as determinações estabelecidas no nível das regras têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.

Assim, devemos também ponderar os já mencionados princípios de liberdade do art. 206, inciso II e III da Constituição Federal, utilizados como argumento a favor do *homeschooling* com as regras cogentes da Constituição Federal em termos de educação, como a responsabilidade de pais e responsáveis em garantir a frequência à escola previsto no art. 208, §3º e o “cumprimento das normas gerais da educação nacional”, obrigatório à educação privada por força do art. 209, inciso I. Neste sentido, o ministro Fux deliberou em seu voto quando do julgamento do RE 888.815:

O arcabouço normativo construído pelo constituinte originário, pelo legislador e pelo administrador alinha-se harmoniosamente para a obrigatoriedade de as crianças em idade escolar estarem matriculadas na rede regular de ensino e frequentarem as aulas. Isso demonstra que o ensino domiciliar é, não apenas inconstitucional, mas também incompatível com o nosso ordenamento jurídico. Entendimento diverso desvirtuaria a capacidade institucional da comunidade de especialistas em pedagogia, psicologia e educação, responsável pelo desenho de políticas públicas no setor (STF, 2018b, p. 110).

O que se conclui, em suma, é que a da Constituição traz regras de direito material que impossibilitam a alteração da legislação a fim de permitir a prática do *homeschooling*. A educação escolar foi o método escolhido pelo constituinte como a maneira de efetivar o direito fundamental e social à educação, e qualquer alteração a esta obrigatoriedade

necessitaria ocorrer por meio de Emenda Constitucional. Desta forma, qualquer lei, seja ela federal, municipal ou estadual, que venha a permitir a referida prática, deve ser reputada inconstitucional.

Considerações finais

Embora a importância da educação tenha sido ressaltada por pensadores desde o período da Antiguidade, é com o advento do Estado moderno e do Estado democrático de direito que passa a se consolidar como um direito. A escolarização universal ganha destaque em seu papel de formar trabalhadores capacitados e cidadãos capazes de se inserir no processo democrático. Esta importância dada à educação se verifica tanto no âmbito do direito público internacional, ocupando papel de destaque em tratados e declarações; quanto no âmbito interno dos países, que passaram a consagrá-la como um direito universal em suas Constituições. No Brasil, encontra-se de forma incipiente desde nossa primeira Carta Maior, mas é na atual Constituição que ganha maior importância, elevada à categoria de direito fundamental social, além de ter uma regulamentação mais sólida e específica, posteriormente complementada pela legislação infraconstitucional.

Observa-se que o *homeschooling* é um movimento cujas origens remontam a meados do século passado, nos Estados Unidos da América. É importante entendê-lo não apenas como uma modalidade de ensino ministrada no lar, mas como um movimento político que traz uma reação deliberada à ideia de escolarização universal. Os proponentes deste instituto rejeitam o papel do Estado enquanto realizador ou regulamentador do processo educacional, advogando por vezes teses defensoras de um Estado mínimo. Embora o movimento originalmente estivesse ligado a pensamentos anarquistas ou progressistas de crítica à escola, atualmente observa-se uma preponderância de posicionamentos religiosos e/ou politicamente conservadores como justificadores do *homeschooling*.

Quanto à constitucionalidade do *homeschooling*, diante da análise sistemática do direito social à educação dentro da teoria dos direitos fundamentais, a conclusão a que se busca chegar é de que o instituto é inconstitucional. Questiona-se a atual posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, que, embora negue a educação domiciliar como um direito subjetivo exigível, defende a sua constitucionalidade, afirmando ser possível sua regulamentação legislativa. Considera-se forte a possibilidade de retrocesso de conquistas sociais alcançadas pela escolarização obrigatória caso o *homeschooling* venha a ser permitido. Ademais, a partir do contraste entre o melhor interesse do menor e a liberdade dos pais e

responsáveis em escolher o meio de educação de sua preferência, entende-se pela prevalência daquele. Entende-se ainda que a Constituição Federal de 1988 traz regras que explicitam que a concretização do direito à educação se dá por meio da escolarização, não sendo possível derrogar estas regras por mera ponderação.

Por fim, reconhece-se a imensa complexidade do debate, sendo impossível emitir pareceres condenando ou defendendo o instituto em análise de forma acrítica. A perspectiva aqui não pretende ser uma resposta definitiva, mas sim a apresentação de um contraponto jurídico às defesas da educação domiciliar, buscando demonstrar sua incompatibilidade com a nossa Constituição. Assim, rejeita-se a possibilidade de qualquer lei, seja ela federal, municipal ou estadual, que venha a possibilitar a educação domiciliar, que somente poderia ser inserida em nosso ordenamento jurídico por meio de Emenda Constitucional, hipótese que foge ao escopo do presente artigo.

Referências

ABRAMOVICH, Victor. **Linhas de trabalho em direitos econômicos, sociais e culturais: instrumentos e aliados**. In: Sur - Revista Internacional de Direitos Humanos, Ano 2, nº 2, 2005.

ANDRADE, Édison Prado de. **Educação domiciliar: encontrando o Direito**. In: Pro-Posições, vol.28, n.2, pp.172-192, 2017.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **Homeschooling no Brasil: Ampliação do direito à educação ou via de privatização?** In: Educação e Sociedade, vol.37, n.134, pp.153-168, 2016.

BARROSO FILHO, Gilberto. **Universalização da escola pública: do "Para Quê?" ao "Quanto?"**. In: Revista Contexto e Educação. Ijuí: Editora UNIJUÍ. Ano 15, nº 59 Jul./Set., 2000.

BARTHOLET, Elizabeth. **Homeschooling: Parent Rights Absolutism vs. Child Rights to Education & Protection**. In: 62 Arizona Law Review 1, 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

_____. **Lei no. 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 13 de julho de

1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 18 jul. 2020.

_____. **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional.** Diário Oficial da União, Brasília, 20 de dezembro de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em 18 jul. 2020.

CONCEIÇÃO, Lourivaldo da. **Curso de direitos fundamentais.** Campina Grande: EDUEPB, 2016.

CARDOSO, Nardejane Martins. **O direito de optar pela educação domiciliar no Brasil. Dissertação** (Mestrado em Direito Constitucional) – Centro de Ciências Jurídicas, Universidade de Fortaleza, 2016.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Educação escolar e educação no lar: espaços de uma polêmica.** In: Educação e Sociedade, n.27, p.667-688, Campinas, 2006

_____. **Homeschooling: entre dois jusnaturalismos?** In: Pro-Posições. vol.28, n.2, pp.104-121, 2017.

_____. **Homeschooling ou Educação no Lar.** In: Educação em Revista, vol. 35, Belo Horizonte, 2019.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GÖTTEMS, Claudinei J. **Direito fundamental à educação.** In: Argumenta Journal Law, v. 16, n. 16, p. 43-62, 2012.

HORTA, José Luiz Borges. **Perfil e dilemas do direito à educação.** In: Revista da Faculdade de Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 56, p. 215-242, jan./jun. 2010.

KUNZMAN, Robert. **Write these laws on your children: inside the world of conservative Christian homeschooling.** Boston: Beacon Press, 2009.

MUEDINI, Fait. **Human rights and universal child primary education.** Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2015.

OIT. **Minimum Age (Agriculture) Convention,** 1921. Disponível em: <https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/fp=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:C010>. Acesso em: 14 ago. 2020.

OLIVEIRA, Romulado Luiz Portela de; BARBOSA, Luciane Muniz Ribeiro. **O neoliberalismo como um dos fundamentos da educação domiciliar.** In: Pro-Posições. 2017, vol.28, n.2, pp.193-212.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** França, 1948.

REICH, Rob. **The Civic Perils of Homeschooling**. In: Educational Leadership, v. 59, n. 7, p. 56-59, 2002.

_____. **Why Homeschooling Should Be Regulated**. In: COOPER, Bruce S.; SPIELHAGEN, Frances R.; RICCI, Carlo (Ed.). Homeschooling in new view. IAP, 2016

ROSETTO, Geralda Magella de Faria; VERONESE, Josiane Rose Petry. **Os Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente**. In: Direito da Criança e do Adolescente: novo curso – novos temas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SCAFF, Elisângela Alves da Silva; PINTO, Isabela Rahal de Rezende. **O Supremo Tribunal Federal e a garantia do direito à educação**. In: Revista Brasileira de Educação, vol.21, n.65, pp.431-454, 2016.

SCHLEGEL, Rogério. **Educação e comportamento político: os retornos políticos decrescentes da escolarização brasileira recente**. 2010. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

STF. **Boletim de jurisprudência internacional: educação domiciliar**, volume 2, março, 2018a.

STF. **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 888.815 RIO GRANDE DO SUL**, 2018b. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. DJ: 12/09/2018. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4774632>>. Acesso em: 19 jul. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Direito fundamental à educação**. In: Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 771-788, 2008.

POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO NO EMPODERAMENTO FEMININO: A COMPREENSÃO DAS RELAÇÕES DE GÊNERO

PUBLIC POLICIES ON EDUCATION IN FEMALE EMPOWERMENT: UNDERSTANDING GENDER RELATIONSHIPS

Valesca Brasil Costa¹

Vanessa Souza da Silva²

Chanauana de Azevedo Canci³

Resumo: Este trabalho tem por objetivo pesquisar a necessidade de se aprofundar a discussão da possibilidade de políticas públicas de educação como instrumentos de empoderamento da mulher, uma vez que ao terem acesso à educação as mulheres teriam maior possibilidade de inserção social. Ao que se refere à metodologia, este trabalho é um estudo qualitativo, apresentando uma análise a partir de revisão de literatura, amparada nos estudos promovidos enfatizando a luta feminina pela compreensão de gênero e igualdade social. Cabe destacar a que antes deste trabalho se dedicou a estudar especificamente a questão de políticas públicas de educação direcionada especificamente às mulheres, é preciso que se estude previamente interdisciplinarmente temas que trabalham a história das mulheres na sociedade, história da educação, direito, e a elaboração do conceito gênero. Este trabalho interdisciplinar proporcionou a base para um estudo inicialmente demonstra primeiramente um espaço fértil para ser pesquisado, bem como, demonstra que há uma necessidade de políticas públicas de educação direcionadas especificamente para o acesso de mulheres, sendo uma das opções, através de ações afirmativas. O acesso à educação pelas mulheres através de políticas públicas de educação, representa a possibilidade de empoderamento das mulheres e usar este instrumento como possibilidade de inserção social e de acessar pontos estratégicos de liderança na sociedade. Embora este trabalho esteja na primeira fase de pesquisa, ou certas considerações já emergem, mostrando a necessidade de políticas públicas de educação específicas para mulheres, essas políticas devem ser capazes de instruir, promover o debate, a crítica e a reflexão quanto à importância da consolidação do espaço da mulher na sociedade, do reconhecimento da sua influência histórica na luta, conquista e exercício de direitos de cidadania.

Palavras-chave: Política pública. Direito. Educação. Mulher.

Abstract This paper aims to research the need to deepen the discussion of the possibility of public education policies as instruments for women's empowerment, since by having access to education women would have a greater possibility of social insertion. Regarding the methodology, this work is a qualitative study, presenting an analysis based on a literature review, supported by the studies promoted emphasizing the female struggle for understanding gender and social equality. It is worth mentioning that before this work is dedicated to

¹ Docente no Ensino Superior. Doutora em Educação (UNISINOS). E-mail: valescacosta@gmail.com.

² Docente no Ensino Superior. Doutoranda em Política Social e Direitos Humanos (UCPEL). E-mail: vavasouza@hotmail.com.

³ Advogada. Doutoranda em Educação (URI). Bolsista CAPES/Brasil. E-mail: chana.canci@gmail.com.

studying specifically the issue of public education policies directed specifically at women, it is necessary to study in advance interdisciplinary themes that work the history of women in society, history of education, law, and the elaboration of the gender concept. This interdisciplinary work provided the basis for a study initially demonstrating first a fertile space to be researched, as well as demonstrating that there is a need for public education policies directed specifically at the access of women, being one of the options through affirmative actions. Access to education by women through public education policies represents the possibility of empowering women and using this instrument as a possibility for social insertion and accessing strategic points of leadership in society. Although this work is in the first research phase, or certain considerations have already emerged, showing the need for specific public education policies for women, these policies must be capable of instructing, promoting debate, criticism and reflection on the importance of consolidation. the space of women in society, the recognition of their historical influence in the struggle, conquest and exercise of citizenship rights.

Keywords: Public policy. Right. Education. Woman.

Introdução

Este estudo faz parte de um estudo sobre as questões de gênero relacionadas às políticas públicas de educação, em especial à necessidade da implementação de ações específicas para o acesso das mulheres à educação como instrumento de seu empoderamento. Para isso, promovemos uma contextualização sobre as transformações históricas e sociais que levaram à elaboração da temática sobre gênero. O objetivo deste trabalho é apresentar algumas considerações fundamentais para a compreensão das relações de gênero.

Ao que se refere à metodologia, este trabalho é um estudo é qualitativo, apresentando uma análise a partir de revisão de literatura, amparada exclusivamente nos estudos promovidos por autoras mulheres, clássicas e contemporâneas, enfatizando a luta feminina pela compreensão de gênero e igualdade social.

As mulheres estão, e sempre estiveram, presente na história da humanidade. Entretanto, assim como outros sujeitos foram empurrados pelo patriarcado para a margem da sociedade, apagando, com isso, suas memórias e vestígios na história, também fez parte desse processo o “desempoderamento” do feminino.

A presenças das mulheres como sujeitos ativos da sociedade remete à filosofia grega, que certamente possuiu outras mulheres filósofas, mas que os poucos relatos de que se tem notícia retratam “Hipátia de Alexandria”, filósofa neoplatônica grega do Egito Romano, que justamente por seu empoderamento acabou sendo executada. Sócrates não só louva com eloquência as virtudes de Hipátia, como sua erudição e popularidade na cidade, como nos proporciona também a mais precisa descrição de seu assassinato (DZIELSKA, 2009, p. 32).

Importa considerar que inclusive em um dos momentos históricos de maior destaque dentro da luta por garantia aos direitos da civilização ocidental, as mulheres estiveram presentes, reivindicando espaços que a sociedade patriarcal limitou:

Por esse motivo, alguns anos depois da publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, uma jovem intelectual, autora de peças teatrais e redatora de manifestos, que já havia provocado reações indignadas por defender a abolição da escravidão e reclamar maior proteção para os velhos, os pobres e as mulheres fez críticas veementes à discriminação das mulheres (DALLARI, 2016, p. 31).

O protagonismo de “Olympe de Gouges” ficou, assim como outras mulheres, à margem da história, sendo revisitada somente nos últimos tempos, como em sua obra intitulada “Os Direitos da Mulher e da Cidadã”, apresentada por Dallari (2016, p. 31), destacando esta figura histórica feminina:

A Declaração dos Direitos “do Homem”, segundo ela era evidentemente discriminatória, pois já a partir da denominação excluía as mulheres, negava seus direitos de cidadania e contrariava os objetivos da mobilização popular contra a desigualdade. Daí sua indignação, sua revolta e sua decisão de elaborar uma Declaração dos Direitos da Mulher. Essa mulher era justamente Olympe de Gouges.

Os estudos envolvendo a temática gênero começaram a ganhar espaço e a despertar para o fato de que as limitações e determinações biológicas não poderiam limitar o sujeito. Assim, coube à norte-americana Joan Scott (1990) articular o uso do termo “gênero”, que centrava a definição não nas determinações biológicas, mas no caráter social das diferenças entre os sexos, indicando que com o passar do tempo “[...] as feministas começaram a utilizar a palavra “gênero” mais seriamente, num sentido mais literal, como maneira de se referir à organização social da relação entre sexos” (SCOTT, 1990, p. 5).

Cabe destacar que o Brasil, desde muito cedo, contou com figuras femininas que defenderam o direito da mulher brasileira em ter acesso à educação, como Nísia Floresta, citada por Louro (2004, p. 443), em seu trabalho intitulado “Mulheres na sala de aula”:

Assim iniciava, em meados do século XIX, o Opúsculo humanitário, um dos vários escritos com que essa professora autodidata iria perturbar a sociedade brasileira. Afinal, o que pretendia essa “mulher metida a homem?”. Nísia Floresta, uma voz feminina revolucionária, denunciava a condição de submetimento que viviam as mulheres no Brasil e reivindicava sua emancipação, elegendo a educação como instrumento através do qual essa meta seria alcançada.

Não há como não considerar que a temática gênero e os estudos ganharam força e se tornaram um espaço de resistência. Destacamos o protagonismo dos estudos sobre “gênero”, tomando como referência o trabalho de Louro (2017, p. 20):

É necessário demonstrar que não são propriamente as características sexuais, mas a forma como essas características sexuais são representadas ou valorizadas, aquilo que se diz o use pensa sobre elas que vai constituir, efetivamente, o que é feminino ou masculino em dada sociedade, em um dado momento histórico.

No final dos anos 80, Louro (2008) destacou que as diferenças biológicas entre homens e mulheres existem e toma como base para o estudo a construção social e cultural das diferenças sexuais. Dessa maneira, o argumento de superioridade pela força física não deve justificar inferioridade por parte da mulher.

Com o avanço dos estudos a temática passou a ser abordada interdisciplinarmente entre Filosofia, História, Sociologia, Educação, Direito, isso porque, pela amplitude da temática é necessário que trabalhe com várias frentes, considerando que a questão de gênero está intimamente relacionada com uma construção social:

Nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna destino. Por outro lado, Simone de Beauvoir sugere, em “O segundo sexo” que “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Para Beauvoir, o gênero é “construído”, mas há um agente implicado em sua formulação, um cogito que de algum modo assume ou se aproxima desse gênero, podendo, em princípio, assumir algum outro (BUTLER, 2016, p. 29).

Durante muito tempo o estudo sobre a temática gênero buscou consolidar seu conceito, atualmente, além disto, há a necessidade de ganhar mais espaço e buscar, sobretudo, que a sociedade garanta direitos às mulheres, e nenhum instrumento é mais adequado para otimizar este objetivo do que as políticas públicas, em especial as políticas públicas de educação:

Mas política e representação são termos polêmicos. Por um lado, a representação serve como termo operacional no seio de um processo político que busca estender visibilidade e legitimidade às mulheres como sujeitos políticos. [...] O “sujeito” é uma questão crucial para a política, e particularmente para a política feminista, pois os sujeitos jurídicos são invariavelmente produzidos por via de práticas de exclusão que não “aparecem”, uma vez estabelecida a estrutura jurídica da política (BUTLER, 2016, p. 19).

As relações que se constroem nesta “rede” vão bem mais além do que uma questão de política pública de educação, estando imbricada no asseguramento às mulheres de um conjunto de direitos, em especial, o direito ao acesso à educação. Assim se percebe nitidamente que o direito faz o papel de assegurar o exercício de uma política pública de

educação, no caso em questão, em que abordamos especificamente as mulheres vítimas de violência doméstica.

O conceito gênero nem sempre se constitui de forma coerente, considerando os diferentes contextos históricos em que se insere, e também devido ao estabelecimento de interseções com modalidade raciais, classistas, étnicas, sexuais e regionais de identidades discursivamente constituídas. Para Butler (2016), é impossível separar a noção de gênero das interseções políticas e culturais nas quais, invariavelmente, ela é produzida e mantida.

1 Breves considerações sobre o acesso à educação pelas mulheres

Este capítulo tem por objetivo abordar sobre o acesso à educação pelas mulheres, requer considerar inicialmente que durante muito tempo o espaço da mulher foi fortemente limitado, e em muitos casos cerceado, e colocado à margem da sociedade, ocupando um papel secundário nas relações sociais, de maneira que a sua participação em determinados espaços na sociedade era meramente figurativo.

Assim, neste sentido, percebemos que em muitos casos a sociedade legitimou a supremacia masculina baseando-se somente nesse aspecto. Ficando evidente que este espaço de cidadã de segunda ordem se comprova através do pensamento de que diferenças biológicas e uma suposta inferioridade da mulher é o ponto de referência para a dominação masculina.

A oportunidade de mulher ter acesso ou sofrer o cerceamento à educação está intimamente relacionado com o fato da sua participação na sociedade ficar durante muito tempo limitada ao espaço privado; em contrapartida, ao homem cabia ocupar o espaço público, que, por sua vez, é o espaço dedicado à tomada das decisões sociais.

Revisitando estudo prévio e considerando uma pouco sobre pesquisa anteriormente em trabalho sobre a presença da mulher na Faculdade de Direito da cidade de Pelotas/RS, ou seja, enfocando o acesso das mulheres a educação superior, perceberemos que um dos motivos que justificaria a presença de mulheres tão tardiamente poderia estar intimamente relacionado com o “advogar”, ou seja, a exposição e a defesa daquele que advoga, sendo assim um lugar ocupado por aquele que está exposto ao espaço público, cujo acesso, durante muito tempo, foi reservado unicamente ao homem.

Assim, da mesma maneira que o curso de Direito mantém relação íntima com a elaboração de leis e com a tomada de decisões de uma sociedade, tarefa esta que mais uma vez não possibilitava a participação das mulheres.

Ainda mais do que o espaço material, é a palavra e a sua circulação que modelam a esfera pública. Na hora da Revolução, Olympe de Gouges não se engana quando declara: ‘A mulher tem o direito de subir ao cadafalso, ela também deve ter o direito de subir à tribuna’ (PERROT, 1998, p. 59).

Entretanto, a sociedade no decorrer do tempo sofre várias transformações econômicas, sociais e políticas, que acabam por fazer sentir a necessidade de mão- de -obra, e neste momento então, é chamada a participação da mulher não só em uma situação mundial global, mas também em um contexto brasileiro.

No final do século XIX, as transformações econômicas globais se refletiram no Brasil, trazendo o fim da mão de obra escrava, o avanço do capitalismo, os desenvolvimentos industriais, o crescimento da burguesia, e o processo imigratório. Esses fatos lançaram as mulheres ao mercado de trabalho e possibilitaram oportunidades de acesso à educação (COSTA, 2009, p. 25).

A entrada da mulher na atividade laboral iniciou-se pelas profissões que estivessem intimamente relacionadas com características mais dóceis e que exigiam paciência. Eram atividades profissionais ligadas à maternidade e com o ato de cuidar, como o magistério e a enfermagem, profissões que acolheram o sexo feminino.

Cabe destacar que magistério, por exemplo, foi uma das profissões em que a mulher conseguiu primeiro se inserir, entretanto, é fundamental destacar que ser professora estava limitado ao magistério primário, espaço que os homens haviam abandonado por estar vinculado a baixos salários. Esse espaço no mercado de trabalho aberto pelo magistério conduzia engessamento no que se refere à formação.

No Brasil, quando se fala sobre a história da mulher e o acesso à educação não se pode deixar de lembrar a precursora na defesa do direito das mulheres e no acesso à educação que foi a brasileira Nísia Floresta, que em 1832 lançou seu livro “Direito das mulheres e injustiça dos homens”.

Nísia Floresta, e sua pioneira e significativa obra, considera que existe igualdade de sexo entre homens e mulheres no que se refere à capacidade de as mulheres atuarem, uma vez que elas não devem ficar restritas só à esfera privada. Defendia que as mulheres são capazes também de adquirirem direitos tal qual os dos homens, de modo que as ações de homens e mulheres na sociedade devam ser julgadas com imparcialidade, e não por homens que defendem e legitimam apenas a sua atuação, como esclarece em sua obra:

Em uma palavra, se os homens fossem filósofos (tomando esta palavra em seu rigor) descobririam facilmente que a Natureza constitui perfeita igualdade entre os dois sexos. Mas como há poucos que sejam capazes de pensar tão abstrato, nenhum

direito têm mais que nós, de serem Juizes nesta matéria e por consequência, necessitamos de recorrer a um Juiz menos parcial [...] (FLORESTA, 1832, p. 30).

Desta feita, se considera que o acesso da mulher brasileira à educação foi claramente defendido por ela, em especial no livro “Opúsculo humanitário”, também com conteúdo que defende os direitos das mulheres. Assim, a autora alega que se o Brasil pretende se mostrar como país evoluído que se espelha em outras nações para buscar seus exemplos, deve também se inspirar no acesso das mulheres destas outras nações à educação.

Povos do Brasil, que vos dizeis civilizados! Governo, que vos dizeis liberal! Onde está a doação mais importante dessa civilização, desse liberalismo? Em todos os tempos, e em todas as nações do mundo, a educação da mulher foi sempre um dos mais salientes característicos da civilização dos povos (FLORESTA, 1853, p. 2).

Desta maneira é de se considerar que o direito ao acesso à educação foi uma luta difícil, o acesso a outros direitos também não foi uma conquista fácil, trabalhar fora de casa foi uma conquista que exigiu buscar ter direito a administrar seu próprio salário, que era entregue ao marido, e, conseqüentemente, vieram às lutas pelo direito ao divórcio e pelos direitos civis, como o voto feminino. É fundamental destacar que a chamada modernidade foi um momento de grande transformação no papel da mulher na sociedade e na sua trajetória por ter seus direitos de cidadã reconhecidos, embora haja discussões sobre isto prefiro acreditar que foi um período que teve um saldo positivo nas discussões sobre a figura feminina.

Assim, perante o estudo feito anteriormente aqui percebemos que falar em acesso das mulheres à educação implica em um ato de cidadania, desta maneira, não há como não considerar que adquirir direitos implica em ir além, implica em proporcionar que as mulheres tenham acesso à educação, e que para tanto se considera a necessidade de sanar uma dívida histórica com as mulheres que durante muito tempo foram cerceadas, limitadas ao acesso a educação.

É justamente este o propósito deste estudo, ou seja, mostrar como é um desafio não só no que se refere à carência de legislação sobre esta temática, como é preciso que se encare o desafio do campo da educação manter seus estudos no que se refere às temáticas sobre o acesso das mulheres à educação, culminando com políticas públicas de educação para a inclusão das mulheres na educação.

2 Políticas públicas de educação como instrumento de empoderamento feminino

O estudo da necessidade de elaboração e implementação de políticas pública de educação específicas para mulheres requer que se faça um estudo prévio e histórico sobre as condições marginalizantes em que as mulheres foram colocadas no decorrer do tempo na sociedade, e consequente o cerceamento ao seu acesso à educação, este estudo busca chamar a atenção para necessidade de políticas públicas de educação com caráter de inclusão feminina através da educação, isto porque o acesso à educação representa a oportunidade de instrução, esclarecimento, protagonismo feminino, qualificação na mão de obra, e participação ativa nas decisões de sua vida e na sociedade, ser uma mulher empoderada não é um predicado estimulado à mulheres.

É fundamental considerar que, embora tenha passado a ocupar as agendas de políticas públicas recentemente a discussão sobre os direitos das mulheres teve destaque com a francesa Olympe de Gouges, que em 1791, recente à histórica Revolução Francesa e a publicação da “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, defendia que era preciso a elaboração também da “Declaração dos Direitos da mulher”, como bem considera Dallari:

A Declaração dos Direitos do “Homem”, segundo ela era evidentemente discriminatória, pois já a partir da denominação excluía as mulheres, negava seus direitos de cidadania e contrariava os objetivos da mobilização popular contra a desigualdade. Daí sua indignação, sua revolta e sua decisão de elaborar uma Declaração dos Direitos da Mulher (DALLARI, 2016, p. 31).

Assim, este estudo se configura como necessário uma vez que o que a história faz observar é justamente que há uma intensa necessidade em Políticas Públicas de educação que atuem como instrumentos de inclusão das mulheres como protagonistas através da educação.

O Filósofo Aristóteles já destacava que ser humano é uma animal racional e político, assim destacou a importante função do Estado, e em sua obra intitulada “A Política” já observava que a “Pólis”, “cidade-Estado” tinha uma função fundamental na realização plena do homem como animal dotado de razão e como seu cidadão, destacando que aqui as mulheres não tinham a oportunidade de tal protagonismo, pois não eram consideradas como tal.

Sabemos que toda cidade é uma espécie de associação, e que toda associação se forma tendo por alvo algum bem; porque o homem só trabalha pelo que ele tem conta de um bem. Todas as sociedades, pois, se pressupõem qualquer lucro – sobretudo a mais importante delas, pois que visa a um bem maior, envolvendo todas as demais: a cidade ou sociedade política (ARISTÓTELES, 2017, p. 17).

Com o decorrer do tempo e as consequentes transformações que a noção de Estado sofreu, seu papel como provedor das necessidades do seu cidadão ganhou leituras distintas, de maneira que de um lado se colocaram os defensores de uma participação mínima do Estado como sujeito garantidor de atividades básicas como saúde, segurança e educação, minimizando sua atuação na assistência social do cidadão e se limitando a ações burocráticas, distanciando o cidadão e cidadã de seu Estado como instrumento também responsável por seu desenvolvimento pleno como membro ativo nas decisões desta sociedade como observado abaixo na consideração sobre o Estado moderno capitalista:

Na modernidade, o termo reporta-se, fundamentalmente, à atividade ou conjunto de atividades que, de uma forma ou de outra, são imputadas ao Estado moderno capitalista ou dele emanam. O conceito de política encadeou-se, assim, ao poder do Estado – ou sociedade política - em atuar, proibir, ordenar, planejar, legislar, intervir, com efeitos vinculadores a um grupo social definido e ao exercício do domínio exclusivo sobre um território e da defesa de suas fronteiras (SHIROMA; MORAES; EVANGELISTA, 2004, p. 7).

Em contrapartida, a corrente que luta pela manutenção de uma participação máxima da presença do Estado para a manutenção do acesso do cidadão à Saúde, Educação, Segurança como requisito mínimo à contrapartida dos impostos pagos e justamente manter o esforço em dar oportunidade de acesso igual à realidade distinta, é justamente neste momento que este trabalho se dedica a defender a importância das políticas públicas de educação conforme considerado:

O uso corrente do termo ‘Política’ prenuncia uma multiplicidade de significados, presentes nas múltiplas fases históricas do Ocidente. Em sua acepção clássica, deriva de um adjetivo originado de polis – politikós – e refere-se a tudo que diz respeito à cidade e por conseguinte, ao urbano, civil, público, social (SHIROMA; MORAES; EVANGELISTA, 2004, p. 8).

Este Estado com um governo garantidor de condições que propiciem à seus membros se desenvolverem com o seu total amparo ganhou força e no Brasil, teve na Constituição Federal de 1988 um instrumento que buscava justamente através de políticas sócias buscar que todos os membros deste país tivessem sem distinção a devida garantia legal de seu pleno desenvolvimento sem distinção de sexo.

Desta feita, a Constituição Federal Brasileira de 1988, é também chamada de “Constituição Cidadã”, por ser um instrumento legal elaborado buscando sobretudo chamar o Estado e a família à responsabilidade do desenvolvimento da cidadania plena e quando nos dedicamos à este estudo destacamos a importância do acesso da educação à todos os

brasileiros, de maneira a indicar a elaboração de uma lei específica a orientar a educação brasileira, a Lei de Diretrizes Bases da Educação Brasileira, Lei 9394/96, mais especificamente:

Art. 2º A educação, dever da família e do Estado, inspirada nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana, tem por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1996, p. 1).

É justamente neste momento deste trabalho que se propõe a relembrar o motivo do antes escrito, e em especial por que foi dedicado um espaço para desenvolver um estudo sobre a teoria de gênero e o acesso da mulher a educação, ou seja, se a educação desempenha um papel fundamental na inserção da mulher no espaço público (pois antes lhes era reservado apenas o espaço privado, o lar) como instrumento de competitividade.

A discriminação de gênero, fruto de uma longa tradição patriarcal que não conhece limites geográficos tampouco culturais, é do conhecimento de todos os brasileiros. Entre nós, o status de inferioridade da mulher em relação ao homem foi por muito tempo considerado como algo *qui va de soi*, normal, decorrente da própria “natureza das coisas”. A tal ponto que esta inferioridade era materializada expressamente na nossa legislação civil (GOMES, 2003, p. 90).

Assim, se o antes estudado nos faz perceber que a mulher foi durante muito tempo cerceada ao acesso ao direito à educação, a proposta a que este trabalho vem motivado é justamente instigar a necessidade de se garantir o previsto no texto constitucional de 1988, que no corpo do Artigo 3º indica a busca da construção de uma sociedade livre, justa, solidária e que promova o bem de todos sem qualquer tipo de discriminação.

A proposta a que este trabalho se debruça a estudar é justamente uma realidade que nos afronta há séculos, e que encontra no Brasil solo fértil para se perpetuar, ou seja, a diferença de oportunidades das às mulheres brasileiras, reflete um quadro histórico em que a mulher por não ter acesso à educação muitas vezes é jogada à margem da sociedade por falta de oportunidade no mercado de trabalho, e às que por circunstâncias pouco melhor tem acesso ao mercado de trabalho ficam condicionadas à salários menores, não observando novamente dispositivo constitucional, conforme previsto:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos nos termos da lei (BRASIL, 1998, p. 4).

Desta maneira, fica nítido no estudo desenvolvido até aqui que não só pela contextualização social e histórica, existe uma realidade desafiadora que exprime a necessidade de se aprofundar estudos e legislações que conclamem por políticas públicas, e em especial políticas públicas de educação culminando com ações afirmativas que em seu conteúdo abraçam este objetivo, como bem destaca o nobre jurista Joaquim Barbosa Gomes:

As ações afirmativas se definem como políticas públicas (e privadas) voltadas à concretização do princípio constitucional da igualdade material e à neutralização dos efeitos da discriminação racial, de gênero, de idade, de origem nacional e de compleição física (GOMES, 2003, p. 90).

Na continuidade deste texto, e amparada na obra deste jurista, Joaquim Barbosa, observamos que ela revisita a origem das ações afirmativas, que visam justamente oportunizar aqueles grupos ditos minoritários na sociedade e que se encontram em condições marginais, ou seja, sem conseguirem acesso e representação ao centro das decisões e assim condenados a serem subordinados as decisões alheia a sua vontade. Desta feita, caberia ao norte da América o pioneirismo em aplicar as ações afirmativas, cabendo entretanto considerar que se outros países não tiveram este protagonismo não quer dizer que não possuam minorias que sofrem pela desigualdade, ao contrário, a América Latina é solo fértil e carente de instrumentos legais como as ações afirmativas.

Desta feita, quando proposto o respectivo estudo que tem como ponto central a ser conduzido pela temática práticas docentes em contextos educacionais desafiantes, como professora considere um momento propício para encarar esta temática desafiante e que tem de todas maneiras sido protelada na sociedade brasileira, mascarando que não preconceitos contra as mulheres e em uma leitura mais profunda, que não há uma dívida histórica com as mulheres brasileira que ainda nos dias de hoje são cerceadas ao acesso à educação e tratadas como cidadãs de segunda ordem, tendo em muitos casos a tomada de decisão do destino de suas vidas por outros.

Assim, é preciso ir além, e instruir, educar, conscientizar homens e mulheres através do acesso à educação, e indo além, através de temas que abordem a necessidade de garantias de direitos fundamentais a todo cidadão e cidadã que faz parte do Estado, como bem considerado por Piovesan:

Se o combate à discriminação é medida de emergência à implementação do direito, à igualdade, todavia, por si só, é medida insuficiente. É fundamental conjugar a vertente repressiva-punitiva com a vertente promocional. Faz-se necessário combinar a proibição de discriminação com políticas compensatórias que acelerem a

igualdade enquanto processo. Isto é, para assegurar a igualdade não basta apenas proibir a discriminação mediante legislação repressiva. São essenciais as estratégias promocionais capazes de estimular a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos espaços sociais (PIOVESAN, 2008, p. 890).

É justamente neste momento que percebemos na prática um caso que retrata nitidamente a necessidade de intensificar as ações afirmativas com propostas de assegurar o acesso das mulheres a educação, pois diariamente ainda se enfrenta outra batalha, ou seja, educar as mulheres a não terem medo de denunciar seus agressores, as encorajar a lutar, as empoderar, especialmente através do acesso à educação.

É mister destacar que este texto não tem por objetivo ditar soluções, mas sim lançar o desafio de se aprofundar os estudos sobre esta importante temática que são as políticas públicas de educação, em especial no que se refere a mulheres, como instrumento de inclusão e empoderamento.

As ações afirmativas já ganham espaço no Brasil, em um país latino americano, subdesenvolvido e que nasce e se mantém até hoje em uma economia de extrema exploração, o número de minorias que quando não divididas por suas específicas causas certamente é mais volumosa que a dita elite, e estas minorias marginalizadas clamam por minimizar as diferenças sociais seculares, assim, a exemplo da “Lei de Cotas” Lei 9100/95, alterada pela Lei 9504/97.

É interessante considerar que na elaboração deste estudo, se buscou fazer um apanhado geral desde as bases históricas, perpassando por algumas legislações que tocam o tema, aliás não só um tema, mas vários temas que estão alinhavados nesta teia, trabalhando assim de maneira interdisciplinar entre Educação e Direito. Entretanto, o mais desafiador deste estudo, foi perceber que ainda há um longo e árduo caminho na conquista de direitos para as mulheres e em especial que garantem seu acesso à educação.

Assim, a desde a contextualização histórica, a gênese do temo “gênero”, a leitura da educação e dos espaços ocupados pelas mulheres através da educação, até as primeiras leis que corajosamente se dedicaram a temática de abraçar as ações afirmativas, o que temos no horizonte são poucas conquistas e sim muito estudo para justificar que há um desafio que a dita sociedade moderna ainda não conseguiu sanar de um passado escrito por uma minoria de homens de elite branca, e que há sim um dívida social, que usou a educação para ceifar os destinos de suas mulheres a sua vontade, esta realidade foi muito bem narrada por Saffioti:

As mulheres são “amputadas”, sobretudo no desenvolvimento e uso da razão e no exercício do poder. Elas são socializadas para desenvolver comportamentos dóceis,

cordatos e apaziguadores. Os homens, ao contrário, são estimulados a desenvolver condutas agressivas, perigosas, que revelem força e coragem (SAFFIOTI, 2015, p. 37).

Fica evidente com o antes citado que a educação é instrumento básico para que se rompa com este ciclo de preconceito, marginalização que a coloca exposta a todo tipo de violência desde a violência física, até a moral, psíquica e financeira e por sua vez a elaboração de um aparato legal que proteja a mulher é fundamental, representa sim um grande avanço.

O resultado do não acesso à educação vemos todos os dias no Brasil, é esta a realidade que joga diariamente milhares de mulheres ao trabalho informal abrindo mão de qualquer tipo de direito trabalhista ou seguridade social para muitas vezes manterem sua prole, é a mesma realidade que joga mulheres ao tráfico de drogas, a prostituição onde o corpo é a moeda de troca arriscando muitas vezes sua própria vida por muitas vezes não terem acesso à educação instrumento que a instruiria e empoderaria para outras escolhas.

Desta maneira, a proposta central deste estudo envolve um tema desafiador, a educação como instrumento de empoderamento da mulher seria uma proposta de estudo pertinente. Isto porque abordar sobre a respeito da necessidade e possibilidade de políticas públicas de educação como instrumentos de empoderamento da mulher, representa uma proposta que vem a se adequar com a questão das práticas docentes em contextos educacionais desafiantes, refletindo que a realidade imposta as milhares de mulheres brasileiras é resultado do esforço de uma elite de homens letrados que não só no Brasil, e boa parte do mundo, fizeram questão de excluir as mulheres do protagonismo da história.

Desta maneira, se justifica que para melhor desenvolver este trabalho se dedique um espaço para revisitar a história das mulheres, estudo este desenvolvido recentemente tendo em vista as lacunas e exclusão da mulher nos relatos históricos, além disto, é preciso antes de serem elaboradas leis que se faça primeiramente uma leitura na realidade social, não é por acaso que as bibliotecas estão abarrotadas com legislações que caíram no desuso justamente por não se adequarem a realidade da sociedade para a qual foram elaboradas.

Em contrapartida, enquanto o legislador ficar protegido em seus gabinetes elaborando leis estéreis, mulheres brasileiras diariamente contribuem para aumentar as estatísticas de analfabetismo e de serem vítimas de todo tipo de violência, refletindo a triste realidade de carecem por oportunidades que podem chegar através de um governo responsável e comprometido na elaboração de políticas públicas de educação que garantam a muitas mulheres o exercício do seu direito legal de estudar.

É preciso fazer um trabalho interdisciplinar, Educação e Direito devem andar juntos, e as leis não devem atuarem de cima para baixo, impostas elas não surtem efeito, e a sociedade a coloca em desuso. Os países mais desenvolvidos são aqueles que mais aplicam em educação e consequentemente não precisam recorrer ao recurso extremo da coerção da força Estatal para observe a execução de suas leis para fazer com que o cidadão as observe.

Assim o que se constata, é a necessidade de que as mulheres tenham acesso primeiramente à educação, sejam seres sociais ativamente participantes e protagonistas de suas vidas na sociedade, isto é um ato de exercício de cidadania, princípio básico do Direito, é a educação como instrumento de inclusão e de justiça social, como bem considera o conteúdo explanado por Piovesan:

Com efeito, a igualdade e a discriminação pairam sob o binômio inclusão-exclusão. Enquanto a igualdade pressupõe formas de inclusão social, a discriminação implica a violenta exclusão, em si mesma, não resulta automaticamente na inclusão. Logo, não é suficiente proibir a exclusão, quando o que se pretende é garantir a igualdade de fato, com a efetiva inclusão social de grupos que sofrem e sofrem um consistente padrão de violência e discriminação (PIOVESAN, 2008, p. 890).

Cabe destacar que ainda no que se relaciona à citação antes exposta, esta evidencia que há carência de conhecimento do excluído, bem como ignorância da temática naquele que exclui e que considerar desnecessário olhar as minorias, isto também é reflexo de anos de falta de investimento em educação que só aumenta, segrega e justifica a exclusão como instrumento de se manter incluso no lugar de tomada de decisões. É justamente neste instante que nos deparamos com a proposta principal deste trabalho, que obviamente não tem por objetivos trazer respostas nem tão pouco soluções, mas sim desafiar a mudar a realidade repleta de desigualdades e preconceitos que estamos vivendo.

É mister considerar que há imbricado neste estudo um desafio que vai além de se trabalhar com políticas públicas de educação como instrumento de empoderamento feminino, há aqui antes de qualquer constatação a defesa de que é preciso urgentemente o Brasil retomar os investimentos em educação e voltar a dar oportunidade de educação, publica, gratuita e de qualidade à todos os cidadãos brasileiros, defendido por nobre educadores como Anísio Teixeira, cumprindo assim a função exposta não só na Constituição Federal de 1988, mas também na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9394/96.

Considerações finais

Não resta dúvida de que a educação possui papel fundamental para empoderar a mulher e proporcionar sua inclusão social, mas é preciso ir além, é preciso que este tema seja tratado não como um assunto único e específico das e para as mulheres, é uma temática que envolve todos os cidadãos e cidadãs e representa um instrumento preciso na busca por justiça social.

Desta feita, se considera que não há alternativa para um país que deseja sair do subdesenvolvimento que não o alto investimento em políticas públicas de educação, e é preciso fazer uma leitura além, no sentido de que é preciso que se busque a justiça social eliminando históricas diferenças dentro de classe, cor e gênero; por isto, o desafio de ampliar as ações afirmativas para mulheres ampliando seu acesso à educação, instrumento de empoderamento feminino que dá a mulher protagonismo social.

Referências

ARISTÓTELES. **A Política**. (N. S., Chaves Trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2017.

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

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. **Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional**. Brasília, 1996.

BUTLER, J. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

COSTA, V. B. **A presença feminina na Faculdade de Direito de Pelotas/RS**. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Pelotas, Pelotas, RS, Brasil, 2009.

DALLARI, D. A. **Os direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges**. São Paulo: Saraiva, 2016.

DZIELSKA, M. **Hipátia de Alexandria**. Tradução de Miguel Serras Pereira. Lisboa: Relógio D'água Editores, 2009.

FLORESTA, N. **Direitos das mulheres e injustiças dos homens**. Recife: Typographia Fidedigma, 1832.

FLORESTA, N. **Opúsculo humanitário**. Rio de Janeiro: Typographia de M. A. Silva Lima, 1853.

GOMES, J. B. B.; SILVA, F. D. L. L. As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva. **Anais do Seminário Internacional “As Minorias e o Direito”**. Brasília, 2003.

LOURO, G. L. Gênero e sexualidade: pedagogias contemporâneas. **Proposições**, Campinas, v. 19, n. 2 (56), mai./ago. 2008, p. 17-23.

_____. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 16. ed. Petrópolis: Vozes, 2017.

_____. Mulheres na sala de aula. In: DEL PRIORE, M. (Org.). **História das Mulheres no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Contexto, 2004. p. 443-481.

PERROT, M. **Mulheres públicas**. (R. L., Ferreira Trad.). São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

PINSKY, J.; PINSKY, C. B. (Orgs.). **História da cidadania**. 4. ed. São Paulo: Contexto, 2008.

PIOVESAN, F. Ações afirmativas no Brasil: desafios e perspectivas. **Estudos Feministas**, 16(3), 887-896, 2008.

RAGO, M. Descobrindo historicamente o gênero. **Cadernos Pagu**, 1 (11), 89-98, 1988.

SAFFIOTI, H. **Gênero, patriarcado e violência**. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular: Fundação Perseu Abramo, 2015.

SCOTT, J. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, jul./dez. 1990, p. 71-99.

SHIROMA, E. O., MORAES, M. C. M.; EVANGELISTA, O. **Política educacional**. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A, 2004.

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA CONTRA AS MULHERES: ALTERAÇÕES NA LEI MARIA DA PENHA

PUBLIC POLICIES TO ADDRESS VIOLENCE AGAINST WOMEN: CHANGES IN THE MARIA DA PENHA LAW

POLÍTICAS PÚBLICAS PARA ABORDAR LA VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES: CAMBIOS EN LA LEY MARÍA DA PENHA

Chanauana de Azevedo Canci¹
Valesca Brasil Costa²

RESUMO: Este estudo apresenta as principais alterações na Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, abordando esta legislação como uma política pública de enfrentamento à violência contra as mulheres. O trabalho tem como objetivo abordar as alterações promovidas no curso de 2019 em uma perspectiva teórica e prática, elucidando os principais pontos das alterações, a fim de identificar o debate entre celeridade processual e segurança jurídica para as mulheres. O estudo é qualitativo, baseado em revisão de literatura e análise documental. O texto traz reflexões sobre o conceito de violência contra as mulheres, tratadas no plural para representar as diversidades raciais, étnicas, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional existentes entre as mulheres. Destaca os principais tipos de violência, os caracterizando, destacando a violência doméstica e familiar, psicológica, sexual, física, moral, patrimonial, o abuso e a exploração sexual de mulheres adolescentes/jovens, o assédio sexual no trabalho, o assédio moral, o tráfico de mulheres e a violência institucional. Em relação às alterações sofridas pela Lei Maria da Penha, enquanto alguns consideram que essas medidas mostram a preocupação do Estado em buscar instrumentos jurídicos mais rápidos e eficientes à proteção da vida das mulheres, outro grupo acredita que esse importante marco jurídico no enfrentamento da violência possa gerar muitas interpretações ambíguas e não surtir o efeito desejado a partir das alterações legislativas. Em meio às constantes discussões sobre a necessidade de novas leis de enfrentamento e combate à violência contra as mulheres, é de se destacar que a Lei Maria da Penha é considerada uma das três leis mais avançadas do mundo. Embora ajustes sejam necessários, é preciso registrar que a Lei é bastante completa e que cada vez mais vem buscando evitar as lacunas jurídicas, sendo um instrumento efetivo ao tratar de violência doméstica e familiar contra as mulheres.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Políticas Públicas. Enfrentamento da Violência Contra as Mulheres.

ABSTRACT: This study presents the main changes in the Maria da Penha Law, Law 11.340/2006, addressing this legislation as a public policy to confront violence against women. The work aims to address the changes promoted in the course of 2019 from a theoretical and practical perspective, elucidating the main points of the changes, in order to identify the debate between procedural speed and legal security for women. The study is

¹ Advogada. Doutoranda em Educação (URI), Bolsista CAPES/Brasil. E-mail: chana.canci@gmail.com.

² Professora Universitária. Doutora em Educação (UNISINOS). E-mail: valescacosta@gmail.com.

qualitative, based on literature review and document analysis. The text brings reflections on the concept of violence against women, treated in the plural to represent the racial, ethnic, generational, sexual orientation, disability and social, economic and regional insertion existing among women. It highlights the main types of violence, characterizing them, highlighting domestic and family violence, psychological, sexual, physical, moral, patrimonial, abuse and sexual exploitation of adolescent/young women, sexual harassment at work, moral harassment, trafficking in women and institutional violence. In relation to the changes suffered by the Maria da Penha Law, while some consider that these measures show the State's concern to seek faster and more efficient legal instruments to protect the lives of women, another group believes that this important legal framework in the fight against violence can generate many ambiguous interpretations and not have the desired effect from the legislative changes. In the midst of constant discussions about the need for new laws to confront and combat violence against women, it should be noted that the Maria da Penha Law is considered one of the three most advanced laws in the world. Although adjustments are necessary, it is necessary to note that the Law is quite complete and that it is increasingly seeking to avoid legal gaps, being an effective instrument in dealing with domestic and family violence against women.

Keywords: Maria da Penha Law. Public policy. Confronting Violence Against Women.

RESUMEN: Este estudio presenta los principales cambios en la Ley Maria da Penha, Ley 11.340/2006, que aborda esta legislación como una política pública para enfrentar la violencia contra las mujeres. El trabajo tiene como objetivo abordar los cambios impulsados en el transcurso de 2019 desde una perspectiva teórica y práctica, dilucidando los principales puntos de los cambios, con el fin de identificar el debate entre celeridad procesal y seguridad jurídica para las mujeres. El estudio es cualitativo, basado en revisión de literatura y análisis de documentos. El texto trae reflexiones sobre el concepto de violencia contra la mujer, tratado en plural para representar la raza, etnia, generacionalidad, orientación sexual, discapacidad e inserción social, económica y regional existente entre las mujeres. Destaca los principales tipos de violencia, caracterizándolos, destacando la violencia doméstica y familiar, psicológica, sexual, física, moral, patrimonial, abuso y explotación sexual de la adolescente/joven, acoso sexual en el trabajo, acoso moral, trata de mujeres y violencia institucional. En relación a los cambios sufridos por la Ley Maria da Penha, mientras algunos consideran que estas medidas muestran la preocupación del Estado por buscar instrumentos legales más rápidos y eficientes para proteger la vida de las mujeres, otro grupo cree que este importante marco legal en la lucha contra la violencia puede generar muchas interpretaciones ambiguas y no tener el efecto deseado de los cambios legislativos. En medio de constantes discusiones sobre la necesidad de nuevas leyes para enfrentar y combatir la violencia contra las mujeres, cabe señalar que la Ley Maria da Penha es considerada una de las tres leyes más avanzadas del mundo. Si bien son necesarios ajustes, es necesario señalar que la Ley es bastante completa y que se busca cada vez más evitar vacíos legales, siendo un instrumento eficaz en el abordaje de la violencia intrafamiliar contra la mujer.

Palabras clave: Ley Maria da Penha. Políticas públicas. Enfrentando la violencia contra la mujer.

Introdução

A Lei Maria da Penha, que homenageia a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, agredida por quase 20 anos pelo marido, desde sua entrada em vigor, vem alterando substancialmente a forma de tratamento das questões femininas junto à justiça brasileira, modificando as políticas públicas neste cenário.

Este trabalho aborda, portanto, a Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, abrangendo especialmente as alterações promovidas no curso de 2019, tendo como objetivo elucidar os principais pontos das alterações, identificando o debate entre celeridade processual e segurança jurídica da mulher. O estudo é qualitativo, baseado em revisão de literatura e análise documental.

Sabendo que o Estado, a Justiça e, conseqüentemente, as políticas públicas, devem estar comprometidos com o contexto no qual estão inseridos, fundamental é que as Leis impostas sejam, de fato, conexas às bases reais e que tenham um fim social. A Lei Maria da Penha é, neste sentido, proteção da vítima, coibição, prevenção e erradicação da violência doméstica e familiar contra as mulheres.

1 Lei Maria da Penha: razões diárias para sua existência

Conhecia também uma violência praticada de forma quase invisível, que é o preconceito contra as mulheres, desrespeito que abre caminho para atos mais severos e graves contra nós. Apesar de nossas conquistas, mesmo não tendo as melhores oportunidades, ainda costumam dizer que somos inferiores, e isso continua a transparecer em comentários públicos, piadas, letras de músicas, filmes ou peças de publicidade. Dizem que somos más motoristas, que gostamos de ser agredidas, que devemos nos restringir à cozinha, à cama ou às sombras.

(Maria da Penha, trecho do livro “Sobrevivi... posso contar”, 2015).

1.1 Lembrar para não repetir: a instituição da Lei

Pensar no conceito e no significado que tem a violência contra as mulheres — em que o termo é empregado no plural para representar e dar visibilidade às diversidades raciais, étnicas, geracionais, de orientação sexual, de deficiência e de inserção social, econômica e regional existentes entre as mulheres — em nosso tempo deveria causar estranheza e ser, à esta altura, tema ultrapassado e superado.

Infelizmente, ações e condutas baseada no gênero continuam causando morte, dano e sofrimento físico, sexual e/ou psicológico às mulheres. Dimensão de gênero, construção

social, política e cultural da sociedade, relações entre homens e mulheres: muitas são as possíveis causas que “explicam” a violência. Para o enfrentamento deste imenso problema social é que estão as políticas públicas de proteção, buscando assegurar a integridade e a dignidade das mulheres.

A violência de gênero auxilia na manutenção das desigualdades hierárquicas existentes para garantir obediência, subalternidade de um sexo a outro (SAFFIOTI, 1987). É uma forma de dominação presente em todas as classes sociais, em todas as raças, em todas as etnias. O que separa homens e mulheres não são as diferenças, mas sim as desigualdades, que são produzidas e reproduzidas em diferentes espaços. A desigualdade perpetuada em uma sociedade sexista e patriarcal revela a continuidade de preceitos muito primitivos, como o controle do corpo feminino e das mulheres como um todo, em seu comportamento, emprego, religião, profissão, preferências e aptidões.

O conceito de violência contra as mulheres, que tem por base a questão de gênero,

que remete a um fenômeno multifacetado, com raízes histórico-culturais, e é permeado por questões étnico-raciais, de classe e de geração. Nesse sentido, falar em gênero requer do Estado e dos demais agentes uma abordagem intersetorial e multidimensional na qual as dimensões acima mencionadas sejam reconhecidas e enfrentadas. Além do mais, uma política na área de violência contra as mulheres exige uma atuação conjunta para o enfrentamento do problema, que envolva diversos setores, tais como: a saúde, a educação, a assistência social, a segurança pública, a cultura, a justiça, entre outros; no sentido de dar conta da complexidade da violência contra as mulheres e de garantir a integralidade do atendimento àquelas que vivenciam tal situação (BRASIL, 2011 , p. 22).

A Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, que criou mecanismos para a coibição de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º, do art. 226, da Constituição Federal de 1988, embasou-se também na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. A Lei dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, alterando o Código Penal, de Processo Penal e a Lei de Execução Penal.

A legislação ficou popularmente conhecida como “Lei Maria da Penha”, alusiva ao caso da farmacêutica cearense, Maria da Penha Maia Fernandes, em reconhecimento à luta de quase 20 anos em busca de justiça contra os atos de violência praticados pelo marido, Marco Antônio Heredia Viveros, professor universitário e economista. Maria ficou paraplégica, em 1983, devido ao emprego de arma de fogo por seu então companheiro, em uma das duas tentativas em assassiná-la. Em outras oportunidades, além de outros tipos de agressão, usou

de eletrocussão e afogamento, objetivando matar a esposa. A partir da denúncia sobre as tentativas de homicídio, iniciou a batalha pelo afastamento e condenação de Marco Antônio.

O caso de Maria da Penha só foi solucionado em 2002, sendo a Lei nº 11.340/2006 resultado da condenação do Estado brasileiro por omissão e negligência pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, frente aos Tratados Internacionais dos quais o Brasil é signatário. Em 2015, Maria da Penha lançou o livro “Sobrevivi...posso contar”, em que narra as violências sofridas por ela e pelas três filhas no decorrer de sua vida conjugal e familiar. A Lei tornou-se altamente popular no país e com sua entrada em vigor houve um aumento estrondoso de denúncias de violência familiar e doméstica no Brasil.

1.2 Aplicação da Lei nos casos de violência contra as mulheres

O conceito de violência contra as mulheres é bastante amplo e compreende diversos tipos de violência. Dentre elas destacam-se a violência doméstica e familiar (que pode ser psicológica, sexual, física, moral e patrimonial), a violência sexual, o abuso e a exploração sexual de mulheres adolescentes/jovens, o assédio sexual no trabalho, o assédio moral, o tráfico de mulheres e a violência institucional.

O art. 7º da Lei Maria da Penha prevê como tipos de violência, a física, psicológica, moral, sexual e patrimonial, conforme apresentado no quadro a seguir:

Quadro 1: Tipos de violência contra a mulher (Lei Maria da Penha – 2006)

TIPOS	ENTENDIMENTO	AÇÕES PRATICADAS
VIOLÊNCIA FÍSICA	É entendida como qualquer conduta que ofenda a integridade ou saúde corporal da mulher	Espancamento, atirar objetos, sacudir e apertar os braços, estrangulamento ou sufocamento, lesões com objetos cortantes ou perfurantes, ferimentos causados por queimaduras ou armas de fogo, tortura
VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA	É qualquer conduta que cause dano emocional e diminuição da autoestima da mulher, que prejudique e perturbe o seu pleno desenvolvimento ou vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões	Ameaças, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento (proibir de estudar e viajar ou de falar com amigos e parentes), vigilância constante, perseguição contumaz, insultos, chantagem, exploração, limitação do direito de ir e vir, ridicularização, tirar a liberdade de crença, distorcer e omitir fatos para deixar a mulher em dúvida sobre a sua memória

		e sanidade
VIOLÊNCIA MORAL	É considerada qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria	Acusar a mulher de traição, emitir juízos morais sobre a conduta, fazer críticas mentirosas, expor a vida íntima, rebaixar a mulher por meio de xingamentos que incidem sobre a sua índole, desvalorizar a vítima pelo seu modo de se vestir
VIOLÊNCIA SEXUAL	Trata-se de qualquer conduta que constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força	Estupro, obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa, impedir o uso de métodos contraceptivos ou forçar a mulher a abortar, forçar matrimônio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher
VIOLÊNCIA PATRIMONIAL	Entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades	Controlar o dinheiro, deixar de pagar pensão alimentícia, destruição de documentos pessoais, furto, extorsão ou dano, estelionato, privar de bens, valores ou recursos econômicos, causar danos propositais a objetos da mulher ou dos quais ela goste

Fonte: Art. 7º da Lei nº 11.340/2006.

A Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, do Governo Federal, reconhece a diversidade de tipos de violência contra as mulheres, e além dos cinco tipos de violência citados acima eleca outros tipos, aos quais suas ações estão mais fortemente direcionadas, conforme exposto no quadro que segue:

Quadro 2: Tipos de violência contra a mulher (Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres – 2011)

TIPOS	ENTENDIMENTO	AÇÕES PRATICADAS
VIOLÊNCIA DOMÉSTICA	Entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial no âmbito da unidade doméstica, no âmbito da família ou em qualquer relação íntima de	A violência doméstica contra a mulher subdivide-se em: violência física, violência psicológica, violência sexual, violência patrimonial e violência moral. O Parágrafo Único da Lei Maria da Penha dá visibilidade à violência doméstica e

	afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (Lei nº 11.340/2006)	familiar contra as mulheres lésbicas, ao afirmar que “as relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual”
VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL	É aquela praticada, por ação e/ou omissão, nas instituições prestadoras de serviços públicos. A violência institucional compreende desde a dimensão mais ampla, como a falta de acesso aos serviços e a má qualidade dos serviços prestados, até expressões mais sutis, mas não menos violentas, tais como os abusos cometidos em virtude das relações desiguais de poder entre profissional e usuário. Uma forma comum de violência institucional ocorre em função de práticas discriminatórias, sendo as questões de gênero, raça, etnia, orientação sexual e religião um terreno fértil para a ocorrência de tal violência	Mulheres em situação de violência são, por vezes, “revitimizadas” nos serviços quando: são julgadas; não têm sua autonomia respeitada; são forçadas a contar a história de violência inúmeras vezes; são discriminadas em função de questões de raça/etnia, de classe e geracionais. Outra forma de violência institucional que merece destaque é a violência sofrida pelas mulheres em situação de prisão, que são privadas de seus direitos humanos, em especial de seus direitos sexuais e reprodutivos
TRÁFICO DE MULHERES	O conceito de Tráfico de Mulheres adotado pela Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República do Brasil (SPM/PR) baseia-se em uma abordagem focada na perspectiva dos direitos humanos das mulheres e no Protocolo de Palermo, em que há três elementos centrais: 1. movimento de pessoas, seja dentro do território nacional ou entre fronteiras; 2. uso de engano ou coerção, incluindo o uso ou ameaça da força ou abuso de autoridade ou situação de vulnerabilidade; e, 3. a finalidade de exploração (exploração sexual; trabalho ou serviços forçados, incluindo o doméstico; escravidão ou práticas similares à escravidão; servidão; remoção de órgãos; casamento servil)	Toda vez que houver movimento de pessoas por meio de engano ou coerção, com o fim último de explorá-la, estaremos diante de uma situação de tráfico de pessoas. Importante ressaltar que, para fins de identificação do tráfico de pessoas, o uso de engano ou coerção inclui o abuso da ‘situação de vulnerabilidade’, mencionada na definição do Protocolo de Palermo. Isso significa dizer que não importa que a pessoa explorada tenha consentido em se transportar de um local a outro, desde que esteja em seu local de origem em situação de vulnerabilidade que a faça aceitar qualquer proposta na busca de encontrar uma oportunidade de superá-la
	Segundo o Código Penal Brasileiro em seu Capítulo V – do Lenocínio e do Tráfico de Pessoa para fim de Prostituição ou outra	

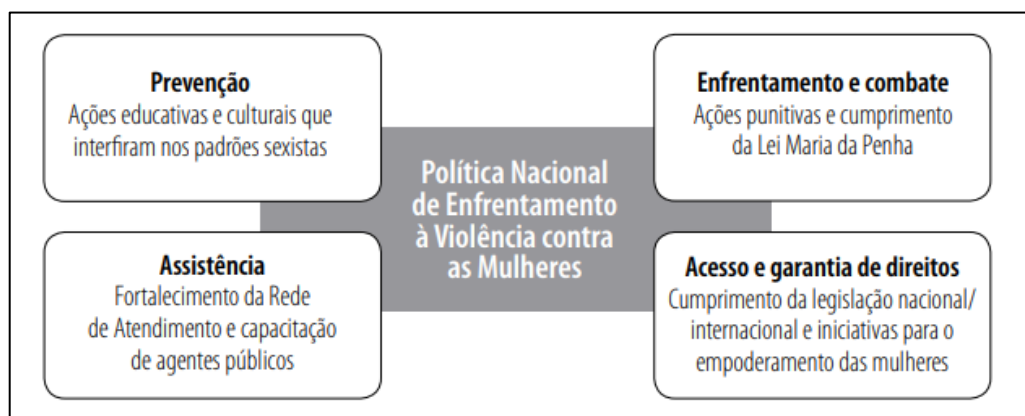
EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES	<p>forma de Exploração Sexual no Artigo 227 diz que exploração sexual “é induzir alguém a satisfazer a lascívia de outrem” e no Artigo 228 fala que é “induzir ou atrair alguém à prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilitá-la, impedir ou dificultar que alguém a abandone”. A Secretaria de Políticas para as Mulheres compreende a exploração sexual de mulheres como uma das formas de violência contra a mulher que se configura como um meio pelo qual um indivíduo tira proveito da sexualidade de outra pessoa (neste caso, das mulheres) com base numa relação desigual de poder, podendo fazer uso da coerção física, psicológica e do engano</p>	<p>Exploração sexual para fins comerciais trata-se de uma prática que envolve troca de dinheiro com/ou favores entre um usuário um intermediário/aliciador/agente e outros que obtêm lucro com a compra e venda do uso do corpo das crianças e dos adolescentes, como se fosse uma mercadoria</p>
EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE MULHERES, ADOLESCENTES E JOVENS	<p>A exploração sexual comercial de crianças e adolescentes, também conhecida pela sigla ESCCA, é considerada como uma questão social e uma prática criminosa. Representa uma violação de direito humano fundamental, especialmente do direito ao desenvolvimento de uma sexualidade saudável, bem como uma ameaça à integridade física e psicossocial</p>	<p>Existem três formas primárias de exploração sexual comercial e que possuem uma relação entre si: a prostituição, a pornografia e o tráfico com fins sexuais, incluindo-se aí o turismo sexual</p>
ASSÉDIO SEXUAL	<p>A abordagem, não desejada pelo outro, com intenção sexual ou insistência inoportuna de alguém em posição privilegiada que usa dessa vantagem para obter favores sexuais de subalternos ou dependentes</p>	<p>Para sua perfeita caracterização, o constrangimento deve ser causado por quem se prevaleça de sua condição de superior hierárquico ou ascendência, inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função. Assédio Sexual é crime (art. 216-A, do Código Penal)</p>
ASSÉDIO MORAL	<p>É toda e qualquer conduta abusiva que, intencional e frequentemente, fira a dignidade e a integridade física ou psíquica de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho</p>	<p>Condutas abusivas: gesto, palavra, escritos, comportamento, atitude, etc.</p>
CÁRCERE	<p>Segundo o art. 148 do Código Penal Brasileiro, configura-se quando uma pessoa</p>	<p>Se a vítima é a mãe, pai, filho, filha ou</p>

PRIVADO	é impedida de andar com liberdade e é mantida presa contra a vontade	esposa do agressor, a pena é aumentada
----------------	--	--

Fonte: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011).

A ideia de enfrentamento, adotada pela Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres, diz respeito à implementação de políticas amplas e articuladas, que procurem dar conta da complexidade da violência contra as mulheres em todas as suas expressões. Portanto, a noção de enfrentamento compreende as dimensões da prevenção, da assistência, do enfrentamento e combate e da garantia de direitos das mulheres:

Figura 1: Eixos Estruturantes da Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres



Fonte: Política Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres (2011).

O enfrentamento requer a ação conjunta dos diversos setores envolvidos com a questão (saúde, segurança pública, justiça, educação, assistência social, entre outros), no sentido de propor ações que: desconstruam as desigualdades e combatam as discriminações de gênero e a violência contra as mulheres; interfiram nos padrões sexistas/machistas ainda presentes na sociedade brasileira; promovam o empoderamento das mulheres; e garantam um atendimento qualificado e humanizado àquelas em situação de violência.

2 Modificações na Lei Maria da Penha: o que alcançamos de fato?

No ano de 2019, a Lei Maria da Penha sofreu importantes alterações. Enquanto alguns consideram que essas medidas mostram a preocupação do Estado em buscar instrumentos

jurídicos mais rápidos e eficientes à proteção da vida das mulheres, evitando que a morosidade no judiciário leve à morosidade no amparo e proteção às mulheres que se encontram em risco atual ou iminente à vida ou à integridade física, que resulta, em determinados casos, em feminicídio. Entretanto, outro grupo acredita que esse importante marco jurídico no enfrentamento da violência possa gerar muitas interpretações ambíguas e não surtir o efeito desejado a partir das alterações legislativas.

Em meio às constantes discussões sobre a necessidade de novas leis de enfrentamento e combate à violência contra a mulher, é de se destacar que a Lei Maria da Penha é considerada uma das três leis mais avançadas do mundo. Embora ajustes sejam necessários, e aqui abordamos algumas das principais modificações sofridas pela legislação no ano de 2019, precisamos registrar que a Lei é bastante completa e que cada vez mais vem buscando evitar as lacunas jurídicas, sendo um instrumento efetivo ao tratar de violência doméstica e familiar contra a mulher.

Uma das principais alterações legislativas que pode ser citada foi a inclusão do art. 12-C, que permite ao Delegado de Polícia, uma vez verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da vítima ou de seus dependentes, conceder a medida protetiva de afastamento do agressor do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida, quando o Município não for sede de comarca. Por meio desse dispositivo fica autorizado também que qualquer policial conceda a medida quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

Conforme esclarece Mascotte (2019, n.p.):

É importante ressaltar que a exceção à reserva jurisdicional somente abarca esta medida protetiva em específico, não valendo para as demais, como, por exemplo, proibição de contato com a ofendida. Nessas hipóteses, em que o afastamento do agressor do lar for determinado pelo Delegado de Polícia ou outro policial (nos Municípios que não forem sede de comarca), o juiz deverá ser comunicado no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, devendo decidir, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, comunicando as medidas aplicadas ou revogadas ao Ministério Público.

Cabe destacar que mesmo sendo uma alteração considerada positiva, em termos práticos se torna pouco efetiva, considerando que a Lei limitou a atuação do Delegado de Polícia somente aos Municípios que não forem sede de comarca e apenas permitindo o deferimento da medida protetiva de afastamento do agressor do lar conjugal. Na prática, a aplicabilidade da medida se torna ineficiente, pois afasta o agressor do lar mas continuar permitindo a aproximação/contato com a vítima. Outra questão se deve ao fato que apenas as

vítimas que solicitarem as medidas protetivas em municípios que não forem sede de comarca poderão se beneficiar com a concessão imediata do afastamento do agressor do lar.

A proteção da mulher seria muito mais eficiente se o próprio Delegado de Polícia, ao invés de apenas formalizar o expediente com o requerimento da vítima pudesse, de imediato, aplicar as medidas de urgência cabíveis, o que garantiria sua integridade física. Mascotte (2019, n.p.) destaca que, na prática, os agressores não podem ser presos,

pois voltam conduzidos à Delegacia de Polícia dias e até meses depois da denúncia e do requerimento de medidas protetivas, mas a prisão pelo crime de desobediência de medidas protetivas de urgência não ocorre (artigo 24-A), seja porque as medidas ainda não foram deferidas judicialmente ou pelo fato de ainda não terem sido intimados da decisão judicial (muitos, inclusive, se esquivam das intimações propositadamente).

Outra alteração de 2019 foi a Lei nº 13.871/2019, que acrescentou a obrigação do agressor de ressarcir todos os danos causados à vítima. A Lei esclarece que aquele que, por ação ou omissão, causar lesão, violência física, sexual ou psicológica e dano moral ou patrimonial à mulher fica obrigado a ressarcir todos os danos causados, inclusive o ressarcimento ao Sistema Único de Saúde (SUS), pelos custos relativos aos serviços de saúde prestados para o tratamento da vítima. O dinheiro deve ser revertido a um fundo de saúde responsável pelas unidades que prestarem os serviços de atendimento.

Ainda quanto à Lei nº 13.871/2019, também prevê o ressarcimento dos custos com os dispositivos de segurança destinados ao monitoramento das vítimas de violência doméstica ou familiares amparados por medidas protetivas. Dessa forma, o agressor deverá arcar com o custo de dispositivos eletrônicos para monitoramento móvel das medidas protetivas, que identificam se está ocorrendo o desrespeito da distância mínima prevista e estabelecida. Quanto a essa Lei, observamos a ressalva imposta quanto à origem do ressarcimento, pois não poderá importar em ônus de qualquer natureza ao patrimônio da mulher e dos seus dependentes, nem configurar atenuante ou uma possibilidade de substituição da pena aplicada ao agressor.

Outra alteração na Lei Maria da Penha que merece especial destaque é a determinação de que a mulher em situação de violência doméstica e familiar tem prioridade para matricular seus dependentes em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio, ou que possa transferi-los para uma instituição mais próxima, mediante a apresentação dos documentos comprobatórios do registro da ocorrência policial ou do processo de violência doméstica e familiar em curso. Essa alteração, que está no art. 9º da Lei nº 13.882/2019, busca

assegurar a segurança da mulher e de sua família, bem como o sigilo dos dados de seus dependentes matriculados ou transferidos. Cabe ressaltar que o juiz pode ordenar a matrícula dos dependentes da vítima independentemente da existência de vaga.

Em 2019 também, por intermédio da Lei nº 13.880/2019, houve a previsão de verificação de registro de porte ou de posse de arma de fogo pelo agressor. A autoridade policial deverá, em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, após a confecção do boletim de ocorrência, fazer essa verificação e na hipótese de existência de porte ou posse de arma, notificar à instituição responsável pela concessão do registro ou da emissão do porte para que sejam tomadas as providências cabíveis. A nova Lei garante a apreensão da arma de fogo do agressor em 48h, pela determinação do juiz, prazo este contado a partir do recebimento do expediente com o pedido de medidas protetivas de urgência.

A Lei Maria da Penha já previa em seu art. 22, inciso I, a possibilidade de decretação da medida protetiva de suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, sendo ratificada e ampliada. Se a arma de fogo foi utilizada para o cometimento de um delito, havendo o flagrante, a própria autoridade policial procederá à apreensão e à vinculação ao Inquérito Policial. O grande problema está para o alto número de armas de fogo sem registro, o que dificulta a efetividade prática desta medida em casos que o agressor possua armas sem o conhecimento devido.

O art. 38-A da Lei Maria da Penha acrescentou que o juiz competente providenciará o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido e regulamentado pelo Conselho Nacional de Justiça, garantido o acesso do Ministério Público, da Defensoria Pública e dos órgãos de segurança pública e de assistência social, com vistas à fiscalização e à efetividade das medidas protetivas. Essa previsão é de extrema importância prática, pois a não existência de um banco de dados e, conseqüentemente, a falta de compartilhamento de informações dificulta muito a fiscalização do cumprimento das medidas protetivas de urgência pelos órgãos de segurança pública.

Destacamos também a Lei nº 13.894/2019, que passou a estabelecer que o juiz deverá assegurar à mulher em situação de violência doméstica e familiar o encaminhamento à assistência judiciária, quando for o caso, inclusive para eventual ajuizamento da ação de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou dissolução de união estável. O art. 18 da Lei Maria da Penha praticamente repete o comando, determinando o encaminhamento da vítima à assistência judiciária, no prazo de 48h do recebimento do expediente com o pedido de medidas protetivas.

Ao destacar uma das alterações, trazida pela Lei nº 13.827/2019, que autoriza, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência pela autoridade judicial ou policial à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, encontram-se algumas divergências entre pesquisadores e juristas.

A principal preocupação está no fato de que essa tentativa de dar mais celeridade pode fazer com que o Juiz não tenha a possibilidade de deferir a proteção, ou que a vítima seja desestimulada a realizar a lavratura do boletim de ocorrência, considerando o viés de culpabilização ainda existente no atendimento que algumas delegacias oferecem. A norma determina também o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

A Lei nº 13.836/2019, sancionada logo após, torna obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar. Assim, a nova Lei acrescentou um inciso determinando que no pedido de medida protetiva o Delegado de Polícia identifique se a vítima é pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência já existente:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:

§ 1º O pedido da ofendida será tomado a termo pela autoridade policial e deverá conter:

I - qualificação da ofendida e do agressor;

II - nome e idade dos dependentes;

III - descrição sucinta do fato e das medidas protetivas solicitadas pela ofendida.

IV - informação sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e se da violência sofrida resultou deficiência ou agravamento de deficiência preexistente. (Incluído pela Lei nº 13.836, de 2019)

§ 2º A autoridade policial deverá anexar ao documento referido no § 1º o boletim de ocorrência e cópia de todos os documentos disponíveis em posse da ofendida.

§ 3º Serão admitidos como meios de prova os laudos ou prontuários médicos fornecidos por hospitais e postos de saúde.

Outras propostas anteriores à 2019 que tramitavam no Congresso foram aprovadas, alterando a Lei Maria da Penha. Destacamos a então PLS nº 191/2017, que altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340/2006, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero. Em outras palavras, busca conferir a proteção prevista na norma também para mulheres transgêneros e transexuais. Mesmo sem a menção no texto, a Lei já vinha sendo aplicada em casos de mulheres trans, e por isso o Projeto de Lei se tornou tão importante, para que a redação contasse com essa medida, impedindo qualquer contradição quanto à aplicação da Lei.

Outro Projeto de Lei em destaque é a PL nº 2.661/2019, que visa proibir a nomeação na esfera da Administração Pública Federal, em cargos de livre nomeação e exoneração, de condenados, em trânsito em julgado, por delitos previstos na Lei Maria da Penha. O PL nº 2.661/2019 foi apensado ao PL nº 1.659/2019, que veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340/2006. O estado do Rio de Janeiro é exemplo desta medida, que impede a nomeação no âmbito da administração pública direta e indireta por meio da Lei Estadual nº 8.301, sancionada em 2019.

Conclusões

A Lei Maria da Penha completou 14 anos em 2020. As alterações são muitas e recentes, o que impossibilita avaliações de sua aplicabilidade prática, ou a existência de ambiguidade de termos e confusão de seus objetivos. O certo é, que se trata de uma das mais importantes legislações em defesa da vida e segurança da mulher, carecendo, enquanto perdurar a situação de vulnerabilidade feminina, de estudos, análises, críticas e debates, mesmo que, por ora, parciais. É o fomento à discussão que permite a ampliação e aprimoramento das políticas públicas.

Esse debate é exaustivo e terá que assim se manter por um longo período, até que possamos desmistificar a ideia de que a mulher é inferior, propriedade, ou dotada de menor capacidade intelectual e profissional. A violência doméstica está enraizada na sociedade, atingindo todas as esferas sociais, culturais e econômicas.

A Lei Maria da Penha foi e segue sendo fundamental para desvelar muitas situações de violência doméstica e familiar no Brasil, em que milhares de mulheres, encorajadas pela história de Maria, passaram a denunciar os abusos sofridos. Da mesma forma, é imprescindível a atuação do governo brasileiro frente ao compromisso de acompanhamento, avaliação e reformulação de Leis e políticas públicas que visem (e mais do que isso, efetivem) a segurança e a proteção das mulheres.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. Brasília, 2006. **Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da**

Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.827, de 13 de maio de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm>. Acesso em: 10 jun. 2020.

_____. Lei nº 13.836, de 4 de junho de 2019. **Acrescenta dispositivo ao art. 12 da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006, para tornar obrigatória a informação sobre a condição de pessoa com deficiência da mulher vítima de agressão doméstica ou familiar.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13836.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.871, de 17 de setembro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para dispor sobre a responsabilidade do agressor pelo ressarcimento dos custos relacionados aos serviços de saúde prestados pelo Sistema Único de Saúde (SUS) às vítimas de violência doméstica e familiar e aos dispositivos de segurança por elas utilizados.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13871.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.880, de 8 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a apreensão de arma de fogo sob posse de agressor em casos de violência doméstica, na forma em que especifica.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13880.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.882, de 8 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para garantir a matrícula dos dependentes da mulher vítima de violência doméstica e familiar em instituição de educação básica mais próxima de seu domicílio.** Brasília, 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13882.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei nº 13.894, de 29 de outubro de 2019. **Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para prever a competência dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher para a ação de divórcio, separação, anulação de casamento ou dissolução de união estável nos casos de violência e para tornar obrigatória a informação às vítimas acerca da possibilidade de os serviços de assistência judiciária ajuizarem as ações mencionadas; e altera a Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 (Código de Processo Civil), para prever a competência do foro do domicílio da vítima de violência doméstica e familiar para a ação de divórcio, separação judicial,**

anulação de casamento e reconhecimento da união estável a ser dissolvida, para determinar a intervenção obrigatória do Ministério Público nas ações de família em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar, e para estabelecer a prioridade de tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte vítima de violência doméstica e familiar. Brasília, 2019. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13894.htm>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Projeto de Lei do Senado nº 191, de 2017. **Altera a redação do art. 2º da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 – Lei Maria da Penha –, para assegurar à mulher as oportunidades e facilidades para viver sem violência, independentemente de sua identidade de gênero.** Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129598>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Projeto de Lei da Câmara de Deputados nº 2.661, de 2019. Apensado ao PL nº 1.659/2019. **Proíbe a nomeação, na esfera da Administração Pública Federal, Direta e Indireta, em cargos de livre nomeação e exoneração, daqueles que forem condenados em trânsito julgado por delitos previstos na Lei Maria da Penha.** Disponível em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2200407>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Lei Estadual do Rio de Janeiro nº 8.301, de 28 de fevereiro de 2019. **Veda a nomeação para cargos em comissão de pessoas que tenham sido condenadas pela Lei Federal nº 11.340, no âmbito do estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro, 2019.

Disponível em:

<<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25edae7e64db53b032564fe005262ef/998cb21d7d9bb434832583b60070a6e9#:~:text=Lei%20Ordin%C3%A1ria&text=LEI%20N%C2%BA%208301%20DE%2028,ESTADO%20DO%20RIO%20DE%20JANEIRO.>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

_____. Secretaria Nacional de Enfrentamento à Violência contra as Mulheres. Secretaria de Políticas para as Mulheres. Presidência da República. **Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres.** Brasília, 2011. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 10 jun. 2020.

MASCOTTE, Larissa. Alterações legislativas da Lei Maria da Penha no ano de 2019.

Supremo Concursos. Disponível em: <<https://blog.supremotv.com.br/alteracoes-legislativas-da-lei-maria-da-penha-no-ano-de-2019/>>. Acesso em: 06 jan. 2021.

PENHA, Maria da. **Sobrevivi... posso contar.** São Paulo: Armazém da Cultura, 2015.

SAFFIOTI, Heleieth. **O poder do macho.** São Paulo: Editora Moderna, 1987.

PUBLICIDADE INFANTIL, SUPERENDIVIDAMENTO E PANDEMIA

CHILD ADVERTISING, SUPERENDIVIDAMENTO AND PANDEMIA

Andréia Lourenço de Ornel¹

RESUMO: O presente artigo pretende investigar a influência exercida pela publicidade infantil sobre os desejos de consumo das crianças e os efeitos negativos decorrentes dessa relação, mais especificamente a relação da publicidade infantil com o superendividamento das famílias brasileiras no período de Pandemia do Covid-19. Sabe-se que a publicidade infantil possui grande poder de persuasão sobre os desejos de consumo das crianças, sendo utilizada como um instrumento de perpetuação da cultura do consumo. O mercado publicitário, conhecendo o alto poder de influência das crianças sobre os pais, se utiliza de todas as estratégias possíveis para convencê-las de que precisam daqueles produtos. No entanto, essa relação entre a publicidade infantil e a criança é desigual, causando efeitos negativos não só para o desenvolvimento desse público, mas também para suas famílias. É o caso do superendividamento, que afeta grande parte da população brasileira, onde os pais, na tentativa de proporcionar felicidade aos filhos, acabam se endividando e, até mesmo, se superendividando ao deixarem de pagar outras dívidas mais importantes. Nesse cenário, a utilização excessiva do crédito é vista como uma das principais causas desse fenômeno. A Pandemia do Covid-19 fez surgir uma nova realidade para a população, ocasionando o isolamento social, o que contribuiu para o maior contato das crianças com as mídias tradicionais e digitais e, conseqüentemente, com a publicidade. Além disso, ainda trouxe inúmeras consequências financeiras com o aumento do desemprego e a redução dos salários, agravando a situação econômica das famílias, que já vinham apresentando dificuldade para o adimplemento de suas dívidas.

Palavras-chave: Criança. Publicidade infantil. Superendividamento.

ABSTRACT: This article aims to investigate the influence of children's advertising on children's consumption desires and the negative effects resulting from this relationship, more specifically the relationship between children's advertising and the over-indebtedness of Brazilian families in the Pandemic period of Covid-19. It is known that children's advertising has great power of persuasion over children's consumption desires, being used as an instrument of perpetuation of the consumer culture. The advertising market, knowing the high power of influence of children over their parents, uses all possible strategies to convince them that they need those products. However, this relationship between advertising for children and children is uneven, causing negative effects not only for the development of this audience, but also for their families. This is the case of over-indebtedness, which affects a large part of the Brazilian population, where parents, in an attempt to provide happiness to their children, end up being indebted and even over-indebted when they fail to pay other more important debts. In this scenario, the excessive use of credit is seen as one of the main causes of this phenomenon. The Covid-19 Pandemic brought about a new reality for the population, causing social isolation, which contributed to the greater contact of children with traditional and

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pelotas – UFPEL. E-mail: ornelandrea@gmail.com.

digital media and, consequently, with advertising. In addition, it also brought numerous financial consequences with the increase in unemployment and the reduction of wages, aggravating the economic situation of families, who had already been struggling to meet their debts.

Keywords: Child. Children's advertising. Over-indebtedness.

Introdução

Há muitas décadas as mídias tradicionais já ocupam lugar significativo na vida das crianças como ferramentas de transmissão de informação e entretenimento e, sobretudo, como veículos de divulgação de produtos e serviços, influenciando diretamente no seu comportamento, principalmente no que se refere ao consumo. Com o surgimento das mídias digitais, o mercado publicitário encontrou mais um caminho para divulgar e estimular o desejo das crianças pelas suas marcas e produtos.

As empresas, conhecendo o alto poder de influência da publicidade sobre as crianças, bem como, o alto poder de influência das crianças sobre os pais, se utilizam de todas as estratégias possíveis para convencê-las de que precisam daqueles produtos. No entanto, o direcionamento da publicidade para a criança desrespeita a sua condição de pessoa em desenvolvimento, lhes inculcando hábitos consumistas que podem trazer diversas consequências negativas, inclusive para as famílias, como é o caso do superendividamento.

Dessa forma, o objetivo da pesquisa é demonstrar que a influência da publicidade sobre a criança é capaz de provocar ou contribuir para o superendividamento da família. Ainda, pretende-se verificar o agravamento dessa situação durante a pandemia do Covid-19, em razão de uma maior exposição das crianças às mídias tradicionais e digitais e à publicidade neste período, aliada aos impactos econômicos sofridos pelas famílias.

Para tanto, busca-se apresentar o tratamento dispensado pelo ordenamento jurídico brasileiro às crianças e adolescentes diante da publicidade para, após, demonstrar o quanto essa relação é desigual e a forma como pode contribuir para o fenômeno do superendividamento.

Ademais, a pesquisa se justifica em razão da importância dos temas abordados no período da Pandemia do Covid-19, já que se tratam de situações que fragilizam os direitos da criança e do adolescente e de seu núcleo familiar.

Ao fim da investigação conclui-se, com base em pesquisa bibliográfica e documental, que a publicidade infantil contribui para o superendividamento das famílias e que o período de Pandemia propicia o agravamento dessa situação.

1 A Doutrina da Proteção Integral e a Publicidade Infantil

Crianças e adolescentes nem sempre foram sujeitos de direitos no Brasil. Até a promulgação da Constituição Federal de 1988, o Brasil adotava a Doutrina da Situação Irregular para tratar das crianças e adolescentes, cuja as raízes se encontram no Código de Menores de 1927 (Código Mello Mattos) e sua adoção explícita no Código de Menores de 1979 (CUSTÓDIO, 2008, p.24).

A partir da Constituição Federal de 1988, o Brasil passa a adotar a Doutrina de Proteção Integral, estabelecendo direitos fundamentais, sem qualquer discriminação, a todas as crianças e adolescentes.

“Nesse cenário, Azambuja (2014, p. 73) explica que a criança passa a ser sujeito de direitos, a infância passa a ser reconhecida como fase especial do processo de desenvolvimento e a prioridade absoluta a esta parcela da população passa a ser princípio constitucional.”

Em 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), lei 8.090/1990, regulamentou o texto constitucional e afirmou uma profunda mudança de paradigma, como lei especial dirigida a proteção de toda criança e adolescente, compreendida como um ser em desenvolvimento e, portanto, vulnerável.

No entanto, apesar das diversas conquistas na área da infância e juventude, muitos desafios surgiram diante das transformações políticas, sociais, culturais e econômicas ocorridas na sociedade. O imenso avanço da tecnologia e o surgimento de novas mídias e redes sociais, vieram a facilitar o contato das crianças com a publicidade infantil e, consequentemente, a reprodução da cultura do consumo.

A questão da publicidade infantil é hoje um grande desafio que se coloca ao Estado, sociedade e famílias. Por estarem em fase de desenvolvimento, “as crianças não conseguem entender o caráter persuasivo ou as conotações irônicas embutidas nas mensagens publicitárias” (ANTUNES E BATISTA, 2016, p. 05), rendendo-se com maior facilidade aos apelos publicitários, sendo, portanto, consideradas hipervulneráveis e merecedoras de especial proteção.

A proteção jurídica destas crianças e de suas famílias perante a publicidade, pode ser encontrada a partir de um diálogo de fontes², que consiste na “aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas, leis especiais (como o CDC, a lei de seguro-saúde) e gerais (como o CC/2002), com campos de aplicação convergentes, mas não mais iguais” (MARQUES *apud* SANTOS; RASERA, 2017, p.11).

O artigo 4º do ECA, reproduzindo o disposto no artigo 227 da CF/88, traz os direitos fundamentais da criança e do adolescente, quais sejam, os direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária”. O mesmo dispositivo ainda detalha, em seu parágrafo único, a prioridade absoluta e a responsabilidade solidária da família, Estado e sociedade pela promoção e proteção dos direitos da criança e do adolescente.

Destaca-se ainda, o artigo 71 do ECA que prevê que “a criança e o adolescente têm direito à informação, cultura, lazer, esportes, diversões, espetáculos e produtos e serviços que respeitem sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.” Observa-se que, embora não traga normas específicas sobre a publicidade infantil, o Estatuto apresenta normas que limitam o conteúdo publicitário.

No âmbito das relações de consumo, o ordenamento jurídico brasileiro também busca a proteção dos direitos da criança, considerada hipervulnerável por apresentar uma fragilidade maior do que os outros consumidores.

Nesse sentido, Miragem (2016, p.132) explica a razão da hipervulnerabilidade das crianças:

Estes se encontram em estágio da vida em que não apenas permite que se deixem convencer com maior facilidade, em razão de uma formação intelectual incompleta, como também não possuem, em geral, o controle sobre aspectos práticos da contratação, como os valores financeiros envolvidos, os riscos e benefícios do negócio. Daí resulta que estejam em posição de maior debilidade com relação à vulnerabilidade que se reconhece a um consumidor *standard*.

Diante dessa condição de hipervulnerabilidade, o Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, § 2º, considera abusiva a “publicidade que se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança.” O artigo 39, inciso IV, do CDC, proíbe ao fornecedor, como prática abusiva, valer-se da “fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”.

² A teoria do diálogo das fontes foi idealizada na Alemanha pelo jurista Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg e trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques (MARQUES E BENJAMIN; 2020, p.26).

Essas normas incorporam a prioridade absoluta, a proteção especial e o melhor interesse da criança ao sistema protetivo dos direitos dos consumidores (HARTUNG; KARAGEORGIADIS, 2017, p. 177).

Além disso, com o intuito de assegurar os direitos da criança e do adolescente, previstos na Constituição Federal e Estatuto da Criança e do Adolescente, e com base no artigo 37, § 2º do Código de Defesa do Consumidor, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) aprovou a Resolução nº 163³ em 13 de março de 2014, considerando abusiva a publicidade e a comunicação mercadológica direcionada à criança:

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

- I - linguagem infantil, efeitos especiais e excesso de cores;
- II - trilhas sonoras de músicas infantis ou cantadas por vozes de criança;
- III - representação de criança;
- IV - pessoas ou celebridades com apelo ao público infantil;
- V - personagens ou apresentadores infantis;
- VI - desenho animado ou de animação;
- VII - bonecos ou similares;
- VIII - promoção com distribuição de prêmios ou de brindes colecionáveis ou com apelos ao público infantil; e
- IX - promoção com competições ou jogos com apelo ao público infantil.

Dessa forma, embora a publicidade se encontre sob a fundamentação da livre iniciativa econômica e da liberdade de expressão, sendo essa vinculada ao direito dos destinatários da mensagem publicitária em receber a informação que ela veicula, não pode ser mecanismo de lesão à direitos fundamentais (MIRAGEM; 2014, p.11).

Soma-se ainda aos dispositivos já mencionados como forma de proteção dos direitos da criança e do adolescente, o artigo 5º do Marco Legal da Primeira Infância, Lei nº 13.257/2016, que prevê como área prioritária para a criação de políticas públicas para a primeira infância a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.

Logo, num diálogo entre estes importantes Diplomas, conclui-se que as crianças são pessoas em desenvolvimento e que, por isso, necessitam de proteção especial.

³Com relação à competência para emitir resolução tratando deste tema, frisa-se que ao CONANDA, consoante artigo 88, II do ECA, foi incumbida a edição de normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente, observadas as linhas de ação e as diretrizes estabelecidas nos artigos 87 e 88 do mesmo diploma legal. Ainda, tal competência também é estabelecida pela Lei nº 8.242/91, em seu artigo 2º, I, regulamentada pelo Decreto nº 5.089/04.

2 A relação da publicidade infantil com a criança

A sociedade do consumo incentiva o cidadão, mesmo aquele sem dinheiro, a consumir. Observa-se cotidianamente todo um aparato destinado a seduzir e convencer o indivíduo à aquisição. A aquisição de certo produto ou serviço constitui-se modo de vida e de *status social*; uma forma de realização de sonhos e desejos, como forte via para uma felicidade humana idealizada através do materialismo. “No cenário atual, o ter tende a sobrepor o ser, caracterizando as relações de consumo em ser aquilo que têm, demonstrando claramente a alienação atual diante da sobreposição da posse à existência”. (SILVA, 2012, p.81)

Deste modo, o consumo ocupa lugar central na vida das pessoas, sendo uma característica cultural da atual sociedade. O ato de consumir, de forma racional, bens e produtos necessários à vida, até então não representa nenhum transtorno, no entanto, quando o consumo consciente se transforma em um consumo obsessivo, passa-se ao que se denomina de consumismo.

Acerca da distinção entre consumo e consumismo, Pasqualotto e Brito (2020, p.43) explicam que:

O consumo é parte indissociável do cotidiano do ser humano e consiste na aquisição de produtos e serviços no mercado a fim de satisfação das necessidades diárias do indivíduo. Já o consumismo pode ser definido como uma demanda por bens supérfluos, fruto de necessidades criadas pelo mercado, mas que, na realidade, não existem necessidades artificiais, portanto. No consumismo, as pessoas passam a consumir além de suas possibilidades, provocando diversas consequências negativas, podendo ocasionar, inclusive, o superendividamento e a frustração emocional do indivíduo por nem sempre conseguir satisfazer os seus anseios.

O consumismo pode ser estimulado por diversos fatores, mas a publicidade é, sem dúvida, o principal instrumento utilizado pelo mercado publicitário para persuadir o indivíduo a consumir de forma excessiva. Marques (2014, p.872) conceitua a publicidade como “toda informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a aquisição de um serviço”. Nota-se que a finalidade da publicidade nada mais é que econômica.

A publicidade infantil é aquela direcionada à criança e que se utiliza, estrategicamente, de objetos do universo infantil como brinquedos e personagens, despertando o interesse para o produto. Ela adota “a estratégia primordial para que o produto de uma empresa se destaque”: a sedução (SILVA, 2012, p. 80).

No atual contexto do mercado de consumo em massa, as crianças desempenham importante papel. Atuam na sociedade como consumidoras de produtos

infantis, são capazes de influenciar as decisões de compra de suas famílias e, futuramente, serão consumidores adultos, sendo consideradas uma grande fonte de lucros para as empresas (D'AQUINO, 2017, p. 26). Como importantes consumidores, o mercado publicitário direciona todo a sua força para esse público.

Nesse sentido, aponta Buckingham (2013, p.15)

Desde el momento em el que nacen, los niños de hoy son ya consumidores. Las infancias contemporáneas se viven em un mundo de bienes y servicios comerciales. El marketing orientado a los niños no es em absoluto nuevo, pero ahora estós desempeñan un papel cada vez más importante, tanto em cuanto consumidores por derecho como por su influencia em sus padres. Están expuestos a um número y uma gama crecientes de mensajes comerciales que van mucho más allá de la publicidad tradicional em los media. Están rodeados de invitaciones e incentivos para comprar y consumir; y las fuerzas comerciales influyen cada vez más también em sus experiencias em terrenos como las emisiones radiotelevisivas públicas, la educación y el juego.

Observa-se que as empresas têm investido muito na publicidade, ocupando todos os espaços dos meios de comunicação existentes para persuadir a população ao consumo, utilizando-se especialmente do mundo digital, onde a divulgação de produtos e marcas se disseminou. Desde cedo as crianças fazem parte da cultura consumista, tornando-se “alvos das campanhas publicitárias e destinatários de produtos pensados exclusivamente para atender as suas necessidades”. (PEDOTT; AZEVEDO, 2020, p.193)

O acesso ao mundo digital tem sido cada vez maior pelas crianças e adolescentes. O telespectador da televisão migrou para a Internet. Uma pesquisa da TIC Kids Online Brasil demonstra que 82% das crianças e adolescentes com idades entre 9 e 17 anos eram usuários de internet no ano de 2016. Entre os usuários na faixa etária de 11 a 17 anos, 69% tiveram contato com publicidade em sites de vídeos e 62% em redes sociais. Além disso, o acesso às mídias móveis no cenário atual é muito mais frequente. *Tabletes* e *Smartphones* estão por toda a parte, facilitando o acesso das crianças aos seus perfis nas redes sociais, plataformas de vídeos e jogos.

No atual cenário midiático não é possível isolar as crianças dos apelos pelo consumo, tornando-se tarefa difícil aos pais o controle dos desejos dos filhos e a educação para o consumo consciente. Se de um lado se encontram os pais, sobrecarregados com as tarefas diárias de trabalho e cuidados com os filhos, do outro estão as empresas, aumentando os seus investimentos no público infantil a cada ano para garantir que as crianças mantenham o contato diário com a publicidade (LINN apud ANDI; 2009, p.13).

Ainda, aliado à força do mercado publicitário está o contato cada vez mais frequente e precoce das crianças com os equipamentos tecnológicos, o que facilita o acesso às mídias

digitais e, também, possibilita o constante contato com a publicidade. Por essa razão, a publicidade infantil tem sofrido cada vez mais restrições em diversos países (MARQUES ; BERTONCELLO, 2014, p.96).

Sabendo dessa realidade, as empresas de publicidade ocupam este espaço na busca de continuar sua comunicação com os consumidores e divulgar seus produtos. Muito mais do que despertar o desejo para o consumo, as empresas buscam a fidelização das crianças com suas marcas, adotando o lema do vale-tudo, onde são utilizadas as mais variadas técnicas e estratégias para que os produtos fiquem mais atrativos e despertem o interesse pelo consumo (ALANA, 2012, p. 09).

No entanto, as crianças se encontram em situação de fragilidade diante da publicidade.

A fraqueza da criança perante a publicidade decorre do seu desenvolvimento intelectual incompleto, o que faz com que ela não consiga desvendar a realidade existente por trás da publicidade e o seu verdadeiro objetivo de seduzir e induzir à aquisição do produto apresentado e, na maioria das vezes, a vontade despertada é momentânea e não se constitui em um verdadeiro objetivo (LA TAILLE; 2008, p. 19 e 20).

Assim, as empresas se aproveitam da condição de pessoa em desenvolvimento das crianças e direcionam sua publicidade a elas em busca de seu único objetivo: o lucro, desconsiderando as consequências negativas que podem afetá-las.

3 A publicidade infantil e o superendividamento: um agravamento em tempos de pandemia

Conforme demonstrado, a publicidade infantil influencia a criança ao consumismo e esse consumo imoderado pode trazer consequências para o seu desenvolvimento. Dessa forma, é evidente que na sociedade contemporânea de consumo, as crianças fazem jus à máxima proteção contra qualquer prática considerada abusiva, inclusive contra a publicidade.

Segundo Azevedo e Vasconcellos (2020, p. 324):

Em função do forte investimento em campanhas publicitárias, há um desequilíbrio de forças, ao considerar-se a decisão dos pais de um lado e a influência da criança ou do adolescente de outro, sendo que estes sofrem forte influência da publicidade e, conseqüentemente, em suas vontades vê-se refletida a intenção de comercialização de algum produto ou serviço.

Este desequilíbrio pode levar a um problema grave e crescente nas famílias brasileiras. Trata-se do superendividamento, considerado como a impossibilidade de o consumidor de boa-fé fazer frentes às suas dívidas com o patrimônio e a renda que possui sem prejudicar o mínimo existencial (MARQUES, 2020). A publicidade infantil e seu poder de influência ao consumo não afeta apenas a criança, mas todo o núcleo familiar, sendo um importante fator para o superendividamento das famílias (AZEVEDO; 2019, p. 21)

Ao direcionar a publicidade para a criança, o mercado publicitário não quer simplesmente mostrar o produto, mas garantir que ele seja comprado. Como forma de alcançar seu objetivo, a publicidade conversa com a criança e, obviamente, não se trata de uma conversa em pé de igualdade. Trata-se de uma conversa que busca embutir no imaginário da criança a ideia de que ela deve ter aquele produto de qualquer forma pois, só assim será mais feliz.

Ocorre que, para que a criança tenha o produto é necessário que seus pais comprem e é a partir daí que começam os problemas. Diante da necessidade de autoafirmação, muitas vezes elas entram em atrito com os pais ao exigirem deles produtos muito caros.

Dessa forma, a publicidade induz a criança a insistir demasiadamente para que seus pais cedam aos seus pedidos. É o chamado *fator amolação*, que tem sido muito utilizado como estratégia publicitária, justamente pelo fato de os pais acabarem rendendo-se aos apelos repetitivos das crianças (ALANA; 2013, p.22).

Nesse sentido, a publicidade além de interferir no desenvolvimento da criança ao estimular hábitos consumistas, também interfere na sua relação com os pais ao colocá-los “na situação difícil de aumentarem a quantidade de ‘nãos’ que devem dizer a ela quando necessário, contribuindo para o stress familiar” (ALANA; 2009, p.25).

Além disso, a insistência da criança para a aquisição do produto ainda pode levar ao endividamento dos pais, que, na busca de proporcionar uma maior felicidade para os filhos, acabam por ceder aos seus desejos de compra sem ter condições financeiras para isso, deixando até mesmo de adimplir outras dívidas mais importantes, conforme demonstra a pesquisa ‘Consumo Infantil’ (2015), realizada pelo SPC Brasil e Meu Bolso Feliz e que aponta que 36,7% das mães já ficaram endividadas pelas compras que fazem para os filhos.

Ainda, pesquisa do Instituto Locomotiva (2019) revela que 88% dos pais são influenciados pelos filhos em compras no supermercado e que 70% gastam mais nas compras quando estão acompanhados dos filhos, o que confirma o protagonismo das crianças quando o assunto é consumo.

Ocorre que nem sempre o indivíduo possui dinheiro para satisfazer seus desejos e/ou necessidades de consumo. Nesse contexto, surge a concessão de crédito, que nem sempre é algo ruim. Para Bolade (2012, p. 190), proporciona o acesso dos mais pobres a bens e serviços de consumo, sendo um fator de inclusão social. O que preocupa, no entanto, é a concessão de crédito de forma irresponsável. O fornecedor comete abuso de direito quando empurra ao consumidor um crédito fácil, sem as informações necessárias, sem esclarecê-lo adequadamente e sem alertá-lo do comprometimento de seu orçamento familiar.

Guilherme Wodtke (2014, p. 10) aduz que o superendividado se torna menos produtivo, sujeitando-se a trabalhar na economia informal e a se tornar dependente de benefícios sociais. No aspecto psicológico, demonstra uma fragilidade emocional, perda de autoestima e dificuldades nas relações interpessoais. Ramos (2016, p.7) explica que o acúmulo de preocupações pode gerar desentendimentos, mudança de comportamento, agressividade, impaciência e até violência doméstica e divórcio, sendo que, na esperança de reorganizar suas finanças, muitos comprometem o patrimônio e renda familiar. Há, por conseguinte, ofensa à dignidade da pessoa humana

Destarte, o uso imoderado do cartão de crédito em busca de saciar os desejos das crianças, estes por sua vez decorrentes do poder de persuasão da publicidade infantil, agrava a possibilidade do endividamento das famílias se tornar superendividamento. E a situação pode se agravar ainda mais diante de fenômenos que venham a dificultar o pagamento das dívidas (PEDOTT; AZEVEDO, 2020, p.198), como é o caso da Pandemia do Covid-19.

Esse fenômeno fez surgir uma nova realidade para a população. Se antes os consumidores já se encontravam com dificuldade para adimplir suas dívidas e ao mesmo tempo suprir as necessidades básicas de suas famílias, agora os problemas aumentaram.

Enquanto as contas de cartão de crédito, financiamentos, cheque especial, entre outras, não param de chegar, as famílias sofrem as consequências econômicas da pandemia, como o desemprego e a redução dos salários, consoante pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Economia da Fundação Getúlio Vargas (FGV IBRE) que indica que 53,5% dos consumidores consultados afirmaram que sua família sofreu algum tipo de impacto em seus trabalhos e 43,9% ficaram impedidas de trabalhar em razão do isolamento social.

Dados levantados durante a pandemia já indicam que o percentual de endividados está aumentando mês a mês, chegando a 67,4% em julho de 2020 (PEIC, 2020), o que sugere que o período pós-pandemia será ainda mais difícil para as famílias brasileiras.

Por outro lado, a pandemia também transformou a vida das crianças brasileiras. Com o fechamento das escolas como forma de prevenção do contágio, as crianças estão confinadas

em casa. A educação à distância tem sido uma alternativa temporária para a continuidade do ano letivo, no entanto, não é a realidade de todas as crianças por diversos fatores, como a falta de internet e computador ou celular em casa.

Todavia, diante desse confinamento, a exposição das crianças à publicidade tende a aumentar e isso se dá tanto com relação às crianças que continuam assistindo às aulas de forma remota, quanto às que não tiveram essa possibilidade, já que a televisão também é um meio de disseminação de publicidade infantil.

Todas essas mudanças decorrentes da pandemia também despertaram a preocupação de de organizações da sociedade civil na proteção da infância, como o Instituto Alana que disponibilizou uma série de vídeos⁴ com orientações às famílias de como buscar uma relação saudável entre as crianças e o ambiente digital durante o período de isolamento social. Além disso, a organização emitiu uma carta aberta aos governos e empresas que busca a proteção dos direitos fundamentais da criança durante a pandemia, com os seguintes pedidos:

1. Autoridades de proteção de dados cooperem globalmente para publicar e aplicar diretrizes, monitorar práticas e garantir o cumprimento pelas plataformas de aprendizagem remota (e-learning), aplicativos infantis e outras tecnologias10educacionais.
2. Criadores de políticas públicas considerem o impacto do uso atual da aprendizagem remota, e se comprometam a produzir e publicar estudos de impacto sobre os direitos das crianças e proteção de dados. Que recomendem e adotem para as escolas somente plataformas e recursos que sigam as obrigações de respeitar, proteger e garantir os direitos da criança no ambiente digital e o Comentário Geral No.16 da ONU (2013) sobre o impacto do setor1112de negócios sobre os direitos da criança. Que publiquem qualquer decisão sobre a adoção de produtos ou serviços no âmbito nacional, e que se comprometam a avaliar as práticas e impactos junto com a sociedade civil e as comunidades mais afetadas e marginalizadas após o término da situação de emergência.
3. Provedores não explorem a participação das crianças em educação compulsória para ganhos comerciais, especialmente neste momento em que o consentimento não pode ser considerado livre. Que sigam as melhores práticas de acordo com a lei, e com as adequadas proteções para a segurança e privacidade das crianças, incluindo criptografia e proteção de dados por design e por default; evitando caracterização ou profiling, padrões sombrios (darkpatterns) ou a interferência de técnicas opacas de incentivos para tomada de decisão e análise comportamental e emocional. Que sejam totalmente transparentes sobre o processamento de dados pessoais, tomadas de decisão automatizadas, e as fontes e premissas de qualquer dado de treinamento utilizado em ferramentas que utilizam inteligência artificial.13
4. Educadores devem providenciar e recomendar recursos com os quais as crianças podem aprender sem a interferência de monitoramento, caracterização, mineração de dados, marketing ou manipulação para exploração comercial.

Com relação ao superendividamento das famílias, cabe destacar, embora não seja objeto de pesquisa do presente trabalho, o Projeto de Lei 3515/2015, que trata da atualização

⁴ Os vídeos estão disponíveis no canal do YouTube do Instituto, disponível em: <https://bit.ly/playlistteceinfancia>.

do CDC em matéria de crédito e superendividamento e que está sendo considerado como uma possível solução no período pós-pandemia, trazendo, além de técnicas de prevenção, a possibilidade da criação de um plano extrajudicial, entre devedores e credores, com medidas para o pagamento das dívidas.

Conclusão

O Brasil vem evoluindo na proteção da criança. Se antes esta era apenas um objeto da norma, hoje é sujeito de direitos e exige de todos a proteção integral e a prioridade na aplicação das leis e medidas que melhor resguardem os seus interesses.

A interpretação sistemática da Constituição Federal, do Estatuto da Criança e do Adolescente, do Código de Defesa do Consumidor, da Resolução nº 163 de 2014 do Conselho Nacional dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes (Conanda) e do Marco Legal da Primeira Infância (artigo 5º), demonstra, claramente, que a publicidade infantil é abusiva e, portanto, proibida.

Apesar da publicidade infantil não ser a principal responsável pelo superendividamento das famílias brasileiras, restou demonstrado na presente pesquisa, que os apelos para o consumo de produtos e serviços, praticados por empresas publicitárias, contribuem para sua ocorrência, considerando o poder de persuasão que a publicidade exerce sobre as crianças e o poder da influência das crianças nas decisões de compra das famílias. Além disso, demonstrou-se que a pandemia agravou esse quadro em razão das consequências sofridas pelas famílias brasileiras, como desemprego e redução de salários, além de proporcionar uma maior exposição das crianças à publicidade.

Em que pese existir todo um aparato protetivo às crianças, ainda se faz necessária a adoção de medidas de alerta e conscientização dos pais e responsáveis para que monitorem seus filhos naquilo que assistem, mas isso não significa dizer que eles são os únicos responsáveis por esse controle, considerando que muitas vezes não conseguem exercer o seu papel diante do assédio publicitário. Nesse sentido, iniciativas como as do Instituto Alana ajudam na proteção dos direitos da criança.

Embora os pais sejam responsáveis primários pela educação dos filhos e possuam dever primordial de controlar e impor limites aos seus desejos, bem como de educá-los para que sejam consumidores conscientes, não se pode olvidar que a criança não vive em uma "bolha", aliás é direito dela conviver em sociedade, e nesse convívio social ela também é induzida a ser um consumidor.

A questão vai além da criação de normas e da atuação dos pais e responsáveis, trata-se também da necessidade de uma mudança de visão da sociedade e dos próprios agentes políticos em relação à criança. Ainda hoje a sociedade não entende o ECA e trata as crianças como se fossem adultos pequenos. Além disso, é preciso que esses agentes compreendam a publicidade infantil como abusiva.

A proteção efetiva da criança frente a publicidade é um longo caminho a ser trilhado. Uma maior fiscalização do Poder Público com a efetiva aplicação de sanções àqueles que abusam da publicidade infantil e a criação de Políticas Públicas de educação e prevenção do consumo auxiliam nessa proteção.

Referências

ANTUNES, Luan de Oliveira; BATISTA, Daniela Ferreira Dias. A hipervulnerabilidade da criança diante da abusividade da publicidade infantil. In: **Anais do XV Congresso de Iniciação Científica das Faculdades Integradas de Ourinhos**. São Paulo, ed. 15^a, 2016. Disponível em: http://www.cic.fio.edu.br/anaisCIC/anais2016/pdf/07_07.pdf. Acesso em: 24 ago. 2020.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A publicidade e seus reflexos no desenvolvimento da criança: o papel da família e da educação. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

AZEVEDO, Fernando Costa; VASCONCELLOS, Estela Maris Foster. Hipervulnerabilidade das crianças consumidoras: Uma reflexão à luz dos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade. In: **Revista Húmus**, Maranhão, v. 10, n. 28, p. 309-335, 2020. Disponível em: <http://www.periodicoseletronicos.ufma.br/index.php/revistahumus/article/view/12140>. Acesso em: 25 jul. 2020.

AZEVEDO, Fernando Costa. O núcleo familiar como coletividade hipervulnerável e a necessidade de sua proteção contra os abusos da publicidade dirigida ao público infantil. In: **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 123, p. 17-35, maio/junho 2019.

BOLADE, Geisianne Aparecida. O Superendividamento do Consumidor como um Problema Jurídico-Social. ANIMA: **Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET**, Curitiba PR – Brasil, ano. 3, n. 8, p. 180-209, jul/dez 2012.

BRASIL, Constituição Federal. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Decreto nº 17.943-A de 12/10/1927. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm> Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei 8.069 de 13/07/1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Lei 8.078 de 11/09/1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm> Acesso em: 23 ago. 2020.

BRASIL. Resolução nº 163 de 13/03/2014. Dispõe sobre a abusividade do direcionamento de publicidade e de comunicação mercadológica à criança e ao adolescente. Brasília, SEDH/CONANDA, 2014. Disponível em: <<http://dh.sdh.gov.br/download/resolucoes-conanda/res-163.pdf>> Acesso em: 23 ago. 2020.

BUCKINGHAM, David. **La infancia materialista. Crecer en la cultura consumista**. Ediciones Morata, 2013.

CNC. **Pesquisa Nacional de Endividamento e Inadimplência do Consumidor** (Peic Nacional). 2020. Disponível em: <http://www.cnc.org.br/editorias/economia/pesquisas/pesquisa-de-endividamento-e-inadimplencia-do-consumidor-peic-julho-0>. Acesso em: 26 de jul. de 2020.

CUSTODIO, André. Teoria da proteção integral: pressuposto para compreensão do direito da criança e do adolescente. **Revista do direito**, n. 29, p. 22-43, 2008.

D'AQUINO, Lúcia Souza. **Criança e publicidade: Hipervulnerabilidade?** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

FGV IBRE. **Impacto da pandemia do novo coronavírus nos consumidores e empresários**. Maio de 2020. Disponível em: https://portalibre.fgv.br/sites/default/files/2020-06/impacto-da-pandemia-de-covid-19-em-empresas-e-consumidores-fgv-ibre-suep_maior_2020-3.pdf. Acesso em: 27 de jul. de 2020.

HARTUNG, Pedro Afonso Duarte; KARAGEORGIADIS, Ekaterine Valente. A regulação da publicidade de alimentos e bebidas não alcoólicas para crianças no Brasil. **Revista de Direito Sanitário**, v. 17, n. 3, p. 160-184, 2017.

INFÂNCIA, E. CONSUMO: estudos no campo da comunicação; coordenado por Veet Vivarta. **Brasília, DF: ANDI**, 2009. Disponível em: <http://www.andi.org.br/politicas-de-comunicacao/publicacao/infancia-consumo-estudos-no-campo-da-comunicacao> Acesso em: 28 de agosto de 2020.

INSTITUTO Alana . Apresentação do Projeto Criança e Consumo, envio de materiais e solicitação de informações sobre ações de marketing dirigidas ao público infantil. **Instituto Alana**, 2012. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/06/12_carta_america.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

INSTITUTO Alana. Carta aberta a elaboradores de políticas públicas, autoridades de proteção de dados e provedores, sobre a rápida adoção de tecnologias para fins educacionais ao redor do mundo. **Instituto Alana**, 2020. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Carta-aberta_protec%C3%A7%C3%A3o-digital.pdf; Acesso em: 24 de nov. de 2020.

INSTITUTO Alana. Projeto Criança e Consumo. Porque a publicidade faz mal para as crianças. **Instituto Alana**. 2009. Disponível em.

https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/alana/por_que_a_publicidade_faz_mal_para_as_crianças.pdf Acesso em: 28 ago. 2020.

INSTITUTO Alana. Representação – Ação de comunicação mercadológica do Mc Donald's em instituições escolares. **Instituto Alana**, 2013. Disponível em: https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2014/05/representacao_dpdc_minedu1.pdf. Acesso em: 28 ago. 2020.

LA TAILLE, Y. de. Contribuição da psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança. **Brasília: Conselho Federal de Psicologia**, 2008. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf. Acesso em: 28 de agosto de 2020.

LOCOMOTIVA E DOTZ. **Pesquisa Crianças brasileiras**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://criancaeconsumo.org.br/wp-content/uploads/2019/11/Crian%C3%A7as-brasileiras-Locomotiva-Dotz-PPT-Outubro-de-2019.pdf>; Acesso em: 26 de jul. de 2020

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman. A teoria do diálogo das fontes e seu impacto no Brasil: uma homenagem a Erik Jayme. **Revista de Direito do Consumidor**, 2020.

MARQUES, Cláudia Lima. **Covid-19, o Superendividamento do Consumidor e a Atualização do CDC**. Aula Magna ministrada ao PPGD em . Pelotas, UFPel, 2020.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima; BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. Publicidade e infância: sugestões para a tutela legal das crianças. In: PASQUALOTTO, Adalberto; ALVAREZ, Ana Maria Blanco Montiel. **Publicidade e Proteção da Infância**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

MIRAGEM, Bruno. **.A Constitucionalidade da Resolução 163 do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda)**. Disponível em: <<http://criancaeconsumo.org.br/biblioteca/parecer-professor-bruno-miragem-a-constitucionalidade-da-resolucao-163-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/>> Acesso em: 10 de junho 2019.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PASQUALOTTO, Adalberto; DE BRITO, Dante Ponte. REGIME JURÍDICO DA PUBLICIDADE NAS REDES SOCIAIS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR. **Revista FIDES**, v. 11, n. 1, 2020.

PEDOTT, Nathércia; DE AZEVEDO, Fernando Costa. SUPERENDIVIDAMENTO: UM OLHAR A PARTIR DA SOCIEDADE DE CONSUMO. **Revista FIDES**, v. 11, n. 1, 2020.

RAMOS, Deise Emanuele Lima de Menezes. As consequências do superendividamento familiar nas relações de consumo. **Revista Âmbito Jurídico**. n. 149, jun. 2016.

SANTOS, Gabriel Teixeira; RASERA, Jessica Caroline Pauka. O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O PROCEDIMENTO DAS EXECUÇÕES FISCAIS: UM DIÁLOGO NECESSÁRIO. **ETIC-ENCONTRO DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA-ISSN 21-76-8498**, v. 13, n. 13, 2017.

SILVA, Lorena Bandeira da. Sobre o consumo e o consumismo: a consumação do vazio. **Revista Logos & Existência**, v. 1, n. 1, p. 79-87, 2012.

SPC Brasil. **Pesquisa ‘Consumo Infantil’**. 2015. Disponível em: https://www.spcbrasil.org.br/uploads/st_imprensa/analise_consumo_infantil_setembro_20151.pdf; Acesso em: 26 de jul. de 2020.

TIC Kids Online Brasil 2016. **Pesquisa sobre o uso da Internet por crianças e adolescentes no Brasil**. 5ª. ed. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2017. Disponível em: https://www.cetic.br/media/docs/publicacoes/2/TIC_KIDS_ONLINE_2016_LivroEletronico.pdf. Acesso em: 22 ago. 2020.

WODTKE, Guilherme Domingos Gonçalves. O Superendividamento do Consumidor: as possíveis previsões legais para seu tratamento. 2018. Disponível em: http://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/guilherme_wodtke_2014_2.pdf. Acesso em: 24 de nov. de 2020.

RECOMENDAÇÃO N° 62/2020 DO CNJ E O COVID-19 NAS PRISÕES: UMA ANÁLISE DO DIREITO À SAÚDE DAS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE À LUZ DO ACESSO À JUSTIÇA.

RECOMMENDATION N° 62/2020 OF CNJ AND COVID-19 IN PRISONS: AN ANALYSIS OF THE RIGHT TO HEALTH FOR PEOPLE DEPRIVED OF THEIR LIBERTY IN THE LIGHT OF ACESS TO JUSTICE

Lorena Carvalho Leite Garcia de Oliveira¹

Resumo

Este trabalho versa sobre a análise da recomendação n° 62 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça-CNJ, que dispõe sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus-SAR/COVID-2019 no âmbito dos sistemas de justiça penal. Essa análise pautar-se a do comparativo com o projeto “Infovírus”, que é um observatório do covid nas prisões, formado por pesquisadores dos grupos CEDD - Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder Controle e Dano Social (UFSC/UFSM) e autônomos. O objetivo do artigo é analisar o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade através do embate das informações trazidas pelo observatório, no âmbito do acesso à justiça em um sentido mais amplo, evidenciando as violações de direitos que se intensificam com a pandemia e a falta de cumprimento da recomendação. Para a consecução da presente pesquisa, serão utilizados quatro relatórios produzidos pelo “infovirus”, que irão evidenciar a realidade do cumprimento da recomendação bem como os dados reais de infecção nos presídios, além da análise da recomendação n° 62/2020 do CNJ, dados do DEPEN, legislação nacional e internacional, numa abordagem interdisciplinar. Através disso, foi possível concluir que acesso à justiça é poder concretizar os direitos por meio de uma tutela jurídica, e no contexto atual de pandemia, a concretização do direito à saúde é o cumprimento do que preceitua a recomendação. Uma vez que a recomendação não está sendo cumprida, há a violação do direito à saúde das pessoa privadas de liberdade e do acesso à justiça.

Palavras-chave: Direito à saúde; Acesso à justiça; Covid-19; “Infovírus”; Pessoas privadas de liberdade.

Abstract

This paper deals with the analysis of the recommendation n° 62 of March 17, 2020 of the National Council of Justice-CNJ, which provides for the adoption of preventive measures for the spread of the infection by the new coronavirus-SAR/COVID-2019 in the framework of criminal justice systems. This analysis is based on the comparison with the "Infovirus" project, which is an observatory of the prison den formed by researchers from the CEDD groups- Center for the Study of Inequality and Discrimination (Unb), Asa Branca criminology group (UFPE and UNICAP), Criminology Research Group (UEFS UNEB), Power Control and Social Harm Group (UFSC/UFSM) and autonomous. The aim of the article is to analyze the right to health of people deprived of liberty through the clash of Information brought by the observatory, within the scope of access to justice in a broader sense, highlighting the rights violations that are intensifying with the pandemic and the lack of compliance with the

recommendation. To achieve this research, four reports produced by "infovirus" will be used, which will highlight the reality of compliance with the recommendation as well as the actual infection data in prisons, in addition to the analysis of the recommendation n° 62/2020 of the CNJ, DEPEN data, national and international legislation, in an interdisciplinary approach. Through this, it was possible to conclude that access to justice means being able to implement rights through legal protection, and in the current context of a pandemic, the realization of the right to health is the fulfilment of the recommendation. Since the recommendation is not being complied with, there is a violation of the right to health of people deprived of liberty and access to justice.

Key words: Right to health; Access to Justice; Covid-19; "Infovirus"; People deprived of their liberty.

Introdução

Em dezembro de 2019, em Wuhan na China, surgem casos de pneumonia desconhecida, sendo divulgado o código genético desse vírus no mesmo mês, sendo identificado como um vírus do tipo corona, causador de infecção respiratória (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). A Organização Mundial de Saúde (OMS), em 11 de março de 2020, declarou situação de Pandemia Mundial em virtude doença nomeada de Covid-19, causada pelo vírus (BBC BRASIL, 2020).

Não demorou muito para que o vírus se alastrasse pelo mundo e como medida preventiva, o governo brasileiro em 04 de fevereiro de 2020, declarou "emergência em saúde pública de importância nacional" (Portaria 188/GM/MS), que estabelece, dentre outras ações, o isolamento social (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020). O primeiro caso no país foi confirmado em 26 de fevereiro de 2020, no estado de São Paulo, e hoje somam-se mais de 4.6 milhões de casos confirmados, com 140.000 mortos aproximadamente (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2020).

No âmbito das pessoas privadas de liberdade, segundo a organização Ponte Jornalismo (STABILE, 2020), o primeiro caso surgiu em Belém no mês de abril, com um apenado que cumpria pena no regime semiaberto no CPPB (Centro de Progressão Penitenciária do Pará). Atualmente, segundo a DEPEN (2020) temos cerca de 26 mil casos confirmados no sistema prisional brasileiro, com 110 óbitos, e em nível internacional, 224.893 e 2010 óbitos.

E quando falamos em medidas preventivas, o Conselho Nacional de Justiça, de modo a adotar medidas preventivas contra a infecção do "novo coronavírus" – SAR/Covid-2019 no

âmbito dos sistemas de justiça penal no Brasil, em 17 de março estabeleceu a recomendação nº 62/2020.

A referida recomendação, em seu artigo 4º, inciso I, propõe aos magistrados com competência na fase de conhecimento criminal, a reavaliação das prisões provisórias levando em conta:

- a) mulheres gestantes, lactantes, mães ou pessoas responsáveis por criança de até doze anos ou por pessoa com deficiência, assim como idosos, indígenas, pessoas com deficiência ou que se enquadrem no grupo de risco; b) pessoas presas em estabelecimentos penais que estejam com ocupação superior à capacidade, que não disponham de equipe de saúde lotada no estabelecimento, que estejam sob ordem de interdição, com medidas cautelares determinadas por órgão do sistema de jurisdição internacional, ou que disponham de instalações que favoreçam a propagação do novo coronavírus; c) prisões preventivas que tenham excedido o prazo de 90 (noventa) dias ou que estejam relacionadas a crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa; (CNJ, 2020)

Porém segundo a organização Ponte Jornalismo (STABILE,2020), a informação do primeiro caso, registrado em Belém, no Pará, não constava nas estatísticas oficiais do Depen (Departamento Penitenciário Nacional), do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Quando o primeiro caso ocorre no âmbito do sistema penal e é subnotificado, é de extrema importância a análise dessa subnotificação, levando em conta a violação de direitos como saúde e acesso à justiça, uma vez que já estava em vigor a recomendação 62/2020.

No mesmo sentido, no Instagram @infovirusprisões, do projeto “Infovírus” foi divulgado em 18 de abril, um post sobre uma fala do ex-ministro da Justiça Sérgio Moro (ministro naquela época), em uma entrevista da Record-R7 em 13 de abril de 2020. O referido post traz a fala de que tudo estava controlado, mesmo tendo havido alguns casos de infectados identificados no sistema prisional. Como crítica, o projeto asseverou que:

Dados do Departamento Penitenciário Nacional apontam que o Brasil tem uma superlotação de mais de 300 mil pessoas presas. Neste cenário, é impossível deslocar as pessoas de uma cela para outra garantindo a não transmissão da Covid-19. Faltam insumos básicos para a higiene e controle sanitário nas unidades prisionais e não existem profissionais de saúde suficientes para atuar na contenção da doença. Inúmeros relatórios do Mecanismo Nacional de Prevenção e Combate à Tortura e de outras organizações que acompanham o sistema prisional mostram que não há água e sabão em todas as unidades prisionais. Conforme o próprio Ministro da Justiça, não há previsão para testagem de presos. Não é factível afirmar que há qualquer tipo de controle sobre prevenção, transmissão e contágio de Covid-19.” (INFOVIRUS,2020)

É nesse contexto que o presente estudo se desenvolve, através da análise da recomendação nº 62 de 17 de março de 2020 do Conselho Nacional de Justiça -CNJ, que dispõe sobre a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo “novo

coronavírus” – SAR/Covid-2019 no âmbito dos sistemas de justiça penal em um comparativo com o projeto “Infovírus”, que é um observatório do Covid-19 nas prisões.

O “Infovirus” é um observatório sobre a COVID-19 nas prisões formado por pesquisadores dos grupos CEDD - Centro de Estudos de Desigualdade e Discriminação (UnB), Grupo Asa Branca de Criminologia (UFPE e UNICAP), Grupo de Pesquisa em Criminologia (UEFS/UNEB) e Grupo Poder Controle e Dano Social (UFSC/UFMS) e autônomos. São veiculados boletins diários, boletins semanais além do “de olho no painel do Depen” que realiza a checagem dos dados e métodos utilizados pela Depen, publicados no Instagram @infovirusprisões e no site <https://www.covidnasprisoas.com/infovirus>.

Por meio do embate das informações trazidas, têm-se como objetivo analisar o cumprimento da recomendação através do “Infovírus”, evidenciando violações no direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, bem como o acesso à justiça em um sentido mais amplo, que irá consistir da efetividade da tutela jurídica disposta na recomendação.

Para a consecução do presente trabalho, a busca não pautar-se-á exclusivamente da análise crítica da recomendação nº 62/2020 do CNJ. Para além, serão utilizados quatro relatórios do “Infovírus”, que evidenciam a realidade do cumprimento dos pedidos de reavaliação provisória baseados na recomendação, bem como dados reais de infecção nos presídios, contrastados com os dados da Depen.

Para tanto, esta pesquisa irá analisar a legislação nacional e internacional, no que dispõe acerca dos direitos à saúde. Dessa forma, a metodologia será centrada numa abordagem interdisciplinar, tendo por base o método hipotético-dedutivo, utilizando-se da técnica bibliográfica, análise de dados estatísticos e levantamento documental.

A recomendação 62/2020 do CNJ com as medidas recomendadas têm como foco a prevenção da infecção pelo COVID-19, e visam a manutenção da saúde das pessoas privadas de liberdade, e é nesse contexto o presente trabalho visa discutir, acerca da efetividade dessa recomendação a partir da análise do projeto “Infovírus”.

1 Direito à saúde das pessoas privadas de liberdade

Está disposto nos artigos 41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal (BRASIL,1984), o direito de assistência à saúde, tanto de caráter preventivo como curativo, além do Plano Nacional de Saúde no Sistema Penitenciário, que dispõe sobre as diretrizes do tratamento de saúde dos presos. Além desses dispositivos referentes à saúde, temos também a resolução 14 de 1994(BRASIL,1994) que dispõe sobre a regularização das instalações ambulatoriais e, no

âmbito internacional, os Princípios Básicos para o tratamento de presos que em seu artigo 9º institui às pessoas privadas de liberdade o acesso aos serviços de saúde.

O direito de assistência à saúde garante que o preso tenha direito ao tratamento médico, farmacêutico e odontológico, possibilitando também seu acesso aos serviços de saúde mesmo fora do estabelecimento penal, mediante autorização. Portanto, o estabelecimento penal deve contar com equipe médica para que esse direito possa ser especificado, e mesmo que não possua, isso não deve ser óbice para seu tratamento médico gratuito, uma vez que lhe é garantido o acesso à saúde fora da unidade prisional, com saída autorizada e escoltada.

Porém a realidade não se coaduna com o que é positivado em lei. Segundo a CPI do Sistema Carcerário(BRASIL,2009), violações à saúde são constantes e presentes na maioria dos estabelecimentos penais do Brasil, motivo pelo qual foi escolhida a CPI de 2009, uma vez que esta prioriza as violações que ocorrem nos presídios, de importância para a discussão do tema direito à saúde, objeto do trabalho. Foram constatadas as seguintes informações:

“No distrito de Contagem, na cela nº 1, um senhor de cerca de 60 anos tinha o corpo coberto de feridas e estava misturado com outros 46 detentos. Imagem inesquecível! No Centro de Detenção Provisória de Pinheiros, em São Paulo, vários presos ação parlamentar 203 CPI do Sistema Carcerário com tuberculose misturavam-se, em cela superlotada, com outros presos aparentemente “saudáveis”. Em Ponte Nova, os presos usavam creolina para curar doenças de pele. Em Brasília, os doentes mentais não dispunham de médico psiquiátrico. Na penitenciária de Pedrinhas, no Maranhão, presos com gangrena na perna... Em Santa Catarina, o dentista arranca o dente bom e deixa o ruim no lugar. Em Ponte Nova e Rio Piracicaba, em Minas Gerais, registrou-se a ocorrência de 33 presos mortos queimados(...)Se o homem já sofre com a falta de cuidados médicos, as mulheres presas padecem em razão do descaso que impera nas penitenciárias femininas.” (BRASIL,2009, p. 202-203)

Quanto à higiene, que faz parte da assistência à saúde, em âmbito nacional, temos a resolução 14 de 1994 que se coaduna com as Regras Mínimas da ONU para o Tratamento dos Prisioneiros(ONU,1990). Ambas garantem assistência à higiene, devendo o estabelecimento penal garantir artigos de higiene, ambiente limpo, água potável, fornecendo assim condições para que os presos se mantenham limpos. Mas na realidade, esse direito não é garantido, como mostra o relatório da CPI carcerária:

Muitos estabelecimentos penais são desprovidos de banheiros e pias dentro das celas e dormitórios ou próximos a esses. Quando tais instalações existem, comprometem a privacidade do preso. O Estado também não oferece aos presos artigos necessários à sua higiene pessoal, como sabonete, dentifrício, escova de dente e toalhas. (BRASIL,2009, p. 195)

A superlotação dos presídios, agrava as condições de higiene e saúde para os apenados. Segundo o Conselho Nacional do Ministério Público, no relatório do Sistema Penitenciário em Número de 2019, o Brasil tem uma taxa de superlotação de 161,60%, dispondo de 446.389 vagas para cerca de mais de 720.000 presos (CNMP,2019).

Para corroborar, a ADPF 347 (BRASIL,2015) reconheceu o “estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, abrangendo essas violações tangentes à higiene, saúde e superlotação. O Min. Relator Marco Aurélio concluiu que:

A superlotação carcerária e a precariedade das instalações das delegacias e presídios, mais do que inobservância, pelo Estado, da ordem jurídica correspondente, configuram tratamento degradante, ultrajante e indigno a pessoas que se encontram sob custódia. As penas privativas de liberdade aplicadas em nossos presídios convertem-se em penas cruéis e desumanas. Os presos tornam-se ‘lixo digno do pior tratamento possível’, sendo-lhes negado todo e qualquer direito à existência minimamente segura e salubre. Daí o acerto do Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, na comparação com as ‘masmorras medievais (BRASIL,2015).

Por fim, vale ressaltar que a própria recomendação assevera que os ambientes prisionais são insalubres e possui a questão da aglomeração de pessoas, ou seja, de fácil contágio e proliferação do vírus. Portanto, a recomendação levando em conta a questão dos grupos de risco e tipos de regime no qual se recomenda a prisão domiciliar por força da pandemia, há uma gama muito grande de pessoas privadas de liberdades com direito à recomendação, tendo incidência no Art. 4º inciso I, letra b, que dispõe sobre questões de saúde, higiene e superlotação.

2 Acesso à justiça

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil, prevê o acesso à justiça no art. X. É garantido o acesso à justiça enquanto modo de se obter uma tutela justa, igual e imparcial para decisão de seus direitos e defesa ao estabelecer que “Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (ONU,1948).

No âmbito internacional, a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe sobre o direito ao acesso à justiça ao asseverar que todo indivíduo tem o direito fundamental à prestação jurisdicional sem dilações indevidas. O Brasil, como signatário, através do decreto de nº 678/92, ratificou a convenção (BRASIL,1992).

Nacionalmente, o acesso à justiça se constitui como um direito fundamental, positivado na Constituição Federal de 1988. Em seu art. 5º, inciso XXXV assegura que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, ou seja, o estado não pode negar-se a solucionar qualquer conflito de alguém que alegue lesão ou ameaça de direito, sendo o acesso à justiça a prerrogativa de acesso ao Poder Judiciário por meio da tutela do estado, tutela essa indisponível, a partir do momento em que o cidadão que tenha seus direitos lesados, se configura como parte legítima dessa relação.

Para corroborar com a qualidade direito fundamental do acesso à justiça, observam Cappelletti e Garth (1999, p. 12) que “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”. Portanto, o acesso à justiça, a partir do momento que se configura como um direito fundamental, deve fazer parte do cotidiano até daqueles que estão encarcerados, sendo prerrogativa essencial para que garantam seu devido processo legal à luz da dignidade humana.

Segundo asseveram Cappelletti e Garth (1988) o acesso à justiça é determinante para definir algumas finalidades do ordenamento jurídico, tais como o meio pelo qual as pessoas podem reivindicar direitos ou resolver litígios através do estado, acessível a todos, aliado a resultados justos. O acesso à justiça consiste, principalmente, em ao indivíduo estar assegurada a prerrogativa de buscar o amparo do estado para resolver qualquer questão que o acometa. Nesse sentido, segundo Silva (2013) o acesso à justiça possui duas acepções: a primeira que implica na acessibilidade de todos ao judiciário independentemente de raça, cor, sexo, condição social; a segunda que implica na sua efetividade no âmbito processual com a finalidade de mitigar as injustiças sociais.

No âmbito das pessoas privadas de liberdade a Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) garante em seus artigos 15 e 16 assistência jurídica àqueles que não possuem condições financeiras para contratarem um advogado através da assistência jurídica integral e gratuita pela Defensoria Pública. Porém a realidade se difere do que é garantido por lei e segundo o Diretor da Depen Maurício Kuehne, na CPI carcerária de 2009, “cerca de 30% dos presos brasileiros deveriam estar fora das prisões, o que não ocorre, em face da deficiente assistência jurídica (BRASIL, 2009, p. 220-221).

Quando fala-se em acesso à justiça no meio prisional, ele deve ser entendido no seu direito mais amplo, que começa com as garantias dos direitos fundamentais à saúde, educação, trabalho, assistência material, religiosa, visitas e vai até a assistência jurídica que deve garantir um devido

processo legal, defesa técnica e cumprimento de resoluções, decretos que visem trazer maior efetividade ao cumprimento de seus direitos.

No contexto atual de mais de 800 mil presos no país, com 41,5% sem condenação (BARBIÉRI,2019), que sofrem violações constantes de direitos, destaca-se o direito à saúde que em meio à pandemia deve se efetivar através do acesso à justiça por meio do cumprimento da recomendação nº 62/2020 (CNJ,2020).É o acesso à justiça em seu sentido amplo que irá garantir o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade, e uma vez que esse acesso não é garantido, todos os outros direitos, juntamente com o da saúde, são violados.

3 “Infovírus” e a violação de direitos

Para a consecução da pesquisa foram escolhidas quatro postagens, que são “Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19”; “Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do Covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras”; “Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia”; “Depen mantém restrições a direitos no Sistema Penitenciário Federal”.

Com o objetivo de evidenciar e realizar uma melhor análise das postagens, foram feitas tabelas que contém os dados importantes que corroboram com a questão levantada de violações de direitos atinentes à saúde e acesso à justiça. Divididas por título das postagens, as tabelas contém a data de publicação, além do depoimento/pesquisa que corroboram e fundamentam a publicação. É importante mostrar também os direitos violados, depreendidos da análise das postagens, bem como a manifestação do DEPEN, sobre as informações acostadas na matéria ou aquilo que eles divulgam no seu site, uma vez que eles são órgão responsável pela publicização das informações concernentes ao sistema carcerário brasileiro.

Tabela 1- “Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia”

DATA	DEPOIMENTO/PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
21 de Julho de 2020	“Narram a ocorrência de agressões dentro dos presídios, além de condições precárias de saúde física e	Art. 41,X da LEP (direito de visita e contato com o	O painel informa 27 detecções do novo coronavírus em

	mental em prisões baianas(..)” “Eleine Paixão denuncia que não recebe informações sobre seu marido, apenado do Conjunto Penal de Salvador, desde 8 de março”	mundo externo); Art. 5º,III da CF(tortura)	estabelecimentos prisoniais do estado, mas nenhum caso suspeito e nenhum óbito até o dia 21 de julho.
--	--	--	--

(INFOVIRUS,2020a)

Tabela 2-“Tribunal de justiça de São Paulo nega 88% dos habeas corpus pedidos em razão da covid-19”

DATA	DEPOIMENTO/PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
17 de Junho de 2020	Uma pesquisa conduzida por professoras e professores do Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito de São Paulo analisou 6.781 decisões de Habeas Corpus, que mencionam a COVID-19, entre os dias 18 de março e 4 de maio. Em 88% dos casos, o pedido foi negado.	Artigo 4º, inciso I da Recomendação nº 62/2020 do CNJ.	Não houve manifestação sobre.

(INFOVIRUS,2020b)

Tabela 3. “Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras”

DATA	DEPOIMENTO/PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN
28 de Junho de 2020	<p>Principalmente na Bahia, no Rio Grande do Norte e em Alagoas acumulam-se problemas como tortura e maus-tratos frequentes, ausência de testagem de presos sintomáticos ou recém-chegados, falta de EPIs, materiais de higiene e estrutura adequada.</p> <p>Atos de familiares na Cidade Administrativa em Minas Gerais demandam informações e denunciam falta de alimentos, higiene e cobertores para os detentos.</p>	<p>41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal(direito à saúde)</p> <p>Art. 5º,III da CF(tortura)</p>	<p>No RN, ainda houve a inconsistência no número de recuperados: de 7 para 8 de junho dez recuperados no painel do Depen sumiram.</p> <p>Antônio tinha 67 anos, era cardiopata e hipertenso e sua morte não foi contabilizada, ainda com o teste positivo para COVID-19</p>

(INFOVIRUS,2020c)

Tabela 4. “Depen mantém restrições a direitos no sistema penitenciário federal”

DATA	DEPOIMENTO/PESQUISA	VIOLAÇÃO DE DIREITO	MANIFESTAÇÃO DEPEN

17 de Junho de 2020	<p>O Sistema Penitenciário Federal, diferente dos sistemas estaduais, não tem um quadro de superlotação. Porém, justamente por ser uma instituição de segurança máxima, apresenta riscos específicos à saúde física e mental dos custodiados.</p> <p>As regras internacionais de direitos humanos recomendam que essa modalidade de prisão ocorra em períodos reduzidos, em face da excepcionalidade da arquitetura e da estrutura funcional das unidades. No contexto da pandemia, torna-se ainda mais importante atentar para as questões relativas à saúde mental, agravadas por este regime ainda mais restritivo.</p>	41, VII e 11, II da Lei de Execução Penal (direito à saúde)	<p>Entretanto, o Depen não explica qual o quadro efetivo de contaminação nas unidades e quais as medidas para sair da crise. Em 20 de maio, foi registrado o primeiro caso entre detentos da Penitenciária Federal e em 30 de junho o <u>painel do Depen</u> informa que há um caso suspeito, um caso confirmado e um recuperado.</p>
---------------------	--	---	---

(INFOVIRUS,2020d)

Através das informações acostadas nas tabelas 1 à 4, é possível perceber, por essa amostra pequena de manchetes que os direitos das pessoas privadas de liberdade estão sendo violados e intensificados na pandemia. A principal violação diz respeito ao direito à saúde, com o aumento da precarização das condições de higiene nos conjuntos penais, visto que a maioria recebia por meio de seus parentes, e sem as visitas, ficaram sem o fornecimento de materiais de higiene. Além disso, com a falta de visitas a fim de cumprir o isolamento, temos a violação desse direito somada aos maus tratos, que violam o artigo Art. 5º,III da Constituição que dispõe da proibição de tratamento cruel, desumano e degradante.

É de suma importância destacar a manchete “Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19”, que se constitui como justificção do presente trabalho. É através dela que é evidenciado a falta de efetividade da recomendação nº 62/2020 do CNJ, trazendo como consequência a violação do direito à saúde, e num contexto mais amplo, do acesso à justiça.

Com a página no Instagram desde 16 de abril e com estreia do site em julho, somam-se 143 posts informativos que evidenciam o descumprimento das medidas recomendadas pelo CNJ. Esse descumprimento mostra a negligência do direito à saúde, este que por sua vez é inexistente nos conjuntos penais, devido a superlotação de fácil proliferação de doenças.

O contexto atual da pandemia e de isolamento social agravam o cumprimento de pena daqueles que estão privados de liberdade. A portaria nº 28/2020 do Ministério da Justiça e segurança Pública(BRASIL,2020), suspende, entre outros, as visitas familiares, o que fere o direito de visita e contato com o mundo externo, disposto no art. 1, inc. X da LEP. E, além disso, são perceptíveis os contrastes entre o que é recomendado pelo CNJ e as informações do “Infovirus”, evidenciando que não há saúde para as pessoas privadas de liberdade e não há efetividade do acesso à justiça.

Portanto, é dever do estado prestar jurisdição no atual contexto de pandemia, assegurando o direito à saúde das pessoas privadas de liberdade com o cumprimento da recomendação e melhorias na higiene dos presídios. É evidente que isso não ocorre, uma vez que além das subnotificações do covid nos presídios, pedidos de pessoas que integram o grupo que têm direito ao benefício estão sendo negados, com um resultado de maior contaminação de presidiários, funcionários, cortes de direitos (visita, pastorais) e mortes.

Conclusão

No âmbito dos sistemas de justiça penal, em 17 de março de 2020, o Conselho Nacional de Justiça estabeleceu a recomendação nº 62/2020 com o objetivo de adotar medidas preventivas no contexto de infecção pelo novo coronavírus-SAR/COVID-2019.Em virtude disso o trabalho foi proposto com o objetivo de analisar o cumprimento da recomendação em um comparativo com o projeto “Infovírus”, através da metodologia bibliográfica e documental de análise de quatro manchetes desse projeto.

O estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro(BRASIL,2015) evidencia que não há saúde nos presídios, e portanto, ele se configura como um ambiente propício à propagação do vírus. Nesse sentido a recomendação se propôs a garantir o direito à

saúde nos presídios, mas segundo o projeto “infovírus” violações de direitos, especialmente o direito à saúde, estão ocorrendo, evidenciando falta de acesso à justiça quando não é garantido à pessoa privada liberdade seus direitos positivados.

Efetividade segundo Barroso(1993) é a realização do direito, o desempenho concreto de sua função social. A recomendação nº 62/2020 do CNJ em um comparativo com os posts do “Infovírus”, mostra-se inefetiva, a partir do momento em que direitos estão sendo negados às pessoas privadas de liberdade, especialmente o direito à saúde.

Acesso à justiça é poder concretizar os direitos através de uma tutela jurídica. No contexto atual de pandemia e superlotação dos presídios, esse acesso se dá pela reavaliação das prisões provisórias, que está disposto na recomendação nº 62/2020 do CNJ, e em um sentido mais amplo, o acesso das pessoas privadas de liberdade a defensores que possam pleitear esses direitos.

Temos uma tutela jurídica que em tese garante o direito à saúde a uma ampla gama de beneficiários, mas que não está sendo cumprida evidenciando a falha de acesso à justiça das pessoas privadas de liberdade e esses familiares, um acesso à justiça em um sentido amplo, que evidencia a negligência da saúde das pessoas privadas de liberdade.

Referências

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação**. G1. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghhtml>. Acesso em 17 de outubro de 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas - limites e possibilidades da constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2ª edição, 1993.

BBC BRASIL. **Coronavírus: OMS declara pandemia**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-51842518>. Acesso em: 26 de julho de 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. Câmara dos Deputados. **Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

_____. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária.

Resolução 14, de 11/11/1994. Disponível em:

<http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/regras-minimas-para-tratamento-dos-presos-no-brasil.pdf>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública/Departamento Penitenciário Nacional.

Portaria nº 28 de 26 de junho de 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-28-de-26-de-junho-de-2020-263898776>(portaria. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

_____. Presidência da República. **Constituição da República Federativa do Brasil 05.10.1988**. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 de abril de 2020.

_____. Presidência da República. Lei das Execuções Penais, **Lei 7.210 de**

11/07/1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 05 abril. de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347: **MEDIDA CAUTELAR NA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. Relator Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, setembro de 2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 05 abril de 2020.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema prisional em números**. CNMP, 2019. Disponível em : <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso em: 23 de agosto de 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução nº 62 de 17 de março de 2020**.

Disponível em : <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/03/62-Recomenda%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em : 05 abril de 2020.

DEPEN. **Painel de monitoramento dos Sistemas Prisionais Covid-19**. Departamento penitenciário Nacional. Disponível em :

<https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoieYThhMjk5YjgtZWQwYS00ODlkLTg4NDgtZTFhMTgzYmQ2MGVliiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9> . Acesso em : 28 de julho de 2020.

INFOVIRUS. **Entidade e famílias denunciam falta de notícias e agressões a apenados na Bahia**. Disponível em : <https://www.covidnasprisoas.com/blog/entidades-e-familias-denunciam-falta-de-noticias-e-agressoes-a-apanados-na-bahia?categoryId=173484>. Acesso em : 21 de julho de 2020a.

_____. **Surto de subnotificação: mais uma semana de alastramento do Covid-19 e da desinformação nas prisões brasileiras**. Disponível em:

<https://www.covidnasprisoas.com/blog/resumo-da-semana-21-a-27-de-junho>. Acesso em: 29 de junho de 2020c.

_____. **Depen mantém restrições a direitos no Sistema Penitenciário Federal**.

Disponível em: <https://www.covidnasprisoas.com/blog/depen-mantem-restricoes-a-direitos-no-sistema-penitenciario-federal>. Acesso em: 30 de junho de 2020d.

_____. **Tribunal de Justiça de São Paulo nega 88% dos Habeas Corpus pedidos em razão da Covid-19**. Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) e da Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito de São Paulo. Disponível em : <https://www.covidnasprisoas.com/blog/tribunal-de-justica-de-sao-paulo-nega-88-dos-habeas-corpus-pedidos-em-razao>. Acesso em: 17 de junho de 2020b.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Linha do tempo do corona vírus**. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/linha-do-tempo/>. Acesso em: 5 de abril de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE (BR). **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020.**

Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV). Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 5 de abril de 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE(BR). **Painel de casos de doença pelo coronavírus 2019 (COVID-19) no Brasil pelo Ministério da Saúde.** Ministério da Saúde, Secretaria de

Vigilância em saúde, Departamento de informática do SUS. Disponível em:

<https://covid.saude.gov.br/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

ONU. **Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos.**1990.Disponível em :

https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em : 23 de agosto de 2020.

Rodrigues, Horácio Wanderlei **Acesso à justiça no direito processual brasileiro / Horácio Wanderlei Rodrigues.** - São Paulo : Acadêmica, 1994.

SILVA, Juvêncio Borges. O Acesso à Justiça Como Direito Fundamental e Sua Efetivação Jurisdicional. **Revista de Direito Brasileira**, [S.l.], v. 4, n. 3, p. 478-503, set. 2013. ISSN 2358-1352. Disponível em:

<<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2648/2542>>. Acesso em: 27 set. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2358-1352/2013.v4i3.2648>.