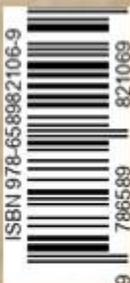


Jaqueline Alves da Silva Demétrio
(Organizadora)

caderno jurídico



Jaqueline Alves da Silvs Demétrio
(Organizadora)

CADERNO JURÍDICO

**EDUEMA
2021**

© copyright 2021 by UNIVERSIDADE ESTADUAL DO MARANHÃO

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. Todos os direitos desta edição reservados à EDITORA UEMA

CADERNO JURÍDICO

DIVISÃO DE EDITORAÇÃO

Jeanne Ferreira de Sousa da Silva

EDITOR RESPONSÁVEL

Jeanne Ferreira de Sousa da Silva

CONSELHO EDITORIAL

Alan Kardec Gomes Pachêco Filho

Ana Lucia Abreu Silva

Ana Lúcia Cunha Duarte

Cynthia Carvalho Martins

Eduardo Aurélio Barros Aguiar

Emanoel Cesar Pires de Assis

Emanoel Gomes de Moura

Fabíola Oliveira Aguiar

Helciane de Fátima Abreu Araújo

Helidacy Maria Muniz Corrêa

Jackson Ronie Sá da Silva

José Roberto Pereira de Sousa

José Sampaio de Mattos Jr

Luiz Carlos Araújo dos Santos

Marcelo Cheche Galves

Marcos Aurélio Saquet

Maria Medianeira de Souza

Maria Claudene Barros

Rosa Elizabeth Acevedo Marin

Wilma Peres Costa

CAPA E DIAGRAMAÇÃO

Hyago Silva Borges de Oliveira

DEMÉTRIO, Jaqueline Alves da Silva. Caderno Jurídico/ Jaqueline Alves da Silva Demétrio. - São Luís: Eduema, 2021.

p. 209

ISBN: 978-658982106-9

I. Jaqueline Alves da Silva Demétrio. 1. Direito. 2. A Ciência do Direito.
3. Caderno Jurídico.



EDITORA UEMA

Cidade Universitária Paulo VI – C.P. 09 CEP: 65055-970 – São Luís/MA www.uema.br - editorauema@gmail.com

PREFÁCIO

Um dos grandes desafios para a melhoria da qualidade da produção científica em nossa Universidade, particularmente no curso de Direito, é sem dúvida a publicização dos trabalhos desenvolvidos pelos alunos do curso sob a orientação dos professores nas atividades acadêmicas.

Por vezes, a pesquisa se articula nas atividades de ensino, pesquisa e extensão e nem sempre ganham o espaço de destaque que merecem. Nesse sentido, tenho imenso orgulho em prefaciá-lo este caderno jurídico produto de artigos científicos realizados como notas parciais de disciplinas do curso de direito da UEMA.

Na condição de professora orientadora, de alguns artigos aqui presentes e do grupo de extensão, GEAPJ, bem como de Diretora do Curso de Direito da UEMA, recomendo a leitura desta importante obra jurídica que trará contribuições assertivas para a construção do pensamento na área do direito em suas distintas ramificações.

O caderno estrutura-se nas áreas do direito cujas temáticas passeiam pelo direito constitucional, administrativo, do trabalho, penal, internacional e sobremaneira nos direitos humanos sob o despertar do olhar crítico jurídico que se busca na academia.

Há, portanto, a exposição do que se pensa e faz no curso de direito da UEMA através de disciplinas e grupos de pesquisa e extensão. Nesse sentido, o que se realiza e reflete nesse contexto acadêmico contribui na formação humana, e não apenas acadêmica, e com o propósito de produção do conhecimento científico, a apreensão dos saberes e valores produzidos que se inserem no centro do processo ensino-aprendizagem e do trabalho acadêmico, visto que a educação é um direito humano e social.

Assim, a proposta desta obra, de maior diálogo e reflexão nas temáticas jurídicas, é louvável e deve ser incentivada por todos aqueles que estão

verdadeiramente preocupados com a universidade, como curso e a formação e qualificação do corpo discente e docente.

Esta obra certamente irá interessar a toda academia que compartilha o propósito da fomentação do ensino, pesquisa e extensão e sobremaneira aos pesquisadores que em diferentes níveis buscam o aprimoramento do conhecimento compartilhado e ampliado para a transformação de suas realidades, bem como a da sociedade em que vivemos.

Profa. Dra. Jaqueline Alves da Silva Demetrio
Março de 2021.

SUMÁRIO

PREFÁCIO 4

Capítulo 1 - ANÁLISE DOS IMPACTOS DA ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIALISTA NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO NA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE 9

Beatriz Carolina Silva Leão
Jean Carlos Nunes Pereira

Capítulo 2 - AFIRMAÇÃO E MITIGAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL PÓS- 1988: uma análise acerca da presunção de inocência 32

Gabriella Carvalho Brito
Teo Azevedo Sousa

Capítulo 3 - DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DAS “REGRAS DE MANDELA” NO DIREITO BRASILEIRO: ênfase nas repercussões na seara da execução penal 51

Ana Beatriz Melo Gomes
Beatriz Carolina Silva Leão
Bruna Marcele Soares Gomes
Hyago Silva Borges de Oliveira

Capítulo 4 - A CONSTRUÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 71

Alexandre Bezerra Praseres

Capítulo 5 - A CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO 87

David Lino Aragão
João Vítor de Azevedo Felizardo Cantanhêde

Capítulo 6 - ZONA DE EXPORTAÇÃO DO MARANHÃO: Efetividade e Viabilidade Econômica, Social e Financeira..... 109

Elioenai Ráilson da Silva Vale
Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

Capítulo 7 - A IMPORTÂNCIA DA FORÇA CONTRAMAJORITÁRIA FRENTE À INFLUÊNCIA DA CONSCIÊNCIA COLETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO..... 131

Andressa da Silva Cunha
Sofia da Silva Pereira

Capítulo 8 - BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS 146

Alexandre Bezerra Praseres
Carlos Henrique Rodrigues Vieira

Capítulo 9 - OS DIREITOS DO TRABALHO DO EMPREGADO DOMÉSTICO E OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19..... 162

Ana Paula Santiago de Sousa
Victória Sá Pinto
Jaqueline Alves da Silva Demétrio

Capítulo 10 - OS DIREITOS DO TRABALHO NA CONSTRUÇÃO CIVIL: efeitos da pandemia do novo coronavírus (covid-19) sobre os contratos de empreitada.. 180

Lorena Abreu Leite de Almeida
Tcheurly Silva Ribeiro
Jaqueline Alves da Silva Demétrio

Capítulo 11 - O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO COROLÁRIO DO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA: Análise à luz da realidade jurisdicional brasileira e da Corte Interamericana de Direitos Humanos. 191

Bruna Marcelle Soares Gomes

Teo Azevedo Sousa

Capítulo 1

ANÁLISE DOS IMPACTOS DA ADMINISTRAÇÃO PATRIMONIALISTA NA EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO NA SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE

Beatriz Carolina Silva Leão¹
Jean Carlos Nunes Pereira²

RESUMO: A manifestação hodierna dos resquícios da Administração Pública Patrimonialista perdura para além dos entraves legais propositais. O art. 37, V, da Constituição Federal legitima a atribuição em cargos comissionados à servidores públicos efetivos, entretanto, a omissão legislativa quanto à forma de admissão desses servidores fortalece critérios subjetivos que fogem ao caráter fiscalizatório do Estado e do cidadão. Portanto, a influência dessa cultura pautada no coronelismo implica na ineficácia de políticas públicas, desmanteladas pela descontinuidade dos serviços, uma vez que a transição governamental acarreta a mudança de gestor e, por consequência, de grande parcela do quadro funcional, principalmente, dos setores estratégicos. A despeito do modelo gerencial ser o mais recente, contraposto a quaisquer características de patrimonialismo, não há o que se falar em superação. Nesse sentido que se congregam os estudos desse artigo, a Secretaria Municipal de Saúde de São Luís, como pauta institucional, compila obscuridade e omissão, de modo que a essencialidade do serviço prestado não possa desprezada.

Palavras-chave: Patrimonialismo. Políticas públicas. Administração Pública brasileira. Secretaria Municipal de Saúde.

ABSTRACT: Today's manifestation of the remains of the Patrimonial Public Administration lasts beyond the deliberate legal obstacles. Art. 37, V, of the Federal Constitution legitimizes to remain in charges commissioned to effective civil servants, however, the legislative omission regarding the form of admission of civil servants strengthens subjective criteria that are beyond the inspection character of the State and the citizen. Therefore, the influence of this culture based on "coronelismo" implies the ineffectiveness of public policies, dismantled by the discontinuity of services, since a government transition leads to a change of manager and, consequently, a large part of the staff, especially in the strategic sectors. Despite the management model being the most recent, as opposed to any characteristics of patrimonialism, there is nothing to talk about overcoming. In this sense that the studies of this article are gathered, a Municipal Health Secretary of São Luís, as an institutional agenda, compiles obscurity and omission, so that the essentiality of the service provided cannot be overlooked.

¹ Acadêmica do curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão. Bolsista do PIBIC/UEMA 2018-2019. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8565212451542833>.

² Professor Mestre da Universidade Estadual do Maranhão.

Key-words: Patronage. Public's Politic. Brazilian public management. Municipal Health Secretary.

1. INTRODUÇÃO

Diante da necessidade de averiguar a sucateamento de órgãos públicos na seara municipal, encontrou-se a Secretaria Municipal de Saúde de São Luís, a qual serve de parâmetro para um estudo aprofundado da (des)continuidade de serviços públicos essenciais, como a saúde. Nesse sentido, o presente trabalho busca trazer à tona a real conjuntura, na perspectiva dos servidores que efetivamente trabalham na área, acerca das implicações que as trocas contínuas de pessoal podem acarretar.

Indubitavelmente, a narrativa construída havia de perpassar pelo levantamento bibliográfico acerca da temática proposta a debate. Nesse sentido, o enriquecimento interpretativo no aprofundar dos meandros do patriarcalismo brasileiro, vislumbra demonstrar a interdisciplinaridade do tema.

Na historiografia brasileira, outrossim, é relevante ressaltar que há escritores consagrados que possibilitaram a interpenetração entre várias fontes de pesquisa, das ciências. Ademais, alguns marcos normativos foram de suma importância, tal qual a Lei 8.080/90 e da Constituição Federal; bem como cartilhas do Ministério da Saúde e documentos administrativos internos da SEMUS, além dos indicadores do TCE/MA, que medem a efetividade administrativa do município.

Por fim, a pesquisa de campo retirou a pesquisadora do nicho acadêmico, inserindo-a na ambiência do processo, o qual necessita do olhar íntimo, estreito e pessoal com o objeto da pesquisa. Observando a estruturação no *locus* do problema, percebeu-se a viabilidade de apresentá-lo em seguimentos: a estrutura da SEMUS; o quadro de pessoal; e, por fim, os impactos da ausência de políticas de capacitação nos programas de saúde. Para tanto, utilizaram-se o método dedutivo e histórico, visto que há adequada interação entre o texto e os elementos que o seguem, com o fim de conduzir o procedimento ora relatado.

2. OS RESQUÍCIOS PATRIMONIALISTAS NA CONJUNTURA BRASILEIRA

A conjugação de três momentos da Administração Pública no Brasil traça o perfil socioeconômico do país, no qual há percalços desmedidos que fogem ao controle Estatal. Não há o que se falar em superação de um pelo outro no decorrer da história, pode-se – como coexistiu – se apresentar de forma concomitante a atuação variada em determinado lapso temporal.

É válido ressaltar que a conjuntura político-administrativa brasileira se apresentava em ciclos, os quais eram direcionados por ditames econômicos. Estes, por sua vez, representavam a vontade de uma minoria que estruturava todo aparelhamento estatal.

Por muito tempo, os colonizadores se fizeram presentes e ditaram as regras perante seus colonizados, paulatinamente, modificou-se a aristocracia lusitana para brasileira sem superação dos laços, sejam políticos ou consanguíneos. Com isso, a fusão do público com o privado tornou-se o âmago da politicagem brasileira.

A comunidade política conduz, comanda, supervisiona os negócios, como negócios privados seus, na origem, como negócios públicos depois, em linhas que se demarcam gradualmente. [...] Dessa realidade se projeta, em florescimento natural, a forma de poder, institucionalizada num tipo de domínio: o patrimonialismo, cuja legitimidade assenta no tradicionalismo — assim é porque sempre foi. O comércio dá o caráter à expansão, expansão em linha estabilizadora, do patrimonialismo, forma mais flexível do que o patriarcalismo e menos arbitrária que o sultanismo. (FAORO, 2001, p. 866)

O gérmen da organização política-administrativa fez prosperar um infrutífero aparato de órgãos respaldados nos ordenamentos tradicionalmente cultivados. Ainda hoje, tendo em vista a descentralização política administrativa, as disputas políticas logram êxito sem que haja um papel político concatenado, um programa consistente.

Inúmeras famílias brasileiras constituíram-se subordinadas à preservação do *status quo*, isto é, a condição em que os laços consanguíneos que foram firmados à época serviriam para manutenção das camadas sociais mais quistas, articuladas pela conjugação marital arranjada a fim de atender preliminarmente às diretrizes econômicas. Nessa configuração, ratifica-se a hierarquização socioeconômica do país,

desfavorecendo o reajuste social, enrijecendo o sistema. Conforme Sergio Buarque de Holanda, (1995, p. 82):

A nostalgia dessa organização compacta, única e intransferível, onde prevalecem necessariamente as preferências fundadas em laços afetivos, não podia deixar de marcar nossa sociedade, nossa vida pública, todas as nossas atividades. Representando, como já se notou acima único setor onde o princípio de autoridade é indisputado, a família colonial fornece a ideia mais normal do poder, da respeitabilidade, da obediência e da coesão entre os homens. O resultado era predominarem, em toda a vida social, sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, uma invasão do público pelo privado, do Estado pela família. (HOLANDA, 1995, p. 82)

O cenário encontrou guarida no sistema patriarcalista e latifundiário em que se encontrava o Brasil Colonial. O senhor, dono de terras, era o centro de poder familiar, político, econômico e até mesmo religioso, uma vez que as igrejas não mais detinham o poder de mando, encontrando-se subservientes.

Por muito tempo no Brasil, houve o amesquinamento do município e suas atribuições. A autonomia *legal* era extirpada pelo mandonismo local transformando-se em *extralegal*. Nesse sentido, pode-se citar a condescendência das legislações, por consequência, os desmandos tornavam-se um sustentáculo cada vez mais fortalecido das patifarias dos chefes locais.

Não se pode, entretanto, compreender o funcionamento das instituições daquele tempo, inclusive das autoridades locais, com a noção moderna de separação de poderes, baseada na divisão das funções em legislativas, executivas e judiciárias. Havia, nesse terreno, atordoadora confusão, exercendo as mesmas autoridades funções públicas de qualquer natureza, limitadas quantitativamente pela definição, nem sempre clara, das suas atribuições, e subordinadas a um controle gradativo, que subia até ao Rei (NUNES LEAL, 1997, p. 82)

A transição da administração pública patrimonialista não se deu de forma estanque. Ainda que Weber tenha aprimorado em sua literatura os institutos que norteiam o Estado: os processos formais de estruturação do papel Estatal e instrumentos racionais à conquista civilizatória. A lei, na perspectiva subordinada, embruteceu o

Estado, transformando os servidores em meros produtores da normatividade jurídica. “Ela (burocracia) desenvolve sua peculiaridade específica (...), com tanto maior perfeição quanto mais se “deshumaniza”. (WEBER, 1990, p. 213)

Cumprir destacar que para além da institucionalização, o regime jurídico-administrativo brasileiro congrega dois supraprincípios, delineados por Celso Antônio Bandeira de Mello (2014, p. 57): *a supremacia do interesse público sobre o particular* e a *indisponibilidade do interesse público pela Administração*, dos quais emanam a salvaguarda das prerrogativas do Direito Público. Do contrário, quando da negligência a estes princípios atenta-se contra todo ordenamento jurídico.

Não obstante, percebe-se que, outrora, a condescendência e obscuridade das legislações criaram óbice a efetividade do aparelhamento estatal, igualmente fomentado pela inexistência de parâmetros legais amplamente divulgados de atuação dos entes, de forma a tornar a execução do planejamento estatal a cargo do caráter subjetivo destes. Nesse sentido, prosperava a promiscuidade entre políticas de governo e políticas de estado.

Em decorrência disso, o caput do art. 37 da Constituição Federal é preciso ao evocar os princípios norteadores da Administração Pública, tornando explícito o necessário para garantir o controle dos arbítrios e enfatizar que a conduta do sujeito representante do Estado é tão somente uma conduta vinculada dimensão pública dos interesses coletivamente assistidos.

Com a introdução do princípio da Eficiência, pela Emenda Constitucional nº 19/98, como diretriz jurídica, no modelo Gerencial de Administração Pública, há reviravoltas a estruturação político-administrativa. A ideia de formatação de todo sistema é contraposta a proximidade com o mercado, tornando-o mais eficiente e flexível às mudanças. A preocupação pauta-se nos resultados produzidos, diferentemente do viés burocrático, no qual se priorizavam os meios.

O Estado Democrático de Direito tem a alternância de poder como prerrogativa de seu regime. Do contrário, não se poderia falar em democracia. Entretanto, é indiscutível a incidência de abalos políticos em âmbitos estratégicos de

atuação do Estado, consubstanciando a precariedade dos serviços. Desprestigiando a continuidade.

Nesse cenário, busca-se entender de que modo as políticas públicas encabeçadas pelo Estado – longe de redundâncias, uma vez que não é função restritiva do mesmo, vid. os coronéis – se tornam estagnadas, pautando-se na descontinuidade, distante da conjuntura política de princípios constitucionais norteadores do Direito Administrativo, instabilizando-os. Di Giovanni sintetiza (1998) o exposto, ao dizer que:

A proteção social exercida através do Estado é socialmente assumida como função do poder político e representa a existência de um conjunto de garantias, mais ou menos extensas, através de intervenção política e administrativa. Mas, a existência e a constituição de sistemas de proteção desta natureza não excluem a persistência ou a constituição de outras formas de proteção, privadas, nas quais o alcance dos mesmos objetivos está confinado a acordos entre sujeitos, seja na base de relações mercantis ou fundada em vínculos tradicionais. (p.13).

Constata-se, com isso, que de sobremaneira a descentralização de forças estatais tornou-se mola propulsora e justificativa ao anacronismo histórico-administrativo, haja vista sua instrumentalidade na promoção das políticas públicas, as quais se confundem com o arranjo tradicional beneficiadas por uma autonomia escusa de fiscalizações, semelhante à época da “Políticas dos Governadores”.

Os servidores públicos são aqueles que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob o vínculo de dependência (MELO, 2016, p. 260). Igualmente, estes exercem o papel de protagonistas na execução, mediata ou imediata, dos programas municipalistas.

A Constituição Federal legitima a atribuição de funções públicas a servidores de carreira, amparando, assim, uma importante válvula para desmandos. Insta esclarecer que ao conservarem seus prestígios provenientes da função exercida, evitam adotar posturas que desagradem os agentes dotados de plena liberdade em investi-los ou desinvesti-los a qualquer tempo (MELO, 2016).

3. A SECRETARIA MUNICIPAL DE SAÚDE DE SÃO LUÍS E O PATRIMONIALISMO ÀS AVERSAS

3.1. Estrutura da Secretaria Municipal de Saúde de São Luís

Com fulcro na pesquisa bibliográfica, para além da compreensão social e sob o foco da sistemática política-administrativa, notou-se que o patrimonialismo, em suas diversas manifestações, encontra terras férteis no âmbito municipal, primordialmente em suas Secretarias, fomentando a cultura do “amesquinamento municipal”. Por isso, a pretensão de esmiuçar com maior afinco o papel das estruturas governamentais enquanto prestadores de serviço público.

A Secretaria Municipal de Saúde de São Luís é o órgão “responsável pela programação, análise, execução e atualização das Políticas Públicas de Saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde, além da articulação e coordenação de projetos e campanhas no âmbito municipal”, conforme descrito no ambiente virtual da SEMUS. Por isso, a abordagem compreende o campo de atividade desse órgão, tendo em vista a essencialidade do serviço à comunidade, sua promoção e obstáculos ao acesso.

A composição estrutural do referido órgão conta com cinco Superintendências, as quais equivalem às gerências, e desdobram-se em coordenadorias. Importa discriminar que há a Superintendência de Controle, Avaliação e Auditoria; de Ações de Saúde; de Educação em Saúde e de Vigilância Epidemiológica e Voluntária. O desempenho e organização dos programas e ações de saúde se dá por meio da *interdisciplinaridade e intersetorialidade*. (2009, p. 09), princípios basilares estabelecidos na Lei nº 8.080/90. Assim, compete à Secretaria Municipal, como um conjunto coeso e íntegro, garantir a assistência integral à saúde para todo cidadão.

Em que pese sua unicidade, cabe esclarecer que a execução e planejamento da assistência à saúde destina a média e alta complexidade à Superintendência de Assistência à Rede e a Atenção Básica à Superintendência de Ações de Saúde, as quais lidam ambas diretamente com a oferta e demanda de serviços prestados à população.

Destaca-se, porquanto, a Superintendência de Assistência à Rede e seu desdobramento na Coordenação de Assistência Farmacêutica; a Coordenação de

Odontologia, cujos serviços de saúde bucal passaram a integrar o Programa de Saúde da Família (PSF) – objeto de incentivos pelo financiamento do FNS; Coordenação de Enfermagem; Coordenação de Nutrição; Coordenação de Urgência e Emergência. (SÃO LUÍS, 2014, p. 09)

A atenção especializada compreende a assistência de média e alta complexidade, em nível ambulatorial e hospitalar. E a cargo desta, tem-se, a nível de exemplo, a assistência ao portador de doença renal crônica (procedimento de diálise); assistência ao paciente oncológico; cirurgia cardiovascular; procedimentos de cardiologia intervencionista, procedimentos de neurologia.

Enquanto à Superintendência de Ações de Saúde compete o controle e administração da Coordenação de Atenção à Saúde do Adulto/Idoso; Coordenação de Atenção à Saúde da Criança, Mulher e Adolescente; Coordenação de Assistência à Pessoa com Deficiência; Coordenação de Ações Comunitárias; Coordenação de Alimentação e Nutrição; Coordenação de Saúde Bucal; e a Coordenação de Saúde Comunitária. Ficando a cargo desta última o desenvolvimento de programas como o Núcleo de Apoio à Saúde da Família (NASF), o Programa de Saúde na Escola (PSE), o Consultório na Rua (CnR), o Programa Nacional de Melhoria e da Qualidade da Atenção Básica (PMAQ) e o Projeto Mais Médicos para o Brasil (PMMB). (SÃO LUÍS, 2014, p. 09)

Conforme Plano Municipal de Saúde (2014-2017)

A integralidade da assistência depende da disponibilidade de ações e serviços que garantam a promoção da saúde, prevenção de doenças, tratamento e reabilitação. A atenção primária sendo considerada o primeiro nível de atenção à saúde no SUS, tendo como eixo estruturante a saúde da Família, deve ter capacidade de resolver a maior parte dos problemas de saúde da comunidade. Para isso, a unidade básica de saúde deve dispor de equipe multiprofissional, insumos e equipamentos necessários, garantindo ainda, os fluxos de referência e contrarreferência aos serviços especializados, de apoio diagnóstico e terapêutico, ambulatorial e hospitalar. (p. 81)

Dessarte, cabe a Atenção Básica, por seu caráter preventivo, o desempenho de um complexo de programas e ações que estão intrinsecamente vinculadas na melhoria da qualidade de vida da população. Por isso “a Atenção Básica é o contato e

a porta de entrada preferencial dos usuários na rede de atenção à saúde.” (Ministério da Saúde, 2017, p. 11). E é nessa proximidade para com os assistidos que se exige maior cautela e parcimônia no desenrolar das práticas no âmbito de sua atuação.

De acordo com a Política Nacional de Atenção Básica (2011), é diretriz da AB: “Possibilitar o acesso universal e contínuo a serviços de saúde de qualidade e resolutivos, caracterizados como porta de entrada aberta e preferencial da rede de atenção, acolhendo os usuários e promovendo a vinculação e corresponsabilização pela atenção às suas necessidades de saúde”. Supera-se com isso a ideia de que as equipes de Atenção Básica devam atuar somente em áreas estratégicas (hipertensão arterial, diabetes, saúde da criança e a saúde da mulher) e reforça que esse serviço seja organizado também a partir das demandas de cuidado da população (consultas de cuidado continuado e de demanda espontânea, incluído o atendimento de urgências/emergências; realização de exames complementares; procedimentos clínicos e pequenas cirurgias).

A adoção de estratégias que ampliam o escopo dos serviços ofertados passa também pela disponibilidade de especialidades na Atenção Básica, a exemplo dos Núcleos de Apoio a Estratégia Saúde da Família que atuam em conjunto com os profissionais da equipe de atenção básica, compartilhando e apoiando as práticas de saúde nos territórios. (Ministério da Saúde, 2017, p. 13).

Explica Sabrina de Araújo (2019), superintendente de ações em saúde, responsável pela Atenção Básica no Município de São Luís que:

A gente [Superintendência] cuida da Atenção Primária à Saúde. Uma vez que a atenção primária é ordenadora de todas as redes de atenção à saúde, ela comanda as políticas. A gente cuida de todas as unidades básicas de saúde, dos serviços que realizam a atenção básica. E a gente cuida da transversalidade das políticas: se elas começam na atenção básica, a gente faz a articulação com os outros níveis. Por exemplo, o Ministério da saúde começou a trabalhar em 2010 no entendimento da construção de redes. Em 2012/2013 começou a ficar mais forte com as cinco redes prioritárias. Essas redes começam na atenção básica, porque estão mais próximas da comunidade, devem ser o canal de acesso ao sistema de saúde. A rede cegonha, por exemplo: a mulher faz o pré-natal na atenção básica, a gente vincula a uma maternidade, que já é outro nível de atenção; se existe alto risco, já vai pra outro nível de atenção.

A descentralização da Atenção Básica se deu mediante a implantação das Normas Operacionais Básicas 01/1993 e 01/1996. Essa municipalização redundou em uma maciça operacionalização no sentido de organizar um novo contingente técnico

qualificado para comportar a incorporação do nível municipal e o início efetivo da participação no cenário nacional da política de saúde com os gestores municipais. (BRASIL, 2003, p. 130)

Porquanto, a ampliação da responsabilidade municipal não se deu de forma estanque e movimentou o aparelho estatal por meio do Plano Diretor de Regionalização (2003) para definir o papel de cada nível de assistência e instituir mecanismos a fim de regulamentar esses serviços.

À época da elaboração do PDR, São Luís contava com 923.527 habitantes, entretanto, segundo estimativa do IBGE, em 2018, a cidade possuía 1.094.667 habitantes, o que embarça os dados levantados nesta pesquisa, uma vez que as informações se encontram desatualizadas.

Entretanto, cumpre destacar que não se pode olvidar do esforço do pesquisador no levantamento destes, malgrado pelo aparente descaso do funcionalismo público na modernização e, outrossim, pelos inúmeros entraves criados ao acesso dos referidos dados notadamente públicos.

Nas palavras de Fabrício de Oliveira Torres (2019), coordenador da assistência farmacêutica,

“a SEMUS apresenta um organograma muito antigo, um regimento interno também antigo. Aqui, hoje, funciona diferente, temos uma parte que funciona com a Coordenação de Farmácia e outra parte com a superintendência, superintendência de material e patrimônio. As duas áreas se complementam, mas quem responde pela gestão de recursos é a Coordenação de Farmácia.”

Nessa perspectiva, cabe destacar que desde o próprio organograma até as informações publicadas se reconhece esse descompasso com a realidade, gerando empecilhos a quem se exige resolutividade das demandas, no intuito de garantir efetiva prestação de serviços.

3.2. Subjetividades e descompassos no quadro de pessoal da SEMUS

O quadro de pessoal, a depender do ponto de vista, pode se tornar uma pedra no sapato para a promoção dos serviços no que tange a Secretaria Municipal de Saúde,

no que se refere aos cargos comissionados ou funções de confiança, que historicamente retardam o nivelamento das políticas públicas.

A nomeação de pessoas externas ao quadro funcional para o preenchimento de cargos em comissão, normalmente costuma imperar no reino das críticas, sob o forte argumento de que representam a manutenção de laços políticos, por seu “apadrinhamento”. O critério meramente subjetivo de escolha dos gestores, sem qualquer parâmetro normativo, foge a competência técnica-operacional dos futuros servidores, contribuindo para demora ou até ausência de provimento de cargos por concursos públicos.

Pode-se inferir que o último concurso foi realizado há mais de 10 anos para SEMUS, e partir de então, somente seletivos foram abertos, sendo o último datado de 2014, conforme o Edital nº 01/2014, publicado no Diário Oficial do Município. Para Superintendente de Ações em Saúde (2019), “Entre um servidor antigo e um novo há diferença. Nosso último concurso foi em 2006. A gente não teve novos estatutários então. Mas sem dúvidas o modo de fazer de alguém que tá há 30 anos nisso é diferente.”

Com base no Estatuto do Servidor Municipal (2006), fica reservado o percentual mínimo de 40% dos cargos em comissão aos titulares de cargos de carreira, o que demonstra que a composição dos cargos no Município de São Luís se dá por, no máximo 60% de pessoal externo, que estão distantes do cotidiano dos órgãos. Em 2006, a Lei 4.718/06 acrescentou novos trinta e oito cargos de chefia, assessoramento e direção no âmbito da SEMUS, compondo o que, atualmente, perfaz-se um total de 271 cargos, correspondendo a 3,7% do quadro de funcionários.

Em pesquisas confrontadas entre o Portal da Transparência Municipal e o DATASUS, no qual estão registrados os estabelecimentos de saúde, seja administrativo ou executivo, verificou-se que, conforme o quadro abaixo, o maior percentual de provimento dos cargos comissionados se deu a partir de julho de 2017, quando da admissão do atual secretário, o que representa a rotatividade de funcionários mediante a mudança de gestão, uma vez que estrutura democrática do país permite essa transição.

Quadro 1 – Profissionais vinculados à SEMUS³

Vínculo administrativo	Quantidade de funcionários	Percentual (%)
Cargos comissionados	271	3,7%
Estatutários	2.258	30,5%
Contratados temporários	3.315	44,8%
Empregados públicos	1.378	18,6%
Outros tipos	180	2,4%
Total	7.402	100%

Rememora-se, porquanto, a cultura patrimonialista sobre a qual o Brasil foi construído, estandarte da Administração Pública brasileira. Em que pese sua presença maciça, é possível verificar que além dos marcos normativos, os manuais, cartilhas e cadernos desenvolvidos com o intuito de orientar os servidores na prestação dos serviços públicos, os quais introduziram no país a Administração Burocrática, desvencilhando do coronelismo enraizado.

Cada gestor direciona seu *modus operandi*, as ações e os programas não mudam, conforme a Superintendente de Ações em Saúde (2019). Entretanto, o modo como aquilo é desenvolvido notadamente irá mudar com a transição de gestão. A despeito da manutenção do quadro de servidores técnicos, por vezes o cargo de direção é preenchido por um gestor mais político, outras, por um gestor mais técnico, o que:

Cada gestor tem um modo de fazer, do que estabelecer como prioridade. As vezes a gente tem um gestor que é técnico, as vezes político, as vezes é mais voltado pra otimização. Há perfis diferenciados. Diferente sempre é. Eu não sei te dizer se tá melhor ou pior. Atualmente estamos muito voltados para planejamento, discussão. Sempre integramos várias áreas pra discutir um problema. [...] É um trabalho muito bacana que a gente vem desenvolvendo. A forma como o gestor nos dá autonomia. Isso traz muito forte a questão

³ Fonte: Elaborado por Safira Vanessa, em tese monográfica, com base nos dados do CNES (2019).

técnica. as decisões políticas são baseadas nas questões técnicas. E isso é muito bacana pra gente ter essa sustentação. (São Luís, 2019)

E esse fator humano, em vez de tentar reestruturar e suprir as ausências provenientes da falta de infraestrutura, muitas vezes se torna a maior dificuldade enfrentada pelo gestor, que enxerga nisso que tão somente a capacitação destes não poderiam reverter esse quadro. Para Vanessa (2019), coordenadora de saúde comunitária, ainda que existissem máquinas modernas, deve-se atentar para o quesito humano. Ao trabalhar em sua tese de Mestrado a “Avaliação de Conservação de Vacinas nas Unidades de Saúde”, sua inferência foi

Que mesmo a gente tivesse os equipamentos mais modernos possíveis, ainda sim não teria qualidade, porque entra a parte do processo de trabalho: qual cuidado que aquela pessoa tem quando falta energia; como é que aquela pessoa notifica uma situação de risco para qualidade da conservação das vacinas; como é que aquela pessoa organiza sua caixa de vacina no início do dia; ele faz, de fato, a leitura do termômetro duas vezes ao dia, conforme a prerrogativa do ministério, aí entra o fator humano, não é só estrutura. (São Luís, 2019)

É nesse sentido que a Educação Permanente, apoio institucional com dimensão pedagógica expresso em estratégia de gestão na capacidade potencial para mudança na vida dos usuários, precisou ser repensado, visto que inicialmente eram propostas palestras, aulas na Secretaria com ênfase no servidor, porém o que se percebia era o descomprometimento para com as tarefas desempenhadas. Dessa forma, a Política Nacional de Atenção Básica (2012) descreve:

[...] reconhecendo o caráter e iniciativa ascendente da educação permanente, é central que cada equipe, cada unidade de saúde e cada município demandem, proponham e desenvolvam ações de educação permanente tentando combinar necessidades e possibilidades singulares com ofertas e processos mais gerais de uma política proposta para todas as equipes e para todo o município. (São Luís, 2019)

Com o intuito de se adequar ao que prescreve o PNAB, a SEMUS, na figura da Vanessa incentiva às políticas de monitoramento frequente, no seu entender (2019):

Políticas de Monitoramento Periódico. Capacitação a gente tem sempre. A gente não fazia necessariamente núcleo de capacitação

permanente, mas de capacitação continuada, porque a gente juntava todo mundo no auditório e aí, sei lá, dava uma aula. E a gente sacou que não era produtivo, muitas pessoas não prestavam atenção, muita gente assinava o ponto e ia embora, então fugia um pouco do nosso controle. Então, a gente mudou a estratégia e passou a ir pra unidade, no horário de serviço, então você vai atender até “x” horas, e de “x” horas até a gente vai ter educação permanente ou então a gente vai conversar sobre determinada coisa.

A gente parte também da realidade daquele serviço. Porque, eu também entendo que é o mesmo cenário, mas a gente tem especificidades, é muito diferente, por exemplo, o Distrito Vila Esperança, que é Zona Rural, do Distrito Centro. (São Luís, 2019)

Conclui-se, pois, que há uma miríade de métodos de monitoramento e capacitação, ficando sob a responsabilidade do gestor municipal seu planejamento e execução, uma vez que a PNAB não apregoa um viés taxativo.

Ademais, pode-se elencar como real dificuldade observada pela coordenadora que está na Secretaria há oito anos e, dessa forma, presenciou transições governamentais e, conseqüentemente mudança de gestores e o modo como se administra, a continuidade dos programas. A exemplo disso, tem-se o Programa de Saúde Na Escola (PSE), que em que pese seja tenha o caráter permanente, o fator subjetivo, de certa forma, cria óbices a plena efetividade. No dizer de Vanessa (2019):

Então, um exemplo, a gente fala de PSE – eu te falo porque eu já to aqui há algum tempo, oito anos – hoje, a gente tem o PSE executado, que é uma normativa federal, por exemplo, que as equipes de saúde da família executem o PSE. Tem muita resistência para que isso aconteça, porque essa equipe tem que dá conta de um monte de coisa: de todas as políticas, de todos os programas, é um trabalho para além de assistencial, tem uma parte burocrática. Então cada vez que você abre um programa a mais é uma coisa a mais pra fazer. Então a gente tinha uma resistência dos profissionais pra fazer o Programa Saúde na Escola.

Eu vivi épocas aqui que tinha uma equipe exclusiva pra fazer o Programa Saúde na Escola. Então não eram os profissionais que deveriam de fato executar que, de fato, faziam, se contornou este problema e em vez de você tentar convencer as pessoas de que aquilo faz parte do teu dia a dia, que a escola tá no teu território de atuação e que, portanto, é tua responsabilidade cuidar dela. Então, ‘ah em vez de eu ter esse enfrentamento, eu contrato pessoas pra executar, fazer o que outros deveriam fazer’. Então, essas estratégias são pensadas a depender das diferentes pessoas que estão no cargo. (2019, grifo nosso)

Nesse sentido, denota-se que o planejamento se tornou um destaque na atual gestão, visto que se traça uma articulação pensada não só na atual gestão, mas também

na próxima, e com isso, possivelmente encontrará dificuldades e entraves naturais a promoção dessas ações. Foi pensando nisso que o planejamento foi articulado no primeiro ano da gestão do atual secretário, abarcando até o primeiro ano do seu sucessor, para que não haja surpresas à concretização dessas políticas públicas.

Cumpre esclarecer, ademais, que o Sistema Único de Saúde se articula por meio da estrutura Tripartite, simbolizando a harmonização entre os entes federativos. Por oportuno, destaca-se que a despeito do aspecto compartilhado da gestão, os programas e, por conseguinte as ações de saúde, são pensados e articulados a nível federal, ficando sob a responsabilidade da esfera municipal, a qual dispõe de diretrizes e indicadores que conduzirão a execução e o desenvolvimento das estratégias traçadas.

Sabrina Araújo (2019), Superintendente de Ações em Saúde de São Luís, pontifica que

“Todos esses programas, tipo o NASF, são pensados a nível federal. Eles se tornam programas municipais, mas as diretrizes vêm do nível federal. A união cria as políticas, o Estado tem a função de monitorar e apoiar, e os Municípios executam as políticas. A gente não tem programas municipais, a gente não precisa criar se já tem programa federal. O nosso *modus operandi* é que pode ser particularizado. Como é que São Luís desenvolve o PSE? Como Caxias desenvolve? Aí pode ser diferente. Então o impacto da transição governamental se daria em relação ao *modus operandi*”

Os instrumentos necessários a promoção de políticas públicas e ao fortalecimento do SUS perpassam pelo planejamento da saúde, matriz da nova postura adotada pelo atual gestor da Secretaria Municipal de Saúde.

Conforme o Caderno de Atenção Básica (BRASIL, 2014) não há uma estratégia unificada de supressão das disparidades sociais, com vistas a tornar os programas de saúde mais eficazes; contudo, nota-se que os empecilhos que obstam a melhoria desse sistema estão vinculados à cultura institucional da verticalização, à capacidade de escuta e de construção dos vínculos positivos, à resolutividade clínica, ao suporte técnico-pedagógico para os profissionais, ao acesso a recursos externos a Assistência Básica, aos modos de organização e gestão das agendas e ao escopo de ações ofertada.

A exemplo disso, tem-se que o afrouxamento do controle está subentendido pela flexibilidade adquirida com vistas ao regionalismo, no qual está inserida cada equipe, ficando a cargo do gestor a chancela subjetiva do acompanhamento e fiscalização.

O Nasf não precisa realizar todas essas atividades constantemente, que nem todos os profissionais têm a obrigação de fazer todas elas e que, entre as UBS apoiadas por um mesmo Nasf, pode haver diferenças no grau de entrada nesses distintos tipos de atividade, tanto por diferenças nos territórios, quanto nas competências dos profissionais das equipes apoiadas. (BRASIL, 2014, p. 24)

Verifica-se, pois, que não se apresentam novidades na estrutura normativa desses programas, o que maximiza a responsabilidade do gestor no monitoramento a nível local, portanto, a Coordenadora de Saúde Comunitária da SEMUS (2019) afirma que

[...] tem pensado em algumas estratégias, hoje, a gente tem uma Portaria Municipal de Monitoramento e Avaliação das Unidades Básicas a partir do desempenho dos gestores. Essa Portaria não tem nada de novo, é tudo que tem no PNAB, a gente só reforça, ela normativa todas as ações e serviços mínimos que tem que ter em uma Unidade de Saúde, aí todo mês a gente vai lá e avalia se a Unidade tá ofertando ou não aquilo. Agente tem critérios de como avaliar e buscar informação, eu converso com o usuário, eu faço alguma coisa.

Haja vista a necessidade de monitoramento, instrumentos como o Plano Plurianual fornecem as diretrizes orçamentárias que deverão ser cumpridas ao longo de cada quadriênio. De forma regionalizada, o Poder Executivo Municipal o instrumentaliza por meio da Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento, SEPLAN, bem como pelo Departamento de Informação e Inteligência Econômica, DIIE, articulando-os, na função de coletar dados e informações relativas ao Município de São Luís a fim de corroborar com a consecução de metas. Respalda-se em aspectos socioeconômicos e financeiros, o faz pautado no princípio da transparência.

A realidade econômica do país não favoreceu o repasse maior de recursos, do contrário, à Prefeitura de São Luís restou, segundo o PPA (2018-2021), adotar uma postura conservadora de resguardar e selecionar programas para que sejam desenvolvidos de forma retraída.

O PPA 2018-2021 conta com 385 indicadores acerca de 56 programas. Utilizam-se indicadores de programas e planos nacionais. A exemplo da área de saúde, há Conferência de Saúde do Município de São Luís.

Ademais, o Plano Anual de Saúde (2017-2019) conta com o objetivo de “Fortalecer o Sistema Único de Saúde/SUS para que a população tenha acesso integral a ações e serviços de qualidade, de forma oportuna, contribuindo para a melhoria das condições de saúde, para a redução das iniquidades e para a promoção da qualidade de vida da população.” (São Luís, 2017-2019, p. 10).

No quesito Atenção Básica à Saúde, diretriz 1, “Garantia do acesso da população a serviços de qualidade, com equidade e em tempo adequado ao atendimento das necessidades de saúde, mediante aprimoramento da política de atenção básica e da atenção especializada.” (São Luís, 2017-2019, p. 10).

Outrossim, destaca-se os indicadores do Índice de Efetividade da Gestão Municipal em que o Tribunal de Contas dos respectivos Estados é responsável pelo controle externo da localidade. No exercício de 2017, São Luís encontrava-se com 72% relativos ao quesito saúde, enquadrando-se como efetiva, ao averiguar aspectos não só estruturais, mas também quadro de pessoal.

Desse modo, cabe esmiuçar os impactos referentes a inserção dos profissionais do NASF na Atenção Básica, corroborando pela integração do sistema. Nessa perspectiva, é preciso estar atento a alguns desafios, conforme verifica-se: a necessidade de formação profissional, tendo em vista que os profissionais da saúde devem se adequar a lógica proposta pelo sistema, isto é, o apoio matricial que é reflexo da segmentação, na qual se lida com específicos problemas.

Entretanto, para que haja desenvolvimento dessas atividades, é necessária a oferta das condições mínimas de exercício, que estão sob a responsabilidade do gestor. Essas premissas vinculam-se a articulação de um cronograma, com o estabelecimento de pautas estratégicas, distribuição de funções por profissionais de cada categoria, além de outras funções. Compreende-se com isso que o gérmen das ações de saúde abarca o cargo estratégico-administrativo centralizado na figura do gestor.

Nesse sentido, explicita o Caderno de Atenção Básica (Ministério da Saúde, 2014) que recomenda, antes de tudo, ser necessário ao gestor municipal a propositura de ações que sensibilize os membros de atuação da equipe do NASF, uma vez que a maioria não se encontra capacitada sob a ótica implementada (matricial). É responsabilidade do gestor, portanto, o que deve ser feito e como deve ser feito.

No intuito de desmitificar os empecilhos oportunistas atribuídos à plena atividade da Secretaria Municipal de Saúde de São Luís, buscou-se identificar uma cidade brasileira que idealize os parâmetros de controle e sirva de modelo para as demais, todavia, a resposta apresentada vai na contramão disso, ratificando a maleabilidade dada aos municípios:

“Não existe nenhuma cidade-modelo. Alguns municípios têm cobertura em Atenção Básica maior que outros, indicadores de saúde melhores ou uma oferta mais ampla de serviços nas Unidades. Somase a esses fatores, as diferentes realidades socioeconômicas no país, que relativizam esse conceito de cidade-modelo.” (e-Sic, 2019)

Noutro giro, consta no Manual Instrutivo para as Equipes de Atenção Básicas e NASF (2017) que existem determinadas circunstâncias que obstam a qualificação da Atenção Básica, gerando impedimentos ao seu funcionamento integral. Evidencia-se, nessa perspectiva:

IV - Necessidade de qualificação dos processos de trabalho das equipes de AB, caracterizados de maneira geral, pela sua baixa capacidade de realizar o acolhimento dos problemas agudos de saúde; pela insuficiente integração dos membros das equipes; e pela falta de orientação do trabalho em função de prioridades, metas e resultados, definidos em comum acordo pela equipe, gestão municipal e comunidade;
V - Instabilidade das equipes e elevada rotatividade dos profissionais, comprometendo o vínculo, a continuidade do cuidado e a integração da equipe; (BRASIL, 2017, p. 08).

Sendo assim, é notória a preocupação pela qualificação e aprimoramento das equipes de trabalho e também pela constante troca destes profissionais, comprometendo a continuidade dos serviços, fazendo rememorar práticas outrora corriqueiras e, atualmente, institucionalizadas.

Todavia, como já destacado, o aspecto pessoal se sobressai a mera capacitação, vez que no dizer de Vanessa (2019) *“Hoje um dos mais difíceis é a questão do*

fator humano, porque a gente vem dessa necessidade de sempre ter um enfrentamento pra fazer algo que tá dentro de uma política maior. Porque tudo que rege a gente aqui é a Política Nacional da Atenção Básica”.

Essa preocupação leva a cabo o interesse na melhoria da qualidade dos serviços prestados como forma de promoção de políticas públicas fornecidas pelo Estado. Por isso, no Estado Contemporâneo, os resquícios do patrimonialismo desdobram-se em apadrinhamentos políticos vinculados a pseudomeritocracia, visto que o regime jurídico brasileiro é permissivo no sentido de dissociar cargos de direção à necessidade do serviço técnico-burocrático.

Essa inconsistência veicula incisivamente e faz perdurar as (in)formalidades e simetrias que se está habituado nas administrações contemporâneas. Para Caio Prado Junior (2011), o a despeito do enfraquecimento dos laços sociais e políticos, ainda houve espaço para a permanência do prestígio entre aqueles que possuísem real ascendência. Esse sistema se legitimou pela restrição dos cargos públicos.

Ademais, a obscuridade e a liquidez dos dados públicos em vez de corroborar para o arcabouço acerca do referencial teórico, acaba por criar obstáculos ao resultado pretendido, visto que se logra êxito na reunião dos dados, quando dos impedimentos criados pelos servidores que, ao contrário, deveriam ser porta de entrada para as atividades que fomentem as contribuições e retornos socioeducativos.

4. CONCLUSÃO

As constatações lógicas oriundas das relações fincadas sob estruturas arcaicas enriquecem o debate acerca da operacionalização do serviço mediante confusões históricas entre o público e o privado. É nessa medida que se possibilita compreender o caráter de continuidade desta pesquisa, uma vez que o cerne da questão não fora totalmente desconstruído.

Essa inconsistência veicula incisivamente e faz perdurar as (in)formalidades e simetrias que se está habituado nas administrações contemporâneas. Para Caio Prado Junior (2011), o a despeito do enfraquecimento dos laços sociais e políticos, ainda houve

espaço para a permanência do prestígio entre aqueles que possuíssem real ascendência. Esse sistema se legitimou pela, como se viu, dos cargos públicos “restrito”.

Questiona-se, nesse sentido, se seria indevida a utilização, ou melhor, apropriação de cargos por meio de prerrogativa existente no Estado Democrático de Direito, o qual legitima a concessão de títulos em consonância ao que se preconizava aos tempos do Período Colonial da História brasileira. Outrossim, a flutuação do Brasil entre as vicissitudes apresentadas entre os tipos de regimes administrativos empreendidos.

Ademais, a obscuridade e a liquidez dos dados públicos em vez de corroborar para o arcabouço acerca do referencial teórico, acaba por criar obstáculos ao resultado pretendido, visto que se logra êxito na reunião dos dados, quando dos impedimentos criados pelos servidores que, ao contrário, deveriam ser porta de entrada para as atividades que fomentem as contribuições e retornos socioeducativos.

Outrossim, destaca-se que o *amesquinamento municipal*, parafraseando Victor Nunes Leal (2011), é notório nos dias que se seguem, a despeito dos marcos regulatórios abordados. A autonomia garantida ao Município, embora seja uma prerrogativa constitucional, ratificada pela Lei 8080/90, corrobora para o entrelaçar dos laços interpessoais e afrouxamento dos arranjos fiscalizatório.

É nesse sentido que se percebe a necessidade da contenção administrativa, a fim de minudenciar as tratativas no âmbito regional, uma vez que, conforme se apurou por meio de entrevistas e acervos bibliográficos – ainda que escassos – a despeito da política orgânica-administrativa empreendida internamente, não há – e isso se percebe, até mesmo pelas frequentes visitas à SEMUS – publicidade e, por conseguinte, vigilância dos atos normativos, o que acaba por reiterar práticas obsoletas.

Percebe-se que ainda que haja a manutenção dos servidores efetivos, a máquina estatal contempla contratos temporários, funções de confiança e cargos comissionados em alto número. Aqueles, por sua vez, são majoritariamente os profissionais da ponta, que lidam diretamente com o usuário, estabelecendo-se como um sistema de freios e contrapesos análogo ao instituído no Ordenamento Jurídico

brasileiro, mas que, do mesmo modo, não consegue impedir as indolências com a coisa pública.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Sabrina Furtado Cunha. **Sabrina Furtado Cunha Araújo**: depoimento. [01 de abr., 2019]. Entrevistador: Beatriz Carolina S. Leão. São Luís: Secretaria Municipal de Saúde. Entrevista concedida ao Projeto de Pesquisa – PIBIC/UEMA.

ARAÚJO, Sabrina Furtado Cunha. **Sabrina Furtado Cunha Araújo**: depoimento. [06 de maio, 2019]. Entrevistador: Beatriz Carolina S. Leão. São Luís: Secretaria Municipal de Saúde. Entrevista concedida ao Projeto de Pesquisa – PIBIC/UEMA.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Vade mecum. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Governo Federal. Acesso à Informação. **Ações estratégicas no âmbito de atuação da assistência básica à saúde - Pedido 25820003806201945**. 2019. Disponível em: <http://www.consultaesic.cgu.gov.br/busca/_layouts/15/DetalhePedido/DetalhePedido.aspx?nup=25820003806201945>. Acesso em: 04 de jun. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.080**. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18080.htm>. Acesso em: 20 de maio. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES)**. Disponível em: <http://cnes.datasus.gov.br/>. Acesso em 1 de jun. 2019.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. Diretrizes do NASF. Brasília: Ministério da Saúde, 2009. (Caderno de Atenção Básica n. 27)

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Núcleo de Apoio de Saúde da Família – Volume 1**: Ferramentas para a gestão e trabalho cotidiano. Brasília: Ministério de Saúde, 2014. (Caderno de Atenção Básica nº 39).

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **Política Nacional de Atenção à Saúde**: Série E. Legislação em Saúde. Brasília: Ministério de Saúde, 2012.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Atenção Básica. **PMAQ (Programa de Melhoria do Acesso e da Qualidade):** Manual Instrutivo para as Equipes de Atenção Básica e NASF. Brasília: Ministério de Saúde, 2017.

COSTA, Yuri Michael Pereira. **Celso Magalhães e a justiça infame:** crime, escravidão e poder no Brasil Império. 2017. 354 f. Tese (Doutorado em História) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2017.

DAMATTA, Roberto. **A casa e a rua:** espaço, cidadania, mulher e morte no Brasil. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DI GIOVANNI, Geraldo. **Sistemas de proteção social:** uma introdução conceitual. In: de Oliveira, Marco Antônio (Org.). Reformas do Estado e políticas de emprego no Brasil. Campinas: UNICAMP, 1998. p. 9-28.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. São Paulo: Globo, 2001.

FONSECA, Vanessa Cristina Filgueiras. **Vanessa Cristina Filgueiras Fonseca:** depoimento. [09 de maio, 2019]. Entrevistador: Beatriz Carolina S. Leão. São Luís: Secretaria Municipal de Saúde. Entrevista concedida ao Projeto de Pesquisa – PIBIC/UEMA.

FREYRE, Gilberto. **Casa-grande & senzala:** formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51ª ed. São Paulo: Global, 2006.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JÚNIOR, Caio Prado. **Formação do Brasil contemporâneo:** colônia. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2011

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, enxada e voto:** o município e o regime representativo no Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1997.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 31ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

RIBEIRO, Darcy. **O povo brasileiro:** a formação e o sentido do Brasil. 3ª ed. São Paulo: Global, 2015.

SÃO LUÍS. Lei nº 4615 de 19 de junho de 2006. **Dispõe sobre o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de São Luís e dá outras providências.** São Luís: 1 de jan de 2007. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/estatuto-do-servidor-funcionario-publico-sao-luis-ma>>. Acesso em: 02 jul. 2019.

SÃO LUIS. Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento. Departamento da Informação e Inteligência Econômica. **Análise do Índice de Efetividade da Gestão Municipal de São Luís IEGM (2015-2017)**. Nota Técnica nº 07 – Set/2018. Disponível em: <<http://diie.com.br/?s=IEGM>>. Acesso em: 13 mar. 2019.

SÃO LUIS. Secretaria Municipal de Planejamento e Desenvolvimento. **Implantação da Gestão Estratégica Orientada para Resultados na Prefeitura de São Luís**. Disponível em: http://www.saoluis.ma.gov.br/subportal_subpagina.asp?site=1734. Acesso em: 21 maio. 2019.

SÃO LUIS. Secretaria Municipal de Saúde. **Programação Anual de Saúde – PAS 2017**. São Luís: SEMUS, 2017.

SÃO LUIS. Secretaria Municipal de Saúde. **Relatório de Gestão – Período de Janeiro a Dezembro de 2017**. São Luís: SEMUS, 2018.

SÃO LUIS. Secretaria Municipal de Saúde. Superintendência de Assistência à Rede. **Caderno de Informações da Rede de Assistência à Saúde**. São Luís: SEMUS, 2014.

SÃO LUIS. Superintendência de Informática. **Portal da Transparência: Remuneração dos Servidores**. Disponível em: <<http://transparencia.saoluis.ma.gov.br/pagina/2010/>>. Acesso em: 27 maio. 2019.

SPINK, Peter. **Continuidade e descontinuidade em organizações públicas**: um paradoxo democrático. Cadernos FUNDAP, São Paulo, ano 7, n. 13, p. 57-65, abr. 1987.

TORRES, Fabrício de Oliveira. **Fabrício de Oliveira Torres**: depoimento. [18 de fev., 2019]. Entrevistador: Beatriz Carolina S. Leão. São Luís: Secretaria Municipal de Saúde. Entrevista concedida ao Projeto de Pesquisa – PIBIC/UEMA.

WEBER, Max. **Economia e sociedade**: fundamentos da sociologia compreensiva. Brasília/DF: Editora Universidade de Brasília. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 1999.

Capítulo 2

AFIRMAÇÃO E MITIGAÇÃO DE GARANTIAS FUNDAMENTAIS PROCESSUAIS PENAIS NO BRASIL PÓS- 1988: uma análise acerca da presunção de inocência.

Gabriella Carvalho Brito⁴
Teo Azevedo Sousa⁵

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar a afirmação e/ou mitigação da presunção de inocência, enquanto garantia processual penal presente no ordenamento jurídico brasileiro, no contexto após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Indaga-se, por que o Supremo Tribunal Federal oscila em questões decisivas sobre tal garantia, demonstrando instabilidade interpretativa? Sabe-se que a CRFB/88 é essencialmente “garantista”, entretanto sua aplicação por vezes é mitigada, vista às influências de um sistema processual arcaico conhecido como inquisitório, que devia estar superado, pois em um Estado Democrático de Direito, o sistema acusatório deve ser o único a comandar as premissas do Poder Judiciário. Em contrapartida, mapea-se a estrutura inquisitória mantida no Código de Processo Penal de 1941, bem como o seu reforço contemporaneamente. Sabe-se, ademais, que questões ideológicas e políticas afetam diretamente as questões de direito no país, devendo-se atenção sobre os limites de “intervenção” no setor judiciário. Como metodologia, faz-se uso de técnicas de pesquisa bibliográfica, investigando, a partir disso, a atividade jurisdicional do Supremo Tribunal Federal e de outros juízos inseridos no ordenamento jurídico pátrio, evidenciando, ainda, questões de debate cultural (GONÇALVES, 2013) e conflitos gerados pelas ideologias predominantes (REALE, 2010). Infere-se que a mitigação das garantias processuais penais é reflexo da influência inquisitorial e de pressões políticas, que pretendem afastar um arranjo principiológico com assento constitucional, a fim de que se mantenha um sistema inquisitório e punitivista no país.

Palavras-chave: Sistema inquisitório. Presunção de inocência. Mitigação. Afirmação. Constituição Federal de 1988.

ABSTRACT: The present search intends to analyze the affirmation and/or mitigation of the presumption of innocence, as a criminal procedural guarantee present in the Brazilian legal system, in the context after the promulgation of the Federal Constitution of 1988. It investigates why the Supreme Court oscillates in issues decisive about such guarantee, showing interpretative instability? It is known that CRFB/88 is essentially “guarantor”, however its application is sometimes mitigated, given the influences of an archaic procedural system known as inquisitorial, which should be overcome, because in a Democratic State of

⁴ Graduanda em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5548553661532361>. E-mail: gabriellabrito26@hotmail.com.

⁵ Graduando em Direito pela Universidade Estadual do Maranhão (UEMA). Currículo Lattes: https://www.cnpq.br/cvlattesweb/PKG_MENU.menu?f_cod=1657541FBCE5AC32CC3B3C. E-mail: teoozs@gmail.com.

Law, the accusatory system he must be the only one to command the premises of the Judiciary. On the other hand, the inquisitorial structure maintained in the Penal Procedure Code of 1941 is mapped, as well as its contemporary reinforcement. Furthermore, it is known that ideological and political issues directly affect legal issues in the country, paying attention to the limits of “intervention” in the judicial sector. As a methodology, bibliographic research techniques are used, investigating, from that, the jurisdictional activity of the Supreme Federal Court and other judgments inserted in the national legal system, also highlighting issues of cultural debate (GONÇALVES, 2013) and conflicts generated by the prevailing ideologies (REALE, 2010). It is inferred that the mitigation of criminal procedural guarantees is a reflection of the inquisitorial influence and political pressure, which intend to remove a principled arrangement with a constitutive seat, in order to maintain an inquisitorial and punitive system in the country.

Keywords: Inquisitorial system. Presumption of innocence. Mitigation. Affirmation. Federal Constitution of 1988.

1 INTRODUÇÃO

A atual ordem constitucional integrada pela Constituição Federal de 1988 elencou o Estado Democrático de Direito, embasado na proteção das garantias e direitos fundamentais, com a finalidade de proteger a dignidade da pessoa humana e concebendo diversas categorias de direitos, sendo eles os políticos, individuais, coletivos, dentre outros.

Essa Constituição Garantista prevê a proteção do indivíduo em face do Estado, assim positivando normas que garantem e embasam todo o ordenamento jurídico. Não deveria ser diferente com o Processo Penal, o qual deve observância restrita à Magna Carta, a qual está pautada em questões principiológicas e ideológicas.

Os “princípios-garantia”, então, devem estar presentes em todas as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, de forma fundamentada. Ocorre que, no Brasil, devido à heranças do sistema inquisitório, as garantias fundamentais são mitigadas, violando até mesmo questões constitucionais e legais. O sistema ideal é o acusatório, que, em tese, vigora no país, a fim de afirmar o direito legítimo.

O Supremo Tribunal Federal, oscila em questões decisivas importante, demonstrando instabilidade interpretativa das questões de direito que parecem óbvias em análises de texto. Ocorre que, influenciado pelo clamor popular e por questões ideológicas e políticas, se afasta da sua função principal: proteger a Constituição Federal.

Assim, o objetivo desse estudo é analisar de que forma as garantias fundamentais, em especial a presunção de inocência, estão sendo afirmadas, diga-se, protegidas, e mitigadas. Faz-se uma análise do sistema, da ideologia e própria política para inferir quais

os rumos das interpretações do Poder Judiciário no país.

A fim de empreender a análise anunciada, impende abordar a temática dos sistemas processuais penais, mapeando, em seguida, a estrutura inquisitória do Código de Processo Penal de 1941, principal normatividade regente do processo penal brasileiro.

2 PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O percurso metodológico consistiu no levantamento bibliográfico para produção de fichamentos e discussões, aqui expendidas, a partir de obras que abordam os temas referentes aos direitos fundamentais, às garantias, aos Princípios de Direito, ao Estado Democrático de Direito e à legitimidade, entre outros. Foram analisadas e estudadas diversos tipos de literatura nacional e internacional que tratam sobre as garantias processuais penais. A técnica bibliográfica serve para potencializar a pesquisa, uma vez que “fazer ciência hoje significa compreender e partir de mecanismos simples para os mais complexos” (BARROS, 2000).

Assim, indagou-se de que forma as ideologias presentes em nosso ordenamento afetam as questões de direitos e garantias dentro do processo penal. Ademais, abordaram-se várias questões conceituais para uma melhor compreensão do tema, visto que, por vezes, os institutos dentro do direito se diferenciam, mesclam-se ou se confundem.

Foram apresentadas, também, diversas concepções de autores renomados do Direito, em que se pese a análise dos sistemas fundamentais que devem ser aplicados para garantir a estabilidade do Estado Democrático de Direito, a fim de que se proteja o indivíduo em face ao Estado, que se apresenta, por vezes, como opressor colocando em evidência questões de debate cultural (GONÇALVES, 2013) e fazendo-se a análise do campo de conflitos gerados pelas ideologias predominantes (REALE, 2010).

3 RESULTADOS E DISCUSSÕES

3.1 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS: características e modelo previsto na CRFB/88

Como assinala Gloeckner (2015, p. 379), “os sistemas processuais penais ocupam um espaço privilegiado na configuração do processo penal”. Tradicionalmente, identificam-se dois sistemas: um inquisitório e outro acusatório. O primeiro, em perspectiva pura, é caracterizado pela concentração da atribuição de julgar e acusar nas mãos do julgador, agindo este sem prévia provocação da (s) parte (s) (VOLPI, 2018); e por julgamento depois

de instrução escrita e secreta, em que são subtraídos ou restringidos o contraditório e os direitos da defesa (FERRAJOLI, 2002).

Por seu turno, o sistema acusatório conserva elementos opostos aos citados: separação rígida entre as atividades de acusação e julgamento; julgamento após instrução oral e pública; e ampla garantia do contraditório e dos direitos inerentes à defesa.

Em perspectiva crítica, compreendendo que os sistemas processuais penais são regidos por um “princípio unificador”, Coutinho (2001 apud GLOECKNER, 2015, p. 381) sustenta ser a gestão da prova o critério fundamental para que se defina o princípio aludido, e, então, estabeleça-se o sistema. Assim, “o sistema inquisitório é regido pelo princípio inquisitivo [(previsão de poderes instrutórios ao juiz)], e o acusatório pelo princípio dispositivo [(prova encontra-se nas mãos das partes)]” (VOLPI, 2018, p. 360). Nesse sentido:

Ora, faz-se uma opção política quando se dá a função de fazer aportar as provas ao processo seja ao juiz (como no Sistema Inquisitório), seja às partes, como no Sistema Acusatório, por evidente que sem se excluir (eis por que todos os sistemas são mistos) as atividades secundárias de um de outros, tudo ao contrário do que se passava nos sistemas puros. Daí que a gestão da prova caracteriza, sobremaneira, o princípio unificador e, assim, o sistema adotado (COUTINHO, 2009 apud VOLPI, 2018, p. 362).

Adotando-se a perspectiva crítica abordada, para a definição do sistema processual penal na atual ordem jurídica brasileira, tem-se que a Constituição da República de 1988 atribui àquele que acusa, via de regra ao Ministério Público (art. 129, I, da CRFB/88), todo o ônus probatório do crime que postula ter incorrido na prática o acusado; denota-se, portanto, a eleição do princípio dispositivo (prova nas mãos das partes) como base do sistema, que é, essencialmente, acusatório (MARQUES; NETO, 2018).

Ademais, tem-se em conta o modelo constitucional-democrático de processo (MARQUES; NETO, 2018), instituído pela Constituição Federal de 1988, sendo imprescindível descrevê-lo. Em linhas gerais, o referido modelo compreende a presunção de não culpabilidade (art. 5º, LVII, CRFB/88), o devido processo constitucional (art. 5º, LIV, CRFB/88), o contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, CRFB/88), a separação das funções de acusar (art. 129, I, CRFB/88), defender (arts. 133 e 134 da CRFB/88) e julgar (art. 92 e seguintes, CRFB/88) (MARQUES; NETO, 2018).

3.2 AS PERMANÊNCIAS INQUISITÓRIAS NO CPP/1941 PÓS-1988

De acordo com Giacomolli (2015), genericamente, reconhecem-se alguns atributos inquisitórios no atual Código de Processo Penal brasileiro. Nessa tarefa, consideram-se o “manancial constitucional e convencional decorrente [do devido processo constitucional]” (GIACOMOLLI, 2016, p. 88) e as balizas do mencionado modelo democrático de processo.

Assim, um primeiro atributo inquisitório a ser pontuado é a noção de busca da verdade substantiva no processo penal (GIACOMOLLI, 2015). Pautado nela, o CPP faculta ao juiz agir *ex officio*: na requisição de instauração de inquérito policial – 5º, II, CPP (BRASIL, 1941); para ordenar a produção de provas – art. 156, CPP (BRASIL, 1941); durante a inquirição de testemunhas – art. 209 do CPP (BRASIL, 1941); na decretação da prisão preventiva – art. 311 do CPP (BRASIL, 1941); e autorização para condenar o réu, mesmo após manifestação do órgão acusador pela absolvição – art. 385 do CPP (BRASIL, 1941) (GIACOMOLLI, 2015). Ademais, identifica-se a possibilidade de o magistrado atribuir qualificação jurídica diversa da realizada pela acusação na inicial – art. 383 do CPP (BRASIL, 1941), além de estar autorizado a interpor recurso de ofício, ainda que a acusação não tenha interposto o recurso adequado – arts. 574 e 746 do CPP (GIACOMOLLI, 2015).

Outro atributo inquisitório, é a prevalência da presunção de culpabilidade. Dessa maneira, o imputado já é entendido culpado, desconsiderando-se o seu estado de inocência (GIACOMOLLI, 2015). Por essa razão, afirma Giacomolli (2015, p. 148), “a prisão processual é a regra, e se for acusado é porque alguma infração cometeu e deve ser responsabilizado, mesmo sem o exame crítico da prova”.

Além desses, um outro atributo, pontuado linhas atrás, é a elevação do julgador à condição de protagonista, de dirigente do sistema e do processo criminal (GIACOMOLLI, 2015). Tal movimento, tende a justificar seus poderes instrutórios (atuação de ofício). Havendo em tal modelo, notórias confusões entre as funções de investigar, acusar e julgar (GIACOMOLLI, 2015).

Destaca-se, ainda, o teor do art. 155 do CPP (BRASIL, 1941), com redação conferida pela Lei n.º 11.690/2008, segundo o qual o juiz poderá fundamentar a sua decisão, embora não exclusivamente, com os elementos de informação obtidos na investigação preliminar. Assim, reconhecidos limites, tal previsão empresta ao inquérito policial função probatória não declarada (GLOECKNER, 2018), alargando a finalidade precípua desse

procedimento de filtrar acusações infundadas (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014 apud GLOECKNER, 2015, p. 404) e, nesta medida, constituir-se mero subsídio para a formação da *opinio delicti* (GLOECKNER, 2018).

Ademais, destaca-se o artigo 383 do CPP (BRASIL, 1941), que prevê o instituto da *emendatio libelli* e, ainda, detém contorno semelhante ao que lhe fora conferido à época da elaboração do diploma processual de 1941. A respeito dele, na exposição de motivos do código, Francisco Campos destinara algumas linhas. Veja-se:

O **projeto**, generalizando um princípio já consagrado pela atual Lei do Júri, **repudia a proibição de sentença condenatória *ultra petitem* ou a desclassificação in pejus do crime imputado**. [...] O interesse da defesa social não pode ser superado pelo unilateralíssimo interesse pessoal dos criminosos. Não se pode reconhecer ao réu, em prejuízo do bem social, estranho direito adquirido a um *quantum* de pena injustificadamente diminuta, só porque o Ministério Público, ainda que por equívoco, não tenha pleiteado maior pena. Em razão do antigo sistema, ocorria, frequentemente, a seguinte inconveniência: não podendo retificar a classificação feita na denúncia, para impor ao réu sanção mais grave, o juiz era obrigado a julgar nulo o processo ou improcedente a ação penal, conforme o caso, devendo o Ministério Público apresentar nova denúncia, se é que já não estivesse extinta a punibilidade pela prescrição. [...] Inteiramente diversa é a solução dada pelo projeto [...] **[se] o fato apurado no sumário é idêntico ao descrito na denúncia ou queixa, mas esta o classificou erradamente; [...] é conferida ao juiz a faculdade de alterar a classificação, ainda que para aplicar pena mais grave** (Exposição de Motivos do Código de Processo Penal. BRASIL, 1941, p. 497, grifo nosso).

Trata-se de instituto consolidado na doutrina processual penal e da leitura do qual “inexistiria um direito ao contraditório no que diz respeito às matérias de direito” (GLOECKNER, 2016, p. 190). Sendo assim, à defesa não há de ser dada chance de reagir, previamente, à fundamentação jurídica considerado por decisão judicial para atribuir capitulação jurídica distinta da que fora conferida aos fatos narrados na inicial acusatória, num cenário em que se mantenham os mesmos. Nessa trilha, acerca das funcionalidades da garantia do contraditório, elucida Gloeckner:

Mas perceba-se que a função do contraditório não se esgota ou exaure naquela de servir como uma garantia programática de dialeticidade processual. O contraditório possui uma dimensão epistemológica que é não apenas a de constringer a evidência e desunificar prova e evidência. Mas também, como mecanismo de redução das situações jurídicas potestativas. Eis sua primordial função. O exercício do

contraditório tem como função contrair a unilateralidade de determinados atos processuais, igualmente investido da tarefa de modelação da imputação (GLOECKNER, 2016, p. 207).

Nesse contexto, realça-se a literatura crítica do instituto que questiona a sua validade, sustentando que o contraditório, garantia constitucional, alcançaria não só aspectos probatórios-fáticos, mas também as questões de direito (GLOECKNER, 2016). Além disso, tem-se em conta que qualquer “[...] regulação normativa [...] que não respeite garantias constitucionais como a do contraditório, subvertem o sistema acusatório e convertem a decisão judicial em um exercício de pura arbitrariedade” (ESTRAMPE, 2007, p. 39 apud SAMPAIO; MELO, 2017, p. 884).

3.3 O reforço da matriz inquisitória do CPP/1941

Segundo Giacomolli (2016), a análise de um específico sistema processual deve atentar-se não apenas ao conjunto de normas, como também à dogmática e às decisões dos Tribunais, entre outros determinantes. Isso posto, analisa-se julgado do Superior Tribunal de Justiça, que reforça a estrutura inquisitória do CPP de 1941, em matéria de custódia cautelar, ao contrariar regra legal a respeito, inserida no referido diploma com intento oposto.

Ao conjunto de reformas legislativas por que passou o CPP, de 1941, acresce-se a promovida pela Lei n.º 13.964/19 (Lei Anticrime), que, no ponto pertinente a presente pesquisa, suprimiu a possibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, no curso do processo penal, de acordo com o art. 311, do CPP (BRASIL, 1941), restando medida válida, em toda *persecutio criminis*, apenas após provocação do Ministério Público ou da autoridade policial. Nada obstante o advento da alteração legislativa descrita, o STJ exarou entendimento permitindo a conversão de ofício da prisão em flagrante em preventiva quando o juiz receber o auto referente àquela. Eis o teor do acórdão:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO. NULIDADE DA PREVENTIVA. NÃO OCORRÊNCIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. ART. 310, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. LEGALIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. MODUS OPERANDI. DISPAROS DE TIRO EM LOCAL PÚBLICO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA

ORDEM PÚBLICA E DE ASSEGURAR A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. INAPLICABILIDADE DE MEDIDA CAUTELAR ALTERNATIVA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. Embora o art. 311 do CPP, aponte a impossibilidade de decretação da prisão preventiva, de ofício, pelo Juízo, é certo que, da leitura do art. 310, II, do CPP, observa-se que cabe ao Magistrado, ao receber o auto de prisão em flagrante, proceder a sua conversão em prisão preventiva, independentemente de provocação do Ministério Público ou da Autoridade Policial, desde que presentes os requisitos do art. 312 do CPP, exatamente como se verificou na hipótese dos autos, não havendo falar em nulidade quanto ao ponto. 3. Considerando a natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art.312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos do previsto no art. 319 do CPP (STJ. HC Nº 581.811/MG, Rel. Min. JOEL ILAN PACIORNIK. Segunda Turma. Julgado em 04/08/2020. Dje 10/08/2020, grifo nosso).

A referida decisão valida atuação oficiosa do juiz penal, que se traduz em aumento dos atributos inquisitórios identificados no CPP de 1941. Além do mais, a prerrogativa judicial que se extrai do artigo 310, II, do CPP (BRASIL, 1941) é incompatível com o modelo no qual “[o] juiz [está] dentro de um processo em que a estrutura [...] [é] acusatória e condizente com o critério de democraticidade, que impõe a contenção regrada do poder punitivo” (KHALED JR., 2020, p. 152).

3.4 Aspectos funcionais das garantias processuais penais e influxos no ordenamento brasileiro

Em um Estado Democrático de Direito, os princípios assumem uma dimensão normativa de base. Isso significa que toda e qualquer decisão jurídica só será adequada na medida em que se puderem extrair princípios, os quais se apresentam como constituidores de normatividade, ultrapassando-se a mera concepção de instrumento que derivaria de uma lacuna em um ordenamento jurídico.

No contexto do Constitucionalismo Contemporâneo, a Teoria dos Princípios está diretamente relacionada com as garantias processuais penais, as quais devem se vincular com os princípios constitucionais, observando o fundamento da dignidade da pessoa humana e o

objetivo de promover o bem de todos. Assim, há de se fazer uma análise sobre a imposição dos princípios constitucionais penais sobre o Estado que legisla e é juiz.

Os limites são ditados aos agentes estatais na medida em que esses princípios condicionam normas criminalizadoras e descriminalizadoras, tanto no momento de sua criação quanto no momento de sua aplicação e interpretação. A grande problemática se mostra diante da crescente racionalidade punitiva estatal, advinda da midiaticização e expansão do Direito Penal (SANCHEZ, 2006) e das diversas discussões políticas e ideológicas crescentes mediante grande pressão popular sobre questões que envolvem fortes conteúdos de moralidade e direito.

Conforme STRECK e OLIVEIRA (2019, p. 26), há riscos perante a ideologização da Teoria Processual Penal, que tradicionalmente retrata o processo como uma fórmula de resolução de lides penais, equalizando as tensões produzidas por duas “partes” conflitantes: o Estado e o acusado. O primeiro representa a pretensão punitiva, que se manifesta pela atividade dos órgãos responsáveis pela persecução criminal e pela imposição de uma pena ao acusado (*jus puniendi*). O segundo pretende manter seu *status libertatis*, utilizando-se das garantias presentes na Constituição e nas leis processuais penais, a fim de que apresente os limites para a ação punitiva do Estado.

Essa espécie de “sopesamento” entre o *jus puniendi* e o *status libertatis* pode ocasionar uma forma de suspensão da juridicidade, criando-se um “Estado de Exceção”, na medida em que há um desequilíbrio frente às tendências ideológicas (in) constantes. Sobre o assunto, o autor disserta:

(...) levadas por algum sentimento de ordem emocional ou ideológica (...), as instâncias que se ocupam da interpretação do processo penal (doutrina, jurisprudência, especialmente) acabam por promover argumentações que inflamam injustificadamente um dos “lados” da “lide penal”. Acaba-se, assim, por assumir um quadro de punitivismo exacerbado- que encara as garantias processuais penais como obstáculos para redução da criminalidade, ou de alguma outra dimensão captada por discursos populistas, que estariam melhor enquadradas numa discussão sobre política criminal- ou, de outra banda, um libertacionismo temerário que- se levado às últimas consequências- poderia acarretar uma proteção deficiente dos bens jurídicos com dignidade constitucional, v.g., a segurança pública (STRECK, 2019, p. 27).

Fato é que há uma apartação, mesmo não declarada, entre os princípios penais e a análise de um fato criminoso, de modo a apresentar a “existência” de um Direito Penal

técnico, dispondo da teoria jurídica do crime, e um Direito Penal político, o qual versa sobre os princípios penais e a teoria da pena (PRUDÊNCIO, 2010). Essa ruptura contribui para a manutenção de regras incriminadoras inconstitucionais.

Logo, é necessária a ação do Poder Judiciário, a se ressaltar a atuação do Supremo Tribunal Federal a garantir as previsões do ordenamento jurídico legítimo. Ademais, a função de guardião da Constituição deve assegurar não somente um conjunto de regras acessórias à aplicação do direito material, mas também a assegurar como instrumento de realização de acesso à justiça. O desrespeito aos princípios e garantias gera, então, nulidade do processo penal.

Conforme a concepção de STRECK e OLIVEIRA (2019), as garantias processuais penais representam uma questão de princípio. Os intérpretes, sejam eles juízes, advogados ou promotores, não podem utilizá-las como objeto de manipulação ideológica, devendo-se atentar para a dimensão assumida pelas garantias nos momentos de decisão judicial.

Observa-se que, no âmbito do processo penal, as garantias processuais estão ligadas a um eixo comum, com origem no sistema acusatório (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p.133). Entretanto, é necessário ressaltar que essas garantias fazem parte de uma percepção moralista, condicionada aos debates de toda uma comunidade política. Assim, discutir sobre as garantias é discutir sobre as condições de legitimação sob as quais está assentado o uso da força por parte do Estado. A legitimação desse uso, é em essência, tarefa dos princípios.

Por tal razão, revela-se a ligação das questões das garantias processuais penais às questões de princípio. Sobretudo no contexto jurídico brasileiro, o qual, na presença do Supremo Tribunal Federal, deve observar as circunstâncias dos casos concretos e as aplicações principiológicas, adequando suas teses de maneira justificada, coerente e consistente, a fim de que resguarde a Constituição e o Direito legítimo.

Em tese, o sistema adotado no país, com já mencionado, é o acusatório, embasado nas garantias do Estado Democrático de Direito. Seria, então, o sistema de porta de entrada da democracia. Assim:

(...) É o modo pelo qual se garante que não existe um dono da prova; é o modo pelo qual se tem a garantia de que o Estado cuida de modo igualitário da aplicação da lei; enfim, é o *locus* onde o poder persecutório do Estado é exercido de um modo, democraticamente, limitado e equalizado (STRECK, OLIVEIRA, 2019, p. 56).

Entretanto, sabe-se que ainda existem influências inquisitoriais no sistema normativo e jurídico brasileiro advindas de um longo contexto histórico, no qual se faz necessário referenciar as questões políticas, sociais e culturais das décadas de 30 e 40.

Ademais, como legado do sistema inquisitório, existe a transformação do sujeito em seu objeto. Assim, “o réu pode produzir provas contra sua defesa, possui o dever de provar a sua inocência, deve submeter-se ao processo como ser dócil e obediente, e colaborar com o processo, com o juiz, com a sociedade e com o Estado” (GIACOMOLLI, 2016).

A presunção de culpa do sujeito é uma das mais graves heranças desse sistema. Mesmo havendo previsão constitucional e legal que protege a garantia da presunção de inocência, esse legado foi sentido até recentemente, quando, no final de 2019, o STF decidiu mudar seu entendimento acerca da possibilidade de iniciar o cumprimento da pena antes de serem esgotadas todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado), no julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54.

Fato é que, como afirma GIACOMOLLI (2016), nessa perspectiva, o indivíduo já nasceria culpado, sendo a prisão uma regra, mesmo sem análises minuciosas e críticas sobre provas indispensáveis, condenando o imputado e lhe negando sua liberdade, passando por cima de qualquer direito fundamental de presunção de inocência.

A Constituição Federal de 1988 é o principal alicerce para superar qualquer tendência inquisitorial presente no ordenamento jurídico pátrio, firmando a concepção acusatória do sistema. Além das prestações positivas do Estado, relacionadas às questões sociais de direito, há garantias protetivas referentes ao *status libertatis*, princípios e direitos alusivos às prestações negativas, as quais estão vinculadas à esfera criminal. Deve-se proteger, então, as liberdades individuais para que haja proteção da cidadania e da própria sociedade, limitando-se poderes e garantindo a estrita legalidade, a qual possui caráter e vínculos de tutela (FERRAJOLI, 2000).

Além disso, a Constituição Federal assumiu uma feição garantista por adotar a dignidade da pessoa humana em sua concepção objetiva e subjetiva como um de seus fundamentos, visando a pessoa em concreto, ou seja, o indivíduo único como sujeito de direitos mínimos (MIRANDA, 2000).

O modelo de processo penal antevisto pela Constituição Federal suplanta a função repressora do *ius puniendi*, função meramente instrumental, abordando a exigência da

tutela dos princípios e garantias constitucionais. Essa lei maior é mais que um diploma político, é um regramento jurídico, o qual despesa os direitos humanos.

Surgindo o neoconstitucionalismo, foi necessária a criação de uma concepção neoprocessualista, readequando e compatibilizando o poder punitivo estatal à nova Constituição, verdadeiro “marco político, filosófico e jurídico para o Estado Democrático de Direito no Brasil” (GIACOMOLLI e JESUS, T. A. C, 2018, p. 131).

Dessa forma, seguindo as concepções de DWORKIN (2005), o processo penal deve ser analisado diante de um contexto de uma complexidade fática e jurídica, a partir da discussão dos princípios-garantias, debatendo a questão do contraditório da acusação e da defesa, adequando-se ao resultado esperado pela Constituição. Isso acaba por barrar a discricionariedade judicial, afastando a politização do processo, que por vezes é utilizado como palanque partidário de anseios públicos. Sobre o assunto, acrescenta GIACOMOLLI (2016):

O que legitima o processo penal não é o fato de ser um processo de partes (perspectiva isonômica), como se fosse um jogo ou uma estratégia de guerra (paradigma liberal) ou um processo onde prepondera a figura superior do juiz, com funções paternalistas, de protagonismo e ativismo (modelo social), mas a sua construção a partir dos diplomas internacionais protetivos dos direitos fundamentais e da CF, com a maximização dos direitos fundamentais, atuação isonômica e funcional delimitada dos sujeitos processuais, com debate contraditório dinâmico e mecanismos de controle recíprocos, tendo o juiz como garante dos direitos fundamentais. Em suma, o modelo democrático de processo penal depende de levar-se a sério todas as perspectivas: interação das normatividades convencional, constitucional e legal; diálogo doutrinário e jurisprudencial doméstico e internacional; comunicação entre as Cortes e decisões judiciais, na linha da compreensão e responsabilidade.

O devido processo penal e legal é, então, aquele que protege os direitos e garantias fundamentais e humanos, tanto de modo formal quanto material, propiciando a tutela jurisdicional efetiva e uma decisão a ele ajustada. Sobre os direitos e garantias que devem ser observados, reafirma VARGAS:

(...) ao contrário do que acontece com os direitos, que são anteriores ao Estado e, por isso mesmo, apenas reconhecidos e, jamais, outorgados, as garantias decorrem de verdadeiras normas jurídicas, de leis positivas, de preceitos constitucionais que asseguram o gozo dos direitos e preservam o indivíduo contra o extravasamento do legislador ordinário, do juiz e dos órgãos executivos (VARGAS,

Ocorre que o processo criminal no Brasil apresenta sortidos desacordos com o Estado Democrático de Direito. Ao mesmo tempo que pretende ser garantista, tenciona a punição com a finalidade exarcebada de provocar a intimidação, atropela direitos, mitiga garantias, e extrapola até mesmo o campo penal, “repercutindo na esfera privada, violando honra, imagem e direito ao esquecimento” (GIACOMOLLI e JESUS, T. A. C, 2018, p.133).

Nesse sentido, identificam-se as influências inquisitórias no ordenamento jurídico brasileiro que são exteriorizadas, por exemplo, pelas ideologias de contenção. Isso corrobora, conforme BOAVENTURA (2000), o entendimento de que o passado dialoga com o presente, demonstrado pela evidente crise de paradigmas enraizadas no processamento criminal do país. Assim, os discursos inquisitivos, mitigadores e punitivistas entram em conflito com a axiologia constitucional e os direitos fundamentais humanos, demarcando uma ambiência social de paradoxos.

Para GLOECKNER (2017, p. 13-14), há dois fenômenos que desestruturam o desenvolvimento do sistema da justiça criminal e impedem seu desenvolvimento. O primeiro deles seria o ativismo judicial em matéria penal que trata de tornar simétricas as funções acusatórias judiciais. Já o segundo fenômeno é o resultado da radical transformação do processo penal.

3.5 Influxos jurisprudenciais do STF e a mitigação da presunção de inocência

Adentrando nas questões materiais das garantias processuais penais, podem-se exemplificar alguns casos que se demonstraram relevantes no cenário recente do país. Dentre eles, um referente a extensão da eficácia da garantia da presunção de inocência.

O estado de inocência é uma das mais importantes garantias do sistema acusatório, sendo indispensável para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Sua origem está pautada no contexto de Revolta contra o Antigo Regime, em que houveram revoluções a fim de proteger o indivíduo em face do Estado, assegurando a liberdade, contra prisões arbitrárias e contra a consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade (GIACOMOLLI, 2016).

Há de se salientar que apenas na Constituição Federal de 1988 o princípio do Estado de Inocência foi previsto no ordenamento jurídico brasileiro. Assim, dispõe no artigo 5º, inciso LVII, no texto constitucional: “ninguém será considerado culpado até o

trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, devendo sua incidência subsistir até o momento em que se esgotar a possibilidade de reforma da decisão, para a defesa, da decisão condenatória. Afirma-se:

O estado de inocência é um princípio de elevado potencial político e jurídico, indicativo de um modelo basilar e ideológico de processo penal. Este, quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana, afastando-se das bases inquisitoriais, as quais partiam do pressuposto contrário, ou seja, da presunção de culpabilidade da pessoa. A adoção ou não do princípio da presunção de inocência revela a opção constitucional a um modelo de processo penal (GIACOMOLLI, 2016).

Logo, o texto constitucional condiciona uma interpretação de maneira restrita, pois o Estado de Inocência deve subsistir até uma decisão definitiva dentro daquela relação processual (CALABRICH, 2015). Entretanto, o que se observou, no início da aplicação da norma, foi a posição dos Tribunais concedendo efeitos suspensivos aos Recursos Extraordinários e iniciando a execução provisória da pena, com a prolatação de decisão condenatória no segundo grau de jurisdição.

Esse entendimento deixou de ser aplicado apenas em 2009, com o julgamento do HC 84.078, em que pese fora considerado anos de atraso para o Supremo Tribunal Federal. Sucede-se que, essa erudição teve curto prazo de tempo, indicando a inconstância sobre a interpretação da questão, já que em 2016 o tema foi levado novamente à apreciação através do HC 126.292/SP. Veja-se:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado (BRASIL, 2016, p. 1, grifo nosso).

Entretanto, mais uma vez, em 2019, o entendimento mudou- através da Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54. A Suprema Corte se mostra, assim,

dividida quanto à possibilidade de efeito suspensivo dados aos recursos. Alguns ministros entendem que a pena pode ser executada, ainda que haja possibilidade de reforma da decisão condenatória, o que representaria um perigo inegável a ordem democrática.

A prisão somente se justifica após uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou nos casos da prisão processual, previstas legalmente, como as prisões em flagrante, preventivas ou temporárias. Trata-se aqui da *prisão pena*, que não representa a antecipação dos efeitos de uma condenação. É sabido que:

Essa função de limitação do encarceramento cunha as prisões processuais ou antecipadas com as marcas da excepcionalidade e da necessidade, confrontando-se a previsão legal da prisão com outros princípios e garantias constitucionais a ela relacionados, inclusive a razoável duração do processo (GIACOMOLLI, 2016).

A garantia do Estado de Inocência merece bem mais atenção, dada que existem muitas outras questões a serem analisadas no ordenamento jurídico brasileiro. São diversas as análises que podem ser retiradas do princípio da presunção de inocência, como o impacto desse entendimento mediante os casos concretos; a utilização do remédio constitucional Habeas Corpus nos juízos do país; a questão das prisões cautelares e quais suas fundamentações, bem como os critérios para se enquadrar um crime como grave.

Destaca-se que o Estado de Inocência tem fundamentos éticos, políticos e possui natureza assecuratória ante o poder punitivo estatal, além de fundamentos epistemológicos. Nesses termos:

A atuação do Supremo Tribunal Federal, cuja atuação segue racionalidade de base atécnica e descomprometida com a sociologia e axiologia constitucional, geram atividades de processamento criminal marcadas pelos postulados da sociedade punitiva²³, da cultura do medo e do etiquetamento em busca de legitimidade democrática, em tempos de descrédito, dada a morosidade, a sensação de impunidade e as injustiças realizadas.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode-se inferir, diante deste estudo, que o sistema inquisitório ainda deixa uma herança que necessita ser superada no ordenamento jurídico brasileiro. O próprio Código de Processo Penal apresenta resquícios desse sistema, o que parece contraditório, visto que a Constituição Federal de 1988 está pautada em diversas questões principiológicas de proteção à dignidade da pessoa humana.

A mitigação das garantias processuais penais é reflexo disso. Assim, vive-se um

período de conflitos, em que o próprio Supremo Tribunal Federal oscila em suas decisões, enquanto deveria ser o guardião da Constituição.

A Suprema Corte se mostra, assim, dividida quanto à possibilidade de efeito suspensivo dados aos recursos. Alguns ministros entendem que a pena pode ser executada, ainda que haja possibilidade de reforma da decisão condenatória, o que representaria um perigo inegável a ordem democrática.

Ocorre que a prisão somente se justifica após uma sentença penal condenatória transitada em julgado, ou nos casos da prisão processual, previstas legalmente, como as prisões em flagrante, preventivas ou temporárias. Trata-se aqui da *prisão pena*, que não representa a antecipação dos efeitos de uma condenação. A garantia do Estado de Inocência merece bem mais atenção, dada que existem muitas outras questões a serem analisadas no ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, infere-se que a mitigação das garantias processuais penais é reflexo da influência inquisitorial e de pressões políticas, que pretendem se afastar das questões principiológicas, a fim de que se mantenha um sistema inquisitório e punitivista no país. Vive-se um período de conflitos, em que o próprio Supremo Tribunal Federal oscila em suas decisões, enquanto deve ser o guardião da Constituição. Assim, o processo penal deve ser firme e garantidor de direitos. O Estado não deve, logo, operar apenas de maneira instrumental, mas deve tutelar o bem estar de seus indivíduos, protegendo-os diante de iminentes abusos do poder estatal.

Frise-se que tratamento dado à garantia processual abordada neste aponta essas influências dos valores e mentalidades inquisitivas que predominavam no contexto pré-1988, claramente autoritárias e meramente formais e burocráticas, que não reconheciam os indivíduos como sujeito de direitos, mas como alguém que deveria ser combatido pelo Estado, a todo custo.

Assim, abala-se toda a estrutura do devido processo penal e legal, pois em um Estado Democrático de Direito, o indivíduo deve ser protegido diante de iminentes abusos do poder estatal. Não se pode impor ao cidadão o cumprimento provisório de sentença penal condenatória enquanto restam possibilidades deste ser absolvido em grau recursal. Qualquer solução oposta fere direitos fundamentais mais básicos. Além da esfera individual, a questão processual se torna rasa e desconfiável.

O Estado, então, deve agir com a finalidade precípua de proteger os cidadãos,

afastando as pejorativas do signo “inquisitório”. O processo penal, assim, deve ser utilizado como freio a possíveis abusos estatais. Daí a importância das garantias processuais fundamentais para os imputados e a preocupação do constituinte brasileiro em assegurar no caput do art. 5º, garantias, liberdade e segurança.

Em suma, não se pode afastar as previsões e garantias da Constituição Federal. O processo penal deve ser firme e garantidor de direitos, afastando a única concepção do *ius puniendi*, pois tratam-se, acima de tudo, de direitos humanos. O Estado não deve operar apenas de maneira instrumental, mas deve tutelar o bem-estar de seus indivíduos. Logo, a Constituição Federal só será efetiva de forma plena, a partir de uma transformação e rompimento da mentalidade inquisitória impregnada no Sistema de Justiça Criminal, almejando a concretização dos preceitos constitucionais e a legitimidade democrática.

REFERÊNCIAS

BARROS, P. M. F. **Do simples ao complexo em Fonoaudiologia**. Rev. Symposium, Lavras, v. 4, p. 5-19, 2000.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado, 1988.

_____. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. Acórdão. RE 251.445/GO. Relator: Relator Min. Celso de Melo. Diário Oficial da União. Brasília.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 126.292/SP**. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Relator: Ministro Teorí Zavaski. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 10 de março de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade 43 e 44**, Distrito Federal. Requerente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Voto ADC 43 e 44. Brasília, DF, 2016k. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça (2. Turma). Habeas Corpus 581811/MG. Habeas corpus substitutivo de recurso próprio [...] Conversão da prisão em flagrante em preventiva. Art. 310, II, do Código de Processo Penal – CPP. Legalidade. Prisão preventiva. Fundamentação idônea [...] Flagrante ilegalidade não evidenciada. Habeas corpus não

conhecido. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik. DJ: 10/08/2020. **JusBrasil**, 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/919814268/habeas-corpus-hc-581811-mg-2020-0114929-0/inteiro-teor-919814296?ref=juris-tabs>. Acesso em: 14 set. 2020.

CALABRICH, Bruno. **Garantismo penal integra: questões penais e processuais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2015.

DWORKIN, R. **Uma Questão de Princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas Marcas Inquisitoriais do Processo Penal do Código de Processo Penal Brasileiro e a Resistência às Reformas. In: **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**. v.1. n. 1. Porto Alegre, 2015.

_____. **O devido processo penal: Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José e JESUS, Thiago Allisson Cardoso de. **Mentalidade inquisitória e mitigação de garantias no processamento criminal pelo STF no contexto dos 30 anos da Constituição brasileira**. Direito penal, processo penal e constituição II. CONPEDI, 2018. Disponível em: www.conpedi.org.br. Acesso em: 20 de julho de 2020.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Metástases do sistema inquisitório**. In GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Sistemas processuais penais**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. **Autoritarismo e processo penal**. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

_____. Três teses sobre a inconstitucionalidade substancial do art. 383 do CPP: por que o réu não se defende (apenas) dos fatos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 2, n. 1, p. 185 - 212, 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v2i1.21>. Acesso em: 04 fev. 2020.

_____. Processo penal pós acusatório: ressignificações do autoritarismo no processo penal. **R. Emerj**. Rio de Janeiro, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan./fev.2015. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_378.pdf. Acesso em: 04 fev. 2020.

GONÇALVES, Claudia Maria da Costa. **Direitos Fundamentais Sociais**. São Paulo: Juruá, 2013.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 3. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho; NETO, José de Assis Santiago. A cultura inquisitória mantida pela atribuição de escopos metajurídicos ao processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil**. Volume 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 177-195.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2000

PRUDÊNCIO, Simone Silva. **Garantias constitucionais e o processo penal: uma visão pelo prisma do devido processo legal** Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 57, p. 297-320, jul./dez. 2010.

REALE, Miguel. **O Estado Democrático de Direito e o conflito de ideologias**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO , André R.; MELO , Marcos Eugênio V. Cultura Inquisitória e as Falsas Oralidades. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, p. 879-905, set./dez. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i3.95>. Acesso em: 04 fev. 2020.

SANCHEZ, Jesus Maria Silva. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2006.

STRECK, Lenio, OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **O que é isto- as garantias processuais penais?** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

VARGAS, José Cirilo de. **Processo Penal e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 1992.

VOLPI, Stefano. A cultura inquisitória e a motivação das decisões de decretação de prisão preventiva no Brasil: uma fácil adequação axiológica. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da (Orgs.) **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil**. Volume 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. p. 359-374.

Capítulo 3

DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DAS “REGRAS DE MANDELA” NO DIREITO BRASILEIRO: ênfase nas repercussões na seara da execução penal

Ana Beatriz Melo Gomes
Beatriz Carolina Silva Leão
Bruna Marcele Soares Gomes
Hyago Silva Borges de Oliveira⁶

RESUMO: As Regras de Mandela estabelecem orientações aos países membros da Organização das Nações Unidas – ONU – no que toca ao tratamento estatal dado ao sujeito em cárcere, reconhecendo-os como sujeito e titulares de direitos humanos fundamentais. O presente documento passou a ser discutido a partir 1º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquente com a finalidade de estabelecer regras mínimas aos reclusos durante a execução da pena, tendo em seu arcabouço princípios humanitários pautados na dignidade da pessoa humana e que vão refletir em ordenamentos jurídicos de diversos países. Diante disso, mesmo que as Regras de Mandela não tenham caráter vinculativo, o presente artigo visa analisar as repercussões em que o presente documento gera no ordenamento jurídico brasileiro no que respeita a lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, a Lei de Execução Penais, estabelecendo pontos controvertidos e divergentes entre os dois institutos e analisar o encarceramento no Brasil sob a perspectiva das Regras de Mandela. Ademais, utilizou-se o emprego do levantamento bibliográfico para a construção do trabalho, buscando literaturas nacionais e internacionais que verssem sobre direitos humanos fundamentais, execução penal, dentre outros temas.

Palavras-Chaves: Regras de Mandela. Execução Penal. Ordenamento Jurídico Brasileiro. Direitos Humanos Fundamentais.

ABSTRACT: The Mandela Rules establish guidelines for member countries of the United Nations - UN - with regard to the state treatment given to the prisoner, recognizing them as subjects and holders of fundamental human rights. This document started to be discussed as from the 1st Congress on Crime Prevention and Treatment of Offenders with the purpose of establishing minimum rules for prisoners during the execution of the sentence, having in its framework humanitarian principles based on the dignity of the human person and which will reflect in legal systems of several countries. In view of this, even though the Mandela Rules are not binding, the present article aims to analyze the repercussions that this document generates in the Brazilian legal system with regard to Law No. 7,210, of July 11, 1984, the Law of Execution Penal, establishing controversial and divergent points between the two institutes and analyzing

⁶ Acadêmicos do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão – UEMA.

incarceration in Brazil from the perspective of the Mandela Rules. In addition, the use of bibliographic survey was used for the construction of the work, seeking national and international literature dealing with fundamental human rights, criminal execution and among other topics.

Key-Words: Mandela rules. Penal Execution: Brazilian Legal System. Fundamental Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o número de custodiados mantém uma tendência crescente, de modo que isso reflete diretamente a mentalidade punitivista dentro de um sistema com resquícios inquisitoriais. O encarceramento, nesse sentido, se apresenta como o instrumento mais eficaz de intervenção, ainda que de fato não seja. E a seletividade penal ainda é um marco no judiciário brasileiro, na medida que os encarcerados são majoritariamente pobres.

Vislumbra-se, com esse cenário, que políticas públicas não foram bem desenvolvidas no enfrentamento do cerne da questão, principalmente, no que se refere à reinserção social.

Desse modo, foram editadas regras mínimas para tratamento dos presos, a fim de que sirvam como instrumentos a serviço do Sistema de Justiça, reestruturando a mentalidade inquisitória, consubstanciada na mudança da perpetuação do encarceramento em massa. Essas regras mínimas denominam-se Regras de Mandela.

As Regras de Mandela, por conseguinte, são instruções aprovadas em uma ambiência mundial, Organização das Nações Unidas, em 22 de maio de 2015, para coibir a negligência estatal, com vistas a dignidade da pessoa humana, haja vista que do encarcerado é retirada a essência de ser humano, não sendo, portanto, considerado sujeito de direitos.

A polarização das ideologias a nível mundial massifica essa ideia e traz à tona que se vive em um ambiente de obscuridade, por isso, se legitima discursos de ódio e atenua os direitos fundamentais dos presos, consubstanciados na Constituição Federal de 1988. Ademais, as Regras de Mandela podem ser trazidos à baila devido aos tratados

internacionais dos quais o Brasil é signatário, fomentando a ideia do Estado Democrático de Direito no contexto pós-1988.

Cumprir destacar que as Regras de Mandela receberam essa denominação devido ao líder africano que foi preso por vinte e sete anos e que encabeçou uma luta em prol dos direitos fundamentais, em um contexto que seria facilmente contrariado.

Em que pese a terminologia regras, o documento não pretende impor qualquer determinação ao modelo de sistema prisional. Procuram, de outro modo, estabelecer, por meio da principiologia, tratamentos básicos à gestão dos estabelecimentos prisionais. Tratam-se, portanto, de condições mínimas consideradas adequadas pela Organização das Nações Unidas.

As regras podem ser metodologicamente divididas em duas partes: a primeira trata de regras relativas à administração geral dos estabelecimentos prisionais e a aplicável às categorias cíveis e penais dos presos, presos previamente ou condenados, incluindo também os que estejam detidos por medidas de segurança; a segunda parte dessas regras se atém às categorias de reclusos por cada seção, sendo a seção A relativas aos condenados, aplicáveis às demais seções desde que não as contradigam.

O presente trabalho, portanto, tem por objetivo analisar o encarceramento no Brasil sob a perspectiva das Regras de Mandela, algo que ainda é bem controverso e, por conseguinte, bastante discutido na ambiência acadêmica. Busca-se compreender, pois, a necessidade de cumprimento dos direitos fundamentais apregoados na Constituição Federal, por meio do documento internacionalmente reconhecidos.

Considerando, pois, a real necessidade de discutir humanização da justiça criminal, o trabalho apresentará de forma sucinta essa temática tão pertinente, se desdobrando em três aspectos pontuais: contexto inicial e contexto da implementação das regras; repercussões internacionais do diploma, bem como casos internacionais; e, por fim, repercussão brasileira do diploma e a responsabilidade internacional do Estado brasileiro.

Essa divisão auxiliará na melhor compreensão do tema, abarcando-o no contexto internacional, com casos exemplares, e perpassando pelo contexto brasileiro, utilizando-se para isso de base bibliográfica.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E PRINCIPOLÓGICOS DAS REGRAS DE MANDELA

As regras de Mandela vão estabelecer orientações para um tratamento mínimo humanitário aos que estão sujeitos ao cárcere e às penas de restrição de liberdade em decorrência de uma sentença penal condenatória, tendo como base a principiologia contemporânea respaldado na dignidade da pessoa humana. Antes de adentrar ao aspecto material do presente documento, faz-se necessário compreender o contexto em que a referidas orientações estão inseridas e mutáveis ao longo do tempo, uma vez que os direitos humanos fundamentais possuem como características a historicidade, ou seja, “são o resultado de um processo histórico (processo de construção) que conduz à sua afirmação e consolidação” (FERNANDES, 2018, p. 347).

Após a finalização da Segunda Guerra Mundial, cujas consequências afetaram os sistemas penitenciários dos países envolvidos, adotando-se diversas políticas punitivas, os países membros da Organização das Nações Unidas – ONU -, a partir dos meados dos anos 50, começaram a se preocupar com uma classe esquecida pelas autoridades públicas, no quesito de reconhecer o valor humano e inibir situações vexatórias e humilhantes que permeiam o sistema penitenciário até hoje (BARROS LEGAL, 2015). No ano de 1955, especificadamente na cidade de Genebra, ocorreu o 1º Congresso sobre Prevenção do Crime e Tratamento do Delinquentes com a finalidade de estabelecer Regras Mínimas de Tratamento do Preso. Não obstante, a sua aprovação viria a ocorrer no ano de 1957 pelo Conselho Econômico e Social da ONU. Estabeleceu-se em 1971, mediante Assembleia promovida pela entidade internacional já mencionada, que os países compromissados com a causa deveriam implantar os valores das referidas regras em seus territórios governamentais (BARROS LEGAL, 2015).

Essas regras mínimas influenciaram outros tratados internacionais e chegou também a vir sem complementada em decorrência do seu caráter valorativo, como, a exemplo, Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984. Destaca-se que no ano de 2015, durante um período de reforma penal internacional, as regras passaram por revisões e começaram a ser denominadas Regras de Mandela, em homenagem ao líder africano que foi preso

por 27 (vinte e sete) anos e lutou em prol da tríade dos direitos fundamentais (liberdade, igualdade e democracia).

Após esse aparato histórico, é necessário compreender que mesmo havendo a terminologia “regras”, esse documento de caráter internacional possui uma carga predominantemente principiológica e não imperativa, não havendo uma força cogente em relação aos países membros. Percebe-se essa carga valorativa nas observações preliminares ao afirmar que o objetivo das Regras de Mandela não é modelar um sistema penitenciário, mas sim estabelecer princípios básicos e mínimos para atingir uma boa organização penitenciária e da prática relativa ao tratamento de prisioneiros, levando em consideração as diversas condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas existentes entre os países.

Diante disso, compreendendo a natureza das Regras de Mandela como princípios, é imprescindível incorporar no presente organismo deste artigo o conceito de princípios para que haja entendimento que a finalidade das Regras de Mandela não é instrumentalizar e impor determinada situação jurídica. Princípios, conforme Robert ALEXY (1997), são normas jurídicas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível dentro de um parâmetro de possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Em palavras diversas, conceitua-se princípios como valores dos critérios diretivos para que haja interpretação e adoção de critério programáticos para o progresso das legislações vigentes (BETTI *apud* BONAVIDES, 2018), sendo, portanto, normas-chave e mandamentos de otimização de um arcabouço jurídico. Nas palavras do renomado autor Celso Antônio Bandeira de MELO (1994, p.450), princípio é:

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido.

Traz-se à tona que as Regras de Mandela possuem arcabouço valorativo cultural sócio-jurídico baseado na dignidade da pessoa humana, desenvolvendo mandamentos jurídicos fundamentais para que abranja o sistema penitenciário

consolidado pelos países, objetivando efetivar direitos e garantias fundamentais. Ademais, busca-se o conceito de dignidade humana em Immanuel Kant (apud BARROSO, 2016) em que a noção dignidade, dentro da visão kantiana, tem por fundamento a autonomia e esta é “a qualidade de uma vontade que é livre” (BARROSO, 2016, p.71).

Segundo KANT (apud SARLET, 2019, p. 40), o ser humano possui uma qualidade peculiar e insubstituível, fundamentando-se de que no reino dos fins tudo tem um preço ou uma dignidade. As coisas possuem preço e podem ser substituídas por um equivalente, mas, caso esta coisa está acima de todos os preços e não pode ser substituída, ela possui dignidade. Nesse contexto, dignidade é “o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo o preço” (KANT, p. 140, apud SARLET, 2019, p. 40). As coisas possuem preço de mercado, mas as pessoas têm um valor interno absoluto chamado de dignidade (BARROSO, 2016).

Na perspectiva do renomado autor Robert ALEXY (1997, p. 81), “a dignidade humana compõe o mínimo existencial que é o conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo homem tem direito, cuja garantia é regra obrigatória.”

A documentação da ONU, palpada na concepção de dignidade da pessoa humana, melhor, da dignidade do encarcerado, apresentou recomendações que podem ser subtraídos princípios a mencionar de forma explicativa. Ressalva-se que o presente documento se divide em duas partes. A primeira parte trata das matérias relativas à administração geral dos estabelecimentos penitenciários e é aplicável a todas as categorias de prisioneiros, criminais ou civis, em regime de prisão preventiva ou já condenados, incluindo aqueles que tenham sido objeto de medida de segurança ou de medida de reeducação ordenada por um juiz. Ademais, a primeira parte possui 22 seções distribuídos entre 85 regras que tratam sobre: registros; separação de categorias; alojamento; higiene pessoal; vestuário e roupas de cama; alimentação; exercício e desporto; serviços médicos; restrições, disciplinas e sanções; instrução de coação; revistas aos reclusos e inspeção de cela; informações e direito de reclamação dos reclusos; contatos com o mundo exterior; biblioteca; religião; depósito de objetos

pertencentes ao recluso; notificações; investigações; transferências de reclusos; pessoal do estabelecimento prisional; inspeções internas e externas.

A segunda parte (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016) contém as regras que são aplicáveis somente às categorias de prisioneiros a que se refere cada título, possuindo ao total 37 regras. O primeiro título da segunda parte trata sobre Reclusos Condenados, sendo distribuído entre 23 regras: princípios gerais; tratamento; classificação e individualização; privilégios; trabalho; educação e lazer; relações sociais e assistência pós-prisional. O segundo título da segunda parte versa acerca dos reclusos com transtornos mentais e/ou com problemas de saúde. O terceiro título da segunda parte apresenta a categoria dos reclusos detidos ou que estão aguardando julgamento. Por último, o quarto título abarca os presos civis e o quinto título abarca as pessoas presas ou detidas sem acusação.

Conforme BARROS LEGAL (2015), exemplifica-se a partir das regras presentes no corpo do documento alguns princípios a serem destacados aqui:

A **Regra 1** intensifica a noção de que os encarcerados possuem um valor inerente, possuindo dignidade e devendo ser respeitado como ser humano. Implica-se dizer que esses sujeitos não devem ser submetidos às práticas torturantes e/ou tratamentos degradantes, devendo estes serem protegidos pelo Estado e não apresentarem motivos para que se legitimem essas condutas.

A **Regra 2** determina que as presentes regras serão aplicadas de forma impessoal entre os sujeitos de processamento criminal em fase executória. Estabelece, desde modo, o princípio da não discriminação, ou seja, não haverá nenhuma discriminação em razão da raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, patrimônio, nascimento ou outra condição. As condições religiosas e morais não podem ser supridas, mesmo que o sujeito esteja submetido ao cárcere. Diante disso, a Administração deve tratar esses sujeitos de forma isonômica, levando em consideração as necessidades individuais dos reclusos, principalmente aqueles que estão em patamar de vulnerabilidade.

A **Regra 3** afirma que como a prisão impede a autodeterminação do sujeito, considerando-se este como direito fundamental, o sistema prisional adotado, dentro dos limites, não deve agravar o sofrimento e a dor inerente a esta situação.

A **Regra 4** comporta uma perspectiva social da pena, não carregando a mentalidade arcaica do Direito Penal de que a prisão é uma forma de punição e sim uma forma de reintegrar o sujeito na sociedade. Conforme essa informação, o Estado deve promover dentro das penitenciárias educação, formação profissional, lazer e trabalho, e outras formas de assistência apropriadas e disponíveis.

Por último, a **Regra 5** estabelece que o sistema prisional deve minimizar as diferenças entre a vida durante prisão e a vida em liberdade que propendem a enfraquecer a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.

Depreende-se que as Regras de Mandela são fruto de uma preocupação a respeito do sujeito em cárcere, atribuindo a este um valor intrínseco inerente a ele próprio, devendo ser tratado não como objeto de punição, mas sim vistos como seres humanos e titulares de direitos humanos fundamentais. Ademais, o mesmo documento possui uma carga valorativa, estabelecendo diversos princípios pertinentes a serem adotados pelos países membros da ONU, mesmo sendo não vinculativo, a fim de quebrar a ideia de apatia relativos a estes sujeitos e não desconstituir a qualidade de ser humano dos mesmos.

3 DA APLICABILIDADE DAS REGRAS DE MANDELA NO BRASIL

Apesar de ter sido oficializada em 22 de maio de 2015, as Regras de Mandela têm um passado de cerca de 55 (cinquenta e cinco) anos de aplicação, pois, na verdade, as suas orientações já eram dispostas nas “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, as quais, por muito tempo, foram usadas como referência para os Estados usarem em sua estrutura de justiça e sistemas penais.

O Estado Brasileiro inclusive participou da composição que oficializou a revisão das Regras Mínimas de tratamento de apenados, convertidas em Regras de

Mandela. Contudo, apesar da intensa participação, o Brasil não chegou a aplicar o diploma internacional nas políticas públicas do país. De acordo com alguns juristas, adotar as Regras seria implodir o sistema carcerário brasileiro, afinal, é de conhecimento público a defasagem e sucateamento do cárcere no país; e, considerando apenas a realidade fática, essa tem sido a principal justificativa para ignorar as recomendações internacionais (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

De fato, o Estado tampouco se comprometeu em enfrentar essas barreiras fáticas que impedem a execução do instrumento internacional, o qual, inclusive asseverou em seu diploma uma observação (Observação Preliminar 2) onde entende que há uma grande variedade de condições jurídicas, sociais, econômicas e geográficas no mundo e que é evidente que nem todas as regras pode ser sempre aplicadas em todos os lugares, mas, podem, contudo, servir como estímulo para o constante empenho na superação das barreiras que opõem a sua aplicação imediata (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Entretanto, apesar do estado de negação no Brasil – considerando também que matérias que versam sobre as condições dos apenados nunca foi muito bem quista na sociedade brasileira, a qual, especialmente na atual conjuntura política, vem preservando um preciosismo da estrutura punitivista –, os diplomas legais que vigoram atualmente, tais como a Constituição Federal de 1988 e a Lei de Execução Penal ou LEP (Lei n.º 7.210/1984), versam em seu conteúdo sobre entendimentos reafirmados nas Regras de Mandela, afinal, como já dito, o dispositivo internacional tem uma vida progressa e pode-se observar que o Brasil foi um estados que usaram como referência o diploma em destaque.

Assim, torna-se uma missão demonstrar, através de uma análise comparativa, situações jurídicas brasileiras que convergem e dialogam muito bem como as Regras de Mandela. Porém, se comprometendo em fazer as devidas observações quando houver discordância entre ambas.

3.1 DAS SIMILITUDES ENTRE AS REGRAS DE MANDELA E A LEI DE EXECUÇÃO PENAL

Em primeiro lugar, observa-se a proximidade entre o direito interno e as Regras de Mandela logo da Seção A do diploma, versando sobre regras aplicáveis às categorias especiais de apenados (criminais ou civis), onde dispõe que a execução penal deve observar as peculiaridades de cada apenado, em função, principalmente, de princípios como o da individualização da pena e da isonomia, presentes na jurisdição brasileira, em especial, na Lei de Execução Penal.

O princípio da individualização da pena, segundo Xavier de Souza (apud TÁVORA, 2019), é concretizado em três etapas: (1) na atividade legislativa que estabelece abstratamente os limites máximos e mínimos das penas cominadas aos crimes; (2) na atividade de aplicação da pena na sentença do juiz; e, por fim, (3) na atividade executiva, que é o derradeiro momento de sua atuação, momento em que o condenado de fato se perceberá sob os efeitos subsequentes da persecução penal e se esta será tão individualizada quanto os demais atos do processamento criminal o foram. Por isso, na LEP, nos arts. 5º e seguintes, institucionaliza a Comissão Técnica de Classificação (art. 6º) como mecanismo que orienta a individualização da execução penal, classificados os condenados segundo seus antecedentes e personalidade. É um mecanismo inclusive que se concretiza da seguinte forma:

Art. 6º A classificação será feita por Comissão Técnica de Classificação que elaborará o programa individualizador da pena privativa de liberdade adequada ao condenado ou preso provisório.

Art. 7º A Comissão Técnica de Classificação, existente em cada estabelecimento, será presidida pelo diretor e composta, no mínimo, por 2 (dois) chefes de serviço, 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, quando se tratar de condenado à pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Nos demais casos a Comissão atuará junto ao Juízo da Execução e será integrada por fiscais do serviço social (BRASIL, 1984).

Diante disso, compreendendo o zelo do legislador brasileiro em fornecer tal mecanismo, percebe-se que não foi diferente o trato local daquela disciplinada às Regras de Mandela.

Neste último, por exemplo, dispõe que o registro do preso deve conter informações precisas que permitam determinar e individualizar o preso, respeitando –

destaca-se – a autoatribuição de gênero do indivíduo (Regra 7); nada muito diferente dos regramentos da Comissão Técnica ao aferir a personalidade do condenado para fins de individualização da execução penal, seguindo como passo inicial a entrevista do sujeito ou pessoas relacionadas, conforme art. 9º, inciso I, da LEP (BRASIL, 1984).

Essa é mais uma semelhança inovadora que, se seguida abertamente, obterá efeitos no tratamento de apenados cujo gênero diverge do padrão normativo da identificação pelo sexo biológico, é o caso, ainda, da situação de transexuais dentro do sistema carcerário brasileiro, o qual, vem tendo repercussões recentes no cenário jurídico doméstico.

O princípio da isonomia, a seu modo, repercute na execução penal no sentido de conferir tratamento igualitário aos apenados e àqueles submetidos à medida de segurança, que estejam nas mesmas condições, resguardando, assim, uma garantia de isonomia formal. Contudo, seguindo o contexto do apenado aplicado na individualização penal, também garante uma isonomia substancial (TÁVORA, 2019).

Essa posição, no Brasil, é demonstrada expressamente no art. 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, quando preconiza que não haverá entre os condenados e os internados – referente àquele sujeito às medidas de segurança – qualquer distinção de natureza racial, social, religiosa ou política. Nesse mesmo sentido, observa-se a Regra 7 (mais uma vez) e a Regra 5, item 2., *in verbis*:

Regra 7

Nenhuma pessoa será admitida em um estabelecimento prisional sem uma ordem de detenção válida. As seguintes informações serão adicionadas ao sistema de registro do preso quando de sua entrada:

(a) Informações precisas que permitam determinar sua identidade única, respeitando a sua **autoatribuição de gênero**; [...] (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 22, grifo nosso).

Na Regra 7, exposta acima, percebe-se um regramento, já mencionado, que além particularizar o sujeito, também garante a isonomia pregoada no art. 3º da LEP, uma isonomia formal que dá direito ao agente de ser tratado no sistema penal brasileiro de acordo com a sua identificação de gênero, observadas as devidas peculiaridades (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Enquanto isso,

Regra 5

1. **O regime prisional deve procurar minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade** que tendem a reduzir a responsabilidade dos presos ou o respeito à sua dignidade como seres humanos.
2. As administrações prisionais devem fazer todos os ajustes possíveis para garantir que os presos portadores de deficiências físicas, mentais ou outra incapacidade tenham acesso completo e efetivo à vida prisional **em base de igualdade** (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 21, grifo nosso).

No regramento acima, observa-se a aplicação da isonomia substancial, a qual, deverá repercutir na esfera penal de acordo com o contexto fático e social do sujeito apenado, devendo ser recomendada a aplicação de medidas que mitigam as dificuldades do condenado em situação particular, frente a um sistema carcerário moldado segundo o padrão do homem médio.

Aqui, ainda cabe destacar a segunda particularidade da Regra 5, item 1, a qual tece um objetivo de minimizar as diferenças entre a vida no cárcere e aquela em liberdade, uma meta isonômica que a vida em liberdade ainda tenta controlar no cotidiano, mas que também deve se estender ao sistema de execução penal. Afinal, estar na condição de preso, não é e nem deve ser o mesmo que estar isolado em local onde não existam direitos, como se direitos fundamentais e todo um ordenamento jurídico nunca tivessem existido (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Em seguida, considerando a organização do conteúdo das Regras de Mandela, as primeiras tratam da administração prisional, dos estabelecimentos para cumprimento de pena, estabelecendo recomendações a fim de garantir condições mínimas de higiene pessoal, vestimenta dos presos, alimentação, exercício e esporte, serviços de saúde, etc. (BRASIL, 1984).

As condicionantes não são distintas das disposições do Capítulo II da LEP, sobre a “Assistência”; na verdade, elas convergem e se complementam. Por exemplo, é resguardado a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa em todos os estabelecimentos destinados ao cumprimento de pena.

Ademais, compreenda estabelecimentos penais como aqueles destinados ao condenado, ao submetido à medida de segurança (internado), ao preso provisório e ao

egresso, devendo ser respeitada a condição pessoal da mulher e do maior de sessenta anos, e que deverá compor em seus espaços, áreas destinadas à assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva, com o adendo de que também conterà espaços para usufruto de apenados na condição de estudantes universitários (TÁVORA, 2019). Afinal, segundo a natureza da execução da penal retributiva, o seu objetivo está além da prevenção, mas também na humanização, o famoso “punir e humanizar” preconizado por Renato Marcão (apud TÁVORA, 2019, p. 1743).

Nesse sentido, consoante o princípio da reeducação, pautado na Lei n.º 7.210 no art. 41, inciso VII (rol de direitos), deve ser oportunizado ao condenado condições mínimas no que se refere à assistência educacional (BRASIL, 1984). Do mesmo modo, as Regras de Mandela disciplinam nas Regras 12 a 35 sobre as condições da assistência, porém, ressalta-se a Regra 14 que preleciona expressamente condição especial para fins de assistência educacional, aduzindo que se assegure especialidade para que o preso possa ler ou trabalhar sem prejudicar a sua visão (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016).

Regra 14

Em todos os locais onde os presos deverão viver ou trabalhar:

(a) As janelas devem ser grandes o suficiente **para que os presos possam ler ou trabalhar** com luz natural e devem ser construídas de forma a permitir a entrada de ar fresco mesmo quando haja ventilação artificial;

(b) Luz artificial deverá ser suficiente **para os presos poderem ler ou trabalhar sem prejudicar a visão** (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 23, grifo nosso).

Em ambos os instrumentos, as disposições sobre o apenado estudante e/ou trabalhador conjugam instruções favoráveis que preservem esse status do condenado, o qual, contribui para um dos objetivos da execução penal: a reintegração social combinada com a reeducação.

Essa função é tão estimulada que quando um preso demonstra intenções no sentido educativo ou similar, ele ganha benefícios, quais sejam: a) a remição, cujo tempo destinado ao trabalho ou ao estudo, nas penas cumpridas em regime fechado ou semiaberto, computam como pena cumprida, nos termos do art. 128 da Lei de Execução Penal; b) o indulto, que é ato de indulgência do Poder Público extinguindo a

punibilidade se presentes os requisitos impostos, semelhantes à dedicação ao estudo ou ao ofício ; e por fim, c) o livramento condicional, “é benefício que pode ser dado ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a dois anos, com deferimento de sua liberdade sob determinadas condições que devem ser cumpridas sob pena de revogação” (TÁVORA, 2019, p. 1806), e, na verdade, uma das condições de manutenção do instituto se refere à obtenção de ocupação lícita (trabalho ou estudo, especificamente).

Demonstradas as devidas convergências, analisa-se agora sobre as semelhanças do diploma internacional e o diploma doméstico (LEP) no sentido de orientações sobre a disciplina do apenado, em especial, a aplicação das faltas disciplinares e sanções.

Segunda a Regra 39 das Regras de Mandela, nenhum preso deve ser punido duas vezes pela mesma infração e por isso nenhum preso pode ser punido sem que disposições legais o permitam ou se encaixam nas condições da Regra 37 (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016). E, se houver sanção (leia-se: medidas disciplinares), deve assegurar a proporcionalidade e serem registradas todas as sanções disciplinares impostas, à nível de controle.

Na execução penal, nesse mesmo sentido, segundo Távora (2019), as sanções não poderão comprometer a integridade física e moral, colocando em perigo o condenado, sendo, portanto, vedados o emprego de cela escura e as sanções coletivas. Dessa forma, sobre a leitura constitucional e ampla da LEP, entende-se que as sanções devem ser aplicadas desde que não fira a dignidade da pessoa humana.

Na seara processual penal, entende-se pelo direito à ampla defesa e contraditório do agente, e, com mais razão, no ambiente da execução penal, esse direito também não deve ser mitigado. Por isso, mais uma vez, convergem os diplomas. O texto internacional, por exemplo, na Regra 41, afirma que na investigação sobre possível infração disciplinar cometida, deve dar oportunidade ao preso de se defender, *in verbis*:

Regra 41

1. Qualquer alegação de infração disciplinar cometida por um preso deve ser reportada prontamente à autoridade competente, que deve investigá-la sem atraso indevido.

2. O preso deve ser informado, sem demora e em uma linguagem que compreenda, da natureza das acusações contra sua pessoa, e deve-lhe ser garantido prazo e meios adequados para preparar sua defesa.

3. O preso deve ter direito a se defender pessoalmente, ou por meio de assistência legal, quando os interesses da justiça assim o requeiram, particularmente em casos que envolvam infrações disciplinares graves. Se o preso não entender ou falar o idioma utilizado na audiência disciplinar, devem ser assistidos gratuitamente por um intérprete competente.

4. O preso deve ter a oportunidade de buscar revisão judicial das sanções disciplinares impostas contra sua pessoa.

5. No caso de infração disciplinar ser processada como crime, o preso deve ter direito a todas as garantias do devido processo legal, aplicáveis aos processos criminais, incluindo total acesso a um defensor jurídico (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016, p. 29, grifo nosso).

Na jurisdição brasileira, por exemplo, há entendimento do Superior Tribunal de Justiça nesse mesmo sentido, consoante súmula 533 que aduz:

Para o reconhecimento da prática de falta disciplinar no âmbito da execução penal, é imprescindível a instauração de procedimento administrativo pelo diretor do estabelecimento prisional, **assegurado o direito de defesa, a ser realizado por advogado constituído ou defensor público nomeado** (STJ. 3ª Seção. Aprovada em 10/06/2015, Dje 15/06/2015, grifo nosso).

Diante disso, demonstra-se mais um preceito semelhante entre os diplomas e, performando, assim, um diálogo em prol do agente condenado, resguardando a este o direito de defesa, em sentido estrito, e a dignidade da pessoa humana, em sentido amplo.

Em que pese a discussão sobre o direito de defesa aplicado ao condenado, ofereço aqui uma leitura bastante curiosa da teórica Gayatri Chakravorty Spivak, feita no livro “Pode subalterno falar?” (ou “Can the subaltern speak”), que diz respeito sobre a imposição de domínio na linguagem empregada aos indivíduos considerados “subalternos”, que estão creditados nessa posição em razão da sua marginalização frente ao padrão normativo do homem médio, assim, está presente nesse polo, conforme

a autora, os presos, a mulher, e entre outros que têm suas falas desconsideradas ou negligenciadas (SPIVAK, 2010).

Dessa forma, destaca-se que, para além de oportunizada uma defesa ao apenado, que reste garantida a defesa eficiente, a qual, torna relevante a palavra do sujeito. Em especial, se falarmos da mulher presidiária, que, segundo esse contexto, encontra-se duplamente vitimizada.

4 AS REGRAS DE MANDELA NO CENÁRIO DO DIREITO INTERNACIONAL E O CASO BRASILEIRO ENVOLVENDO O INSTITUTO PENAL PLÁCIDO DE SÁ CARVALHO

Conforme delineado alhures, o documento internacional criado pela ONU que reúne as denominadas “Regras de Mandela”, ao dispor acerca do tratamento mínimo a ser dispensado às pessoas em condição de encarceramento ou cumprimento de pena, objetiva, primordialmente, tecer diretrizes e mandamentos de otimização aos países na organização e funcionamento de seu sistema prisional, não gozando tal diploma, portanto, em tese, de quaisquer força obrigatória ou vinculativa.

Sendo assim, observa-se que, no contexto doutrinário das normas de Direito Internacional, as “Regras de Mandela” classificam-se enquanto normas “*soft law*”, na medida em que, não sendo dotadas de força cogente, seriam mais flexíveis (diferente das *hard law*) e, portanto, não obrigatórias.

No entanto, nada obstante o delineamento dessa caracterização teórica do referido instrumento, assinala-se que, ainda que possuam a natureza jurídica de normas “programáticas”, tais regras, no âmbito interno brasileiro, em virtude do próprio compromisso internacional assumido pelo Brasil, enquanto Estado-membro das Nações Unidas, quando da participação ativa na elaboração do diploma normativo supramencionado, são de observância necessária, tanto no que tange à interpretação normativa (no que é compatível com a Constituição) quanto no momento de aplicação e execução no âmbito do sistema prisional adotado no País, sempre na intenção do resguardo e/ou proteção aos direitos humanos/fundamentais dos apenados.

Nessa perspectiva, tem-se que, estando o Brasil vinculado à ONU (Organização das Nações Unidas) em razão da promulgação da Carta das Nações Unidas, este possui o dever de obedecer e/ou observar não somente as normas internacionais (tratados e convenções) incorporadas ao ordenamento jurídico interno nos moldes do que determina a Constituição, mas também os princípios e orientações gerais que regem o tratamento cooperativo e diplomático entre as Nações.

Desse modo, o referido diploma, em conjunto com outros que versam acerca dessa delicada questão na seara da justiça criminal, inseridos ou não formalmente no ordenamento jurídico pátrio, cumpre com o papel imprescindível de complementar, com as suas disposições, o arcabouço normativo já existente, na Constituição, Lei de Execuções Penais, além de outras normas internas e internacionais, visando assegurar, portanto, a proteção dos direitos dos presos durante a execução da pena em compatibilidade com as regras gerais de direitos humanos. Assim:

As Regras de Mandela levam em consideração os instrumentos internacionais vigentes no Brasil, tais como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes e buscam assegurar a dignidade e respeito não só às pessoas privadas de liberdade, como também a seus familiares. Tais regras também têm como finalidade principal a reinserção social e a prevenção da reincidência dos presos, assegurando-lhes o princípio da dignidade da pessoa humana. (BASTOS; REBOUÇAS, 2018, p. 150).

Nessa senda, verifica-se que, se por um lado se exige a observância indispensável de tais orientações principiológicas, em decorrência do próprio pacto voluntariamente firmado pelo Brasil com a organização como um todo, as violações aos direitos humanos das pessoas sujeitas ao sistema prisional são constantes, o que desvela-se em problemas ligados desde à superlotação dos presídios até a própria precariedade nas condições físicas/estruturais as quais se submetem os apenados quando do cumprimento de suas penas. Sendo assim, diversos dispositivos direcionados à proteção dos direitos humanos nessa seara, em que pese encontrarem-se em vigor, não gozam de qualquer efetividade, criando um autêntico “estado de coisas inconvenional”.

Nesse cenário, tem-se como caso emblemático de violação pelo Estado brasileiro dos diplomas internacionais de direitos humanos, incluindo-se nesse bojo as

“Regras de Mandela”, o tratamento conferido aos presos do Instituto Penal Plácido de Sá Carvalho, integrante do Complexo Penitenciário de Gericinó, na Zona Oeste do Município do Rio de Janeiro.

Com efeito, em “denúncia” efetuada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em 30 de março de 2016, perante a Comissão Interamericana dos Direitos Humanos, ao serem relatadas diversas irregularidades nas condições de manutenção e vivência da população carcerária no Instituto sob comento, o Estado brasileiro fora responsabilizado a adotar, conforme consta na Resolução nº 39/2016 da Comissão, diversas medidas visando a solução imediata dos problemas apurados, tais como a superlotação e as numerosas mortes ocorridas em um curto espaço temporal, devendo, nesse último caso, apresentar estudo a respeito.

Entretanto, diante da omissão do Estado brasileiro, que não efetivou quaisquer das medidas determinadas pela Comissão, o caso fora levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, sendo requerido o acolhimento de medidas provisionais com a finalidade de resguardar a integridade física e psicológica dos presos, bem como dos profissionais atuantes no ambiente sob comento, no interior do Instituto Plácido de Sá Carvalho.

Esse caso, assim, permite visualizar, bem como diversos outros levados à apreciação da Corte Interamericana dos Direitos Humanos, em virtude das recorrentes violações aos direitos humanos pelo Estado brasileiro, o caminho árduo que vem sendo traçado para a efetivação de direitos básicos as pessoas privadas de liberdade nas instituições carcerárias. Assim, conforme ressaltado anteriormente, as “Regras de Mandela” tão somente complementam diferentes diplomas normativos existentes que já dispõem amplamente sobre essas questões. Desse modo, nota-se que as regras expostas ao longo do trabalho encontram-se longe de serem suficientes para lidar com os graves problemas e contradições que permeiam o sistema de justiça brasileiro, tendo em vista que diversas garantias e/ou direitos são constantemente ultrajados pela prevalência de uma mentalidade punitivista manifesta no cenário sócio-jurídico brasileiro.

4 CONCLUSÃO

O trabalho trouxe à tona a discussão acerca dos regramentos fundamentais que circundam o tratamento ao sujeito em conflito com a Lei Penal. Nesse sentido, é possível depreender que não se tratam de normas impositivas, mas apenas otimizadores do Sistema de Justiça a fim de materializar condutas atinentes à dignidade da pessoa humana.

Importa compreender com isso que o encarcerado, antes de tudo, deve ser considerado um sujeito de direitos, principalmente, quando se refere ao *mandamus* constitucional, integrando-o na sociedade brasileiro, a qual preconiza o Estado Democrático de Direito.

Nessa senda, políticas públicas apresentam-se como de suma importância ao enfrentamento da questão e as Regras de Mandela são, nessa perspectiva, instrumentos de efetivação dessas políticas. Coibir negligências e abusos e aniquilar a mentalidade inquisitória são avanços, quando se trata da reestruturação do sistema penal.

Compreender essas nuances que ainda fazem presentes no Estado Democrático de Direito é a melhor forma para que se possa reverter os excessos punitivistas.

Por isso, buscou-se contextualizar as Regras de Mandela para melhor interpretação da situação real em que muitos países se encontram, haja vista que esses ditames permeiam ordenamentos diversos; por conseguinte, essas repercussões transcendem as fronteiras e ganham notadamente caráter mundial.

Conclui-se, portanto, que as Regras de Mandela são instrumentos a serviço da sociedade, não apenas do sujeito em conflito com a Lei, pois a mudança na mentalidade punitivistas e inquisitória representa um avanço em detrimento de tantos retrocessos advindos da polarização de ideologias.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1997.

BARROS LEAL, César. Regras de Mandela: o desafio da promoção dos direitos humanos dos privados de liberdade no Brasil. **Revista do Instituto Brasileiro de**

Direitos Humanos, [S.l.], n. 15, p. 139-150, dez. 2015. ISSN 1677-1419. Disponível em: <http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/308>. Acesso em: 10 nov. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

BASTOS, Paula Britto; REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Regras de Mandela: um estudo das condições de encarceramento no Brasil segundo a resolução da ONU**. Revista de direitos humanos em perspectiva, v. 4, n. 2, jul/dez. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Regras de Mandela: regras mínimas das Nações Unidas para o tratamento de presos**. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPODIVM, 2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode subalterno falar?**. Minas Gerais: UFMG, 2010.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 14. ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

A CONSTRUÇÃO DO SANEAMENTO BÁSICO COMO DIREITO SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Alexandre Bezerra Praseres⁷

Resumo: No referente artigo versa sobre a análise do saneamento básico como um direito fundamental, portanto, uma prestação positiva na relação estado-sociedade-indivíduo, como uma norma constitucional de serviço público para proteção do indivíduo, logo estando presente no ordenamento jurídico nacional como dever do Estado Brasileiro, a fim de concretizar a igualdade e a justiça social na modalidade de política pública estatal; a emblemática de um ambiente equilibrado, a entrelaça com o direito ao meio ambiente, em especial, as habitações das pessoas, em anseio a construção de uma sociedade com condições sanitárias adequadas; como meio de prevenir doenças e manter a saúde, o direito ao saneamento básico se tornar também um meio de concretizar o direito a saúde, por tal razão, a teoria dos direitos, o via apenas como um instrumento, um meio de efetivar demais direitos, mas a atuação política ponderar transforma-lo em um legítimo direito social explícito. Se fará exame bibliográfico na pesquisa e aplicação dos preceitos constitucionais como meio de compreender a problemática: o saneamento básico como direito constitucional em construção e ampliação para edificar a dignidade humana.

Palavras-chave: Saneamento Básico; Direitos Sociais; Direitos Fundamentais; Constituição Federal.

Abstract: in the referred article it deals with the analysis of basic sanitation as a fundamental right, therefore, a positive performance in the state-society-individual relationship, as a constitutional norm of public service for the protection of the individual, soon being present in the national legal system as duty of the Brazilian State, in order to achieve equality and social justice in the form of state public policy; the emblematic of a balanced environment, the intertwining with the right to the environment, in particular, people's homes, looking forward to building a society with adequate sanitary conditions; as a means of preventing disease and maintaining health, the right to basic sanitation also becomes a means of realizing the right to health, for this reason, the theory of rights, saw it only as an instrument, a means of realizing other rights, but the political action to consider turns it into a legitimate explicit social right. A bibliographic examination will be carried out in the research and application of constitutional precepts as a means of understanding the problem: basic sanitation as a constitutional right under construction and expansion to build human dignity.

Keywords: Basic Sanitation; Social rights; Fundamental rights; Federal Constitution.

⁷ Graduando em Direito na Universidade Estadual do Maranhão, membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – e-mail: alexandre2020praseres@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O saneamento básico é um dos aspectos da saúde pública mais importante e relevante para a qualidade de vida humana, estando intimamente ligado com a necessidade de o estado social brasileiro prover o mínimo existencial para o desenvolvimento pleno da pessoa humana. Ratificada no âmbito do Direito Internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁸, e de forma mais específica, com o protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁹.

Assim no âmbito internacional, o Estado brasileiro assumiu compromissos de atuar de forma coordenada para garantir o acesso a um sistema de saúde inclusivo e permanente, com o intuito de afastar doenças e situações sociais que de forma crônica geram insegurança na qualidade de vida e diminuem o padrão de vida humana a níveis não toleráveis ou aceitáveis. No ordenamento jurídico pátrio, o poder constituinte originário de 1988, ao promulgar a sétima constituição brasileira, estabeleceu uma série de direitos e garantias para criar um legítimo Estado de Bem-Estar Social.

Desta maneira a Constituição Federal de 1988 representa um marco histórico no quesito de direitos fundamentais, reconhecendo e garantindo como norma constitucional a proteção e ação objetiva na saúde e ao meio ambiente. E atrelado a ambas as concepções estabelecidas de forma integrada e ampla, o direito ao saneamento básico, tanto na sua tese de garantir ao ser humano condições físicas plenas quanto de estabelecer um ambiente que gere tais premissas.

Alinhou-se ao conceito do direito à saúde a proposta da OMS¹⁰ que busca a sua proteção, promoção e recuperação, como uma meta a ser perseguida pelo Estado

⁸ Assembleia Geral da ONU, 1948; Artigo XXV 'Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis'.

⁹ Protocolo de São Salvador, 1988; Artigo XX, 1. Toda pessoa tem direito à saúde, compreendendo-se como saúde o gozo do mais alto nível de bem-estar físico, mental e social; d) prevenção e tratamento das doenças endêmicas, profissionais e de outra natureza.

¹⁰ Organização Mundial da Saúde (OMS) elaborou em 1947, o conceito de saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

por meio da garantia de acesso aos meios que possam trazer a cura de doenças e gere qualidade de vida.

E na concepção ao direito do meio ambiente ecologicamente equilibrado, advém da atuação do governo brasileiro desde a 1º grande conferência na temática de meio ambiente de Estocolmo de 1972¹¹ e as pressões internas dos problemas ambientais e sociais que demandavam e demandam ação coordenada de cunho público e objetivo como preceito constitucional.

O estudo bibliográfico com método sistêmico e teleológico busca analisar a carta magna de 1988 como preceito histórico na garantia dos direitos fundamentais que é e, em específico, no âmbito do saneamento básico que integra o rol de direitos fundamentais na Constituição como entendimento de direito de segunda dimensão, ao lado do direito à saúde e ao meio ambiente. Reconhecendo a historicidade dos direitos fundamentais pela visão de Norberto Bobbio, e das teses de Paulo Gustavo Gonet Branco e Igor Salert no conhecimento das dimensões dos direitos alcançados pela reivindicação social e as prerrogativas inerentes aos direitos que demandam uma prestação positiva do Estado, na ciência de uma ordem jurídica pautada na dignidade humana. Com a compreensão da dimensão social do saneamento básico, se fará o estudo da atuação do Poder Legislativo frente a alterar a Constituição da República e o desenvolvimento do direito ao saneamento básico como prerrogativa para garantir demais direitos sociais, um serviço público para concretizar a moradia digna, a saúde plena e o acesso ao meio ambiente equilibrado e como a legislação infraconstitucional atua como norma reguladora deste serviço público essencial para a concretização dos direitos sociais constitucionais.

2 A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS DIMENSÕES

Os direitos fundamentais são resultado de uma construção histórica e política, que desenvolveu uma teoria jurídica para proteção de bens considerados

¹¹ A Conferência das Nações Unidas (ONU) sobre o Meio Ambiente Humano, reconhecida como Conferência de Estocolmo, foi realizada entre 5 e 16 de julho, em Estocolmo, na Suécia.

essenciais para as sociedades que se fundam no Estado de Direito. Com origem na modernidade, as Revoluções Americana (1776) e a Francesa (1789), são consideradas os marcos do movimento constitucional que preconizou os direitos fundamentais. De acordo com Paulo Gustavo Gonet Branco¹² “*a sedimentação dos direitos fundamentais como normas obrigatórias é resultado de maturação histórica, o que também permite compreender que os direitos fundamentais não sejam sempre os mesmos em todas as épocas*”, de tal forma, que se compreende os direitos fundamentais como uma reivindicação social reconhecida em um momento histórico, baseando-se nas problemáticas próprias da época e local, e que dela, parte a definição e redefinição, ao longo de todo período deste direito, como meio de concretizar e ampliá-lo.

Na mesma linha de capacitar o fenômeno jurídico dos direitos fundamentais como uma construção histórica, Norberto Bobbio afirma:

No momento em que essas teorias são acolhidas pela primeira vez por um legislador, o que ocorre com as Declarações de Direitos dos Estados Norte-americanos e da Revolução Francesa (um pouco depois), e postas na base de uma nova concepção do Estado — que não é mais absoluto e sim limitado, que não é mais fim em si mesmo e sim meio para alcançar fins que são postos antes e fora de sua própria existência —, a afirmação dos direitos do homem não é mais expressão de uma nobre exigência, mas o ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos no sentido estrito da palavra, isto é, enquanto direitos positivos ou efetivos.¹³

Por sua vez, a história do movimento constitucional é descrita por Igor Salert¹⁴ como “*reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (...) também a história da limitação do poder*”. Compreendendo a ligação entre a limitação do poder do monarca e o reconhecimento de direitos estabelecidos fundamentais para o convívio social das pessoas como cidadãos.

Desta forma, em um Estado Constitucional próspero, os direitos fundamentais não sofrem alterações com base arbitrária de uma autoridade política, mas

¹² MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional* .12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017, p.127

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; 2004. P.18-19.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 2017, p.334 apud STERN, p. 5, p. 55

sim, por meio de uma forte pressão social com impacto no meio público político e, na maioria das vezes, com a convicção de ampliar e redimensionar o direito reconhecido no sistema normativo vigente, a fim de consolidar valores da cidadania e do espaço público democrático.

Os direitos fundamentais ao longo da história moderna são entendidos em forma de gerações ou dimensões, ou seja, cada grupo de direitos conquistados apresenta um conjunto valorativo significando as ideias buscadas em determinado período. Os direitos de primeira geração advêm das ideias iluministas dos séculos XVII e XVIII e são ratificadas com as declarações de direito dos Estados Unidos (1789) e da Declaração de Direito do Homem e do Cidadão (1789). Alcançados pela luta política da burguesia que ansiava direitos civis e políticos, tal conquista exigia uma abstenção do Estado de intervir no meio social. Igor Salert¹⁵ resume o período como “um cunho fortemente individualista, concebidos como direitos do indivíduo perante o Estado, mais especificamente, como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder”.

Já o desenvolvimento dos direitos de segunda geração, advêm como uma resposta aos impactos sociais e econômicos da Revolução Industrial, buscando reivindicar uma sociedade com mais igualdade – fortemente influenciada pelas doutrinas socialistas- o Estado passa a intervir na sociedade com o anseio de prestações positivas e liberdades sociais que alterem as precárias condições de vida da maioria da população no âmbito cultural, econômico e social. Para descrever estas duas gerações, Norberto Bobbio afirma:

Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais concebendo a liberdade não apenas negativamente, como não-impedimento, mas positivamente como autonomia — tiveram como consequência a participação cada vez mais ampla, generalizada e freqüente dos membros de uma comunidade no poder político (ou liberdade no Estado); finalmente, foram proclama dos os direitos sociais, que expressam o

¹⁵ Idbim, p.341

amadurecimento de novas exigências — podemos mesmo dizer, de novos valores —, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal, e que poderíamos chamar de liberdade através ou por meio do Estado.¹⁶

A terceira dimensão —mas não a última— apresenta-se pelo caráter coletivo e difuso. Seu fundamento é a fraternidade ou solidariedade, não sendo uma reivindicação de uma classe social específica, mas da sociedade como um todo. Não apenas solicita ao Estado o seu reconhecimento e sua atuação, mas afirmando que sua violação gera dano público danoso e que até o próprio estado pode responder por ações e omissões contra os direitos de terceira dimensão. Sobre sua historicidade, BOBBIO¹⁷ afirma que a terceira dimensão se reveste pela universalidade e de alto teor humanista, iniciado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 que por sua vez, gerou dentro do movimento constitucionalista a criação de novos direitos pátrios. Elenca entre estes direitos, a defesa do meio ambiente, ao progresso inclusivo, autodeterminação dos povos, da comunicação e a defesa do patrimônio comum a humanidade em geral. Sua relação com o ambiente físico saudável e inclusivo às pessoas, cria sua conexão direta ao acesso do saneamento básico, com uma de suas faces necessárias para o desenvolvimento humano.

3 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A QUESTÃO DO SANEAMENTO COMO DIREITO SOCIAL E AS COMPETÊNCIAS NA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

A Constituição da República no seu artigo 6º, no caput, reconhece os direitos sociais promulgados pela carta constitucional: a saúde, educação, previdência social, trabalho, moradia, lazer, alimentação, segurança, proteção à maternidade e à infância, e assistência social aos cidadãos desamparados. Como já descrito anteriormente, o constituinte conceitua saúde tendo parâmetro as diretrizes da OMS¹⁸. Explicitando no seu artigo 196 da mesma carta de valores que:

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, 2004, p.20.

¹⁷ Idem, p.30

¹⁸ Organização Mundial da Saúde (OMS) elaborou em 1947, o conceito de saúde como "um estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. Brasil¹⁹.

Detalha o comando normativo do art. 196 que o direito à saúde será assegurado pelo Estado Brasileiro -por meio de políticas sociais e econômicas, como ação essencial do Estado- buscando assegurar aos indivíduos a redução dos riscos a doenças e demais agravos em razão de carências sociais de existência. Fundado em um acesso universal -um direito relativo a todas as pessoas, incluindo estrangeiros- e igualitário (promoção de bem-estar sem discriminação de qualquer natureza). De onde se conclui, pela hermenêutica constitucional, que o Estado deve intervir em situações de desequilíbrio socioambiental, pois cuidados da saúde inclui prevenção e integração com o meio social a fim de que a relação indivíduo/ambiente seja voltada pela gerência dos recursos disponíveis sem prejudicar o ser humano.

A relação do saneamento básico com o direito à saúde no contexto social humano, é fortalecido pelos fatores de integrar o indivíduo e o coletivo, em caráter de mínimo existencial (moradia adequada, acesso à saúde e a qualidade nos aspectos de higiene) para concretizar condições elementares de sobrevivência digna e desenvolvimento humano pleno. As reivindicações dos movimentos sociais em um contexto de precárias condições humanas na maior parte dos centros urbanos e, a criação de favelas derivadas de um apartheid racial histórico, desenvolveu, como bem fundamentou SALERT²⁰, a criação do Estado de Bem-Estar brasileiro para suprir a histórica exclusão da maior parte da população na questão de direitos subjetivos públicos e redimir as violações de direitos humanos.

Percebe-se que o direito ao saneamento básico não é um direito expresso no art. 6º da Constituição Federal, mas é considerado como uma das formas de concretizar demais direitos sociais. À exemplo do direito à saúde, como disposto neste estudo, não

¹⁹ *Constituição Federal da República*, 1988, art. 196.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia*. Revista Brasileira de Direito Público, 2003, p 04-09.

é efetivado sem água e esgoto tratados para prevenir doenças ou agravos imediatos decorrentes da exposição a resíduos não tratados.

O direito à alimentação e à moradia, não são aplicados como disposto no entendimento constitucional, sem a efetivação do saneamento básico nas residências brasileiras, como meio de prover higiene e limpeza no regime alimentar das pessoas. Logo, se concebe o saneamento básico como parte do conjunto de serviços públicos de extrema importância para viabilizar direitos sociais constitucionalmente expressos.

Outro direito na qual não é concebido sem o conceito de saneamento básico é o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, disposto na Constituição de 1988²¹.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...) § 1º - Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao poder público: I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas.

É indiscutível que o saneamento básico tem intrínseca relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo seu manejo necessário para proteção das águas de rios e mananciais que passam pelos centros urbanos, assim como uma drenagem eficiente nas ruas e avenidas, conseguinte, resíduos de residências e fabricas tem um potencial letal para os ecossistemas e biomas em geral. A relação da matéria é reconhecida no desenvolvimento das políticas públicas dos municípios, que veem nessa relação uma forma de desenvolver as atividades humanas e proteger os recursos ambientais com valor econômico.

O constituinte de 1987/1988 escolheu colocar a tutela ambiental em um capítulo exclusivo como dever do Poder Público e, ao lado da criação da Ordem Econômica Constitucional, reconheceu o desenvolvimento sustentável como caminho a ser seguido e buscado, para a proteção de recursos extremamente relevantes para o bem comum presente e para as futuras gerações. Explicitando o que SIQUEIRA²²

²¹ *Constituição Federal da República*, (1988), art. 225.

²² SIQUEIRA, Mariana de. *O fomento aos campos maduros de petróleo e o desenvolvimento: uma análise jurídico-constitucional*. 2010. p.189-190.

afirma ser um desenvolvimento qualitativo, que atende aspectos amplos e multifacetados de âmbito social, econômico e humano das demandas atuais com preservação ambiental e sem causar prejuízo as necessidades das futuras gerações.

A Constituição é uma construção normativa com base no diálogo entre os membros sociais e políticos da sociedade brasileira, de tal forma que concebendo uma federação nacional, o Brasil se subdividiu administrativamente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, cabendo na pesquisa em questão, o que consta nos artigos 23 e 30 da Constituição Federal, a forma legal de atuar no meio fático, ou seja, as **COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS**.

A competência política-administrativa da prestação do serviço público de acordo com a carta vigente é a competência comum entre União, Estados e Municípios, no âmbito da promoção das condições de saneamento básico:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito federal e dos Municípios: (...)

VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

(...) IX – promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.²³

A norma se refere a possibilidade de exercício de qualquer dos entes estatais visando melhor resultado na qualidade do saneamento básico no Brasil, ou seja, para tornar eficaz a norma constitucional se fortalece a cooperação produtiva entre os entes federativos. Na questão da titularidade do serviço, apesar da doutrina prever possibilidade de intervenção dos Estados na questão de regiões metropolitanas, por meio da análise do artigo 25 § 3º “*Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de Municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum*” (BRASIL,1988). O artigo 30 da Constituição da República garante e se reafirma por meio da legislação infraconstitucional aos municípios como titulares do serviço, com base no princípio da subsidiariedade (BARROSO, 2002,

²³ *Constituição Federal da República*, 1988, art 23.

p.261). Definindo que serviços de interesse local sejam prestados pelo município que é o ente federativo mais próximo na questão do cotidiano do local, como dispõe a seguir²⁴:

Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

(...)

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial

4 A ATUAÇÃO LEGISLATIVA FEDERAL PARA TRANSFORMAR O SANEAMENTO BÁSICO EM DIREITO SOCIAL EXPLÍCITO

De acordo com o artigo 3º da lei que estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico (Lei 11.445, de 5 de janeiro de 2007), “*saneamento básico é um conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário ambiente; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos e manejo das águas pluviais urbanas*”. Por conseguinte, o controle e manutenção da água e demais resíduos produzidos pelas pessoas, de lixo ao esgoto, da zona urbana a rural, é alvo do desenvolvimento da infraestrutura do serviço público necessário para gerar condições básicas de vivência e convivência. Assim, as normas infraconstitucionais definem o saneamento básico como infraestrutura necessária para concretizar os demais direitos sociais presentes na Constituição, mas não reconhece de forma explícita o próprio saneamento como um direito, apenas como meio dos demais, um serviço vital do Poder Público em face das necessidades humanas e da ação estatal nas desigualdades socioeconômicas da sociedade brasileira. A lei da política do saneamento básico tem a função de regulamentar em todos os aspectos os serviços públicos que abarcam o saneamento básico (abastecimento de água e a sua distribuição, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e manejo das águas pluviais urbanas) e estabelecer as formas de atuação nessas áreas e a relação com a iniciativa privada, além das necessidades da população atendida.

²⁴ Idem, 1988, art 30.

Esclarecendo que a legislação infraconstitucional determina o saneamento básico como “serviço público essencial para concretizar direitos”, se percebe que foi uma escolha do legislador de não incluir de forma explícita na norma constitucional e na legislação esparsa, o saneamento básico como direito social. Mas ao longo dos mais de 30 anos da vigência da Constituição Cidadã, houveram movimentos e projetos de emenda à Constituição para mudar este quadro e declarar ao lado da moradia digna, saúde, alimentação e demais direitos, o teor social da prestação objetivo do estado.

O Deputado Federal Raimundo Gomes de Matos (PSDB-CE) é o autor da PEC 93/2015 que dá nova redação ao art. 6º da Constituição. Colocando o saneamento básico como direito explícito e pleno com os demais direitos sociais. Estando o texto do projeto pronto, é necessário entrar na pauta na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). A redação do texto ficaria da seguinte forma:

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 e o saneamento básico, na forma desta Constituição (BRASIL,1988)

O Sr. Gomes justifica a reforma do artigo dos direitos sociais, como forma de incrementar as disposições do art. 196 que prescreve “*a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”, e o entendimento de que o Estado deve impor políticas para melhorar a qualidade de vida da parcela mais empobrecida e que carece de condições de moradia digna, desfavorecendo sua qualidade de alimentação e de saúde.

O Deputado Federal João Paulo Papa (PSDB-SP) por meio da PEC 425/2018, reafirma o saneamento básico como direito social e ainda altera a competência da privilegiada posição de serviço público de interesse comum que atualmente o art. 23 versa como competência municipal a primazia. Além disso, amplia o entendimento como obrigação comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. “*Artigo 23 ... IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das*

condições habitacionais; ... XIII – proporcionar os meios de acesso aos serviços públicos de saneamento básico”.

A redação atual da Constituição da República segundo a doutrina majoritária, prescreve o saneamento básico como uma competência do município por ser considerado como de interesse comum, é o que afirma o advogado Alex Figueiredo dos Reis, consultor jurídico da Associação Nacional dos Serviços Municipais de Saneamento (Assemae)²⁵:

A Constituição Federal estabelece que o município é o titular dos serviços de interesse local. Não há serviço mais local do que o saneamento, pois atende o cidadão em seu local de moradia. Logo, o saneamento é um serviço de titularidade municipal. O município tem autonomia para organizar a prestação desse serviço essencial à vida. Mesmo nos casos de regiões metropolitanas, microrregiões e conglomerados urbanos (que arrecadam cerca de 70% das tarifas de saneamento do País), os serviços de saneamento são de titularidade do Poder Local.

A urgência da realidade social pela melhora da qualidade da prestação do Poder Público do serviço de saneamento básico, é uma das razões que se entende em colocá-lo como direito social expresso na carta magna da nação. Esclarecer as diretrizes de saúde preventiva, assim como a reformulação de planos de habitação popular e da proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, só se concretizam se aliado a uma conceituação expressa e clara do valor do saneamento básico para o Brasil. Como ensina Maria Luiza Feitosa (2009, p.42) *“No Brasil, a efetivação dos direitos econômicos e sociais ainda se mantém como meta para a redução de desigualdades”*.

Mais da metade da população brasileira ainda espera a concretização de seus direitos sociais de prover qualidade de vida digna. De acordo com o Diagnóstico de Serviços de Água e Esgoto de 2018, formulado pelo Ministério do Desenvolvimento Regional, via Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento – SNIS, seus dados expressam a lentidão para a inclusão desses serviços, e a maior parte da população ainda se encontra marginalizada pela atuação estatal. Com mais de 84,5% da população

²⁵ ‘*Saneamento é um serviço de titularidade municipal*’, diz consultor jurídico da assemae em entrevista. FIESP, 2012. Disponível em < <https://www.fiesp.com.br/noticias/saneamento-e-um-servico-de-titularidade-municipal-diz-consultor-juridico-da-assemae-em-entrevista/> >. Acesso em 26 de jul de 2020.

brasileira vivendo nas áreas urbanas, e apenas 105,5 milhões de habitantes atendidos pela rede de esgotos em 2018, o índice de alcance é de 60,9% das áreas urbanas das cidades brasileiras, no qual, a região mais rica e desenvolvida do país, o Sudeste, tem o melhor alcance, de 83,7 % da população. O volume de esgotos tratados foi de 4,18 bilhões de m³ em 2017 para 4,30 bilhões de m³ em 2018, correspondendo a um mero incremento de 2,9%, mantendo um ritmo de ampliação estável, mas baixo. O setor de serviços de água e esgotos, apresenta uma movimentação financeira estimada de R\$ 135,6 bilhões em 2018, divididos em investimentos (R\$13,2 bilhões), receitas operacionais (R\$ 65,5 bilhões) e despesas (R\$ 56,9 bilhões). Estudando esses números, se revela a baixa produtividade de um setor que deveria atender mais de 211 milhões de pessoas, e que pouco investe em manutenção e tecnologia, revertendo seu faturamento, para custear sem grandes alterações, meramente as regiões já alcançadas.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento humano apresenta faces das mais diversas: sociais, econômicas, culturais, políticas e ambientais. A formulação de projetos públicos inclusivos, extensos e profundos, são essenciais para redução das desigualdades sociais, da pobreza e a criação de uma nação que garanta aos seus cidadãos, pleno acesso a serviços públicos de qualidade, capacidade de exercer seus direitos e desenvolver suas capacidades humanas da melhor forma possível.

Ao longo da análise, percebe-se que o saneamento básico não é um direito social expresso no ordenamento jurídico constitucional, não estando presente no art. 6º, capítulo que versa sobre os direitos sociais constitucionalmente brasileiros. Que sua relação com o meio ambiente ecologicamente equilibrado, art. 225 da Constituição, é uma relação de interdependência lógica na proposta de desenvolvimento econômico humano e a conservação do meio ambiente e seu usufruto racional e geracional.

O direito a saúde, plenamente reconhecido na norma constitucional nos art. 6º e 196, necessita para a sua aplicação no meio fático, ser entendida pelas suas complexas ligações humana-ambiente ou indivíduo-natureza. Não sendo possível,

concretizar a saúde, sem um ambiente saudável que proporcione tal condição e previna doenças e males da poluição.

Posto como serviço público essencial, de competência a priori, do poder público municipal para desenvolver nas cidades uma qualidade de vida plena, se reforça devido ao seu caráter vital para o funcionamento do cotidiano socioeconômico do interesse local. Sendo sempre visto como uma essencialidade ligada a outros direitos; o direito ao saneamento básico, está se construindo no decorrer dos debates das políticas públicas; das ações concretas para um desenvolvimento sustentável em plano internacional e nacional, como visto pelos exemplos, de projetos de emendas à Constituição. Que contribuem para o reconhecimento do saneamento básico como direito social em prol do desenvolvimento da sociedade brasileira.

Para este debate, se torna vital então, o reconhecimento do direito ao saneamento básico como norma constitucional de caráter social. Pois se valora como parte da fundamentação da dignidade humana, pacto de grande valia para o acervo jurídico do país. Caracteriza-lo como parte da Constituição, em forma de direito social, e não mero serviço de atuação, ajudará a desenvolver uma direção mais sensível aos problemas humanos e ecológicas, para o Estado e seus agentes públicos, em defesa do patrimônio público, dos interesses coletivos e difusos, além do respeito à dignidade humana, centro basilar da República. E claro, afirmar o caráter fundamental ao saneamento básico, garante nova força vinculante ao movimento constitucional na eficácia dos direitos humanos no Brasil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Saneamento Básico: competências constitucionais da União, Estados e Municípios*. Revista de Informação Legislativa. Brasília a. 38 n. 153 jan. /mar. 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*; 7ª reimpressão. — Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL, lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece as diretrizes nacionais para o saneamento básico. Diário Oficial da União – Seção 1, Brasília, DF, ano 186º, n. 1, p. 3 -7, 5 jan. 2007.

BRASIL, lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020. **Atualização do marco legal do saneamento básico**. Diário Oficial da União - Seção 1, Brasília, DF, ano 199º, n. 1, p. 1-8, 16 jul. 2020.

BRASIL, lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. *Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências*. Diário Oficial da União – Seção 1, Brasília, DF, ano 174º, n. 1, p. 1-4, 8 jul. 1995.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento – SNS. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento: *24º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgotos* – 2018. Brasília: SNS/MDR, 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

DAMASCENO, João Batista. *Saneamento Básico, Dignidade da Pessoa Humana e Realização dos Valores Fundamentais*. Série Aperfeiçoamento de Magistrados – Desenvolvimento Sustentável. CURSO DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL Rio de Janeiro, 18 e 28/MAIO, 04, 11 e 18/JUNHO de 2012. (p. 38-49). Public. 2013. Disponível em < https://www.emerj.tjrj.jus.br/serieaperfeiçoamentodemagistrados/paginas/series/17/desenvolvimento_sustentavel.pdf> . Acesso em 26 de jul de 2020.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em < http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php >. Acesso em 16 de ago de 2020

FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer. *Direitos humanos, econômicos, sociais e culturais*. *Revista Prima Facie*. Edição 2006.2 Disponível em: <http://www.cj.ufpb.br/primafacie/> Acesso em: 23.jun.2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social*. *Revista Do Serviço Público*, 39(4), 63-78. Brasília, DF. ENAP, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO; Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2017

MOURA; Emerson Affonso da Costa. JULIO; Juliane dos Santos. *Interfaces entre o direito à saúde e o saneamento básico na noção de bem-viver do constitucionalismo latino-americano*. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, v. 7, n. 32. 2017 (p. 155-170). Rio de Janeiro.

Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 1988. Disponível em <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm > Acesso em 16 de ago de 2020

Saneamento básico pode passar a ser direito constitucional. SENADO FEDERAL, 2016. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/11/17/saneamento-basico-pode-passar-a-ser-direito-constitucional>> . Acesso em 26 de julho de 2020.

FIESP. *'Saneamento é um serviço de titularidade municipal', diz consultor jurídico da assemae em entrevista.* 2012. Disponível em <<https://www.fiesp.com.br/noticias/saneamento-e-um-servico-de-titularidade-municipal-diz-consultor-juridico-da-assemae-em-entrevista/>> . Acesso em 26 de jul de 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Direito fundamental à moradia na Constituição: algumas anotações a respeito de seu contexto, conteúdo e possível eficácia.* Revista Brasileira de Direito Público – RBDP, Belo Horizonte, ano 1, n. 02, p. 65-119, jul./set., 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988.* Revista de Direito do Consumidor. n. 67, p. 125-172, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional.* São Paulo: ed. 6º Saraiva Educação SA, 2017.

SIQUEIRA, Mariana de. *O fomento aos campos maduros de petróleo e o desenvolvimento: uma análise jurídico-constitucional.* Volume 01. Série Direito dos Recursos Naturais e da Energia. Natal: Edufrn, 2010.

Capítulo 5

A CONVENÇÃO Nº 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO E SUA APLICABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

David Lino Aragão²⁶

João Vítor de Azevedo Felizardo Cantanhêde²⁷

RESUMO: O presente artigo discorre sobre a importância da Organização Internacional do Trabalho para o Direito do Trabalho em âmbito internacional sob uma perspectiva histórica e discute a aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro da sua Convenção Nº 158, a qual estabelece a impossibilidade de demissão arbitrária do trabalhador sem justa causa relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas condições da empresa, estabelecimento ou serviço. Nesta senda, perfaz-se a análise das possíveis implicações jurídicas da adoção do documento para as relações de trabalho e para a economia locais, além da exposição do itinerário percorrido pelo documento no Brasil, desde a sua entrada em vigor até sua denúncia pelo presidente, bem como suas repercussões à luz da doutrina e jurisprudência pátrias. Como metodologia, foi adotado o método hipotético-dedutivo, conjecturando acerca da possibilidade de aplicação da Convenção Nº 158 da OIT ao ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, os principais instrumentos para a coleta de dados foram a pesquisa bibliográfica e documental, buscando elucidar as principais controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca da matéria abordada. Por fim, conclui-se que, não obstante a existência de óbices formais à sua aplicabilidade em *terra brasilis*, é perceptível a ascensão de corrente doutrinária e jurisprudencial que pugna por sua utilização na resolução de casos concretos, sobretudo para conferir maior justiça na aplicação do Direito, o que possibilitaria sua reinserção no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Direito. OIT. Trabalho. Demissão. Brasil.

ABSTRACT: This article discusses the importance of the International Labor Organization for International Labor Law from an historical perspective and discusses the applicability in the Brazilian legal system of its Convention No. 158, which establishes the impossibility of arbitrary dismissal without just cause related with the capacity or conduct of the worker or based on the operational requirements of the undertaking, establishment or service. Along this path, the analysis of the possible legal implications of adopting the document for local labor relations and the economy is carried out, in addition to the presentation of the itinerary covered by the document in Brazil, from its entry into force until its denunciation by the president, as well as its

26 Discente do 8º semestre do curso de Direito da UEMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3440477113771793>. E-mail: davidlinoaragao@gmail.com.

27 Discente do 8º semestre do curso de Direito da UEMA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5888853516368387>. E-mail: jvcantanhede2000@gmail.com.

repercussions in the light of national doctrine and jurisprudence. As a methodology, the hypothetical-deductive method was adopted, conjecturing about the possibility of applying ILO Convention No. 158 to the Brazilian legal system. In this sense, the main instruments for data collection were bibliographic and documentary research, seeking to elucidate the main doctrinal and jurisprudential controversies about the considered subject. Finally, it is concluded that, despite the existence of formal obstacles to its applicability in *terra brasilis*, it is noticeable the rise of doctrinal and jurisprudential current that strives for its use in the resolution of specific cases, especially to confer greater justice in the application of the Law, which would make it possible to reintegrate it into the Brazilian legal system.

Keywords: Law. ILO. Employment. Termination. Brazil.

1. INTRODUÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho – OIT surgiu no ano de 1919, como resultado do Tratado de Versalhes, acordo que selou o fim da Primeira Guerra Mundial, inaugurando, no concerto das nações, um novo momento pautado no diálogo e na busca por justiça social como forma de superar as históricas desigualdades que estavam na raiz das turbulências políticas que marcaram o início do Século XX.

Tais valores tomaram forma expressa na Parte XIII do Tratado de Versalhes, que se tornaria, em conjunto com a Declaração de Filadélfia de 1944 e com as reformas trazidas pela Reunião de Paris realizada em 1945, a base da constituição jurídica da OIT (NASCIMENTO, 2014).

O objetivo era claro: buscava-se, desta maneira, responder às reivindicações dos trabalhadores organizados em movimentos grevistas por seus sindicatos contra condições insalubres de trabalho e jornadas exaustivas, cuja agenda política, inspirada em uma retórica incendiária, assombrava a Europa com o espectro do comunismo (MARX; ENGELS, 2005).

Com o advento de um segundo conflito armado em escala global e a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 que se seguiu, a OIT passou por um processo de ressignificação, composta por “Estados, que assumem, soberanamente, a obrigação de observar as normas constitucionais da organização e as convenções que ratificam” (SUSSEKIND *apud* LEITE, 2018, p. 778).

O direito do trabalho, assim, passa a ser percebido como instrumento jurídico capaz de transcender as competências domésticas, rompendo com a ideia consolidada

de soberania interna dos estados (PIOVESAN, 2013). Esta mudança de paradigma é uma das principais contribuições da OIT para o direito internacional contemporâneo.

Atualmente, a OIT é a única agência especializada da Organização das Nações Unidas – ONU da qual fazem parte, em pé de igualdade, governos, organizações de empregadores e entidades laborais, contando com 183 Estados-membros (OIT, 2019 a).

No que concerne à atividade normativa, a OIT conta com três instrumentos jurídicos através dos quais ela se manifesta – as convenções e protocolos, as recomendações e as resoluções, mas apenas as primeiras têm força vinculante, existindo até a presente data 190 convenções aprovadas pela OIT, 82 delas ratificadas e em vigor no Brasil (OIT, 2019 b).

As convenções da OIT são tratados internacionais de direitos humanos sociais, voltados à temática do trabalho e, como tais, representam uma fonte de direito formal, pois se traduzem em normas que, quando ratificados por um país, geram direitos fundamentais, como aqueles expressos na Constituição Federal (LEITE, 2018).

O entendimento majoritário da doutrina é que as convenções não se incorporam de imediato ao ordenamento jurídico, sendo necessária a ratificação, de acordo com as disposições internas do direito constitucional de cada país.

A OIT não é um parlamento internacional ou uma organização supranacional com total força de determinação sobre os Estados-membros. Aproxima-se mais de uma conferência diplomática em matéria de direito do trabalho, e, nessas condições, do assentimento dos participantes depende a força das suas decisões (NASCIMENTO, 2014, p. 104).

Contudo, sob uma perspectiva material, defende parte da doutrina (BARRETTO, 2013) que os tratados internacionais sobre direitos humanos sempre têm natureza constitucional, diante da abertura material da Constituição Federal prevista no art. 5º, § 2º (BRASIL, 1988) e da matéria que aborda, de natureza eminentemente constitucional, posto que relativas aos direitos humanos.

No plano local, a Constituição Federal (BRASIL, 1988), no seu art. 1º, IV, elege o valor social do trabalho como um dos fundamentos da República; já o art. 6º apresenta o trabalho como direito fundamental de todos os brasileiros; enquanto isso,

no art. 170, o constituinte originário estabelece a valorização do trabalho como elemento essencial para a ordem econômica, indispensável para garantir uma existência digna; e no art. 193, o primado do trabalho é alçado à condição de base da ordem social.

O Art. 7º da Constituição assim determina, *in verbis*:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos (BRASIL, 1988).

No plano internacional, com conteúdo versando sobre o mesmo tema, a Convenção nº 158 da OIT estabelece em seu art. 4º o que segue:

Art. 4º - Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço (OIT, 2019 c).

É neste contexto, em que predomina a ideia inovadora de formação de uma jurisdição internacional como ferramenta de garantia de direitos que pretendemos discutir o direito ao trabalho sob o aspecto de um dos seus desdobramentos imediatos, a proteção na relação de emprego, compreendido como direito fundamental e, nesta condição, considerado *conditio sine qua non* do Estado Constitucional Democrático (SARLET, 2003).

Assim, o presente trabalho se propõe a analisar a relação da Convenção nº 158 da OIT com os direitos fundamentais previstos no diploma constitucional, sua natureza de direitos sociais ou conteúdo expresso de direitos humanos, a conturbada trajetória da convenção no ordenamento jurídico brasileiro e a suposta eficácia das normas de direitos humanos internacionais, a despeito de ratificação no ordenamento jurídico interno.

2. AS ORIGENS E O CONTEÚDO NORMATIVO DA CONVENÇÃO Nº 158

O presente trabalho acadêmico adotou o método hipotético-dedutivo, em uma lógica de raciocínio que vai do geral ao particular, conjecturando a respeito da

possibilidade de adequação da Convenção nº 158 da OIT à realidade fática das relações de trabalho no Brasil e sua aplicabilidade pelos tribunais pátrios, a despeito de sua não vigência formal. Outrossim, como instrumentos para coleta de dados, lançou-se mão da pesquisa bibliográfica e documental, a fim de elucidar as contradições presentes nos diversos entendimentos doutrinários abraçados por diferentes autores do Direito do Trabalho e pela jurisprudência dominante, apresentando ao final as conclusões que puderam ser extraídas no desenvolvimento da análise.

Seguindo tal proposta metodológica, faz-se necessário, para uma melhor compreensão da Convenção nº 158, expor em minúcias as suas principais diretrizes e as suas origens no âmbito da OIT.

A questão da dispensa do empregado e da estabilidade do emprego, pela centralidade que ocupa ao nível das relações de trabalho, tem sido tema de intensos debates nas conferências e reuniões de comissões técnicas da OIT desde os primórdios da instituição, dando azo a diversas manifestações normativas sobre o mesmo tema.

Ao sintetizar as tendências que serviram de inspiração ao princípio geral protetivo contrário ao término sem justificativa do liame empregatício, a OIT procurou dar resposta a um dos maiores desafios do direito do trabalho na contemporaneidade (POTOBSKY *apud* NASCIMENTO, 2013).

Por isso, como já adiantamos acima, mais de uma norma da OIT versa sobre a matéria, como aponta Nascimento em sua obra (2013), *verbi gratia*, a Convenção n. 98 de 1949 determina que não seja possível dispensar um trabalhador em virtude de sua ligação a um sindicato; na mesma linha, a Convenção nº 135 e a Recomendação nº 143, de 1971, protegem os representantes dos trabalhadores; e já a Recomendação nº 119 de 1963, suspensa pelo advento da Convenção alvo deste estudo, inaugurou a ideia, no plano internacional, de que a demissão não deveria acontecer sem uma justa causa relacionada diretamente à conduta do trabalhador ou às condições da empresa.

Como em um crescendo, na medida em que diversos países passaram a adotar as diretrizes apresentadas pela Recomendação nº 119, a OIT avançou para a publicação de norma que ampliava a proteção contra as dispensas imotivadas de trabalhadores, com a aprovação da Convenção nº 158 na 68ª Conferência Geral da OIT,

reunida na cidade de Genebra, em 02 de junho de 1982. Na sequência, a referida convenção foi complementada pela Recomendação nº 166, que trouxe orientações sobre a aplicação ao legislador de cada país (MARTINS, 2012).

O dispositivo legal internacional estabelece que a relação de emprego não poderá ser encerrada sem justa causa, tendo a dispensa caráter excepcional e obedecidas regras para a adoção da ruptura do vínculo, as quais devem ter como lastro motivo relacionado à capacidade ou comportamento do empregado, ou justificada nas vicissitudes econômicas da empresa, estabelecimento ou serviço, conforme o art. 4 da Convenção nº 158.

Não podem ainda ser consideradas causas justas para a demissão:

Art. 5º - Entre os motivos que não constituirão causa justificada para o término da relação de trabalho constam os seguintes:

- a) a filiação a um sindicato ou a participação em atividades sindicais fora das horas de trabalho ou, com o consentimento do empregador, durante as horas de trabalho;
- b) ser candidato a representante dos trabalhadores ou atuar ou ter atuado nessa qualidade;
- c) apresentar uma queixa ou participar de um procedimento estabelecido contra um empregador por supostas violações de leis ou regulamentos, ou recorrer perante as autoridades administrativas competentes;
- d) a raça, a cor, o sexo, o estado civil, as responsabilidades familiares, a gravidez, a religião, as opiniões políticas, ascendência nacional ou a origem social;
- e) a ausência do trabalho durante a licença-maternidade (OIT, 2019 c).

Neste diapasão, por mais óbvio que devesse parecer, dispõe o art. 6º que a ausência temporal do trabalho por motivo de doença não configura motivo justo para a demissão.

Já os artigos 7º e 8º indicam que o trabalhador deve ter a oportunidade de se defender de acusações a si atribuídas e de recorrer a um juízo especializado para questionar a dispensa, com a possibilidade de obter a reintegração no emprego ou o pagamento de verbas indenizatórias.

Por sua vez, os artigos 11 e 12 impõem a necessidade de concessão de um prazo de aviso prévio razoável ao empregado antes da demissão ou, ao invés disso,

indenização, além de seguro-desemprego criado por rede de assistência local aos trabalhadores e perda de tais benefícios em decorrência de falta grave comprovada.

Em se tratando de demissão coletiva acarretada por motivos econômicos, técnicos, estruturais ou análogos, os arts. 13 e seguintes da Convenção nº 158 estipulam uma série de exigências para sua validação, como a consulta aos representantes dos trabalhadores, com os quais deverão ser feitas negociações com vistas a se obter um acordo a ser coletivamente assinado, notificação à autoridade competente em prazo hábil firmado em legislação local.

Pesquisadores do campo econômico têm criticado severamente a convenção, alegando que ela é incompatível com as modernas exigências do mercado de trabalho, criando um engessamento pouco desejável (leia-se aqui burocratização), uma quase estabilidade na iniciativa privada, de tal maneira que apenas 35 Estados-membros da OIT ratificaram o dispositivo até hoje.

Segundo José Pastore, professor da Universidade de São Paulo (USP) e especialista em relações do trabalho, uma nova aprovação da convenção seria danosa para o Brasil, surtindo efeitos negativos para a economia:

Uma evidência, aponta Pastore, de que a convenção pode ter surtido efeitos contrários aos pretendidos é que apenas um país a ratificou nos últimos dez anos – a Eslováquia. “A Convenção 158 envelheceu, perdeu a atualidade. Ela reduz a rotatividade, mas à custa da geração de novos postos de trabalho. Regras muito rígidas acabam não só comprometendo o emprego, mas também o crescimento econômico, porque quando se fecha a porta de saída, também será fechada a porta de entrada para o emprego”, analisou (CNI, 2019).

Já parte da doutrina aponta que a Convenção nº 158 representa a materialização de do que há de mais moderno na seara laboral, em consonância com direitos essenciais dos trabalhadores, positivada no sistema jurídico de vários estados signatários da OIT:

As diretrizes fixadas pela Convenção n. 158 representam os princípios que o direito do trabalho moderno, diversamente das suas posições anteriores, vem defendendo. Penetraram no direito interno de diversos países como demonstra a própria aprovação da Convenção, que contou com a maioria dos votos dos países-membros da OIT, embora

não contando com o apoio de outros países cuja legislação em alguns pontos não se compatibiliza com esses princípios, como é o caso do Brasil (NASCIMENTO, 2013, p. 947).

No mesmo sentido se manifestam outras opiniões abalizadas, as quais consideram a vedação à demissão sem causa justa como importante afirmação jurídica dos princípios básicos do direito trabalhista. Citemos apenas mais um autor, cuja relevância para as pesquisas na área prescinde de comentários:

O mais importante incentivo à permanência do contrato de trabalho - e, conseqüentemente, o mais importante elemento de afirmação jurídica do princípio da continuidade da relação de emprego - seria, entretanto, a incorporação, pelo Direito do Trabalho, do critério motivado para validação das rupturas contratuais trabalhistas. A incorporação, em síntese, de uma sistemática de causas jurídicas relevantes como fatores propiciadores da extinção do contrato empregatício (DELGADO, 2017, p. 1262).

Desta maneira, podemos constatar a partir da análise das opiniões acadêmicas divergentes que a Convenção nº 158 e as suas diretrizes acerca da restrição à dispensa de trabalhadores sem justa causa está longe de ser um consenso. Além disso, passando ao largo das disputas políticas e ideológicas que insistem em se imiscuir na avaliação do tema, há que se levar em conta a incompatibilidade da norma da OIT com o ordenamento de diversos países, como é o caso do Brasil.

3. O ITINERÁRIO DA CONVENÇÃO Nº 158 NO BRASIL

A Convenção nº 158 teve curta, mas turbulenta existência no ordenamento jurídico brasileiro, permanecendo incontestemente por pouco mais de 09 meses, contados a partir da publicação do decreto que a promulgava no país, em 10 de abril de 1996, o qual pedia a aplicação da convenção “tão inteiramente como nela se contém”, e a data da denúncia, feita pelo então presidente Fernando Henrique Cardoso, revertendo seu posicionamento anterior, através do Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996 (OIT, 2019 c).

Quanto à forma de ratificação, explica Arnaldo Süssekind o trâmite procedimental regulamentado tanto pela Constituição da OIT quanto pela Constituição Federal de 1988:

[...] o procedimento de ratificação é complexo, correspondendo a fases distintas. Em face do preceituado na Constituição da OIT, o governo de cada Estado-Membro assume a obrigação formal de enviar todas as convenções, no prazo máximo de dezoito meses, à autoridade competente para sua aprovação (art. 19, § 5º, “a”). No Brasil, esse órgão é o Congresso Nacional (art. 49, I, da nossa Constituição), competente para aprovar ou rejeitar definitivamente o tratado, não podendo, porém, aprová-la com reservas, salvo se facultadas no respectivo texto. Uma vez aprovada pelo órgão competente, o Chefe de Estado (no Brasil, o Presidente da República) deverá ratificá-la, promovendo o depósito do respectivo instrumento perante o Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho (Constituição da OIT, art. 19, § 5º, “d”) [...] (*apud* LEITE, 2018, p. 782).

A ratificação é definida como “ato unilateral com que o sujeito de direito internacional, signatário de um tratado, exprime definitivamente, no plano internacional, sua vontade de obrigar-se” (REZEK *apud* LEITE, 2018, p. 782).

Como tratado multilateral de caráter normativo (SÜSSEKIND, 2013), a Convenção nº 158 da OIT foi aprovada na íntegra pelo Congresso Nacional por Decreto Legislativo, 16 de setembro de 1992, sendo promulgada por Decreto Executivo Federal no dia 10 abril de 1996. Em seguida, a convenção teve a sua Carta de Ratificação depositada em Genebra (Suíça), pelo governo brasileiro, em 05 de janeiro de 1995.

De acordo com Arnaldo Sússekind, o procedimento de ratificação, regulado pela Constituição da OIT, estabelece o prazo de 18 meses para que a convenção seja submetida ao Congresso Nacional, órgão competente para avaliar tratados internacionais no Brasil, conforme o art. 49, I, da CF (BRASIL, 1988), o qual poderá aprovar ou rejeitar definitivamente o tratado, sendo permitida a aprovação com ressalvas, se o texto da convenção assim o permitir. Então caberá ao Presidente da República a assinatura e envio do instrumento ao Diretor-Geral da Repartição Internacional do Trabalho – RIT, segundo o art. 19, § 5º, “d” da Constituição da OIT (OIT, 1944), que comunicará o ato formal ao Secretário-Geral da ONU, fluindo então o prazo de doze meses para a vigência nacional (*apud* LEITE, 2018, p. 783).

Procedimento complexo, com muitas fases e minúcias, a convenção seria questionada sob múltiplas perspectivas, fossem elas de ordem formal, material ou ideológica.

Segundo explica Delgado, “[...] a Convenção 158 teve vida curta no Direito brasileiro, talvez por nele ingressar em período de manifesto desprestígio do segmento jurídico trabalhista - a década de 1990. (2017, p. 1329).

Além da denúncia da presidência, o dispositivo também seria atacado na corte maior da nação. Em setembro de 1997, 20 meses após o início da sua vigência, o Supremo Tribunal Federal – STF recebeu favoravelmente a Ação Direta de Inconstitucionalidade contrária à Convenção nº 158, por considerar não autoexecutável a regra do art. 7º, I, da Constituição Federal, que exige a edição de lei complementar para garantir proteção à relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa.

Quando se esperava o sepultamento das discussões, entidades sindicais de cúpula da categoria econômica ajuízam ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de liminar (ADIn 1.480-3/DF), questionando a validade jurídico-constitucional do Decreto Legislativo 68/92, que aprovou a Convenção 158 da OIT, e do Decreto 1.855/96, que promulgou este mesmo tratado, sobre o fundamento de que os arts. 4º e 10 do diploma internacional padecem de: a) “inconstitucionalidade formal”, por tratarem de assunto reservado à edição de lei complementar exigida pelo art. 7º, I, da CF/88; b) “inconstitucionalidade material”, haja vista que a reintegração prevista na norma internacional diverge do modelo constitucional que garante indenização compensatória pela dispensa arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I, e ADCT, art. 10, I) (LEITE, 2018, p. 784).

Teve assim dupla morte a Convenção nº 158 no Brasil, nas mãos do STF e do presidente da República.

Contudo, a polêmica envolvendo o tratado ainda está longe de ser considerada encerrada, uma vez que ainda tramita na referida corte constitucional brasileira o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 1625, iniciado em 2003, mas ainda inconcluso, através do qual a Confederação Nacional dos Trabalhadores da Agricultura (Contag) coloca em xeque o Decreto que tornou pública a denúncia à Convenção nº 158 feita pelo presidente.

Na ação de inconstitucionalidade formal, a Contag defende que houve explícita ofensa ao artigo 49, inciso I, da Constituição Federal de 1988, que designa competência exclusiva ao Congresso Nacional para resolver em caráter definitivo acerca

de “tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional” (BRASIL, 1988).

A entidade sindical destaca ainda que a Convenção nº 158 foi aprovada e promulgada pelo Congresso Nacional, não cabendo, portanto, ao presidente da República editar revogar a promulgação através de ato unilateral, devendo a denúncia atender as mesmas exigências da aprovação.

Atualmente a votação encontra-se suspensa, com pedidos de vista do ministro Dias Toffoli, mas já teve cinco votos parcialmente convergentes, segundo a avaliação do ministro Teori Zavascki, o último a externar posicionamento, em que concordou que a denúncia de tratados internacionais, quando realizada pelo presidente, depende de autorização do Congresso Nacional.

Contudo, o magistrado defendeu a tese segundo a qual tal decisão deveria ter efeito apenas prospectivo:

Todavia proponho que se outorgue eficácia apenas prospectiva a esse entendimento a fim de que sejam preservados dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade não só o decreto aqui atacado como os demais atos de denúncia isoladamente praticados pelo presidente da República até a data da publicação da ata do julgamento da presente ação, o que conduz, no caso concreto, a um juízo de improcedência (STF, 2016).

Se declarado inconstitucional o Decreto 2.100/96, o que, entretanto, convém reconhecer que é pouco provável, a Convenção nº 158 da OIT teria a possibilidade de entrar novamente em vigor no país, impossibilitando a dispensa arbitrária. No caso, também seria possível ao presidente atual propor uma nova denúncia, desta feita passando pelo Congresso.

Do ponto de vista da compatibilidade estritamente material da Convenção nº 158 com o ordenamento jurídico brasileiro, resta claro pelas palavras do constituinte originário de 1988, notadamente nos arts. 6º, 7º, 170 e 193 da Carta Magna, que a vedação à dispensa arbitrária encontra perfeita acolhida no ordenamento jurídico pátrio, o qual expressa em seus dispositivos legais, bem como em seus princípios e regras que orientam o direito do trabalho, o primado do trabalho como valor fundante da sociedade brasileira, digno da mais alta tutela jurisdicional por estar em harmonia ainda com os

valores que pautam a ordem econômica brasileira, sendo plenamente capaz de concretização, a depender de nova ratificação ou se advier a supracitada inconstitucionalidade do Decreto 2.100/1996.

4. A APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO Nº 158 NOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Após analisar o conteúdo e a aplicabilidade (ou não) da referida norma internacional trabalhista, faz-se necessária uma análise sobre a posição da jurisprudência sobre o assunto, especialmente no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Superior do Trabalho.

O entendimento adotado pelo STF possuiu como referência o julgamento da ADI nº 1480, cujo relator foi o ministro Celso de Mello. A posição estabelecida é a de que a Convenção nº 158, por ter como objeto matéria sujeita ao princípio da reserva legal, na forma do art. 7º, I, da CF/88 (BRASIL, 1988), não poderia substituir o papel do legislador pátrio nessa incumbência, conforme o disposto em excerto referido julgado do Pretório Excelso:

TRATADO INTERNACIONAL E RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEI COMPLEMENTAR. - O primado da Constituição, no sistema jurídico brasileiro, é oponível ao princípio *pacta sunt servanda*, inexistindo, por isso mesmo, no direito positivo nacional, o problema da concorrência entre tratados internacionais e a Lei Fundamental da República, cuja suprema autoridade normativa deverá sempre prevalecer sobre os atos de direito internacional público. **Os tratados internacionais celebrados pelo Brasil - ou aos quais o Brasil venha a aderir - não podem, em consequência, versar matéria posta sob reserva constitucional de lei complementar.** É que, em tal situação, a própria Carta Política subordina o tratamento legislativo de determinado tema ao exclusivo domínio normativo da lei complementar, que não pode ser substituída por qualquer outra espécie normativa infraconstitucional, inclusive pelos atos internacionais já incorporados ao direito positivo interno. (STF, ADI Nº 1480 MC/DF, Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 04/09/97, DJe 18/05/01) – grifo nosso.

Consoante esse entendimento, as normas internacionais que versem sobre determinados temas previstos na Constituição, ainda que já inseridas em nosso ordenamento jurídico, devem aguardar a edição do respectivo diploma legal para que possam ser aplicadas. Dessa forma, enquanto não surgir a norma de direito pátrio, a

norma internacional passa a ser considerada, utilizando conceito desenvolvido no Direito Constitucional, de aplicabilidade limitada, vez que “dependem de outras providências para que possam surtir os efeitos essenciais”, ou seja, “sua força normativa está presente, mas não há a concretude necessária sua aplicação ao caso prático” (CASSAR, 2017, p. 57).

Assim, percebe-se que a aplicação da Convenção nº 158, ainda que não fosse objeto de denúncia, teria a sua aplicabilidade ainda restrita, ou melhor, condicionada à atuação do Poder Legislativo. De outro giro, a posição adotada pelo Supremo representa “verdadeira fórmula de ponderação, que institucionalizou solução de caráter transacional destinada a conciliar posições contrastantes” (GOMES; ALMEIDA *apud* GUNTHER, 2016, p. 12). Desse modo, caso seja declarada a inconstitucionalidade do Decreto nº 2100/96, a convenção poderia vigorar novamente no Brasil, porém com as ressalvas apontadas anteriormente.

Passando-se a esmiuçar a postura adotada pelo TST, percebe-se que a grande maioria dos seus julgados seguem a conclusão do STF, reputando como inaplicável a Convenção, porém utiliza fundamento diverso.

A justificativa para sua inaplicabilidade pela Corte Trabalhista residiria em seu próprio texto. O art. 1º da Convenção indica que a produção de seus efeitos deve ocorrer a partir da regulamentação oriunda da legislação nacional de cada país signatário, não possuindo eficácia geral (ao menos imediatamente), podendo incidir normalmente em determinadas situações pontuadas nesse mesmo dispositivo, tais como contratos coletivos ou sentenças judiciais (OIT, 1985, p. 2), conforme aponta o seguinte julgado do TST:

RECURSO DE REVISTA. [...] REINTEGRAÇÃO. APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO 158 DA OIT. Decisão regional em consonância com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, na linha de decisões do STF, no sentido de **que a Convenção nº 158 da OIT - norma meramente programática, dependente de edição de lei complementar e já denunciada pelo Governo brasileiro-, ostentava eficácia limitada e não garantia o direito ao emprego de modo a autorizar comando de reintegração ou de indenização, em caso de despedida sem justa causa, nela embasado.** Incidência do art. 896, § 4º, da CLT e Súmula 333/TST.” (RR-723722-14.2001.5.17.5555,

Logo, percebe-se que o TST pautou sua decisão a partir do comando inerente ao próprio dispositivo da Convenção, enquanto o STF pautou-se principalmente no fundamento da reserva legal conferida à matéria pelo legislador constituinte.

Assim, é possível perceber a posição majoritária dos tribunais pátrios acerca da aplicação da Convenção nº 158 da OIT, no sentido de que, mesmo em vigor, existem determinados óbices que impediriam a produção regular de seus efeitos, postergando a sua incidência.

Todavia, é preciso deixar consignada uma importante ressalva, comum a ambas as decisões: a análise conferida à Convenção teve como baliza aspecto essencialmente formal, qual seja, uma limitação textual à sua aplicabilidade, não sendo levados em consideração argumentos de ordem prática, ou seja, que tenham como referência as possíveis consequências de sua implementação nos contratos de trabalho nacionais.

Nesse sentido, Freitas (2015) discorre que a aplicação do diploma internacional pode provocar, para além da extensão da duração dos contratos de trabalho, outros efeitos nestes, provocando novas reflexões a serem enfrentadas pelos pensadores da seara jurídico-trabalhista. Enfim, pode-se dizer que, quanto a esse aspecto, a Convenção ainda não foi suficientemente debatida, ensejando novas perspectivas a serem estudadas.

5. O “RENASCIMENTO” DA CONVENÇÃO Nº 158 À LUZ DA TEORIA GERAL DO DIREITO DO TRABALHO

Não obstante do entendimento majoritário acerca da inaplicabilidade da Convenção nº 158, a sua incidência no Direito brasileiro ainda pode ocorrer, ainda que não de uma forma geral a todos os trabalhadores. Nesse sentido, os princípios e regras instituídos na própria CLT permitem a sua utilização, conforme será demonstrado a seguir.

A CLT, sendo um conjunto de normas balizadoras das relações trabalhistas em geral, pode não apresentar, *a priori*, soluções normativas textuais para determinados contextos. Nesse sentido, o preenchimento de possíveis lacunas que vierem a surgir pode ocorrer mediante a autointegração, ou seja, a integração realizada de modo interno, pelo próprio ordenamento jurídico, e a heterointegração, conceituada como a utilização de soluções contidas em outros ordenamentos jurídicos ou presentes em outras fontes do direito que não são predominantes, conforme as lições de Bobbio (2014). Ademais, o próprio diploma celetista prevê expressamente tais formas suprir possíveis lacunas, conforme dispõe o seu art. 8º:

Art. 8º - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público (BRASIL, 1943).

Nesse sentido, percebe-se que dentre as fontes a serem utilizadas encontra-se o Direito Comparado e, especialmente, as convenções da OIT, ainda que não ratificadas ou denunciadas. Logo, ainda que não possa ser aplicada imediatamente às relações trabalhistas, em um eventual caso concreto que tenha correlação com seu conteúdo, a Convenção nº 158 pode ser aplicada nessa situação. Tal possibilidade de utilização de normas oriundas do Direito Internacional encontra respaldo em vários Tribunais, a exemplo do TRT da 9ª Região:

OJT 110 - FONTES DO DIREITO - NORMAS INTERNACIONAIS I – Fontes do direito do trabalho. Direito comparado. Convenções da OIT não ratificadas pelo Brasil. O Direito Comparado, segundo o art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, é fonte subsidiária do Direito do Trabalho. Assim, **as Convenções da Organização Internacional do Trabalho não ratificadas pelo Brasil podem ser aplicadas como fontes do direito do trabalho, caso não haja norma de direito interno pátrio regulando a matéria.** II – Fontes do direito do trabalho. Direito comparado. Convenções e recomendações. O uso das normas internacionais, emanadas da Organização Internacional do Trabalho, constitui-se em importante ferramenta de efetivação do Direito Social e não se restringe à aplicação direta das Convenções não ratificadas e as Recomendações,

assim como os relatórios dos seus peritos, devem servir como fonte de interpretação da lei nacional e como referência a reforçar decisões judiciais baseadas na legislação doméstica. – grifo nosso.

Logo, a possibilidade de vedação da dispensa arbitrária, nos termos da referida Convenção, mostra-se possível em casos concretos, especialmente como forma de solucionar lacunas no diploma celetista.

A outra possibilidade diz respeito à utilização das normas atinentes ao microsistema do Direito Coletivo do Trabalho. Recorrendo às inovações da Lei nº 13.467/17, pode-se utilizar o comando constante no art. 611-A da CLT para justificar tal tese, na medida em que, conforme explica Cairo Jr. (2019), traz um rol exemplificativo de conteúdos que podem ser tratados nas convenções e acordos coletivos que prevalecem sobre a lei.

Dessa forma, é possível estabelecer os ditames da Convenção nº 158 no âmbito dos instrumentos coletivos de trabalho, que terão prevalência sobre a CLT. Tal tese já foi inclusive adotada pelo TST, consoante o julgado a seguir:

RECURSO DE REVISTA [...] 2 – NULIDADE DA DISPENSA. ESTABILIDADE PREVISTA EM ACORDO COLETIVO DE TRABALHO QUE UTILIZA COMO REFERÊNCIA A CONVENÇÃO 158 DA OIT. 2.1. A Corte local considerou ilegal a cláusula do acordo coletivo de trabalho que garantiu o direito do reclamante de não ser dispensado sem justa causa, por entender que a norma convencional se amparou na Convenção 158 da OIT, denunciada pelo Decreto 2.100/96. 2.2. Em que pese o entendimento do STF e da jurisprudência desta Corte, no sentido de que a Convenção 158 da OIT, não está mais em vigor no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a sua denúncia mediante o Decreto 2.100/97, e que a matéria nela disciplinada depende de regulamentação por lei complementar, entendo que, o caso em exame se distingue dos demais julgados desta Corte, tendo em vista que, **a vedação à dispensa arbitrária ou imotivada, na hipótese, foi expressamente prevista em cláusula de acordo coletivo de trabalho integralmente transcrita no acórdão regional. Constituição Federal determina o reconhecimento do acordo e da convenção coletiva de trabalho, e, no caso, não há de se falar em nulidade da cláusula convencional, na medida em que utiliza a Convenção 158 da OIT apenas como referência.** 2.3. Considerando que a garantia contra a despedida imotivada do reclamante está expressamente prevista em acordo coletivo de trabalho, o Tribunal Regional ao afastar a aplicação da cláusula normativa, incorreu em violação do art. 7.º, XXVI, da Constituição Federal. Recurso de revista conhecido e provido. (TST,

Consoante tal entendimento, caso haja previsão no instrumento normativo negociado, inexistirá óbice à incidência do diploma internacional às categorias econômicas submetidas àquela, sem que tal acréscimo seja reputado como ilegal.

Ademais, é bastante recomendável que, quando surgir a oportunidade de suscitar essa legislação, seja arguida essa questão para (possivelmente) ser inserida a Convenção na norma negocial. É que, conforme as lições de Maurício Godinho Delgado (2019), o ato da demissão ainda estaria nas mãos do empregador, porém não como um direito potestativo a ser utilizado a seu bel-prazer e mediante uma simples (e muitas vezes insuficiente) indenização ao empregado, mas subordinado às motivações relevantes e razoáveis, mesmo que não haja a ocorrência de infrações pelo obreiro.

Em suma, percebe-se que a Convenção nº 158 da OIT é, nessas hipóteses, plenamente aplicável ao nosso ordenamento jurídico, seja na forma de meio de heterointegração ou cláusula a ser estipulada em acordo ou convenção coletiva. Enfim, representa uma importante ferramenta contra possíveis arbitrariedades hodiernas nas relações trabalhistas e, acima disso, torna-se consuetudinária do princípio da continuidade da relação de emprego, ampliando sua duração e efetivando o trabalho como direito fundamental que é, como ensina Bezerra Leite (2018).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto, foi possível notar que, não obstante o lapso temporal desde a Denúncia da Convenção nº 158 da OIT, essa se faz ainda presente no Direito do Trabalho brasileiro, de modo que se mostra ultrapassada a noção de que, simplesmente por não estar em vigor, não deve ser analisada e ter seu conteúdo pormenorizado. Aliás, o debate sobre o seu conteúdo deve ser cada vez mais intensificado, sobretudo pela atual dinâmica das relações laborais, que exige do estudioso do direito um olhar mais apurado, ou melhor, para além de um dogmatismo puro e dissociado do mundo concreto.

Nesse sentido, explanou-se acerca do conteúdo da Convenção e algumas de suas repercussões, caso fosse adotada no país. Frisou-se principalmente seu papel como ferramenta de restrição ao direito do empregador de demitir, unilateralmente, seus empregados, de modo que a norma apregoa justamente a inserção de determinados parâmetros para tal conduta. Desse modo, o uso de tal prerrogativa passaria a ser balizado pelo direito ao contraditório e à obediência dos parâmetros estabelecidos no referido diploma legal, o que contribuiria sobremaneira para equalizar, nesse aspecto, as relações laborais.

Ademais, foi realizada uma análise da Convenção como norma integrante do sistema internacional de proteção aos direitos humanos, imprimindo um “plus” à sua importância, na medida em que contribui para tornar o trabalho um meio para a consecução dos anseios mais nobres do homem, e não um fim em si mesmo. Aprofundando o debate, analisou-se a sua importância à luz da teoria dos direitos fundamentais, de modo que a norma, consoante o sentido material atribuído à Constituição Federal, seria um importante consectário não apenas no âmbito da vedação à demissão unilateral, mas como meio de reforçar a efetividade e a cogência dos direitos fundamentais sociais insculpidos na Carta Constitucional.

Todavia, também foram exploradas as razões que impediram sua aderência ao ordenamento jurídico pátrio, sobretudo com os julgamentos das ADI's 1480 e 1625 que, respectivamente, retiraram a aplicabilidade de tal Convenção, sobretudo por argumentos de natureza formal, e, no caso desta última, até os dias atuais não houve um julgamento definitivo sobre a constitucionalidade (ou não) do decreto responsável pela sua denúncia. De todo modo, tais entraves foram (e são) determinantes para a inibição da produção de seus efeitos.

Assim, através de um estudo sobre julgados das Cortes Superiores, sobretudo o STF e o TST, constatou-se que a posição ainda predominante é aquela que aduz a ineficácia *prima facie* dessa norma internacional, sobretudo com argumentos de natureza procedimental de ordem interna e externa à Convenção, na medida em que, ainda que vigorasse em solo nacional, dependeria da atuação do legislador para ser concretizada.

Contudo, foram dissertadas algumas situações pontuais em que ela poderia gerar (e até gerou, conforme demonstrado anteriormente) efeitos sobre as relações trabalhistas, especialmente através de duas teses atinentes à CLT: a integração normativa através do Direito Comparado e a inserção dos ditames da Convenção nº 158 nos instrumentos normativos negociados (acordo e convenção coletiva). Com isso, percebeu-se que os óbices anteriormente mencionados não incidiriam nessas situações, permitindo a sua real incidência na realidade brasileira.

Enfim, extrai-se uma importante lição do que foi abordado anteriormente neste trabalho: o fenômeno jurídico não deve ser pautado tão somente no dogma positivo para se desenvolver. Além disso, deve ser construído à luz das necessidades atinentes ao homem e da atual teoria dos direitos fundamentais, de modo que seu escopo e interpretação tem de estar pautado na proteção do ser humano enquanto fim em si mesmo.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Rafael. **Direitos humanos**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 2 ed. São Paulo: EDIPRO, 2014.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. Decreto n. 2.100, de 20 de dezembro de 1996. Torna pública a denúncia, pelo Brasil, da Convenção da OIT nº 158 relativa ao Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 23 dez. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d2100.htm>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. Decreto-lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **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: 12 dez. 2019.

_____. Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, e as Leis n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n° 1480 MC/DF**. Requerentes: Confederação Nacional do Transporte – CNT e outros. Requeridos: Presidente da República e outro. Relator: Ministro Celso de Mello. Distrito Federal, 18 de maio de 2001. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADI%24%2ESCLA%2E+E+1480%2ENUME%2E%29+OU+%28ADI%2EACMS%2E+ADJ2+1480%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/c4cs8qh>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (2ª Turma). **Recurso de Revista n° 442-75.2012.5.15.0042 (RO-442/2012-0042-15)**. Requerente: Wilson Lopes Magalhães Júnior. Requeridos: Companhia Paulista de Força e Luz e outro. Relator: Ministro Delaíde Miranda Arantes. Distrito Federal, 16 de novembro de 2018. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTstNumUnica.do?consulta=Consultar&conscsjt=&numeroTst=442&digitoTst=75&anoTst=2012&orgaoTst=5&tribunalTst=15&varaTst=0042&submit=Consultar>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho (3ª Turma). **Recurso de Revista n° RR-723722-14.2001.5.17.5555**. Requerente: Jonas Benetti de Souza. Requerido: Companhia Espírito Santense de Saneamento - CESAN. Relator: Ministra Rosa Maria Weber. Distrito Federal, 26 de junho de 2009. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4379558/recurso-de-revista-rr-7237221420015175555-723722-1420015175555?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 12 dez. 2019.

CAIRO JR., José. **Curso de Direito do Trabalho**. 16 ed. Salvador: JusPODIVM, 2019.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

CNI. **Convenção 158 da OIT prejudica criação de emprego e fomenta conflito judicial**. Agência de Notícias do portal da Indústria. Brasília, 16 out. 2019. Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/trabalho/convencao-158-da-oit-prejudica-criacao-de-emprego-e-fomenta-conflito-judicial/>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.

FREITAS, Graça Maria Borges de. Súmula n. 394 do TST: fato superveniente e algumas questões sobre sua aplicação. In: RENAULT, Luiz Otávio Linhares; VIANA, Márcio Túlio; FABIANO, Isabela Márcia de Alcântara; FATTINI, Fernanda Carolina; PIMENTA, Raquel Betty de Castro (coords.). **O que há de novo em Processo do Trabalho: homenagem ao Professor Aroldo Plínio Gonçalves**. São Paulo: LTr, 2015.

GUNTHER, Luiz Eduardo. A Convenção Número 158 da OIT no Brasil: Uma Polêmica Ainda Não Resolvida. **Juslaboris**, 2016. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/87792/2016_gunther_luiz_convencao_numero.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 12 dez. 2019.

GOMES, Eduardo Biacchi; ALMEIDA, Ronald Silka de. Convenção 158 da OIT e os instrumentos jurídicos de conciliação do direito internacional. In GUNTHER, Luiz Eduardo; PIMPÃO, Rosemarie Diedrichs (Coord.). **Conciliação: um caminho para a paz social**. Curitiba: Juruá, 2012.

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto comunista**. Org. de Osvaldo Coggiola. 4. ed. São Paulo: Boitempo, 2005.

LEITE, Carlos Henrique. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 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**. São Paulo: Saraiva, 2014.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO [OIT]. 1944. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT): Declaração de Filadélfia - 1944**. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil-ia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf>. Acesso em: 10 de dez. 2019.

_____. 2019 a. **História da OIT**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil-ia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>>. Acesso em 11 dez. 2019.

_____. 2019 b. **Convenções ratificadas pelo Brasil**. Disponível em: <<https://www.ilo.org/brasil-ia/convencoes/lang-pt/index.htm>>. Acesso em 11 dez. 2019.

_____. 2019 c. **C158 - Término da Relação de Trabalho por Iniciativa do Empregador**. Disponível em:

<https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236164/lang--pt/index.htm>. Acesso em 11 dez. 2019.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional Internacional**. São Paulo: Saraiva, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 3. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Supremo Tribunal Federal [STF]. **Pedido de vista suspende julgamento sobre denúncia da Convenção 158 da OIT**. Notícias STF. Brasília, 14 set. 2016. Disponível em: <<https://noticias.portaldaindustria.com.br/noticias/trabalho/convencao-158-da-oit-prejudica-criacao-de-emprego-e-fomenta-conflito-judicial/>>. Acesso em: 11 dez. 2019.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Convenções da OIT**. São Paulo: LTR, 1994.

ZONA DE EXPORTAÇÃO DO MARANHÃO: Efetividade e Viabilidade Econômica, Social e Financeira

Elioenai Ráilson da Silva Vale
Rodrigo Otávio Bastos Silva Raposo

RESUMO: O Projeto de Lei nº 319/2015 prevê a criação da Zona de Exportação do Maranhão (ZEMA) sob a justificativa de obedecer aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, de promoção do desenvolvimento nacional e redução das desigualdades regionais e sociais. Neste estudo, avaliou-se a efetividade e viabilidade do referido Projeto de Lei. Foi feito um diagnóstico da situação da Zona Franca de Manaus (ZFM), das Zonas de Processamento de Importações brasileiras (ZPEs) e se tentou prever as possíveis consequências socioeconômicas da instalação da Zona de Exportação do Maranhão em São Luís. Quanto aos métodos a pesquisa é descritiva e exploratória; quanto às técnicas de pesquisa, bibliográfica e documental. Concluiu-se que a Zona Franca de Manaus possui um elevado custo tributário para os entes federados e os benefícios sociais dela decorrentes são insatisfatórios. Quanto às Zonas de Processamento de Exportações, apenas uma foi instalada, das 22 previstas. Elas encontram diversos óbices, como a falta de investimentos. A instalação da ZEMA necessita observar a experiência com as outras Zonas Econômicas Especiais do Brasil para formular um modelo verdadeiramente eficiente e sustentável.

Palavras-chave: Incentivos fiscais. Zonas de livre comércio. Zona franca. Tributação. ZEMA.

ABSTRACT: The Law Project No. 319/2015 foresees the creation of the Maranhão Exportation Zone (ZEMA – Zona de Exportação do Maranhão) on the grounds that it complies with the fundamental purposes of the Federative Republic of Brazil to promote national development and reduce regional and social inequalities. In this study, the effectiveness and feasibility of the above-mentioned Law Project (*bill*) was evaluated. The Manaus Free Trade Zone (ZFM – Zona Franca de Manaus) was analysed as well as the Brazilian Export Processing Zones (ZPEs – Zona de Processamento de Exportação Brasileira) and it was tried to predict the possible consequences of socioeconomic facilities of the Maranhão Exportation Zone in São Luís. The methods used were descriptive and exploratory research; and the research technics were bibliographic and documentary. In conclusion, the Manaus Free Trade Zone (ZFM) has a high tributary cost for federal entities and the social benefits from it are unsatisfactory. As the Exportation Processing Zones, only one was installed from the 22 proposed. They found a variety of hindrances, such as: lack of investment, lack of interest for private initiative and lack of infrastructure needed for a facility. The ZEMA facility must observe the experience of other Brazilian Special Economic Zones to be able to formulate a truly efficient and sustainable style.

Keywords: Tax break. Free trade zone. Free zone. Taxation. ZEMA.

1 INTRODUÇÃO

O Projeto de Lei do Senado nº 319/2015 de autoria do senador maranhense Roberto Rocha (PSDB), nos termos do substitutivo apresentado pelo senador Edison Lobão (MDB), pretende criar a Zona de Exportações do Maranhão, uma Zona de Processamento de Exportações Especial que corresponda geograficamente à Ilha do Maranhão ou de São Luís, denominação correta da ilha, em detrimento do termo “Ilha de Upaon-Açu”, empregado erroneamente no projeto substitutivo do senador Edison Lobão.

A justificativa para o projeto é a garantia do desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, segundo o art. 3º, II e III da Constituição.

O autor do projeto argumenta que São Luís possui as características físicas e de infraestrutura adequadas para a instalação do projeto. É uma ilha, portanto facilita o controle alfandegário; possui o Porto do Itaqui, um dos mais fundos do mundo; a estrada de ferro Carajás e é mais próxima dos mercados internacionais do que os portos do Sudeste e Sul do país.

O objetivo do estudo foi avaliar a viabilidade e eficácia da instalação do projeto, levando em conta os resultados econômicos, sociais e o impacto fiscal para o Poder Público. Para tanto, analisou-se a situação das zonas econômicas especiais brasileiras, em especial a Zona Franca de Manaus. A pesquisa é descritiva e explicativa e usou como meio de estudo a consulta e análise de documentos e bibliografia especializada.

A instalação de uma Zona Econômica Especial no Brasil repercute no contexto constitucional, pois a Constituição dirigente e econômica de 1988 estabeleceu ao Estado o dever de intervir na ordem econômica de forma a garantir o desenvolvimento aliado à justiça social, princípio do Estado Social consagrado pela Lei Maior.

A doutrina tributarista ensina que os tributos podem ter finalidade extrafiscal. Nesta perspectiva são criadas as Zonas Econômicas Especiais com incentivos de natureza fiscal e tributária. A questão está em dimensionar a efetividade dos benefícios sociais e econômicos gerados por essas zonas e o gasto tributário do Poder Público, o qual deixa de arrecadar recursos que poderiam também ser utilizados na promoção do bem-estar social.

O presente artigo, no seu item 2 expõe uma perspectiva constitucional do tema, baseada na Carta Magna de 1988, caracterizada como uma Constituição Econômica, na perspectiva de um Estado-social intervencionista.

O item 3 discorre a respeito do conceito de Zona de Processamento de Exportações, espécie em que se enquadra a ZEMA, com base na produção científica sobre o assunto e na legislação brasileira e alienígena pertinente.

O item 4 faz uma apresentação do Projeto de Lei do Senado nº 319/2015, de autoria do Senador Roberto Rocha, expõe as suas justificativas, bem como os principais dispositivos legais do projeto e de seu substitutivo, apresentado pelo Senador Edison Lobão.

No item 5 aborda-se a viabilidade e efetividade da instalação da Zona de Processamento de Exportações do Maranhão. Para tanto, são analisados dados das atuais Zonas Econômicas Especiais existentes no Brasil, com o fim de prever as possíveis consequências e entraves do projeto.

2 PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL DO TEMA

A discussão sobre a implantação de Zonas Econômicas Especiais (ZPEs) no Brasil como estratégia para o desenvolvimento econômico e social repercute no âmbito do modelo constitucional brasileiro, caracterizado pela constitucionalização do Estado-social intervencionista (MORAES, 2017).

A doutrina constitucionalista traça um itinerário sintético do desenvolvimento dos modelos de atuação do Estado (absolutista, liberal e social ou intervencionista) e a sua relação com a ordem jurídica, do constitucionalismo moderno à constitucionalização do Estado de Bem-estar social.

Neste sentido, Alexandre de Moraes ensina que o constitucionalismo liberal do século XIX consagrou o Estado de Direito, caracterizado pela racionalização e humanização do Estado, fazendo com que o poder estatal fosse submetido às normas jurídicas e previsões legais:

A necessidade de *racionalização e humanização* faz com que os textos escritos exijam que todo o âmbito estatal esteja presidido por normas jurídicas, que o poder estatal e a atividade por ele desenvolvida se ajustem ao que é determinado pelas previsões legais, ou seja, a submissão de todos ao Estado de Direito, como salientado por Maurice Hariou (MORAIS, 2017, p. 26).

A crise do modelo de Estado liberal deve-se principalmente ao fenômeno da industrialização da produção, que rompeu com o modelo econômico vigente e gerou uma série de repercussões socioeconômicas na Europa, como a concentração de renda, o crescimento desordenado das cidades devido ao êxodo rural, a precarização do trabalho operário e o crescente incremento do conflito social entre as duas grandes classes sociais surgidas com a Revolução Industrial.

Para Mirella Luana Caran e Rafael Verдум Cardoso Figueiró (2015) os ideais liberais de liberdade individual (não intervenção estatal nas relações particulares) e liberdade econômica (valorização da economia de mercado), combinados com a Revolução Industrial, acabaram por gerar uma verdadeira exploração humana, pois que o Estado era visto apenas como um espectador das negociações entre particulares, como nas relativas à contratação da mão de obra.

Esses autores defendem que a Revolução Industrial criou uma escravidão liberal dos trabalhadores devido à conjugação da igualdade formal (poder de negociar sem a proteção estatal) com a desigualdade material.

Dentre outros fatores que levaram ao declínio do modelo de Estado liberal estão os elencados a seguir:

Deve-se o fracasso do Estado Liberal ao fato de ter ele atuado estritamente no plano político-jurídico, sem disciplinar a ordem social-econômica. Essencialmente individualista, desconheceu os direitos da sociedade. Falhou até mesmo no seu individualismo por desconhecer o homem-operário, materialmente fraco e premido no meio social por

insuperáveis dificuldades da ordem econômica. Profundamente libertário e igualitário, declarou que todos os indivíduos possuem os mesmos direitos e as mesmas possibilidades, de sorte que ao Estado competia apenas policiar a ordem jurídica (MALUF, 2011, p. 323 apud CARAN; FIGUEIRÓ, 2015, p. 7).

A partir dessa crise da democracia liberal o Estado se reestruturou baseado nos princípios da isonomia e justiça social, estabelecendo de maneira paulatina um novo paradigma, o do *Welfare State* (Estado de bem-estar), passando a pregar a redistribuição da igualdade por meio da atuação positiva do ente estatal (CARAN; FIGUEIRÓ, 2015).

Iniciou-se um momento de constitucionalização desse novo modelo de Estado, influenciado desde a Declaração de Direitos da Constituição Francesa de 4 de novembro de 1848 (estabelecendo caber à *République* a proteção do cidadão, inclusive no tocante ao seu trabalho); o manifesto comunista de Karl Marx de 1848, que embasou teoricamente o movimento dos trabalhadores; o cartismo da Inglaterra e a Comuna de 1871 na França (MORAES, 2017).

Assim, desde a Constituição de Weimar de 1919 houve uma crescente constitucionalização do Estado Social de Direito, a estabelecer um conjunto de direitos sociais e econômicos nos textos constitucionais e a criação de normas programáticas ao lado do tradicional estatuto jurídico consagrado pelo liberalismo político (MORAES, 2017).

Em síntese, podemos citar o ensino de Flavia Bahia sobre a evolução do constitucionalismo no século XX:

Logo após a Primeira Guerra Mundial, as Constituições começaram a adotar em seus textos os chamados direitos sociais, inspirados na ideia de Estado Social, e os homens passaram a exigir determinadas prestações, tais como: educação, saúde, trabalho, assistência, previdência. Com o fim da Segunda Guerra Mundial, as Constituições modernas também passaram a defender a tutela dos chamados "direitos difusos" e o novo jogo de valores socioculturais apontou, diante desse novo cenário, os princípios frente às regras específicas, como se observa principalmente nas Constituições da Itália (1947), Alemanha (1949), Portugal (1976), Espanha (1978) e na brasileira de 1988 (BAHIA, 2017, p. 76).

Tornou-se necessário a criação de uma disciplina constitucional da intervenção do Estado no domínio econômico para atender aos novos princípios norteadores da atuação estatal, como a justiça social, a dignidade da pessoa humana, os

valores sociais do trabalho e a função social da propriedade, e aos programas instituídos nas constituições dirigentes.

Dessa forma, a influência da corrente social-democrata nas Assembleias Constituintes originou a ocorrência da normatização da intervenção estatal na ordem econômica, criando o que foi denominado como Constituição Econômica (MORAES, 2017).

Nesta esteira, a Carta Magna de 1988 estabeleceu como fundamentos da República a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, III e IV) e como objetivos, construir uma sociedade justa e solidária, garantir o desenvolvimento, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos (art. 3º).

Para efetivar esses princípios norteadores, a Lei Excelsa estabeleceu um Título para balizar a atuação dos entes econômicos. O art. 170 funda a ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre-iniciativa, tendo por finalidade assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, tendo como princípios, dentre outros, a função social da propriedade, a redução das desigualdades sociais e regionais e a busca do pleno emprego.

Em um contexto de Estado social, caracterizado pela grande demanda de serviços sociais prestados pelo Estado, o volume da tributação é uma questão importante, pois apesar de que o Estado necessite arrecadar para cumprir com os mandamentos e programas constitucionais, a redução da carga tributária é relevante incentivo para o setor produtivo, o qual é aliado indispensável do próprio Estado para alcançar muitos dos objetivos traçados na ordem constitucional, como o desenvolvimento econômico e o pleno emprego.

Deve-se lembrar que o modelo constitucional brasileiro elegeu o capitalismo como sistema econômico, estabelecendo o primado da livre-iniciativa e restringindo a atuação direta do Estado na economia.

A criação de Zonas Econômicas Especiais no território nacional pretende implementar os objetivos da ordem econômica por meio da promoção do

desenvolvimento regional, com a concessão de incentivos fiscais ao setor econômico nas áreas geográficas abrangidas por essas zonas.

3 CONCEITO DE ZONAS DE PROCESSAMENTO DE EXPORTAÇÕES

A existência das zonas de livre comércio pode ser identificada desde os séculos XVIII e XIX. As primeiras foram Gibraltar (1704), Cingapura (1819), Hong Kong (1848), Hamburgo (1888) e Copenhague (1891).

Até a década de 70 do século XX as Zonas de Processamento de Exportações localizavam-se em sua maioria em países desenvolvidos. A partir de então começaram a se difundir principalmente para a Ásia e América Latina, representando papel importante no desenvolvimento de economias como as da Coreia do Sul, China e Taiwan (MORAES, 2015; ZILLI; ALVES; VIEIRA, 2000).

Os conceitos de **Zonas Francas** e **Zonas de Livre Comércio** se confundem. Conforme Jorge de Souza Bispo (2009, p. 48) são definidas como:

[...] aeroporto, porto ou qualquer outra área designada para a importação de matérias-primas, componentes, produtos semimontados, semiacabados ou prontos sem o pagamento de tributos. Tais itens podem ser armazenados, demonstrados, montados ou processados para reexportação ou entrar no mercado doméstico do país importador (após o devido pagamento de tributos). São conhecidas também como Zonas Comerciais Internacionais ou Zonas Livres.

O termo Zona de Livre Comércio é usado de forma ampla para designar tanto uma área com incentivos (fiscais/tributários principalmente) dentro de um país, como dito acima, quanto uma área de integração econômica entre países, a exemplo da União Europeia (Zona de Livre Comércio *stricto sensu*) (BISPO, 2009).

Nessa última perspectiva, de integração regional, “...constitui fenômeno internacional, implementada por meio de tratados e acordos entre os respectivos Estados-membros” (BISPO, 2009, p. 47). Está inserida na teoria da integração (teoria do comércio internacional) e é caracterizada como uma área de livre comércio que implique concessões comerciais generalizadas, compreendendo total ou quase inteiramente a pauta comercial entre os países envolvidos (BAUMANN, 2004 apud BISPO, 2009).

Prevalece, contudo, o *sentido amplo* de Zona de Livre Comércio, entendido como gênero ao qual pertencem outros regimes especiais conforme suas peculiaridades, como as Zonas Econômicas Livres, Zonas Francas, Zonas de Processamento de Exportação, Zonas Econômicas Especiais, Zonas Livres de Impostos, dentre outras denominações (BISPO, 2009).

Quanto às zonas de processamento de exportações (ZPEs), Bruno de Paula Moraes (2015) destaca o conceito de alguns organismos internacionais:

Para a OIT (Organização Internacional do Trabalho), ZPEs são uma categoria na qual se incluem outras espécies de zonas especiais.

Já nas publicações do Banco Mundial as ZPEs são consideradas uma espécie do gênero **Zonas Econômicas Especiais** (FIAS, 2008; FAROLE; AKINCI, 2011; BAISSAC, 2011 apud MORAES, 2015), expressão sinônima, porém mais apropriada tecnicamente do que **Zonas de Livre Comércio**, por ter um sentido mais genérico e não se confundir com as áreas de integração econômica entre países, como a União Europeia.

Neste trabalho, portanto, adota-se **Zonas Econômicas Especiais** como termo genérico a designar todas as espécies de áreas com regimes especiais de tributação ou incentivos fiscais e zonas de livre comércio.

Dessa forma, Bruno de Paula Moraes (2015) apresenta em seu trabalho um quadro com as definições das espécies de Zonas Econômicas Especiais segundo o Banco Mundial, no qual o termo Zonas de Livre Comércio aparece como espécie:

Quadro 1 – Tipos de Zonas Econômicas Especiais

Zonas Econômicas Especiais	
Tipos	Conceito
Zonas de Livre Comércio	São zonas cercadas, livre de tarifas, e oferecem facilidades logísticas, facilidades para o

	armazenamento e distribuição, operações de transbordo e reexportação
Zonas de Processamento de Exportações	São áreas industriais voltadas primariamente ao mercado externo. Zonas híbridas são geralmente divididas em uma área geral para todas as empresas, e uma específica para as predominantemente exportadoras
Zonas Empresariais	Possuem o objetivo de revitalizar áreas urbanas e rurais específicas através da provisão de incentivos e financiamentos.
Porto Franco	Geralmente ocupam grandes áreas. Abarcam diversas atividades incluindo turismo e vendas de varejo. Permite residência dentro do local e oferece uma série abrangente de incentivos e benefícios
ZPE "Single Factory"	Oferecem benefícios para empresas individuais, independentemente da localização
Zonas Especializadas	Incluem parques de ciência e tecnologia, zonas petroquímicas, parques logísticos e outros

Fonte: Banco Mundial (FIAS, 2008)

A variação da nomenclatura se deve à 1) diferenciação das Zonas Econômicas Especiais quanto às suas formas e funções, 2) às seguidas traduções de um idioma para outro e 3) à terminologia usada nos diferentes países. Contudo, as várias espécies possuem objetivos e características em comum (BAISSAC, 2011 apud MORAES, 2015).

Transcreve-se a seguir o conceito da legislação brasileira, respectivamente da Lei nº 11.508/2007 e do Decreto nº 61.244/1967, a respeito das duas espécies de Zonas Econômicas Especiais existentes no país:

Lei nº 11.508/2007:

Art. 1.º A **Zona Franca** de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram, os centros consumidores de seus produtos (BRASIL, 1967).

Decreto nº 61.244/1967

Parágrafo único. As **ZPE** caracterizam-se como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro (BRASIL, 2007).

No Brasil a Zona Franca de Manaus foi criada com o objetivo principal de facilitar a importação de insumos e peças para a fabricação de bens de consumo destinados ao mercado interno como forma de desenvolver e integrar a Região Norte do país.

Já o projeto de implantação das Zonas de Processamento de Exportações pretende fomentar o desenvolvimento socioeconômico de determinadas regiões do país por meio do incentivo à indústria exportadora e, atualmente, de outras atividades associadas (comércio e serviços).

4 O PROJETO DE LEI nº 319/2015

O Projeto de Lei nº 319/2015 de autoria do senador pelo Estado do Maranhão Roberto Rocha se insere no contexto de implementação dos objetivos da República Federativa do Brasil e dos fins constitucionais estabelecidos para a ordem econômica de garantia do desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza e marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais.

Essa é a justificativa para o projeto que propõe a criação de uma Zona de Livre Comércio que corresponda geograficamente à Ilha do Maranhão. “[...] o Maranhão necessita desse incentivo à sua economia para que possa superar a sua posição como um dos estados com os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH) dentre os entes federativos” (ROCHA, 2015, p. 5) e acrescenta: “o presente

projeto de lei possibilitará o fortalecimento da economia maranhense e a melhoria das condições socioeconômicas de sua população” (ROCHA, 2015, p. 6).

Na sua Justificação o senador ressalta a vocação econômica e geográfica da Ilha do Maranhão, denominação geograficamente correta conforme Sergio Barreto de Sousa (1997), para a implementação de uma zona especial de tributação, devido às suas características morfológicas e de infraestrutura:

Importante destacar que São Luís apresenta as características geográficas que melhor habilitariam um ponto qualquer do território nacional a constituir uma área de livre comércio. É fisicamente apartada do País, por constituir-se em uma ilha, o que facilita o controle aduaneiro. Possui uma estrutura portuária com profundidade e largura de canal adequada aos mais modernos navios porta-contêiner. As demais condições de logística para recepção de insumos e escoamento de produção também são bastante favoráveis. (ROCHA, 2015, p. 5).

Certamente as condições físicas da Ilha do Maranhão são adequadas para o fomento da atividade industrial e de serviços relacionados à exportação. O Porto do Itaqui está muito mais próximo dos mercados europeu e norte-americano do que os portos do Sul e Sudeste brasileiros, há as estradas de ferro Carajás e São Luís/Teresina, o aeroporto internacional de São Luís e, ainda, o projeto de duplicação da BR 135 em andamento.

O problema consiste em saber se o modelo correto de fomento ao desenvolvimento dessa região é a criação de uma zona franca nos moldes do projeto apresentado ao Senado e quais seriam a efetividade e sustentabilidade da zona franca, bem como suas consequências socioeconômicas.

Uma crítica que se faz ao projeto é a de que ele entraria em choque de interesses com a Zona Franca de Manaus (ZFM), criando uma competição interna pelo mercado nacional de produtos manufaturados, o que poderia prejudicar a sustentabilidade da ZFM e atingir os pretensos benefícios sociais que ela gera para o Estado do Amazonas e a Amazônia Ocidental como um todo.

Tal crítica foi prevista pelo senador, que defendeu a implantação da Zona Franca de São Luís, argumentando que ela não competiria com a ZFM.

É essencial enfatizar que a Zona Franca de São Luís visa ao desenvolvimento da região por meio do incentivo à produção de bens destinados ao exterior. Assim, enquanto a Zona Franca de Manaus apresenta um modelo de produção voltado marcadamente para a substituição de importações, com o mercado brasileiro como seu principal destino, a Zona Franca de São Luís teria o mercado externo como destino de seus produtos. Na eventualidade de alguma venda ao mercado interno, esta transação seria tratada como uma importação. Dessa forma, a produção a ser realizada na Zona Franca de São Luís não representará qualquer tipo de concorrência às indústrias localizadas na Zona Franca de Manaus ou em outro ponto do país (ROCHA, 2015, p. 6)

Efetivamente, quando o governo militar criou a Zona Franca de Manaus o objetivo era intensificar a presença brasileira na região amazônica, atraindo indústrias por meio de incentivos fiscais e investimento em infraestrutura, bem como incrementar o contingente populacional da região (MIRANDA, 2013).

Desta feita, o modelo adotado foi o de substituição de importações, que consistiu tanto na importação de peças para a montagem dos produtos no Brasil, como na produção nacional de bens duráveis para uso doméstico, como televisores e geladeiras.

Atualmente há um tímido esforço de exportação de parte do produto da ZFM, que atingiu uma “qualidade internacional” (MIRANDA, 2013).

Após esta breve discussão sobre as justificativas para a instalação de uma ZPE no Maranhão, passa-se, a seguir, a um comentário dos principais dispositivos do Projeto de Lei nº 319/2015.

O Projeto estabelece que a área da Zona Franca corresponderá à Ilha de São Luís, podendo ser acrescida por meio de decreto do Poder Executivo, conforme o seu art. 1º.

No seu art. 4º prevê a suspensão do Imposto sobre Importação (II) e do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) para a entrada de mercadorias na Zona Franca, a suspensão será convertida em isenção nas seguintes hipóteses: I – consumo e vendas internas na Zona Franca; II – beneficiamento, em seu território, de pescado, pecuária, recursos minerais e matérias-primas de origem agrícola e florestal; III – agropecuária e piscicultura; IV – instalação e operação de serviços de qualquer natureza;

V – estocagem para comercialização no mercado externo; VI – industrialização de produtos em seu território.

O parágrafo único do mesmo artigo estabelece exemplificativamente duas hipóteses de isenção para mercadorias que deixarem a Zona Franca: a) bagagem acompanhada de viajantes, observados os limites fixados pelo Poder Executivo, por intermédio da Secretaria da Receita Federal do Brasil; e b) remessas postais para o restante do País, nas condições fixadas pelo Decreto-Lei nº 1.804, de 3 de setembro de 1980, e modificações ulteriores.

O art. 6º considera a compra de mercadorias estrangeiras armazenadas na Zona Franca por empresas localizadas fora da zona de livre comércio como importação normal, o que constitui mecanismo de proteção do restante do mercado nacional.

São excluídos dos benefícios fiscais certos produtos arrolados nos incisos do art. 8º: armas e munições; veículos de passageiros, exceto ambulâncias; carros funerários; carros celulares (carros para transporte de prisioneiros) e jipes; bebidas alcoólicas e fumo e seus derivados.

Ressalte-se a redação do art. 9º, que demonstra a finalidade de incremento das exportações pela Zona Franca de São Luís, *in verbis*: As exportações de mercadorias da Zona Franca de São Luís para o estrangeiro, qualquer que seja sua origem, estão isentas do Imposto sobre Exportação.

O art. 10 prevê regimes aduaneiros especiais para mercadorias estrangeiras destinadas à zona Franca de São Luís e dele procedentes, que serão regulamentados pelo Poder Executivo.

O art. 11 prevê um limite global para as importações a partir da zona franca, que será estabelecido anualmente pelo Poder Executivo.

Finalmente, o art. 13 estabelece que as isenções e benefícios terão prazo de 25 anos.

O relatório apresentado pelo senador Edison Lobão à CCJ em 29 de novembro de 2017 apresentou um Projeto Substitutivo ao do senador Roberto Rocha, sugerindo a criação de uma Zona de Processamento de Exportações (ZPE) especial denominado Zona de Exportação do Maranhão (ZEMA).

O parágrafo único da Lei nº 11.508/2007 conceitua as ZPEs como áreas de livre comércio com o exterior, destinadas à instalação de empresas voltadas para a produção de bens a serem comercializados no exterior, sendo consideradas zonas primárias para efeito de controle aduaneiro. Zona primária de controle aduaneiro é assim definida por Haroldo Gueiros:

Em suma, é um lugar delimitado pela autoridade aduaneira em porto, aeroporto ou ponto de fronteira, mediante ato administrativo, e somente por estes locais podem entrar mercadorias, veículos e pessoas portando bens. Se ingressar por qualquer outro lugar a pena é o perdimento dos bens, ademais da questão criminal a ser analisada pela autoridade competente. A partir da edição da Lei n. 11.506/07, são também consideradas zonas primárias as áreas internas da ZPE – Zona de Processamento de Exportação (GUEIROS, 2017, p. 1).

O projeto substitutivo do senador Edison Lobão consiste numa emenda a essa Lei, modificando algumas regras a serem aplicadas à ZEMA e enumera algumas previsões consideradas necessárias para a criação dessa Zona de Processamento de Exportações de regime jurídico especial:

Em relação a São Luís, onde estará situada a ZEMA, entendemos que é necessário prever:

- 1) Regime cambial diferenciado para que as empresas possam abrir conta em moeda estrangeira;
- 2) Condições menos burocráticas relativas ao controle aduaneiro;
- 3) Possibilidade de transferência de plantas industriais instaladas em outras regiões;
- 4) Livre fabricação de produtos, sem que haja necessidade de ato autorizativo prévio emanado do Poder Executivo, salvo nos casos não permitidos às demais ZPEs;
- 5) Autorização para que as empresas possam constituir filiais em outros pontos do território nacional e participar de outras pessoas jurídicas estabelecidas em locais diversos da ZEMA;
- 6) Dispensa da exigência de percentual mínimo de receita bruta relacionada à exportação de bens e serviços; e
- 7) Extensão do prazo para a manutenção das isenções e benefícios de 25 anos, conforme previsto na proposição, para 50 anos. (LOBÃO, 2017, p. 5)

O estabelecimento desse regime jurídico diferenciado possui dois objetivos principais: o afastamento da tese de que uma zona franca no Maranhão competiria com a ZFM pelo mercado interno e a necessidade de garantir a efetiva instalação da ZPE

especial, visto que as ZPEs regulamentadas pela Lei nº 11.508/2007 encontram vários óbices, havendo apenas uma ZPE em operação, dentre as 22 propostas, a de Pecém, no Estado do Ceará, em operação desde 30 de agosto de 2013 (ZILLI; ALVES; VIEIRA, 2015).

O projeto substitutivo foi aprovado pela CCJ em 13 junho 2018 e atualmente aguarda a emissão de relatório pelo senador Otto Alencar (PSD – BA) na Comissão de Assuntos Econômicos.

5 A VIABILIDADE E EFETIVIDADE DA ZONA DE EXPORTAÇÕES DO MARANHÃO

A investigação da viabilidade da Zona de Exportações do Maranhão passa pela análise da situação das outras Zonas Econômicas Especiais do Brasil, ou seja, a Zona Franca de Manaus e as diversas Zonas de Processamento de Exportações, na sua maioria não instaladas.

A análise das consequências fiscais e socioeconômicas dessas zonas especiais de tributação, bem como das dificuldades de sua efetivação, no caso das ZPEs, possibilita um subsídio teórico e prático para a discussão da instalação de uma Zona de Processamento de Exportações na Ilha do Maranhão e um paradigma para o desenvolvimento de um modelo adequado e eficiente de Zonas Econômicas Especiais para o Brasil.

A doutrina tributária ensina que os tributos possuem finalidades fiscais ou extrafiscais: “O tributo possui finalidade fiscal quando visa precipuamente a arrecadar, carrear recursos para os cofres públicos. [...] O tributo possui finalidade extrafiscal quando objetiva fundamentalmente intervir numa situação social ou econômica” (ALEXANDRE, 2017, p. 115).

É certo também que o Estado, em regra, tem como maior fonte de receitas a imposição tributária. [...] A tributação, mais do que nunca, é a base financeira do Estado e tem evidentes repercussões sobre a economia, dela nascendo facilidades e/ou dificuldades para o exercício das atividades empresariais. Aliás, não por outra razão chega-se a afirmar que a tributação pode constituir o maior óbice para o crescimento econômico. É a demonstração de que a tributação é também uma forma de intervenção estatal no fenômeno econômico (ELALI, 2006, p. 2).

Quanto à extrafiscalidade do tributo, André Elali (2006), citando José Casalta Nabais (2003), ensina que a extrafiscalidade é matéria do direito econômico fiscal, diferenciando-se do direito tributário clássico, aquele “sendo o conjunto de normas jurídicas que regula a utilização dos instrumentos fiscais com o principal objetivo de obter resultados extrafiscais, em sede de políticas econômicas e sociais” (ELALI, 2006, p. 3), como ocorre no direito português.

Neste sentido, o chamado direito econômico fiscal compreende tanto os tributos extrafiscais ou os agravamentos com função extrafiscal, quanto os benefícios fiscais (ELALI, 2006).

As críticas ao modelo adotado na Zona Franca de Manaus – ZFM correspondem justamente 1) aos benefícios fiscais concedidos, que constituem grandes gastos tributários dos entes federados, não apenas da União; 2) à indefinição quanto aos prazos de concessão dos incentivos fiscais, que vêm sendo prorrogados indefinidamente, 3) assim como ao baixo investimento em competitividade, tecnologia e inovação das empresas ali instaladas, que tornam a sustentabilidade da ZFM dependente das isenções tributárias (MIRANDA, 2013).

Desta forma, é relevante analisar o impacto da Zona Franca de Manaus na tributação em contrapartida à importância dos resultados econômicos obtidos.

Os benefícios fiscais em 2010 relativos ao Imposto de Importações (II) somaram 1.279,1 milhões de reais; ao Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI) vinculado a operações internas, 8.183,1 milhões e à importações, 1.464,4 milhões; ao PIS/PASEP, 227,7 milhões, para a ZFM e Áreas de Livre Comércio (ALCs) e ao COFINS, 1.045,9 milhões, para a ZFM e ALCs sob administração da Superintendência da Zona Franca de Manaus (Suframa), somando um total de **14.705,6** milhões (14 bilhões, 705 milhões e 600 mil) de reais naquele ano (MIRANDA, 2013).

Tais valores representaram **10,82 %** de todo o gasto tributário da União no ano de 2010, que somou 135.861 milhões (135 bilhões e 861 milhões) de reais (RACHID, 2017). Naquele ano (2010) o faturamento nominal da ZFM foi de 61,61

bilhões de reais, assim, os benefícios fiscais concedidos no período equivaleram a **23,86%** do faturamento (SUFRAMA, 2018).

Importante aspecto é o montante que os benefícios relativos ao Imposto sobre Produtos Industrializados representam no somatório dos gastos tributários com a ZFM, 65,6% do total dos 14,7 bilhões concedidos.

Ricardo Nunes de Miranda (2013) atenta que, por determinação constitucional, 58% do produto da arrecadação do referido imposto pertencem aos Estados, municípios e Fundos Constitucionais de Financiamento.

Desse modo, tomando 2010 como base, 38% dos benefícios tributários concedidos à ZFM não são custeados pelo Governo Federal, constituindo uma transferência:

i) dos Governos Estaduais (inclusive o do Amazonas) e dos Municípios (inclusive os do Estado do Amazonas) mediante a diminuição dos recursos dos Fundos de Participação dos Estados (FPE) e dos Municípios (FPM);

ii) dos três Fundos Constitucionais de Financiamento (FNO, FCO e FNE); e

iii) da parcela de 10% do produto da arrecadação do IPI que são distribuídos aos governos estaduais segundo o volume de exportações de cada Estado. (MIRANDA, 2013, p. 8).

Aos gastos tributários (o que o governo deixa de arrecadar) federais somam-se à redução do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços) devido pelas empresas sediadas na ZFM, e à isenção concedida por dez anos pelo município em relação ao valor devido pelo Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU e Taxas de Licença para Funcionamento e de Serviços de Limpeza e Conservação Pública (MIRANDA, 2013).

Além dos R\$ 17,8 bilhões (dados para 2011) de benefícios tributários destinados diretamente à ZFM, somada a parcela estimada em R\$ 1,4 bilhão como parte dos incentivos fiscais de natureza regional, falta, ainda, considerar a isenção de ICMS concedida pelo Governo do Estado do Amazonas. [...] Somadas as três parcelas (R\$ 17,8 bilhões, R\$ 1,4 bilhão e R\$ 3,2 bilhões), **o custo total estimado para o Polo Industrial de Manaus, em 2011, seria de R\$ 22,4 bilhões.** (MIRANDA, 2013, p. 11, “grifos nossos”).

Em 2016, o gasto tributário para a ZFM e ALCs somaram 22.188 milhões do total de 270.873 milhões (270 bilhões e 873 milhões) previstos para aquele ano, enquanto que o faturamento nominal da ZPM foi de 74,71 bilhões. Nesse ano, o gasto tributário representou 29,69% do faturamento da ZFM (RACHID, 2017).

A prorrogação indefinida desses benefícios fiscais torna a sustentabilidade da ZFM dependente da manutenção desses benefícios, sendo difícil vislumbrar o término das concessões, e desmotiva o desenvolvimento tecnológico e a competitividade das empresas instaladas.

O modelo da Zona Franca ou da Zona de Processamento de Exportações especial de São Luís deve levar em consideração esses fatores, incentivando a competitividade, o desenvolvimento tecnológico, a independência das empresas lá instaladas em relação aos incentivos estatais e evitar a prorrogação indefinida dos benefícios fiscais.

Quanto às ZPEs, apenas uma, das 22 previstas, foi efetivamente implantada, em Pecém/CE. São Zonas Econômicas Especiais com o objetivo de incrementar as exportações nacionais, diferentemente da Zona Franca em Manaus, voltada para a importação de insumos, beneficiamento e produção principalmente para o mercado interno.

As limitações das ZPEs consistem na dificuldade de atrair investimentos, na falta de infraestrutura para implantação, na obrigação de que 80% do faturamento das empresas instaladas seja proveniente de exportações e a proibição de estabelecimento de filiais fora da ZPE (ZILLI; ALVES; VIEIRA, 2015).

Quanto ao impacto social das Zonas Econômicas Especiais brasileiras, dados da Superintendência da Zona Franca de Manaus (2018) revelam que a ZFM mantinha 87.070 postos de trabalho no início de 2018, incluindo mão de obra efetiva, temporária e terceirizada.

Em 2014 eram 122.177, número que decaiu até 2016, quando havia 86.161 postos de trabalho. Em 2017 houve sutil aumento para 86.195 empregos.

Em 2010 a média mensal era de 110.000 empregados, havendo, todavia, uma grade rotatividade de mão de obra. Naquele ano de 2010, 35% dos empregados sofreram demissão (MIRANDA, 2013).

Corroborando esses dados, a massa salarial, incluindo salários, encargos e benefícios sociais, somou 4,5 bilhões de reais em 2011, ano em que o faturamento nominal da ZFM foi de 68,8 bilhões (SUFRAMA. 2015).

Além disso, os salários pagos pelas empresas instaladas na ZPE são baixos. A média salarial foi de R\$ 1.308,02 em 2008 (MIRANDA, 2013), ano em que o salário mínimo nacional vigente era de R\$ 415,00 (quatrocentos e quinze reais).

Segundo Ricardo Nunes de Miranda (2013) tais dados demonstram que os benefícios sociais oferecidos pela ZPM são insatisfatórios, pois os empregos não possuem uma qualidade melhor do que os oferecidos no restante da iniciativa privada, devido à alta rotatividade e aos baixos salários.

O desenvolvimento econômico promovido pela ZFM, que atraiu diversas indústrias para a Amazônia e possibilitou ao Brasil substituir a importação de diversos produtos manufaturados por produtos nacionais ou nacionalizados produzidos no Polo Industrial de Manaus não se reveste totalmente em desenvolvimento social, conforme aponta André Elali:

Desse modo, pelo que propõe a Constituição, o sentido da busca pelo desenvolvimento econômico se trata de uma efetiva mudança na situação atual da economia nacional. O desenvolvimento, portanto, deve ser entendido como um estado de equilíbrio na produção, distribuição e consumo de riquezas. Assim, nenhum Estado pode ser considerado desenvolvido se mantiver uma estrutura social caracterizada por vertentes simultâneas de riqueza e pobreza. (2006, p. 7).

Uma solução adequada a ser adotada na futura zona franca ou de processamento de exportações de São Luís é a utilização de parte do faturamento das empresas instaladas para melhorar a instrução básica e profissional da população, de forma a melhorar a qualidade dos empregos a que tiverem acesso, e em outras intervenções sociais que melhorem o bem-estar social.

6 CONCLUSÃO

O Projeto de Lei do Senado nº 319/2015 do senador Roberto Rocha e o substitutivo apresentado à Comissão de Constituição e Justiça do Senado, que pretendem criar uma zona de processamento de exportações na Ilha do Maranhão, respalda-se nos objetivos fundamentais da República brasileira e nos fins da ordem econômica de reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o desenvolvimento econômico, por meio de incentivos fiscais, conforme preleciona o inciso I, art. 151 do Título VI da Constituição.

O modelo de zona franca adotado em Manaus, no entanto, gera um grande gasto tributário por todos os entes federados, pois as consequências das isenções e demais benefícios reverberam no orçamento de Estados e Municípios.

Outro aspecto importante, é a insuficiência do impacto social gerado pelo modelo de zona franca adotado no Brasil, representada pela baixa qualidade dos empregos gerados, com salários baixos e alta rotatividade de mão de obra.

Quanto às ZPEs, a maioria das já previstas nunca entrou em operação, com exceção da de Pecém/CE. As dificuldades das ZPEs consistem principalmente em atrair recursos, na infraestrutura e em impedimentos de ordem legal.

As Zonas Econômicas Especiais foram e são essenciais para o incremento das exportações e o desenvolvimento econômico de vários países e encontram respaldo constitucional, mas o Brasil não tem obtido sucesso na sua implementação, nem encontrado um modelo fiscal e economicamente sustentável e eficiente.

Tento em vista essas situações, a implantação de uma zona franca ou de uma zona especial de processamento de exportações na Ilha do Maranhão deve levar em conta os aspectos fáticos e legais levantados que impedem a eficiência e efetividade das Zonas de Livre Comércio ou Zonas Econômicas Especiais no Brasil, já que o Poder Público não se pode furtar do dever de cumprir os mandamentos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev. atual. e amp1. Salvador: Jus Podivm, 2017. 864p.

BAHIA, Flavia. **Direito Constitucional**. 3. ed. Recife: Armador, 2017. (Coleção Descomplicando).

BISPO, Jorge de Sousa. **Criação e distribuição de riqueza pela Zona Franca de Manaus**. 2009. 303f. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) – Universidade de São Paulo, São Pulo, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília-DF: Senado: 1988.

BRASIL. Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967. Altera as disposições da Lei número 3.173 de 6 de junho de 1957 e regula a Zona Franca de Manaus. Diário Oficial, Brasília, DF, 28 de jan. de 1967. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 de abr. de 2018.

BRASIL. Edison Lobão. Relatório Legislativo. Brasília, 2017, 4 p.

BRASIL. Lei nº 11.508, de 20 de jul. de 2007. Dispõe sobre o regime tributário, cambial e administrativo das Zonas de Processamento de Exportação, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 23 de jul. de 2007. Disponível em: <<https://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 27 de abr. de 2018.

BRASIL. Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços. Suframa. **Zona Franca de Manaus: Indicadores Industriais**. Manaus: Suframa, 2018. Disponível em: <<https://site.suframa.gov.br>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 319/2015. Cria a Zona Franca de São Luís, no Estado do Maranhão, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/121456>>. Acesso em: 27 abr. de 2018.

CARAN, Mirella Luana; FIGUEIRÓ, Rafael Verдум Cardoso. In.: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICASNA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 12., 2015, Santa Cruz do Sul. **Resumos...** Santa Cruz do Sul, 2015. Disponível em: <<https://www.online.unisc.br>>. Acesso em: 24 set. 2018.

ELALI, André de Souza Dantas. Incentivos fiscais, neutralidade da tributação e desenvolvimento econômico: a questão das desigualdades regionais e sociais. In:

MARTINS, Ives Gandra da Silva; ELALI, André; PEIXOTO, Marcelo Magalhães (Orgs.). **Incentivos fiscais**: questões pontuais. São Paulo: MP Editora, 2006. p. 21-36.

GUEIROS, Haroldo. Zona Primária. **Enciclopédia Aduaneira**, 2017. Disponível em: <<http://enciclopediaaduaneira.com.br/zona-primaria-h-gueiros/>>. Acesso em: 04 de abr. de 2019.

MIRANDA, Ricardo Nunes. **ZONA FRANCA DE MANAUS**: Desafios e Vulnerabilidades Brasília: Núcleo de Pesquisas do Senado, 2013. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/conleg/nepsfl.html>>. Acesso em: 27 de abr. de 2018.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.

MORAES, Bruno de Paula. Zonas de Processamento de Exportações: um instrumento defasado? 2015. 27 f., il. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Relações Internacionais) - Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

RACHID, Jorge Antonio Deher. **Evolução dos Gastos Tributários**: subsídios da União e qualidade dos gastos públicos. Brasília: Receita Federal, 2017. Disponível em: <<https://idg.fazenda.gov.br>>. Acesso em: 08 de maio de 2018.

SOUSA, Sergio Roberto de. **Recursos hídricos da Ilha do Maranhão**. 1997. 186f. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós-Graduação em Geologia) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 1997.

SUFRAMA. COISE//CGPRO/SAP. Indicadores de Desempenho do Pólo Industrial de Manaus. 2015. 115 p.

ZILLI, Julio Cesar; ALVES, Felipe; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto. **Zonas de Processamento de Exportação no Brasil**: Configuração, Oportunidades e Desafios. Caxias do Sul: Universidade de Caxias do Sul, 2015. Disponível em: <<http://www.uces.br>>. Acesso em: 27 de abr. de 20

Capítulo 7

A IMPORTÂNCIA DA FORÇA CONTRAMAJORITÁRIA FRENTE À INFLUÊNCIA DA CONSCIÊNCIA COLETIVA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Andressa da Silva Cunha²⁸

Sofia da Silva Pereira²⁹

RESUMO: Diante das conquistas históricas do sistema democrático, propõe-se uma análise acerca da realização concreta das liberdades individuais no Estado Democrático de Direito, partindo, essencialmente, dos estudos de Émile Durkheim acerca da consciência coletiva. Ao relacionar-se a historicidade com estudos sociológicos e noções expansivas do Direito, que enxergam sua constante evolução, objetiva-se debater que, apesar da evolução dos Estados em direção à proteção das liberdades, ainda cabe discutir as pressões que a maioria impõe sobre os grupos minoritários. Por meio de uma pesquisa bibliográfica cuidadosa e interdisciplinar em relação à história, à sociologia e o direito, verificamos que os direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, diante dos embates entre a consciência coletiva e as necessidades da minoria, ainda possuem espaço para materialização no sentido seu mais amplo e a força contramajoritária é a maior representante desse contraponto em relação à possível tirania da maioria. Assim, conclui-se que o cenário atual não é o auge da democracia e da participação política do povo e que esforços na direção desse ideal são legítimos e desejáveis.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito. Consciência coletiva. Liberdade individual. Minoria. Força contramajoritária.

ABSTRACT: Based on the historical achievements of the democratic system, it is proposed an analysis of the real fulfillment of individual freedom in the Democratic Rule of Law, essentially found in Émile Durkheim's studies on collective consciousness. By connecting historicity to sociological studies and expansive notions of law, which consider its constant evolution, the objective of this work is to present that, despite the evolution of States towards the protection of rights, it is still necessary to discuss the pressures that majorities impose on minority groups. Through careful and interdisciplinary bibliographic research in history, sociology and law studies, it was found that fundamental rights in the Democratic Rule of Law, in the face of the clashes between collective consciousness and the needs of minorities, still have place for concretization and the counter majoritarian effort is the greatest representative of this dilemma in relation to the possible tyranny of the majority. Therefore, it is concluded

²⁸ Discente do curso de Direito da UEMA. <http://lattes.cnpq.br/9383541138366277>. Email: andressadasilvacunha1108@gmail.com

²⁹ Discente do curso de Direito da UEMA. <http://lattes.cnpq.br/1996972094700294>. Email: sofia2901sp@gmail.com

that the current scenario is not the peak of democracy and political participation and that efforts towards this ideal are legitimate and desirable.

Keywords: Democratic State of Law. Collective consciousness. Individual freedom. Minority. Counter majoritarian effort.

1 INTRODUÇÃO

Segundo José Carlos Francisco, o Estado Democrático de Direito é o modelo de organização mais aparelhado para a concretização da justiça social. Esse conceito foi criado na década de 1960 pelo jurista espanhol Elías Díaz e designa qualquer Estado que se propõe a garantir as liberdades civis, por meio do respeito aos direitos humanos e às garantias fundamentais, utilizando-se do estabelecimento de proteções jurídicas.

Diante da pluralidade de concepções e necessidades dos indivíduos que formam o corpo social, o Estado Democrático de Direito apresenta-se como o modelo que mais condiz com esses fatores, possibilitando a manifestação efetiva da vontade da maioria.

Por outro lado, análises sociológicas que se propõem à examinar as interações sociais indicam que a maioria nem sempre corresponde ao respeito das liberdades individuais. Nesse sentido, tem-se os estudos de Émile Durkheim, que apresenta a ideia de consciência coletiva, compreendida como o conjunto de sentimentos e crenças comuns aos membros de uma mesma sociedade. Desse modo, compreende-se que o Estado teve que buscar mecanismos de salvaguardar os direitos individuais dos grupos minoritários. É nesse contexto que surge a força contramajoritária, que busca equilibrar os anseios da maioria e as necessidades da minoria.

Diante disso, a presente pesquisa tem como foco apresentar a questão da força contramajoritária no cenário do Estado Democrático de Direito, partindo da contraposição entre as conquistas democráticas e a força impositiva da consciência coletiva. A escolha da temática deve-se à observação do constante embate entre as necessidades minoritárias e a rigidez da maioria no contexto de negociação política no Brasil. A metodologia utilizada é essencialmente a pesquisa bibliográfica, partindo de

obras que dialogam com tema. Como propósito principal da investigação, tem-se a intenção de analisar como a questão da concretização ampla de direitos ainda é passível de debate, mesmo diante da evolução da democracia. A princípio será feito um resgate histórico do desenvolvimento da democracia, seguido da análise da relação entre a consciência coletiva e os grupos minoritários. A partir disso, será observado o desenho institucional do Senado realizado pela Constituição Federal de 1988, diante da relevância do bicameralismo para o balanceamento dos impulsos majoritários, e, por fim, pretende-se esclarecer a importância da força contramajoritária no Estado Democrático de Direito.

2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: UM RESGATE HISTÓRICO

Em primeiro lugar, para uma compreensão mais coerente do que se institui hoje como Estado Democrático de Direito, é necessário uma retomada na história para analisarmos o surgimento de dois fatores cruciais: a Democracia e o Estado. Segundo o historiador Pierre Vernant, os gregos foram extremamente relevantes na construção intelectual e sociocultural do Ocidente, com a ideia de democracia remontando à Grécia Antiga, com origem mais especificamente no governo de Clístenes, por volta do ano 500 a.C, criada com o intuito de garantir aos cidadãos gregos maior participação política.

Entretanto, nem todos os gregos eram considerados cidadãos. Mulheres e escravos, por exemplo, não faziam parte deste censo. Percebe-se, com isso, que a concepção grega de democracia não permaneceu intacta ao longo do tempo, pois como ilustra o cientista político Robert Dahl (2001, p.19), “Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local.”, ou seja, as transformações históricas e sociais possibilitaram o surgimento de novas construções democráticas, nas quais o leque de participação popular foi ampliado.

Atualmente, a democracia não se resume à maior participação política ou ao “governo do povo”, já que, segundo Daniel Sarmiento, se fosse assim, “[...] poder-se-ia considerar democrático, por exemplo, o governo nazista que ascendeu ao poder via eleitoral, e governou na maior parte do tempo com respaldo da maioria da população

alemã.” A democracia, por sua vez, se apresenta como um ideal político que visa o respeito aos direitos fundamentais e aos valores democráticos.

Partindo para o segundo fator a ser analisado, Miguel Reale estabelece que “[...] o Estado não é senão expressão do processo histórico de integração da vida política e jurídica.”. Nesse sentido, a partir da formação dos Estados Modernos, em meados do século XV, podemos perceber a construção e o desenvolvimento da figura do Estado até chegarmos ao nosso atual Estado Democrático de Direito. A princípio, o Estado Moderno, que era de cunho absolutista, com as revoluções burguesas do século XVIII e XIX, passou a ser um Estado Liberal de Direito, o qual, baseado nos ideais iluministas e na racionalização dos direitos naturais, prezava pela limitação do poder estatal, maior participação política e a separação dos poderes.

A passagem da esfera da legitimidade para a esfera da legalidade assinalou, dessa forma, uma fase ulterior do Estado moderno, a do Estado de direito, fundado sobre a liberdade política (não apenas privada) e sobre a igualdade de participação (e não apenas pré-estatal) dos cidadãos (não mais súditos) frente ao poder, mas gerenciado pela burguesia como classes dominantes [...]. (BOBBIO, 1998)

Contudo, o absentéismo característico do Estado Liberal o levou a decadência, pois, baseada na “legalidade”, a burguesia se limitou a satisfazer apenas as suas necessidades, enquanto o restante da população tinha pouco favorecimento político, social e principalmente econômico. Diante disso, fez-se necessário um maior intervencionismo do Estado, que passou a prezar pelas classes mais desfavorecidas da população, priorizando a garantia de seus direitos fundamentais sociais e a redução das desigualdades, com isso surge, então, no século XX, o Estado Social de Direito.

[...] o verdadeiro passo em frente foi porém representado pela constituição do Estado como Estado social, em resposta direta às necessidades substanciais das classes subalternas emergentes. Assistiu-se, por outras palavras, a uma retomada, por parte do Estado e do seu aparelho, de uma função de gestão direta da ordem social [...]. (DAHL, 2001)

Todavia, apesar de seu viés democrático e de valores sociais, o Estado Social não foi suficiente para impedir que ditaduras subissem ao poder no decurso do século:

O século XX foi um período de muitos revezes democráticos. Em mais de setenta ocasiões, a democracia entrou em colapso e deu lugar a um regime autoritário. Mas também foi um momento de extraordinário sucesso democrático. Antes de terminar, o século XX, transformou-se numa era de triunfo democrático. (HABERMAS, 2003)

Nesse sentido, Leon Du Guit apresenta duas abordagens acerca de onde emana o poder político no Estado. Na doutrina teocrática tem-se que a legitimidade do governante tem origem no divino, sobrenatural. Já na abordagem democrática, esse poder legítimo emana do povo, subordinado à sua forma de governo. Essa segunda classificação relaciona-se intimamente com o fracasso do Estado Social pois uma legitimidade pautada na vontade do povo admite as mais diversas configurações políticas, inclusive os estados totalitários.

Ao final da Segunda Guerra Mundial, o anseio pela consolidação efetiva dos ideais democráticos e a crescente preocupação com a proteção dos direitos humanos, foram essenciais para tecer os pilares do Estado Democrático de Direito, que aperfeiçoou os ideais dos Estados Liberal e Social com o intuito de promover o bem-estar social e evitar o retorno de regimes totalitários e autoritários. “É preciso ter claro que, no paradigma do Estado Democrático, o direito passa a se preocupar – em razão das contingências históricas – com a democracia e, portanto, com a legitimidade do direito.” (STRECK, 2013)

Portanto, seu foco em regular alguns aspectos da vida privada, de forma mais intensa, se deve ao reconhecimento do indivíduo como depositário de direitos subjetivos e garantias individuais, que deveriam ser salvaguardadas pelo Estado. Porém, vale ressaltar que, assim como os modelos estatais anteriores, o Estado Democrático de Direito possui desafios a serem superados, principalmente relacionados a efetivação de direitos dos setores minoritários, o que, por vezes, encontra barreira nos grupos majoritários.

3 CONSCIÊNCIA COLETIVA X MINORIAS

Na concepção contemporânea, a ideia de democracia está intrinsecamente ligada ao ideal de liberdade. Resgatando as primeiras expressões democráticas que remetem à Grécia Antiga, expostas no tópico anterior, nota-se que o poder do povo

estava baseado no poder de manifestação, na liberdade para falar. Por outro lado, essa liberdade era estendida apenas aos considerados cidadãos. Assim, na mesma *pólis* em que todos os assuntos concernentes à coordenação e organização eram discutidos em praças públicas por meio de assembléias, os estrangeiros, os analfabetos, as mulheres e os escravos tinham que aceitar sua posição instrumental e submissa.

Diante dessa exemplificação, percebemos que o ideal de liberdade não é universal ou atemporal. Se em determinado momento acreditava-se que a liberdade tinha sido finalmente posta em prática como princípio efetivo na sociedade, a história se dedicou a apresentar contrapontos. Nesse sentido, apresenta-se Émile Durkheim e as suas investigações acerca da consciência coletiva, que a identifica da seguinte forma:

O conjunto das crenças e dos sentimentos comuns à média dos membros de uma mesma sociedade forma um sistema determinado que tem vida própria; podemos chamá-lo de *consciência coletiva* ou *comum*. Sem dúvida, ela não tem por substrato um órgão único; ela é, por definição, difusa em toda a extensão da sociedade, mas tem, ainda assim, características específicas que fazem dela uma realidade distinta. De fato ela é independente das condições particulares em que os indivíduos se encontram: eles passam, ela permanece. (DURKHEIM, 2010, p. 50)

Com base nisso, é possível inferir que, assim como demais concepções, a ideia da liberdade encontra-se na consciência coletiva e só é passível de mudança por meio de transformações que venham dessa. Nesse cenário, parece que as liberdades individuais encontram-se sufocadas por essa força comum maior, entretanto, o que tenta se estabelecer aqui é que, se o Estado tem o dever de salvaguardar direitos, essa também é uma noção presente na consciência coletiva. Então, o problema da imposição dessa sobre as minorias apresenta-se como extremamente complexo, pois, assim como na consciência coletiva do povo de Atenas a liberdade correspondia exatamente ao poder político para um grupo restrito, as decisões majoritárias também são, agora, encaradas como a melhor solução para os debates políticos do País, mesmo que elas suprimam necessidades minoritárias, que não apresentam-se claramente por não terem encontrado, ainda, a sua base na consciência coletiva.

Para fins de complemento, trazemos para a discussão Howard Becker e suas análises acerca dos “outsiders” e da sociologia do desvio. A sua obra baseia-se também na existência de regras comuns aos componentes da sociedade, semelhante à consciência coletiva. Entretanto, sua inovação é apresentar o poder de certos grupos como fator determinante acerca de quais concepções serão estabelecidas na base dessa consciência comum e quais serão consideradas desviantes. Ele esclarece:

Além de reconhecer que o desvio é criado pelas reações de pessoas a tipos particulares de comportamento, pela rotulação desse comportamento como desviante, devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por essa rotulação não são universalmente aceitas. Ao contrário, constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade. (BECKER, 2019, p.32)

Relacionando o exposto com outro aspecto dos estudos do sociólogo francês, é importante considerar que ao falar-se de crime tem-se a ofensa à consciência coletiva. Logo, o crime não perturba a consciência coletiva por ser classificado como crime pelo ordenamento jurídico vigente, mas é o que é porque rompe com essa. Essa afirmação relaciona-se diretamente os estudos de Becker sobre os “outsiders”, possibilitando, diante disso, afirmar que por durante muito tempo condutas que atualmente são aceitas foram consideradas criminosas. É nesse sentido que o Estado Democrático de Direito, afim de cumprir as suas promessas com a proteção das liberdades individuais, deve ser capaz de perceber quando as pressões da consciência coletiva estão restringindo direitos legítimos.

Para tanto, alguns mecanismos são possíveis, tanto pelas vias legislativas quanto pelas vias jurídicas, fornecendo para o Estado os aparatos necessários para diminuir a tensão entre as concepções estabelecidas na consciência comum e as necessidades minoritárias.

4 CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E O DESENHO INSTITUCIONAL DO SENADO

Primeiramente, no que tange as diversas possibilidades para a estruturação do Poder Legislativo de um Estado, destaca-se a recorrência do bicameralismo na história do País. Ele caracteriza-se pela produção de leis mediante a deliberação em duas câmaras distintas e autônomas entre si, tendo a sua versão moderna configurada na Inglaterra, durante o século XIV, e redesenhada para se adaptar ao federalismo dos Estados Unidos no século XVIII.

A existência do bicameralismo no Brasil remonta a Constituição Política do Império, de 1824, que estabelecia a composição da Assembléia geral em duas Câmaras: a Câmara de Deputados e o Senado. Naquele contexto, os senadores eram escolhidos pelo imperador e possuíam mandatos vitalícios, com a Casa destinada a moderar os impulsos da Câmara dos Deputados, vinculada, perigosamente, do ponto de vista da época, ao voto popular. A primeira Constituição republicana manteve o bicameralismo, adequando-o ao modelo norte-americano, no qual os senadores eram eleitos sob os mesmos critérios de eleição dos deputados e tinha-se a isonomia da representação dos Estados da federação. Em 1934, a inovação constitucional da época foi a determinação de que a Casa renovaria-se de metade em metade, fortalecendo as suas atribuições.

Diante desse traçado histórico, considerando que o bicameralismo é geralmente associado com a democracia consensual, que busca o apoio do maior número possível de cidadãos, e que, de acordo com a *World of Encyclopedia of Parliaments and Legislatures*, em 1998, aproximadamente um terço dos cerca de 170 países do mundo são bicamerais, apresenta-se duas possíveis razões para predominância do bicameralismo contemporâneo identificadas por Llanos (2002): a representação de interesses diferenciados e a prevenção da tirania da maioria.

Tal percepção é reforçada por Paulo Magalhães de Araújo, que esclarece:

Nos estudos sobre o bicameralismo, a criação da segunda câmara — também chamada câmara alta ou, muitas vezes, senado — tem sido justificada e analisada à luz de suas funções no processo de produção de leis. Nesse campo, diversos teóricos têm destacado a importância do senado como obstáculo contra decisões tirânicas a que estão propensas as câmaras únicas, compostas em bases populares (MONTESQUIEU, 1973; HAMILTON et al., 1979; MILL, 1981). [...] argumenta-se que a segunda câmara favorece a qualidade da legislação, incrementa a representação de interesses e aumenta a

estabilidade das decisões políticas, protegendo-as dos arroubos dos legisladores. (MAGALHÃES, 2012, p. 86).

A Constituição brasileira de 1988 desenha o bicameralismo de maneira especial, pois, confere ao Senado, além das competências privativas, os mesmos poderes que a Câmara dos Deputados no que diz respeito à produção legislativa, sem incidir sobre ele quaisquer limitações temáticas. Além disso, cabe ressaltar que a renovação das duas casas ocorre maneira diferente, o Senado Federal renova-se parcialmente a cada quatro anos, de um terço em dois terços, alternadamente. Esse aspecto permite que as discussões iniciadas sejam levadas para frente por um longo período de tempo, sem que o fim do mandato dos senadores signifique uma estagnação do debate, afinal, a renovação é parcial.

Portanto, percebemos que a Constituição Federal de 1988 alinha a flexibilidade do debate para a produção legislativa com a estabilidade dessa Casa. Sendo assim, é possível compreender como o Senado foi desenhado para sofrer menos pressão popular, que se manifesta principalmente por meio dos votos, em relação aos seus debates, tendo mais liberdade para abordar assuntos que não interessam ou agradam a maioria e legislar sobre eles.

Diante disso, fica claro que a evolução do bicameralismo no Brasil desembocou, com a Constituição Federal de 1988, em um mecanismo de contraponto à vontade majoritária, tornando possível afirmar que a Assembléia Constituinte, celebrada com os diversos setores da sociedade brasileira e animada pelo mais puro desejo de democracia e liberdade, enxergou a tensão existente entre a consciência coletiva e as minorias e constatou a possibilidade de, por meio do desenho institucional do Senado, estabelecer um mecanismo de força contramajoritária.

5 A FORÇA CONTRAMAJORITÁRIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Relacionando as problemáticas da consciência coletiva, dos comportamentos desviantes e da promessa do Estado Democrático de Direito de salvaguardar direitos legítimos, finalmente chegamos à força contramajoritária em si. Essa se institui dentro

do cenário proposto visando a contenção da vontade da maioria, já que, ao ceder totalmente aos ditames da consciência coletiva, o Estado promoveria a violação dos direitos das minorias sociais, pondo em risco os valores democráticos. Ou seja, ele volta-se para o contramajoritarismo porque precisa buscar o equilíbrio na contemplação dos interesses dos diferentes grupos da sociedade, sempre prezando pelo exercício da equidade e pela concretização dos direitos. Pois, inspirado pela obra de Adolf Von Ihering, entende que ao lutar pelo direito, deve-se lutar por ele como um todo.

Nesse sentido, estando esclarecida a função da força contramajoritária, partimos agora para a investigação da sua manifestação. Ao analisarmos o papel de representatividade do Poder Legislativo no processo de elaboração das leis, norteado pelos princípios democráticos e baseado em uma estrutura que visa promover o equilíbrio de interesses, percebemos que, em um primeiro momento, ele é o grande representante constitucional do contramajoritarismo. Por outro lado, é importante ressaltar que, quando esse processo legislativo falha na promoção dos direitos e garantias individuais, por vezes, recai sobre o Poder Judiciário a responsabilidade de assegurar a efetividade dessas garantias aos grupos minoritários.

[...] os direitos fundamentais podem ser violados pela maioria tanto por meio de ações como por meio de omissões, quando a maioria deixa de legislar sobre aquilo que tais direitos obrigatoriamente exigem que seja legislado [...]. Percebe-se então que os direitos fundamentais são concebidos como posições jurídicas tão especiais que não podem se encontrar sob o arbítrio da maioria, justamente porque possuem um papel contramajoritário que visa garantir interesses daqueles que, em determinado momento histórico, podem constituir uma minoria. (WALMOTT;MARINHO, 2014)

Desse modo, a necessidade de maior efetividade na custódia legal dos grupos minoritários e de suas manifestações de vontade, se justifica pela frequente discriminação que sofrem dentro da sociedade. Conseqüentemente, por se encontrarem em um estado de vulnerabilidade social, eles buscam por espaço de reafirmação de suas identidades categóricas, com o intuito de superarem as barreiras impostas pelos grupos dominantes e exercerem plenamente suas liberdades individuais.

Ao trazermos a discussão para o cenário histórico e sociológico do Brasil, tem-se os desafios enfrentados pela comunidade LGBTQIA+, por exemplo, que

diariamente é alvo de violência e discursos de ódio e por muito tempo não só ficou desamparada legalmente, mas era também atacada pela jurisdição. Essa realidade pode ser nitidamente constatada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, julgada pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em 2019, em face da conduta omissiva do Congresso Nacional na produção de mecanismos legais de criminalização da homofobia e transfobia:

[...] devido à ausência de adequada proteção estatal, especialmente em razão da controvérsia gerada pela denominada “ideologia de gênero”, os integrantes da comunidade LGBT acham-se expostos a ações de caráter segregacionista, impregnadas de inequívoco caráter homofóbico, [...] Tais práticas culminam no tratamento dessas pessoas como indivíduos destituídos de respeito e consideração, degradados ao nível de quem não tem sequer direito a ter direitos, por lhes ser negado, mediante discursos autoritários e excludentes, o reconhecimento da legitimidade de sua própria existência. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo de Jurisprudência nº 931/STF.)

Nesse caso, após o reconhecimento da inadimplência estatal e da supressão de prerrogativas essenciais à proteção dessa minoria social, fez-se necessária uma intervenção jurisdicional com o objetivo de salvaguardar a concretização dos meios necessários para a efetivação de suas garantias constitucionais:

[...] o presente julgamento reflete a função contramajoritária que incumbe ao STF desempenhar, no âmbito do Estado Democrático de Direito, em ordem a conferir efetiva proteção às minorias. É uma função exercida no plano da jurisdição das liberdades. Nesse sentido, o STF desempenha o papel de órgão investido do poder e da responsabilidade institucional de proteger as minorias contra eventuais excessos da maioria ou contra omissões que se tornem lesivas, diante da inércia do Estado, aos direitos daqueles que sofrem os efeitos perversos do preconceito, da discriminação e da exclusão jurídica. (BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Informativo de Jurisprudência nº 931/STF.)

Entretanto, mesmo diante da posição do STF, o preconceito e a discriminação subsistem. Logo, a omissão do debate político sobre essa pauta, por não ser de interessa da maioria, já foi, e continua sendo em certo grau, a razão da usurpação de direitos dos integrantes desse grupo, inclusive o direito a vida.

Nesse mesmo sentido, acompanhou-se por muito tempo, em uma sociedade brasileira patriarcal assinalada em suas raízes pelo machismo estrutural, a expansão dos direitos das mulheres mediante o constante enfrentamento das pressões majoritárias. Ao analisarmos o Código Civil de 1916, observa-se a construção da inferioridade feminina, que dispõe no seu art. 6º, inciso II, que as mulheres casadas compõem o grupo dos indivíduos relativamente incapazes. Além disso, aponta-se também a mudança realizada somente com o Código Civil de 2002, que institui no seu art. 1º que “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”, enquanto o art. 1º do Código Civil de 1916 tinha redação semelhante, mas significado completamente diverso, ao trazer que “todo homem é capaz de direitos e deveres na ordem civil”.

Marcada por um histórico de violências, submissão e menosprezo, essa minoria busca igualdade de gênero, e, sobretudo, respeito a sua integridade física, moral e intelectual, sendo um dos caminhos mais produtivos o posicionamento disruptivo frente às opressões da consciência coletiva.

Sendo assim, observa-se que a força contramajoritária se coloca como instrumento fundamental para o enfrentamento dessas e outras questões, uma vez que, salvaguarda as garantias individuais, impondo limites ao arbítrio dos grupos majoritários, animada por um entendimento de que a obrigação dessa coletividade, em um Estado que preza pela concretização de direitos, não é de tentar impor os seus próprios códigos morais e de conduta, mas sim de respeitar a liberdade individual do outro e o seu direito de pensar, agir e viver de acordo com suas próprias concepções.

O pluralismo deve ser compreendido como protetor dos direitos das minorias, pois dá voz a toda e qualquer parcela da sociedade. Também não se pode olvidar que o direito à diferença, como direito fundamental inerente a dignidade humana, deve ser compreendido como fonte de respeito e exaltação à tolerância, devendo ser vedado qualquer ato discriminatório por ser diferente da maioria, exaltando-se à peculiaridade de cada indivíduo. (MOTA;CADÓ, 2018)

Diante de um entendimento semelhante ao de Roberto Lyra Filho, que afirma que “o direito é, sendo”, entendemos que é papel desse direito voltar-se para as necessidades que pulsam na sociedade, independente de elas estarem alinhadas ou não com os ditames da consciência coletiva, promovendo a justiça social e a própria

evolução dos conceitos que se encontram enraizados nessa. Com isso, portanto, o Estado Democrático de Direito, passa a efetivar os ideais que serviram de base para a sua construção, garantindo assim os direitos das minorias constitucionalmente protegidas e com isso, a liberdade no seu sentido mais completo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho não teve o interesse de esgotar a temática proposta, mas de abrir espaço para novas reflexões, concernentes à concretização real de liberdades legítimas no Estado Democrático de Direito. Diante do resgate histórico acerca da democracia e do Estado, perpassando pelo entendimento de que os conceitos transformam-se ao longo do tempo, percebemos o anseio por um poder que emanasse da vontade do povo. Tal ideal de valorização das escolhas majoritárias pareceu insuperável, até que, em um contexto de esforços para a garantia de direitos no sentido mais amplo, percebeu-se as limitações que a consciência coletiva impõe sobre as necessidades minoritárias.

A partir disso, o Estado configurou mecanismos de contraponto à vontade da maioria. Isso é explicitado ao observarmos como a Constituição de 1988 trabalha com o bicameralismo, materializado na figura da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, desenhando de forma especial esse último. Por outro lado, também foi debatido o papel do Judiciário, que entra em contato diretamente com as demandas sociais, na tentativa de balancear os interesses e efetivar a proposta de liberdade do Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, primou-se por trazer ilustrações reais que se relacionam profundamente com o desenrolar do tópico em debate no cenário brasileiro, sendo essas breves citações dos desafios enfrentados pela comunidade LGBTQIA+ e pelas mulheres no País.

Por fim, esclareceu-se a importância da força contramajoritária no cenário de concretização de direitos. De uma perspectiva que não era capaz de encontrar saídas democráticas para a resolução de impasses e preferia a supressão de questões minoritárias, chegamos à conclusão, ao apresentarmos esse contraponto, que ainda há espaço no Estado Democrático de Direito para a ampliação do acesso à justiça e

exercício de liberdades. É nesse sentido, portanto, que é preciso manter-se sempre alerta, no sentido de imprimir esforços reais para a efetivação dessa força e assim, ser capaz de atingir a concretização de liberdades legítimas que antes seriam suprimidas e marginalizadas pelo discurso homogeneizador.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Caetano Ernesto Pereira de. **O bicameralismo na Constituição de 1988**. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-ii-constituicao-de-1988-o-brasil-20-anos-depois.-o-exercicio-da-politica/o-bicameralismo-na-constituicao-de-1988/view>> Acesso em: 3 de nov. de 2020

ARAÚJO, Paulo Magalhães. O bicameralismo no Brasil: argumentos sobre a importância do Senado na análise do processo decisório federal. **Política & Sociedade**, Florianópolis, v. 11, n.21, jul. de 2012

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. 11. ed. Brasília: Editora UNB, 1998. 1299p. 1 v.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 20 dez. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo de Jurisprudência no 931 - Distrito Federal. Relator: Ministro Celso de Mello. **Informativo do STF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, 18 a 22 de fevereiro 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo931.htm#Homofobia%20e%20omissão%20legislativa%20-%202020>>. Acesso em: 20 dez. 2020.

DAHL, Robert A.. **Sobre a democracia**. Brasília: UNB, 2001. 230 p.

DU GUIT, Leon. **Fundamentos do Direito**. São Paulo: Martin Claret, 2009

DURKHEIM, E. **Da divisão do trabalho social**. WMF Martins Fontes, São Paulo, 2010.

FILHO, Roberto Lyra. **O que é o Direito?**. São Paulo: Coleção Primeiros Passos, 2017

HABERMAS, Jürgen. **A Era das Transições**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MOTA, Fabiana Dantas Soares Alves da; CADÓ, Rafaela Oliveira Reis. A importância da função contramajoritária do STF frente a atual sociedade plural. **Revista de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**, Natal, v. 9, n. 2, p. 23-36, jul. 2018. Semestral.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto-Decido conforme minha consciência?**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

MARINHO, Sérgio Augusto Lima; BORGES, Alexandre Walmott. **O papel contramajoritário dos Direitos Fundamentais e o dever do Poder Judiciário brasileiro perante omissões legislativas**. 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8ee30f15c1c633d3>>. Acesso em: 05 de nov. de 2020.

BREVE ANÁLISE DOS DIREITOS HUMANOS

Alexandre Bezerra Praseres³⁰
Carlos Henrique Rodrigues Vieira³¹

RESUMO: Estudo dedicado a uma suscita análise histórica dos eventos que desenvolveram os direitos humanos na modernidade, a sua questão epistemológica e teleológica, numa construção conceitual de caráter histórico e político, seu caráter de sistema de proteção internacional às pessoas humanas, tendo seu valor basilar nas relações internacionais pós Segunda Guerra Mundial, refundando a diplomacia e o entendimento político global. Além de breve reflexão sobre a sua relação intrínseca como desenvolvimento a ser alcançado pelas nações que buscam melhorar a qualidade de vidas de seus cidadãos; ressaltando a distinção clássica e necessária com a busca do crescimento econômico, com as devidas críticas sobre a implementação dos direitos humanos e sua eficácia nas políticas públicas que direcionam os Estados-Nações. Tendo como método o bibliográfico e o documental (caso analítico de documentos políticos), obtendo resultados de valorização do processo histórico que definiu os direitos humanos e reconhecendo nas considerações finais a necessidade de reformulação das ações políticas dos ente estatais para efetivar os direitos humanos e combater a exclusão que hoje a maioria das pessoas sofrem de seus intrínsecos direitos básicos como seres humanos, sobe pena de perda dos valores democráticos e de deslegitimar as instituições de Direito.

PALAVRAS-CHAVES: Direitos Humanos; Carta da ONU; Direitos Humanos e Desenvolvimento.

ABSTRACT: study dedicated to a historical analysis of the events that developed human rights in modernity, its epistemological and teleological question, in a conceptual construction of historical and political character, its character as an international protection system for human beings, having its basic value in relations after World War II, re-establishing diplomacy and global political understanding. In addition to a brief reflection on its intrinsic relationship as a development to be achieved by nations that seek to improve the quality of life of their citizens; emphasizing the classic and necessary distinction with the pursuit of economic growth, with due criticism about

³⁰ Graduando em Direito na Universidade Estadual do Maranhão, membro do Núcleo de Estudos em Processo Penal e Contemporaneidade – e-mail: alexandre2020praseres@gmail.com

³¹ Graduado em Direito pela Universidade de Fortaleza; Especialização/Mestrado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Ceará; Doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca-Espanha; Membro do Ministério Público do Estado do Maranhão; Professor do Curso de Direito da Universidade Estadual do Maranhão, de Graduação e de Pós-Graduação; e, Professor da Escola Superior do Ministério Público – e-mail: chr.vieira@yahoo.com.br

the implementation of human rights and its effectiveness in public policies that guide the nation-states. Using the bibliographic and documentary method (analytical case of political documents), obtaining results of valorization of the historical process that defined human rights and recognizing in the final considerations the need to reformulate the political actions of state entities to effect human rights and combat the exclusion that most people today suffer from their intrinsic basic rights as human beings, rises the penalty of losing democratic values and delegitimizing the institutions of law.

KEYWORDS: Human Rights; UN Charter; Human Rights and Development.

1 INTRODUÇÃO

Revoluções são movimentos sociopolíticos que provocam uma ruptura contínua na história e, em um século turbulento como o XVIII, as mudanças econômicas da Revolução Industrial atrelaram-se a transformações políticas que modificaram o curso da humanidade. Textos que proclamaram o surgimento de novas nações e regimes, como a Revolução Americana e a Francesa, perpetuaram aos tempos modernos, valores que buscam o reconhecimento e implementação, caracterizados como DIREITOS HUMANOS.

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 definiu como marco histórico em seu primeiro artigo, a tese **“todos os homens nascem e permanecem livres em direitos”**, e ao longo de seus 17 artigos, os valores da Revolução Francesa de **liberdade, igualdade e fraternidade**, os quais se afirmaram como parâmetro nacional de cidadania e dignidade humana, que, posteriormente, seriam a base política e histórica da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

Os Direitos Humanos são analisados pelo seu objeto, **conjunto de direitos positivados ou não**; sua finalidade, **garantir a dignidade a todas as pessoas**; seus meios, **assegurar a limitação do poder estatal e garantir igualdade material aos indivíduos**; e quando ocorre, **valores assegurados em dado momento histórico**.

Entre suas características intrínsecas, destaca-se a universalidade, que garante a sua validade e legitimidade de alcançar todas as pessoas independente de raça, gênero, língua, nacionalidade, origem étnica, religião, opinião pública ou qualquer característica que possa ser usada para discriminar e excluir da proteção da dignidade humana. Ela garante assim, a inerência, ou seja, não depende da concessão dos estados

ou de qualquer ente público ou privado pois é desnecessária e irrelevante para reconhecer os direitos fundamentais que já são naturais as pessoas.

A luta para estabelecer o reconhecimento dos direitos humanos e concretizá-los, e por questão de tempo social, também mantê-los, está de acordo com os ensinamentos de Rudolf Von Ihering que serão úteis nesta análise para compreender a historicidade dos Direitos Humanos e entender que é uma luta de pessoas que veem a elevação da dignidade humana como fator de progresso civilizatório. As dicotomias entre direitos fundamentais e humanos perpassam por meras questões técnicas ou de visão no âmbito de diálogo dos ordenamentos jurídicos como afirmará Igor Sarlet.

O sistema internacional de proteção aos direitos humanos, que se iniciou em 1948 com a **Declaração Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas**, aperfeiçoou-se ao longo dos anos, e passou a dispor de novos diplomas que, interligados com este documento, buscam garantir a dignidade humana para todas as pessoas em todos os lugares. Derivados de tal Declaração, são reconhecidos o Pacto dos Direitos Civis e Políticos e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como pioneiros para dispor de duas das três dimensões de direitos humanos/fundamentais. Com o tempo, convenções de combate à discriminação racial ou de gênero foram desenvolvidos, assinadas e ratificadas, pois se constatou que essas discriminações eram fundamentais na exclusão da proteção ao ser humano nas suas vastas complexidades como indivíduos plenos.

Há de estudar, a concretização dos direitos humanos e sua relação com o desenvolvimento econômico das sociedades. Por meio de autores renomados como Norberto Bobbio à Boaventura de Sousa Santos, **é possível compreender que a ausência de políticas públicas, ou seja, intervenção estatal com enfoque nos direitos humanos, gera a perpetuação das desigualdades sociais e das mazelas humanas de doença, pobreza e fome**; e que meros investimentos em fatores econômicos não produzem resultados que melhoram as condições de vida das pessoas e, por tal razão, não garantem a dignidade humana.

Por maiores as questões, a relação Direitos Humanos e Democracia será referendada como necessária e essencial de sobrevivência e efetividade para ambos os

conceitos; de um lado, um conjunto de valores que são necessários aplicar para desenvolver uma sociedade e seus indivíduos; do outro, um regime que limita os poderes políticos, separa e os organiza para evitar **autoritarismo que extingue ou restringe direitos humanos**, e, como será demonstrado, um poder absoluto sem fiscalização ou controle social se torna despótico e violador das diretrizes da dignidade humana.

Assim, este artigo científico desenvolverá uma análise do conceito e das características dos Direitos Humanos; sua historicidade moderna e os diplomas internacionais que criaram uma rede jurídica-política de proteção a dignidade humana que repercutem em âmbitos regionais e nacionais do globo terrestre; além de relacionar como valores fundamentais para orientar um desenvolvimento humano pleno e efetivo do meio social buscando fortalecer a democracia que a canaliza para gerar prosperidade das liberdades individuais e de serviços essenciais.

2 CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

A nomenclatura DIREITOS HUMANOS advém de uma construção política que buscou reforçar parâmetros que valorizam a dignidade humana diante das atrocidades da Segunda Guerra Mundial. Norberto Bobbio as proclama na sua obra Era dos Direitos como Direitos do Homem; a cultura francesa jurídica as chama de Liberdades Públicas em decorrência da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789, que criou a valorização do público e da relação de direitos que advém da contenção do Poder Público frente ao indivíduo. Como disciplina, os termos **Direitos Humanos e Fundamentais** são recorrentes e normalmente referidos como sinônimos pelo entendimento da Jurisprudência e da Doutrina, mas como lembra Casado (p. 20, 2012), a expressão Direitos Humanos é comum aplicada para se referir aos valores, princípios e direitos consagrados pelo Direito Internacional em convenções e tratados internacionais enquanto o termo Direitos Fundamentais se utiliza em um conjunto de direitos no ordenamento nacional de um estado, na sua Constituição e decorrentes leis. A cultura jurídica brasileira geralmente as confunde e trata como sinônimos, sendo a principal razão a convergência entre os direitos constitucionais que nasceram como

réplica de tratados internacionais, na qual a República brasileira é signatária, fenômeno nomeado de **constitucionalização dos direitos humanos**.

Na própria questão de conceituar, como forma de delimitar o estudo, Casado (p.21, 2012) aplica múltiplas respostas (qual o objeto dos Direitos Humanos? Qual a sua função/finalidade? Quais seus métodos? Quando se aplica?) A fim de nomeá-lo como um **conjunto de direitos, positivados ou não, cuja finalidade é assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana, por meio da limitação do arbítrio estatal e do estabelecimento da igualdade nos pontos de partida dos indivíduos, em um dado momento histórico.**

Para caracterizar as formas e valores dos Direitos Humanos é necessária recorrer a história de construção dos textos que as proclamaram. A Declaração de Direitos dos Estados Unidos de 1776, a Declaração do Homem e Cidadão de 1789 e assim como a Declaração Universal dos Direito Humanos de 1948 e demais cartas posteriores e contemporâneas; todas apresentaram de maneira objetiva suas características: **universalidade, indisponibilidade, inalienabilidade e irrenunciabilidade, imprescritibilidade, indivisibilidade, interdependência e complementaridade; historicidade e proibição do retrocesso ; aplicabilidade imediata e caráter declaratório.**

A **universalidade** é como afirma Ferreira (p.197, 2009) **um fundamento dos direitos, um consenso comum entre indivíduos, povos e nações, a que os jusnaturalista chamam de “consensus humani generis”, possuem legitimidade e validade para todos os indivíduos.** Não sendo tolerado juridicamente pretextos como raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política, orientação sexual, ou de qualquer outra natureza, para se recusar, abster ou infringir qualquer direito fundamental, pois o direito e as garantias da dignidade humana pertencem a todas as pessoas. A **indisponibilidade** é o fato de não serem transmitidos ou mesmo renunciados por seus titulares. A **imprescritibilidade** é no sentido de que não deixam de ser exigíveis com o decorrer do tempo, não há prazo para exigir direitos fundamentais, dignidade humana e violações de grande impacto, como **genocídio ou crimes de guerra**, que são infrações que se aplicam a inexistência de prazos de pretensão de punição, justiça social. Os Direitos Humanos Fundamentais formulam um **sistema indivisível, interdependente e**

complementar entre si, como Bobbio (p.49-50, 1995) descreve “**Por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica [...] o exército é um exemplo de estrutura hierárquica. Assim é o ordenamento jurídico**”. Assim, as normas sobre direitos fundamentais se complementam, garantindo, dessa forma, a efetividade plena que elas buscam alcançar.

A **historicidade e a proibição do retrocesso**, são outra característica dos Direitos Humanos, pois nascem de reivindicações morais de uma determinada sociedade em determinada época; Segundo Norberto Bobbio (p.95, 2004) ao constatar tal fato: “A única razão para a esperança é que a história conhece os tempos longos e os tempos breves. A história dos direitos do homem, é melhor não se iludir, é a dos tempos longos. Afinal, sempre aconteceu que, enquanto os profetas das desventuras anunciam a desgraça que está prestes a acontecer e convidam à vigilância, os profetas dos tempos felizes olham para longe”. Direitos do Homem, como o autor proclama, são construções de uma sociedade em constante mudança e amadurecimento político, frente as alterações do modo de vida (o absolutismo e o desejo de plenas liberdades individuais, a Revolução Industrial, os direitos econômicos e trabalhistas)

Constata-se, então, que os Direitos Humanos possuem uma linha evolutiva, uma evolução social e humana, em que distintas épocas construíram e ampliaram o sentido de desenvolvimento humano, estando estes direitos da dignidade humana abertos a melhorias, reflexão. Mas as alterações destes direitos não toleram o retrocesso social como meio de “evolução”, a retirada de um direito só é permitida se houver a substituição por um que garanta os mesmos valores do anterior e passem a incluir pessoas e situações que antes não eram abarcados. E por fim, **a aplicabilidade imediata e caráter declaratório**, como exemplo, a Constituição de 1988, criou meios processuais para assegurar direitos humanos independente de norma regulamentadora do Estado (como o mandato de injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão), pois se

declarados devem ser garantidos de imediato, e a omissão política não deve ser razão de tolerância de violações que impeçam plenitude dos valores humanos.

Por conseguinte, Flávia Piovesan (p.52, 2018) analisa que o movimento dos direitos humanos é dinâmico, e que sua “concretização” ocorreu a partir da Segunda Guerra Mundial, mostrando uma impressionante capacidade de estabelecer, por meio de tratados e declarações internacionais, um conjunto de valores a serem buscados e respeitadas no âmbito interno das nações signatárias e em suas relações bilaterais e multilaterais. A nomeação como “conjunto de direitos básicos para edificar a dignidade humana” em contraste a guerra mundial e ao Holocausto, serviu de unidade moral nas relações que desenvolveram o mundo de hoje.

3 O DISCURSO ÚNICO DOS DIREITOS HUMANOS E A CARTA DAS ORGANIZAÇÕES DAS NAÇÕES UNIDAS

Como Barroso (p.18, 2010) bem interpreta **“a dignidade deve ser pensada como um conceito aberto, plástico, plural. Revivificada no mundo do segundo pós-guerra, foi ela a ideia unificadora da reação contra o nazismo e tudo o que ele representava. Pouco a pouco, consolidou-se o consenso de ser ela o grande fundamento dos direitos humanos”**, a consolidação dos Direitos Humanos no cenário internacional é marcada pela atuação dos vencedores da Segunda Guerra Mundial na construção dos valores e das organizações que regeriam o cenário de caos que o direito internacional era sem ser regulado, estabelecendo o que Casado (p.63, 2012) chama de **“sistemas de proteção aos direitos humanos**, caracterizado pela criação de um discurso uníssono para fazer prevalecer os valores do discurso dos direitos humanos em todo o planeta, todas as pessoas; uma unidade que gera solidariedade e objetividade dos objetivos a serem fraternamente alcançados.

Para compreender os Direitos Humanos, na contemporaneidade, o estudo de Hunt (p.225, 2009) sobre a historicidade da matéria nos remete a Declaração do Homem e Cidadão de 1789 da França, onde, em seu preâmbulo, os parlamentares elegem as razões que fundam a carta de direitos:

Os representantes do povo francês, reunidos em Assembleia Nacional e considerando que a ignorância, a negligência ou o menosprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção governamental, resolveram apresentar numa declaração solene os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem: para que esta declaração, por estar constantemente presente a todos os membros do corpo social, possa sempre lembrar a todos os seus direitos e deveres; para que os atos dos poderes Legislativo e Executivo, por estarem a todo momento sujeitos a uma comparação com o objetivo de toda instituição política, possam ser mais plenamente respeitados; e para que as demandas dos cidadãos, por estarem a partir de agora fundamentadas em princípios simples e incontestáveis, possam sempre visar a manter a Constituição e o bem-estar geral.

Como é possível inferir, elegeram os Direitos Humanos como valores intrínsecos a pessoa humana, de base natural, jusnaturalista, para proclamar de forma positiva, uma série de direitos que estabeleciam não só o novo ordenamento jurídico francês, mas também a cultura e o Estado que surgiam da Revolução Francesa.

Influenciado por cartas de direitos dos séculos XVIII e XIX, como a apresentada, fundou-se na Conferência de São Francisco de 1945 a Organização das Nações Unidas, sua Carta de 1945 e a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, as quais possuíam linguagem consensual, derivada das percepções do Ocidente (pautado em valores liberais) e do Socialismo do Leste Europeu (baseado em valores sociais e econômicos). Assim, desenvolveu-se um texto de caráter universal.

A carta da ONU é um compromisso que defende os direitos humanos dos cidadãos, articulando ações políticas e públicas para combater “problemas econômicos, sociais, de saúde”, melhorar a “qualidade de vida” e “o respeito universal de direitos humanos fundamentais sem distinções ou discriminações negativas”. O documento que promulga a Carta das Nações Unidas é redigido da seguinte forma:

Um preâmbulo e um conjunto de artigos separados em capítulos.
Capítulo I: propõe os princípios e propósitos das Nações Unidas, incluindo as provisões importantes da manutenção da paz internacional e segurança;
Capítulo II: define os critérios para ser membro das Nações Unidas;
Capítulos III-XV: a maior parte do documento descreve os órgãos da ONU e seus respectivos poderes;
Capítulos XVI e XVII: descrevem os convênios para integrar-se à ONU com a lei internacional estabelecida;

A carta da ONU formula os valores basilares de uma organização que regula relações internacionais. Para tal, a jurista Flávia Piovesan (p.79, 2018) conceitua como **“O Direito Internacional dos Direitos Humanos (Proteção Internacional dos Direitos Humanos) é definido como o Direito que trata tanto da proteção de indivíduos e grupos contra a violação, por parte dos Governos, de seus direitos internacionalmente garantidos, como da promoção desses mesmos direitos”**. Dispondo, então, com os ensinamentos de Manuel Gonçalves Ferreira Filho, ao tratar de um sistema internacional de proteção aos direitos humanos por meio de organismos internacionais e documentos célebres para dirigir a construção de políticas públicas e ações de repressão a violações aos Direitos Humanos. Para tal análise, é necessário concluir tal tópico com **a Declaração Universal dos Direitos Humanos** de 1948.

Como memoriza Ferreira (p.195, 2009), foram 48 votos de unanimidade, com oito abstenções e duas ausências que o documento declaratório de direitos humanos da nova ordem mundial estava estabelecido, descrevendo as abstenções como votos do Leste Europeu Socialista e da África do Sul (governada por racistas). Com um caráter de **recomendação, e não coercitivo**; com seu preâmbulo clamando como um objetivo comum a ser alcançado, tem finalidade educativa, de senso moral e não propriamente jurídico, o que advém da própria natureza do Direito Internacional Público, que depende da “boa vontade” e dos “valores comuns desejados a serem concretizados”, dos governos e estados nacionais, mas suas regras são consideradas normas cogentes que os Estado devem observar (jus cogens), ganhando força coercitiva nos ordenamento jurídicos nacionais quando ratificado no direito pátrio dos signatários **(a exemplo do Brasil; cf. STF, ADI 1.969, rel. Min. Ricardo Lewandowski, e EXT 1.008, rel. Min. Gilmar Mendes)**. A declaração não faz menção a problemática da Filosofia de Direito, sobre a fundamentação dos Direitos Humanos; mas como afirma Bobbio (p.15, 2004) **“O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político”**, sendo um documento político, de marco histórico frente as

atrocidades do passado, então recente, e preponderância de um futuro distinto, sua função foi criar diretrizes fundamentais de ações para melhorar a vida dos cidadãos e evitar violações a dignidade humana em trinta (30) artigos.

O sistema global de proteção aos Direitos Humanos é o conjunto de tratados internacionais criados pela ONU e instituições correlacionadas para assegurar seu respeito. Trata-se de uma ordem jurídica internacional que se projeta sobre todos os países membros da ONU (195, efetivos e associados), vinculando-os às regras gerais que buscam assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana. A temática de seus artigos, desenvolvem-se por diversos conteúdos que geraram novas declarações e convenções a fim de criar normas mais específicas em consonância com o documento de 1948; como o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (1966), Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948), Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1981), Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965), Convenção sobre os Direitos das Crianças (1989), Convenção sobre os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (2007). Construindo uma rede jurídica que **dá voz ao ser humano no Direito Internacional**, um exemplo brasileiro é da Maria da Penha Maia Fernandes (Folha de São Paulo, 2001), que passou 18 anos lutando, sem sucesso, pela punição de seu ex-marido, o qual tentou matá-la com um tiro e deixou-a paraplégica, a omissão legislativa e das demais autoridades brasileiras nos Direitos da Mulher fez com que, pela primeira vez, a **Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, condenasse o Brasil por negligência e omissão em relação à violência doméstica, por violar a **Convenção Americana de Direitos Humanos (ratificada no Brasil em 1992)** e a **Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém, aprovada em 1993**. Seu caso na corte interamericana levaria o Brasil a criar a Lei Maria da Penha 11.340/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

4 DIREITOS HUMANOS E DESENVOLVIMENTO

Os direitos humanos e o desenvolvimento humano são duas questões entrelaçadas pela visão e propósito comuns: garantir a autonomia humana, a liberdade, bem-estar/qualidade de vida e dignidade para todas as pessoas. A Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada em 1948, proibindo a escravidão e a servidão (art. 4) e garantindo como direito humano o trabalho à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego, além de uma remuneração justa e satisfatória (art.23), conhecendo, pela primeira vez na História, os direitos humanos como uma responsabilidade mundial, mas também como o caminho do desenvolvimento socioeconômico desejado para gerar riqueza e prosperidade humana para todas as pessoas.

Apesar da prevalência do discurso de direitos humanos, Boaventura de Sousa Santos (p.31, 2014) nos lembra:

A hegemonia dos direitos humanos como linguagem de dignidade humana é hoje incontestável. No entanto, esta hegemonia convive com uma realidade perturbadora. A grande maioria da população mundial não é sujeito de direitos humanos. É objeto de discursos de direitos humanos. Deve, pois, começar por perguntar-se se os direitos humanos servem eficazmente a luta dos excluídos, dos explorados e dos discriminados ou se, pelo contrário, a tornam mais difícil. Por outras palavras, será a hegemonia de que goza hoje o discurso dos direitos humanos o resultado de uma vitória histórica ou, pelo contrário, de uma derrota histórica?

Seu questionamento é dirigido aos fatos da contemporaneidade, pois, em um mundo em que as relações sociais, economias, políticas e culturais são permeadas pelo discurso dos direitos humanos, grande parte da população mundial está à margem desses direitos, e o desenvolvimento humano, pautado nestes valores, não se praticou, mantendo as abissais desigualdades de renda e de padrão de vida que deixam à margem do “progresso da humanidade” a maior parte dela.

Para Santos (p.35, 2014) o objetivo de adotar declarações internacionais e de regimes e instituições internacionais de direitos humanos visava garantir o mínimo de dignidade aos indivíduos sempre e quando os direitos que pertenciam a uma coletividade política não existissem ou fossem violados. Mas a proteção política e

jurídica não foi suficiente para efetivar os direitos humanos e seus reflexos na sociedade na grande maioria dos países foi precária. Assim, muitas vezes, os direitos fundamentais são mera folha de papel, o vetor de inclusão se torna de exclusão, um privilégio de uma minoria, o que agrava a cidadania, a legitimidade dos direitos humanos e impede o desenvolvimento humano.

Deve-se ressaltar que o termo desenvolvimento para fins deste estudo e do entendimento em geral se distingue do econômico, em razão de seu caráter de garantir direitos por meio de serviços públicos de qualidade, e meios de produção e crescimento inclusivos e diversos, tendo como finalidade a distribuição da riqueza para o todo e evitar a concentração e consequentes desigualdades que impeçam uma vida dignamente humana. Ou seja, tem caráter qualitativo e não quantitativo de mero lucro; para o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é o tipo de desenvolvimento que o foco é promover a realização do potencial humano, o desfrute da liberdade de viver a vida que elas desejam.

A contemporaneidade se aprofundou em um mundo tecnológico e de grandes avanços científicos, mas apesar de redução da fome e miséria, a desigualdade somente aumentou; métodos que garantem o desenvolvimento humano, como programas sociais de distribuição de renda, e outros que possibilitam o acesso a água potável, energia elétrica, habitação popular e o acesso ao mercado de trabalho, são essências, porém precisam ser ampliados para se tornarem mais efetivos às múltiplas realidades que se apresentam, e acelerar o processo de inclusão a novos fatores como a conexão à internet, aos meios de informação e comunicação, ao ensino superior e capacidade de se especializar para os novos empregos.

No século XXI, novos paradigmas surgiram que alteraram as relações sociais e econômicas, os quais demandam do direito e das políticas públicas, novas ideias e meios de atuar. O desenvolvimento humano é peça fundamental para um crescimento econômico viável, a proteção do meio ambiente e seus recursos naturais e garantia da qualidade de vida prospera a todas as pessoas, a inclusão social como base do desenvolvimento, é a característica preponderante de um desenvolvimento humano.

Para tanto, Norberto Bobbio (p.96, 2004), se preocupa com os novos desafios da humanidade em face de proteger os direitos fundamentais ainda não concretizados e manter aqueles já praticados, como demonstra na sua obra ERA DOS DIREITOS:

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

Na mesma linha, o jurista germânico Rudolf Von Ihering (p.6, 2000), ao explicar o direito como fenômeno social, afirma que o direito é uma constante luta, pois nasce como uma reivindicação moral que mobiliza pessoas, classes e povos em busca de seu reconhecimento pleno, e quando o Estado o reconhecem, cabe aos reivindicadores o exercício deste direito, a fim de evita que se perca pelo desuso. No seu entendimento “O fim do direito é a paz, o meio de que se serve para consegui-lo é a luta. Enquanto o direito estiver sujeito às ameaças da injustiça – e isso perdurará enquanto o mundo for mundo -, ele não poderá prescindir da luta. A vida do direito é a luta: Luta dos povos, dos governos, das classes sociais, dos indivíduos [...] Todo direito no mundo foi adquirido pela luta”.

Assim, a eficácia dos direitos humanos e o desenvolvimento humano se estabelecem como uma constante luta e reivindicação da situação social presente, cabendo aos Estados prover uma orientação a um desenvolvimento humano pleno, com fins de concretizar direitos humanos e gerar de fato, prosperidade, afinal o desenvolvimento é um direito advindo da autodeterminação dos povos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os Direitos Humanos são uma necessidade para construir sociedades prósperas e com desigualdades que não excluam nenhuma pessoa de sua intrínseca

dignidade humana. A Carta da Organização das Nações Unidas iniciou um conjunto normativo de valores em diversas convenções e tratados internacionais a fim de estabelecer objetivos e métodos de garantir as liberdades individuais e os direitos sociais a todos os indivíduos. Nenhuma pessoa é simples ao ponto de não precisar que suas necessidades biológicas sejam atendidas (segurança alimentar, saneamento básico, saúde), ou sua autonomia de vontade (liberdade de locomoção, de pensamento, de planejamento familiar, religiosa e de expressão) e suas expressões sociais e culturais (educação, lazer, emprego).

O sistema de proteção aos direitos humanos foi desenvolvido no Direito Internacional como compromisso entre os atores políticos públicos, cabendo no âmbito do direito pátrio reconhecê-lo e se reformular para defender as reivindicações que prezam pelas necessidades humanas básicas e essenciais. A construção dos Direitos Humanos é um fenômeno contínuo na história da humanidade, e o Brasil como nação, desde o fim da era do caos no campo internacional, desenvolveu as organizações políticas de discussão a fim de concretizar os fundamentos humanísticos desta nova ordem mundial, por tal, é natural que os governos e o parlamento atuem para transformar o cenário nacional para coibir violações aos direitos humanos e proteger os indivíduos de possíveis restrições aos seus direitos intrínsecos. O Brasil como no caso de Maria da Penha, aplicou entendimento de corresponder com as obrigações tomadas como Estado-Nação, reformulou legislações e criou políticas públicas com este fim, sendo sinal da ordem mundial que preza pelos direitos humanos; mas anos após tal lei, as políticas públicas ainda não tiveram o poder de reformular a cultura machista, e proteger as mulheres de modo pleno da violência doméstica; assim pesa a necessidade de melhores práticas públicas e sociais de efetivar os direitos fundamentais, sem aceitar retrocessos ou tolerar restrições arbitrárias.

Mas a mera assinatura ou ratificação, como bem explicou Boaventura de Sousa Santos, não efetiva os direitos fundamentais, e nem os garante de modo pleno, mas é o início tanto para validá-lo quanto para exigir sua concretização. O desenvolvimento humano não é uma utopia, nem o desmerecimento da criação de riqueza, mas uma forma de prosperar de maneira que, de fato, gere progresso a

sociedade, pois a alcança como um todo e efetiva a participação dos grupos sociais na economia, criando sentimento de cidadania que ajuda a desenvolver a identidade dos povos, além de legitimar a democracia que é peça fundamental e intrínseca aos direitos humanos.

Considerando para tal, o papel do Estado como fundamental na garantia de direitos humanos, de modelo na redução das desigualdades historicamente sedimentadas como traços de fábulas de classes e grupos de poder, cabendo a ele, esta função pois detém o monopólio da violência legítima e da vontade do interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATHIAS; Gabriela. **OEA condena Brasil por violência doméstica**. Folha de São Paulo. 06 de maio de 2011. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0605200109.htm>. Acessado 1 de nov. de 2020

BARROSO: Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação**. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em < https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf >. Acessado 25 out. de 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BOBBIO: Norberto. **Era dos direitos**. 8º ed. Editora Elsevier. Rio de Janeiro, 2004.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. 6 eds. Brasília: Editora. Universidade de Brasília, 1995.

CASADO, Napoleão Filho. **Direitos humanos e fundamentais**. Ed. Saraiva. São Paulo, 2012.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos Humanos Fundamentais**. 11º ed. Saraiva editora. São Paulo, 2009

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. São Paulo: Martin Claret, 2000.

ONU. **Carta da ONU**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acessado em 1 de nov. 2020

PIOVESAN: Flávia. **Direitos humanos e direito constitucional internacional**. 18.ed. rev. Saraiva Educação- São Paulo, 2018.

SANTOS; Boaventura de Sousa. CHAUI; Marilena. **Direitos humanos, democracia e desenvolvimento**. 1. ed. Editora Cortez-- São Paulo, 2014.

SARLET; Igor Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10 eds. Livraria do Advogado Editora. São Paulo,2009.

OS DIREITOS DO TRABALHO DO EMPREGADO DOMÉSTICO E OS EFEITOS DA PANDEMIA DE COVID-19

Ana Paula Santiago de Sousa

Victória Sá Pinto

Jaqueline Alves da Silva Demétrio

RESUMO: O presente trabalho tem o objetivo de abordar o Contrato de Trabalho Doméstico, introduzindo uma abordagem da relação empregatícia doméstica com todas suas peculiaridades. Mostra-se o progresso histórico normativo dos direitos conquistados por esses trabalhadores no Brasil. É mencionada a inovadora Emenda Constitucional nº 72/2013 e da Lei Complementar nº 150/2015, e a reforma trabalhista destacando as novidades trazidas no texto constitucional, além da reflexão jurídica sobre a importância de uma lei complementar para a regulamentação dos direitos estendidos a essa classe operária. Este trabalho visa observar essa classe de trabalhadores demonstrando que o processo para que fosse implementada uma nova lei complementar regulamentando os direitos estendidos à classe a partir de 2013 poderia ser feito de uma forma mais fácil, sendo possível que isso tenha se dado em razão de tais empregados não possuírem um sindicato tão firme e por isso não conseguirem se mobilizar para obter os direitos a eles pertinentes de forma mais prática, continuando na precariedade de representação perante o poder legislativo nacional. O artigo também foca os principais temas de Direito do Trabalho em evidência pela crise sanitária e econômica gerada pela pandemia do coronavírus, passando pelos questionamentos introdutórios até a aplicabilidade do ordenamento jurídico atual para as situações de calamidade, bem como enfrentando cada uma das questões mais urgentes, como as hipóteses de rescisão contratual por força maior, a suspensão e a revisão dos acordos trabalhistas celebrados antes da situação emergencial na medida em que, em termos fáticos, o acesso adequado ao Poder Judiciário estaria dificultado atualmente.

Palavras - chave: Direito do Trabalho. Trabalho Doméstico. Pandemia.

ABSTRACT: The present work aims to address the Domestic Work Contract, introducing an approach to the domestic employment relationship with all its peculiarities. The normative historical progress of the rights conquered by these workers in Brazil is shown. The innovative Constitutional Amendment No. 72/2013 and Complementary Law No. 150/2015 are mentioned, and the labor reform highlighting the novelties brought up in the constitutional text, in addition to the legal reflection on the importance of a complementary law for the regulation of the rights extended to this working class. This work aims to observe this class of workers, demonstrating that the process for the implementation of a new complementary law regulating the rights extended to the class from 2013 could be done in an easier way, being possible that this

happened due to such employees do not have such a firm union and therefore are unable to mobilize to obtain the rights related to them in a more practical way, remaining in the precarious representation before the national legislative power. The article also focuses on the main themes of Labor Law highlighted by the health and economic crisis generated by the coronavirus pandemic, going through introductory questions until the applicability of the current legal system to calamity situations, as well as addressing each of the most urgent issues. , such as the chances of contractual termination due to force majeure, the suspension and review of labor agreements entered into prior to the emergency situation to the extent that, in fact, adequate access to the Judiciary would be currently hampered.

Keywords: Labor Law. Housework. Pandemic.

1. INTRODUÇÃO

O estado de calamidade pública provocado pela pandemia do coronavírus impactou muito na sociedade, desde as relações familiares, econômicas, sociais, políticas, até as relações de trabalho, com grandes consequências, necessitando de soluções jurídicas rápidas para amenizar as dificuldades. Principalmente em relação ao Direito do Trabalho, alguns problemas emergenciais surgiram como no ramo do trabalho doméstico.

Os atos emanados pelo Poder Executivo, determinando a restrição de circulação das pessoas, a interrupção das atividades não-essenciais, havendo até regiões em que se chegou à situação limite de emissão de decretos de isolamento mais rígidos (*lockdown*), as empresas foram diretamente afetadas, tanto em seu funcionamento, quanto em sua rentabilidade, de modo que foi posto o conflito da manutenção dos empregos, trazendo à tona a aplicabilidade das consequências jurídicas do art. 502 da CLT (extinção por força maior) e do art. 486 da CLT (fato do príncipe), cuja incidência tem sido insuflada pela fala de pessoas públicas em diversos meios de comunicação, desafiado os juristas na definição dos seus requisitos e limites.

Outro problema é a definição da eficiência dos acordos trabalhistas que foram celebrados entre trabalhadores e empregadores, já homologados judicialmente, mas que foram afetados pela crise financeira, incentivando o debate sobre a possível suspensão dos seus efeitos, a revisão dos valores e prazos combinados e, no limite, a resolução dos

negócios pela ocorrência de força maior, já havendo decisões judiciais, atuais e conflitantes, proferidas nos diversos tribunais trabalhistas do país em diversos sentidos.

Dentro desse cenário, são metas do estudo investigar esses problemas jurídicos advindos da crise sanitária e econômica gerados pela pandemia do coronavírus, e obter respostas claras, de modo a acrescentar tanto com a reflexão científica, quanto para auxiliar na resolução das questões práticas, já colocadas em pauta nos tribunais trabalhistas, buscando deles soluções urgentes e adequadas e criando um ambiente de segurança jurídica e previsibilidade para a superação desse momento difícil que é o atual.

2. DEFINIÇÃO DE EMPREGADO DOMÉSTICO E EVOLUÇÃO DE SEUS DIREITOS NO BRASIL

2.1 A definição conceitual da aludida relação empregatícia

Antes que se proceda à análise dos impactos sociais e legislativos advindos da pandemia de Covid-19, com efeitos mais incisivos no ano de 2020, na relação empregatícia doméstica, faz-se mister clarificar acerca dessa modalidade de emprego e, brevemente, da marcha evolutiva de seus direitos no Brasil.

O empregado doméstico pode ser conceituado como uma modalidade especial no que concerne à figura jurídica de empregado, em consonância com proposição de Godinho Delgado (2019). São oito os elementos fático-jurídicos que compõem tal tipo legal: cinco que caracterizam qualquer empregado (em que um destes recebe atenção especial, por se distinguir do padrão seguido pela legislação celetista) e três específicos da relação de emprego doméstica.

Nas palavras de Maurício Godinho Delgado (2019, p. 441), a definição técnica de empregado doméstico pode ser apresentada da maneira como se observa a seguir:

Tecnicamente, empregado doméstico é a pessoa física que presta, com pessoalidade, onerosidade e subordinadamente, serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, em função do âmbito residencial destas.

Quanto aos elementos fático-jurídicos constituintes dessa modalidade de emprego, cuja existência fora supramencionada, Godinho Delgado (2019, p. 441), que bem os define, assim procede:

Na definição jurídica aqui exposta encontram-se os cinco elementos fáticojurídicos próprios a qualquer relação empregatícia (pessoa física; pessoalidade; onerosidade; subordinação; não eventualidade) [...]. Encontra-se nela, também, um elemento fático-jurídico comum aos demais empregados, mas que recebe, no caso do doméstico, conformação jurídica relativamente distinta - trata-se da continuidade. Por fim, encontram-se ainda na mesma definição os elementos fático-jurídicos específicos apenas à relação de emprego doméstica: finalidade não lucrativa dos serviços; apropriação dos serviços apenas por pessoa física ou por família; efetuação dos serviços em função do âmbito residencial dos tomadores.

A Lei do Trabalho Doméstico – Lei nº 5.859/72 – que vigorou por cerca de quarenta anos, definia empregado doméstico, em seu art. 1º, como sendo a pessoa responsável pela prestação de serviços de natureza contínua, exercida sem finalidade de lucro quanto aos tomadores dos serviços prestados (pessoa ou família) em âmbito residencial. Aperfeiçoamento conceitual foi observado com a Lei Complementar nº 150, promulgada em 2015, em que há o acréscimo expresso dos elementos de subordinação, onerosidade e pessoalidade. A continuidade à que seu art. 1º faz menção, ocorre quando o trabalhador exerce suas atividades laborais por “mais de 2 (dois) dias por semana”, o que ocasiona a subordinação da relação empregatícia às disposições da Lei Complementar em comento.

Em relação à expressão “serviços de natureza contínua”, adotada a partir da Lei 5.859, de 1972, em sentido contrário à “serviços de natureza não eventual”, expressão contida na Consolidação das Leis do Trabalho, explica Delgado (2019) que duas vertentes doutrinárias ganham destaque: a que desconsidera substancial diferença conceitual entre os dois diplomas legislativos e a que prefere uma combinação interpretativa do método linguístico com os métodos lógico-sistemático e teleológico - nesta última concepção, não resta prejudicada a noção de prevalência dos dois últimos, caso haja confronto com o primeiro método enunciado.

Alude, no contexto acima abordado, certa “exclusão” do texto da Consolidação das Leis do Trabalho quanto à efetiva disciplina das relações de trabalho

da qual o empregado doméstico integra. Não se preocupou tal diploma em fazer referência ao trabalho não eventual ou contínuo. A previsão específica de normas reguladoras da matéria veio com a Lei do

Trabalho Doméstico. Godinho Delgado (2019, p. 445), sobre o primeiro aspecto, ressalta que: “[...] o mencionado art. 7º, “a”, sequer se refere a serviços de natureza não eventual ou a serviços de natureza contínua — já que os dois tipos de trabalhadores foram excluídos pelo referido artigo (quer o empregado, quer o eventual doméstico)”.

2.2 Marcha evolutiva dos direitos dos empregados domésticos no Brasil

Em exclusão à tutela jurídica permaneceram os empregados domésticos durante a institucionalização do direito trabalhista em solo pátrio, movimento de grande relevância para os brasileiros, que se iniciou na década de 1930. A aludida Consolidação, como anteriormente visto, não incluiu sob sua proteção a categoria, por omissão de seu art. 7º, alínea “a”. Não havia, *a priori*, proteção previdenciária e a disposição do Decreto-lei n. 3.078, de 1941 para a formalização de direitos sequer foi regulamentada.

A caminhada de formalização de proteção jurídica da categoria foi impulsionada com a Lei nº. 5.859, em 1972, a qual instituiu apenas três direitos aos trabalhadores. Foram estes: a previsão de férias anuais remuneradas, inicialmente de vinte dias úteis e após um ano de trabalho (a Lei nº 11.324, de 2006, posteriormente estendeu o prazo para trinta dias corridos); anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social; e inclusão do empregado na Previdência Social, na condição de segurado obrigatório. A Lei ainda possibilitou a criação do ValeTransporte, na década de 1980. A extensão do benefício à categoria foi expressamente denotada com o art. 1º, inciso II, do Decreto nº. 95.247/87.

Críticas são dirigidas à Lei nº. 5.859/72 por ter se omitido quanto ao salário-mínimo e garantias à gestante, por exemplo.

A Magna Carta nacional, de 1988, ampliou os antes diminutos direitos, acrescentando a categoria doméstica de mais oito deles, tais como: salário mínimo; décimo

terceiro salário; repouso semanal com remuneração; proteção à gestante (que passou a ter direito à licença maternidade, com garantia da estabilidade do vínculo empregatício e do salário por um mês após o retorno das atividades laborais); aposentadoria; e reforço da inclusão à Previdência Social.

No ano de 2001, a Lei nº. 10.208 passou a prever a inserção do empregado, de maneira voluntária pelo empregador, ao sistema do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Entretanto, o valor do seguro desemprego poderia ser concedido, por dispensa injustificada, de maneira limitada, bem como a quantidade de parcelas (eram somente três). Os rigores constitucionais não eram aplicados, portanto.

A Lei nº. 11.324, de 2006, aumentou em quatro os direitos assegurados à categoria, positivando: o descanso remunerado em feriados (art. 9); trinta dias corridos de recesso (para contratações realizadas após sua publicação); proteção do emprego da gestante, desde o conhecimento da gravidez até cinco meses posteriores ao parto; e proibição de desconto do salário do empregado por alimentação e vestuário fornecidos, por exemplo. Não haveria caráter instrumental nos casos de gastos com moradia em local diverso da residência da prestação do serviço. Nesse sentido, por comum acordo, o empregador poderia efetuar os devidos descontos.

Não se nega, ainda, as expressivas contribuições da Emenda Constitucional nº. 72, do ano de 2013, e da Lei Complementar 150 de 2015, que serão melhor analisadas adiante.

2.3 A Emenda Constitucional nº. 72/2013 e a Lei Complementar 150/2015

A Emenda Constitucional nº. 72, cuja publicação ocorreu no terceiro dia de abril do ano de dois mil e treze (2013), consoante afirmação de Godinho Delgado (2019, p. 455), “[...] levou à maturidade a fase de inclusão jurídica da categoria doméstica”, tendo em vista os dezesseis novos direitos estendidos à esta.

Em suma, a EC 72/2013 provocou alteração na redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal de modo a estabelecer, conforme lição de Carlos Henrique Bezerra Leite (2019, p. 305), “a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais”.

O salário passou a ser coberto pela garantia de não poder ser inferior ao mínimo estabelecido, o que ofereceu resguardo àqueles que percebem remuneração variável, e o crime por sua dolosa retenção foi positivado. A jornada de trabalho recebeu o limite de duração de oito horas por dia, bem como de quarenta e oito horas semanais, com a faculdade de compensação de horários e redução da jornada laboral possibilitada por acordo ou convenção coletiva. Ademais, ficou consignada a remuneração do serviço extraordinário acrescida de 50% em relação à do normal, no mínimo.

Os direitos comentados acima, assim como outros, são exemplos daqueles que obtiveram eficácia imediata e imperativa, conforme entendimento doutrinário. Em contrapartida, outros direitos não foram regulados de imediato. Dentre estes últimos, pode-se destacar: proteção da relação empregatícia contra dispensa injusta em lei complementar, com previsão de indenização de cunho compensatório; e remuneração do serviço noturno maior que a do realizado em período diurno.

A Lei Complementar 150, do dia primeiro de junho de dois mil e quinze (2015), implantou um “novo microsistema de regulação do trabalho doméstico”, como pontua Bezerra Leite (2019, p. 307), considerando que trouxe inovação substancial ao regime previsto em momento anterior, observada a regulamentação de parcela significativa dos direitos criados pela EC 72/2013 e que tinham sua eficácia limitada.

Bezerra Leite (2019, p. 307) salienta ainda que:

Com efeito, sustentamos que ocorreu a revogação tácita do art. 7º da CLT, tendo em vista que, pelo critério cronológico e da especialidade para solução de antinomias, a LC 150/2015, que é especialíssima, deve prevalecer sobre a CLT, que é anterior e destinada a todos os empregados.

Com o exposto pelo supracitado autor, infere-se que a CLT será aplicada quando com a LC 150, quando a referida lei ordenar sua aplicação, ou quando houver lacuna nesta última. Dentre suas inovações, estão: a ratificação da vedação ao trabalho doméstico por pessoa menor de dezoito anos de idade (no parágrafo único de seu art. 1º); possibilidade de celebração de contrato de experiência e a termo, no que concerne esta relação jurídica (do art. 4º ao 9º); regulação de diversas outras matérias, como a atinente às férias anuais remuneradas, em seu art. 17º.

Além do já mencionado, a Lei Complementar 150 estendeu o salário-família ao empregado doméstico, quando legalmente possível, bem as regras disciplinadoras do benefício do auxílio-acidente.

Acerca do contrato de trabalho doméstico, apesar de não ter sido diretamente regulamentado pela LC 150/2015, é conceituado por Bezerra Leite (2019, p. 315) como “negócio jurídico, tácito ou expresso, por tempo determinado ou indeterminado, que estabelece um conjunto de direitos e deveres para o trabalhador doméstico e para o empregador doméstico”. Embora não haja forma especial preexistente para o aperfeiçoamento do contrato sob exame, existem, sim, cláusulas e condições estabelecidas na referida lei, das quais não se pode olvidar. Tais são, a título de exemplo: a instituição do regime de compensação de horas de trabalho deve ser expressa por escrito; a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social torna-se obrigatória, porque constitui precípua prova do negócio jurídico celebrado; no que toca à duração do contrato, tem-se que deve ser, em regra, por tempo indeterminado.

A Lei Complementar supramencionada também trouxe outros importantes impactos atinentes à formalização do fim do contrato de trabalho doméstico. Ocorrendo dispensa por justa causa, por exemplo, há previsão de concessão do seguro-desemprego (art. 26 da LC 150/2015), agora viabilizado por meio da Resolução Codefat 754, editada em agosto de 2015.

Para o caso de extinção ordinária de contrato celebrado por tempo determinado (caracterizado por sua excepcionalidade, ainda que seja possibilitado pela LC 150), na data prevista desde o início, o empregado doméstico terá direito a perceber eventual saldo de salários, férias vencidas e/ou proporcionais, 13º salário integral ou proporcional e o levantamento dos depósitos do FGTS. Se acaso a extinção for antecipada pelo empregador, este último, conforme o art. 6º da Lei, será obrigado a realizar o pagamento do saldo de salários, férias vencidas ou proporcionais, 13º salário integral ou proporcional, o valor correspondente aos depósitos do FGTS, e, como acréscimo, a indenização pelo equivalente à metade do tempo restante para o termo estipulado para o fim do contrato.

No que se relaciona ao término do contrato usualmente firmado, ou seja, por tempo indeterminado, focaliza-se, aqui, nos aspectos de duas de suas várias hipóteses: na ocorrência de dispensa sem justa causa ou com justa causa.

O fim do contrato do empregado doméstico, sem justa causa, garantirá à parte dispensada os seguintes direitos: aviso prévio; saldo de salários; férias proporcionais; percepção do valor do FGTS devido pelo empregador, o que inclui indenização compensatória; e guias do seguro-desemprego.

A dispensa motivada por justa causa, a seu turno, deve levar em consideração a prática dos atos dispostos no art. 27 da Lei Complementar. Dentre eles estão, por exemplo: a incontinência de conduta ou mau procedimento (inciso III); embriaguez habitual ou em serviço (inciso VI); e abandono de emprego, por pelo menos trinta dias corridos (inciso IX).

Na extinção do contrato de trabalho motivado pelas hipóteses enumeradas no art. 27 da Lei Complementar, o empregador estará sujeito ao pagamento de saldo de salários, férias, 13º salário (com inclusão do proporcional). Sob o olhar da Convenção 132 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), é justo o pagamento de férias proporcionais. Apesar de o Brasil ratificar a convenção, tal concepção já foi afastada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Interessante observar que, a partir da promulgação da Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, a homologação de rescisão de contrato de empregado doméstico com mais de um ano de tempo de serviço, em sindicato, passa a ser possível. Decorre de alteração na Lei Complementar 150/2015.

3. A EQUIVALÊNCIA DOS TERMOS “EMPREGADO DOMÉSTICO” E “TRABALHADOR DOMÉSTICO”

Adotando perspectiva particular está Carlos Henrique Bezerra Leite. O notável doutrinador defende a equiparação dos termos “empregado” e “trabalhador” doméstico. Dentre os motivos está o fato de que, embora haja subordinação, o empregado doméstico não está acobertado por todos os direitos do empregado urbano e rural. De acordo com Bezerra Leite (2019, p. 309), “por mais que a EC 72/2013 tenha

prometido a ‘igualdade’ entre o doméstico e os empregados urbanos e rurais, na essência essa mesma EC diz quais são os dispositivos do art. 7º da CF aplicáveis à categoria dos trabalhadores domésticos”.

Outra justificativa que o referido autor encontra para seu posicionamento está no fato da promíscua utilização dos termos “empregado doméstico” e “trabalhador doméstico” na LC 150/2015, como se constata em seu art. 28, por exemplo. Com apoio no fenômeno da constitucionalização do Direito, com vistas à maior proteção da pessoa humana, o autor é favorável a tal equivalência.

5. TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR EM TEMPOS DE CORONAVÍRUS

A pandemia do Covid-19, assim denominada pela Organização Mundial da Saúde, gerou uma série de reflexões e dúvidas acerca das relações trabalhistas em que se inserem os empregados domésticos.

Vive-se um contexto conturbado em razão do Coronavírus que se disseminou globalmente.

Primeiramente, vale ressaltar que, erroneamente relaciona-se o termo “empregado doméstico” às pessoas que atuam como faxineiras, cozinheiras, governantas, copeiras ou babás. Porém, conforme o disposto no artigo 1º da lei complementar 150/15, empregado doméstico é aquele que “presta serviços de forma contínua, subordinada, onerosa e pessoal e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, por mais de 2 (dois) dias por semana”.

Assim, a doutrinadora Vólia Bonfim Cassar explica que:

Para ser doméstico, basta trabalhar para empregador doméstico, independente da atividade que o empregado doméstico exerça, isto é, tanto faz se o trabalho é intelectual, manual ou especializado (...) Poderão se enquadrar como trabalhadores domésticos motoristas particulares, secretárias particulares, enfermeiras particulares, desde que presentes os elementos caracterizadores da estrutura da relação empregatícia doméstica.

Portanto, para que se firme o enquadramento legal de trabalhador doméstico, deve-se verificar quem é o empregador e não qual atividade é realizada pelo empregado.

Depois de percorrer aspectos conceituais, é possível prosseguir para a problemática da crise causada pelo Covid-19 e os seus efeitos na relação entre empregador e empregado doméstico.

No dia 22 de março de 2020, fora publicada no Diário Oficial da União, a medida provisória 927/20, que dispõe sobre medidas trabalhistas a serem adotadas, enquanto permanecer o estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto legislativo 6, de 20 de março de 2020. Logo após, foi instituído o Plano Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda que estabelece medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo decreto.

Ambas as medidas provisórias não abordaram especificamente dos trabalhadores domésticos, porém, o art. 32, inciso II da MP 927/20 dispõe que, aplicar-se-á, no que couber, às relações regidas pela lei complementar 150/15, sendo essa a lei que regulamenta o contrato de trabalho doméstico no âmbito do direito brasileiro.

Nesse sentido, algumas opções possíveis de serem adotadas e aplicadas às relações trabalhistas, cujo empregado seja classificado como doméstico, são:

5.1 Férias individuais

Segundo a medida provisória 927/20, poderá o empregador antecipar as férias individuais com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, devendo o empregado doméstico ser avisado por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período que será gozado, sendo que este não poderá ser inferior a cinco dias corridos.

Diferente do que dispõe a lei 150/15, a MP permite a concessão de férias por ato do empregador, ainda que o empregado não tenha completado o período aquisitivo de doze meses. Além disso, fica facultado a negociação mediante acordo individual por escrito de períodos futuros de férias.

No tocante ao pagamento, o artigo 9º da MP 927/20 dispõe que poderá ser feito até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo das férias. Ademais, admite-se que o adicional de um terço de férias seja adimplido após a sua concessão, desde que respeitada a data limite, qual seja, 20 de dezembro 2020.

Por conseguinte, caso o empregado queira a conversão de um terço constitucional em abono pecuniário, ficará sujeito a anuência do seu empregador.

Destarte, é certo que a antecipação de férias é uma ótima alternativa para assegurar a manutenção do emprego e renda, assim como garantir que o trabalhador doméstico obedeça às determinações sanitárias de isolamento e distanciamento social, a fim de evitar a propagação do vírus, visto que, para se deslocar ao trabalho, na maioria das vezes depende de transporte público coletivo, por onde passam centenas de pessoas todos os dias.

5.2 Banco de horas

Durante a pandemia do coronavírus, fica liberado ao empregador interromper as atividades exercidas pelo empregado doméstico, mediante a constituição de um regime especial de compensação de jornada, através de banco de horas. O referido banco de horas poderá ser instituído por meio de acordo coletivo ou individual formal, sendo que a compensação de horas deverá acontecer no prazo de até dezoito meses, contabilizados da data em que se findar o estado de calamidade pública.

Para fins de compensação, o § 1º do art. 14 da MP 927/20 dispõe que: “§ 1º A compensação de tempo para recuperação do período interrompido poderá ser feita mediante prorrogação de jornada em até duas horas, que não poderá exceder dez horas diárias”. Prosseguindo, o referido dispositivo legal colocou em seu texto a chance de o empregador determinar a compensação do saldo de horas, mesmo que não haja convenção coletiva, ou acordo individual ou coletivo.

Considerando isso, a constituição de regime de compensação de jornada é eficaz não apenas na manutenção do vínculo empregatício, mas também na proteção da saúde do colaborador, pois permitirá que ele fique em casa em distanciamento social.

5.3 Do aproveitamento e da antecipação de feriados

Outra possibilidade encontrada pela medida provisória 927/20 para diminuir os impactos da pandemia provocada pelo coronavírus no âmbito das relações de trabalho, é a chance de aproveitamento e antecipação de feriados.

Nessa hipótese, o empregador, por sua simples iniciativa, poderá antecipar feriados não religiosos, sejam eles federais, estaduais, distritais e municipais, devendo comunicar ao empregado por escrito ou por meio eletrônico, no prazo de quarenta e oito horas. Ressalta-se que, o comunicado deve informar de maneira expressa quais são os feriados que serão antecipados.

Há ressalvas, no entanto, no tocante à antecipação de feriados de cunho religioso. Nesse caso, somente poderá ocorrer o aproveitamento caso haja aquiescência do empregado, mediante manifestação em acordo individual escrito. Serve ainda, a utilização do aproveitamento de feriados para compensar eventual saldo em banco de horas pactuado entre partes.

Contudo, é importante destacar que essa medida não pode ser utilizada para substituir outros direitos assegurados aos trabalhadores domésticos, como o repouso semanal remunerado. Sendo assim, caso o trabalhador trabalhe de segunda à sábado e a feriado antecipado seja no domingo, será defeso que o empregado trabalhe nesse dia específico, vez que teria que prestar serviços por duas semanas consecutivas, sem gozar do repouso semanal remunerado.

Em que pese o art. 32, inciso II da MP 927/20 dispor que permissivo legal *in comento* aplica-se aos empregados domésticos em relação a jornada, banco de horas e férias, compreende-se que esse rol não é taxativo, e sim explicativo.

O citado texto legal estatui de forma expressa a aplicação da Medida Provisória, no que couber, às relações regidas pela lei complementar 150, de 1º de junho de 2015. Portanto, diz-se possível a antecipação de feriados aos trabalhadores domésticos.

5.4 Do FGTS

No que se refere ao fundo de garantia, a MP 927/20, trouxe uma flexibilização, suspendendo a exigibilidade do seu recolhimento pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente.

O parágrafo único do art. 19 da referida medida provisória, dispôs que os empregadores poderão utilizar dessa prerrogativa independentemente do número de empregados, regime de tributação, natureza jurídica, ramo de atividade econômica, e de adesão prévia. Por derradeiro, entende-se que benesse da suspensão temporária do recolhimento do FGTS, aplica-se aos empregadores domésticos.

Para desonerar ainda mais o empregador nessa situação difícil do Covid-19, foi facultado o pagamento das competências de março, abril e maio de 2020, de forma parcelada, sem incidência da atualização monetária e das multas e encargos previstos no art. 22 da lei 8.036/90. Sendo assim, o pagamento poderá ser efetuado em até seis parcelas mensais, com data de vencimento no sétimo dia de cada mês, contado a partir de julho de 2020.

Para aproveitar o benefício supramencionado, o empregador deverá declarar as informações, até o dia 20 de junho de 2020, tendo ciência de que está reconhecendo a existência de débito, cuja declaração servirá de instrumento hábil para a cobrança do crédito de FGTS.

Vale dizer, que os valores não declarados pelo empregador, serão considerados em atraso, e obrigarão o adimplemento na integralidade da multa e dos encargos decorrentes.

Além disso, a MP suspendeu durante 180 dias, os prazos processuais para a apresentação de defesa e recursos em processos administrativos por débitos relativos ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Não obstante a isso, a contagem do prazo prescricional dos débitos referidos a essa contribuição foram suspensos pelo período de 120 dias.

A pandemia tem prejudicado a economia brasileira, fazendo com que muitas empresas fechem e muitos funcionários percam trabalho. Diante desse contexto, a flexibilização no pagamento do fundo de garantia surge como um meio de desonerar temporariamente o empregador durante o período de calamidade pública, para que não haja a necessidade de romper com o vínculo empregatício do trabalhador doméstico, deixando-os desamparados nesse momento de crise.

5.5 Redução salarial e da jornada de trabalho

A MP 936/20 trouxe a possibilidade de o empregador reduzir proporcionalmente a jornada de trabalho e salário dos seus empregados, por até noventa dias.

Para que haja redução salarial, alguns elementos devem ser analisados, como: preservação do valor do salário-hora de trabalho, pactuação de acordo individual escrito entre empregador e empregado, que deverá ser encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos. Além disso, deve-se observar os percentuais de redução previstos na MP, sendo eles: vinte e cinco por cento, cinquenta por cento ou setenta por cento.

Entretanto, é necessário acrescentar que o empregado doméstico não ficará prejudicado, pois uma vez reduzida sua jornada e salário, receberá o Benefício Emergencial do Emprego e Renda, que começará a partir da data de pactuação da redução e, terá como base de cálculo o valor mensal do seguro-desemprego ao qual o funcionário teria direito, respeitando os percentuais de redução.

No entanto, para que o empregado possa fazer uso desse benefício, o empregador deverá o informar ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e de salário, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo. Uma vez prestada a informação dentro do prazo supramencionado, a primeira parcela do benefício será adimplida em de trinta dias, contados da data em que o acordo foi firmado.

É importante destacar que, caso o empregador não preste as informações dentro do prazo acordado na MP, qual seja, dez dias, ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e de salário, incluindo os respectivos encargos sociais, até a que informação seja comunicada.

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda será pago ao empregado independente do cumprimento de qualquer período aquisitivo, tempo de vínculo empregatício ou número de salários recebidos.

Observa-se que, concluída a redução proporcional da jornada de trabalho e do salário, o benefício deixará de ser pago e a jornada cumprida anteriormente pelo

empregado, bem como o salário auferido serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contados a partir da cessação do estado de calamidade pública, da data estabelecida no acordo individual ou da data que o empregador informar ao empregado sobre a antecipação do termo pactuado.

Sendo assim, a redução da jornada e do salário é uma alternativa ideal para ambos os sujeitos da relação de trabalho, pois desonera o empregador que teve a sua renda impactada pela pandemia da Covid-19 e que não pode dispensar completamente os serviços do empregado doméstico, e simultaneamente não deixa o trabalhador desassistido, visto que o governo assumirá por intermédio do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e Renda, o valor que será suprimido provisoriamente.

5.6 Suspensão do contrato de trabalho

Outra alternativa contida na medida provisória 936/20 foi a possibilidade de suspensão temporária do contrato de trabalho, que poderá ser combinada entre as partes, pelo prazo máximo de sessenta dias, podendo ainda, ser dividida em dois períodos de trinta dias.

Assim como na redução de jornada e salário, a suspensão temporária do contrato de trabalho deverá ser selada através de um acordo individual escrito, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos. Enquanto permanecer a suspensão, o empregado terá direito a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados, além de ficar autorizado a recolher para o Regime Geral de Previdência Social na qualidade de segurado facultativo.

Além disso, é interessante lembrar que durante a suspensão, o empregado doméstico não pode exercer qualquer atividade do trabalho, ainda que seja de forma parcial, sob pena de descaracterização da suspensão temporária do contrato de trabalho.

Caso haja a descaracterização, o empregador ficará sujeito ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período, bem como as penalidades previstas na legislação e as sanções dispostas em convenções ou acordos coletivos, se houver.

Assim sendo, o contrato será restabelecido aos seus parâmetros originais, após dois dias corridos, que serão contabilizados a partir da cessação do estado de calamidade pública, do termo pactuado no acordo individual ou da data informada pelo empregador, caso opte por antecipar o fim da suspensão contratual.

O empregado doméstico que tiver o seu contrato suspenso, poderá usufruir do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, no equivalente a cem por cento do valor do seguro-desemprego, desde que observados todos os ditames da prestação de informações ao Ministério da Economia dispostos na medida provisória 936/20, que são os mesmos previstos quando da redução do da jornada e salário.

Logo, conclui-se que a suspensão do contrato de trabalho é uma medida que pretende assegurar o emprego e a renda dos trabalhadores, nas situações em que o empregador não possa arcar com as despesas referentes a salários e encargos sociais.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No âmbito econômico, vários empregados domésticos serão dispensados, e é complicado observar que muitas das vezes, as resilições contratuais acontecem por impedimento de a família pagar os direitos que constituem o básico da atividade digna.

Aceitando ou não as tais incompatibilidades demonstradas pelo Constituinte, fato é que o contexto jurídico que propiciou a realidade dos empregados domésticos até o começo do ano de 2020 pode ser considerado ainda precário, principalmente se comparado com os empregados em geral. Como efeito das crises, muitas pessoas perdem o vínculo formal de trabalho, e ao mesmo tempo, não conseguem achar uma alternativa, e até mesmo a manutenção de sua subsistência.

Deve-se, então, analisar quais as consequências do estremecimento da economia mundial no ramo social e empresarial, inclusive aferindo como o Direito do Trabalho pode ajudar empregados e empregadores na superação da crise.

REFERÊNCIAS

A REFORMA TRABALHISTA E A LEI DAS DOMÉSTICAS. **Jus Brasil**. Disponível em: <

<https://direito-domestico.jusbrasil.com.br/noticias/479140397/a-reforma-trabalhista-e-a-leidas-domesticas>>. Acesso em: 3 nov. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 01 de abril de 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2XR40s2>. Acesso em: 26 de out. de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. . BRASÍLIA, DF, 22 mar. 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm. Acesso em: 26 de out. 2020.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 15ª Edição. Editora Método. São Paulo. 2017. Páginas 341 – 342.

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

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

Capítulo 10

OS DIREITOS DO TRABALHO NA CONSTRUÇÃO CIVIL: efeitos da pandemia do novo coronavírus (covid-19) sobre os contratos de empreitada

Lorena Abreu Leite de Almeida³²
Tcheurly Silva Ribeiro³³
Jaqueline Alves da Silva Demétrio³⁴

RESUMO: O presente artigo pretende discorrer sobre as mudanças ocorridas no âmbito dos contratos de empreitada durante a pandemia (COVID-19), embora este não seja o único ponto levantado para que se discuta as mudanças trazidas pelo período de pandemia. Para isso, a discussão abordou aspectos doutrinários e formais, evidenciando que as leis trabalhistas ditaram novos caminhos ao Direito do Trabalho neste período desconcertante. Ademais, foi necessário ressaltar que, apesar de ter trazido novos métodos e práticas ao trabalho na construção civil, o trabalho informal não obteve grandes vantagens nos ditames apresentados durante a pandemia.

Palavras-chave: Direito do Trabalho. Empreitada. Construção Civil. Coronavírus. Pandemia.

ABSTRACT: This article intends to discuss the changes that occurred in the scope of construction contracts during the pandemic (COVID-19), although this is not the only point raised to discuss the changes brought about by the pandemic period. For this, the discussion addressed doctrinal and formal aspects, showing that labor laws dictated new paths to Labor Law in this disconcerting period. In addition, it was necessary to emphasize that, despite having brought new methods and practices to work in civil construction, informal work did not obtain great advantages in the dictates presented during the pandemic.

Keywords: Labor Law. Contract work. Construction. Coronavirus. Pandemic.

1 INTRODUÇÃO

As abordagens utilizadas no presente artigo tiveram por objetivo minuciar os aspectos que tangem à implementação da Lei 13.979/20, que instituiu medidas para enfrentamento ao período de pandemia do novo coronavírus, qual hodiernamente está

³² Aluna do quinto período de Direito da Universidade Estadual do Maranhão e coautora do artigo. <http://lattes.cnpq.br/0785521595931929>. E-mail: lorenaabreu_@outlook.com

³³ Aluna do quinto período de Direito da Universidade Estadual do Maranhão e coautora do artigo. <http://lattes.cnpq.br/4685425355854079>. E-mail: tcheurly@hotmail.com

³⁴ Professora da disciplina de Direito do Trabalho I, da Universidade Estadual do Maranhão e proponente do artigo. E-mail: jaquinedemetrio@professor.uema.br

acometendo grandes impactos na saúde pública, e conseqüentemente, no âmbito trabalhista.

Para isso, a metodologia utilizada foi, sobretudo, a legislação, a doutrina civil e trabalhista, assim como algumas jurisprudências findadas nos tribunais do trabalho, além do levantamento bibliográfico sobre o novo coronavírus, para, por fim, analisar os diversos parâmetros da pandemia que afetaram o contrato de empreitada.

Os principais pontos analisados neste artigo são referentes aos fundamentos factuais e jurídicos acerca do impacto da pandemia no âmbito da construção civil, por meio dos contratos de empreitada. Ademais, foram tratados no assunto tanto o esboço do que era o trabalho na construção civil antes do evento supracitado, quanto o panorama atual do contrato de empreitada durante a pandemia.

A importância do assunto é, portanto, inequívoca, uma vez que, dada a atualidade do debate tratado. Além disso, confirma-se que, de fato, existem muitas mudanças advindas da pandemia, qual são possíveis traçar aspectos desagradáveis no âmbito econômico para os colaboradores e empregadores.

Ademais, reitera-se que a pandemia trouxe mudanças excêntricas para o ramo da construção civil, tendo em vista que se deve prezar pela saúde pública, bem como, pelo ambiente laboral digno e seguro, levando em conta aspectos como a segurança jurídica e autonomia dada ao empregador e ao colaborador perante o contrato de trabalho neste período esdrúxulo.

Destacado isso, fica determinado que o foco da reflexão deste presente artigo envolve o impacto que a crise econômica, sanitária e política ocasionada pelo novo coronavírus tem gerado na execução dos contratos de obras de engenharia.

2 CONTRATO DE EMPREITADA ANTES DO PERÍODO DE PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19) PERANTE A REFORMA TRABALHISTA

Antes do período de pandemia do novo Coronavírus, tivemos uma mudança significativa na legislação trabalhista, que alterou diversos aspectos no âmbito jurídico e social. A Lei n. 13.467, de julho de 2017, que instituiu a reforma da Consolidação das

Leis do Trabalho no Brasil, trouxe como uma das principais mudanças a extinção da diferença prática entre atividades-fim e atividades-meio no que tange ao fenômeno da terceirização. Ou seja, a partir da Reforma Trabalhista, as empresas passaram a aproveitar do direito de terceirizar todas as suas atividades, em razão da flexibilização da Lei no âmbito dos trabalhos externalizados para outras empresas.

Quanto ao trabalho na construção civil, uma das principais novidades trazidas pela Lei n. 13.467 foi a inserção da responsabilidade subsidiária no contrato de subempreitada dentro ordenamento jurídico brasileiro. Isto é, o pagamento dos débitos trabalhistas passa a ser de responsabilidade da empresa terceirizada, em contraposição ao que ocorria antes da Reforma, em que era possível que qualquer uma das empresas – empreiteira ou subempreiteira – fosse incumbida dessa obrigação (responsabilidade solidária).

Art. 455 - Nos contratos de subempreitada responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar, cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro. (BRASIL, 1943)

Além disso, o parágrafo único do art. 455 da CLT assegura ao empreiteiro principal “o direito de regresso contra o subempreiteiro e a retenção de importâncias a este devidas, para garantia das obrigações que teve que assumir em relação aos empregados do subempreiteiro” (ROMAR, 2018, p. 175). Além disso, segundo a doutrinadora:

Embora sempre tenha havido discussões a respeito da natureza da responsabilidade do empreiteiro principal — subsidiária ou solidária —, o fato é que diante da previsão geral da Lei n. 6.019/74 (com a redação dada pelas Leis n. 13.429/2017 e 13.467/2017) não resta dúvida tratar-se de hipótese de responsabilidade subsidiária, ou seja, primeiro deve-se cobrar do subempreiteiro e somente depois, se este não pagar, pode-se cobrar do empreiteiro principal. (ROMAR, 2018, p.176)

Com a flexibilização da terceirização, a empreiteira obteve o dever de obediência a certos requisitos para que se terceirize o trabalho dentro da construção civil. Entre esses requisitos, está a observância aos critérios que caracterizam o vínculo

empregatício, sendo eles: a) a subordinação jurídica; b) onerosidade; c) habitualidade; d) pessoalidade. Tais aspectos são relevantes para evitar o trabalho informal que ainda possui um grande quantitativo no Brasil. Logo, no ato da contratação de empregados terceirizados, a contratante deve garantir que estes não atendam a qualquer dos critérios supracitados, sob risco da nulidade do contrato firmado.

(...) na empreitada, via de regra, contrata-se sem a necessidade da pessoalidade do trabalhador, que pode ser substituído, reiteradamente, no transcorrer da concretização da obra, ou seja, a empreitada normalmente é pactuada sem cláusula de infungibilidade do prestador dos serviços (...) O empreiteiro trabalha com autonomia, sem qualquer fiscalização ou controle de quem contratou os seus serviços. (ROMAR, 2018, p. 313)

Além das mudanças já mencionadas, a Reforma Trabalhista adicionou à dinâmica dos contratos de trabalho um maior poder à autonomia da vontade, priorizando acordos entre os funcionários e a empresa contratante. Como exemplo na construção civil, tem-se a questão do intervalo intrajornada, que, antes da Lei n. 13.467, era fixado em 1 hora. Após a promulgação da Lei, esse intervalo foi mantido, porém foi concedida a possibilidade de redução desse tempo para 30 minutos, conforme anuência expressa do empregado. É válido ressaltar que durante a pandemia, este aspecto teve grande importância, pois muitos acordos foram firmados entre funcionários e empresa para melhor adaptação de ambos.

Nesse contexto, aspecto de extrema relevância decorrente da Lei n. 13.467/2017 é a ampliação da autonomia individual do trabalhador, permitindo e considerando válida a negociação direta entre este e o empregador sobre diversos aspectos, como, por exemplo, para pactuação de compensação de jornada através de banco de horas (§ 5º, art. 59, CLT), das regras do teletrabalho (art. 75-C, CLT), rescisão do contrato de trabalho sem necessidade de homologação (art. 477, CLT) e extinção do contrato de trabalho por comum acordo entre as partes (art. 484-A, CLT). Verifica-se, portanto, que a Reforma Trabalhista adota posicionamento no sentido de considerar que o trabalhador tem condições de negociar diretamente com o empregador em diversos aspectos decorrentes da relação de emprego, não entendendo aquele como

parte economicamente mais fraca da relação, e afastando, portanto, o conceito de hipossuficiência. (ROMAR, 2018, p. 65).

Outra mudança geral trazida pela Lei n. 13.467 que afetou diretamente o ramo da construção civil foi a vedação de se considerar atividades realizadas pelo empregado dentro da empresa como tempo de serviço. Assim, atividades, como descanso, estudo e lazer, realizadas no âmbito da construção, não mais podem ser contadas como tempo de serviço, assim como será impossibilitada a inclusão dessas práticas na contagem do pagamento de horas extras ao trabalhador.

Além disso, é possível que as férias do trabalhador – o que inclui funcionário regido pelo contrato de empreitada – sejam fracionadas em três períodos, sendo que, segundo o art. 130 do Decreto-Lei n. 5.452/1943, alterado pela Lei n. 13.467, um deles não poderá ser menor que 14 dias consecutivos, e os outros dois não poderão ser menores do que cinco dias corridos.

Art. 130. Após cada período de 12 (doze) meses de vigência do contrato de trabalho, o empregado terá direito a férias, na seguinte proporção:

I – 30 (trinta) dias corridos, quando não houver faltado ao serviço mais de 5 (cinco) vezes;

II – 24 (vinte e quatro) dias corridos, quando houver tido 6 (seis) a 14 (quatorze) faltas;

III – 18 (dezoito) dias corridos, quando houver tido de 15 (quinze) a 23 (vinte e três) faltas;

IV – 12 (doze) dias corridos, quando houver tido de 24 (vinte e quatro) a 32 (trinta e duas) faltas.

§ 1º É vedado descontar, do período de férias, as faltas do empregado ao serviço.

§ 2º O período das férias será computado, para todos os efeitos, como tempo de serviço (BRASIL, 1943)

Por fim, é necessário apontar que o contrato de empreitada antes da pandemia e os impactos da Lei 13.497, foram positivos para o empresário, mas pouco mudou, do ponto de vista material, para o funcionário, uma vez que muitas dessas regras trazidas pela Lei já eram colocadas em prática, em razão de súmulas já consolidadas nos tribunais. No entanto, a Lei acrescentou nítido aumento na segurança jurídica da empresa empreiteira no exercício dessas práticas, em razão da óbvia vinculação mais consolidada que difere as leis das súmulas.

Ademais, será observado a seguir o grande impacto sofrido pelos colaboradores do âmbito da construção civil durante a pandemia, qual não obtiveram tantos benefícios significantes.

3 CONTRATO DE EMPREITADA DURANTE A PANDEMIA

A crise econômica, política e sanitária gerada pela pandemia do novo coronavírus é uma realidade que impôs desafios para a saúde pública e projetou inúmeras incertezas quanto ao seu real impacto nos setores produtivos e econômicos da sociedade brasileira e global.

O caráter inconstante da crise impediu por certo período de tempo que se definissem cenários minimamente estáveis para enfrentá-la. Alguns entes federativos, dentre as medidas adotadas, expediram decretos e outras normas restringindo a liberdade dos cidadãos e o exercício de certas atividades empresariais. Havendo, nessas normas, ordens impondo a paralisação da atividade da construção civil, sem qualquer tipo de ressalva quanto às obras públicas.

É importante que se identifique com exatidão quais são as atividades que estão abrangidas pela ordem de paralisação. O cuidado consiste em analisar se a ordem é restrita ao canteiro de obras ou se envolve, também, as demais atividades administrativas necessárias para a boa gestão do empreendimento.

Nos casos em que não há norma local impondo a paralisação das atividades, cumpre à Administração, amparada nos dados estatísticos do avanço da pandemia no local da execução das obras, decidir se é conveniente e oportuno manter o contrato em atividade. Caso se tenha verificado que a doença se alastrou com rigor na região, este se torna fundamento suficiente para determinar a paralisação da execução do contrato com base no art. 78, XIV, da Lei de Licitações. Logo, o motivo principal e determinante para a suspensão das atividades não foi outro senão o receio de proteger a saúde não apenas das pessoas diretamente envolvidas na execução da obra, mas, também, de toda a população local.

O artigo 78, inciso XIV, da Lei de Licitações apresenta a seguinte redação:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: [...] XIV – a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação (BRASIL, 1993)

A extração que se deve fazer do artigo 78, inciso XIV, da Lei 8.666/93 não é o contratempo de haver a suspensão do contrato por mais de 120 dias, mas sim a de garantia ao contratado de que ultrapassado esse período, sem concordância desse, e nos casos narrados no texto normativo, seja concedido ao contraente o direito de rescindir o contrato ou suspender os serviços, e nada mais.

Adentrando um pouco mais na legislação brasileira, pode-se destacar o que determina o Código Civil, legislação que regulamenta a dinâmica dos contratos civis:

Art. 393. O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito ou força maior, se expressamente não se houver por eles responsabilizado.
Parágrafo único. O caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir (BRASIL, 2002)

Destacado isso, a pandemia do novo coronavírus pode ser considerada como efetivo fato de caso fortuito ou de força maior. Desta maneira, as partes não podem ser responsabilizadas pelo não cumprimento do contrato enquanto perdurar a circunstância excepcional, exceto se estiver previsto expressamente no contrato, estabelecendo que um dos contratantes se comprometa a honrar com as condições ajustadas, ainda que em cenários extraordinários. Logo, conclui-se que a análise deverá ocorrer caso a caso, conforme sejam os termos acordados pelas partes, ainda que o usual é que o contrato siga a regra insculpida no art. 393 do Código Civil.

Nessas circunstâncias, dentre as recomendações para os contratos de empreitada, pontua-se a de que havendo condições sanitárias e econômicas para manutenção dos serviços, poderão, à critério dos envolvidos no contrato, e em não

havendo nenhuma determinação da administração local de interrupção das atividades, serem mantidas as operações.

Não havendo condições sanitárias e/ou econômicas, as atividades são suspensas, sem ônus, havendo apenas a necessidade que uma das partes notifique a outra parte, comunicando-lhe da interrupção, sempre observando as seguintes diretrizes: Pagamentos feitos até a data da efetiva suspensão não serão devolvidos; Poderá ocorrer a suspensão de pagamentos futuros até a retomada das obras, sem ônus; A parte adversa poderá optar por não aceitar a suspensão do contrato; E o contrato deverá ser retomado ao fim do caso fortuito/força maior, e quando houver reestabelecimento das condições econômicas e sanitárias.

4 IMPACTOS DA PANDEMIA NO MERCADO INFORMAL DA CONSTRUÇÃO CIVIL

O trabalho na construção civil é reconhecido há muitos anos pelo teor de informalidade nos contratos de trabalho além da instabilidade destes postos. Trabalhadores independentes, assalariados não registrados e instabilidade no setor, caracterizam a informalidade e a elevada rotatividade de um processo descontínuo de atividade laboral.

Esse setor funciona de forma precária, em algumas situações em ambientes insalubres e com formas de “contratação tradicional”, realizada pela prática de flexibilização dos contratos, compressão salarial, ausência de direitos trabalhistas dentre outras práticas ilegais de contratação devido ao caráter híbrido da atividade.

Durante a pandemia, as pesquisas demonstraram que a massa de trabalhadores desassistidos na construção civil, foram os que sofreram maior impacto.

O presidente da Câmara Brasileira da Indústria da Construção (CBIC), José Carlos Martins, ressaltou em entrevistas que o mercado informal perdeu um milhão de ocupações no 2º trimestre do ano de 2020. Tais impactos ocorreram devido às medidas tomadas em relação ao enfretamento do novo coronavírus, como o isolamento social, que impossibilitaram o trabalhador informal de prosseguir com suas atividades na construção civil.

A crise, que já estava evidente antes da propagação da covid 19, acentuou o desemprego dos empreiteiros informais, alavancando uma desigualdade social e econômica neste âmbito laboral.

Mesmo com a deterioração no ambiente de negócios e a retração da demanda, muitos pedreiros escolheram continuar trabalhando no ambiente de pandemia, praticando dos famosos “bicos”, para levar sustento às suas famílias. De maneira informal, sem seguir protocolos de segurança e higiene, e todos os dias colocando a vida em risco, essa realidade foi e é um sacrifício àqueles que não tiveram como levar a vida reclusa em casa durante a quarentena.

Por outro lado, uma alternativa para os autônomos foi usar de aplicativos, um deles chamado GetNinjas, uma plataforma para conectar clientes a prestadores de serviços no país. Tal aplicativo teve grande incidência no estado de São Paulo durante a quarentena e a maior solicitação para serviços foram no âmbito da construção civil. No entanto, nem todos possuem acesso a dispositivos que oferecem esse serviço ou tampouco sabem usar, o que não amenizou a perda de renda de muitos.

Apesar do auxílio emergencial ter sido uma saída para esse tipo de realidade, diversos trabalhadores informais não tiveram sucesso por diversas circunstâncias jurídicas, econômicas e até mesmo falíveis pelo Governo Federal, o que acarretou em uma drástica situação econômica para os colaboradores informais do ramo da construção civil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O tema referente às influências da pandemia do novo coronavírus no contexto dos contratos de empreitada demonstra, por si só, sua notoriedade e importância para sociedade e para matéria do Direito do Trabalho. Nesse sentido, a discussão sobre a matéria passa a ser essencial para a argumentação sobre os reais efeitos da Lei 13.979/20 na relação trabalhista de empregador e empregado. O que podemos observar no presente trabalho é que, embora existam divergências entre o real impacto da pandemia, é notório que, apesar do futuro incerto, se acredita que o setor da construção será um dos grandes responsáveis pelo processo de recuperação da economia

quando superada a pandemia, o que exige dos envolvidos a devida serenidade e planejamento no momento atual.

Como podemos discutir com maior profundidade no decorrer do artigo, a principal consequência da Lei 13.979 em relação ao contrato de empreitada, assim como outras espécies de contrato, foi justamente o estabelecimento de medidas econômicas e de segurança para enfrentar este período de pandemia do novo coronavírus. Diante disso, observamos as consequências desse então afrouxamento na relação empregado-empregador e seus impactos na sociedade e nos estudos da matéria do Direito do Trabalho.

Portanto, os objetivos traçados pelo respectivo trabalho foram alcançados, uma vez considerada a expansividade que o debate obteve ao longo das pesquisas no decorrer do ano de 2020. Ademais, é evidente que, embora a pandemia esteja em uma situação menos caótica atualmente, ainda não é o ideal para criar uma relação empregatícia segura para ambas as partes.

Dessa maneira, é necessário maiores avanços nas pesquisas já existentes e criação de novas normas para que possa abranger outros pontos ainda não observadas em meio a essa crise sanitária. Além disso, em razão do pouco tempo desde a promulgação da Lei 13.979, ainda não foi possível se traçar um panorama ideal sobre sua efetividade e expansividade quanto aos direitos trabalhistas e direitos do contratante, uma vez que, em uma relação dotada de bilateralidade, deve ser papel do Direito o resguardo de todos os bens jurídicos envolvidos na questão.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: . Acesso em: 20 out. 2020

Decreto-Lei N.º 5.452, DE 1º de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. > Acesso em 20 out. 2020

Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm>. Acesso em: 24 out. 2020

Lei No 13.979/20, de 6 de Fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735> > Acesso em 03 nov. 2020.

Lei No 6.019, de 3 de Janeiro de 1974. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16019.htm > Acesso em 30 out. 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**, 10ª edição. São Paulo: LTr, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 14ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.
LIMA, Francisco Meton Marques de; Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. Reforma Trabalhista: entenda ponto por ponto. São Paulo: LTr, 2017. 189 p.

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho** Esquematizado. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. 1058 p.

CORONAVÍRUS, COMO LIDAR COM OS IMPACTOS NA CONSTRUÇÃO. Sienge, 2020. Disponível em: < <https://www.sienge.com.br/coronavirus-impactos-na-construcao-civil/> >. Acesso em 03 nov. 2020.

ORIENTAÇÕES GERAIS AOS TRABALHADORES E EMPREGADORES DO SETOR DA CONSTRUÇÃO CIVIL EM RAZÃO DA PANDEMIA. **Renast, 2020**. Disponível em: < <http://renastonline.ensp.fiocruz.br/recursos/orientacoes-gerais-aos-trabalhadores-empregadores-setor-construcao-civil-razao-pandemia> >. Acesso em 03 nov. 2020.

Capítulo 11

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO COMO COROLÁRIO DO ACESSO EFETIVO À JUSTIÇA: Análise à luz da realidade jurisdicional brasileira e da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Bruna Marcelle Soares Gomes
Teo Azevedo Sousa

RESUMO: O acesso efetivo à justiça constitui-se como direito basilar de um Estado Democrático de Direito, reconhecido expressamente na Constituição Federal de 1988 e na Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Observou-se que, para além do acesso meramente formal ao Poder Judiciário, através do exercício do direito de ação, o acesso à justiça representa a obtenção pelos indivíduos, titulares de direitos na ordem jurídica democrática, de uma prestação e/ou tutela jurisdicional efetiva, justa e tempestiva. Analisou-se a violação à duração razoável do processo no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, o qual gerou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela morosidade na resolução do feito e pela indiferença na proteção jurídica das vítimas. Por fim, se traçou considerações acerca da implementação, pela Emenda Constitucional 45/2004, do direito humano fundamental à duração razoável do processo no ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Palavras-chave: Acesso à justiça. Duração razoável do processo. Direito humano fundamental. Tutela jurisdicional efetiva.

ABSTRACT: The effective access to justice is a fundamental right of a Democratic State of Law, expressly recognized in the 1988 Federal Constitution and the Inter-American Convention on Human Rights. It was observed that, in addition to purely formal access to the Judiciary, through the exercise of the right to action, access to justice represents the obtaining by individuals, holders of rights in the democratic legal order, of an effective jurisdictional provision and/or protection, fair and tempestive. The violation of the reasonable duration of the process was analyzed in the case of “Fazenda Brasil Verde Workers”, which generated the international responsibility of the Brazilian State for the delay in resolving the deed and for the indifference in the legal protection of the victims. Finally, considerations were made about the implementation, by Constitutional Amendment 45/2004, of fundamental human right to the reasonable duration of the process in the Brazilian constitutional legal system.

Keyword: Access to justice. Reasonable duration of the process. Fundamental human right. Effective jurisdictional protection.

1 INTRODUÇÃO

Ao apontar as distinções conceituais entre direitos humanos e direitos fundamentais, Ingo Sarlet (2012) elucida que os primeiros, por guardarem a característica da universalidade, estariam vinculados aos documentos jurídicos internacionais, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos ou o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, dado que preceituam garantias à pessoa humana independente do seu pertencimento a um Estado nacional (incluindo, portanto, os apátridas). Já os segundos, conforme o autor supracitado, referem-se aos direitos reconhecidos e/ou positivados no âmbito interno de determinado Estado. Nesse sentido, o emprego da expressão “direitos humanos fundamentais” no presente trabalho se justifica pela relevância ou reconhecimento da “duração razoável do processo”, enquanto pressuposto essencial (mas não exclusivo) de um acesso efetivo à justiça, tanto no plano internacional quanto no âmbito do direito constitucional brasileiro.

Assim, situa-se o acesso à justiça como “o mais básico dos direitos humanos”, utilizando uma expressão cunhada por Cappelletti e Garth (1988), pois entende-se que a sua plena realização possibilita o exercício efetivo de todos os demais direitos garantidos à pessoa humana. Aponta-se como marcos jurídicos do reconhecimento do direito humano de acesso à justiça dentro de um prazo razoável, a Constituição Federal de 1988 (inc. XXXV e LXXVIII do art. 5º) e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos (art. 8º.1), ratificada pelo Brasil em 1992. Em seguida, realiza-se uma análise emblemática da responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela negligência quanto à situação dos trabalhadores da Fazenda Brasil Verde submetidos a uma condição análoga a de escravo, cujo processo apresentou a duração aproximada de 11 anos, representando uma violação extrema aos direitos humanos das vítimas.

Dessa forma, objetiva-se o enquadramento do acesso à justiça dentro de um conceito holístico, reconhecendo-se que a sua compreensão não se reduz ao aspecto meramente formal de acesso ao Poder Judiciário, mas inclui a concretização de uma tutela e/ou proteção jurisdicional efetiva, integral e tempestiva aos indivíduos, estando em consonância, portanto, com a exigência por uma “duração razoável do processo”,

requisito essencial para a construção de um sistema jurídico que busca evitar ou eliminar a produção generalizada de injustiças e/ou impunidades de qualquer natureza. Para isso, a metodologia utilizada consistiu em pesquisas bibliográficas sobre a temática em discussão, tendo como base as contribuições teóricas de Cappelletti e Garth sobre o acesso à justiça, bem como do processualista brasileiro Luiz Guilherme Marinoni no que tange ao estudo acerca da tempestividade e efetividade da tutela jurisdicional e suas diferentes implicações, além dos subsídios teóricos da jurista brasileira Flávia Piovesan em relação a importante análise realizada pela mesma acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2 O ACESSO À JUSTIÇA COMO “O MAIS BÁSICO DOS DIREITOS HUMANOS”

Na linha teórica do positivismo jurídico de Hans Kelsen, encontra-se a busca pela construção de uma espécie de “purismo” metodológico no âmbito da Ciência do Direito. Esta, segundo o jurista austríaco supracitado, teria como objeto tão somente normas jurídicas (direito positivo) e a relação traçada entre as mesmas dentro de um ordenamento jurídico unitário e hierarquizado (norma fundamental), não incidindo em sua apreciação, portanto, quaisquer interferências externas (sociais, axiológicas, políticas, etc.). Nesse sentido, o fundamento de validade de uma ordem jurídica, conforme Kelsen, deriva da sua conformação ou compatibilidade com uma norma jurídica fundamental (pressuposto lógico-técnico do sistema), independente de qualquer juízo valorativo (se justa ou injusta). Assim, tem-se que uma norma jurídica pode ser injusta (o que é indiferente ao Direito, tendo importância tão somente no campo da Ética) e mesmo assim ser válida, desde que tenha sido construída em observância aos pressupostos de validade do sistema jurídico. Como afirmam Bittar e Almeida (2015):

A questão da justiça pode ser tratada por um detido estudo do que é e do que não é justo/injusto, mas dessa tarefa está isenta a Ciência do Direito, ao estilo kelseniano. O que há é que uma teoria sobre a justiça responde por concepções acerca do justo e do injusto, e o que é justo e injusto nem sempre é claro e unânime. Contudo, que há um justo e que esse justo é um justo relativo, isso Kelsen admite. (BITTAR; ALMEIDA, 2015, p. 446-447)

Com o advento de regimes totalitários no século XX e das tenebrosas ditaduras latinoamericanas, o positivismo jurídico clássico iniciou uma de suas maiores crises, visto que inúmeras atrocidades e/ou barbaridades eram/foram cometidas sob o manto da estrita “legalidade”. Como descreve Piovesan (2007), “a barbárie do totalitarismo significou a ruptura do paradigma dos direitos humanos, por meio da negação do valor da pessoa humana como valor fonte do direito” (PIOVESAN, 2007, p. 118). Sendo assim, como uma reação a esse contexto paradigmático, começou a surgir um movimento político, jurídico, ideológico e filosófico, na esfera internacional e nacional, com fulcro na dignidade da pessoa humana e na efetivação de direitos fundamentais, objetivando a reaproximação entre o Direito e a Moral, ficando conhecido como “pós-positivismo”, positivismo crítico ou neoconstitucionalismo, cujos marcos centrais são a Declaração Universal dos Direitos Humanos (plano internacional), em 1948, e no âmbito interno brasileiro, a Constituição Federal de 1988, representativa do movimento de redemocratização brasileira. Dessa forma, “se a Segunda Guerra significou a ruptura com os direitos humanos, o pós-guerra deveria significar sua reconstrução” (PIOVESAN, 2007, p. 118).

Nessa perspectiva, para além da simples declaração de direitos (constitucionalismo simbólico), a afirmação de um Estado Democrático de Direito, no contexto do

neoconstitucionalismo, passou a representar a preocupação com o plano da eficácia das normas jurídicas, compreendidas não apenas como “normas-regras”, mas também como “normas principiológicas” (representativas de valores), em decorrência das contribuições teóricas de Ronald Dworkin e Alexy. Com o pós-guerra, a dignidade humana elevou-se como o fundamento central dos direitos humanos, expressando a máxima kantiana que reconhece o “homem” como um fim em si mesmo.

É justamente sob o prisma da reconstrução dos direitos humanos que é possível compreender, no Pós-Guerra, de um lado, a emergência do chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos, e, de outro, a nova feição do Direito Constitucional ocidental, em resposta ao impacto das atrocidades então cometidas. No âmbito do Direito Constitucional ocidental, são adotados Textos Constitucionais

abertos a princípios, dotados de elevada carga axiológica, com destaque para o valor da dignidade da pessoa humana. (PIOVESAN, 2007, p. 28-29)

Dessa forma, o direito de acesso à justiça surge, nesse contexto, como um direito fundamental ou o mais elementar dos direitos humanos, visto que, através do seu exercício, torna-se possível a efetivação de todos os demais direitos garantidos à pessoa humana. “Nesse cenário, o maior direito passa a ser, adotando a terminologia de Hannah Arendt, o direito a ter direitos, ou seja, o direito a ser sujeito de direitos” (PIOVESAN, 2007, p. 118). Essa noção da pessoa humana como “titular de direitos” na ordem jurídica democrática exige não apenas o reconhecimento ou positivação de direitos, como ato jurídico meramente formal, mas a criação, pelo Estado, de mecanismos ou instrumentos eficazes para a sua plena e/ou efetiva materialização (acesso efetivo à justiça, portanto).

[...] o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido como sendo de importância capital entre os novos direitos individuais e sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentido na ausência de mecanismos para a sua efetiva reivindicação. 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. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11-12, grifo nosso)

Nesse sentido, como explicam Cappelletti e Garth (1988), o acesso à justiça, no contexto dos Estados liberais do séc. XIX e do surgimento dos direitos enquadrados como de primeira dimensão (direitos de defesa), era entendido como um direito meramente formal conferido ao indivíduo de peticionar perante o Estado buscando a reparação por algum injusto sofrido em sua esfera individual/patrimonial. Por ser considerado como um “direito natural”, não se exigia a atuação positiva do Estado buscando sua proteção/efetivação, tendo este o único papel de impedir qualquer tipo de violação provocada por outrem.

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal,

mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 09)

Com o surgimento do Estado Social ou Estado de bem-estar social, se tem a consolidação dos chamados “direitos sociais”, caracterizados pelo seu caráter “positivo” que, em contraposição aos direitos de primeira dimensão, exigem uma atuação comissiva do Estado para sua proteção e/ou efetivação (justiciabilidade). Assim, “tornou-se lugar comum observar que a atuação positiva do Estado é necessária para assegurar o gozo de todos esses direitos sociais básicos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 11). A partir desse momento, abriu-se caminho para o reconhecimento de que todos os direitos, individuais ou coletivos, positivos ou negativos, necessitam da implementação de alternativas ou mecanismos eficazes para que sejam exercidos de maneira plena e justa. Como elucidado por Flávio Galdino (2002):

[...] **o reconhecimento da positividade de todos os direitos impede que se faça uso ideológico da distinção positivo/negativo**, uso que obstaculiza a visão de que – tomando-se em consideração os custos – também os direitos individuais podem ser sacrificados em detrimentos dos sociais. Embora os custos não sejam o único referencial ou critério de decisão, fato é que não podem ser desconsiderados ou servir de fundamento para a tutela integral dos direitos individuais e meramente parcial dos direitos sociais, como se vem fazendo, de forma muitas vezes inaceitável. (GALDINO, 2002, p. 210-211, grifo nosso)

À vista disso, a Constituição Federal de 1988 dispõe, no inc. XXXV do art. 5º, que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). O entendimento desse dispositivo deve orientar-se pela compreensão do processo como um meio ou instrumento garantidor de uma prestação jurisdicional efetiva. Assim, superando-se a ideia reducionista que qualifica o acesso à justiça como simples exercício do “direito de ação”, a reconstrução da noção de “homem” e de “direitos humanos” no pós-guerra significou a construção de um conceito de acesso à justiça que valoriza, para além da assistência judiciária, a realização do direito fundamental a uma tutela jurisdicional efetiva, tempestiva e adequada, pressupostos essenciais para a consecução de um “processo justo”. Como afirma Marinoni (2004):

O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade dos direitos, uma vez que esses últimos, diante das situações de ameaça ou agressão, sempre restam na dependência da sua plena realização. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, exatamente por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos. (MARINONI, 2004, p. 12)

Desse modo, entende-se que um dos pressupostos para a concretização de uma prestação jurisdicional justa e efetiva, encontra-se na tempestividade, isto é, na tutela jurisdicional promovida dentro de um “prazo razoável”. De acordo com o art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada pelo Brasil em 1992:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO Americana sobre Direitos Humanos, 1969)

Com a Reforma do Poder Judiciário, promovida pela entrada em vigor da Emenda Constitucional 45/2004, o direito humano fundamental à duração razoável do processo passou a ter previsão expressa no texto constitucional brasileiro, dispondo o inc. LXXVIII do art. 5º da CF/88 que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (BRASIL, 1988). Assim, se reconhece que a morosidade excessiva e injustificada da prestação jurisdicional pelo Estado é conduta violadora à ordem jurídica constitucional e internacional, visto que atenta contra preceitos humanos básicos e/ou fundamentais ao dificultar o acesso efetivo à justiça, ensejando a responsabilidade civil do Estado (âmbito interno e internacional), tal como no caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, a seguir exposto.

3 OBSTÁCULOS À EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA: O Caso dos “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”

Cappelletti e Garth (1988) identificam e apontam, dentre as barreiras e/ou obstáculos ao acesso efetivo à justiça, o fator “tempo”. Segundo eles, “a Justiça que não cumpre suas funções dentro de ‘um prazo razoável’ é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 18-19). Nesse sentido, em 20 de outubro de 2016, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao proferir a sentença sobre o caso “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, afirmou ser o Estado Brasileiro responsável internacionalmente pela violação, dentre outros dispositivos da Convenção, das “garantias judiciais de devida diligência e de prazo razoável, previstas no artigo 8.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos” (Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016, p. 98)

Nesse caso emblemático submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos, foi constatada a situação desumana e/ou degradante em que se achavam centenas de trabalhadores rurais que, em busca de melhores condições de salário e emprego, se viram vítimas do trabalho escravo. Apesar de já existirem suspeitas de irregularidades na propriedade em questão desde 1989, apenas em 2000, quando dois trabalhadores conseguiram fugir, medidas de fiscalização mais efetivas foram realizadas, o que resultou, segundo o relatório do Ministério do Trabalho, na certificação de que cerca de 82 pessoas se encontravam em condição análoga a de escravo.

Na Fazenda os trabalhadores dormiam em galpões de madeira sem energia elétrica, sem camas, nem armários. O teto era de lona, o que fazia com que eles se molhassem em caso de chuva. Nos galpões dormiam dezenas de trabalhadores em redes. O banheiro e a ducha se encontravam em muito mau estado, fora do galpão, no meio da vegetação, e não contavam com paredes nem teto. Além disso, como resultado da sujeira dos banheiros, alguns trabalhadores preferiam fazer suas necessidades pessoais na vegetação e tomar banho numa represa, ou não tomar banho. A alimentação era insuficiente, repetitiva, de má qualidade e descontada de seus salários. A rotina diária de trabalho era de 12 horas ou mais, com um descanso de meia hora para almoçar e apenas um dia livre por semana. Em virtude dessas condições, alguns trabalhadores adoeciam com regularidade, entretanto não recebiam atenção médica. Ademais, para receber o salário, deveriam cumprir uma meta de produção difícil de alcançar, razão pela qual não recebiam nenhum pagamento por seus serviços. O trabalho era realizado sob ordens, ameaças e vigilância armada. Isso gerava nos trabalhadores o desejo de fugir, mas a fiscalização, a falta

de salário, a localização isolada da fazenda, com a presença de animais selvagens, os impediam. (Corte IDH. Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil. Sentença de 20 de outubro de 2016, p. 03)

Segundo a conclusão da Corte Interamericana na sentença proferida contra o caso em discussão, os Estados, ao tomarem conhecimento da existência de qualquer ato característico de escravidão ou tráfico de pessoas (práticas atentatórias contra os direitos humanos), deverão dar início a todas as investigações necessárias (mesmo sem serem provocados), adotando medidas diligentes e razoáveis de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Assim, constatou-se que, no caso em exame, exigia-se a aplicação de diligências urgentes por parte do Estado brasileiro, dada a verificação da gravidade da situação e da vulnerabilidade das vítimas. Entretanto, em decorrência da inércia ou morosidade excessiva e injustificada do Estado em apurar os casos dentro de um prazo razoável, o processo teve aproximadamente 11 anos de duração, o que se considerou como uma violação extrema aos direitos das vítimas de obterem uma proteção jurídica efetiva dentro de um prazo justo e adequado.

Conforme a jurisprudência da Corte, a aferição do que seria uma demora “razoável” do processo deve passar pela avaliação dos seguintes fatores: a) a complexidade do assunto, b) a atividade processual do interessado, c) a conduta das autoridades judiciais e d) a afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo. Após a verificação desses critérios no caso brasileiro em questão, constatou-se que nenhum motivo havia para a dilação excessiva em apurar os fatos e conceder uma resposta efetiva às vítimas, visto que, segundo conclusões da Corte: i) o caso presente não apresentava uma alta complexidade, existindo conhecimentos suficientes para o oferecimento das denúncias, bem como se tratava de um grupo específico de sujeitos (trabalhadores da Fazenda); ii) por se tratar de um crime de “ação penal pública incondicionada”, a propositura da ação penal era de titularidade privativa do Ministério Público Federal, não existindo qualquer atuação da vítimas no sentido de obstaculizar a instauração ou andamento do processo (principalmente pela situação de vulnerabilidade em que se encontravam); iii) verificou-se que os atrasos no processo penal, em decorrência dos conflitos de competência e da inação das autoridades judiciais em apurar os fatos com diligência, são imotivados (inclusive quanto à

prescrição, visto que esta se deu exclusivamente pela conduta irresponsável das autoridades judiciais brasileiras); e, por fim, iv) examinou-se que, em decorrência da morosidade na prestação jurisdicional, no que tange à apuração e resolução do caso, as vítimas não receberam quaisquer indenizações por parte dos responsáveis, o que apenas elevou o rol de injustiças sofridas.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À TUTELA JURISDICIONAL EFETIVA E TEMPESTIVA

Antes de ser delineado o direito humano fundamental à duração razoável do processo, destacam-se as lições do processualista brasileiro Luiz Guilherme Marinoni acerca da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva enquanto direito fundamental processual no ordenamento constitucional pátrio. Além do que, serão apontadas as implicações existentes entre esse direito, no que se refere a sua dimensão temporal, e o processo jurisdicional que o concretiza. Assim, lançam-se as bases para que o “conteúdo mínimo essencial” (COMOGLIO, 1970, p. 156 apud MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 800) do direito humano fundamental à duração razoável do processo seja traçado adiante.

Consoante Marinoni e Mitidiero (2018), o art. 5º, LIV da CRFB, que dispõe “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, estabelece, em acepção ampla, o direito fundamental ao processo justo no ordenamento brasileiro. Tal postulado está expressamente previsto nas principais cartas políticas ocidentais, assim como nas principais declarações e convenções internacionais em matéria de direitos humanos (MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Em face do direito fundamental ao processo justo, é identificada a correspondente obrigação do Estado Constitucional (em suas funções legislativa, executiva e judiciária) de

proteger de modo efetivo os direitos (MARINONI; MITIDIERO, 2018). Sendo certo que, se essa tutela depende do processo, ela somente dar-se-á através de processo justo, que deve ser entendido contemporaneamente como instrumento pelo qual se tutelam direitos nos termos da Constituição. (MARINONI; MITIDIERO, 2018)

De modo acurado, Marinoni e Mitidiero (2018) registram que o direito ao processo justo objetiva garantir a obtenção de um pronunciamento judicial justo, viabilizando o exercício de pretensão à justiça e pretensão à tutela jurídica (MARINONI; MITIDIERO, 2018). Por conseguinte, na linha do que fora exposto, “[o] exercício da pretensão à tutela jurídica dá lugar à tutela dos direitos, que constitui o seu objetivo dentro do Estado Constitucional.” (MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 800)

É de se destacar, que a insistência no raciocínio por uma tutela jurisdicional efetiva do direito material está ligada a visão que se estabeleceu na processualística contemporânea de que as circunstâncias de direito material devem ser consideradas em primeiro plano, para que, então, se proceda a escolha da técnica processual mais adequada para fins de proteção. Nessa linha, processo, indubitavelmente, é instrumento, aproximando-se do direito material ao ensejar as discussões em torno da adequabilidade e efetividade da técnica. Nesse sentido, colaciona-se autorizado magistério:

Considerar o processo civil um meio para a tutela dos direitos significa antes de qualquer coisa pensar primeiro nas situações de direito material que se pretende proteger por meio do exercício da ação para somente depois cogitar das técnicas processuais adequadas para sua efetiva proteção. (MARINONI, 2004, p. 145 apud ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 12, grifo do autor)

Desta forma, a exigência de uma tutela jurisdicional adequada e efetiva é reconhecida como um dos elementos estruturantes do processo justo, sendo-lhe atribuída tal como a este a qualificação de direito fundamental processual.

Segundo Marinoni e Mitidiero (2018), o direito à tutela jurisdicional comporta análise por meio de três perspectivas: do acesso à justiça, da adequação da tutela e da efetividade da tutela. Ao que nós acresceremos a perspectiva da tempestividade da tutela. Tendo em vista os fins deste trabalho, apenas as duas últimas perspectivas serão exploradas nessa oportunidade.

A efetividade da tutela jurisdicional refere-se ao resultado do processo (MITIDIERO, 2007, p. 93 apud MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 818), estando mais

diretamente atrelada à necessidade de o resultado da demanda exprimir essencialmente o direito material (AMARAL, 2008, p. 56 apud MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 819). Visto que: A tutela jurisdicional é aquela que, no plano do processo, tem o compromisso de realizar plenamente a tutela que decorre do direito material, ou seja, a própria tutela material. (MARINONI, 1998, p. 400)

Ademais, enfatize-se um dado inevitável: “[o]nde há um direito, existe igualmente direito à sua realização [...] A previsão do direito pela ordem jurídica outorga desde logo pretensão à sua proteção efetiva.” (MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 820, grifo do autor).

De modo que, a prestação da tutela efetiva deve se dar tendo como ponto de partida o direito material que se visa proteger (MARINONI; MITIDIERO, 2018). A pergunta que deve ser feita é “O que se quer proteger?”, para em seguida, consideradas as peculiaridades do direito material envolvido no caso, proceder a escolha da técnica processual que se revele mais efetiva. Tal raciocínio é crível quando se identifica a consolidação de diferentes técnicas na seara processual, adaptadas que foram (são) ao direito material reconhecido ao longo dos tempos. Assim, a doutrina processual civilista trata modernamente da tutela preventiva (inibitória) e da tradicional tutela repressiva (reintegratória, reparatória e ressarcitória), cada uma à sua maneira enseja prevenção ou remoção (em sentido amplo) de ilícitos e danos. O exame detido de cada uma delas desborda dos limites traçados a este trabalho. Contudo, em apertada síntese:

A tutela contra o ilícito pode ser prestada de forma preventiva (tutela inibitória) ou de forma repressiva (tutela de remoção do ilícito, também conhecida como tutela reintegratória, art. 497, parágrafo único, do CPC de 2015). A primeira visa impedir a prática, a reiteração ou a continuação de um ilícito. É uma tutela voltada para o futuro. A segunda, a remover a causa de um ilícito ou os seus efeitos. É uma tutela voltada ao passado. A tutela contra o dano é sempre repressiva. Ela pressupõe a ocorrência do fato danoso. Ela pode visar à reparação do dano (tutela reparatória) ou ao seu ressarcimento em pecúnia (tutela ressarcitória). (MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 820, grifo do autor)

Além disso, como pontuado linhas atrás a tempestividade também se configura como dimensão por meio da qual o direito à tutela jurisdicional pode ser analisado. Em linhas gerais, Annoni (2006) salienta que o processo está inevitavelmente

ligado ao tempo, imprescindível para sua maturação. Constatando-se a presença de um paradoxo quando consideradas as categorias tempo e processo, uma vez que este exige simultaneamente rapidez e presteza do resultado (tutela jurisdicional efetiva e tempestiva) e demanda a segurança concreta para o esclarecimento do direito (ANNONI, 2006). A aparente contradição será discutida em momento oportuno.

Portando, evidencia-se que a questão temporal tem grande relevância quando se trata de tutela jurisdicional dos direitos (MARINONI, 2009). Isso, porque a tutela dos direitos é inseparável da dimensão do tempo, na medida em que tutelar de modo intempestivo

corresponde a não proteger ou a proteger de forma indevida (MARINONI, 2009). Trata-se, pois, nesses termos, de tutela ineficaz, quando não, inexistente.

Bem vistas as coisas, tanto a tutela inefetiva quanto a tutela intempestiva vulneram não só o postulado do processo justo o qual estruturam, como também outros princípios caros a ordem jurídica como o princípio da segurança jurídica. Pois, “[n]ão por acaso a efetividade [e a tempestividade] compõe[m] o princípio da segurança jurídica – um ordenamento jurídico só é seguro se há confiança na realização [tempestiva] do direito que se conhece.” (MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 818, grifo do autor). Nessa linha, como componente da segurança jurídica encontra-se a tempestividade, nos termos aqui discutidos tutela jurisdicional efetiva deve ser tutela sem demora, posto que prestar tempestivamente a tutela jurisdicional é efeito jurídico previsto e prescrito no ordenamento jurídico, sendo esperado pelo jurisdicionado. Abordando de modo preciso o conteúdo do princípio geral da segurança jurídica, destaca-se a lição de J.J. Gomes Canotilho:

O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideias de proteção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo têm do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre os seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico. (CANOTILHO, 2003, p. 257)

Dessa forma, “quando se considera o direito à obtenção da tutela do direito material se toma em conta a sua “efetividade” que também reclama ‘tempestividade’”

(MARINONI, 2009, p. 83). Ante o exposto, vê-se, pois, garantido ao jurisdicionado no ordenamento brasileiro o direito fundamental processual à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva ou no dizer de Canotilho (2003) “[direito à] protecção jurídica eficaz e temporalmente adequada” (p. 499).

Segundo Canotilho (2003), a existência de processos ágeis, diligentes e eficazes é condição indispensável para uma tutela jurisdicional efetiva/adequada. Nessa linha, passa-se a depurar a garantia da duração razoável do processo inserida expressamente na Constituição Federal de 1988.

5 DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A noção de processo transmite logicamente a uma situação dinâmica e progressiva, com isso, afasta o que se entende por instante (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017). Isto posto, é importante relevar que à medida que excessivamente demora a resposta do Estado frente a violações ou ameaças a direitos, mais apartada ela fica das necessidades do interesse que pretende protecção, além do que, maior o dano marginal que a parte que tem razão suporta por ter simplesmente recorrido ao processo para obter tutela do direito material (ARENHART; MARINONI; MITIDIERO, 2017).

Nessa linha, e considerando os efeitos deletérios da morosidade na prestação da tutela jurisdicional à ordem jurídica e ao jurisdicionado, o postulado do prazo razoável à duração do processo é reconhecido como direito humano fundamental em uma série de diplomas internacionais. Entre eles: a Convenção Europeia para Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 1959 (art. 6º, I), a Convenção americana de Direito Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969 (art. 8º) e a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000 (art. 47). O teor do art. 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos ratificada pelo Brasil e integrada ao nosso ordenamento pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992 é o seguinte:

Artigo. 8º, 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos e obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969, grifo inserido)

Na mesma trilha, a garantia referida foi inserida expressamente pela EC n. 45/2004 no rol dos Direitos e Garantias fundamentais do art. 5º da Constituição Federal de 1988. O inciso LXXVIII acrescido dispõe que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (BRASIL, 1988, grifo inserido). A maior parte dos constitucionalistas brasileiros registra com acerto que tal postulado já era extraível do direito fundamental do acesso à justiça (art. 5º. XXXV da CRFB) e do direito fundamental ao devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB). De modo que, nas lições de autorizada doutrina constitucional tornou-se direito fundamental formalmente, mas já o era antes materialmente.

Adiante, percebe-se que a ordem de problema que decorre dessas previsões está em saber se o tempo que o processo leva para ensejar a tutela do direito material é proporcional ou não (MARINONI; MITIDIERO, 2018). E arrematam Marinoni e Mitidiero (2018): “[r]igorosamente, a questão está em saber se a duração do processo é proporcional em relação à especificidade do direito material tutelado em juízo” (p. 859, grifo do autor).

Bulos (2017) ao tratar do art. 5º, LXXVIII da CRFB assenta que pelo dispositivo, que entende tratar-se de princípio, às autoridades jurisdicionais e administrativas é reconhecido o dever de exercerem suas funções com rapidez, presteza, e segurança, prescindindo de tecnicismos exacerbados, ou demoras sem justificativa, viabilizando, a curto prazo, a solução dos dissídios que lhes sejam levados à apreciação. O referido autor assim como outros autores que tratam do postulado da razoável duração do processo [a]põe a exigência da rapidez/celeridade processual à exigência da segurança.

Isso, porque processo expedito, célere, diligente, enfim, com duração razoável não significa processo descuidado das demais garantias processuais

fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa por exemplo. Assim, “[...] não se pode admitir um direito à razoável duração do processo quando, para isso, se sacrifique o direito à igualdade no processo, o direito às provas e o direito à fundamentação das decisões (DUARTE, 2007, p. 211 apud DANTAS, 2010, p. 10).

Com isso, o tempo, já que insito ao processo, não deve ser considerado açodadamente obstáculo ou empecilho a prestação jurisdicional, pelo contrário, no limite do razoável conforme salienta Annoni (2006) “[...] é o respeito à duração máxima do processo que o torna eficaz” (p. 200). Vale destacar, o prazo razoável (tempo) matura o processo, porque às partes será oportunizado momento para exercício de garantias processuais, bem como ao final dele poderá ser concedida tutela jurisdicional após prazo razoável de cotejo do direito material a ser tutelado e os demais elementos da demanda, podendo obter-se tutela mais efetiva.

Além disso, Annoni (2006) e Dantas (2010) asseveram que o simples cálculo aritmético dos prazos estabelecidos legalmente para o procedimento não é critério útil para se aferir a razoabilidade da duração do processo. Visto que, reduz sobremaneira os papéis das partes a um mero atuar burocrático, em prejuízo ao dimensionamento humano que é exigível na dinâmica processual (DANTAS, 2010).

Em síntese, “[o] que a Constituição determina é a eliminação do tempo patológico – a desproporcionalidade entre a duração do processo e a complexidade do debate da causa que nele tem lugar” (MARINONI; MITIDIERO, 2018, p. 860, grifo do autor).

De resto, a doutrina e jurisprudência majoritárias identificam que a violação do direito à duração razoável acarreta direito a reparação, como se viu em linhas atrás.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A reflexão travada neste trabalho abordou o acesso efetivo à justiça enquanto direito basilar do Estado Constitucional, reconhecido expressamente na seara internacional (Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos) e doméstica (Constituição Federal de 1988). Além disso, demonstrou que a compreensão em torno

do acesso à justiça não se reduz ao direito de acesso aos tribunais, no dizer de Canotilho (2003) não se reduz a garantia institucional da via judiciária.

Como restou consignado, do direito basilar de acesso à justiça também depende-se a exigência de concretização de tutela jurisdicional adequada, efetiva e tempestiva aos indivíduos. Tudo isso com lastro nas contribuições teóricas de Cappelletti e Garth sobre o acesso à justiça.

Ademais, explorando o aspecto da efetividade e tempestividade da tutela jurisdicional apresentaram-se as lições do processualista brasileiro Luiz Guilherme Marinoni. Com base nelas, demarcou-se a tendência do direito material enquanto garantido/previsto/positivado em se concretizar por meio das mais variadas técnicas processuais.

Por meio das contribuições de Luiz Guilherme Marinoni também foi possível constatar a fundamentalidade do direito à tutela jurisdicional efetiva e tempestiva, porquanto componente do postulado do processo justo (devido processo legal).

Analisou-se a violação à duração razoável do processo no caso concreto “Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde”, o qual acarretou a responsabilidade internacional do Estado brasileiro pela morosidade na resolução do feito e pela indiferença na proteção jurídica das vítimas. Assim, constatou-se que, no caso em exame, tendo como parâmetros critérios fixados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em outros julgados, exigia-se a aplicação de diligências urgentes por parte do Estado brasileiro, dada a verificação da gravidade da situação e da vulnerabilidade das vítimas. Entretanto, em decorrência da inércia injustificada do Estado em apurar os casos dentro de um prazo razoável, verificou-se a violação extrema aos direitos das vítimas de obterem uma proteção jurídica efetiva dentro de um prazo justo e adequado.

Por fim, demarcou-se o movimento do constituinte derivado em positivizar expressamente no texto constitucional de 1988 a garantia da razoável duração do processo, curial para a tutela efetiva dos direitos. Assim, traçaram-se as principais imbricações em torno desse direito humano fundamental. Tais como: o critério para se aferir a razoabilidade da duração do processo e a necessidade de o tempo ser

compreendido não como obstáculo a eficácia processual, porque ao contrário, como destacado linha atrás, matura o processo tornando-o eficaz.

REFERÊNCIAS

ANNONI, Danielle. **O direito humano de acesso à justiça em um prazo razoável**. 2006. Tese (Doutorado em Direito) - Curso de pós-graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006. Disponível em: <file:///C:/Users/TEO/Downloads/ANONI%20-%2020205.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2019.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BITTAR, Eduardo C. B; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de filosofia do direito**. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Vade mecum**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL, Decreto nº 678, DE 6 DE NOVEMBRO DE 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, 6 nov. 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 29 jun. 2019.

BULOS. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

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

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

Corte IDH. **Caso Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde Vs. Brasil**. Sentença de 20 de outubro de 2016.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **A questão do prazo razoável da duração do processo**. Revista CEJ. Brasília, Ano XIV, n. 48, p. 4-13, jan./mar. 2010. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24868.pdf>. Acesso em: 28 jun 2019.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos**. In: TORRES, Ricardo Lobo (org). Legitimação dos direitos humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Direitos fundamentais processuais**. In: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. (org.). Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 797- 863.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais**. Disponível em: file:///C:/Users/POSITIVO/Downloads/PROF-MARINONI-MARINONI-O-DIREITO-À-TUTELA-JURISDICCIONAL-EFETIVA-NA-PERSPECTIVA-DA-TEORIA-DOS-DIREITOS-FUNDAMENTAIS(1).pdf. Acesso em: 29 jun. 2019.

_____. **Direito fundamental à duração razoável do processo**. Revista Estação Científica. Juiz de Fora, v.01, n.04, p. 82-97, out./nov. 2009. Disponível em: <http://portal.estacio.br/media/4413/artigo-5-revisado.pdf>. Acesso em: 28 jun 2019.

_____. **Tutela inibitória (individual e coletiva)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 475 p.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

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