



INTELIGÊNCIA DE ESTRATÉGIA ACADÊMICA:

Denise Campos
Rodrigo Neiva
Marco Sampaio

DIREÇÃO CIENTÍFICA:

Fernando Gustavo Knoerr
Irene Portela
Silvana Croope

DIREÇÃO GERAL:

Viviane Coêlho de Sêllos-Knoerr
Angelo Viglianisi Ferraro
Luciana Aboim

COORDENAÇÃO:

Maria Carolina Granja
Sandro Mansur Gibran
Alex Volnei Teixeira

Diálogos (Im)pertinentes

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

AUTORIDADES ACADÊMICAS HOMENAGEADAS:

Maria Rosária Barbató
Ivo Dantas
Orides Mezzaroba

APRESENTAÇÃO:

Rúben Miranda Gonçalves

Este projeto
foi concebido e realizado
em apoio aos seguintes
ODS:



16

VOLUME

ORGANIZAÇÃO:

Adriane Garcel
Bárbara Feijó Ribeiro
Bárbara Madalena Heck da Rosa
Bruno Alexander Mauricio
Camila Stabach Mendes
Edna de Cássia Santos
Gustavo de Santa Cruz Arruda
José Alberto Monteiro Martins
Luciana Paggiatto Camacho
Marcela Borges de Macedo
Marcianita Lopata de Lima
Viktória Moreira Martins
Hélio Lucas Marques



ISBN 978-85-5523-515-3



E-BOOK

Instituto Memória

A presente obra foi aprovada pelo nosso Conselho Científico-Editorial respeitando as diretrizes da Qualis/CAPES, quais sejam, originalidade, relevância, pertinência, embasamento teórico, densidade científica, metodologia e desenvolvimento, inclusive o sistema “double blind review”, garantindo a isenção e imparcialidade do corpo de parecerista e a plena autonomia do Conselho Editorial, atestando a excelência da obra que apresentamos à sociedade.

CONSELHO EDITORIAL

Edson Fachin - Reynaldo Soares da Fonseca - Francisco Rezek - Ingo Sarlet - Sidney Guerra - Flávia Piovesan - Valerio Mazzuoli - André de Carvalho Ramos - Wagner Menezes - Felipe Chiarello - Eduardo Arruda Alvim - Nelson Nery Júnior - Ricardo Seitenfus - Demetrius Nichele Macei - Luiz Eduardo Gunther - Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Luis Alexandre Carta Winter - Octavio Fischer - Betina Grupenmacher - Augusto Bonner Cochran III (USA) - Andrea Pitasi (Itália) - Fernando Araujo (Portugal) - Sara Petroccia (Itália).

SÉLLOS-KNOERR, V. C.

FERRARO, A. V.

ABOIM, L.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16 - Desafios para a concreção constitucional. Direção geral: Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, Angelo Viglianisi Ferraro, Luciana Aboim. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2023. E-BOOK. 169 p.

1. Direito Constitucional. 2. Direito Empresarial. 3. Direitos Humanos. I. Título.

CDD: 340

APRESENTAÇÃO

A luz da contemporaneidade em nossos dias está ligada intimamente ao conhecimento científico, sem o qual não é possível desde ligar uma simples máquina, construir casas ou mesmo garantir uma boa colheita. São temas da atualidade, com questões a serem resolvidas, e que integram esta coletânea.

A busca pela equidade é uma constante em todos os povos desde os tempos imemoriais. Quando a sociedade se dividiu em classes, diversos pensadores manifestaram-se a respeito, uma vez que a Justiça para eles era inconcebível sem as oportunidades iguais para todos e não nesse tipo de organização em que “O homem é o lobo do próprio homem”.

Homens como o britânico Thomas More e sua Utopia, depois Tommaso Campanella com A Cidade do Sol, descreviam uma sociedade igualitária e com oportunidades iguais para todos. Seguindo a eles, Robert Owen, Saint Simon e Fourier, entre outros, cunharam o termo “socialismo utópico” até que em meados do século XIX, Karl Marx e Friedrich Engels colocaram essas ideias de maneira científica utilizando-se de conhecimentos oriundos da filosofia, economia política e socialismo científico.

O valor desse imenso legado bem lembrado por Lu Popov em Fundamentos da Economia Política- Países em Vias de Desenvolvimento, aponta-nos para as crises constantes do capitalismo, tal como o conhecemos até então e as críticas que devemos fazer a esse sistema com o intuito de transformá-lo se o que desejamos é uma sociedade mais justa.

Os autores que aqui mergulharam em temas que vão desde questionar o futuro do capitalismo num mundo em transformação, passando por críticas à reforma trabalhista e à perda de direitos dos trabalhadores apesar de todos os acordos multilaterais e da Carta Magna defenderem os Direitos humanos, a dignidade da Pessoa humana entre outros, objetivo ainda não alcançado, a despeito de esforços de cientistas em diversas áreas do conhecimento.

Nesta coletânea, o assunto da imigração, também aqui é abordada de maneiras distintas. A que traz o passado da imigração italiana para o Brasil e as suas consequências no desenvolvimento do País e uma mais moderna, que analisa a situação do migrante para a Europa, levantando os seus direitos legais como a qualquer nativo, a partir de acordos multilaterais que defendem o acolhimento aos migrantes legais e asseguram também o direito ao trabalho como forma de sobrevivência.

O problema da imigração é longo. Em especial na década de 1950, quando o derrame de mão de obra excedente assolou a Itália e depois expandiu-se por outros países.

Agora, no século XXI, é preciso refletir e ajustar a situação dessas pessoas, tentativas que têm sido feitas por meio de acordos multilaterais que tentam contornar as situações que perduram em nossos dias.

Ao longo da leitura, o assunto pandemia vem novamente ao cenário e com ele a necessidade de ajustar as formas de trabalho, que por uma questão de segurança e também de saúde pública, incorporaram a linguagem da tecnologia, esta já consolidada com todo o tipo de argumento de suas vantagens, tais como a diminuição de custos tanto para o empregador quanto para o empregado, uma vez que há deslocamentos, a manutenção de sedes para abrigar o número de funcionários entre outros.

Desse modo, consolida-se uma nova forma laboral, a híbrida, ou seja, aquela que se divide entre o virtual e o presencial, sem o esquecimento de suas críticas que pretendem no futuro ser resolvidas também por avanço tecnológico já disponível, como é o caso da oferta de PABX virtual para as empresas, possibilitando o controle da produção e movimentação, mencionado aqui talvez como sugestão para uma futura abordagem.

Por fim, todas as temáticas que compõem a obra são de relevância inestimável, feita com afinho e muita sabedoria pelos profissionais e estudantes que a elas dedicaram-se com empenho e dedicação, como exige a produção científica de qualidade, como não poderia deixar de ser, em linguagem acessível também para o leigo, pois a ciência e as suas descobertas e questionamentos devem ser comunicadas com clareza.

Ao leitor dessa coletânea, um convite a refletir sobre temas tão palpitantes e que merecem toda a atenção. Aos articulistas um agradecimento por produções de tão alto nível.

Dezembro de 2022,
Las Palmas de Gran Canaria, Espanha.

Rúben Miranda Gonçalves

Doctor y Mestre en Derecho – Universidad de Santiago de Compostela
Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales – Universidad de Santiago de Compostela
Profesor de Filosofía del Derecho – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMÁRIO

PERSPECTIVAS PARA O CAPITALISMO E REFLEXOS NO TRABALHO.....	8
<i>Demetrius Nichele Macei.....</i>	<i>8</i>
<i>Caroline Sampaio Peçanha Schierz.....</i>	<i>8</i>
<i>Ricardo Hasson Sayeg.....</i>	<i>8</i>
1. INTRODUÇÃO.....	8
2. CRISES DO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO.....	9
3. JEREMY RIFKIN: CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO E A INTERNET DAS COISAS 14	
4. LUIGI ZINGALES: UM CAPITALISMO PARA O POVO.....	17
5. REFLEXOS NO TRABALHO.....	21
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	22
 EM QUE MEDIDA O PENSAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE KARL POPPER PODE SER (IN)COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO?.....	26
<i>Marine Morbini Durante.....</i>	<i>26</i>
<i>Clayton Reis.....</i>	<i>26</i>
<i>Irene Maria Portela.....</i>	<i>26</i>
1. INTRODUÇÃO.....	26
2. O PENSAMENTO DE KARL POPPER.....	27
3. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO.....	30
3.1. CONTEXTO HISTÓRICO/SOCIAL.....	30
3.2. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO: ORIGEM.....	31
3.3. EXEMPLOS DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	32
4. DA (IN)COMPATIBILIDADE DO PENSAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE KARL POPPER COM O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO.....	34
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	35
 O DIREITO À SAÚDE, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CRISE PANDÊMICA E A QUEBRA DE PATENTE DE INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS.....	39
<i>Andrielly Prohmann Chaves Zanella.....</i>	<i>39</i>
<i>Valmir César Pozzetti.....</i>	<i>39</i>
<i>Flávia Piva Almeida Leite.....</i>	<i>39</i>
1. INTRODUÇÃO.....	39
2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	40
3. A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO.....	42
4. O COVID 19 E O DESENVOLVIMENTO DE VACINAS.....	46
5. A QUEBRA DE PATENTE EM CASOS DE EMERGÊNCIA NACIONAL.....	47
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	49
 IL QUADRO NORMATIVO DEL TRATTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI.....	54
<i>Antonella D'andrea.....</i>	<i>54</i>
1. IL TRATTAMENTO DEI MIGRANTI NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO.....	54
2. LO STATUS DEI LAVORATORI MIGRANTI COMUNITARI ALL'INTERNO DELL'UE.....	58
3. LA CONDIZIONE GIURIDICA DEI MIGRANTI DEI PAESI TERZI.....	61
4. LO SFRUTTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI.....	68
5. LA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE.....	71

REFORMA TRABALHISTA, JUSTIÇA DO TRABALHO E O TRABALHADOR IMIGRANTE	77
<i>Ana Letícia Domingues Jacinto.....</i>	<i>77</i>
<i>Arthur Bastos Rodrigues.....</i>	<i>77</i>
1. INTRODUÇÃO	77
2. REFORMA TRABALHISTA E MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO.....	78
3. O TRABALHADOR IMIGRANTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO	82
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	89
 A IMIGRAÇÃO ITALIANA EM DOIS TEMPOS: O NEOLIBERALISMO E O RECRUDESCIMENTO DA RACIONALIDADE CAPITALISTA.....	91
<i>Thales Ribeiro Corrêa</i>	<i>91</i>
<i>Victor Sousa Barros Marcial e Fraga</i>	<i>91</i>
<i>Maria Rosaria Barbato.....</i>	<i>91</i>
1. INTRODUÇÃO	91
2. BREVE HISTÓRICO DAS IMIGRAÇÕES ITALIANAS PARA O BRASIL	92
3. A HISTÓRIA RECENTE: A MIGRAÇÃO ITALIANA PARA O BRASIL ENTRE 2008 E 2017	94
4. ENTRE O NEOLIBERALISMO E O RECRUDESCIMENTO DA RACIONALIDADE CAPITALISTA	96
4.1. A CRISE DO LIBERALISMO CLÁSSICO.....	97
4.2. O RECRUDESCIMENTO DA RACIONALIDADE CAPITALISTA E O NEOLIBERALISMO	99
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	101
 O DIREITO DO TRABALHO E AS SUAS MIGRAÇÕES.....	104
<i>Márcio Túlio Viana</i>	<i>104</i>
1. INTRODUÇÃO	104
2. A CUMPLICIDADE DOS VERBOS	106
3. O TEMPO DO <i>FICAR</i>	107
4. O TEMPO DO <i>IR</i>	108
5. O DIREITO DO TRABALHO COMO PRÁTICA DO <i>IR</i>	109
6. O <i>IR</i> ENFRENTANDO O <i>VOLTAR</i>	110
7. COMO VOLTAR A <i>IR</i>	112
 DIRETRIZES DE UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PEC 32/2020.....	116
<i>Fábio André Guaragni.....</i>	<i>116</i>
<i>Bárbara Feijó Ribeiro.....</i>	<i>116</i>
<i>Henrique Ribeiro Cardoso</i>	<i>116</i>
1. INTRODUÇÃO	116
2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA PEC 32/2020.....	118
2.1. OBJETIVOS DECLARADOS DA PROPOSTA	119
2.2. CONTEXTO DA PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA.....	121
3. PRINCIPAIS OBSERVAÇÕES CRÍTICAS DA DOUTRINA.....	122
3.1. OS POSSÍVEIS PROBLEMAS DA FALTA DE ESTABILIDADE	123
3.2. UM OLHAR PARA A GESTÃO DE PESSOAS.....	124
3.3. POSSÍVEIS DESENHOS DE REFORMA DO ESTADO.....	125
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	127

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS: A PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO E DO COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER..... 131

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza..... 131

Stênio Luiz Paixão Dória de Freitas..... 131

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr 131

1. INTRODUÇÃO 131

2. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES 132

2.1. CONTRATAÇÕES..... 133

3. EQUIDADE DE GÊNEROS NA LEI Nº 14.133/2021 E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER
138

4. CONCLUSÕES 141

AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO 144

Marcianita Lopata De Lima..... 144

Fernando Gustavo Knoerr 144

Antonio Evangelista de Souza Netto 144

1. INTRODUÇÃO 144

2. ESTADO DA ARTE..... 146

3. APRESENTAÇÃO DOS DADOS: DIÁLOGO DA EDUCAÇÃO COM OS DIREITOS
HUMANOS E CIDADANIA 146

3.1. A EVOLUÇÃO E ATUAL CENÁRIO DA TECNOLOGIA NA EDUCAÇÃO..... 149

3.2. ASPECTO HISTÓRICO E CONCEITOS ELEMENTARES DAS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS 151

3.3. DESAFIOS PARA O DESENVOLVIMENTO HUMANO EM UMA RELAÇÃO EDUCACIONAL
IGUALITÁRIA 153

4. CONCLUSÃO 155

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

PERSPECTIVAS PARA O CAPITALISMO E REFLEXOS NO TRABALHO

Demetrius Nichele Macei¹
Caroline Sampaio Peçanha Schierz²
Ricardo Hasson Sayeg³

1. INTRODUÇÃO

Ao tratar das perspectivas para o capitalismo, busca-se analisar suas expectativas futuras, após as várias crises sofridas principalmente a partir do século XX, desenvolvendo-se a pesquisa principalmente a partir das visões explanadas nas obras “Sociedade com Custo Marginal Zero” de Jeremy Rifkin e “Um Capitalismo para o Povo” de Luigi Zingales.

Desse modo, Jeremy Rifkin apresenta a mudança de paradigma do capitalismo de mercado para bens comuns colaborativos, afirmando o advento de uma economia híbrida, parte de mercado e parte de compartilhamento. A seguir, desenvolve as definições de “economia de compartilhamento” e de “internet das coisas”. Ademais, demonstra que o aumento da produção e o consumo excessivo são causas de um custo marginal próximo a zero, tendo em vista a “internet das coisas”. Vale lembrar que o autor possui outro *best seller* sobre a Terceira Revolução Industrial.

Por sua vez, Luigi Zingales expõe as fragilidades de um capitalismo de compadrio nos Estados Unidos, evidenciando a necessidade de mudanças para a obtenção de oportunidades através da meritocracia e a importância da concorrência justa. Salienta ainda a relevância do apoio da população para o desenvolvimento e continuidade do sistema capitalista, por ele considerado o melhor sistema de geração de oportunidades.

Assim, o artigo será estruturado de forma a tratar das crises enfrentadas pelo capitalismo a partir da Grande Depressão de 1929 até a pandemia. A seguir, discorre-se sobre as perspectivas para o capitalismo trazidas por Jeremy Rifkin e Luigi Zingales, sendo possível apontar alguns pontos de convergências entre os autores. Ao final, conclui-se que apesar das diversas crises, o capitalismo sempre vem se reinventando, citando-se o recente

¹ Doutor pela PUC/SP. Professor do Corpo Permanente do PPGD do UNICURITIBA.

² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA (2022).

³ Professor Associado da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP, tendo como principal linha de pesquisa o Capitalismo Humanista correspondente à Dimensão Econômica dos Direitos Humanos. Livre-Docente em Direito Econômico; Doutor e Mestre em Direito Comercial pela PUC-SP. Coordenador da Área de Direito Econômico do Departamento de Direito Tributário, Empresarial e Econômico da Faculdade de Direito da PUC-SP. Coordenador da Área de Direito Econômico do Departamento de Ciências Tributárias, Econômicas e Comerciais da Faculdade de Direito da PUC-SP. Líder do Grupo de Pesquisa Capitalismo Humanista certificado pelo CNPq atuante na PUC-SP. Membro do Conselho Superior da CAPES do Ministério da Educação (2017-2020) e (2021-2024).

fenômeno da “uberização” e ressaltando a necessidade de se repensar o trabalho e o aspecto social para não gerar mais exclusão.

Para tanto, utiliza-se no método dedutivo, com pesquisa de cunho exploratório mediante revisão bibliográfica.

2. CRISES DO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO

Boaventura de Sousa Santos (2020) afirma que, em sentido etimológico, “a crise é por natureza excepcional e passageira e constitui a oportunidade para ser superada e dar origem a um melhor estado de coisas. Por outro lado, quando a crise é passageira, ela deve ser explicada pelos fatores que a provocam.”

No entanto, segundo o renomado jurista, impera a “normalidade da exceção” (SANTOS, 2020), uma vez que o mundo tem experimentado um estado de crise permanente, porquanto a partir da década de 1980 o neoliberalismo passou a se impor como a versão predominante do capitalismo e este, por sua vez, cada vez mais sujeito ao setor financeiro. Desse modo, quando a crise transforma-se em permanente, torna-se a causa explicativa do restante. Então, concluiu que “a atual pandemia não é uma situação de crise claramente contraposta a uma situação de normalidade” (SANTOS, 2020).

Por seu turno, para Paulo Motta (2005, p. 61), “o capitalismo vem sofrendo crises sucessivas desde o seu nascedouro, e nem por isso, a utopia marxista, que vislumbra o final do mesmo, se materializou”. Longe disso, “o capitalismo sempre saiu de suas crises ainda mais forte do que era, embora muitas vezes, como agora, absolutamente desumano e aético” (MOTTA, 2005, p. 61).

O capitalismo é conceituado correntemente como um regime:

caracterizado pela predominância da propriedade privada no sistema produtivo, operando de forma a visar ao lucro, por preços de produtos e fatores de produção determinados por meio de livre negociação em mercado e por direitos de propriedade claramente definidos e protegidos institucionalmente. (ZINGALES, 2015, ix)

Tal sistema econômico passou a prevalecer globalmente no final do século XVIII (ZINGALES, 2015, ix).

Desde então, o capitalismo já atravessou inúmeras crises, rememorando-se a partir do século XX: a Grande Depressão de 1929, período de significativa recessão econômica em âmbito internacional, que teve como causas a superprodução, a desregulação do crédito e o aumento da especulação financeira, culminando com a quebra da Bolsa de Nova York,

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

marcando assim a decadência do liberalismo econômico. No Brasil, a produção de café que mais sentiu com a recessão econômica.

No período seguinte, após a Segunda Guerra Mundial, o Estado desempenhou importante papel no sistema capitalista de grande parte do globo, influenciado pelo Estado do bem-estar social, por políticas de estabilização econômica keynesiana e por uma sociedade pós-industrial.

A partir do início dos anos de 1970, depois de quase trinta anos de sucesso do capital, a fase keynesiana entrou em decadência devido ao esgotamento do modelo taylorista/fordista de produção, crise do *Welfare State*, queda da taxa de lucro, hipertrofia da esfera financeira, fusões entre monopólios e oligopólios, além do aumento de privatizações (ANTUNES, 2005).

Houve o agravamento da crise com a estagflação, “a inflação excessivamente elevada combinada com um lento crescimento da produção, aumento do desemprego, recessão e, eventualmente, causaram uma perda da credibilidade no modo de regulação keynesiano de bem-estar estatal” (CAPITALISMO, 2022).

Desse modo, em 1980 os países ocidentais, notadamente sob o comando de Ronald Reagan nos Estados Unidos e de Margaret Thatcher no Reino Unido, passaram a ser influenciados pelo capitalismo *laissez-faire* e pelo liberalismo clássico⁴, o que veio a ser designado como neoliberalismo.

⁴ FRIEDMAN ressalva, contudo, que o termo liberalismo usado à época nos Estados Unidos possuía um significado diverso do que era usado no século XVIII e início do século XIX, assim dispondo (FRIEDMAN, 1984, p. 14-15): “Ao desenvolver-se em fins do século XVIII e princípios do século XIX, o movimento intelectual que tomou o nome de liberalismo enfatizava a liberdade como o objetivo último e o indivíduo como a entidade principal da sociedade. O movimento apoiou o *laissez-faire* internamente como uma forma de reduzir o papel do Estado nos assuntos econômicos ampliando assim o papel do indivíduo; e apoiou o mercado livre no exterior como um modo de unir as nações do mundo pacífica e democraticamente. No terreno político, apoiou o desenvolvimento do governo representativo e das instituições parlamentares, a redução do poder arbitrário do Estado e a proteção das liberdades civis dos indivíduos. A partir do fim do século XIX e, especialmente, depois de 1930, nos Estados Unidos, o termo liberalismo passou a ser associado a pontos de vista bem diferentes, especialmente em termos de política econômica. Passou, assim, a ser associado à predisposição de contar, principalmente, com o Estado - em vez de contar com providências privadas voluntárias - para alcançar objetivos considerados desejáveis. As palavras-chave eram agora bem-estar e igualdade, em vez de liberdade. O liberal do século XIX considerava a extensão da liberdade como o meio mais efetivo de promover o bem-estar e a igualdade; o liberal do século XX considera o bem-estar e a igualdade ou como pré-requisitos ou como alternativas para a liberdade. Em nome do bem-estar e da igualdade, o liberal do século XX acabou por favorecer o renascimento das mesmas políticas de intervenção estatal e paternalismo contra as quais tinha lutado o liberalismo clássico. No momento exato em que faz recuar o relógio para o mercantilismo do século XVII, acusa os verdadeiros liberais de serem reacionários. A mudança no significado do termo liberalismo é ainda mais impressionante em assuntos econômicos do que em políticos. O liberal do século XX, da mesma forma que o do século XIX, é partidário das instituições parlamentares, do governo representativo, dos direitos civis, e assim por diante. Entretanto, mesmo no terreno político, há uma diferença notável. Defensor da liberdade e, por isso mesmo, temeroso do poder centralizado, que em mãos do governo ou particulares, o liberal do século XIX era favorável à descentralização política. Comprometido com a ação e confiando na ineficiência do poder enquanto estiver nas mãos de um governo ostensivamente controlado pelo eleitorado, o liberal do século XX é favorável a governos centralizados. Ele decidirá qualquer questão a respeito de onde deverá residir o poder - a favor do

De acordo com Harvey, o neoliberalismo pode ser assim conceituado:

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. Além disso, se não existirem mercados (em áreas como a terra, a água, a instrução, o cuidado de saúde, a segurança social ou a poluição ambiental), estes devem ser criados, se necessário pela ação do Estado. Mas o Estado não deve aventurar-se para além dessas tarefas. As intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) de vem ser mantidas num nível mínimo, porque, de acordo com a teoria, o Estado possivelmente não possui informações suficientes para entender devidamente os sinais do mercado (preços) e porque poderosos grupos de interesse vão inevitavelmente distorcer e viciar as intervenções do Estado (particularmente nas democracias) em seu próprio benefício (HARVEY, 2008, p. 12).

Em busca da redução dos gastos públicos, referidos países colocaram em prática a privatização, a desregulamentação e a retirada de benefícios sociais antes concedidos pelo Estado. No entanto, tais medidas encontraram resistência, principalmente na Inglaterra, com forte reação dos sindicatos. Na América Latina, o Chile foi o primeiro país a adotar tais medidas em 1975, durante a ditadura de Augusto Pinoche, as quais foram implementadas por economistas chilenos egressos da Universidade de Chicago, conhecidos por “Chicago boys”.

Além disso, o pensamento da Escola de Chicago também exerceu influência relevante em instituições financeiras sediadas em Washington, a exemplo do Banco Mundial, o Departamento do Tesouro americano e o Fundo Monetário Internacional, que passaram a recomendar a adoção de políticas econômicas liberais para aceleração do desenvolvimento de países em crise econômica, traduzidas em dez medidas no Consenso de Washington, as quais podem ser assim resumidas (INSTITUTO LIBERAL, A verdade sobre o neoliberalismo..., 2017):

- 1) disciplina fiscal, evitando grandes déficits fiscais em relação ao PIB;
- 2) redirecionamento dos gastos públicos de subsídios para serviços essenciais pró-crescimento, como educação, saúde e infraestrutura;
- 3) reforma fiscal, com aumento da base tributária e redução das alíquotas marginais;
- 4) taxas de juros reais positivas e determinadas pelo mercado, porém moderadas;
- 5) taxas de câmbio competitivas;
- 6) livre comércio: liberação das importações, com ênfase na eliminação de restrições quantitativas (limites físicos de quantidade importada de um determinado bem e/ou de um determinado país), qualquer proteção comercial deve ser fornecida por tarifas baixas e uniformes;
- 7) liberação do investimento estrangeiro direto interno;

Estado em lugar da cidade, do Governo Federal em lugar do Estadual e de uma organização mundial em lugar um governo nacional”.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

- 8) privatização de empresas estatais;
- 9) desregulamentação: abolição das regulamentações que impedem a entrada no mercado ou restringem a concorrência, exceto aquelas justificadas por motivos de segurança, proteção ambiental e do consumidor e supervisão prudencial de instituições financeiras; e
- 10) segurança jurídica para direitos de propriedade privada.

Nesse passo, cumpre citar lição de Paulo Roberto Ferreira Motta sobre as influências do Consenso de Washington na América Latina, especialmente no Brasil:

(...) há quem se irrite com a menção do Conselho de Washington como origem e destino das políticas liberais na América Latina. Mas basta olhar em volta e observar que as novas estratégias de “integração” à economia mundial e de modernização” das relações entre Estado e mercado foram iguais ou quase, em todos os países da região e produziram os mesmos resultados econômicos e sociais desapontadores. Foi grande a decepção causada pela descoberta de que a vitória contra a inflação e as reformas pró-mercado não produzem necessariamente mais empregos, melhores condições de vida e um futuro melhor para os filhos. A sensação dos brasileiros é de profunda insegurança. E a insegurança produz o mal estar de forma ampliada em uma sociedade desigual e com perspectivas de baixo crescimento e lenta mobilidade vertical para a maioria. Para o cidadão afetado pelas consequências devastadoras das crises financeiras, parece inteiramente fantástica a idéia de controlar a causas desses golpes do destino. As erráticas e aparentemente inexplicáveis convulsões das bolsas de valores ou as misteriosas evoluções dos preços dos ativos e das moedas são capazes de destruir suas condições de vida. O consenso dominante trata de explicar que, se não for assim, sua vida pode piorar ainda mais. A formação desse consenso e, em si mesmo, um método eficaz de bloquear o imaginário social, numa comprovação dolorosa e que criaturas da ação humana coletiva – as instituições produzidas pelo devir histórico – adquirem dinâmicas próprias e passam a constranger a liberdade de homens e mulheres (MOTTA, 2005, p. 86-87).

No ano de 2008 operou-se a crise financeira do capitalismo, disseminada no dia 15 de setembro conhecido como “segunda-feira negra”, em que houve a quebra do *Lehman Brothers*, um dos bancos mais tradicionais dos Estados Unidos, fundado em 1847. O aumento abusivo do valor dos imóveis decorrente da especulação imobiliária gerou uma bolha, porquanto a supervalorização não foi acompanhada pela capacidade econômica dos cidadãos, assim as hipotecas não tiveram a liquidez esperada, gerando o aumento dos juros e da inflação. A crise atingiu ainda países europeus, como Portugal, Espanha, Itália e, sobretudo, a Grécia, além de países emergentes como China, Rússia e Brasil.

De acordo com Maria Paula Baêso Moura (2021), a partir de estudo da obra “Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático” do sociólogo alemão Wolfgang Streeck, houve um processo de “compra de tempo” para através do dinheiro se obter mais tempo de vida para o capitalismo:

Após a segunda guerra mundial, momento que parecia ter-se arranjado uma relação estável entre os conflitantes capitalismo e democracia, iniciou-se um processo que Streeck chama de compra de tempo, no qual se procurou, a partir do dinheiro, ganhar tempo de vida ao capitalismo. Nos anos 1970, datado como o início da revolução neoliberal, essa compra de tempo foi caracterizada pela inflação; uma

década depois, pelo endividamento público; e, por fim, nos anos 1990, também pelo endividamento privado.

Ademais, especificamente sobre a crise financeira de 2008, expõe a autora:

Chegada à crise de 2008, subiu o endividamento dos países centrais em um nível que não permite mais que os credores confiem totalmente em situação futura na qual os Estados serão capazes de cumprir com as suas obrigações de pagamento. Assim, os credores vêm influenciando cada vez mais a política estatal, a fim de assegurar seus direitos, comprando tempo, cortando despesas sociais e diminuindo impostos, o que faz com que a arrecadação seja muito baixa.

Ao acumular cada vez mais dívidas na compra do tempo, uma maior parte da receita dos Estados vai para o pagamento destas e mais dinheiro é cortado de políticas públicas. O objetivo principal dos credores dos Estados no conflito com os seus cidadãos consiste em garantir que, em caso de crise, é dada prioridade aos seus direitos sobre os direitos do povo do Estado. Estados democráticos assim são transformados em agências de cobranças de dívidas e serviços de uma oligarquia global de investidores.

Essa compra de tempo assegurou a vida do capitalismo durante o fim de século XX e o início de XXI, mas não de maneira estável, visto que, a cada crise, o que mais se gerava era estagnação, endividamento e desigualdade. Ou seja, não se resolvia o problema, só se fazia com que ficasse maior, até explodir em 2008 no bolso dos cidadãos. A crise de 2008 é a marca do fim de um jeito de se comprar o tempo. Segundo Streeck, até há uma quarta etapa de compra de tempo, exercida pelos bancos centrais, mas é um dinheiro completamente virtual, que só funcionaria em um curto prazo, não havendo o crescimento necessário para a relação de justiça de mercado e social. Não mais se exige a legitimação que a compra do tempo trazia consigo (MOURA, 2021).

De outro lado, embora o presente estudo não tenha por principal escopo abordar especificamente a questão da pandemia, segundo Boaventura de Sousa Santos (2020) “a pandemia vem apenas agravar uma situação de crise a que a população mundial tem vindo a ser sujeita. Daí a sua específica periculosidade”. Acrescenta que “em muitos países, os serviços públicos de saúde estavam há dez ou vinte anos mais bem preparados para enfrentar a pandemia do que estão hoje” (SANTOS, 2020). Então, conclui que a pandemia cria uma “consciência de comunhão planetária”:

(...) O surto viral interrompe este senso comum e evapora a segurança de um dia para o outro. Sabemos que a pandemia não é cega e tem alvos privilegiados, mas mesmo assim cria-se com ela uma consciência de comunhão planetária, de algum modo democrática. A etimologia do termo pandemia diz isso mesmo: todo o povo. A tragédia é que neste caso a melhor maneira de sermos solidários uns com os outros é isolarmo-nos uns dos outros e nem sequer nos tocarmos. É uma estranha comunhão de destinos. Não serão possíveis outras? (SANTOS, 2020).

Por fim, Eduardo Bittar (2008) explana didaticamente sobre a correlação entre a crise do capitalismo e a crise da pós-modernidade, encerrando que o mundo é um projeto inacabado em contínua construção e reconstrução:

De qualquer forma, a primeira percepção do advento da pós-modernidade e

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

de sua projeção no âmbito jurídico é a de crise, em seu sentido original (krísis, gr.= ruptura, quebra). A noção de crise vem contextualizada, crescentemente, numa vivência maior da própria crise do capitalismo solidamente constituído, alicerçado em fortes concepções presenciais do Estado intervencionista, condições materiais de expansão dos mercados, amplo espaço para a dominação e a hegemonia das novas ideologias pregadas pela mídia e pelos meios de comunicação, descobertas científicas pluralizando os usos da natureza, políticas internacionais fortalecedoras da consciência de mercado e da expansão multinacional, desenvolvimento acelerado dos meios de transporte que encurtaram distância e reduziram custos, amplo progresso tecnológico e mecânico etc., que é um capitalismo do período fordista e keynesiano do pós-guerra (1945-1973), hoje em direção a um toyotismo.

O período progressista, de enriquecimento e estabilidade do capitalismo, logo deu sinais de exaustão, provocando as primeiras desordens. Os anos dourados da propaganda, da música, do sonho americano, da imigração para o continente americano, da reconstrução do pós-guerra, da corrida espacial, da conquista da Lua, logo se transformaram em anos de chumbo, com consequências sócio-econômicas as mais nefastas. Isto porque juntamente com a crise econômica adveio a crise do próprio Estado, tais os comprometimentos entre as duas instâncias.

Não se trata de uma mera crise econômica por desestabilidade monetária ou especulativa, mas sim de algo estrutural para a sociedade, capaz de afetar as economias mais estáveis do planeta, projetando-se da seguinte para Habermas: tendo como ponto de origem o sistema econômico, uma crise econômica de caráter sistêmico; tendo como ponto de origem o sistema político, uma crise de racionalidade de caráter sistêmico e uma crise de legitimação (identidade); tendo como ponto de origem o sistema sócio-cultural, uma crise de motivação.

Juntamente com estes fatos, os conflitos deixam de ter a proporção e a perspectiva de conflitos individuais e passam a conflitos conjunturais, coletivos, associativos, difusos, transindividuais, motivando o colapso das formas tradicionais e se atender a demandas para as quais somente se conheciam mecanismos típicos do Estado liberal, estruturado sobre as categorias do individual e do burguês. Enfraquecido capitalisticamente (1965/1973), o Estado perdia um de seus maiores arcabouços de manutenção da hegemonia social e de monopólio da violência: a legislação. Passa-se a perceber, a partir da década de 1970, um crescimento abrupto das taxas de criminalidade, pobreza, diferenças sociais, crises e movimentos de trabalhadores, mobilizações, greves e guerrilhas civis, formas pelas quais a sociedade reage ao processo de sua complexização perante a cultura pós-moderna em ascensão. A erosão trazida introduz um processo de transição, ao qual, com Boaventura de Souza Santos, está-se chamando de transição paradigmática, o que não se faz sem estremecimentos naturais e sem muitas turbulências, algumas já enfrentadas, outras ainda a enfrentar.

Percebe-se, neste contexto de crise, que o mundo é um projeto inacabado; a história é seu eixo de movimentação e realização. Em contínua construção e reconstrução de seus valores, a humanidade não pode prescindir de longos processos de maturação axiológica (...).

3. JEREMY RIFKIN: CUSTO MARGINAL PRÓXIMO A ZERO E A INTERNET DAS COISAS

Na obra “Sociedade com Custo Marginal Zero”, cuja primeira edição foi publicada nos Estados Unidos em 2014 e a tradução para o português ocorreu no ano de 2016, Rifkin apresenta já na abertura do primeiro capítulo sua concepção de mudança de paradigma do capitalismo de mercado para os bens comuns colaborativos, afirmando que estamos testemunhando o nascedouro de uma economia híbrida parte de mercado e parte de

compartilhamento, a seguir desenvolve as ideias de “economia de compartilhamento” e de “internet das coisas”.

De acordo com o autor, “a economia de compartilhamento já está mudando o modo como organizamos nossa vida econômica, oferecendo a possibilidade de reduzir drasticamente a divisão de renda, democratizar a economia global e criar uma sociedade mais ecologicamente sustentável” (RIFKIN, 2016, p. 13).

Desse modo, apresenta a economia de compartilhamento como fruto do capitalismo, em que “aprenderemos a viver juntos em um sistema global de bens comuns colaborativos cada vez mais interdependentes” (RIFKIN, 2016, p. 13). Prevê que a economia de compartilhamento, hoje em plena ascensão, em 2050 possivelmente terá se estabelecido em grande parte do globo como “principal arbítrio da vida econômica” (RIFKIN, 2016).

Quanto ao próprio sistema capitalista, progressivamente mais sagaz e experiente, “continuará a prosperar, encontrando vulnerabilidades suficientes para explorar, principalmente como agregador de serviços de rede e soluções, permitido que floresça como parceiro poderoso na nova era econômica, mas não mais reinante” (RIFKIN, 2016, p. 13-14).

Assim, dentre os fatores que o fazem acreditar que realmente possa vir a acontecer o futuro descrito, o autor aponta em primeiro lugar a “produtividade extrema”. Segundo ele, novos participantes da economia introduzem avanços tecnológicos que levam a produtividade a um ponto ótimo, fazendo com que o custo marginal de produção de cada unidade adicional seja próximo a zero, diminuindo assim os preços de produtos e serviços similares ou alternativos.

Logo, o sentido de “custo marginal zero” da obra de Rifkin pode ser extraído do seguinte trecho:

(...) suponha que levemos as premissas da teoria economia capitalista a seu desfecho lógico. Imagine um cenário em que a lógica operacional do sistema capitalista atinja um sucesso acima da expectativa mais ousada de qualquer pessoa, e o processo competitivo resulte numa ‘produtividade extrema’ e no que os economistas chamam de ‘economia do bem-estar geral ideal’ – um estágio em que a competição intensa força a introdução de tecnologia de manufatura cada vez mais enxutas, levando a produtividade a um ponto ótimo, em que cada unidade adicional posta à venda aproxima o custo marginal de ‘zero’. Em outras palavras, o custo real de produzir cada unidade adicional – descontado o custo fixo – torna-se essencialmente zero, deixando o produto praticamente gratuito. Se isso acontecesse, o lucro, a força vital do capitalismo, desapareceria (RIFKIN, 2016, p. 16).

Portanto, a “produtividade extrema” configura-se ao mesmo tempo como ameaça ao sistema capitalista, na medida em que os bens tornam-se praticamente gratuitos e,

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

consequentemente, há a diminuição das margens de lucro, colocando-se em risco a própria atividade empresarial.

Com a finalidade de aclarar o fenômeno do custo marginal próximo de zero, Rifkin exemplifica que um *e-book* pode ser produzido e distribuído quase sem custo marginal, uma vez que muitos autores produzem seus livros e os disponibilizam na *internet* a um preço muito baixo ou ainda de forma gratuita, sendo o custo praticamente nulo.

Além disso, cita as indústrias editoriais, de comunicações e entretenimento, energias renováveis, impressão 3 D e educação superior:

O fenômeno custo marginal próximo de zero já causou estragos nas indústrias editorial, de comunicações e entretenimento à medida que uma quantidade cada vez maior de informações está sendo disponibilizada praticamente de graça para bilhões de pessoas. Atualmente, mais de um terço da humanidade está produzindo sua própria informação em telefones celulares e computadores relativamente baratos e a compartilhando por meio de vídeos, áudios e textos a um custo marginal próximo de zero, em um mundo colaborativo conectado em rede. E agora a revolução do custo marginal zero está começando a afetar outros setores comerciais, incluindo energia renovável, impressão 3D e educação superior online. Ao redor do mundo, já existem milhões de ‘prosumidores’ – consumidores que se tornaram seus próprios produtores – gerando sua própria energia renovável a um custo marginal próximo de zero. Estima-se que cerca de 100 mil pessoas estejam fabricando seus produtos usando impressoras 3 D a um custo marginal ínfimo. Enquanto isso, 6 milhões de estudantes estão inscritos atualmente em *Massive Open Online Courses – MOOCs* (cursos online abertos e massivos), oferecidos para um grande número de alunos e com grande volume de produção intelectual, que operam a custo marginal próximo de zero e são ministrados por alguns dos professores mais renomados do mundo, que estão recebendo créditos das universidades. Em todas as três instâncias, embora ao custo fixo ainda seja relativamente alto, esses setores estão experimentando curvas exponenciais de crescimento como a que reduziu o custo marginal da computação a praticamente zero nas últimas décadas. Dentro das próximas duas ou três décadas, os prosumidores nas amplas redes continental e global estarão produzindo e compartilhando energia renovável assim como bens físicos e serviços, e estudando em salas de aula virtuais a um custo marginal muito baixo, levando a economia para uma era de bens e serviços praticamente gratuitos (RIFKIN, 2016, p. 17).

Portanto, há uma mudança do paradigma industrial: da produção para as massas para a produção pelas massas, ou seja, por “prosumidores”.

Quando aborda a “internet das coisas” (IDC), o autor explica que a *internet* conectará todas as coisas com todo o mundo em uma rede global integrada⁵. Desse modo:

Pessoas, máquinas, recursos naturais, linhas de produção, hábitos de consumo, fluxos de reciclagem e praticamente todo e qualquer aspecto da vida econômica e social estará conectado via sensores e *software* à plataforma IDC, alimentando

⁵ Segundo Eduardo Bittar, a era digital vem revestida por ideologias resultantes da *cyberculture*, como a apologia ao uso de novas tecnologias, fazendo com que os indivíduos tornem-se meros apêndices de seus *gadgets* (dispositivos eletrônicos portáteis), enquanto pensam ser tais equipamentos seus novos aliados. Surge a tecno-dependência, pois “a vida moderna impõe um uso irrestrito, imoderado, exaltado e tecnofílico de todo o aparato técnico que suporta a integração das novas tecnologias e a expansão dos novos instrumentos técnicos” (BITTAR, 2019, p. 9).

continuamente cada nó – empresas, lares, veículos – com Big Data (megadados), minuto a minuto, em tempo real. O Big Data, por sua vez, será processado por programas avançados de análise, transformando em algoritmos preditivos e utilizado em sistemas automatizados para melhorar a eficiência da termodinâmica, aumentar dramaticamente a produtividade e reduzir o custo marginal da produção e distribuição de uma ampla gama de bens e serviços a praticamente zero ao longo de toda a economia (RIFKIN, 2016, p. 25).

De acordo com Jeremy Rifkin (2016), “se o motor a vapor libertou o homem da servidão feudal para buscarem seus próprios interesses no mercado capitalista”, por sua vez a internet das coisas “libera os homens da economia de mercado para buscarem interesses imateriais compartilhados na sociedade colaborativa”⁶. Nesse contexto, sobre a função dos cidadãos nessa nova sociedade, aponta o engajamento social, o comprometimento com avanços e, notadamente, o vínculo com a sociedade e a busca pela transcendência.

Ao tratar do que esperar para os próximos 25 anos, aduz ser um verdadeiro salto para uma economia colaborativa e multiparticipativa, em uma economia global, com base na internet das coisas, especialmente na *internet* das comunicações, do transporte e da energia.

4. LUIGI ZINGALES: UM CAPITALISMO PARA O POVO

Na obra “Um Capitalismo para o Povo”, cuja primeira edição foi publicada originalmente nos Estados Unidos em 2012 e a tradução no Brasil em 2015, Luigi Zingales se apresenta no prefácio como um imigrante nos Estados Unidos, vindo da Itália em 1988, na tentativa de escapar de um sistema injusto onde impera o nepotismo e o compadrio, em que praticamente não existe a meritocracia e a concorrência é reputada como pecado.

Desse modo, sustenta que ao chegar em solo americano sentiu pela primeira vez que todos os seus objetivos estavam ao seu alcance, onde os limites de seus sonhos eram definidos apenas por suas habilidades.

A seguir, sobre o próprio livro aduz:

Este não é um livro acadêmico nem um sumário das mais recentes tendências e descobertas da economia. Em vez disso, trata-se de uma descrição dos problemas do sistema econômico americano e um apaixonado chamado à mudança – um chamado vindo de alguém com grande convicção no sistema do livre mercado, que ama os Estados Unidos por aquilo que o país sempre defendeu: liberdade na busca da felicidade (ZINGALES, 2015, *xvii*).

Além disso, no prefácio o autor esclarece que até a crise financeira de 2008 manteve-

⁶ De acordo ainda com Bittar (2019), as tecnologias digitais reconfigurarão inteiramente os relacionamentos humanos nos próximos quinze anos. Existem projeções de que um robô poderá substituir qualquer trabalho humano em 2140, com a promessa futurista de que o homem será libertado de seu fardos. Assim, estaria em curso uma nova revolução industrial, com a exaltação da máquina e a morte da razão.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

se distante do debate político norte-americano, contudo, passou a observar situações tipicamente semelhantes ao que ocorria na Itália.

Em primeiro lugar, cita como capitalismo de compadrio ao estilo americano o resgate em 1998 do *Long Term Capital Management* (LTCM) pelo Fed. Explica que na época o *Warren Buffett* ofereceu uma forma de resgate que custaria todo o investimento dos proprietários, todavia, o Fed coordenou uma proposta mais vantajosa para os investidores e gestores do fundo, considerando que no grupo encontrava-se David Mullius, seu ex-vice-presidente.

Também reprova a escalada de George W. Bush, filho de um ex-presidente americano, cujo governo se distanciou dos princípios de mercado defendidos por Ronald Regan e ficou mais próximo das grandes corporações. Assim, cita como exemplos a criação de uma tarifa sobre o aço importado para proteção das manufaturas americanas em 2002 e o oferecimento de condições tributárias especiais às corporações para repatriamento dos lucros. Ao mesmo passo, os democratas lançaram as “parcerias público-privadas”, segundo o autor, “uma forma de sugar o dinheiro do governo enquanto finge fazer o bem” (ZINGALES, 2012, xvi).

No prefácio afirma ainda que os norte-americanos estavam com raiva do sistema econômico capitalista, dizendo-se estar também furioso e com medo:

Os americanos estão com raiva. Eles têm raiva dos banqueiros, que contribuíram para a crise financeira, mais não pagaram por isso. Têm raiva do ineficiente *establishment* político, que culpou os banqueiros, mas merecia no mínimo uma parcela igual da culpa por ter falhado em contê-los. Raiva de um sistema econômico que torna os ricos mais ricos e deixa os pobres para trás. Raiva porque o ideal de ‘um governo do povo, pelo povo, para o povo’ corre o risco de sumir da Terra. Essa raiva veio à tona em muitos movimentos espontâneos: as manifestações diante da cada de executivos, o ativismo do *Tea Party*, o movimento *Ocupy*. Embora se mostrem unidos em sua oposição ao status quo, o esforço de procurar uma alternativa viável em meio a seus textos e plataformas é vão (...)

Qual pode ser minha contribuição para esse debate? Em teoria, sou um ‘deles’: um professor de finanças de uma das principais universidades, afortunado o bastante para fazer parte do 1 % superior da pirâmide de distribuição da renda. Mas eu também estou furioso, e com medo. Estou furioso porque a idéia do livre mercado tem sido cada vez mais açambarcada por interesses empresariais enraizados, alterando fundamentalmente o equilíbrio da democracia americana. Com medo de que os americanos, tomados pela justificável fúria diante do rumo que as coisas tomaram, escolham um caminho que conduza ao fim do capitalismo americano como conhecemos. Apesar de todos os seus defeitos, esse sistema capitalista oferece a melhor esperança para a maioria. É um modelo para os defensores da liberdade em todo o mundo.

Desse modo, Luigi Zingales questiona: “Será que podemos agora analisar a raiva populista para o combate ao capitalismo de compadrio e suas elites e não para a destruição do sistema de livre mercado?” (2015, xxv).

O autor destaca a importância da concorrência, como limitadora da possibilidade de

obtenção de lucros extraordinários e da desigualdade de renda, além de garantir aos consumidores o acesso a benefícios da inovação. Ademais, “a concorrência cria pressão no sentido da eficiência e, portanto, da meritocracia⁷, sistema do qual as responsabilidades são designadas às pessoas mais capazes de produzir resultados e no qual as recompensas são vistas então como um prêmio justo” (ZINGALES, 2015, p. 25).

Entretanto, menciona que o aumento da desigualdade social nos pode ser justificada a partir da globalização. Aduz que a globalização trouxe consequências negativas como a perda de direitos por elites locais, como exemplo refere-se ao acesso a um torneio de golfe⁸.

Segundo ele, em um mercado verdadeiramente competitivo não existe espaço para corruptos, surgindo apenas esse espaço quando determinada corporação domina o mercado. Assim, a corrupção⁹ causaria um círculo vicioso (ZINGALES, 2015, p. 35-36):

Infelizmente, trata-se de um custo que aumenta com o tempo. Uma vez que um “sobrinho” incompetente ou protegido limitado se vê numa posição de importância dentro de uma empresa, ele tende a contratar apenas subordinados de qualidade igual ou inferior, já que se sentirá ameaçado por pessoas mais inteligentes ou talentosas. Após alguns anos de corrupção desse tipo, não existe caminho fácil de volta. O capital humano da firma se tornará tão erodido que será impossível concorrer no mercado sem algum tipo de proteção. Diante de qualquer futura ameaça à sua sobrevivência, a empresa recorrerá ao *lobby*, pois já esqueceu como concorrer. Quanto maior a proteção obtida do governo, entretanto, maior o espaço disponível para prosseguir com o nepotismo, que por sua vez torna a proteção ainda mais necessária. Cria-se um círculo vicioso que, uma vez colocado em movimento, vai arrastar até a mais bem-sucedida das economias

Como solução ao *lobby* e à troca de favores, Zingales sugere um mecanismo de *enforcement* efetivo e descentralizado, baseado em ações coletivas de natureza *qui tam*, ou

⁷ Com relação à meritocracia, aponta: “Naturalmente, nem todos apoiam o sistema de mercado. Suspeito que o motivo que leva alguns intelectuais a rejeitá-lo seja o fato de o sistema não recompensar aquilo que eles consideram meritório: Lady Gaga ganha muito mais dinheiro do que os laureados com o prêmio Nobel. Mas, nos Estados Unidos, as pessoas em geral aceitam o sistema – não apenas por considerar que ele proporcionará um resultado razoavelmente eficiente, mas também por considerá-lo em grande parte justo. Como nas histórias de Horatio Alger, elas acreditam que virtudes como honestidade, frugalidade e trabalho duro serão recompensadas” (ZINGALES, 2015, p. 13).

⁸ “A globalização gera uma sensação ainda maior de perda de direitos entre as elites locais ao tornar inacessíveis alguns dos bens com os quais estavam habituais. Se o Masters fosse administrado com fins lucrativos, por exemplo, os ingressos poderiam facilmente custar mais de mil dólares cada, e muito dos aficionados, que costumavam poder se aproximar do campo e comprar um ingresso por alguns dólares, ficariam ressentidos com a impossibilidade de arcar com o novo preço (isso não aconteceu com o Masters porque o torneio pertence à associação local de golfe, que tem outros objetivos)” (ZINGALES, 2015, p. 20).

⁹ Para Seabra Fagundes, a corrupção consubstancia-se com um problema em todas as organizações político-administrativas, “até porque a tendência do poder político ao abuso, pela violência e pelo desfrute, corresponde um tanto a inclinações de minorias ou grupos, que estão para a sociedade política como um mal intrinsecamente ligado à defeituosa natureza do homem”. Além disso, a frequência e as dimensões como a corrupção projeta-se, desde as pequenas facilidades até os grandes escândalos, reflete a pouca moralidade de uma elite dirigente, assim a tendência a negociatas com tráfico de influência alastra-se nos subescalões até o menor grau do funcionalismo. O referido autor complementa: “E, então, tudo ou quase tudo, se processa à base de vantagens propiciadas àqueles de quem depende o decidir, como até aos que apenas movimentam papéis” (FAGUNDES, 1984, p. 15).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

seja, em que o indivíduo que denuncie ou colabore com as autoridades receba uma parte das multas aplicadas aos infratores, o que, a princípio, resistiria ao poder lobista, substituiria agências regulatórias ineficazes e resistiria à captura. Conclui que a captura pode vir a ser superada através de um sistema de regulação limitada, simples e compensatório de delatores, além de garantir ao cidadão o direito de reaver o custo de subsídios pagos injustamente à indústria, eliminaria o *lobby* excessivo e beneficiaria a população (2005, p. 190-191).

O autor critica que as empresas deveriam parar de buscar subsídios do governo, e sim prestar assistência coerente à população. As intervenções sociais poderiam resultar em frutos mais efetivos e duráveis, em busca da criação de um melhor ambiente de atendimento, competitividade e maior equidade entre as pessoas, do que subsídios para a atividade empreendedora.

Zingales reconhece que a sistemática atual retrata a frustração das pessoas, especialmente dos norte-americanos, na perda da confiança no modelo econômico e no sistema como um todo, causando o sentimento popular de que resultados negativos não são frutos apenas da volatilidade econômica, mas também de vícios nos processos de escolha, desestimulando assim os mais jovens a competir.

Para o autor, quando o povo deixa de acreditar no sistema, em seus resultados e na superação de adversidades através da própria economia, inicia-se um processo de rejeição. Essa rejeição do sistema como um todo torna a tarefa mais difícil, em razão da necessidade de transformá-lo completamente, pois, para tanto, é preciso o entendimento de que efetivamente algo não deu certo e precisa ser modificado nesta forma de capitalismo (BIZAWU; GIBRAN; DE SOUZA BARBOSA, 2020).

De acordo com o professor Luigi Zingales, deve-se “reduzir a intervenção do governo na economia, reservando-a somente aos casos em que se tem mais chances de obter resultados melhores” (2015, p. 227). Além disso, implementar uma política de proteção ao livre mercado, baseada na transparência, mediante regras de divulgação de dados (*accountability*), que serviriam para limitar o compadrio. Ressalta que o capitalismo precisa de proteção contra o próprio capitalismo, assim, devem ser condenadas ações prejudiciais ao mercado, com a redescoberta e a renovação dos seus alicerces morais.

Para Bizawu, Freire Neto e Demathé (2019), o capitalismo brasileiro, por mais primitivo que seja, pode se aproximar do capitalismo de compadrio instalado nos Estados Unidos de acordo com Zingales:

“isso porquê o sistema que se liga às licitações e concessões na Administração Pública e as formas de fomentar as políticas públicas pelo governo estão como

intervenções do Estado na economia de forma manipuladora e que impedem, de forma concreta, a concorrência justa e as formas de acarretar na meritocracia”.

5. REFLEXOS NO TRABALHO

Com efeito, o sistema capitalista vem se reinventando, falando-se atualmente em “uberização” do capitalismo global. Em pesquisa publicada no Jornal O Estado de São Paulo no ano de 2019 já se demonstrava que aplicativos de serviços, como Uber, 99, o Rappi e o I-Food, consubstanciavam, em conjunto, o maior empregador no Brasil, somando quase 4 milhões de trabalhadores (

Em artigo “Trabalho decente no capitalismo contemporâneo: dignidade e reconhecimento no microtrabalho por plataformas”, as autoras Cinara Rosenfield e Thays Wolfarth Mossi (2020) analisam as disposições do mercado de trabalho em tempos de “uberização”, a partir especialmente de relatório elaborado pelo Bureau International do Trabalho (BIT) sobre os problemas e os desafios do trabalho por plataformas digitais regidas por algoritmos.

Rosenfield e Mossi (2020) destacam que uma das particularidades é o estabelecimento de relações de trabalho triangulares precárias entre trabalhador, plataforma e clientes, as quais se caracterizam pela intermediação entre cliente e trabalhador através das plataformas, que contratam os trabalhadores para a execução de tarefa a minuto, sem vínculo trabalhista ou proteção social.

Ademais, ressaltam que as relações entre clientes e trabalhadores (denominados como “colaborador”, “parceiro” e “autônomo”) são desiguais, podendo inclusive o cliente recusar-se a pagar por determinado trabalho caso entenda que o produto não corresponde a suas expectativas, sem necessidade de apresentar justificativa para tanto. Por seu turno, os trabalhadores respondem sozinhos pelo ônus do trabalho, gerando incertezas quanto à renda, investimento, acesso à *internet* e falta de proteção coletiva (ROSENFELD; MOSSI, 2020).

Por outro lado, asseveram Fabrício Maciel e Patrícia Mattos (2020), ao abordarem a economia política do capitalismo contemporâneo como a vulnerabilidade social e a dominação tecnológica, que os gigantes da tecnologia que mais lucraram com a crise instalada pela pandemia de Covid-19:

O ponto nodal aqui é que os grupos empresariais centrais só conseguem manter o seu poder e controle sobre os ‘parceiros’ através da posse de tecnologias específicas que não são democratizadas. Além disso, atualizando a análise de Gorz, os gigantes da tecnologia como Amazon, Google e Facebook são os que mais lucraram especialmente na atual crise de pandemia do Covid-19, em um contexto que já tem sido definido como ‘capitalismo digital’. Com isso, os

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

trabalhadores ‘digitais’ na base do sistema não possuem nenhum direito, garantia ou proteção. Neste contexto, em países como o Brasil ter um salário razoável fixo e garantido já se tornou privilégio da classe média alta. Este cenário de generalização da condição de descartabilidade, com isso, é o contrário de qualquer ideia de *Welfare State* e pacto social.(...)

Acrescentam prognóstico de Randall Collins no sentido de que a inteligência artificial poderá gerar largo desemprego, antevendo nesse passo possível declínio do capitalismo:

Mais recentemente, Randall Collins (2013) diagnosticou que a ascensão da inteligência artificial fará com a classe média o que a mecanização fez com a classe trabalhadora manufatureira, gerando um amplo quadro de desemprego para uma classe que fez todas as suas apostas na educação como forma de escapar do destino “redundante” dos trabalhadores. Esse desemprego colocará em risco o estilo de vida dessa classe que ratifica toda a ideologia do capitalismo com sua crença no trabalho duro, diversão intensa e consumismo. Só que, longe de ver esse processo de forma desesperançada, Collins vislumbra o declínio do capitalismo e as potencialidades do socialismo.(COLLINS, 2013, apud MACIEL; MATTOS, 2020).

Portanto, conclui-se o trabalho deve ser repensado no capitalismo contemporâneo, a fim de não gerar mais desigualdades sociais e exclusão, passando os trabalhadores a serem descartáveis e vítimas do desemprego.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho buscou revelar perspectivas para o capitalismo, após as crises enfrentadas pelo sistema de mercado desde o século XX, notadamente a partir das percepções contidas nas obras “Sociedade com Custo Marginal Zero” de Jeremy Rifkin e “Um Capitalismo para o Povo” de Luigi Zingales.

Nesse passo, de acordo com Rifkin tem-se a decadência do capitalismo de mercado como conhecemos com a mudança de paradigma para o uso de bens comuns colaborativos, além da *internet* das coisas, com a alteração da forma de consumo e a ampliação da produção, culminando em um custo marginal próximo a zero. Desse modo, afirma o surgimento de uma economia híbrida, parte de mercado e parte de compartilhamento, contudo, assevera que o capitalismo não deixará de existir.

Por sua vez, Zingales defende que o capitalismo deve e continuará a existir, apontando os problemas do capitalismo de compadrio norte-americano, que vem dificultando as formas de concorrência e de ascensão social, o que também gera revolta na população. Para o autor, o modelo deve ser modificado, haja vista que a adesão do povo ao sistema capitalista constituiu fator de grande importância para sua continuidade.

Desse modo, em ambas as obras é possível notar o anseio da população pela busca

equânime de melhores oportunidades, com base no mérito e no bem estar-social. Ademais, a necessidade de mudança e de reinvenção do sistema para atender os anseios sociais e não apenas o mercado, notadamente diante dos avanços tecnológicos.

Ante todo o exposto, conforme pontuado anteriormente o capitalismo já passou por diversas crises, sempre se reinventando e superando os colapsos, sem que fosse sepultado. No entanto, há necessidade de mudanças principalmente no cenário social, a fim de conquistar novamente a confiança da população.

Nesse passo, observa-se que mesmo a economia de compartilhamento e a *internet* das coisas, em plena expansão, devem ser repensadas a partir do ser humano e do seu trabalho, a fim de não gerar mais mazelas e desigualdades sociais, bem como não gerar exclusão.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Os sentidos do trabalho: Ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho. 7ª reimpressão. São Paulo: Boitempo, 2005.

CAPITALISMO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2022. Disponível em: <<https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Capitalismo&oldid=63319774>>. Acesso em: 3 abr. 2022.

BITTAR, Eduardo C. Bianca. A Teoria do Direito, a Era Digital e o Pós-Humano: o novo estatuto do corpo sob um regime tecnológico e a emergência do Sujeito Pós-Humano de Direito. Revista Direito e Práxis, [S.l.], v. 10, n. 2, p. 933-961, jun. 2019. ISSN 2179-8966. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/33522>. Acesso em: 24 set. 2021.

BITTAR, Eduardo C. B. O Direito na Pós-modernidade. <http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2008v29n57p131A>. Revista Sequencia, v. 29, n. 57, p. 131-152, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/21777055.2008v29n57p131/13642>. Acesso em 18 jan. 2022.

BIZAWU, Kiwongui; FREIRE NETO, Lourenço de Miranda; DEMATHÉ, João Eduardo. AS DIFERENÇAS E SEMELHANÇAS DAS OBRAS “O CAPITALISMO PARA O POVO”, DE LUIGI ZINGALEZ E “SOCIEDADE A CUSTO MARGINAL ZERO”, DE JEREMY RIFKIN: PONTOS DE ANÁLISE SOBRE DIVERGÊNCIAS E CONVERGÊNCIAS DIANTE DE UMA SOCIEDADE GLOBALIZADA. Relações Internacionais no Mundo Atual, [S.l.], v. 2, n. 23, p. 168 - 194, abr. 2019. ISSN 2316-2880. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/3953>. Acesso em: 19 jan. 2022.

BIZAWU, Kiwongui; GIBRAN, Sandro Mansur; DE SOUZA BARBOSA, Eduardo Vieira. O FUTURO DO SETOR DE ENERGIA NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DE UMA SOCIEDADE DO CUSTO MARGINAL ZERO. Relações Internacionais no Mundo Atual, [S.l.], v. 1, n. 22, p. 196 - 218, abr. 2020. ISSN 2316-2880. Disponível

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

em:<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RIMA/article/view/4005/371372326>. Acesso em: 19 jan. 2022.

FAGUNDES, Miguel Seabra. Instrumentos Institucionais de Combate à Corrupção, Revista de Direito Público, n. 71, jul./set. 1984, p. 15.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e Liberdade. São Paulo: LTC, 2014. Disponível em: [http://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/bernardo/BIBLIOGRAFIA%20DISCIPLINAS%20POSS-GRADUACAO/MILTON%20FRIEDMAN/Capitalismo %20e%20Liberdade%20-%20Milton%20Friedman.pdf](http://www2.fct.unesp.br/docentes/geo/bernardo/BIBLIOGRAFIA%20DISCIPLINAS%20POSS-GRADUACAO/MILTON%20FRIEDMAN/Capitalismo%20e%20Liberdade%20-%20Milton%20Friedman.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

GRAVAS, D. Aplicativos como Uber e IFood são fonte de renda de quase 4 milhões de autônomos. Jornal O Estado de São Paulo, 28 Abr. 2019. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,aplicativos-como-uber-e-ifood-sao-fonte-de-renda-de-quase-4-milhoes-de-autonomos,70002807079>. Acesso em 18 jan 2022.

HARVEY, David. O neoliberalismo: história e implicações. São Paulo: Loyola, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4271594/mod_resource/content/1/516_10_semin%C3%A1rio_HARVEY_o%20neoliberalismo.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

INSTITUTO LIBERAL. A verdade sobre o Neoliberalismo e o Consenso de Washington. Disponível em: <https://www.institutoliberal.org.br/blog/economia/a-verdade-sobre-o-neoliberalismo-e-o-consenso-de-washington/>. Acesso em: 19 ago.2022.

MACIEL, Fabrício; MATTOS, Patrícia. Como Pensar o capitalismo contemporâneo?. Sociedade e Estado, [S. l.], v. 35, n. 03, p. 673–694, 2020. DOI: 10.1590/s0102-6992-202035030001. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/33922>. Acesso em: 20 jan. 2022.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. A regulação e a regulação neoliberal. A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional, Belo Horizonte, ano 5, n. 22, p. 59-99, out./dez. 2005.

MOURA, Maria Paula Baêso. O fim de um casamento comprado: do capitalismo democrático ao neoliberalismo. Revista Brasileira de Ciência Política, Brasília, n. 34, 2021. Disponível em cielo.br/j/rbcpol/a/RWHBJztfQB6gc8YLcmpHJP/?lang=pt#:~:text=é%20que%20existiu.-,Resumo%20de%20Tempo%20comprado%3A%20A%20crise%20adiada%20do%20capitalismo%20democrático,financeira%20e%20fiscal%20em%202008. Acesso em 18 jan 2022.

RIFKIN, Jeremy. Sociedade com custo marginal zero. São Paulo: M. Brooks do Brasil Editora Ltda., 2016.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Coronavírus: Tudo o que é sólido desmancha no ar. Dossiê Boitempo Covid 19. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2020/04/02/coronavirus-tudo-o-que-e-solido>. Acesso em 18 jan 2022.

STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. Novos Estudos - CEBRAP. São Paulo, n. 92, p. 35-56, mar. 2012. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-33002012000100004>.

Disponível em <https://www.scielo.br/j/nec/a/C7TPzqZKQCHQ5YbXCyJGp6b/?lang=pt>. Acesso em 18 jan 2022.

ROSENFELD, C.; MOSSI, T. W. Trabalho decente no capitalismo contemporâneo: dignidade e reconhecimento no microtrabalho por plataformas. *Sociedade e Estado*, [S. l.], v. 35, n. 03, p. 741–764, 2020. DOI: 10.1590/s0102-6992-202035030004. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/sociedade/article/view/33097>. Acesso em: 19 jan. 2022.

ZINGALES, Luigi. *Um capitalismo para o povo: reencontrando a chave da prosperidade americana*. São Paulo: BEI Comunicação, 2015.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

EM QUE MEDIDA O PENSAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE KARL POPPER PODE SER (IN)COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO?

Marine Morbini Durante¹⁰

Clayton Reis¹¹

Irene Maria Portela¹²

1. INTRODUÇÃO

O que será demonstrado neste trabalho é a possível incompatibilidade do pensamento Popperiano em relação ao Princípio da Precaução, visto que para Popper toda a ciência é incerta, momentânea, e o Princípio da Precaução limita atividades/produtos e serviços porque não existe certeza científica de um possível malefício que possa prover destes.

A pesquisa se mostra importante na medida em que o Princípio da Precaução restringe a utilização de produtos e serviços que são importantes para a população, como novos medicamentos que podem curar doenças, e se passamos a analisar o princípio sob as lentes do pensamento popperiano, absolutamente tudo deveria ser proibido, visto que a certeza científica não existe. Dessa forma, a justificativa do trabalho é poder contribuir com a análise de que o princípio da precaução pode trazer efeitos nefastos à sociedade visto que ele está em busca de uma certeza científica que não existe no mundo material.

As contribuições esperadas são a verificação se o Princípio da Precaução e o pensamento epistemológico de Popper são incompatíveis, procurando demonstrar a importância ambiental do princípio da precaução, mas também evidenciando que ele pode restringir a utilização de tecnologias que poderiam salvar vidas.

Para responder a essa questão de pesquisa será utilizada a pesquisa bibliográfica e o método hipotético-dedutivo, ou seja, se verificará a seguinte hipótese: O Princípio da Precaução é incompatível com o pensamento epistemológico de Karl Popper?

¹⁰ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Pós graduada em Direito Constitucional na ABDCConst (2020). Pós graduada em Direito Penal Econômico e Macrocriminalidade na ESMAFE (2020). Pós graduada em Direito Penal e Criminologia no ICPC (2021). <http://lattes.cnpq.br/1914516619276695>. marine.m.durante@gmail.com

¹¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1999). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1996). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (1970). Magistrado em Segundo Grau, aposentado, do TJPR. Professor na Escola da Magistratura do Paraná e pertence ao Corpo Docente Permanente do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-doutoral na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa-Portugal (2013). Tem experiência em: Direito Civil: Responsabilidade Civil, Dano Moral. Direitos da Personalidade e Cidadania. <http://lattes.cnpq.br/3313736441527210>

¹² Professora e Diretora do Mestrado em Solicitação dos Contratos e Empresarial do Instituto Politécnico do Cávado e Ave - IPCA (Portugal). Doutorada pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

Passa-se agora ao desenvolvimento.

2. O PENSAMENTO DE KARL POPPER

Popper nasceu em Viena em 1902, estudou sobre Filosofia, Matemática e Ciência. Foi tão importante na história da filosofia que alguns autores o consideram como o filósofo da ciência mais importante do século XX, por conta da sua obra *A Lógica da Descoberta Científica*, publicada em 1934, quando ele tinha apenas 32 anos. Nesta obra ele faz uma análise radical sobre o método científico e o progresso da ciência. Outras duas grandes obras deram notoriedade internacional para Popper, mas são focadas no campo da política: *Sociedade aberta e seus inimigos*, publicada no final da Segunda Guerra Mundial, em 1945, e *Miséria do Historicismo*, publicado em 1957.

Ele foi um severo crítico do positivismo, mais especificamente do neopositivismo da escola de Viena e o seu Princípio de Verificação. Criticou também a filosofia analítica afirmando que se deve se preocupar mais com a verificação das teorias do que com os significados das palavras e criticou a escola de Frankfurt e a sua pretensão de análise totalitária da realidade.

Quando Popper analisa o modo com que se faz ciência, descobre dois grandes erros no método científico, e afirma que esses erros acabam dando uma visão deturpada de como ocorre o progresso científico.

O primeiro erro que Popper identifica é em relação ao método indutivo onde se analisa fatos particulares e se criam leis gerais. Esse método começa com a observação: um cientista observa o mundo, a realidade empírica e percebe que determinado fato acontece sempre do mesmo jeito. Assim, ele elabora uma teoria afirmando que necessariamente esse fato vai ocorrer desse mesmo jeito no futuro, e dessa forma a teoria estaria comprovada, tornando-se um conhecimento científico certo, seguro, verdadeiro e necessário. Essas leis universais garantem que esse determinado fato continuará se reproduzindo da mesma forma no futuro.

Para Popper, o raciocínio indutivo é falso. Ele concorda com David Hume nesse sentido (que era um empirista radical), que afirma que não podemos produzir conhecimento certo, seguro, verdadeiro, necessário e universal observando os fatos particulares. Para ele, não é porque o Sol sempre nasceu que necessariamente nascerá amanhã. Popper concorda com Hume e afirma que a indução não serve para produzir conhecimento científico porque parte de premissas equivocadas, o que faz com que se tenha uma regressão infinita:

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

(...) se tentarmos considerar sua verdade (do princípio da indução) como decorrente da experiência, surgirão de novo os mesmos problemas que levaram à sua formulação. Para justificá-lo, teremos de recorrer a inferências indutivas e, para justificar estas, teremos de admitir um princípio indutivo de ordem mais elevada, e assim por diante. (POPPER, 2001, p.29)

Aqui se tem o clássico exemplo dos Cisnes Brancos: não é porque sempre se viu cisnes brancos que se pode afirmar que só existam cisnes brancos. Basta que exista um Cisne Negro para derrubar toda a teoria. Assim, enunciados singulares nunca poderão atestar a veracidade de uma teoria.

O segundo grande problema identificado por Popper é essa ideia de que a ciência começa pela observação. Segundo Popper isso é um mito. Para ele, a pesquisa científica começa por problemas práticos ou teóricos, onde devemos elaborar hipóteses através da nossa imaginação criativa, e devemos tentar provar essas hipóteses através da observação.

Segundo Popper, toda hipótese que possa ser colocada à prova através da observação, da experiência, ou seja, que possa ser falseada é uma hipótese científica. Se essa hipótese vai se mostrar falsa ou verdadeira, é uma análise posterior.

Assim, a hipótese de a terra ser plana é uma hipótese científica, visto que pode ser colocada à prova observando a realidade sensível, e pode ser falseada. Ela apenas é reprovada na segunda etapa de verificação, visto que observando a realidade empírica podemos observar que é falsa.

Popper tem o intuito de demarcar quais são as proposições empíricas e as não empíricas, as científicas e as não científicas. E o que difere uma das outras é justamente o critério da falseabilidade. Por exemplo, a hipótese de Deus existir é não empírica, visto que não tem como ser falseada através da observação do nosso mundo sensível. É o que afirma Stephen Hawking:

Qualquer teoria científica sólida, seja do tempo, seja de outro conceito, deve, na minha opinião, se basear na filosofia da ciência mais efetiva de todas: a abordagem positivista de Karl Popper. Segundo esse modo de pensar, uma teoria científica é um modelo matemático que descreve e codifica as observações que fazemos. Uma boa teoria descreverá uma ampla gama de fenômenos com base em alguns postulados simples e fará previsões definidas passíveis de serem testadas. Se as previsões estiverem de acordo com as observações, a teoria sobreviverá ao teste ainda que jamais se possa provar que está correta. Por outro lado, se as observações divergirem das previsões, devemos destacar ou modificar a teoria. (HAWKING, 2016, p.39)

Popper enfoca muito na falseabilidade e não na comprovação científica porque ele acredita que as teorias científicas não são verdades absolutas. Existindo apenas um fato diferente do que a teoria prevê é suficiente para derrubá-la. E a partir disso Popper afirma que

as teorias científicas não são verdades absolutas, são apenas uma forma que nós temos de cada vez mais nos aproximarmos da realidade, da verdade.

Assim, a experiência não serve para comprovar a teoria, mas para testar indefinidamente a teoria que foi posta, e ela está o tempo todo sendo testada, falseada, para encontrar seus erros.

A Teoria da Evolução é hoje a teoria mais aceita de como o homem veio para na Terra. Mas, segundo Popper, isso não quer dizer que ela seja verdade absoluta. Ela é apenas a melhor teoria que temos no momento:

Próximo ao final do século XIX, os cientistas acreditavam estar perto de uma descrição completa do universo. Imaginavam que o espaço era preenchido por um meio contínuo chamado “éter”. Raios luminosos e sinais de rádio eram ondas neste éter, assim como som são ondas de pressão no ar. (HAWKING, 2016, p. 12)

Hoje sabemos que não se trata de nada disso, mas na época era a melhor ciência que tínhamos:

Iniciamos nossas investigações partindo de problemas. Sempre nos encontramos numa situação problemática e escolhemos um problema que esperamos poder solucionar. A solução, que sempre tem o caráter de tentativa, consiste numa teoria, numa hipótese, numa conjectura. As várias teorias rivais são comparadas e discutidas criticamente a fim de se identificar suas deficiências; os resultados permanentemente cambiantes, sempre inconcludentes, dessa discussão crítica, formam o que poderia ser denominado a ciência do momento. (POPPER, 1986, p. 94)

Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *Um discurso sobre as ciências*, vai tratar sobre a perda de confiança na ciência, afirmando que todo conhecimento científico é socialmente construído e que seu rigor tem limites inultrapassáveis e que sua objetividade não implica a sua neutralidade, dizendo ainda que estamos no fim de um ciclo de hegemonia de uma certa ordem científica¹³.

É nesse contexto de incerteza científica que se discute a adequabilidade ou não do princípio da precaução dentro do raciocínio científico proposto por Popper, como se verá no capítulo 3.

¹³ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2018.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NO CONTEXTO DA SOCIEDADE DE RISCO

3.1.Contexto histórico/social

O sociólogo Ulrich Beck fez o diagnóstico de que vivemos numa Sociedade de Risco, dentro de um contexto da pós-revolução industrial e economia extremamente variante, onde isso se intensifica cada dia mais:

Pobre em catástrofes históricas este século na verdade não foi: duas guerras mundiais, Aushwitz, Nagasaki, logo Harrisburg e Bhopal, e agora Chernobyl. Isso exige precaução na escolha das palavras e aguça o olhar para singularidades históricas. (...) A miséria pode ser segregada, mas não os perigos da era nuclear. E aí reside a novidade de sua força cultural e política. Sua violência é a violência do perigo, que suprime todas as zonas de proteção e todas as diferenciações da modernidade. (BECK, 2011, p.7)

Nesta obra, que se chama Sociedade de Risco, Beck aponta como vivemos expostos ao risco o tempo todo, o que faz com que tomemos medidas excepcionais a fim de evitá-los.

O autor se atenta muito à questão nuclear, e considerando que o livro foi publicado pela primeira vez em 1986, com certeza não ficaria nem um pouco surpreso com o cenário pandêmico que se iniciou com o COVID-19. Falecido em 2015, talvez já previsse o caos que se instalaria com uma doença que matou e ainda mata milhares de pessoas ao redor do mundo inteiro.

Ele afirma em sua obra que nós perdemos o controle sobre os riscos intrínsecos que nos assombram 24 horas por dia, 365 dias por ano:

A admissão de uma contaminação nuclear perigosa equivale à admissão da inexistência de qualquer saída possível para regiões, países ou continentes. Sobrevivência e (re) conhecimento do perigo se contradizem. É esse fato que torna a disputa em torno de medições, valores máximos aceitáveis e efeitos de curto e longo prazo, algo candente para a própria existência. (BECK, 2011, p.7)

É que mesmo que haja um problema em uma usina nuclear localizada há milhares de quilômetros, é possível sentir seus efeitos arrastados por fenômenos como chuva e vento. Ou seja, se houver algum vazamento de radiação de uma usina nuclear no Oriente, é possível sentir seus efeitos no outro lado do mundo.

Assim, fica claro a mensagem que o autor quer passar: nós perdemos totalmente o controle dos riscos sociais.

Compartilhando do mesmo raciocínio, escreve Anthony Giddens:

O mundo em que nos encontramos hoje, no entanto não se parece muito com o que eles previram (George Orwell e Max Weber). Em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrole. Além disso, algumas das influências que, supunha-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para

nós, entre eles o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto. (GIDDENS, 2007, p. 14)

A humanidade tem a tendência a acreditar que quanto mais tecnologia produz, mais controle se tem sobre quaisquer riscos. Mas o que se tem verificado até então é o oposto.

3.2.Princípio da precaução: origem

O princípio da precaução tem origem no Direito Ambiental, ramo este que se preocupa em impedir que desastres naturais ocorram, visto que muitos destes podem ser ambientalmente irreversíveis. Ele surge na Alemanha na década de 60, onde “era determinada uma obrigação de agir diante de uma ameaça de danos ambientais irreversíveis, mesmo que os conhecimentos científicos até então acumulados não confirmassem tal risco” (ROSSATO, 2002, p. 5-26)

Segundo Pierpaolo Bottini,

O termo precaução deriva do latim tardio *precautio-onis* que significa cautela antecipada. O princípio da precaução, princípio da prudência ou princípio da cautela pode ser conceituado como a diretriz para a adoção de medidas de regulamentação de atividades, em casos de ausência de dados ou informações sobre o potencial danoso de sua implementação. É o princípio que lida com situações em que a ciência não pode providenciar uma ampla análise das consequências, deixando um grau de incerteza no que se refere aos efeitos de determinadas atividades. (BOTTINI, 2019, p. 49)

Em 1988, na Conferência de Wingspread¹⁴ foi aprovada uma declaração à respeito desse princípio nos seguintes termos:

Quando uma atividade aumenta as ameaças de danos à saúde humana ou ambiental, medidas de precaução devem ser tomadas mesmo se algumas relações de causa e efeito não foram comprovadas cientificamente. Nesse contexto, o proponente da atividade, não o poder público, deve arcar com o ônus da prova.

Com a sociedade contemporânea e o modo de produção capitalista atual, os riscos se tornaram incontrolláveis e desconhecidos, dessa forma, passou-se a utilizar este princípio, como uma alternativa de regular os riscos das atividades.

No Brasil este princípio foi sendo adotados aos poucos, sendo incorporado na legislação e na construção de decisões judiciais primeiramente com a Lei de Biossegurança, 11.105/2005.

Internacionalmente, esse princípio já apareceu desde a Declaração de Estocolmo de 1972 (Declaração sobre o Ambiente Humano), e posteriormente, na Carta de Direito e

¹⁴ WINGSPREAD CONFERENCE. **Wingspread Statement on the Precautionary Principle**. Disponível em: [Wingspread Statement on the Precautionary Principle \(gdrc.org\)](https://www.gdrc.org/publications/otherpublications/wingspread-statement-on-the-precautionary-principle). Acesso em: 14 janeiro 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Deveres Econômicos dos Estados, da ONU, de 1974, aparecendo posteriormente também na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, de 1992, no Princípio 15: “A fim de proteger o meio ambiente, a abordagem preventiva deve ser amplamente aplicada pelos Estados, na medida de suas capacidades.”

3.3.Exemplos de aplicação do Princípio da Precaução

A Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que se dedicou à regulamentação do art. 225 da Constituição da República Federativa do Brasil, que regulamenta a questão ambiental no país. O artigo primeiro da lei trata da observância obrigatória do Princípio da Precaução para a proteção do meio ambiente.¹⁵

Um bom exemplo é o caso dos transgênicos, que fazem um aumento do conteúdo nutricional dos alimentos, geram uma maior produção, maior resistência, maior durabilidade de estocagem e armazenamento e diminuição de agrotóxicos.

Segundo estudo da ABRASEM, Associação Brasileira de Sementes e Mudas:

O volume de óleo diesel utilizado no maquinário agrícola nas lavouras transgênicas terá importante diminuição na próxima década. A redução prevista para as três culturas poderá chegar a 1,41 bilhão de litros, quantidade suficiente para abastecer uma frota de 587,8 mil veículos leves. No caso das emissões de gás carbônico, em decorrência do uso de óleo diesel, projeta-se que, aproximadamente, 3,7 milhões de toneladas do gás deixariam de ser lançados na atmosfera, o que equivale a preservar 27,6 milhões de árvores. Também foi calculada a redução no uso de ingrediente ativo. No período de dez anos, deixarão de ser utilizados 143 mil toneladas de defensivos agrícolas.¹⁶

Dessa forma, nota-se que os transgênicos possuem vantagens ambientais, mas ainda não há estudos finalizados à respeito dessa tecnologia no corpo humano. Seguindo o Princípio da Precaução, os transgênicos deveriam ser proibidos até que se tivesse certeza científica a respeito de como interage com o corpo humano. Porém, nesse caso, se pode notar que uma grande vantagem econômica deixaria de existir, freando a iniciativa privada.

Outro exemplo digno de nota é o “atraso farmacêutico” quando se adota um alto grau de precaução na introdução de novos remédios no mercado. É que o governo, querendo proteger a saúde coletiva dos potenciais danos decorrentes de um novo medicamento sob o

¹⁵Art. 1º Esta Lei estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização sobre a construção, o cultivo, a produção, a manipulação, o transporte, a transferência, a importação, a exportação, o armazenamento, a pesquisa, a comercialização, o consumo, a liberação no meio ambiente e o descarte de organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, tendo como diretrizes o estímulo ao avanço científico na área de biossegurança e biotecnologia, a proteção à vida e à saúde humana, animal e vegetal, e a observância do princípio da precaução para a proteção do meio ambiente. (grifo nosso)

¹⁶Disponível em: <http://www.abrasem.com.br/estudo-analisa-beneficios-dos-transgenicos-na-agricultura/>. Acesso em 19 abril de 2021.

qual ainda não se tem certeza científica de seus malefícios/benefícios, também deixa a população sem as potenciais vantagens produzidas se utilizassem o medicamento.

Dessa forma, surge o “risco substituto”, estudado por Sustain. (SUSTEIN, 2002, p. 251-288). Ou seja, tanto estar sem o novo medicamento quanto utilizá-lo sempre terá seus riscos inerentes: “aqui está o sentido em que o princípio da precaução, considerando em todo o seu valor, é paralisante: ele se põe como um obstáculo tanto à regulação quanto à não regulação, bem como a qualquer ponto intermediário entre as duas.” (SCHWARTZ, 2004, p. 10)

É que o princípio acaba produzindo uma orientação onde não se pode experimentar os possíveis benefícios do medicamento pelas dúvidas e incertezas de seus malefícios. O sujeito não poderá ter nem possíveis benefícios nem possíveis malefícios, porque o princípio acaba paralisando a utilização do medicamento.

Segundo Sustain, o Princípio da Precaução possui uma versão mais fraca e uma mais forte. De acordo com ele, a formulação mais fraca é trivial e vazia, e a sua formulação mais forte faz com que se tenha proibições irracionalmente restritivas, impondo ainda o ônus da prova àqueles que desejam exercer a atividade, e que “se levado a sério, o princípio da precaução pode ser paralisante, não proporcionando nenhum sentido.” (HAHN, 2002, p. 9)

A formulação universalmente aceita do Princípio da Precaução é aquela adotada na Declaração do Rio de 92, onde se tem uma versão fraca do princípio, visto que ela não especifica como a política de regulamentação da precaução deve ser, o quanto significativo deve ser o dano, nem a medida de custo-benefício e muito menos as medidas preventivas a serem tomadas. Por isso segundo Sustain, esta seria uma versão fraca, ou seja, muito aberta e sem comandos específicos de como atuar no caso concreto.

De acordo com o mesmo autor, essa versão fraca do princípio é importante, visto que “é necessária na prática para mediar o interesse público e as reivindicações egoístas de grupos privados que exigem prova inequívoca de dano, o que nenhuma sociedade racional quer”. (HAHN, 2002, p. 10)

A grande crítica ao princípio é na sua formulação forte, que pode ser paralisante, visto que se exige uma prova cabal do que ainda não se pode provar cientificamente, considerando ainda que a sociedade de risco é uma verdadeira Caixa de Pandora e que as teorias científicas mudam constantemente de orientação: “Se o ônus da prova recai sobre o proponente da atividade, o Princípio da Precaução parece impor um ônus da prova que é impossível de ser superado, daí decorre a paralisia do princípio.” (HAHN, 2002, p. 10)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Logo, o princípio da precaução na versão forte acaba impedindo que se tenha evoluções tecnológicas, porque acaba servindo como freio, ou preterindo soluções que poderiam ser muito benéficas no presente.

Essa atitude seria completamente irrealista (da aplicação do princípio na versão forte), dadas as características da sociedade de risco em que vivemos no mundo contemporâneo. Com efeito, em um tempo onde a técnica subverteu os processos normais de funcionamento dos ecossistemas, torna-se impossível prevenir todos os danos, porque os danos têm que ser revistos continuamente (HAHN, 2002, p. 1)

Assim, a versão forte se torna impraticável numa sociedade de risco, visto que os riscos são inerentes a todas as atividades, e como se viu no primeiro capítulo, a ciência é sempre conjectural, momentânea.

4. DA (IN)COMPATIBILIDADE DO PENSAMENTO EPISTEMOLÓGICO DE KARL POPPER COM O PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Conforme abordado no primeiro capítulo, para Popper a ciência é sempre momentânea, provisória, sendo necessário aprimorá-la constantemente. Com isso faz-se o questionamento a respeito do Princípio da Precaução, que é baseado na incerteza científica. Como teremos certeza científica de algo se a ciência é sempre, em alguma medida, incerta? Será que dentro do raciocínio de Popper tudo não cairia dentro desse princípio, já que não existe segurança científica?

Para Popper, a ciência é feita através de uma permanente construção de hipóteses e de seu cotejamento com a realidade. Rompendo com o pensamento aristotélico e sua identificação entre ciência e opinião, Popper concebe a ciência como uma sucessão de pensamentos, frutos da imaginação criadora do homem, que historicamente se aproxima cada vez mais da verdade, ao mesmo tempo que num certo grau transforma essa mesma verdade, e ao transformar o mundo que nos cerca parecendo afastá-la para uma fronteira cada dia mais distante sempre capaz de uma explicação cada vez mais abrangente dos fenômenos observados movidas sempre pela crítica de nossos erros e pela refutação sucessiva das teorias, uma após a outra, refutações essas que colocaram novos problemas a serem enfrentados, novas perguntas a serem respondidas. (SCHMIDT, 2007, p. 6)

Dessa forma, para Popper tudo é incerto e nunca chegaremos numa verdade absoluta, visto que essa verdade vai se transformando junto com o mundo. Assim, dentro da lógica do autor, se o argumento utilizado para a não liberação de certo medicamento é a incerteza científica quanto aos seus possíveis malefícios, todo medicamento deveria sofrer a mesma restrição, visto que não existe certeza científica a respeito de nada, o que existe é somente a ciência do momento, que pode ser refutada a qualquer instante.

Ou seja, para o autor, tudo que existe é incerteza. Não faz sentido, na lógica do autor, restringir atividades/serviços/produtos em função de incertezas científicas, porque tudo que há é incerto e momentâneo: “Devemos partir sempre das ideias de que a ciência é crítica e falível. O falseamento popperiano, no nosso modo de ver, é o resultado de uma “demarcação” entre o que ainda é aceito como correto cientificamente e o que já não possui o mesmo crédito.” (SCHMIDT, 2007, p. 12)

Assim, como provar cientificamente que tal substância química não trará riscos à saúde sendo que a própria ciência é incerta e momentânea? Nesse cenário, a única certeza que temos é da constância da incerteza científica: “Para Popper, a realidade é potencialmente inatingível e passível de ordenação pelo homem, mas nós nunca podemos saber se estamos certos, só conhecemos com certeza aos nossos erros”.

Ainda, é inegável que liberar ou não liberar um novo medicamento permeia interesses políticos e econômicos, tanto da iniciativa privada como do Estado:

Popper é um pensador inteiramente cômico da importância do papel da tradição na formação do pensamento e da conduta dos homens, os quais necessariamente agem e pensam tendo como referência o ambiente em que vivem e as teorias existentes em seu tempo. Para Popper a ciência é uma construção racional exatamente por ser histórica. Sua construção se dá com base no enfrentamento, pelo homem, de problemas que lhe surgem ao longo da vida, sendo, portanto, irrecusável sua estreita vinculação com a realidade externa e com os fenômenos culturais de cada época. (SCHMIDT, 2007, p. 7)

Considera-se então que além das incertezas científicas naturais da produção do conhecimento, em relação ao Princípio da Precaução ainda se aplicam eventuais interesses na liberação ou não de determinados produtos. É inegável o poder político e econômico da indústria farmacêutica, o que ficou ainda mais evidenciado nos tempos pós pandêmicos.

Finalmente, conclui-se que o referido princípio se mostra inadequado dentro do pensamento epistemológico popperiano, num contexto de sociedade de risco e de crise do conhecimento científico, conforme muito bem esclarecido por Boaventura de Sousa Santos, pelas razões já expostas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No capítulo 2, foi feita a análise sobre o pensamento epistemológico de Karl Popper, onde demonstrou-se que para ele o raciocínio indutivo é falso, e a ciência nunca é uma verdade absoluta, ela é sempre conjectural, momentânea, e deve ser testada a todo o momento.

Popper enfoca muito na falseabilidade e não na comprovação científica porque ele acredita que as teorias científicas não são verdades absolutas. Existindo apenas um fato

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

diferente do que a teoria prevê é suficiente para derrubá-la. E a partir disso Popper afirma que as teorias científicas não são verdades absolutas, são apenas uma forma que nós temos de cada vez mais nos aproximarmos da realidade, da verdade.

Assim, a experiência não serve para comprovar a teoria, mas para testar indefinidamente a teoria que foi posta, e ela está o tempo todo sendo testada, falseada, para encontrar seus erros.

Para ele, a única certeza que podemos ter é da constante incerteza científica e que não existem verdades absolutas, apenas o que denomina de “ciência do momento”.

Ainda, Boaventura de Sousa Santos, em sua obra *Um discurso sobre as ciências*, vai tratar sobre a perda de confiança na ciência, afirmando que todo conhecimento científico é socialmente construído e que seu rigor tem limites inultrapassáveis e que sua objetividade não implica a sua neutralidade, dizendo ainda que estamos no fim de um ciclo de hegemonia de uma certa ordem científica. Fez-se um paralelo com o poder político e econômico da indústria farmacêutica nesse sentido.

Ou seja, além das incertezas científicas naturais da produção do conhecimento, em relação ao Princípio da Precaução ainda se aplicam eventuais interesses na liberação ou não de determinados produtos.

Posteriormente, no Capítulo 3, foi apresentado o conceito do Princípio da Precaução, o contexto histórico/social em que foi criado, exemplos e suas duas versões (forte e fraca), conforme estudado por Sustain.

Foi analisado o conceito de Sociedade de Risco, introduzido por Beck, que aponta como vivemos expostos ao risco o tempo todo, o que faz com que tomemos medidas excepcionais a fim de evitá-los, e que nós perdemos totalmente o controle dos riscos sociais

A humanidade tem a tendência a acreditar que quanto mais tecnologia produz, mais controle se tem sobre quaisquer riscos. Mas o que se tem verificado até então é o oposto, ainda mais considerando o pensamento de Popper que afirma que a ciência é sempre momentânea e falseável.

Posteriormente, foi feita a análise da origem do Princípio da Precaução, que nasce no Direito Ambiental, ramo este que se preocupa em impedir que desastres naturais ocorram, visto que muitos destes podem ser ambientalmente irreversíveis

Viu-se que com a sociedade contemporânea e o modo de produção capitalista atual, os riscos se tornaram incontroláveis e desconhecidos, dessa forma, passou-se a utilizar este princípio, como uma alternativa de regular os riscos das atividades.

Um exemplo importante da aplicação do princípio é o “atraso farmacêutico” quando se adota um alto grau de precaução na introdução de novos remédios no mercado. É que o governo, querendo proteger a saúde coletiva dos potenciais danos decorrentes de um novo medicamento sob o qual ainda não se tem certeza científica de seus malefícios/benefícios, também deixa a população sem as potenciais vantagens produzidas se utilizassem o medicamento.

Finalmente, no capítulo 4, chegou-se à conclusão de que o Princípio da Precaução é incompatível com o pensamento epistemológico de Popper, visto que ele parte da premissa de que toda a ciência é momentânea, transitória, incerta, e o Princípio da Precaução tem o objetivo justamente de barrar produtos que possuam algum grau de incerteza científica quanto aos seus malefícios. Assim, seguindo essa lógica, todos os produtos deveriam sofrer algum tipo de restrição, visto que todos podem apresentar riscos desconhecidos pela ciência, que para Popper, é incerta.

Conclui-se que o referido princípio se mostra inadequado dentro do pensamento epistemológico popperiano, dentro de um contexto de sociedade de risco e de crise do conhecimento científico, conforme muito bem esclarecido por Boaventura de Sousa Santos pelas razões já expostas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato: Uma análise das novas técnicas de tipificação no contexto da sociedade de risco. 4 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GIDDENS, Anthony. O mundo em descontrolé. 6 ed. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass. The precautionary principle as a basis for decision making. The Economics Voice, v. 2, n. 2, article 8, 2005. Disponível em: The Precautionary Principle as a Basis for Decision Making by Robert W. Hahn, Cass R. Sunstein, SSRN. Acesso em 14 janeiro 2002.

HAWKING, Stephen. O universo numa casca de noz. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2016.

POPPER, Karl. Autobiografia intelectual. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1986.

POPPER, Karl. A lógica da pesquisa científica. São Paulo: Cultrix, 2001.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ROSSATO, Elisiane Rubin. Os direitos fundamentais como amparo ao princípio da precaução. Estudos jurídicos, Revista do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade do Vale dos Sinos, vol. 35, n. 94, p. 5-26, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Um discurso sobre as ciências. 5. Ed. São Paulo: Cortez, 2018.

SCHMIDT, P.; SANTOS, J.L. O pensamento epistemológico de Karl Popper. Revista Contexto. Porto Alegre, v.7, n.11, 1 semestre 2007. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/ConTexto/article/view/11236/6639>. Acesso em: 09/03/2002.

SCHWARTZ, Germano. O tratamento jurídico do risco no direito à saúde. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. Risk and reason: safety, law and the environment. 2002. p. 251-288. Disponível em: Risk and Reason: Safety, Law, and the Environment - Cass R. Sunstein, Robert Walmsley University Professor Cass R Sunstein - Google Livros. Acesso em 14/01/2022.

WINGSPREAD CONFERENCE. Wingspread Statement os the Precautionary Principle. Disponível em: Wingspread Statement on the Precautionary Principle (gdrc.org) Acesso em: 14 janeiro 2022.

**O DIREITO À SAÚDE, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CRISE
PANDÊMICA E A QUEBRA DE PATENTE DE INDÚSTRIAS FARMACÊUTICAS**

Andrielly Prohmann Chaves Zanella¹⁷

Valmir César Pozzetti¹⁸

Flávia Piva Almeida Leite¹⁹

1. INTRODUÇÃO

No final do ano de 2019 o mundo passou a vivenciar uma pandemia decorrente do surgimento do Coronavírus (Sars-Cov-2), a espécie humana passou a ser atacada pelo vírus chamado popularmente de Covid 19, este vírus ataca as vias respiratórias, causando prejuízos à saúde humana e saindo fora do controle das autoridades sanitárias, levando a humanidade ao internamento de emergência com falta de ar e algumas consequências levaram uma enorme população mundial a óbito.

Nesse sentido Zambrano; Pozzetti, Gomes e Brito (2020, p.172) destacam que:

A pandemia obrigou a maioria das nações a decretarem, de forma imediata, o isolamento social como medida preventiva para controle da transmissibilidade, até que fossem desenvolvidas vacinas e medicamentos e/ou tratamentos que possam reverter o atual quadro crítico de saúde pública.

O presente artigo tem por objetivo analisar a saúde mediante a crise pandêmica da COVID 19, os impactos sociais e econômicos a fim de debater licenciamento compulsório das indústrias farmacêuticas ou chamada informalmente de quebra de patente das vacinas. O Estado pode se utilizar do mecanismo denominado “Licença Compulsória” e retirar a exclusividade de exploração econômica do titular da patente.

¹⁷ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduada em Processo Penal pela FAEL. Especialização em Direitos Humanos e Cidadania pelo programa de Pós-Graduação Stricto Sensu pela Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). Bacharel em Direito pela Faculdade Estácio.

¹⁸ Pós Doutor em Direito à Alimentação Sadia pela Università degli Studi di Salerno/Itália; Pós Doutor em Direito Ambiental pela Escola de Direito Dom Helder Câmara; Doutor em Biodireito/Direito Ambiental pela Université de Limoges/França. Mestre em Direito do Urbanismo e do Meio Ambiente, pela Université de Limoges/França. Professor Adjunto da UFAM – Universidade Federal do Amazonas e da UEA – Universidade do Estado do Amazonas. E-mail: v_pozzetti@hotmail.com. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-2339-0430>.

¹⁹ Professora da Faculdade de Arquitetura, Artes e Comunicação - no Departamento de Ciências Humanas da FAAC/UNESP. Professora do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito da UNESP/França. Pós-doutoramentos em andamento na Universidade de Coimbra/Portugal e na Universidade Mediterranea de Reggio Calabria/Itália. Doutora em Direito do Estado pela PUC/SP na sub-área Direito Urbanístico, Mestrado pela Instituição Toledo de Ensino Bauru em Sistema Constitucional de Garantia de Direitos, pós graduada em Gerente de Cidades pela Fundação Armando Alvares Penteado - FAAP e Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru - ITE.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Inicialmente será feita uma análise do princípio da dignidade da pessoa humana tendo como exemplos as falas de Kant e Sandel, entre outros renomados autores.

Logo em seguida, a saúde e a constituição como tópico analisará historicamente como foi tratada a saúde na constituição brasileira. O artigo abordará o desenvolvimento da vacina contra a COVID 19 e a aprovação pela Anvisa o uso emergencial das vacinas e a possível quebra da patente com a Lei nº 14.200/2021 que fez mudanças significativas na Lei nº 9.279/1996 (Lei de Propriedade Industrial) prevendo a possibilidade de que as patentes sejam licenciadas compulsoriamente.

A metodologia utilizou-se da pesquisa bibliográfica, legislativa e do método dedutivo, pois seu referencial analítico baseia-se em pesquisas acadêmicas disponíveis em bases de periódicos como Capes e Scielo, repositórios institucionais de universidades e de órgãos de pesquisa. Dentre os artigos e textos analisados, foram considerados aqueles que indicam os benefícios da licença compulsória assim como aqueles que apontam suas inconsistências, e com isso fazer uma análise científica sobre seus resultados.

No início do século XX, precisamente em 1921, ensinava Rui Barbosa aos recém-formados em Direito pela Faculdade de Direito do Largo do São Francisco: “Justiça atrasada não é justiça, mas injustiça qualificada e manifesta”. E acrescentou, “Melhor será que a sentença não erre. Mas, se cair em erro, o pior é que se não corrija.” (BARBOSA, 2009, p. 64)

Por fim, a problemática desta pesquisa está ligada ao seguinte questionamento: Em que medida a quebra de patente poderá auxiliar no avanço da medicina para a eliminação do vírus na humanidade? Quanto a afirmação de Rui Barbosa: Em que medida o Estado contribuirá para a justiça, deixando o direito à propriedade intelectual do particular em detrimento da ameaça iminente de mortes em massa pela pandemia?

A pesquisa se justifica, tendo em vista que, os altos custos das vacinas desenvolvidas pelos laboratórios particulares, podem inviabilizar a dignidade das populações mais pobres que não terão como arcar com os custos exigidos pelos laboratórios privados.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Para falar de princípios primeiramente precisamos entender o que é um princípio.

Segundo Pozzetti e Campos (2017, p. 255):

Os princípios são a base do ordenamento jurídico, de onde promanam as regras de uma determinada sociedade. Tudo aquilo que determinada sociedade entende como justo, como honesto, como norte para a paz e a vida em grupo, é denominado de princípios. Dessa forma, a norma jurídica, ao ser posta à disposição de todos os

jurisdicionados, deverá atender as regras ou aos anseios dos Princípios; caso contrário, está fadada a ser revogada.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um conceito filosófico e abstrato que determina o valor inerente da moralidade, espiritualidade e honra de todo o ser humano. Dignidade pessoal é a prerrogativa de todo ser humano em ser respeitado como pessoa, de não ser prejudicado em sua existência (a vida, o corpo e a saúde) e de fruir de um âmbito existencial próprio, como o valor básico do Estado democrático de direito é reconhecer o ser humano como o centro e o fim do direito.

Essa prerrogativa é o valor máximo, constitucionalmente falando, o valor absoluto e serve de limitação à autonomia da vontade. O princípio da dignidade humana começou a se estruturar como direitos humanos a partir do Iluminismo europeu dos séculos XVII e XVIII num período de abandono do feudalismo e colonialismo pelo mundo, como exemplo a Revolução Norte-Americana e a Revolução Francesa; a segunda trazendo consigo a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”. Com as Convenções de Genebra, que ocasionaram uma série de tratados internacionais para reduzir o impacto das guerras na população e impedir que atos degradantes e cruéis. Com o período das Guerras Mundiais, culminaram na criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 pela ONU.

Ingo Sarlet (SARLET, 2004. p. 60) reconhece que tanto o sentido comum como o específico sentido jurídico que se possa dar à “dignidade” de uma pessoa humana é difícil de ser obtida, isto sem falar na questionável viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje:

Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2004. p. 60)

Já Kant (2008, p. 306/307) afirma em “A Metafísica dos Costumes”:

Desprezar os outros (*contemnere*), ou seja, negar-lhes o respeito devido aos seres humanos em geral, é em todas as situações contrário ao dever, uma vez que se tratam de seres humanos [...] contudo, não posso negar todo respeito sequer a um homem corrupto como ser humano; não posso suprimir ao menos o respeito que lhe cabe em sua qualidade como ser humano, ainda que através de seus atos ele se torne indigno desse respeito. Assim, pode haver punições infamantes que desonram a própria humanidade (tais como esquartejamento de um homem, seus despedaçamentos produzidos por cães ou cortar fora seus nariz e orelhas. (KANT, 2008, p 306-307).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Questionando-se em que, exatamente, consiste o respeito à dignidade humana, Sandel (2011, p. 155/156) destaca que:

Existe uma diferença entre respeito e outras formas de ligação humana. Amor, empatia, solidariedade e companheirismo são sentimentos morais que nos aproximam mais de determinadas pessoas do que de outras. Mas a razão pela qual devemos respeitar a dignidade dos indivíduos nada tem a ver com algo sobre eles em particular. O respeito Kantiano é diferente do amor. É diferente da empatia. É diferente da solidariedade e do companheirismo. Essas razões para se importar com as outras pessoas estão relacionadas com o que elas são. Amamos nossos cônjuges e os membros da nossa família e temos empatia com as pessoas com as quais nos identificamos. Somos solidários aos nossos amigos e companheiros. O respeito Kantiano, no entanto, é o respeito pela humanidade em si, pela capacidade racional que todos possuímos. Isso explica por que a violação do respeito de uma pessoa por si mesma é tão condenável quanto à violação do respeito pelo próximo. E explica também por que o princípio kantiano do respeito se aplica às doutrinas dos direitos humanos universais. Para Kant, a justiça obriga-nos a preservar os direitos de todos, independentemente de onde vivam ou do grau de conhecimento que temos deles, simplesmente porque são seres humanos, seres racionais e, portanto, merecedores de respeito. (SANDEL, 2011, p. 155-156)

Afirma Nodari (2009, p.207) na sua obra “A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant”:

Pois bem, o ser humano, como natureza racional, existe como valor absoluto e fim em si e, por isso, constitui-se como a base da lei prática. O ser humano não deve, por conseguinte, absolutamente ser usado como meio, mas tão-somente como fim em si mesmo, devendo ser chamado de pessoa e não de coisa, porque, enquanto esta possui valor relativo, aquela é fim em si mesmo, possui valor absoluto e, portanto, dignidade. (NADORI, 2009, p. 207).

Não se pode entender a dignidade humana como fundamentada pura e simplesmente na autonomia²⁰, como sabidamente Kant afirma na Fundamentação da Metafísica dos Costumes quando diz que “a autonomia, portanto, é o fundamento da dignidade da natureza humana e de toda a natureza racional” (KANT, 1986, p. 79)

3. A SAÚDE E A CONSTITUIÇÃO

O conceito de saúde variou durante a história da humanidade e está intimamente ligado ao de doença. Uma tutela constitucional do direito à saúde (como direito fundamental implícito), por apresentar uma série de interconexões com a proteção de outros bens constitucionalmente resguardados.

²⁰ Gérard Lebrun sustenta que o conceito de autonomia, introduzido por Kant na Fundamentação, traz consigo algumas novidades, quais sejam: “em primeiro lugar, a autonomia faz-nos superar a representação da Lei Moral como um ‘fato que não se pode absolutamente explicar por quaisquer dados do mundo sensível’”. Isso se deve ao fato de, diferentemente do imperativo, que conserva o caráter coercitivo, a autonomia, por sua vez, aproximasse da *ratio essendi* da determinação da vontade pela lei, isto é, da liberdade. (LEBRUN, Gérard. Sobre Kant. São Paulo: Iluminuras/Edusp, 1983, p. 75-81).

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

Para Pozzetti (2022, p.935), não existe dignidade humana sem saúde e destaca que “A saúde é um dos bens jurídicos mais valiosos de todo ser humano, vez que sem ela, não existe vida, somente sobrevivência; e a vida só vale a pena ser vivida se tivermos saúde. A preocupação com a saúde vem desde que o homem existe e ela se intensificou a partir do momento em que o homem começou a viver em comunidade”.

A Constituição Federal de 1988 inseriu, de maneira inaugural, o direito à saúde no rol dos direitos sociais (art.6º). Nas constituições anteriores, somente os trabalhadores que contribuíam com a Previdência Social é que teriam direito de acesso à saúde pública, os demais ficavam completamente dependentes da iniciativa privada. O artigo 196/CF88, ao tratar expressamente do direito à saúde, determina que: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

A Constituição Imperial de 1824 não tratava do direito à saúde somente a garantia dos “socorros públicos” aos cidadãos brasileiros:

Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:

(...) *omissis*

XXXI. A Constituição também garante os socorros públicos.

A Constituição de 1891, por sua vez, suprimiu o dispositivo que garantia os “socorros públicos”, e apresentou, em seu artigo 72, caput, uma leve e indireta proteção sanitária ao mencionar a “segurança individual”:

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes (...) (BRASIL,1988)

A Constituição de 1934 criou normas programáticas e atribuiu competência concorrente à União e aos Estados para cuidar da saúde e da assistência públicas. Conforme seu artigo 10: Compete concorrentemente a União e aos Estados: (...) II - cuidar da saúde e assistência públicas;

Adiante, garantiu, ainda, assistência médica e sanitária aos trabalhadores e gestantes:

Art 121. A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do país. § 1.º A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador: (...) h) assistência médica e sanitária ao trabalhador e a gestante, assegurado a este descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho ou de morte. (CRFB/1934)

Assim, a saúde é um componente do direito à vida seja como elemento existencial ou como elemento agregado à sua qualidade. Não há vida sem saúde. para a constituição. Para a Constituição, não basta ao indivíduo estar biologicamente vivo, é preciso que essa vida seja digna. Nesse sentido, Pozzetti e Zambrano (2020, p.214) ao compararem o direito brasileiro com o Direito Italiano destaca: “Importante destacar que o legislador italiano elevou o “direito à saúde” como um direito fundamental, porque sem saúde o ser humano não consegue trabalhar, não consegue usufruir do lazer, não consegue ser feliz e não consegue fazer ninguém feliz; ao contrário passa a ser um fardo para si, para sua família e para a sociedade”.

Ademais, consoante ensina Fernando Aith (2007, p.46):

(...) as concepções de saúde também são elaboradas através de uma relação direta entre o indivíduo e o social. A saúde era concebida, às vezes, como uma simples ‘ausência de doença’, outras vezes como ‘uma reserva corporal’, ou, ainda, como ‘um fundo de saúde’ inato e que permite ao organismo resistir contra todas as agressões feitas pelo corpo social. Também podemos encontrar concepções da saúde como ‘equilíbrio’ que permite ao indivíduo responder da forma mais eficiente possível às exigências da vida social. O equilíbrio se encarna na plenitude física e psíquica, no sentimento de autossatisfação e de harmonia com os outros. Essas diferentes concepções de saúde constituíam entidades fluidas, podendo coexistir, e aptas a dar conta das diferentes facetas da experiência das pessoas, mas o ‘equilíbrio’ apresentou-se como uma concepção positiva da saúde, tendo sido adotada tal concepção pela Organização Mundial de Saúde – OMS (AITH, 2007, p.46)

O conceito da Organização Mundial de Saúde - OMS, divulgado na carta de princípios de 7 de abril de 1948 (desde então o Dia Mundial da Saúde), implicando o reconhecimento do direito à saúde e da obrigação do Estado na promoção e proteção da saúde, estabelece que “saúde é o estado do mais completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença” (SCLIAR, 2007).

Na VII Conferência Nacional de Saúde, em 1986 adotou seguinte conceito sobre saúde:

(...) em seu sentido mais abrangente, a saúde é resultante das condições de alimentação, habitação, educação, renda, meio ambiente, trabalho, emprego, lazer, liberdade, acesso e posse da terra e acesso a serviços de saúde. É assim, antes de tudo, o resultado das formas de organização social da produção, as quais podem gerar grandes desigualdades nos níveis de vida (...) (BRASIL,1986).

Com o avanço no campo da Engenharia Genética e da Biologia Molecular, surgiram outros modelos de explicação e compreensão da saúde, da doença e do processo saúde-doença, como o modelo epidemiológico.

A Lei nº 8080, de 19 de setembro de 1990, ao dispor sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes, a ausência de específica definição de saúde, provoca inseguranças, incertezas e divergências quando da aplicação da lei em questão.²¹

A saúde, ainda que de difícil conceituação, possui alguns aspectos comuns em grande parte dos modelos e definições existentes, a saúde não está ligada a fenômenos biológicos, vinculados ao direito à vida, podendo estar relacionada ao bem-estar físico, mental, social, e não somente à mera ausência de doença.

Nesse sentido, Lenir Santos (2010, p. 147-148) explica:

Diante do conceito afirmado pela Constituição de que “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”, abandonou-se um sistema que apenas considerava a saúde pública como dever do Estado, no sentido de coibir ou evitar a propagação de doenças que colocassem em risco a saúde da coletividade, e assumiu-se que o dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além da prestação de serviços públicos de promoção, prevenção e recuperação da saúde. A visão epidemiológica da questão saúde/doença, que privilegia o estudo de fatores sociais, ambientais, econômicos e educacionais que podem gerar enfermidades, passou a integrar o direito à saúde. Esse novo conceito de saúde considera seus determinantes e condicionantes (alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação, transporte etc.) e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatos sociais e ambientais, e ao governo o de formular políticas públicas condizentes com a melhoria do modo de vida da população.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, que consagra o direito à vida e à saúde; o Protocolo Adicional em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), datado de 1988, que em seu artigo 10 protege de forma explícita o direito à saúde; a Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969 (Pacto de San José

²¹ Art. 2º A saúde é um direito fundamental do ser humano, devendo o Estado prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício. § 1º O dever do Estado de garantir a saúde consiste na formulação e execução de políticas econômicas e sociais que visem à redução de riscos de doenças e de outros agravos e no estabelecimento de condições que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua promoção, proteção e recuperação. § 2º O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade. Art. 3º Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. (Redação dada pela Lei nº 12.864, de 2013) Parágrafo único. Dizem respeito também à saúde as ações que, por força do disposto no artigo anterior, se destinam a garantir às pessoas e à coletividade condições de bem-estar físico, mental e social.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

da Costa Rica); as três Convenções da Organização das Nações Unidas contra a Tortura: a Convenção Europeia de 1987, a Convenção Interamericana de 1985, e a Convenção das Nações Unidas de 1984; dentre outros instrumentos que salvaguardam a saúde, direta ou indiretamente, de forma expressa ou implícita, e que, pela abertura trazida pelo citado mecanismo constitucional, permitem a ampliação do direito à saúde, via conexão secundária. (SILVA, 2016, p.13)

4. O COVID 19 E O DESENVOLVIMENTO DE VACINAS

A Covid 19 teve início com um surto de complicações respiratórias semelhante a pneumonia, iniciada em Wuhan (China), o vírus já infectou mais de 437,3 milhões de pessoas e levou a óbito mais de 5,9 milhões ao redor do mundo²². Logo no início de 2020, a China e a Europa passaram por desacelerações econômicas que afetaram seus parceiros comerciais, entre eles o Brasil, que adotou medidas de isolamento social, que, somadas a redução do comércio, demissões e ampliação do risco de investimento, provocaram impactos significativos na qualidade de vida e oferta de empregos.

Muitos brasileiros nem sequer puderam cumprir o isolamento social. A situação da população menos favorecidas foi sem dúvida a mais afetada e sofreu mais com o impacto a longo prazo, desde a informalidade do mercado de trabalho, com o desemprego e com isso a desigualdade social. A superlotação de hospitais afetou principalmente aquelas pessoas que dependiam exclusivamente do SUS (sistema único de saúde).

Com o caos generalizado, a atuação da Ciência neste cenário, em especial o setor farmacológico, esteve interligada a questões de Inovação Tecnológica e Propriedade Intelectual. Visando o desenvolvimento de uma vacina eficaz e segura, o mecanismo de acesso global a vacinas contra Covid 19 (COVAX) surgiu em abril de 2020 com o intuito de oferecer aos países o portfólio de vacinas na tentativa de fazer com que suas populações fossem imunizadas precocemente. Segundo a Gavi, *The Vaccine Alliance*, o principal objetivo da Covax era garantir não apenas a produção de vacinas, mas a sua acessibilidade (BERKLEY, 2020)

A produção iniciou pela Rússia com a Sputnik V, vindo logo em seguida a *Pfizer* fabricada pela empresa americana *Pfizer* em parceria com a *BionTech*, *AstraZeneca*

²² Dados obtidos da Organização Mundial da Saúde, agência da Organização das Nações Unidas que criou uma página na internet exclusiva para informações global sobre Covid-19. As informações são atualizadas diariamente. Disponível em <https://covid19.who.int/>, Acesso em 02. março.2022.

desenvolvida pela empresa britânica-sueco em parceria com a Universidade *Oxford*, *CoronaVac* pela empresa chinesa *SinoVac Biotech*, *Janssen* desenvolvida pela empresa americana *Johnson & Johnson*. Aprovado pelo Brasil em janeiro de 2021 pela Anvisa o uso emergencial das vacinas da *CoronaVac* e *AstraZeneca* afim de agilizar o processo de vacinação em território nacional (Brasil,2020).

5. A QUEBRA DE PATENTE EM CASOS DE EMERGÊNCIA NACIONAL

Em 02 de setembro de 2021, foi sancionada a lei 14.200/2021, que altera a Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996) prevendo a possibilidade de que as patentes, em casos de emergência nacional ou internacional, ou de interesse público, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional sejam licenciadas compulsoriamente desde que o titular não atenda a necessidade (BRASIL,2021).

A patente é um título de propriedade temporária sobre uma invenção ou modelo de utilidade, outorgado pelo Estado aos inventores ou autores ou outras pessoas físicas ou jurídicas detentoras de direitos sobre a criação (BRASIL,2020), entretanto a Constituição Federal em seu art.5º inc. XXIX assegura a proteção Industrial desde que o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país sejam levados em consideração, garantindo no caso pandêmico, o acesso da população as vacinas o mais breve possível por sobrevivência humana, visto que a população padece com a demora no fornecimento, podendo inclusive ser pedida de ofício.

Antes de aderir ao Acordo TRIPs (*Agreement on Trade – Related Aspects of Intellectual Property Rights*), o Brasil não concedia patentes de processos e produtos farmacêuticos a antiga lei de propriedade intelectual, Lei nº 5.772/1971, ora revogada, vedava explicitamente o patenteamento de medicamentos.

Sobre o Acordo o Acordo TRIPs, Aranha esclarece que: [...] é um tratado internacional multilateral firmado em 1994 durante a Rodada Uruguai do GATT7 (Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio) com o objetivo de fixar parâmetros mínimos de proteção à propriedade intelectual, inclusive patente de processos e produtos farmacêuticos. Esse tratado influencia as políticas farmacêuticas nacionais e o próprio custo dos medicamentos, mediante fixação dos contornos do direito de propriedade intelectual. Entre os contornos fixados para as patentes, estão inscritos na legislação brasileira (Lei 9.279/96): exercício abusivo dos direitos decorrentes da patente (art. 68, caput); prática de abuso de poder econômico por meio da patente (art. 68, caput); não-exploração local do objeto da patente (art. 68, §1º, I);

comercialização insatisfatória (art. 68, §1º, II); dependência de patentes (art.70); emergência nacional (art. 71); e interesse público (art. 71). Todas as causas enunciadas são previsões legais justificadoras do licenciamento obrigatório da patente por seu titular. Trata-se da chamada licença compulsória [...] (ARANHA, 2016, p. 59)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse sentido Pozzetti, Ferreira e Mendes (2020, p. 608) destacam que:

É de se destacar que o direito patentário, no Brasil, ganhou status de direito fundamental, com o advento da Constituição federal de 1988, que em seu artigo 5º estabeleceu: Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) omissis XXIX -a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Diferente de outras tecnologias, as patentes farmacêuticas necessitam do aval da Anvisa para poderem adentrar no mercado, junto com a concessão do direito de patente oferecida pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial, inovando a biotecnologia (CHAMAS,2008)

A lei 14.200/2021 que alterou a Lei nº 9.279/1996, estabeleceu em seu artigo 71 que:

Art. 71. Nos casos de emergência nacional ou internacional ou de interesse público declarados em lei ou em ato do Poder Executivo federal, ou de reconhecimento de estado de calamidade pública de âmbito nacional pelo Congresso Nacional, poderá ser concedida licença compulsória, de ofício, temporária e não exclusiva, para a exploração da patente ou do pedido de patente, sem prejuízo dos direitos do respectivo titular, **desde que seu titular ou seu licenciado não atenda a essa necessidade.**

Já no § 2º estabelece que são excluídos as patentes e os pedidos de patente que forem **objetos de acordos** de transferência da tecnologia de produção ou de licenciamento voluntário capazes de assegurar o atendimento da demanda interna (BRASIL,2021).

O surgimento de novas e assustadoras doenças é um evento inerente à história humana. Em maior e menor grau, doenças imprevisíveis serão sempre e sempre, não incomuns, e se expandirão globalmente, proporcionalmente à gravidade da epidemia. Isso já aconteceu em muitos casos, como Peste Negra, Gripe Espanhola, Tuberculose, Síndrome da Imunodeficiência adquirida e Ebola, com avaliações e tentativas de prevenção em andamento em todo o mundo.

Com a pandemia da Covid 19, vivenciado por todo o mundo, declarado o estado de calamidade, há uma necessidade urgente de inventar novas descobertas, especialmente, especialmente medicamentos e vacinas, ambos subsidiados pelos governos nacionais e por iniciativa privada de universidades, laboratórios e indústria farmacêutica. Infelizmente, porém essas inovações, além de serem muitas vezes caras, também demandam tempo para comprovar a validade dos experimentos, por isso seus patrocinadores muitas vezes exigem

respectivas proteções legais, conhecidas como patentes, uma subespécie de direitos de propriedade industrial que são reconhecidos internacionalmente pela Organização Mundial do Comércio.

A quebra de patente representa um avanço neste cenário aparentemente positivo, pois a descoberta de novas vacinas gera muitos benefícios não só para seus inventores, mas também para a sociedade em geral, visto que se presta a estimular novos métodos de produção, incentiva a pesquisa, melhora a qualidade de vida, coíbe fraudes contra o consumidor, impele o investimento em capital humano e intelectual, incrementa a qualidade de vida da população e favorece o comércio internacional.

As patentes podem ser “quebradas” de extrajudicialmente, se tanto para diminuir o preço dos insumos quanto para reduzir a burocracia em sua aquisição por governos e distribuidores privados em todo o mundo, evitando processos intermináveis que obstruem o Judiciário. Com isso, “a mediação administrativa, ao invés da judicialização, traduz-se como um instrumento decisivo na concretização do direito à saúde para o acesso a remédios e vacinas em pandemias atuais e futuras, com o intuito de estabelecer compromissos e transações”. (MACHADO; MARTINI, 2018, p. 788). A intervenção administrativa, ao invés da judicialização, traduz-se quão um recurso terminativo na efetivação do reto à brinde para o acolhimento a remédios e vacinas em pandemias atuais e futuras, com o escopo de arrumar compromissos e transações.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática que movimentou essa pesquisa foi a de se analisar em que medida a quebra de patente poderá auxiliar no avanço da medicina para a eliminação do vírus na humanidade. Os objetivos foram cumpridos à medida em que se analisou a legislação e a doutrina para se chegar ao resultado obtidos.

Tratar da dignidade humana é sempre um assunto complexo e que, hodiernamente, gera inúmeros debates. Quando confrontarmos o binômio “direito à vida” e “direito ao lucro”; deve a vida, como bem jurídico mais importante do ser humano, suplantar o direito individual do lucro. Devem ser ponderados os direitos humanos e o direito à propriedade industrial, devendo pautar-se por rigorosos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, de acordo com o princípio da fraternidade universal.

O elevado nível de risco, como no caso da COVID-19, que ameaçam a população de forma, a causar iminentes prejuízos em todos os setores da saúde pública mundial.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

No caso em tela entre o direito à propriedade intelectual e a ameaça iminente de mortes em massa pela pandemia, deve-se afastar o direito de propriedade industrial sobre esses insumos farmacêuticos de modo a otimizar o acesso dos cidadãos.

Essa proteção internacional deve receber atenção especial a grupos vulneráveis em pandemias iminentes, como crianças, idosos, povos indígenas, cidadãos com deficiência, comunidades pobres e carentes (especialmente na África e América Latina) e pessoas com deficiência. Doenças crônicas mais propensas a doenças graves (diabetes, AIDS, cardiopatias, doenças renais, asma, bronquite, entre outras), a fim de usar a Irmandade como prenúncio de desvendar paradoxos, superando preconceitos contra preconceitos não só vertical e efetividade horizontal dos direitos humanos, mas também efetividade diagonal, efetivando a igualdade de materiais. Crises globais de saúde como a COVID-19 nos fazem refletir sobre a necessidade urgente de colocar em prática um sentido inovador do direito internacional dos direitos humanos, não apenas pela igualdade e liberdade individual, mas também pela fraternidade, resultando em uma comunidade verdadeiramente global. Ressalta-se que mesmo com a adoção de uma política global de licenciamento compulsório, a questão do acesso aos produtos permanece sem solução. Para que um novo produto seja colocado no mercado, é necessária a aprovação regulatória. Em circunstâncias normais, tais procedimentos podem levar meses, mas em situações como a pandemia de Covid-19, exceções ou facilitações são bastante viáveis.

Este artigo defende, com a maior urgência, o estabelecimento de normas no âmbito de organismos internacionais como a OMS e a OMC com o objetivo de flexibilizar a exclusividade de fabricantes ligados a medicamentos e vacinas em caso de pandemias que levem ao colapso da saúde pública global causada pelo COVID - 19.

REFERÊNCIAS

AITH, Fernando. Curso de Direito Sanitário – a proteção do direito à saúde no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 46

BARBOSA, Rui. Oração aos moços. São Paulo: Hedra, 2009, p. 64.

BERKLEY, Dr Seth. COVAX explained. GaviTheVaccineAlliance. 3.set.2020. Disponível em: <https://www.gavi.org/vaccinework/covax-explained>. Acesso em: 25.fev. 2022

BONAVIDES, Paulo. História constitucional do Brasil. 3ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

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

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

BRASIL. Lei Da Propriedade Industrial, LEI Nº 9.279, DE 14 DE MAIO DE 1996.

Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9279&ano=1996&data=14/05/1996&ato=060MTVq1UMJpWT0d1> Acesso em: 06. Março.2022

BRASIL .LEI Nº 14.200 DE 02 DE SETEMBRO DE 2021 que altera a Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996 Disponível em:

<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=14200&ano=2021&data=02/09/2021&ato=d47o3aq5UMZpWT70b> Acesso em: 06. Março.2022

BRASIL. Instituto Nacional Da Propriedade Industrial. Vacinas.2021. Disponível em:

<https://www.gov.br/inpi/pt-br/servicos/patentes/tecnologias-para-covid-19/Vacinas>. Acesso em:06.fev.2022

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Políticas de Saúde. Projeto Promoção da Saúde. Distritos sanitários: concepção e organização o conceito de saúde e do processo saúde-doença. Brasília. Ministério da Saúde, 1986.

CHAMAS, Claudia Inês; SANTOS, Priscila Rohen dos. Uma análise sobre o patenteamento de vacinas no Brasil. XXV Simpósio de Gestão e Inovação Tecnológica, Brasília- DF,p.1-16, 22.Out.2008.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. CNI. Propriedade industrial aplicada: reflexões para o magistrado. Brasília: CNI, 2013.

CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE. 5, 2019. O instituto das patentes e o acesso a medicamentos: uma análise a partir da função social da propriedade industrial. Santa Maria: UFSM, 2019.

ESTOCOLMO. Convenção que institui a Organização Mundial da Propriedade Intelectual. Assinada em Estocolmo em 14 de Julho de 1967, e modificada em 28 de Setembro de 1979. Genebra, 2002. Disponível em: https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/pt/wipo_pub_250.pdf Acesso em 25.fev. 2022

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Lisboa: Edições 70, 1986

KANT, Immanuel. Fundamentação da metafísica dos costumes. Trad. de Guido Antônio de Almeida. São Paulo: Discurso Editorial: Barcarolla, 2009.

LEBRUN, Gérard. Sobre Kant. São Paulo: Iluminuras/Edusp, 1983, p. 75-81.

MACHADO, Clara. MARTINI, Sandra Regina. Desjudicialização da saúde, diálogos interinstitucionais e participação social: em busca de alternativas para o sistema. Revista Estudos Institucionais, v. 4- n. 2, 2018.

MENDES, Karyna Rocha. Curso de Direito da Saúde. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p.45

NODARI, Paulo César. A teoria dos dois mundos e o conceito de liberdade em Kant. Caxias do Sul: Educs, 2009.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

OLIVEIRA, Paulo Eduardo de (org.). Ensaios sobre o pensamento de Karl Popper. Curitiba: Círculo de Estudos Bandeirantes, 2012, p 262 -264.

POZZETTI, Valmir César, CAMPOS, Jalil Fraxe. ICMS ECOLÓGICO: UM DESAFIO À SUSTENTABILIDADE ECONÔMICO AMBIENTAL NO AMAZONAS. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.02, n.47, p.251 – 276. 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/105> Acesso em: 29.maio.2022

POZZETTI, Valmir César, FERREIRA, Marie Joan Nascimento e MENDES, Máryka Lucy da Silva. A (IM)POSSIBILIDADE DO PATENTEAMENTO DO JAMBU AMAZÔNICO. Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba.V.01, n.58, p.605-617, Jan-Mar. 2020. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3849> Acesso em: 10. março. 2022

POZZETTI, Valmir César e ZAMBRANO, Virginia. O DIREITO À ALIMENTAÇÃO E MEIO AMBIENTE SAUDÁVEIS COMO INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA SOCIAL. Revista de Direito Brasileira; Florianópolis, SC | v. 26 | n. 10; Mai./Ago. 2020. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/6327/5108>, consultada em 14 abr. 2022.

POZZETTI, Valmir César. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO, DOENÇA OCUPACIONAL E COVID-19. In: IMPACTOS DO CORONAVÍRUS NO DIREITO: DIÁLOGOS, REFLEXÕES E PERSPECTIVAS CONTEMPORÂNEAS - VOLUME I. Disponível em: ebook_IMPACTOS-DO-CORONAVIRUS-NO-DIREITO.pdf (newtonpaiva.br), consultada em 10 mar. 2022

SARLET, Ingo. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SANDEL, Michael J. Justiça: O que é fazer a coisa certa. Trad. de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 3º Ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

SANTOS, Lenir. Direito da saúde no Brasil. Campinas: Editora Saberes, 2010, p. 147-148.

SCLIAR, M. História do Conceito de Saúde. Rev. Saúde Coletiva, Rio de Janeiro, 17(1): 29-41, 2007.

SILVA, Michelle Emanuella de Assis. Direito à saúde: evolução histórica, atuação estatal e aplicação da teoria de karl popper. IN: REVISTA CONSTITUIÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS. 2016 Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/constituicaoegarantiadedireitos/article/view/12251> Acesso em: 01. março.2022

WIPO. Declaration on the TRIPS agreement and public health.14 nov. 2001. Disponível em: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/min01_e/mindecl_trips_e.htm. Acesso em: 15.fev. 2022

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

WORLD HEALTH ORGANIZATION. The top 10 causes of death. 2018. Disponível em: www.who.int/news-room/fact-sheets/detail/the-top-10-causes-of-death
Acesso em: 29.jan. 2022.

ZAMBRANO, Virginia; POZZETTI Valmir César, GOMES Wagner Robério Barros e BRITO Zelita Marinho De. O Direito À Saúde E À Vida Em Confronto Com O Direito À Propriedade Intelectual Dos Laboratórios, No Âmbito Da Pandemia Da Covid 19: A Possível Quebra De Patentes In: Revista Jurídica Unicuritiba. Curitiba. vol. 05, nº. 62, Curitiba, 2020. pg. 168 – 192 Disponível em: Acesso em: 25.fev. 2022

IL QUADRO NORMATIVO DEL TRATTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI

Antonella D'andrea²³

1. IL TRATTAMENTO DEI MIGRANTI NELL'ORDINAMENTO INTERNAZIONALE ED EUROPEO.

Ai sensi dell'art. 6 Convenzione ILO n. 97 sulla migrazione per l'occupazione (riveduta)²⁴, i Paesi che la ratificano devono applicare a coloro che sono immigrati legalmente nel loro territorio un trattamento economico non meno favorevole di quello applicato ai propri cittadini, nella misura in cui tale trattamento sia regolato da leggi o regolamenti o sia soggetto al controllo di autorità amministrative²⁵. Il Quadro multilaterale dell'ILO sulle migrazioni per lavoro, adottato dalla Conferenza internazionale del lavoro nel 2006, afferma, inoltre, che tutte le norme internazionali sul lavoro si applicano ai lavoratori migranti, se non diversamente specificato, richiamando, in particolare, la Convenzione ILO n. 131 in materia di salario minimo²⁶. Di conseguenza, i lavoratori stranieri devono beneficiare della stessa protezione contro la discriminazione per uno dei motivi elencati nella Convenzione ILO n. 111, come razza, colore o estrazione nazionale²⁷.

Per quanto riguarda la Convenzione Europea dei Diritti dell'uomo e i beneficiari della sua protezione, questa impone a tutti gli Stati membri del Consiglio d'Europa (e quindi anche agli Stati dell'UE) l'obbligo di garantire i diritti sanciti dalla Convenzione a ogni persona sottoposta alla giurisdizione degli Stati contraenti, indipendentemente dal fatto che ne siano o meno cittadini, anche al di fuori del territorio nazionale, nelle zone soggette al controllo

²³ Università di Roma "Tor Vergata"

²⁴ In virtù dell'art. 10 della Conv. sui lavoratori migranti (disposizioni supplementari), n. 143, del 1975, gli Stati parti della Convenzione si impegnano a dichiarare e perseguire una politica nazionale volta a promuovere e garantire, con metodi adeguati alle condizioni nazionali, uguaglianza di opportunità e trattamento in materia di impiego e occupazione per le persone che, come lavoratori migranti o come loro familiari, sono legalmente nel loro territorio.

²⁵ Nel novembre 2003, l'organo direttivo dell'ILO ha approvato il rapporto del Comitato tripartito istituito per esaminare la dichiarazione resa ai sensi dell'art. 24, Cost. ILO, in cui si sosteneva che la Cina aveva violato l'art. 6 della Conv. n. 97 nella Regione amministrativa speciale di Hong Kong. L'organo direttivo ha ritenuto che l'imposizione di un'imposta specifica sui datori di lavoro dei lavoratori assunti dall'estero, compresi i lavoratori domestici, i cui salari erano già i più bassi tra i lavoratori migranti, costituiva un trattamento discriminatorio e ha esortato il governo a rivedere l'imposta e le sue politiche salariali minime e a tenere conto dei requisiti dell'art. 6 della Conv. n. 97, nonché dei principi di equità e proporzionalità.

²⁶ CONFERENZA INTERNAZIONALE DEL LAVORO, *Quadro multilaterale dell'OIL sulle migrazioni per lavoro*, Par. 9(a), (c) e nota 6, Annex I, 2006, disponibile sul sito <https://www.ilo.org>.

²⁷ In conformità con la Raccomandazione sulla discriminazione (impiego e occupazione) n. 111, si deve tenere conto del principio secondo cui tutte le persone dovrebbero, senza discriminazioni, godere di pari opportunità e di pari trattamento in materia di retribuzione per un lavoro di uguale valore.

effettivo dello Stato²⁸. Anche in altri atti il Consiglio d'Europa vieta forme di discriminazione basate sulla nazionalità²⁹, come nel caso della omonima Convenzione europea³⁰.

La Corte europea dei diritti umani ha cercato di mantenere una posizione di equilibrio tra il diritto degli Stati di riservare vantaggi a coloro che godono dello *status* di cittadino e la necessità di impedire forme di discriminazione verso coloro che, pur non avendo la cittadinanza, hanno maturato consistenti legami di fatto con lo Stato ospitante. In particolare, il suo consolidato orientamento è quello di ritenere che quanto più stretto è il vincolo effettivo di una persona rispetto a un determinato Stato (specialmente con riguardo alle tasse versate), tanto meno probabile è che sia giustificata una differenza di trattamento in base alla sua nazionalità³¹. Infatti, nell'esaminare le questioni che attengono la sicurezza sociale, quando una persona è stata in grado di dimostrare l'esistenza di un siffatto legame, la Corte di Strasburgo si è dimostrata particolarmente attenta³².

²⁸ Quali, ad esempio, i territori occupati: cfr. C. Eur. dei diritti dell'uomo, 18 dicembre 1996, *Loizidou c. Turchia* (n. 15318/89).

²⁹ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione europea sulla nazionalità*, Strasburgo, 6 novembre 1997, Trattato aperto alla firma degli Stati membri e degli Stati non membri i quali hanno partecipato alla sua elaborazione e all'adesione degli altri Stati non membri. La Convenzione, che non modifica la Convenzione del 1963 e non è con quella incompatibile, stabilisce un insieme di principi e di regole che riguardano la nazionalità. Essa tende a facilitare l'acquisizione della nazionalità e la reintegrazione nella nazionalità d'origine; a limitare le possibilità di perdita della nazionalità e ad impedire il ritiro arbitrario della nazionalità. A questo riguardo, la Convenzione prevede che ogni Parte garantirà che le richieste legate alla nazionalità potranno essere oggetto di un ricorso amministrativo o giudiziario conformemente alla sua legislazione interna, fissando un quadro giuridico di cooperazione tra le Parti in tale materia. Le sue previsioni si applicano alle persone che rischiano di divenire apolidi in seguito alla successione di Stati, alle persone aventi pluralità di nazionalità e a quelle, fra questi, che sono tenuti agli obblighi militari. La Convenzione stabilisce che ciascuno Stato determina, attraverso la propria legislazione, chi sono i propri cittadini. Nello stesso tempo, essa indica i principi della prevenzione dell'apolidia, della non discriminazione e del rispetto per i diritti dell'uomo delle persone residenti legalmente ed abitualmente sul suo territorio. Per facilitare la cooperazione, le Parti si impegnano a comunicare al Segretario Generale del Consiglio d'Europa le informazioni sul diritto interno in materia di nazionalità e sugli sviluppi intervenuti nell'applicazione della Convenzione. In materia, anche EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, adopted on 13 december 2002 and amended on 7 december 2017.

³⁰ CONSIGLIO D'EUROPA, *Convenzione europea sulla nazionalità*, cit., accessibile sul sito: <https://www.coe.int>.

³¹ Nella causa *Zeibek c. Grecia* (C. Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 9 luglio 2009, *Zeibek c. Grecia* (n. 46368/06)) alla ricorrente era stato negato il diritto a una pensione destinata alle persone con famiglie numerose. Pur avendo il numero di figli prescritto, uno di essi non aveva la cittadinanza greca all'epoca in cui la ricorrente aveva raggiunto l'età di pensionamento. Tale situazione era dovuta a una precedente decisione del governo (con ogni probabilità irregolare) di revocare la cittadinanza all'intera famiglia della ricorrente e quindi di riconoscere nuovamente la cittadinanza soltanto a tre dei figli (perché il quarto era già sposato). La Corte ha constatato che la politica di revoca della cittadinanza era stata applicata in particolare ai greci musulmani e che il rifiuto della pensione non poteva essere giustificato dalla volontà di salvaguardare la nazione greca, in quanto tale motivazione equivaleva di per sé a una discriminazione fondata sull'origine nazionale.

³² La facoltà degli Stati di controllare l'ingresso e l'uscita dai propri confini dei cittadini di altri Paesi è un diritto consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale e riconosciuto dalla Corte Europea dei Diritti Umani. In questo contesto, la Corte è intervenuta soprattutto nei casi di espulsione di persone che rischiavano di subire pene o trattamenti inumani o degradanti o la tortura nello Stato di destinazione (art. 3) o che avevano stretto nello Stato ospitante forti legami familiari, che si sarebbero interrotti se la persona fosse stata costretta a lasciare il Paese (art. 8) (cfr., per esempio, C. Eur. dei diritti dell'uomo, 28 maggio 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito*, nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81). Invece, nel caso deciso da C. Eur. dei diritti

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Ciò non toglie che il controllo dell'ingresso e dell'uscita dai propri confini di cittadini di altri Paesi sia considerato un diritto consolidato nell'ordinamento giuridico internazionale e riconosciuto dalla Corte³³. In questo contesto, però, la Corte di Strasburgo è intervenuta soprattutto nei casi che hanno riguardato l'espulsione di persone che rischiavano di subire nello Stato di destinazione pene, trattamenti inumani o degradanti, oppure la tortura³⁴, o che nello Stato ospitante avevano stretto forti legami familiari, che si sarebbero interrotti qualora

dell'uomo, 18 febbraio 2009, *Andrejeva c. Lettonia* [GC] (n. 55707/00) la ricorrente era una cittadina dell'ex Unione sovietica con un diritto di soggiorno permanente in Lettonia. Secondo la legislazione nazionale, costei risultava classificata tra i lavoratori all'estero nel periodo precedente l'indipendenza (pur avendo avuto lo stesso impiego in territorio lettone prima e dopo l'indipendenza) e di conseguenza si calcolava la sua pensione in base al periodo di servizio nello stesso impiego successivamente all'indipendenza. Per contro, i cittadini lettoni nella stessa posizione beneficiavano di una pensione basata sull'intero periodo di servizio, compreso il lavoro svolto prima dell'indipendenza. La Corte ha ritenuto che la ricorrente fosse in una situazione analoga a quella dei cittadini lettoni, dal momento che era una «non cittadina con permesso di soggiorno permanente» ai sensi del diritto nazionale e, in quanto tale, aveva pagato le imposte. Ha ritenuto che, per giustificare una differenza di trattamento basata esclusivamente sulla nazionalità, fossero necessarie «ragioni molto forti», che non erano riscontrabili nella fattispecie. Pur riconoscendo l'ampia discrezionalità degli Stati in materia di politica fiscale e sociale, la situazione della ricorrente era di fatto troppo simile a quella dei cittadini lettoni; pertanto, si veniva a configurare una forma di discriminazione. C. Eur. dei diritti dell'uomo, 16 settembre 1996, *Gaygusuz c. Austria* (n. 17371/90) si è pronunciata in merito ad un cittadino turco che aveva lavorato in Austria e si era visto negare l'indennità di disoccupazione perché non aveva cittadinanza austriaca. La Corte Europea ha ritenuto anche in questo caso che la sua fosse una situazione paragonabile a quella dei cittadini austriaci, in quanto risiedeva nel Paese in via permanente e aveva contribuito al sistema di sicurezza sociale con il versamento delle imposte. Ha constatato che l'assenza di un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale tra l'Austria e la Turchia non poteva giustificare la differenza di trattamento, in quanto la situazione del ricorrente era di fatto troppo simile a quella dei cittadini austriaci. C. Eur. dei diritti dell'uomo, 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia* (n. 40892/98) riguarda un cittadino della Costa d'Avorio che aveva richiesto un beneficio sociale riconosciuto alle persone disabili. La richiesta era stata respinta in quanto potevano fruirne soltanto i cittadini francesi o i cittadini di Stati con i quali la Francia aveva concluso un accordo bilaterale in materia di sicurezza sociale. Come nei casi precedenti, la Corte ha rilevato che il ricorrente, in realtà, si trovava in una situazione equiparabile a quella dei cittadini francesi, in quanto soddisfaceva tutti gli altri requisiti per beneficiare della prestazione e che già beneficiava di altre prestazioni sociali che non richiedevano la cittadinanza. Ha rilevato, inoltre, che, per giustificare una differenza di trattamento tra il ricorrente e gli altri cittadini, sarebbero state necessarie delle «ragioni particolarmente forti». Al contrario, benché allo Stato sia riconosciuto un ampio margine di discrezionalità in materia fiscale e di sicurezza sociale, nella fattispecie in questione la Corte non è stata persuasa dagli argomenti della Francia, né riguardo la necessità di garantire l'equilibrio tra le entrate e le spese pubbliche, né riguardo la differenza derivante dalla mancanza di un accordo bilaterale tra la Francia e la Costa d'Avorio. È interessante osservare che la prestazione in questione era riconosciuta a prescindere dal versamento di contributi al regime nazionale di sicurezza sociale da parte del beneficiario.

³³ Ad esempio, nella causa C. Eur. dei diritti dell'uomo, 18 febbraio 1991, *Moustaquim c. Belgio* (n. 12313/86), un cittadino marocchino, che era stato condannato per diversi reati e doveva essere espulso dal territorio, sosteneva che l'espulsione equivaleva a un trattamento discriminatorio fondato sulla nazionalità perché i cittadini belgi, invece, non erano soggetti a espulsione a seguito di una condanna per reati penali. La Corte ha constatato che la situazione del ricorrente non era analoga a quella dei cittadini belgi, in quanto la CEDU vieta a uno Stato di espellere i propri cittadini. Pertanto, la sua espulsione non equivaleva a un trattamento discriminatorio. Pur riconoscendo che il cittadino marocchino si trovava in una situazione analoga a quella di cittadini non belgi provenienti da altri Stati membri dell'UE (che non potevano essere espulsi in forza del diritto dell'Unione in materia di libera circolazione), la Corte ha ritenuto giustificata la differenza di trattamento.

³⁴ CEDU, art. 3 (Proibizione della tortura): «Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti». Cfr., C. Eur. dei diritti dell'uomo, 15 novembre 1996, *Chahal c. Regno Unito* n. 22414/93.

la persona fosse stata costretta a lasciare il Paese³⁵. Inoltre, sebbene uno Stato possa ritenere che i cittadini e gli stranieri non siano in una situazione paragonabile (e quindi consideri legittima una differenza di trattamento in talune circostanze), per la giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, in linea di principio, tutti i diritti garantiti dalla CEDU devono essere ugualmente riconosciuti a ogni persona sottoposta alla sua giurisdizione³⁶.

La CEDU impone, agli Stati contraenti, degli obblighi nei riguardi dei cittadini dei Paesi Terzi che in alcuni ambiti vanno ben oltre le prescrizioni del diritto dell'Unione Europea³⁷. Infatti, mentre nel quadro della CEDU elementi quali il colore, l'ascendenza, la nazionalità, la lingua e la religione rientrano nel motivo oggetto del divieto di discriminazione fondata sulla razza o l'origine etnica, nel quadro del diritto dell'Unione la portata effettiva del motivo legato alla nazionalità attende ancora di essere chiarita.

La Carta dei diritti fondamentali dell'UE sancisce il divieto di discriminazione fondato sulla nazionalità all'art. 21, comma 2, come era già stabilito dall'art. 12 del Tratt. CE, odierno art. 18 Tratt. FUE³⁸. Il riferimento all'appartenenza ad una minoranza nazionale, quale fattore di discriminazione vietato, è poi ulteriormente rafforzato dall'art. 22 della Carta, che accorda una specifica protezione alla diversità culturale, religiosa e linguistica.

La protezione prevista dal diritto dell'Unione è però di portata più limitata rispetto a

³⁵ CEDU, art. 8 (Diritto al rispetto della vita privata e familiare): «1. Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Si tratta, peraltro, di fattispecie con inferiori probabilità di esito favorevole: cfr., per esempio, le citate C. Eur. dei diritti dell'uomo, 28 maggio 1985, Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Regno Unito (nn. 9214/80, 9473/81 e 9474/81), oppure causa Andrejeva c. Lettonia (CC. Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 18 febbraio 2009, Andrejeva c. Lettonia [GC] (n. 55707/00)), Gaygusuz c. Austria, (C. Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 16 settembre 1996, Gaygusuz c. Austria (n. 17371/90)), Koua Poirrez c. Francia (C. Eur. dei diritti dell'uomo, sentenza 30 settembre 2003, Koua Poirrez c. Francia (n. 40892/98)).

³⁶ Cfr. C. Eur. dei diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), punto 44; C. Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, Timishev c. Russia (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 58.

³⁷ In particolare, il Consiglio d'Europa definisce la cittadinanza «il vincolo giuridico tra una persona e uno Stato» (Consiglio d'Europa, *Convenzione sulla cittadinanza*, 1996, all'art. 2, lett. a). Per la Corte internazionale di giustizia, 6 aprile 1955, Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala), Relazioni CIG, 4, 23: «la cittadinanza è un vincolo giuridico che si fonda su un elemento sociale di attaccamento, su un autentico rapporto di vita, interessi e sentimenti, insieme con l'esistenza di diritti e obblighi reciproci». Tale sentenza si sofferma sui presupposti dell'attribuzione della cittadinanza, affermando che, per quanto sia in linea di principio libertà degli Stati di disciplinarne i presupposti, questi debbano in ogni caso riflettere l'esistenza di un collegamento reale ed effettivo tra lo Stato e l'individuo cui viene concessa. L'«origine nazionale» può essere intesa, invece, nel significato di precedente cittadinanza di una persona, la quale può averla persa o alla quale può esserne stata aggiunta un'altra a seguito di naturalizzazione, oppure essere riferita al collegamento con una «nazione» all'interno di uno Stato (es. la Scozia nel Regno Unito).

³⁸ Tratt. FUE, art. 18: «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità».

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

quella della CEDU perché il divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità si applica soltanto nel contesto della libera circolazione delle persone ed è riconosciuto unicamente ai cittadini degli Stati membri ai sensi dell'art. 3, par. 2, Tratt. TUE, art. 4, par. 2, lett. a, e artt. 20, 26 e da 45 a 48 Tratt. FUE, a cui si aggiungono il reg. (UE) n. 492/2011 sulla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione, la dir. 2004/38/CE che riconosce tale diritto anche ai loro familiari, nonché la dir. 2018/957/UE relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi³⁹.

Quest'ultima direttiva, in particolare, richiede che le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio, sulla base della parità di trattamento, le condizioni di lavoro e di occupazione relative ad una serie di materie, tra cui la retribuzione⁴⁰. Sul punto, il considerando 18 chiarisce che, per il raffronto fra la retribuzione corrisposta al lavoratore distaccato e la retribuzione dovuta a norma della normativa e/o delle prassi nazionali dello Stato membro ospitante, si deve prendere in considerazione l'importo lordo della retribuzione e si devono raffrontare gli importi lordi complessivi delle retribuzioni anziché i singoli elementi costitutivi. Anche le indennità specifiche per il distacco, a meno che non riguardino le spese effettivamente sostenute a causa del distacco (come le spese di viaggio, vitto e alloggio), devono essere considerate parte della retribuzione e quindi essere valutate nel raffronto tra gli importi lordi complessivi⁴¹.

2. LO STATUS DEI LAVORATORI MIGRANTI COMUNITARI ALL'INTERNO DELL'UE

I cittadini dell'Unione Europea godono di un diritto automatico di ingresso e di

³⁹ Dir. (UE) 2018/957 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 giugno 2018, recante modifica della dir. 96/71/CE

⁴⁰ Sono comprese anche le tariffe maggiorate per il lavoro straordinario. Le altre condizioni riguardano: periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo; durata minima dei congedi annuali retribuiti; condizioni di fornitura dei lavoratori, in particolare la fornitura di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo; sicurezza, salute e igiene sul lavoro; provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani; parità di trattamento fra uomo e donna, nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione; condizioni di alloggio dei lavoratori qualora questo sia fornito dal datore di lavoro ai lavoratori lontani dal loro abituale luogo di lavoro; indennità o rimborso a copertura delle spese di viaggio, vitto e alloggio per i lavoratori lontani da casa per motivi professionali.

⁴¹ La dir. 2008/104/CE del Parlamento europeo e del Consiglio (1) rispecchia il principio secondo il quale le condizioni di base di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale dovrebbero essere quanto meno identiche a quelle che si applicherebbero a tali lavoratori se essi fossero assunti dall'impresa utilizzatrice per svolgere lo stesso lavoro. Tale principio si deve applicare anche ai lavoratori assunti tramite agenzia interinale distaccati nel territorio di un altro Stato membro (cfr. considerando n. 12, Dir. (UE) 2018/957).

soggiorno negli altri Stati membri⁴² e, dopo aver soggiornato legalmente per cinque anni in un altro Stato membro, acquisiscono il diritto di soggiorno permanente. Questo conferisce loro diritti equivalenti a quelli di cui gode la categoria dei lavoratori del Paese membro.

Una normativa particolare regola, però, il «lavoro frontaliero». Tale categoria copre realtà diverse, a seconda che si consideri l'accezione comunitaria, enunciata in particolare in materia di sicurezza sociale, o le numerose definizioni contenute nelle convenzioni bilaterali di doppia imposizione, valide per la determinazione del regime fiscale applicabile ai lavoratori frontalieri.

In virtù del diritto dell'Unione, l'espressione «lavoratore frontaliero» designa qualsiasi lavoratore occupato sul territorio di uno Stato membro e residente sul territorio di un altro Stato membro (criterio politico), dove torna ogni giorno o almeno una volta alla settimana (criterio temporale) ai sensi dell'art. 1, lett. b, reg. n. 1408/71/CEE. Questa definizione, che, oltre agli elementi intrinseci dello spostamento dal domicilio al luogo di lavoro attraverso una frontiera, conserva la condizione temporanea del ritorno quotidiano o settimanale al domicilio, si applica solamente alla protezione sociale dei lavoratori in questione all'interno dell'Unione Europea e non ai lavoratori migranti di Paesi Terzi, i quali lasciano il Paese di origine, con o senza la famiglia, per abitare e lavorare in un Paese diverso. In campo fiscale, le convenzioni bilaterali di doppia imposizione, che determinano il regime fiscale dei lavoratori frontalieri, fissano, invece, definizioni maggiormente restrittive, che impongono anche un criterio spaziale, secondo il quale il fatto di risiedere e lavorare in una zona frontaliere in senso stretto, definita in modo variabile in ciascuna convenzione fiscale, è considerato un elemento costitutivo del concetto di lavoro frontaliero.

Per tali lavoratori, il reg. n. 1612/68 sulla libera circolazione dei lavoratori (reg. n. 1612/68 CEE del Consiglio, del 15 ottobre 1968) prevede espressamente all'art. 7 la parità di trattamento per tutte le condizioni di occupazione e di lavoro, in particolare in materia di retribuzione. Per quanto riguarda le tutele previste, il frontaliero è soggetto, però, come il migrante, alla legislazione del Paese in cui è occupato. In virtù dell'art. 7, par. 2 del medesimo regolamento, egli beneficia degli stessi vantaggi sociali e fiscali di cui godono i cittadini di tale Paese. Anche in materia di protezione sociale, i principi e il regime applicabili ai lavoratori frontalieri sono, salvo alcuni casi specifici, gli stessi che in generale sono validi

⁴² Dir. 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

per tutti i lavoratori migranti all'interno della Unione Europea⁴³. Il reg. CEE n. 1408/71⁴⁴, di coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri, e il relativo regolamento di applicazione n. 574/72⁴⁵, comprendono, inoltre, disposizioni specifiche riguardanti talune prestazioni destinate ai lavoratori frontalieri. Questi ultimi, in linea di principio, godono, infatti, di vantaggi di cui non beneficiano gli altri lavoratori migranti, come l'accesso transfrontaliero alle prestazioni sanitarie.

I problemi che in genere questi incontrano con riguardo al loro statuto sociale e familiare non sono necessariamente legati alla loro qualità di lavoratori frontalieri. Si tratta, piuttosto, di problemi comuni ad altre categorie di migranti - dovuti in particolare alle differenze tra le legislazioni nazionali e alla totale assenza di coordinamento dei sistemi nazionali di regimi complementari non legali, specialmente nel settore delle pensioni - che i frontalieri conoscono con maggiore urgenza e maggiore intensità per il fatto di trovarsi, per la loro stessa situazione, interessati dai problemi legati all'applicazione del diritto europeo della sicurezza sociale⁴⁶.

⁴³ Il principio di base per la protezione sociale di ogni lavoratore migrante è l'affiliazione alla legislazione di un solo Stato, quello del luogo di lavoro, anche se il lavoratore in questione risiede sul territorio di un altro Stato membro. A questo principio di base ne vanno aggiunti altri due, che ne sono il corollario: la totalizzazione dei periodi di assicurazione maturati per ottenere, conservare o recuperare il diritto alle prestazioni (esportabilità delle prestazioni) e la parità di trattamento (divieto di qualsiasi discriminazione basata sulla nazionalità). Queste regole generali sono completate da disposizioni riguardanti i diversi rami della sicurezza sociale.

⁴⁴ Regolamento (CEE) 1408/71 del Consiglio del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori non salariati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità. Il testo di questo regolamento è stato modificato a più riprese. L'ultima versione aggiornata è il regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio, del 2 dicembre 1996.

⁴⁵ Regolamento (CEE) n. 574/72 del Consiglio, del 21 marzo 1972, che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71. Anche il testo di questo regolamento è stato aggiornato con il regolamento n. 118/97 del 2 dicembre 1996.

⁴⁶ Poiché il reg. 1408/71 ha creato solo un meccanismo di coordinamento, ma non di armonizzazione, dei sistemi di sicurezza sociale nell'Unione europea, persistono lacune nel ravvicinamento dei regimi legali di sicurezza sociale. Tali sistemi continuano dunque a variare notevolmente da uno Stato membro all'altro. Da tali divergenze, e in particolare dall'assenza di una definizione comune delle condizioni per la concessione delle prestazioni, derivano vari problemi. Alcune difficoltà, ad esempio, riflettono l'assenza di una definizione comune del concetto di inabilità al lavoro e delle differenze nella valutazione del grado di invalidità, nonché la diversità dei sistemi di calcolo degli anni di contribuzione considerati e dell'età necessaria per ottenere la pensione. Inoltre, il regolamento, la cui procedura di modifica richiede l'unanimità in seno al Consiglio (*ex artt.* 51 e 235 Tratt. CE), non tiene debitamente conto dell'introduzione in alcuni Stati membri di nuove forme di prestazioni sociali, che possono anche non corrispondere alle categorie tradizionali della sicurezza sociale che figurano nel regolamento stesso (es. assicurazione dipendenza in Germania). Infine, poiché il sistema comunitario di coordinamento instaurato dal reg. 1408/71 non copre i regimi convenzionali di sicurezza sociale vi è un'assenza totale di coordinamento dei sistemi nazionali di regimi non legali, in particolare nel settore del prepensionamento e delle pensioni complementari, che determina l'impossibilità di esportare le prestazioni corrispondenti. Per quanto riguarda l'accesso alle prestazioni sanitarie transfrontaliere, i familiari del frontaliere ne hanno diritto a condizione che esista un accordo in questo senso tra gli Stati interessati o tra le autorità competenti di tali Stati; i frontalieri pensionati e i loro familiari, invece, perdono questo diritto.

3. LA CONDIZIONE GIURIDICA DEI MIGRANTI DEI PAESI TERZI

I cittadini extracomunitari godono del diritto alla parità di trattamento pressoché negli stessi ambiti previsti dalle direttive contro la discriminazione, allorché ottengono lo *status* di «soggiornante di lungo periodo» ai sensi della direttiva sui cittadini dei Paesi terzi⁴⁷. A talune condizioni, la direttiva sul ricongiungimento familiare permette, inoltre, a costoro, se soggiornanti legalmente in uno Stato membro, di farsi raggiungere dai familiari⁴⁸.

Una disciplina specifica è stabilita per i migranti stagionali dalla dir. 2014/36/UE. Questa si applica a tutti i lavoratori dei Paesi terzi che conservino la propria residenza principale in un Paese terzo, ma che siano entrati in uno Stato dell'Unione per un lavoro temporaneo⁴⁹. A tali lavoratori stagionali è riconosciuto espressamente il diritto alla parità di trattamento rispetto ai cittadini dello Stato ospitante per quanto riguarda l'impiego: non solo con riferimento al salario minimo, ma anche a tutte le condizioni di lavoro (orario, ferie, festività ecc.), e le norme in materia di salute e sicurezza. Tale parità di trattamento si applica anche ai settori della sicurezza sociale (le prestazioni collegate alla malattia, l'invalidità e la vecchiaia), la formazione, le informazioni sul lavoro stagionale offerto dagli uffici di collocamento e altri servizi pubblici⁵⁰. Per poter essere ammessi a lavorare, però, i lavoratori dei Paesi terzi devono soddisfare alcuni criteri di ammissione. La loro richiesta di permesso deve infatti prevedere un contratto di lavoro o un'offerta di lavoro vincolante (in cui sia specificata la retribuzione, le ore di lavoro e altre condizioni) e la prova di un alloggio adeguato⁵¹.

Per i cittadini dei Paesi terzi che non rientrano in queste categorie, il diritto dell'Unione prevede, invece, diritti limitati.

La direttiva sulla parità di trattamento in materia di occupazione afferma espressamente di non creare un diritto alla parità di trattamento per i cittadini dei Paesi terzi in

⁴⁷ Dir. 2003/109/CE del Consiglio del 25 novembre 2003 relativa allo *status* dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo.

⁴⁸ Dir. 2003/86/CE del Consiglio del 22 settembre 2003 relativa al diritto al ricongiungimento familiare.

⁴⁹ Dir. 2014/36/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle condizioni di ingresso e di soggiorno dei cittadini di paesi terzi per motivi di impiego in qualità di lavoratori stagionali, recepitata dall'ordinamento italiano con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 203.

⁵⁰ È esclusa l'edilizia popolare, la parità di trattamento in materia di prestazioni familiari e di disoccupazione. Inoltre, è facoltà degli Stati membri limitare la parità di trattamento in materia di agevolazioni fiscali, istruzione e formazione professionale.

⁵¹ Tali criteri devono persistere anche in caso di prolungamento del contratto di lavoro o di cambiamento del datore di lavoro. I paesi dell'UE, da parte loro, devono fissare un limite massimo di soggiorno per i lavoratori stagionali compreso tra i 5 e i 9 mesi in un dato periodo di 12 mesi. (Entro il limite massimo di soggiorno, i paesi dell'UE possono permettere ai lavoratori di prorogare il proprio contratto con lo stesso datore di lavoro più di una volta, oppure di avere contratti con più di un datore di lavoro).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

relazione all'accesso all'occupazione e alle condizioni di lavoro, mentre la direttiva sull'uguaglianza razziale esclude, all'art. 3, punto 2), la nazionalità tra i fattori vietati e «qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi»⁵². Tale disposizione, che è stata criticata da più parti⁵³, è stata introdotta presumibilmente per evitare che per mezzo della direttiva si potessero compromettere le legislazioni nazionali esistenti in materia di immigrazione⁵⁴. Ciò nonostante, al punto n. 13 dei considerando, la direttiva stabilisce che «[q]ualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata sulla razza o l'origine etnica nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe pertanto essere proibita in tutta la Comunità. Tale divieto di discriminazione dovrebbe applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e lascia impregiudicate le disposizioni che disciplinano l'ingresso e il soggiorno di cittadini dei paesi terzi e il loro accesso all'occupazione e all'impiego».

Per questo, la direttiva contro le discriminazioni fondate sulla razza o l'origine etnica si è prestata a letture contrastanti: da un lato, è stata considerata innovativa e alquanto radicale⁵⁵, dall'altro, per la restrizione dell'applicabilità ai soli cittadini degli Stati membri, è stata ritenuta uno strumento inefficace ai fini della promozione dei diritti umani fondamentali⁵⁶. Inoltre, lo *status* giuridico di inferiorità dei cittadini di Paesi terzi è stato giudicato motivo di impedimento della loro effettiva inclusione sociale⁵⁷.

In effetti, non si può omettere di considerare come l'esclusione della nazionalità dalla

⁵² Così, l'art. 3, punto 2: «La presente direttiva non riguarda le differenze di trattamento basate sulla nazionalità e non pregiudica le disposizioni e le condizioni relative all'ingresso e alla residenza di cittadini di paesi terzi e di apolidi nel territorio degli Stati membri, né qualsiasi trattamento derivante dalla condizione giuridica dei cittadini dei paesi terzi o degli apolidi interessati».

⁵³ Nell'ambito della dottrina italiana, cfr. D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e diritto. Un'indagine comparata per un modello 'europeo' dell'antidiscriminazione*, Padova, 2008, 256; M. BARBERA, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *DLRI*, 3/4, 2003, 405.

⁵⁴ Cfr. F. SAVINO, o.c., 94. In argomento anche D. BOZA MARTÍNEZ, *Un paso más contra la discriminación por razón de nacionalidad*, in *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 7, 2005; C. COSTELLO, E. BARRY (a cura di), *Equality in Diversity: The New Equality Directives*, Irish Centre for European Law, 2003.

⁵⁵ Cfr. B. DE WITTE, *The Constitutional Resources for an EU Minority Protection Policy*, in G.N. TOGGENBURG (a cura di), *Minority Protection and the Enlarged European Union: The Way Forward*, Open Society Institute, 2004, 107.

⁵⁶ Così, B. HEPPLE, *Race and Law in Fortress Europe*, in *The Modern Law Review*, 67,1, 2004, 3. Più diffusamente sul tema, cfr. R. CHOLEWINSKI, *Borders and Discrimination in the European Union*, London - Brussels, 2002.

⁵⁷ *Ibidem*, 7. Analogamente, la dir. 2000/43/CE non annovera la religione quale fattore di discriminazione rilevante ai fini dell'attivazione delle tutele apprestate dalla normativa in esame. Il legislatore comunitario, accanto all'assenza di una puntuale definizione di origine etnica, lascia quindi irrisolta la questione della sussunzione del fattore religioso entro quello etnico-razziale, oppure dell'autonomia di quest'ultimo. Sul piano pratico, chi voglia avanzare una doglianza lamentando un trattamento discriminatorio a motivo della propria credenza religiosa, fondandola sulla dir. 2000/43/CE, non ha altra opzione che quella di ritenere la condotta del caso concreto discriminatoria sotto il profilo etnico-razziale. Nello stesso senso, E. GUILD, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, in *Industrial Law Journal*, 2000, 418.

direttiva possa essere foriera di trattamenti discriminatori all'interno degli Stati membri, in quanto, attraverso la giustificazione della diversa cittadinanza, possono invece essere perpetrati trattamenti discriminatori a causa della razza, dell'origine etnica o della religione⁵⁸.

Alla luce della normativa dell'UE in materia di condizioni di lavoro, quindi, qualora il cittadino di un Paese terzo volesse presentare una denuncia di discriminazione basata sulla nazionalità dovrebbe invocare il motivo della razza o dell'origine etnica, tenendo presente che la dir. 2000/43/CE allarga l'efficacia degli strumenti per il contrasto alle discriminazioni oltre il rapporto di lavoro e ne consente la riferibilità anche alla sicurezza sociale, all'istruzione, all'accesso a beni e servizi e alla loro fornitura, incluso l'alloggio⁵⁹.

Un profilo di criticità risiede, però, nella circostanza che, oltre ad escludere espressamente la nazionalità, la direttiva sull'uguaglianza razziale non contiene una definizione di «razza» e «origine etnica». Queste due nozioni, assunte a riferimento ai fini dello scrutinio del rispetto del principio della parità di trattamento, risultano complesse e problematiche, a fronte, invece, del richiamo della Corte di giustizia volto ad assegnare ai fattori di discriminazione un significato autonomo e suscettibile di uniforme applicazione⁶⁰.

Per quanto concerne il profilo definitorio, occorre innanzitutto rimarcare che la stessa direttiva, al punto n. 6 del considerando, puntualizza che «[l']Unione Europea respinge le teorie che tentano di dimostrare l'esistenza di razze umane distinte. L'uso del termine "razza" nella presente direttiva non implica l'accettazione di siffatte teorie». Simile precisazione s'inserisce nel solco degli studi antropologici e sociologici, accolti anche dalla stessa

⁵⁸ Cfr. E. GUILD, *The Legal Elements of European Identity – EU Citizenship and Migration Law*, London, 2004, 249-250; E. ELLIS, P. WATSON, *o.u.c.*, 31 ss.; M. BELL, *Combating racism through European Laws: a comparison of the Racial Equality Directive and Protocol 12*, in I. CHOPIN, J. NIESSEN (a cura di), *Combating racial and ethnic discrimination: taking the European legislative agenda further*, Commission for Racial Equality/Migration Policy Group, Bruxelles-London, 2002; D. STRAZZARI, *o.u.c.*, 256.

⁵⁹ Così l'art. 3 dir. 2000/43/CE. Su tale novità, R. NUNIN, *Recepit le direttive comunitarie in materia di lotta contro le discriminazioni*, in *Lav. giur.*, 2003, 905 e ss.; P. CHIECO, *o.c.*, 107. A tale proposito, in dottrina è stato messo in evidenza come tale novità della direttiva sulla parità di trattamento in base alla razza e all'origine etnica se, da un lato, consente di estendere l'efficacia orizzontale del diritto antidiscriminatorio di livello europeo a settori ulteriori rispetto a quelli di tradizionale attenzione da parte del legislatore comunitario, sotto altro versante, finisce con il favorire la creazione di un sistema gerarchizzato tra le singole direttive, non avendo tale soluzione innovativa trovato riscontro nella c.d. *Gender Directive*: cfr. S. FREDMAN, *Equality: A New Generation?*, in *Industrial Law Journal*, 2001, 151.

⁶⁰ C. Giust., c. 13/05, Sonia Chacón, *cit.*, par. 40: «dall'imperativo tanto dell'applicazione uniforme del diritto comunitario quanto del principio di uguaglianza discende che i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi». Vi è, invece, una tendenza delle corti sovranazionali a riservarsi uno spazio per il proprio agire attraverso la rivendicazione del significato autonomo delle nozioni impiegate. Per come tale esigenza si è prospettata nel sistema della CEDU, cfr. G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *European Journal of International Law*, 15, 2, 2004, 279 ss.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

giurisprudenza della Corte Suprema statunitense⁶¹, che sostengono la tesi della costruzione sociale più che biologica della nozione di razza⁶².

In ogni caso, non è chiaro se il fattore di discriminazione considerato sia unico oppure duplice⁶³, vale a dire se la nozione di razza sia separata da quella dell'origine etnica, distinguendo in questo modo due fattispecie distinte, oppure, piuttosto, si sia fatto ricorso all'espressione «origine etnica» in chiave rafforzativa, nel tentativo di fronteggiare l'ambiguità insita nella definizione di razza, così parzialmente adeguandosi all'invito rivolto dall'UNESCO in occasione della pubblicazione del documento *The question of race*⁶⁴. Infine, costituisce un ulteriore aspetto problematico della direttiva l'aver omissso di assegnare a tratti distintivi del singolo individuo, quale il colore della pelle, un ruolo nella definizione della

⁶¹ Può farsi riferimento, tra le molte, alla sentenza resa dalla Corte Suprema USA, 18 maggio 1987, sul caso *Saint Francis College v. Al-Khazraji*, 481 US 604, dove si prese atto che: «è un'opinione popolare comune che ci sono tre principali razze umane: Caucasoide, Mongoloide e Negroide. Molti biologi e antropologi moderni, tuttavia, criticano le classificazioni razziali come arbitrarie e di scarsa utilità per comprendere la variabilità degli esseri umani. Si dice che non esistano popolazioni geneticamente omogenee e che i tratti non siano discontinui tra le popolazioni; pertanto, una popolazione può essere descritta solo in termini di frequenze relative di vari tratti. Non esistono categorie definite. I tratti particolari che sono stati generalmente scelti per caratterizzare le razze sono stati criticati come aventi scarso significato biologico. È stato scoperto che le differenze tra individui della stessa razza sono spesso maggiori delle differenze tra gli individui "medi" di razze diverse. Queste e altre osservazioni hanno portato alcuni, ma non tutti, gli scienziati a concludere che le classificazioni razziali sono in gran parte sociopolitiche, piuttosto che biologiche, in natura». A ciò il giudice Brennan aggiunse: «Le distinzioni perniciose tra gli individui basate esclusivamente sui loro antenati sono antitetiche alla dottrina dell'uguaglianza su cui si fonda questa nazione. Oggi la Corte sostiene il desiderio del Congresso di liberare la nazione da una discriminazione così arbitraria e invidiosa, e concordo nel suo parere e giudizio. Scrivo separatamente solo per sottolineare che il confine tra discriminazione basata su "origini o caratteristiche etniche", ante a 481 US 613 e discriminazione basata su "luogo o nazione di ... origine" (...) non è brillante. È vero che la propria origine - il gruppo etnico da cui discendono un individuo e i suoi antenati - non è necessariamente la stessa origine nazionale - il paese "in cui una persona è nata, o, più in generale, il paese da cui provengono i suoi antenati" (*Espinoza v. Farah Manufacturing Co.*, 414 US 86, 414 US 88 (1973)). Spesso, tuttavia, i due sono identici per una questione di fatto: uno è nato nella nazione il cui patrimonio primario è il proprio gruppo etnico. Inoltre, in alcune circostanze le rivendicazioni sull'origine nazionale sono state trattate come rivendicazioni di ascendenza o origine». La sentenza è consultabile, tra gli altri, sul sito della Cornell Law School, Legal Information Institute (<https://www.law.cornell.edu>).

⁶² Sono state avanzate alcune perplessità in relazione alla scelta del legislatore dell'Unione di ricorrere, ancora una volta, alla concezione della classificazione degli individui in gruppi razziali ed etnici differenziati, ritenuta foriera di generare un'epistemologia della razza e dell'etnia. Invero, sarebbe proprio siffatta epistemologia «which provides the knowledge that enables racism to occur in the first place. To be sure, the legal instruments did not create this epistemology. [...]. It would indeed be irresponsible if legislation ignored the pre-existing empirical reality of racial distinctions and failed to curb the words excesses. Yet the acknowledgement of this does not prevent this epistemology continuing to generate its own "false" consciousness»: così, D. CHALMERS, *The Mistakes of the Good European?*, in S. FREDMAN (a cura di), *Discrimination and Human Rights. The case of racism*, Oxford, 2001, 223.

⁶³ In questo senso, E. GUILD, *The EC Directive on Race Discrimination: Surprises, Possibilities and Limitations*, o.c., 418.

⁶⁴ L'UNESCO, in seguito alla II guerra mondiale e al razzismo nazista, volle chiarire ciò che era scientificamente noto sulla razza e condannare moralmente il razzismo. Nel documento affermò che: «[n]ational, religious, geographic, linguistic and cultural groups do not necessarily coincide with racial groups: and the cultural traits of such groups have not demonstrated genetic connection with racial traits. Because serious errors of this kind are habitually committed when the term 'race' is used in popular parlance, it would be better when speaking of human races to drop the term 'race' altogether and speak of ethnic groups» in UNESCO, *The question of race*, in UNESCO Digital Library, 18 July 1950, par. 6, 6, consultabile su <https://unesdoc.unesco.org>.

nozione di «razza»⁶⁵.

Per quanto attiene alla nozione di «origine etnica», certa dottrina ha sottolineato la scelta del legislatore europeo di impiegare tale terminologia, invece che quella di «etnia»⁶⁶, rilevando come l'effetto di tale opzione sia, in primo luogo, quello di spostare il *focus* delle tutele dallo *status* attuale di una persona o di un gruppo di persone, al loro passato⁶⁷. A fronte della lacuna presente nella direttiva, può essere interessante richiamare la definizione giurisprudenziale accolta nel Regno Unito, dove la *House of Lords* ha individuato sette caratteristiche, di cui due essenziali ai fini della definizione di gruppo etnico: «(1). *a long shared history, of which the group is conscious as distinguishing it from other groups, and the memory of which it keeps alive*; (2) *a cultural tradition of its own, including family and social customs and manners, often but not necessarily associated with religious observance*»⁶⁸.

In dottrina non si registra un'uniformità di giudizio in relazione alla mancata definizione delle nozioni impiegate, tanto che, se vi è chi critica tale scelta in quanto avente un effetto depotenziante rispetto al principio generale affermato nei considerando alla direttiva⁶⁹, vi è anche chi osserva come tale mancanza non può che favorire l'attività interpretativa della Corte di giustizia, cui spetta «stabilire l'esatta portata del divieto così da garantire criteri generali e ambiti applicativi uniformi negli [...] Stati membri»⁷⁰.

⁶⁵ Così, F. BRENNAN, *The Race Directive: Recycling Racial Inequality*, in *Cambridge Yearbook of Legal Studies*, 2002-2003, 311. Nello stesso senso, D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *o.c.*, 586. In relazione a quest'ultimo aspetto, infatti, parte della dottrina ritiene che il colore della pelle sarà destinato a ricoprire un ruolo, seppure indiretto, nell'accertamento della discriminazione a motivo della razza o dell'origine etnica, dal momento che molti casi di discriminazione razziale presuppongono il riferimento a caratteri visibili del soggetto: cfr. E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, *o.c.*, 31.

⁶⁶ Così, T. MAKONEN, *Equal in Law, Unequal in Fact. Racial and ethnic discrimination and the legal response thereto in Europe*, Leiden, 2012, 163.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ HOUSE OF LORDS, 24 marzo 1983, *Mandla (Sewa Singh) and another c. Dowell Lee and others* [1983] 2 AC 548. Il caso riguarda un ragazzo Sikh che si era visto rigettare l'ammissione in una scuola a motivo del suo rifiuto di tagliarsi i capelli e di rimuovere il turbante indossato. Nel caso di specie, la Corte ha statuito che i Sikh devono essere considerati un gruppo etnico alla stregua del *Race Relation Act* del 1976. Tra le altre cinque caratteristiche, quelle c.d. rilevanti, sono state indicate: «(3) either a common geographical origin, or descent from a small number of common ancestors (4) a common language, not necessarily peculiar to the group (5) a common literature peculiar to the group (6) a common religion different from that of neighbouring groups or from the general community surrounding it (7) being a minority or being an oppressed or a dominant group within a larger community».

⁶⁹ Cfr. R. NUNIN, *o.c.*, 907.

⁷⁰ P. CHIECO, *o.c.*, 80. L'A. sottolinea, inoltre, come la mancanza di definizioni specifiche dei fattori di discriminazione «si traduce in un vincolo per il legislatore nazionale, che non dovrà procedere ad elencazioni analitiche, in quanto potrebbero produrre un restringimento dell'ambito di applicazione del divieto». Della stessa opinione, D. GOTTARDI, *o.c.*, 447 ss. Nel medesimo senso, si è espressa la C. Giust., 11 luglio 2006, c. 13/05, *Chacón Navas*, *cit.*, par. 40: «i termini di una disposizione di diritto comunitario che non contenga alcun espresso richiamo al diritto degli Stati membri per quanto riguarda la determinazione del suo senso e della sua portata devono di norma essere oggetto nell'intera Comunità di un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione e della finalità perseguita dalla normativa di cui trattasi».

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

In ogni caso, i termini «razza» e «origine etnica» sono strettamente connessi a quello di «nazionalità», come risulta in una decisione della Corte di giustizia proprio in merito all'interpretazione della *Race Directive*⁷¹. Il caso traeva origine dalla dichiarazione pubblica del datore di lavoro di un'industria belga, in cui divulgava la decisione di non assumere persone c.d. alloctone⁷². In quell'occasione, il datore di lavoro aveva utilizzato il termine «immigrati» e analoga terminologia era stata impiegata sia dalla Corte d'Appello belga, sia dalla Corte di giustizia, a conferma di come, in alcune situazioni, la discriminazione in ragione della razza e dell'origine etnica sia molto vicina a quella per nazionalità⁷³. Nel caso di specie, infatti, la Corte di giustizia ha riconosciuto che la dichiarazione del datore di lavoro ha costituito un «element[o] di fatto idone[o] a far presumere una politica di assunzione discriminatoria»⁷⁴ e che la stessa condotta configurava «una discriminazione diretta nell'assunzione ai sensi dell'art. 2, n. 2, lett. a, della direttiva del Consiglio 29 luglio 2000, 2000/43/CE» che attua il principio di parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica⁷⁵.

⁷¹ C. Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, *cit.* La Corte è intervenuta a distanza di circa quattro anni dall'entrata in vigore della dir. 2000/43/CE, sottoponendo all'attenzione questioni che, «sebbene estremamente rilevanti per la fisionomia e l'effettività dell'intero diritto antidiscriminatorio, non erano mai stati affrontati dalla giurisprudenza [...] formatasi in sede d'interpretazione delle discipline comunitarie sulla parità tra lavoratori e lavoratrici»: D. IZZI, *Il divieto di discriminazione preso sul serio*, o.c., 765. A commento della sentenza, D. STRAZZARI, *Discriminazione razziale e accesso al lavoro: il caso Feryn. Corte di giustizia e discriminazione razziale: ampliata la tutela della discriminazione diretta?*, o.c., 776 ss.; R. CISOTTA, o.c., 167 ss.; L. FABIANO, o.c., 2054 ss.

⁷² Le questioni pregiudiziali, sollevate dinanzi alla Corte di Giustizia nell'ambito della controversia che opponeva il Centro per le pari opportunità e per la lotta contro il razzismo (*Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding*) alla società *Firma Feryn NV*, vertevano sulla corretta interpretazione di alcune disposizioni della dir. 2000/43/CE. Il datore di lavoro aveva affermato pubblicamente che: «[d]evo soddisfare le esigenze dei miei clienti. (...) Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo? (...) devo raggiungerlo come vuole il cliente!».

⁷³ Cfr. K. HENRARD, *The First Substantive ECJ Judgment on the Racial Equality Directive: A Strong Message in a Conceptually Flawed and Responsively Weak Bottle*, *cit.*, 13.

⁷⁴ C. Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, *cit.*, par. n. 31.

⁷⁵ C. Giust., 10 luglio 2008, c. 54/07, Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV, *cit.*, par. n. 28 della sentenza, ribadita anche nelle conclusioni. Per questo motivo, una parte della dottrina ritiene che uno Stato membro che adotti politiche discriminatorie in base al fattore della nazionalità potrebbe essere considerato alla stregua di una discriminazione indiretta fondata sul fattore etnico-razziale: G.N. TOGGENBURG, *The Race Directive: A New Dimension in the Fight against Ethnic Discrimination in Europe*, in *European Yearbook on Minority Issues*, 2, 2001, 238. Altra parte della dottrina ha, invece, sottolineato che: «La Corte non ha indagato se si trattasse di una discriminazione per motivi di nazionalità (diretta) o di razza e origine etnica (diretta o indiretta) e ha valutato la causa alla luce della dir. 2000/43/CE, dando dunque per presupposto che si trattasse di una discriminazione per motivi di razza e origine etnica. L'implicita assunzione di una discriminazione di questo tipo nel novero della discriminazione per motivi di razza e origine etnica potrebbe essere intesa come un'adesione da parte della Corte di giustizia all'orientamento che intende la discriminazione per motivi di nazionalità, ossia la xenofobia, come una delle tante varianti della discriminazione razziale e del razzismo», così C. FAVILLI, *La non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in D. TEGA (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, *cit.*, 53-54. A

Occorre quindi rilevare che, se anche la direttiva sull'uguaglianza razziale esclude espressamente la «nazionalità» quale fattore protetto, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo riconosce che questa può rientrare nel fattore discriminatorio razziale ed etnico.

Tale affinità risalta più palesemente nelle decisioni della Corte europea dei diritti umani, che ha ritenuto che la lingua, la religione, la nazionalità e la cultura siano indissociabili dalla razza: «L'origine etnica e la razza sono nozioni collegate che si sovrappongono l'una all'altra. Mentre la nozione di razza trae origine dall'idea di una classificazione biologica degli esseri umani in sottospecie, in base alle caratteristiche morfologiche (quali il colore della pelle o i tratti somatici), l'origine etnica deriva dall'idea di gruppi sociali accomunati da una nazionalità, da un'affiliazione tribale, da una fede religiosa, da una lingua o da origini e contesti culturali e tradizionali»⁷⁶.

Quindi, anche se con evidenti differenze, l'orientamento di entrambe le Corti europee è nel senso di considerare la nazionalità quale fattore attinente alla razza e all'origine etnica.

Ugualmente in altri atti dell'Unione Europea, l'appartenenza a una minoranza nazionale sembra essere indissociabile dal concetto di razza e origine etnica. Tra questi, la decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, che definisce il razzismo e la xenofobia come violenza o odio nei confronti di gruppi di persone, definiti in base «alla razza, al colore, alla religione, all'ascendenza o all'origine nazionale o etnica».

Anche la Commissione contro il razzismo e l'intolleranza (ECRI) del Consiglio d'Europa ha adottato una definizione estensiva di «discriminazione razziale», che comprende i motivi di «razza, colore, lingua, religione, nazionalità e origine nazionale o etnica»⁷⁷ in coerenza con la definizione contenuta all'art. 1 della Convenzione ONU sull'eliminazione della discriminazione razziale del 1966 - cui hanno aderito tutti gli Stati membri dell'Unione

commento invece dell'altra sentenza della Corte, *Nachova u. a. contro la Bulgaria*: D. THÜRER, B. DOLD, *Rassismus und Rule of Law - Erstmalige Verurteilung wegen Rassendiskriminierung durch den EGM R? Gleichzeitige Besprechung des Urteils vom 26. Februar 2004 – Nachova u. a. gegen Bulgarien*, in *Europäische Grundrechte- Zeitschrift*, 1, 2005, 1-12.

⁷⁶ C. Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 55. Nel caso di specie il ricorrente, di origine cecena, si era lamentato del divieto di attraversare un posto di controllo in quanto interdetto alle persone di origine cecena. In un'altra occasione la medesima Corte di Strasburgo ha sottolineato l'importanza di tale interpretazione dichiarando che «nessuna differenza di trattamento basata esclusivamente o in misura decisiva sull'origine etnica di una persona può essere oggettivamente giustificata in una società democratica contemporanea, fondata sui principi del pluralismo e sul rispetto delle diverse culture». C. Eur. dei diritti dell'uomo, 22 dicembre 2009, *Sejdić e Finci c. Bosnia Erzegovina* [GC] (nn. 27996/06 e 34836/06), punto 44. In tal senso C. Eur. dei diritti dell'uomo, 13 dicembre 2005, *Timishev c. Russia* (nn. 55762/00 e 55974/00), punto 58.

⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION AGAINST RACISM AND INTOLERANCE (ECRI), *General Policy Recommendation No. 7 on National Legislation to Combat Racism and Racial Discrimination*, adopted on 13 december 2002 and amended on 7 december 2017, par. 1, lett. b, c.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Europea e del Consiglio d'Europa - che include i motivi di «razza, colore, ascendenza e origine nazionale o etnica»⁷⁸. Il Comitato per l'eliminazione della discriminazione razziale, responsabile di interpretare e controllare il rispetto della convenzione, ha inoltre dichiarato che, salvo contraria giustificazione, per stabilire se una persona appartenga a una razza o a un gruppo etnico particolari, occorre «basarsi sull'identificazione di sé da parte dell'interessato»⁷⁹.

4. LO SFRUTTAMENTO DEI LAVORATORI MIGRANTI

Con riguardo al diritto alla parità di trattamento economico, le legislazioni nazionali, in molti casi, proibiscono esplicitamente qualsiasi discriminazione dei lavoratori migranti⁸⁰. La parità di retribuzione può persino essere una condizione per la concessione di un permesso di lavoro, come in Svizzera dove, ai sensi della legge federale sui cittadini stranieri, un immigrato non può essere assunto a meno che non vengano rispettate le normali condizioni salariali e di lavoro con riferimento alla professione, al settore e alla sede. Questo obbligo di parità di trattamento salariale è, in realtà, una misura di contrasto del *dumping* salariale, in quanto il reclutamento di lavoratori stranieri non risulta in questo modo più vantaggioso per i datori di lavoro rispetto a quello dei cittadini svizzeri.

Diversamente, in altri Paesi, soprattutto extraeuropei, non si registra l'applicazione del principio di parità di trattamento ai lavoratori migranti, con conseguenti differenze significative nella determinazione delle retribuzioni⁸¹.

Tra i fenomeni più noti di sfruttamento dei lavoratori immigrati a livello internazionale, vi è il cd. sistema della *kafālah* (tutela o *sponsorship*) attraverso il quale i Paesi della Penisola arabica controllano i flussi migratori diretti all'interno dei propri confini⁸². Tra i Paesi che fanno maggiormente uso di questo sistema sono da annoverare gli

⁷⁸ NU, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, New York, 7 March 1966 United Nations, *Treaty Series*, vol. 660, 195 (660 UNTS 195 disponibile sul sito <https://treaties.un.org>).

⁷⁹ COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (CERD), *General Recommendation VIII concerning the interpretation and application of Article 1, paragraphs 1 and 4 of the Convention*, 38 session, 22 August 1990 (Document A/45/18).

⁸⁰ Questo è il caso, ad esempio, di Georgia, Kazakistan, Kenya, Ciad, Timor Est, Togo e Venezuela. In Malesia, i salari minimi stabiliti nel 2012 si applicano anche ai lavoratori migranti, tuttavia i datori di lavoro sono autorizzati a detrarre l'imposta sull'impiego di lavoratori migranti dai loro salari, che comporta, quindi, un salario minimo ridotto. Una detrazione può anche essere fatta per i costi di alloggio.

⁸¹ Cfr. ILO, *Decent Work Country Programme, Jordan, 2012-15*, March 2012, 11-12. Mentre nel 2013 per un lavoratore saudita 3.000 riyal sauditi (SAR – pari a circa \$ 800) costituiva un salario minimo applicabile, nel 2012 era stato introdotto ai lavoratori domestici stranieri un intervallo salariale minimo di SAR 600–800 (circa US \$ 160-210).

⁸² Su una popolazione di circa 35 milioni di persone, si contano, infatti, 13 milioni di stranieri ma il loro numero è in continua crescita. Per un quadro generale della popolazione straniera presente nei Paesi del Golfo nel

Stati del Consiglio di Cooperazione degli Stati Arabi (Arabia Saudita, Bahrein, Emirati Arabi Uniti, Kuwait, Oman e Qatar). Persino il Libano e la Giordania risultano essere tra gli Stati che si avvalgono di tale pratica⁸³. Questo sistema trae origine da una tradizione beduina che affidava gli stranieri, che arrivavano nei Paesi dell'area del Golfo, ai cosiddetti *kāfil* (tutori), i quali avevano il compito di garantire protezione e sicurezza ai loro ospiti⁸⁴.

In seguito allo sviluppo economico che ha caratterizzato i Paesi del Medio Oriente⁸⁵, il significato originario che contraddistingueva il sistema della *kafālah* è mutato in ragione delle politiche migratorie volte all'acquisizione di manodopera a basso costo. Attualmente, ai lavoratori immigrati non viene garantita alcuna tutela, né la possibilità di avere un contratto di lavoro stabile⁸⁶. Orari di lavoro prolungati, attività lavorativa pericolosa, obbligo di vivere in

periodo che va dal 2010 al 2015 si rimanda allo studio GULF LABOUR MARKETS AND MIGRATIONS (GULF RESEARCH CENTRE), *GCC: Total population and percentage of nationals and non nationals in gcc countries (latest-national-statistics-2010-2015)*, consultabile sul sito www.gulfmigration.eu e alle informazioni presenti sul sito del National Bureau of Statistics (NBS), www.fcsa.gov.ae.

⁸³ Per un approfondimento del quadro normativo degli Stati interessati dal fenomeno, si rinvia a M. ALZARHANI, *The System of Kafala and the Rights of Migrant Workers in GCC Countries – With Specific Reference to Saudi Arabia*, in *European Journal of Law Reform*, 16, 2014; M. ZAHRA, *The Legal Framework of the Sponsorship Systems of the Gulf Cooperation Council Countries: A Comparative Examination, Explanatory Note*, in *Gulf Labour Markets and Migration*, 10, 2015; A. RODRIGUES, *The Kafala System in the GCC*, in *The Gazelle*, Marzo 2014, disponibile sul sito: www.thegazelle.org/issue/33/features/kefala-system.

⁸⁴ In proposito, il rappresentante dell'ILO in Kuwait ha affermato che il sistema della *kafalah* «is a custom, not a code. It is from the culture of the people». Anche a parere di HEEG il sistema della *kafalah* deriva dalla tradizione beduina di «temporarily granting strangers protection and even affiliation into the tribe for specific purposes», in J. HEEG, *Gender, international human trafficking norms and Gulf migration*, 2013, visualizzabile alla pagina web: www.citation.allacademic.com. Molto interessante l'analisi svolta da F. DI PIETRO, *La Kafalah islamica e le sue applicazioni alla luce della giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, marzo 2016, 91-99.

⁸⁵ Per un approfondimento sugli effetti socioeconomici del fenomeno si rimanda a P. FARGUES, N. SHAH, *Socio-economic Impacts of GCC Migration*, 2014, consultabile sul sito <http://gulfresearchmeeting.net>.

⁸⁶ Cfr. A. KHANE, H. HARROFF-TAVEL, *The Implications of the Sponsorship System: Challenges and Opportunities*, Economic and Social Commission for Western Asia, Beirut 2011; ILO, *Reform of the kafala (sponsorship system)*, in *Responding to emerging and critical issues*, Policy Brief No. 2, Migrant Forum Asia, 1, in cui si afferma che «the sponsorship system's economic objective rapidly brought into the country in economic boom and expelled during less affluent periods». Cfr. anche M. BALDWIN-EDWARDS, *Labour immigration and labour markets in the GCC countries: national patterns and trends*, The London School of Economics and political science, Kuwait Programme on Development, Governance, and Globalisation in the Gulf States, London, 2011, disponibile su <http://www2.lse.ac.uk>; K. HAMILL, *Policy Paper on Reforming the Sponsorship System for Migrant Domestic Workers: Towards an Alternative Governance Scheme in Lebanon*, KAFA, Royal Norwegian Embassy in Lebanon, Beirut, January 2012; HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Exported and Exposed: Abuses against Sri Lankan Domestic Workers in Saudi Arabia, Kuwait, Lebanon, and the United Arab Emirates*, 19, 16(C), November 2007, consultabile su www.hrw.org/sites/default/files/reports/srilanka1107webwcover.pdf; HUMAN RIGHTS WATCH (HRW), *Kuwait: Government pledges to end sponsorship system*, Human Rights Watch online, september 2010; ID, *Walls at Every Turn: Abuse of Migrant Domestic Workers Through Kuwait's Sponsorship System*, Human Rights Watch online, october 2010, in <https://www.hrw.org>; ASIA PACIFIC MISSION FOR MIGRANTS, *The Kafala: Impact and Relation to Migrant Labor Bondage in GCC Countries*, settembre 2014, 27, disponibile su <https://www.apmigrants.org>; N. JANARDAN, *Boom Amid Gloom: The Spirit of Possibility in the 21st Century Gulf*, Berkshire, 2011; A. KAPISZEWSKI, *Asian Versus Arab Workers in the GCC Countries*, saggio presentato al United Nations Expert Group Meeting on International Migration and Development in the Arab Region, Beirut, 15-17, consultabile su http://www.un.org/esa/population/meetings/EGM_Itnmig_Arab/P02_Kapiszewski.pdf; A. KHAN, H. HARROFF - TAVEL, *Reforming the Kafala: Challenges and Opportunities in Moving Forward*, ILO Regional Office for the

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

accampamenti sovraffollati, mancanza di accesso all'acqua potabile gratuita in condizioni di caldo estremo, a cui si aggiunge il diniego del diritto a costituire sindacati, fanno parte delle loro ordinarie condizioni di lavoro⁸⁷. Inoltre, il sistema *kafālah* impedisce ai lavoratori migranti di cambiare impiego senza l'autorizzazione del proprio datore di lavoro, né permette loro di lasciare il Paese senza che questo firmi un permesso di uscita⁸⁸.

Per i Paesi di provenienza dei migranti, invece, il flusso migratorio verso altri Paesi è in genere un fattore positivo per l'economia nazionale, dato che le rimesse inviate ai familiari consente di mantenere al loro interno l'ordine sociale⁸⁹. Alcuni Stati - tra cui l'Etiopia, l'India, l'Indonesia, il Nepal e le Filippine - hanno fissato, però, un salario minimo per i loro cittadini emigrati e vietano alle agenzie di collocamento di assumere i connazionali con un salario più basso. In alcuni casi questi provvedimenti sono stati seguiti da negoziati con le autorità degli Stati ospitanti, al fine di trovare un accordo sui salari minimi applicabili. Tali negoziati, tuttavia, rischiano di introdurre una concorrenza tra i Paesi di origine e, allo stesso tempo, possono dare origine a discriminazioni tra lavoratori migranti in base alla nazionalità⁹⁰.

Lo sfruttamento dei lavoratori immigrati è, in ogni caso, un fenomeno diffuso a livello globale⁹¹.

Arab States, in *Asian & Pacific Migration Journal*, 20, 3-4, 2011; MIGRANT FORUM IN ASIA (MFA), *Enhancing the Protection of Indian Migrant Workers in Gulf Countries, through Evidenced Based Capacity Building with Civil Society Organisations and Government*, consultabile su <http://www.migrantrights.org>; MIGRANT RIGHTS, *Bahrain Further Restricts Migrant Rights while Publicly Expressing Concern for Migrants*, 29 June, disponibile su <http://www.migrant-rights.org>.

⁸⁷ Nel marzo 2013, la Confederazione internazionale dei sindacati (ITUC) ha presentato una denuncia al Ministero del lavoro del Qatar nei confronti di diverse società del Paese. Nel 2012 il dipartimento per i rapporti di lavoro del Ministero qatariiano ha ricevuto 6000 denunce da parte di lavoratori. L'ITUC e la Federazione internazionale dei lavoratori dell'edilizia e del legno (BWI) hanno segnalato questa situazione e presentato congiuntamente una denuncia all'ILO in relazione alle condizioni di lavoro e alla libertà di associazione in Qatar.

⁸⁸ In Qatar la forza lavoro nazionale è composta quasi per il 90% da lavoratori migranti e il presidente della commissione nazionale per i diritti umani ha ammesso che i datori di lavoro usano trattenere i passaporti e i salari dei lavoratori migranti, i quali sono costretti a pagare sino a 3500 USD per ottenere un visto dal *kafeel*, o sponsor, ritrovandosi così a dover far fronte a debiti oltremodo elevati.

⁸⁹ Cfr. C. JEANGÉY, *Il sistema della kafala e la tutela dei lavoratori migranti nella penisola arabica*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghì*, Torino, 2012, 398.

⁹⁰ Questo problema è di fondamentale importanza in ragione dell'importanza delle rimesse inviate dai lavoratori migranti alle loro famiglie. Su questo argomento, WORLD BANK GROUP, *Migration and Development*, Brief 28, October 2017.

⁹¹ Il fenomeno a livello globale è noto da tempo: cfr. E.L. FEIGE, *The underground Economies*, Cambridge University Press, 1989; S. SASSEM, *Informal Economy: Between New Development and Old Regulations*, in *The Yale Law Journal*, vol. 103, n. 8, 1994, 2119 ss.; A. BELLAVISTA, *Il lavoro sommerso*, Torino, 2000, 2 ss.

5. LA NORMATIVA ITALIANA IN MATERIA DI IMMIGRAZIONE

Sacche di sfruttamento di lavoratori migranti sono presenti anche in Italia⁹². Si tratta di una piaga che da decenni investe soprattutto una parte importante del settore primario italiano, con pesanti ricadute sui diritti dei lavoratori agricoli e nei confronti di quelle aziende che, rispettando i contratti e le leggi in materia, subiscono un *dumping* ingiusto⁹³.

Con la l. 29 ottobre 2016, n. 199, Legge di contrasto al caporalato in agricoltura, e il relativo «Protocollo sperimentale»⁹⁴ il legislatore è intervenuto per cercare di arginare il problema, inasprendo il regime sanzionatorio e introducendo azioni positive, in modo da prevenire il fenomeno e creare un collocamento legale. L'art. 10, in particolare, prevede un graduale riallineamento dei trattamenti economici dei lavoratori agli accordi collettivi.

Tali interventi legislativi, però, non hanno ancora prodotto i risultati sperati, facendo cadere nel vuoto quanto stabilito dalla l. 6 marzo 1998, n. 40, c.d. Testo unico sull'immigrazione⁹⁵, che all'art. 2, comma 1, sancisce che allo straniero, comunque presente alla frontiera o nel territorio dello Stato, sono riconosciuti i diritti fondamentali della persona umana previsti dalle norme di diritto interno, dalle convenzioni internazionali in vigore e dai principi di diritto internazionale generalmente riconosciuti. In particolare, l'art. 2, comma 3, stabilisce il principio generale della “parità di trattamento e piena uguaglianza di diritti rispetto ai lavoratori italiani”, nonché l'obbligo di rispettare le prescrizioni del contratto

⁹² Sul tema, cfr. M.J. VACCARO, *Livelli normativi: fenomeno migratorio*, Torino, 2008; F. NAPPI, *Il lavoro degli extracomunitari*, Napoli, 2005; ID., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *DML*, 3, 2006, 457-472; ID., *La disciplina e le politiche in materia di immigrazione*, in *DML*, 2007, 77 ss.; ID., *Immigrazione, lavoro ed economia sommersa*, in *Diritto e Libertà, Scritti in memoria di Matteo Dell'Olio*, II, Torino, 2008, 1070 ss.

⁹³ Cfr. C. DA ROLD, *Gli immigrati guadagnano circa il 19% in meno dei “nativi” italiani*, il Sole 24 ORE, 4 luglio 2018. Nel 2017 in media gli immigrati guadagnavano circa il 19% in meno dei nativi con le loro stesse caratteristiche e a parità di occupazione, mentre nel 2009, il divario era del 6%. Si è passati, inoltre, da un iniziale 40% di *gap* salariale fra nativi e immigrati a circa 20% dopo 20 anni dall'arrivo nel paese, ma a più velocità: gli immigrati dell'Europa occidentale hanno in media gli stessi salari dei nativi; gli immigrati dei paesi UE dell'est hanno il divario salariale maggiore rispetto ai nativi (-33%), seguito da quello degli immigrati extracomunitari (-28%). A ciò si aggiunge il *gender gap*: il divario salariale fra nativi e immigrati è maggiore per le donne immigrate (31% di differenza con le native) che per gli uomini (22% di differenza).

⁹⁴ Protocollo sperimentale contro il caporalato e lo sfruttamento lavorativo in agricoltura del 27 maggio 2016 sottoscritto dal Ministero dell'interno, del lavoro e da quello dell'agricoltura, nonché dai Presidenti delle Regioni Basilicata, Calabria, Campania, Puglia, Sicilia e dai rappresentanti delle parti sociali. Il testo è disponibile su: <https://www.lavoro.gov.it>.

⁹⁵ Il d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 (*Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*) è stato modificato dalla l. 189/2002 e dal d.l. 241/2004 conv. in l. 271/2004, dal d.l. 10/2007 conv. in l. 46/2007, dal d.lgs. 203/2016, dal d. l. 4 ottobre 2018, n. 113 convertito, con modificazioni, nella l. 1° dicembre 2018, n. 132 e, da ultimo, d.l. 14 giugno 2019, n. 53, convertito con modificazioni nella l. 8 agosto 2019, n. 77. Cfr. anche l. 94/2009. Le assunzioni dei lavoratori non appartenenti all'UE richiedono, come presupposto indefettibile, la preliminare verifica del possesso di un valido permesso di soggiorno per lavoro subordinato, autonomo o per ricongiungimento familiare, differenziandosi in ciò dai lavoratori appartenenti all'UE per i quali vige il principio di libera circolazione (Tratt. FUE art. 45). La dir. 2009/52/CE impone sanzioni severe per la violazione del divieto di assunzione di lavoratori senza permesso di soggiorno.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

collettivo applicabile alla fattispecie (art. 27, comma 1-quater).

Il Testo unico sull'immigrazione, peraltro, ai divieti di discriminazione razziale, etnica e religiosa aggiunge espressamente i motivi legati all'origine nazionale, al colore e all'ascendenza (art. 43, comma 1)⁹⁶, e stabilisce un elenco esemplificativo di atti che costituiscono «in ogni caso» un atto discriminatorio. Tra questi atti il legislatore prevede espressamente il caso in cui: «e) il datore di lavoro o i suoi preposti i quali, ai sensi dell'art. 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificata e integrata dalla legge 9 dicembre 1977, n. 903, e dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, compiano qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza. Costituisce discriminazione indiretta ogni trattamento pregiudizievole conseguente all'adozione di criteri che svantaggino in modo proporzionalmente maggiore i lavoratori appartenenti ad una determinata razza, ad un determinato gruppo etnico o linguistico, ad una determinata confessione religiosa o ad una cittadinanza e riguardino requisiti non essenziali allo svolgimento dell'attività lavorativa»⁹⁷.

La dottrina si è interrogata, però, intorno alla corretta interpretazione da assegnare alla locuzione impiegata dal legislatore al successivo art. 43, comma 2, lett. c) e d), che si riferisce

⁹⁶ A tale riguardo, si è osservato che la rubrica dell'art. 43 si riferisce alla discriminazione fondata su «motivi razziali, etnici, nazionali, religiosi» a fronte della lettera del comma 1, che estende l'ambito di operatività della norma a fattori di discriminazione ulteriori tra cui: il colore, l'ascendenza o l'origine nazionale, le convinzioni e le pratiche religiose. Analogamente, il comma 2 dell'art. 43 richiama fattori di discriminazione ancora diversi, quali: le confessioni religiose e l'appartenenza ad un gruppo linguistico. Da questo punto di vista, parte della dottrina ha espresso un giudizio positivo intorno alla particolare ampiezza della clausola ex art. 43, comma 1, espressione dell'intenzione del legislatore, consapevole della varietà di manifestazioni in cui si estrinseca il fenomeno discriminatorio, di offrire una copertura ampia e di sanzionare ogni comportamento discriminatorio, senza lasciare zone di dubbio: cfr. P. BONETTI, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. Lineamenti generali e profili costituzionali*, in B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2005, 1084. Nello stesso senso, L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 62. Seppur condivisibile, tale ricostruzione, in mancanza di definizioni precise e univoche dei singoli fattori di discriminazione contemplati, omette, però, di considerare come la tecnica legislativa impiegata possa essere foriera del rischio di determinare situazioni oscillanti, nonché un'eccessiva discrezionalità in fase di interpretazione e di applicazione della normativa da parte dei giudici come evidenziato da L. CASTELVETRI, *La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali*, in *La tutela contro le discriminazioni. Profili sostanziali e processuali*, in B. Nascimbene (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1121. Definisce ambigua la portata della tutela contro la discriminazione razziale poiché inserita «in una legge che si rivolge principalmente all'immigrazione» e agli «stranieri» [e che] fa sorgere interrogativi circa l'applicabilità di tali disposizioni ai cittadini», J. A. GOLDSTON, *Nuove prospettive in tema di discriminazione razziale: considerazioni a partire dalla direttiva 43/2000*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2001, p. 18.

⁹⁷ Si disciplina anche uno speciale procedimento giurisdizionale caratterizzato da una peculiare speditezza e sommarietà, diretto all'accertamento dell'atto di discriminazione e alla rimozione dei suoi effetti (art. 44 che richiama l'art. 28 d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150) che riprende il modello delle azioni per repressione della condotta antisindacale e di alcune discriminazioni per sesso. Per una ricostruzione del giudizio anche alla luce del d.lgs. n. 215/2003, si veda L. CURCIO, *Le azioni in giudizio e l'onere della prova*, in M. BARBERA (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, cit., 537 ss.; G. SCARSELLI, *Appunti sulla discriminazione razziale e sulla sua tutela giurisdizionale*, in *RDC*, 2001, 804 ss.

espressamente allo straniero “regolarmente soggiornante”. Dall’impiego di simile formulazione linguistica si è, dunque, posta la questione della riferibilità dello strumento di tutela apprestato dalla norma anche agli atti discriminatori perpetrati in danno dello straniero irregolare⁹⁸.

La soluzione di segno affermativo, si ricava da una giurisprudenza costituzionale ormai costante nel riconoscere allo straniero la titolarità «di tutti i diritti fondamentali che la Costituzione riconosce spettanti alla persona»⁹⁹, con la conseguenza che «non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini»¹⁰⁰. In particolare, la Corte, con riguardo all’ambito soggettivo di applicazione del principio di eguaglianza, ha infatti costantemente ritenuto che il principio abbia valenza generale, indipendentemente dalla natura e dalla qualificazione dei soggetti e, dunque, è operante anche nei riguardi dello straniero. Fin dalla sentenza n. 120 del 1967 il Giudice delle leggi ha costantemente affermato che “il principio di eguaglianza, pur essendo nell’art. 3 della Costituzione riferito ai cittadini, debba ritenersi esteso agli stranieri allorché si tratti della tutela dei diritti inviolabili dell’uomo, garantiti allo straniero anche in conformità dell’ordinamento internazionale”¹⁰¹. In tempi più recenti, da quando la libera circolazione delle persone e il fenomeno migratorio verso l’Italia hanno acquisito carattere strutturale, l’affermazione che il godimento dei diritti inviolabili dell’uomo non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero è divenuta ancor più pregnante¹⁰². Più in

⁹⁸ Per un approfondimento: cfr. B. NASCIMBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004; E. GROSSO, *Straniero (status dello)*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 5787 e ss.; M.C. LOCCHI, *Facta sunt servanda. Per un diritto di realtà in tema di uguaglianza degli stranieri*, in *QCost*, 2010, 576 e ss.

⁹⁹ Con specifico riferimento all’affermazione di principio secondo cui il principio di eguaglianza ex art. 3, comma 1, Cost. è applicabile anche nei confronti dei non cittadini, si veda C. cost., 15 giugno 1979, n. 54 del 1979, in *Gcost*, 1979, 413 e ss., dove il Giudice costituzionale ha affermato che: «[i]l testuale riferimento dell’art. 3, primo comma, ai soli cittadini non esclude, in effetti, che l’eguaglianza davanti alla legge sia garantita agli stessi stranieri, là dove si tratti di assicurare la tutela dei diritti inviolabili dell’uomo»; C. cost., 5 luglio 2001, n. 252, in *Giur. cost.*, 2001, 2168 e ss.; C. cost., 7 maggio 2008, n. 148, in *Gcost*, 2008, 816 ss.

¹⁰⁰ In questo senso, si vedano, C. cost., 25 maggio 2010, n. 187, in *Gcost*, 2212 e ss.; C. cost., 29 luglio 2008, n. 306, in *Gcost*, 3324, con nota di A.M. BATTISTI, *Rilevanza del reddito e adeguatezza della prestazione assistenziale per i cittadini e gli stranieri extracomunitari*, *ivi*, 3338 e ss. Nello stesso senso, si è espressa anche la dottrina, G. BELLAGAMBA, G. CARITI, *La disciplina dell’immigrazione: commento per articolo al Testo unico 25 luglio 1998, n. 286 (come modificato dalla Legge 12 novembre 2004, n. 271)*, Milano, 2005, 321; L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 67; D. MAFFEIS, *Il contratto nella società multi-etnica: è un atto illecito la determinazione di un prezzo doppio per i clienti extracomunitari*, in *GI*, 2006, 954; L. CASTELVETRI, *Le garanzie contro le discriminazioni sul lavoro per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi*, in *DRI*, 1999, 321 ss.

¹⁰¹ C. cost., 15 novembre 1967, n. 120.

¹⁰² Così, è stato riconosciuto che il diritto ai trattamenti sanitari necessari per la tutela della salute è “costituzionalmente condizionato” dalle esigenze di bilanciamento con altri interessi costituzionalmente protetti, salva, comunque, la garanzia di “un nucleo irriducibile del diritto alla salute” protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana, il quale impone di impedire situazioni prive di tutela. Tale nucleo

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

generale, la Corte ha dichiarato che quando non è in discussione il diritto a soggiornare, non si possono discriminare gli stranieri stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini¹⁰³, e che la limitazione di provvidenze destinate a far fronte al “sostentamento”, ossia alla sopravvivenza della persona, fondata su requisiti diversi dalle condizioni soggettive, discrimina gli stranieri extracomunitari¹⁰⁴. La giurisprudenza costituzionale ha anche riconosciuto la legittimità degli interventi delle Regioni che assicurano agli stranieri privi di regolare permesso di soggiorno l'accesso a diritti quali lo studio e la formazione professionale, l'assistenza sociale, il lavoro, l'abitazione, la salute, senza che ciò costituisca, di per sé, interferenza con le competenze statali in materia di immigrazione¹⁰⁵.

Per quanto concerne l'oggetto della condotta vietata, il comma 1 dell'art. 43 t.u. enuclea quattro tipologie di condotte vietate: la distinzione, l'esclusione, la restrizione e la preferenza. Mentre la nozione di distinzione non pare diversa da quella relativa alla disparità di trattamento imperniata su un giudizio di tipo relazionale tra due o più situazioni tra di loro comparabili o sovrapponibili, la condotta che si sostanzia nell'esclusione oppure nella restrizione può «prescind[ere] da una disparità di trattamento»¹⁰⁶. Secondo l'impostazione del legislatore del Testo unico, costituiscono condotte discriminatorie, quindi, anche quelle che si risolvono nell'escludere o nell'operare una restrizione in ragione di uno dei fattori di differenziazione evocati dalla norma. Centrale per ricostruire i presupposti della condotta discriminatoria, rilevante *ex art. 43, d.lgs. n. 286 del 1998*, è anche il riferimento del legislatore all'esigenza che quest'ultima posseda «lo scopo o l'effetto» di ledere il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali.

Sull'impiego della formula utilizzata, che riguarda la necessità della sussistenza - e, dunque, della prova in giudizio - di un intento lesivo, ossia dell'elemento psicologico del soggetto agente, e un risultato pregiudizievole effettivo ed accertabile nel singolo caso, si sono sviluppati in dottrina orientamenti contrastanti¹⁰⁷. A riguardo, è possibile individuare almeno tre orientamenti dottrinali. Una linea interpretativa è quella che fa leva sull'intento

irriducibile deve essere riconosciuto anche agli stranieri, qualunque sia la loro posizione rispetto alle norme che regolano l'ingresso ed il soggiorno nello Stato, pur potendo il legislatore prevedere diverse modalità di esercizio dello stesso, poiché “lo straniero presente, anche irregolarmente, nello Stato ha diritto di fruire di tutte le prestazioni che risultino indifferibili ed urgenti [...] trattandosi di un diritto fondamentale della persona”: C. cost., 5 luglio 2010, n. 252.

¹⁰³ C. cost., 29 luglio 2008, n. 306.

¹⁰⁴ C. cost., 26 maggio 2010, n. 187.

¹⁰⁵ C. cost., 21 febbraio 2011, n. 61; C. cost. 18 ottobre 2010, n. 299.

¹⁰⁶ D. MAFFEIS, *Offerta al pubblico e divieto di discriminazione*, Milano, 2007, 62.

¹⁰⁷ Offre una ricostruzione in merito al dibattito dottrinale sviluppatosi intorno all'interpretazione della locuzione «lo scopo o l'effetto», L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 79 ss.

che muove il soggetto agente a tenere una determinata condotta, sicché la condotta discriminatoria è ancorata all'elemento soggettivo anche in assenza di realizzazione della condotta vietata¹⁰⁸. La valorizzazione dell'altro requisito è stata, invece, al centro dell'orientamento sviluppatosi nella dottrina giuslavorista, favorevole ad un'interpretazione eminentemente oggettiva della nozione di discriminazione a nulla rilevando l'elemento soggettivo che muove il soggetto agente, così disconoscendo autonomia di significato alla nozione di «scopo»¹⁰⁹. A queste due impostazioni, si aggiunge una terza ipotesi di lettura, che costruisce la nozione di discriminazione includendovi «non solo le condotte poste in essere con la specifica intenzione di nuocere, ma anche quelle che, prive di uno scopo lesivo, comportino comunque un effetto pregiudizievole, senza che quindi appaia necessaria la presenza dell'elemento del dolo ovvero della volontà di discriminare»¹¹⁰.

Un altro punto problematico ha riguardato la maggiore protezione riservata al migrante da parte del Testo unico sull'immigrazione rispetto al successivo d.lgs. n. 215 del 2003, che esclude la discriminazione in base alla nazionalità. Tuttavia, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno risolto la questione nel senso della tesi della c.d. somma delle tutele apprestate dalle due normative¹¹¹. In ogni caso, ai sensi dell'art. 2126 c.c. secondo cui «se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione», anche i lavoratori privi di permesso di soggiorno

¹⁰⁸ Cfr. L. SITZIA, *op. ult. cit.*, 80. Analogamente M. CENTINI, *La tutela contro gli atti di discriminazione: la dignità umana tra il principio di parità di trattamento ed il divieto di discriminazioni soggettive*, in *Gcost*, 2007, 2405 ss., che rileva, in nota, come «[l]illecito, dunque, può ben essere colposo. Il requisito dello scopo di ledere, in effetti, è richiesto in via alternativa al verificarsi dell'effetto lesivo. È possibile, quindi, che un fatto oggettivamente discriminatorio sia compiuto con lo scopo di ledere ed abbia, in effetti, tale effetto. Tuttavia, può ben accadere - senza che ne venga meno l'illiceità - che il fatto sia stato compiuto con lo scopo di ledere, senza però che tale effetto sia stato sortito e, viceversa, che l'atto abbia avuto l'esito discriminatorio, ma non sia stato assistito dalla volontà di ledere. Il che equivale a dire che l'illecito è punito anche se compiuto per colpa, in piena conformità alla struttura codicistica dell'illecito aquiliano, ma anche se la discriminazione risultasse involontaria o incolpevole, evocando così ipotesi di responsabilità oggettiva o presunta, del resto non aliene dal nostro sistema codicistico».

¹⁰⁹ Così, tra gli altri, G. DE SIMONE, *Eguaglianza e nuove differenze nei lavori flessibili, fra diritto comunitario e diritto interno*, in *LD*, 2004, 527 ss.

¹¹⁰ P. BONETTI, *La tutela contro le discriminazioni razziali, etniche e religiose. Lineamenti generali e profili costituzionali*, in B. NASCIBENE (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Padova, 2004, 1082. Anche il Tribunale di Bologna, ord. 22 febbraio 2001, *Togo e altro c. la Tribuna* ha affermato che «non vale ad escludere la responsabilità, l'eventuale prova dell'assenza di dolo [...]. Può anche, infatti, darsi credito ai [convenuti] allorché affermano che la mancata schermatura [...] fu dovuta ad un errore di valutazione del grafico [...], ma, ugualmente andrebbe ravvisata la condotta discriminatoria che l'art. 43 del T.U. sull'immigrazione individua non solo in quella che ha lo scopo ma anche in quella che produce l'effetto di distruggere o di compromettere il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, in condizioni di parità, dei diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale e culturale e in ogni altro settore della vita pubblica».

¹¹¹ Così, tra gli altri, T. Milano, 29 settembre 2010, in *RCDL*, 2010, 875 ss.; T. Brescia, 26 gennaio 2009, *RCDL*, 2009, 277 ss. In entrambi i casi, si trattava di ordinanze con cui erano stati dichiarati discriminatori i provvedimenti delle amministrazioni comunali che avevano escluso dall'erogazione di *bonus bebè* le coppie in cui entrambi i componenti fossero sprovvisti della cittadinanza italiana.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

hanno diritto agli obblighi retributivi e previdenziali, salvo il caso in cui vi sia la illiceità dell'oggetto o della causa della prestazione lavorativa ¹¹².

L'evoluzione del diritto antidiscriminatorio nazionale in materia di discriminazione del lavoratore migrante extracomunitario si caratterizza quindi, come per gli altri fattori discriminatori, per il forte intreccio tra il diritto nazionale e il diritto dell'Unione Europea. Tuttavia, la tutela predisposta dal legislatore italiano risulta essere più ampia laddove si stabilisce un preciso divieto di discriminazione e un obbligo di parità di trattamento.

Si tratta, di norme poste a protezione dei lavoratori extracomunitari immigrati, ma che, a ben vedere, tutelano anche i lavoratori italiani e comunitari dalla concorrenza sleale posta in atto dallo sfruttamento della manodopera a basso costo.

¹¹²Cfr. Cass., 26 marzo 2010, n. 7380 e Cass., 5 novembre 2010 n. 22559, in *MGL*, 2011, 363. È consentito anche l'accesso al lavoro pubblico, con esclusione dell'esercizio di pubblici poteri o di tutela di interessi nazionali (C. cost., 15 aprile 2011, n. 139, in *MGL*, 12, 972; Cass., 2 settembre 2014, n. 18523).

**REFORMA TRABALHISTA, JUSTIÇA DO TRABALHO E O TRABALHADOR
IMIGRANTE**

Ana Letícia Domingues Jacinto¹¹³
Arthur Bastos Rodrigues¹¹⁴

1. INTRODUÇÃO

Considerando-se a realidade do trabalho no Brasil, marcado pela miserabilidade e superexploração, baixos salários e alto índice de desemprego, subocupação e informalidade, pretende-se neste artigo analisar dissídios individuais julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (TRT3) envolvendo trabalhadores imigrantes após a entrada em vigor da lei 13.467/17, a chamada “reforma trabalhista”.

Nos referidos julgados encontrados, figuram como autores das ações trabalhistas analisadas, trabalhadores de origem haitiana, cuja colocação no mercado de trabalho formal deu-se no setor frigorífico. Setor este frequentemente caracterizado por condições agravadoras da exploração do trabalho, vez que os trabalhadores estão sujeitos, entre outros fatores, ao contato com agentes de doenças contagiosas, desconforto térmico, instrumentos de trabalho cortantes, movimentos repetitivos e excesso de controle nos tempos de trabalho. Tais condições, foram ainda agravadas pelo período pandêmico decorrente da disseminação da Covid-19, o que exigiria maior regulamentação e fiscalização dos cuidados com saúde e segurança do trabalho, o que, no entanto, contraria a lógica flexibilizante e desregulamentadora do mercado neoliberal e da lógica imposta pela reforma trabalhista.

A partir das investigações acerca do mercado de trabalho brasileiro e dos acórdãos analisados, busca-se se aproximar da realidade dos trabalhadores imigrantes, considerando, de um lado, o mercado de trabalho brasileiro cuja tendência, desde a década de 1970 passa a ser a lógica flexibilizada e desregulamentada de proteções sociais (ANTUNES, 2006), cujo aprofundamento mais recente se deu com a reforma trabalhista; e, de outro lado, as dificuldades específicas impostas aos trabalhadores estrangeiros, permeadas pelas diferenças culturas e/ou linguísticas, além do racismo e da xenofobia.

¹¹³ Doutoranda pelo PPGD/UFGM sob orientação da professora Maria Rosaria Barbato no Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do grupo de pesquisa Trabalho em Movimento (TREM). E-mail: ana.leticia.domingues@gmail.com

¹¹⁴ Doutorando pelo PPGSD/UFGM. Professor adjunto do Centro Universitário Faminas/MG. E-mail: arthur_br1@hotmail.com.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Pode-se perceber com a pesquisa que, mesmo em casos em que o trabalhador imigrante é inserido no mercado formal de trabalho, encontra-se ainda em situação de grande instabilidade e vulnerabilidade, o que certamente também se relaciona com o alto número de trabalhadores informais no Brasil e com o desemprego estrutural.

Ademais, ainda que em certa medida tenham sido observadas tentativas do poder judiciário de enfrentar e frear a aplicação da reforma trabalhista - especialmente no que diz respeito aos dispositivos manifestadamente inconstitucionais - nota-se a hipossuficiência do trabalhador imigrante, ante a não observância de direitos relativos ao ambiente insalubre, às ocorrências de dispensa arbitrária e a não quitação das obrigações trabalhista.

2. REFORMA TRABALHISTA E MERCADO DE TRABALHO BRASILEIRO

A reforma trabalhista (Lei 13.467/17), aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente Michel Temer em novembro de 2017, sendo considerada uma das mais amplas reformas do mundo, seja em termos quantitativos, uma vez que, de uma só vez, alterou mais de cem pontos na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), seja em termos qualitativos, ante o aprofundado processo de flexibilização e desregulamentação das proteções sociais¹¹⁵. Salienta-se que, até então, no Brasil, desde a promulgação em 1943 da CLT até 2016, haviam sido promovidas duzentos e trinta e três alterações, com 75% pela via legislativa. Durante a ditadura militar (1964-1985), a maior parte das alterações foram via poder Executivo (TEIXEIRA, 2017).

Esta profunda alteração na legislação trabalhista ocorreu sem a participação efetiva de juristas e sindicatos, tendo ainda contado com uma tramitação relativamente rápida de menos de um ano (FONSECA, 2019, p. 5). Diante disso, diversas Ações Direta de Inconstitucionalidade (ADIns) e Ações Direta de Constitucionalidade (ADCs) foram propostas perante o Supremo Tribunal Federal (STF) e que vêm sendo julgadas pelo tribunal.

A promessa do governo com a “modernização” das relações trabalhistas era a criação de dois milhões de empregos formais nos dois primeiros anos após aprovação da lei 13.467/17 e diminuição das ocupações atípicas e informais. De acordo com o CAGED (Cadastro Geral de Empregados e Desempregados), até novembro de 2019 foram criadas

¹¹⁵ Cita-se a figura do trabalhador hipersuficiente (art. 444, parágrafo único c/c art. 507-A, CLT), do trabalho intermitente (art. 452-A e ss c/c art. 443, CLT) e do teletrabalho (art. 62 c/c art. 75-a e ss, CLT). A Lei 13.467/2017 tratou também sobre a extinção das horas in itinere; parcelamento das férias em três períodos (art. 134, § 1º, CLT); prevalência do negociado sob o legislado a depender da matéria (art. 611-A, CLT); dispensa de assistência sindical para assinatura do termo de rescisão de contrato (art. 477-A, CLT); contribuição sindical não obrigatória (art. 545, CLT), entre outras alterações.

quase um milhão de vagas formais¹¹⁶, sendo mantida, pelo saldo de admissões e demissões, entretanto, a alta taxa de desemprego em torno de doze milhões de pessoas, tendo atingido quatorze milhões¹¹⁷ de pessoas no primeiro semestre de 2021, a partir do agravamento da pandemia de Covid-19 e a necessidade de medidas de distanciamento social.

Os dados quanto ao alto índice de desemprego no Brasil devem ser analisados, porém, em termos mais gerais, somando-se o desemprego com a subocupação, marcada por empregos bastante precários, com baixos salários, contratação por tempo parcial e baixa carga horária de trabalho. A criação de empregos logo nos dois anos após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista se expressou em postos de empregos precários e instáveis.

Do total de vagas criadas em 2019, quase um milhão, entre 15% e 20%, ou seja, em torno de cento e cinquenta mil trabalhadores, são referentes à nova modalidade de contrato intermitente, com utilização em maior escala nas redes varejistas e no ramo da construção civil. (KREIN & OLIVEIRA, 2019, p. 83 - 89). No entanto, de acordo com os dados do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), percebe-se que a maior parte dos trabalhadores intermitentes possuem baixa qualificação e remuneração, muitas vezes, abaixo do salário-mínimo (KREIN & OLIVEIRA, 2019) o que acaba realçando a precarização da nova modalidade de contrato incluída pela reforma trabalhista.

Além disso, de acordo com Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio (PNAD) “entre outubro 2017 e maio 2019 surgiram 951 mil novos subocupados, trabalhando menos do que 40 horas semanais. Eles seriam o público típico da formalização por meio das novas modalidades de contrato” (FILGUEIRAS, 2019, p. 38), de forma que, o discurso “modernizante” de flexibilizar as proteções para “incluir” os informais “excluídos” das leis trabalhistas não tem sido confirmado na realidade concreta como já apontavam os críticos da reforma” (TEIXEIRA, 2017, p. 46). A aceitação do “menos pior” tem gerado a ampliação da precarização.¹¹⁸

¹¹⁶ Disponível em: < <https://economia.uol.com.br/reportagens-especiais/reforma-trabalhista-completa-dois-anos-/#promessa-de-2-milhoes-de-vagas>>. Acesso em jun. 2022.

¹¹⁷ Disponível em: < <https://exame.com/economia/desemprego-no-brasil-fica-146-e-atinge-14-milhoes-de-pessoas-diz-ibge/>> . Acesso em jun. 2022

¹¹⁸ “(...) as taxas de desemprego têm sofrido poucas alterações (tanto o desemprego aberto, quanto a subutilização da força de trabalho), e os níveis de informalidade têm crescido. (...) Inclusive há indícios de que a reforma tem colaborado para elevar a informalidade. (...) características estruturais e conjunturais da economia brasileira e do cenário internacional indicam que a redução de direitos e da renda do trabalho, ao menos no Brasil, não contribuíram, não estão contribuindo e tendem a não contribuir para a ampliação do emprego. (...) Essa narrativa que relaciona direitos e desemprego tem um papel central para cristalizar a estrutura de poder em nossa sociedade. Aos trabalhadores é apresentado o dilema entre ter um emprego ou lutar por direitos”. (FILGUEIRAS, 2019, p.16)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Em que pese a formalização de trabalhadores em subocupações, mesmo após a entrada em vigor da reforma trabalhista, o que se deu em 11 de novembro de 2017, ao contrário das previsões do discurso “modernizante” a informalidade do mercado de trabalho brasileiro aumentou. No terceiro trimestre de 2019, por exemplo, a informalidade chegou a 41,4% – havendo aumento de 0,9 ponto percentual em relação a 2017. Relacionando os dados pode-se perceber que “[o] forte incremento dos empregados sem CTPS chama a atenção em funções que se enquadrariam em contratos intermitentes e parciais” (FILGUEIRAS, 2019, p. 41), de forma que a reforma não tem atingido os objetivos que foram expostos pelo legislativo e executivo, mas tem realizado um relevante rebaixamento salarial em nível estrutural na sociedade brasileira.

As experiências internacionais e pesquisas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em cerca de 100 países, realizadas a partir de 2008, demonstram que não é por meio da flexibilização e da desregulamentação de direitos que os empregos e a economia voltarão a crescer. A conclusão das pesquisas internacionais foi a de que os países onde a desregulamentação cresceu, o nível de desemprego aumentou no mesmo período – que têm se visto no mercado de trabalho brasileiro - e, por outro lado, onde a regulamentação se intensificou, o desemprego caiu no longo prazo (OIT, 2015, p. 120 *apud* TEIXEIRA, 2017, p. 49).

Além da grande investida contra os direitos trabalhistas, cria-se “figuras” de trabalhadores mais precários, como o contrato intermitente e o teletrabalho, sendo também realizadas alterações que dizem respeito ao próprio funcionamento da Justiça do Trabalho.

Criada em 1941, durante a vigência do Estado Novo, a Justiça do Trabalho tem papel de destaque na Constituição de 1988, tendo em vista a constitucionalização dos direitos sociais (art. 7º), sua organização (art. 111 e seguintes) e os princípios constitucionais da ordem social (art. 193 e seguintes). No entanto, passou por diversas modificações ao longo dos anos, como no período da ditadura militar (SILVA, 2016), como a extinção dos juízes classistas pela Emenda Constitucional (EC) n. 24 de 1999 e a ampliação das suas competências e dos seus órgãos com a EC n. 45 de 2004 que, por outro lado, limitou de forma determinante o poder normativo da Justiça do Trabalho.

A reforma trabalhista, por sua vez, investiu especialmente na limitação do acesso à justiça gratuita, por intermédio da condenação em honorários advocatícios sucumbenciais (art. 791-A, CLT), honorários periciais de sucumbência (art. 790-B, CLT) e multa em caso de abandono injustificado (art. 844, § 3º, CLT) mesmo para os litigantes beneficiários de justiça

gratuita. Em 2021, com bastante demora, o pleno do STF julgou inconstitucional as duas primeiras alterações em sede da ADI 5766, restabelecendo direitos relacionados ao acesso à justiça.

Em termos coletivos, a lei 13.467/17 tratou de enfraquecer e diminuir o papel dos sindicatos, especialmente no que diz respeito à dispensa de assistência sindical para assinatura do termo de rescisão de contrato (art. 477-A, CLT) e à extinção da contribuição sindical obrigatória (art. 545, CLT), muito embora não tenha possibilidade a irrestrita liberdade sindical, com a manutenção da unicidade dos sindicatos.

É neste contexto de mercado de trabalho extremamente precarizado e com altos índices de desemprego que também estão inseridos os imigrantes o Brasil. Segundo dados do Ministério da Justiça e Segurança Pública¹¹⁹, publicados no final de 2021, atualmente um milhão e trezentos mil imigrantes residem no Brasil, destacam-se a imigração venezuelana e haitiana.

No caso da imigração haitiano, esta se intensificou no território brasileiro a partir de 2010 em decorrência da situação de crise política e econômica agravada pelo terremoto naquele país. Soma-se a isto, o fechamento das fronteiras de países considerados tradicionais de imigração, como Estados Unidos e de países europeus, criando-se assim, novas rotas de migrações internacionais, que incluem o Brasil como um país de destino da imigração (BORTOLOTO, 2018).

Neste contexto, salienta-se que, quando se fala em precarização do trabalho, grupos historicamente estigmatizados, como é o caso das mulheres negras e imigrantes, ocupam a “ponta de lança” nos processos de empobrecimento e precarização. Ainda que, em certos casos, sejam inseridos no mercado formal de trabalho, as ocupações dos trabalhadores imigrantes encontram-se precárias no que diz respeito às condições de trabalho.

Sobre este aspecto, comumente é no setor frigorífico que os imigrantes conseguem uma colocação no mercado de trabalho, especialmente no sul do país (GRANADA et. al., 2021; TEDESCO, 2016; BORTOLOTO, 2018). Não por acaso, trata-se de um setor de aprofundado desrespeito aos direitos trabalhistas e de adoecimento no trabalho, ante o frequente contato com agentes insalubres e baixas temperaturas; a repetição de movimentos e tarefas exaustivas; o controle excessivo de tempo; a sobrejornada; os baixos salários, entre outros fatores.

¹¹⁹ Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-12/numero-de-novos-imigrantes-cresce-244-no-brasil-em-dez-anos>> Acesso em jun. 2022

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. O TRABALHADOR IMIGRANTE NA JUSTIÇA DO TRABALHO

Em vista do contexto apresentado, em especial após a aprovação da reforma trabalhista, procurou-se investigar dissídios individuais envolvendo o trabalhador imigrante e foram julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Dessa forma, em junho de 2022, foi realizada pesquisa no sítio eletrônico do TRT3 através da utilização da expressão “imigrante” em acórdãos proferidos após a vigência da lei 13.467/17, ocorrida em 11 de novembro de 2017, tendo sido encontrados 9 resultados. Analisando o conteúdo dos julgados, notou-se que, em alguns dos resultados não se tratava-se de reclamante imigrante ou ainda, que o contrato de trabalho se encerrou anteriormente à vigência da reforma trabalhista, de forma que, após a referida análise dos julgados encontrados e, considerando os objetivos da presente pesquisa, restaram dois julgados cujos autores são imigrantes haitianos e cujos contratos de trabalho, inseridos no setor frigorífico, já se encontravam abarcado pelas alterações trazidas pela reforma trabalhista.

Sobre este aspecto, importante frisar que, deduz-se que outros acórdãos podem ter sido julgados pelo TRT3 neste período envolvendo trabalhadores imigrantes, nos quais, porém, não houve o descortinamento da nacionalidade do reclamante (se brasileiro ou estrangeiro). De qualquer modo, é motivo de nota o fato de que, entre o período de 2017 a 2022, foram encontrados apenas dois julgados que revelam tratar-se de reclamante imigrante julgados pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Assim, a análise será realizada a partir do acórdão do processo de n. 0010069-50.2020.5.03.0174, julgado em 07 de abril de 2021, além do acórdão do processo de n. 0010210-69.2020.5.03.0174, julgado em 16 de junho de 2021, todos do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

Ademais, conforme já explicitado anteriormente, a judicialização dos conflitos trabalhistas a partir de 2017 tornou-se cada vez mais dificultada, com restrição ao acesso à justiça pelos beneficiários de justiça gratuita e pela ampliação de acordos individuais extrajudiciais, com as representações sindicais já enfraquecidas.

Destaca-se que, segundo os dados do CNJ/TST¹²⁰, desde a reforma em 2017 vem ocorrendo uma queda drástica nos números de ações trabalhistas. Transcorrido um ano após a reforma, no final de 2018, houve uma redução de cerca de 30% (trinta por cento) de novas ações e, no final do ano de 2020, tendo em vista possíveis efeitos da pandemia do novo

¹²⁰ Disponível em <<https://www.tst.jus.br/documents/18640430/27418815/RGJT+2020.pdf/a2c27563-1357-a3e7-6bce-e5d8b949aa5f?t=1624912269807>> Acesso em jul. 2022

coronavírus com a suspensão das atividades jurisdicionais, houve uma diminuição de mais 15,1% (quinze virgula um por cento).¹²¹

Conforme já mencionado, em relação à Justiça do Trabalho, a reforma trabalhista de 2017 investiu especialmente na limitação do acesso à justiça gratuita, por intermédio da condenação em honorários advocatícios (art. 791-A, CLT), honorários periciais de sucumbência (art. 790-B, CLT) e multa em caso de abandono injustificado (art. 844, § 3º, CLT) mesmo para os litigantes beneficiários de justiça gratuita, tendo efetividade social até novembro de 2021, com tendência de efeitos duradouros.

Ainda sobre a temática do acesso à justiça e já adentrando à análise dos acórdãos encontrados, diga-se que a limitação do benefício da justiça gratuita foi questão enfrentada pelo Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região no acórdão do processo de n. 0010069-50.2020.5.03.0174. Isso porque, na sentença, foi negada justiça gratuita ao trabalhador, uma vez que, muito embora tenha apresentado declaração própria, não houve comprovação documental acerca da necessidade do benefício, o que afrontaria a alteração do art. 790, § 4º da CLT¹²² inserida pela reforma trabalhista, que afastou a possibilidade de mera declaração de insuficiência de recursos. A prática mais protetiva e utilizada pelos tribunais é a presunção de hipossuficiência da pessoa física, especialmente no caso de trabalhador que tem média salarial nacional menor que dois salários mínimo e que comumente, por motivos concretos, procura a Justiça do Trabalho em situação de desemprego.

Nesse sentido, ao analisar tal questão, o TRT3 acabou por reformar a decisão anterior, fornecendo fundamentos interessantes sobre esta questão. De acordo com os fundamentos entabulados no acórdão, as alterações trazidas pela reforma trabalhista devem ser harmonizadas em relação à Constituição Federal (CF), considerando que a “inovação legislativa”, ou seja, a reforma trabalhista, deve ter como objetivo “aprimorar o direito constitucionalmente garantido do acesso à justiça, e não dificultá-lo, sob pena de flagrante inconstitucionalidade”. Destaca ainda, outros dispositivos que, para além da CF/88, tratam sobre o tema, como é o caso do art. 1º da lei 7.115/83¹²³ e art. 99, § 3º do Código de Processo

¹²¹ Idem

¹²² Art. 790, § 4º O benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo.

¹²³ Art. . 1º. A declaração destinada a fazer prova de vida, residência, pobreza, dependência econômica, homonímia ou bons antecedentes, quando firmada pelo próprio interessado ou por procurador bastante, e sob as penas da Lei, presume-se verdadeira.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Civil (CPC)¹²⁴, uma vez estes que estabelecem a presunção de veracidade da declaração de pobreza assinada pelo beneficiário.

Ainda sobre alterações processuais advindas da reforma, no que diz respeito à possibilidade de pagamento de honorários advocatícios, constata-se que em ambos os processos, os reclamantes acabaram sendo condenados ao pagamento de honorários advocatícios à parte contrária, uma vez que foram sucumbentes parciais em alguns dos pedidos realizados na exordial. No processo de n. 0010210-69.2020.5.03.0174, o trabalhador foi condenado ao pagamento de honorários no percentual de 5% calculados em relação aos pedidos julgados improcedentes, o que foi mantido pelo tribunal.

Já o processo n. 0010069-50.2020.5.03.0174, na primeira instância o trabalhador havia sido condenado ao pagamento de honorários advocatícios no percentual de 15%. No entanto, também sobre este tema os fundamentos elencados no acórdão apresentam importantes ponderações acerca da alteração realizada pela lei 13.467/17 no que diz respeito aos honorários sucumbenciais na justiça trabalhista.

No julgamento do caso, entenderam os desembargadores que a exigibilidade do pagamento de honorários advocatícios à parte que possui hipossuficiência financeira, se opõe à própria existência do benefício da justiça gratuita, sendo necessária a suspensão da exigibilidade de seu pagamento, ante a concessão dos benefícios da justiça gratuita. Isso porque, com a reforma, o art. 791-A, § 4º da CLT passou a dispor que, ainda que beneficiário da justiça gratuita, tendo o trabalhador créditos a receber no processo (ou mesmo em outro processo trabalhista) torna-se automaticamente exigível a quitação dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Para o TRT3, referida alteração legislativa desconsideraria o caráter alimentar dos créditos trabalhistas, uma vez que obriga a utilização de verba alimentar para “a quitação da despesa processual, priva(ndo) o trabalhador do mínimo necessário para a sua sobrevivência.”

Mais recentemente, e após proferida a referida decisão ora analisada, o Supremo Tribunal Federal realizou o julgamento da ADI 5766, declarando a inconstitucionalidade parcial do referido § 4º, art. 791-A da CLT:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 13.467/2017. REFORMA TRABALHISTA. REGRAS SOBRE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DE ÔNUS SUCUMBENCIAIS EM HIPÓTESES ESPECÍFICAS. ALEGAÇÕES DE VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ISONOMIA, INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO, ACESSO À JUSTIÇA, SOLIDARIEDADE SOCIAL E DIREITO

¹²⁴ Art. 99 § 3º Presume-se verdadeira a alegação de insuficiência deduzida exclusivamente por pessoa natural.

SOCIAL À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA. MARGEM DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CRITÉRIOS DE RACIONALIZAÇÃO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AÇÃO DIRETA JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE. 1. É inconstitucional a legislação que presume a perda da condição de hipossuficiência econômica para efeito de aplicação do benefício de gratuidade de justiça, apenas em razão da apuração de créditos em favor do trabalhador em outra relação processual, dispensado o empregador do ônus processual de comprovar eventual modificação na capacidade econômica do beneficiário. 2. A ausência injustificada à audiência de julgamento frustra o exercício da jurisdição e acarreta prejuízos materiais para o órgão judiciário e para a parte reclamada, o que não se coaduna com deveres mínimos de boa-fé, cooperação e lealdade processual, mostrando-se proporcional a restrição do benefício de gratuidade de justiça nessa hipótese. 3. Ação Direta julgada parcialmente procedente.

Dessa forma, vê-se que, antes mesmo do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, o TRT3 já tratava de afastar a exigibilidade imediata dos honorários advocatícios da parte beneficiária da justiça gratuita, mesmo que em oposição ao novo dispositivo celetista.

Outras temáticas que, assim como a questão dos pagamentos dos honorários advocatícios, estão presentes em ambos os processos dizem respeito à: inversão da justa causa e danos morais decorrentes da dispensa imotivada; questões relativas à insalubridade; além da nulidade do banco de horas.

Em relação à nulidade do banco de horas, em ambos os casos é informado que, muito embora o sistema de compensação da jornada de trabalho tenha sido autorizado pelas normas coletivas que se aplicam aos trabalhadores da empresa empregadora, a adoção do sistema de banco de horas não é aplicável nos casos ora analisados, tendo em vista as condições de insalubridade das funções exercidas.

Isso porque, o art. 60 da Consolidação das Leis do Trabalho¹²⁵, cuja redação não foi alterada pela reforma trabalhista, determina que a prorrogação da jornada para trabalhadores de espaços insalubres, depende de licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene e segurança do trabalho, autorização esta que, em ambos os casos, não foi comprovada pela parte empregadora. Desse modo, muito embora autorizado pelas normas coletivas, foi determinada a nulidade do banco de horas nos casos em análise, sendo determinado o pagamento das horas extraordinárias.

¹²⁵ Art. 60 - Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Ainda sobre o tema, no acórdão de n. 0010069-50.2020.5.03.0174, os julgadores do TRT3 trataram de esclarecer que o afastamento da autorização contida nas negociações coletivas, não afrontam a Constituição Federal, especialmente no que diz respeito aos incisos XIII, XIV, XXVI do art. 7 da CF/88 que tratam especialmente sobre a negociação coletiva. Isso porque, a permissão do sistema de banco de horas somente caso autorizado por autoridade competente, não se trata de tentativa de enfraquecimento da negociação sindical, mas sim, trata-se de matéria de ordem pública, atinente à saúde e segurança do trabalhador.

Em relação à insalubridade, há diferença nos pedidos realizados quanto à esta questão. Em relação ao processo 0010210-69.2020.5.03.0174, restou demonstrado que, porquanto perdurou o contrato de trabalho, o autor recebia o adicional de insalubridade em grau médio, uma vez que laborava no setor de abate. Ao adentrar com a ação, no entanto, o ex-empregado solicitou o pagamento do adicional em grau máximo, ante a realização de suas funções em contato com “animais portadores de doenças infectocontagiosas (carbunculoze, brucelose, tuberculose)”, conforme caracterizado pelo perito judicial responsável. Não obstante o laudo pericial em favor do ex-empregado, o TRT3 entendeu que, restando demonstrada a baixa ocorrência de animais efetivamente contaminados no ambiente laboral do ex-empregador, decidiu por afastar a insalubridade em seu grau máximo.

Por sua vez, no processo de n. 0010069-50.2020.5.03.0174, o trabalhador, que laborava no setor da desossa, sustentou pela não fruição do direito ao intervalo térmico previsto no art. 253 da CLT¹²⁶. Conforme restou demonstrado nos autos, a temperatura do setor no qual o ex-empregado trabalhava constantemente operava em temperaturas abaixo dos 12°C. A empregadora, no entanto, sustentou que, diferentemente da previsão do dispositivo legal, o ex-empregado não cumpria a jornada em câmara frigorífica, não fazendo jus, portanto, à pausa térmica. Tal argumentação acabou sendo afastada pelo tribunal, considerando que, conforme Súmula 438¹²⁷ do Tribunal Superior do Trabalho (TST), tem direito ao intervalo para recuperação térmica todo empregado submetido a ambiente artificialmente frio, ainda que não labore em câmara frigorífica.

¹²⁶ Art. 253 - Para os empregados que trabalham no interior das câmaras frigoríficas e para os que movimentam mercadorias do ambiente quente ou normal para o frio e vice-versa, depois de 1 (uma) hora e 40 (quarenta) minutos de trabalho contínuo, será assegurado um período de 20 (vinte) minutos de repouso, computado esse intervalo como de trabalho efetivo.

¹²⁷ "INTERVALO PARA RECUPERAÇÃO TÉRMICA DO EMPREGADO. AMBIENTE ARTIFICIALMENTE FRIO. HORAS EXTRAS. ART. 253 DA CLT. APLICAÇÃO ANALÓGICA - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. O empregado submetido a trabalho contínuo em ambiente artificialmente frio, nos termos do parágrafo único do art. 253 da CLT, ainda que não labore em câmara frigorífica, tem direito ao intervalo intrajornada previsto no caput do art. 253 da CLT".

Outro ponto presente em ambos os acórdãos analisados é a questão da inversão da demissão por justa causa. No caso dos autos 0010210-69.2020.5.03.0174, o empregado imigrante havia sido demitido, supostamente com justa causa, uma vez que, no final de sua jornada, ainda na portaria e, portanto, dentro das dependências da empresa, foi avistado sem o uso correto da máscara de proteção, obrigatório no ambiente de trabalho ante a pandemia de Covid-19. No entanto, a dispensa do trabalhador por este motivo foi considerada desproporcional, uma vez que não precedeu advertência escrita ou suspensão, tendo sido afastada a justa causa já em primeira instância, o que foi mantido pelo tribunal, considerando-se assim, tratar-se de dispensa imotivada.

Ocorre que, tendo o juízo *a quo* condenado a empresa ao pagamento de danos morais pela dispensa imotivada, no valor de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), o TRT3 decidiu por afastar a condenação. De acordo com o tribunal, o “simples fato” do autor “ter sido dispensado durante a pandemia de Covid-19 e ser estrangeiro refugiado, imigrante do Haiti, não são suficientes para configurar ato ilícito patronal, hábil a causar danos aos direitos da personalidade do reclamante”

Pelo que se vê neste caso, a vulnerabilidade da colocação no mercado de trabalho dos imigrantes pode se aprofundar ainda mais em tempos de crise sanitária, somando-se à precariedade já experimentada em tempos pré-pandemia. Pandemia esta que, segundo Antunes (2020), trata-se de junção de crises sociais e políticas com uma crise estrutural do capital.

Sobre este tema, cita-se pesquisa realizada por Granada et. al. (2021), no qual investigou-se as cidades do interior do estado de Santa Catarina com maiores números de casos de Covid-19. Não por acaso, as quatro cidades que mais se destacaram no que diz respeito ao processo de interiorização da pandemia naquele estado, possuíam como ponto em comum a existência de grandes empresas frigoríficas e alto número de imigrantes, o que escancara a vulnerabilidade e os riscos aos quais ficaram expostos estes trabalhadores. Salienta-se que as empresas frigoríficas foram classificadas como serviços essenciais e, por isso, mantiveram-se como “polos de circulação de pessoas e mercadorias que não pararam durante a orientação do isolamento” (GRANADA et. al., 2021, p. 220).

Retomando à questão da inversão da justa causa, no processo n. 0010069-50.2020.5.03.0174 sustentou a empresa que o trabalhador deixou de comparecer ao local de trabalho para prestar serviços, tendo sido configurado o abandono de emprego. No entanto, o trabalhador acabou por provar que não houve abandono de emprego, pelo contrário, partiu da

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

empresa a informação de que não deveria mais comparecer ao trabalho, o que se deu sem qualquer justificativa e sem o pagamento das verbas rescisórias devidas. Assim, tanto o juízo primeiro, quanto o TRT3, entenderam que o empregador cometeu conduta arbitrária, ao obstaculizar a entrada do autor nas dependências da empresa, impossibilitando a prestação de serviços por parte do empregado, “ficando o trabalhador, parte hipossuficiente, desprovido de sua principal fonte de subsistência, o que viola os princípios da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e da função social da empresa”, determinando-se a condenação por danos morais no valor de R\$ 5.000,00.

Diga-se que, no recurso apresentado ao Tribunal da 3ª Região, a empresa empregadora impugnou o valor da condenação, alegando que a valoração do dano moral não considerou o requisito determinado pelo novo § 1º do art. 223-G da CLT¹²⁸, incluído com a reforma de trabalhista. Referido dispositivo determina a apuração do valor indenizatório, levando-se em consideração o salário do empregado lesado moralmente.

No entanto, no acórdão ora analisado, foi mantido o valor da condenação em R\$ 5.000,00, não tendo sido realizado qualquer apuração do dano extrapatrimonial em relação ao salário do reclamante.

Aliás, o julgamento ora analisado encontra-se em consonância com o próprio pleno Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região que, em 09 de julho de 2020, declarou a inconstitucionalidade dos acréscimos nos §§ 1º a 3º do art. 223-G da CLT, inseridos pela reforma trabalhista conforme se vê:

INCIDENTE DE ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 223-G, E §§ 1º a 3º, DA CLT, ACRESCENTADO CAPUT PELA LEI Nº 13.467/17. TABELAMENTO. ARTS. 1º, INCISO III, E 5º, E INCISOS V E X, DA CONSTITUIÇÃO DA CAPUT REPÚBLICA. DIREITOS FUNDAMENTAIS À REPARAÇÃO INTEGRAL E À ISONOMIA. São inconstitucionais os §§ 1º a 3º do art. 223-G da CLT, com redação dada pela Lei nº 13.467/17, pois instituíram o tabelamento das indenizações por danos morais com valores máximos a partir do salário recebido pela vítima, o que constitui violação do princípio basilar da dignidade da pessoa humana e aos direitos fundamentais à reparação integral dos danos extrapatrimoniais e à isonomia, previstos nos arts. 1º, III, e 5º, e incisos V e X, da Constituição da República

Assim, sobre este ponto, nota-se que a reforma trabalhista buscou estabelecer um sistema de tarifação dos danos extrapatrimoniais, fixando gradação e valores máximos de

¹²⁸ Art. 223-G. § 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação: I - ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido; II - ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido; III - ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido; IV - ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

indenização em danos morais vinculados ao salário do trabalhador. Na prática, o que a reforma faz, é declarar que embora os trabalhadores sejam “iguais”, eles devem ser distinguidos pelos seus salários, para fins de mensuração do dano moral, determinando que “quanto menor o salário, menor será a reparação da dignidade do trabalhador. Ou, em outras palavras, a dignidade e o patrimônio moral do trabalhador são proporcionais ao seu valor no mercado de trabalho” (CASAGRANDE, 2017).

Frisa-se que, ainda sobre a inconstitucionalidade de tais dispositivos acrescidos pela lei 13.467/17, aguardam julgamento perante o Supremo Tribunal Federal as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) n. 6050, 6069 e 6082.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que seja longo e intenso o processo de aprofundamento da precarização neoliberal do trabalho, no qual a desregulamentação passa a se tornar a regra e o direito do trabalho passa a ser pautado pela desproteção (ANTUNES, 2006), ganha destaque as flexibilizações de proteções sociais possibilitadas pela reforma trabalhista, através da lei 13.467/17.

Anos após a entrada em vigor da reforma, a promessa de “modernização” das relações trabalhistas com o objetivo de aumentar os empregos e reduzir a informalidade, não foi concretizada, ao contrário. A partir da reforma trabalhista, ao mercado de trabalho caracterizado pelo desemprego desestrutural e pela informalidade, somou-se as figuras ultraflexíveis de trabalho, como temporários, intermitentes, parciais, autônomos e de pejetização, contratos estes com elevado grau de precariedade, com significativa queda da remuneração média e das proteções sociais.

É neste contexto de mercado de trabalho extremamente precarizado e com altos índices de desemprego que também estão inseridos trabalhadores imigrantes no Brasil, cujas dificuldades para obtenção de emprego e renda são aumentadas ante as diferenças culturais e/ou linguísticas, além do racismo e da xenofobia.

Aliás, digna de nota, o recente caso do trabalhador congolês Moïse Kabagambe, assassinado no Rio de Janeiro/RJ em 24/01/2022. O imigrante foi morto em um quiosque na Barra da Tijuca, local em que prestava serviços de maneira informal, após ter solicitado a quitação de valores atrasados não pagos pelos seus serviços, na quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Já nos casos analisados na presente pesquisa, os trabalhadores de origem haitiana, muito embora inseridos no mercado formal de trabalho, encontram-se ainda em situação de grande instabilidade e vulnerabilidade, levando em conta tanto as características do setor frigorífico, potencialmente lesivo à saúde e segurança dos trabalhadores; quanto o descumprimento das obrigações trabalhistas, tendência esta imposta e aprofundada pela reforma trabalhista.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. Adeus ao trabalho? Ensaio sobre as metamorfoses e a centralidade do mundo do trabalho. São Paulo: Cortez, 2006.

ANTUNES, Ricardo. Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado. São Paulo: Boitempo, 2020.

BORTOLOTO, Claudimara Cassoli. Imigração haitiana no oeste do Paraná e disponibilidade laboral em frigoríficos. Revista EDUCAmazônia – Educação Soecidade e Meio Ambiente. v. 1, n. 2, jul. – dez., 2018.

CASAGRANDE, Cássio. A reforma trabalhista e a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral com base no salário do empregado. Revista jurídica da Escola Superior da Advocacia da OAB-PR. Ano 2, n. 3, 2017.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. As promessas da Reforma Trabalhista: combate ao desemprego e redução da informalidade. In: Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. KREIN, José Dari (org.) Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

FONSECA, Vanessa Patriota da. Prefácio. In: Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. KREIN, José Dari (org.) Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

GRANADA, Daniel; GRISOTTI, Marcia; DETONI, Priscila Pavan; CAZAROTTO, Rosmari; OLIVEIRA, Maria Conceição de. Saúde e migrações: a pandemia de Covid-19 e os trabalhadores imigrantes nos frigoríficos do Sul do Brasil. Horiz. Antropol. Ano 27, n. 59, jan. – abr., 2021.

KREIN, José Dari. OLIVEIRA, Roberto Vêras de. Para além dos discursos: impactos efetivos da Reforma nas formas de contratação. In: Reforma trabalhista no Brasil: promessas e realidade. KREIN, José Dari (org.) Campinas, SP: Curt Nimuendajú, 2019.

SILVA, Fernando Teixeira. Trabalhadores no Tribunal: conflitos e Justiça do Trabalho em São Paulo no contexto do Golpe de 1964. 1. ed. São Paulo: Alameda, 2016

TEDESCO, Joao Carlos. “com a faca no pescoço”: trabalho, mercado e religião. A certificação halal e os imigrantes nos frigoríficos de aves no sul do país. Revista Signos, v. 37, n. 2, dez. 2016

TEIXEIRA, Marilane Oliveira, et al. Contribuição crítica à reforma trabalhista. Campinas, SP : UNICAMP/IE/CESIT, 2017.

**A IMIGRAÇÃO ITALIANA EM DOIS TEMPOS: O NEOLIBERALISMO E O
RECRUDESCIMENTO DA RACIONALIDADE CAPITALISTA**

Thales Ribeiro Corrêa¹²⁹
Victor Sousa Barros Marcial e Fraga¹³⁰
Maria Rosaria Barbato¹³¹

1. INTRODUÇÃO

O presente texto buscará trazer em seu desenvolvimento algumas contribuições acerca do que foram as modificações nos sistemas econômicos no último século, trazendo em específico como essas transformações resultaram nas modificações do fluxo migratório italiano para o Brasil e em suas características em dois lapsos temporais diversos.

Inicialmente, o texto tratará do que foram as migrações italianas entre os séculos XIX e XX, trazendo as suas circunstâncias, o perfil dos migrantes à época e as motivações que ensejam a migração face ao modelo econômico e o estágio de evolução do capitalismo no referencial temporal citado.

Além disso, a mesma análise se dará quanto ao último grande momento de fluxo migratório italiano, qual seja, o interregno temporal após a crise financeira de 2008, também trazendo de modo geral os elementos de caracterização deste fluxo. Pretende-se, ainda, demonstrar a ligação do fluxo percebido com as novas estruturas econômicas do capitalismo e recrudescimento do que se chama de “racionalidade capitalista”.

Para tanto, além das breves considerações sobre ambos os referenciais históricos, lançar-se-á mão dos ensinamentos de Pierre Dardot e Christian Laval, principalmente em sua obra *A nova razão do mundo*.

As acepções trazidas pelos autores darão pistas de como as modificações do liberalismo capitalista significaram, sobremaneira, a necessidade de outros fluxos populacionais, tendo em vista o recrudescimento da lógica exploratória e do lucro típicas da racionalidade capitalista.

¹²⁹ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado trabalhista.

¹³⁰ Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Advogado trabalhista.

¹³¹ Doutora em Direito pela Università di Roma Tor Vergata com período sanduíche na UFMG. Professora Adjunta IV da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da UFMG. E-mail: mr_barbato@hotmail.it.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

De maneira sintética, se buscará tratar brevemente da transição do modelo de liberalismo clássico, teoria dominante na História moderna até sua superação pelo modelo do Estado de Bem-Estar Social, para o neoliberalismo, indicado enquanto estratégia de refundação e busca do fortalecimento e da repaginação das estruturas econômicas liberais falhas, incapazes de enfrentar a prolongada crise de sua racionalidade (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 36).

Ademais, valendo ainda a comparação entre os dois marcos temporais anunciados, buscando delimitar de maneira mais específica as formas como essa transição aconteceu, utilizar-se-á como exemplo os fluxos migratórios italianos para fora do país e em especial para o Brasil.

Cabe ainda mencionar que os resultados estatísticos da imigração italiana no século XXI, ainda que parciais, conseguem demonstrar claramente o aumento desse fluxo. Contudo, as conclusões retiradas dos dados são fruto das inferências do que foram as modificações no cenário social, político e econômico tanto da Itália, quanto do Brasil e cabalmente explicitam uma nova lógica migratória quando comparada ao referencial dos séculos anteriores.

2. BREVE HISTÓRICO DAS IMIGRAÇÕES ITALIANAS PARA O BRASIL

As últimas décadas do século XIX marcaram forte movimento emigratório dos italianos, principalmente para o continente americano. Reconhecendo em segundo plano a persuasão de agentes responsáveis pela travessia, com promessas de prosperidade aos camponeses, Angelo Trento (1989, p. 30) ressalta a necessidade como fator determinante para que estes europeus viessem para o Brasil e para os demais países da região.

Conforme indica o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (20-?), após vinte anos de lutas para a unificação do país, a população, principalmente a rural, encontrou dificuldades para sobreviver no campo ou, ainda, na cidade ao buscarem trabalho neste espaço. A sobrevivência das famílias italianas, portanto, passou a depender da emigração, prática estimulada governamentalmente num primeiro momento.

A emigração transoceânica funcionou internamente como solução para o excesso de população na nação europeia recém-unificada, garantindo ainda a entrada no Reino da Itália de valores enviados pelos emigrantes aos membros de suas famílias que ali permaneceram (HERÉDIA, 2016, p. 12-13 e 23). Também o governo imperial tinha interesse na escolha do Brasil como destino final dos migrantes, com a edição em 1850 de Lei de Terras para compras de terrenos em condições especiais no Sul do país, por exemplo, e com a oferta de

subsídios aos migrantes como viagem gratuita e benefícios sociais (HERÉDIA, 2016, p. 12-14).

Não se ignora, ainda, que realidade distinta esperava aqueles que se dirigiram, por exemplo, ao estado de São Paulo, substituindo os escravos na indústria do café. Trento (1989, p. 48) descreveu estes primeiros contatos entre italianos e a realidade do campo brasileiro como traumáticos, com toque do sino marcando início e fim do trabalho, impossibilidade de receber visitas ou se afastar da fazenda, trabalho vigiado por capangas, descontos arbitrários nos salários e violência física, inclusive com utilização do chicote.

No período entre 1870 e 1920, indicado por Ângela de Castro Gomes (2007, p. 161) como “momento áureo da [...] ‘grande imigração’”, os italianos representaram 42% dos imigrantes que entraram no Brasil, cifra que remonta a 1,4 milhão de pessoas. Dentro deste período, contudo, há clara divisão entre o momento até 1902, em que o Brasil se apresentava enquanto um dos destinos mais atrativos para os emigrantes italianos, e o período posterior.

No início do século XX, o jornalista Adolfo Rossi, após inspeção *in loco*, encaminhou ao Comitê Popular Italiano um relatório em que denunciou as condições de trabalho dos italianos nas fazendas de café paulistas. O relatório resultou na edição do decreto Prinetti, que proibiu a imigração subsidiada para o Brasil, e resultou em redução significativa da vinda de italianos para o país (HERÉDIA, 2016, p. 22).

Salienta Trento (1989, p. 37-38), contudo, que “se compararmos os dados sobre os imigrantes que entraram no país e os números relativos aos preços do café, perceberemos que o afluxo sofre uma brusca redução [...] precisamente em correspondência com as crises de superprodução”. Portanto, ante a insustentável situação do mundo do café, diversos italianos se repatriaram ou se instalaram nos centros urbanos do Brasil (TRENTO, 2017, p. 204).

A partir de 1903, então, há declínio na emigração italiana para o Brasil, deslocada para os Estados Unidos da América e para a Argentina, principalmente (TRENTO, 1989, p. 57). O número médio de italianos que chegaram ao país passou de 43.116 entre 1870 e 1902 para 14.328 entre 1903 e 1920 (BASTOS, 1997, P. 87-88).

O período entreguerras é caracterizado pela influência fascista do regime de Mussolini, com valorização da italianidade (*italianità*), e pela preocupação do governo brasileiro com o branqueamento da população a fim de torná-la mais “civilizada” (GOMES, 2007, p. 161 e 176). Sobre o período do Estado Novo, esclarece Maria Luiza Tucci Carneiro (2003, p. 265 apud COSTA; SOUZA; BARROS, 2019, p. 176) que “o governo brasileiro – sob o slogan ufanista ‘promover o homem trabalhador e defender o desenvolvimento e a paz

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

social do país’ –, encontrou uma fórmula para acobertar uma série de práticas autoritárias e racistas”.

Simultaneamente, buscou-se estimular a brasilidade nos imigrantes com a “substituição de símbolos étnicos”, a “imposição de práticas cívicas” e o “desmonte da estrutura comunitária étnica representada pelas escolas, associações e pelo uso das línguas maternas” (SEYFERTH, 1997, p. 124). A busca era, conforme esclarece Gomes (1999, p. 69), por tornar os imigrantes “um fator de progresso e não de desagregação social e desordem política”.

A partir de 1946, após a 2ª Guerra Mundial, o perfil do imigrante é novamente alterado, de acordo com Trento (2017, p. 204-205), que indica a existência de valores distintos nesta leva mais recente de italianos, um grupo com “horizontes culturais diferentes, [que] reclamava direitos trabalhistas [... e] levava dentro de si uma imagem da Itália que pouco se adaptava à que era interiorizada pela velha imigração”. A segunda metade do século XX não é marcada por significativos fluxos migratórios coletivos para o Brasil, situação que se mantém em relativa estabilidade até a crise econômica de 2008.

3. A HISTÓRIA RECENTE: A MIGRAÇÃO ITALIANA PARA O BRASIL ENTRE 2008 E 2017

Passado o referencial de análise histórico que remontou o que são as migrações italianas para o Brasil de maneira geral, cabe neste ponto a análise quanto à história recente da imigração italiana e os aspectos que mais despontam, quando tratados.

De início, deve-se ter em mente que a crise econômica mundial de 2008 culminou em fortes mudanças econômicas e sociais na sociedade italiana, de modo que muitas e muitos optaram por buscar melhores condições de vida e trabalho em outros países.

Conforme revela uma pesquisa do Centro Studi Impresa Lavoro (REPUBBLICA, 2015), que analisa os dados do Ufficio Statistico della Commissione Europea (Eurostat), de 2008 a 2013 os emigrantes totalizaram 554.727, dos quais 125.735 apenas em 2013, com crescimento de 55% em relação a 2008. Sabe-se que 39% destes italianos (214.251, 47.048 apenas em 2013) são jovens com idade entre 15 e 34 anos. Também nesse caso, destaca-se uma tendência em rápida ascensão: em relação a 2008, os jovens que decidiram transferir-se aumentaram em 40%.

Quanto à migração de italianos para o Brasil, se verificou também este aumento (BARBATO *et al*, 2022, *passim*). Como já mencionado, a história das migrações italianas

para o Brasil teve momentos específicos que remetem ao século passado, bem como ao período de transição para a República no final do século XIX. Ocorre que, após o ano de 2008, viu-se um aumento significativo do fluxo migratório dos italianos para o Brasil, tornando assim possível trazer, em termos de comparação, o que foram as modificações estruturais do sistema capitalista que fomentaram tal incremento na atividade migratória.

Tal afirmação é decorrente do relatório produzido junto à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de Minas Gerais (FAPEMIG) e ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (PPGD-UFGM), intitulado *Crise, trabalho e novos fluxos migratórios: mapeamento de perfis e ações na imigração entre Itália e Brasil, a partir da crise econômica, política e social de 2008*.

Referido relatório buscou entender as motivações que levaram à intensificação do fluxo migratório, bem como as especificidades desse movimento populacional, valendo discorrer sobre a questão com mais cuidado.

Especialistas na área, como a socióloga Patrícia Villen, puderam notar o aumento vertiginoso de imigrantes no Brasil entre 2006 e 2014. Para a autora, “Existe uma centralidade para entender esse movimento: olhar para o mercado de trabalho, que acaba sendo um termômetro desses números. E o Brasil estava se projetando internacionalmente, havia uma demanda de empregos” (VELASCO; MONTALVANI, 2016).

No período referenciado, notou-se uma diminuição do desemprego nunca antes vista no país, de modo que os índices trouxeram as menores taxas da série de análise histórica do IBGE, que firmou o desemprego em 4,3% da população economicamente ativa (CURY; CARDOSO, 2015), tornando o país local atrativo para imigrantes em busca de outros referenciais de vida digna.

Quanto à imigração de italianos, não foi diferente o reflexo com o aumento do fluxo migratório. Estudo realizado por Livia Dutra (2019), constata que entre 2007 e 2017 houve a entrada de 26.985 imigrantes italianos para o Brasil.

Deve-se informar que o número acima corresponde apenas àquelas e àqueles imigrantes devidamente registrados o que, por certo, deixa um contingente populacional não incluído nos dados, porém não inviabiliza as conclusões sobre o aumento da imigração neste referencial temporal.

Sem que haja excessivo apego aos dados, tendo em vista os objetivos deste artigo, o que se nota é que um contingente bastante heterogêneo buscou terras brasileiras tendo em

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

vista as possibilidades de sucesso econômico e qualidade de vida que se pode verificar no interregno analisado.

Ademais, o relatório de análise da imigração italiana, aqui novamente citado, vai apregoar que este contingente exerce funções laborais que se coligam com um referencial da classe média brasileira, que ocupa posto de trabalho que os fazem perceber remunerações acima da média brasileira, o que leva a constatação de que o desígnio de sucesso econômico, ou do mínimo de qualidade de vida foi atingido por essas pessoas (BARBATO *et al*, 2022, p. 89-93).

Encerrando o tópico, conclui-se que o aumento na migração italiana pressupõe o Brasil, pelo menos até 2017, como um destino desejado por determinadas populações que buscavam oportunidades de trabalho que à época se encontravam em certa abundância no país.

4. ENTRE O NEOLIBERALISMO E O RECRUDESCIMENTO DA RACIONALIDADE CAPITALISTA

Ultrapassada a retomada histórica dos fluxos migratórios italianos em dois dos marcos mais relevantes quando se trata da questão, o presente item visa trazer para esses dois momentos históricos quais eram/são os referenciais do sistema econômico vigente em cada uma das épocas e de que forma a transição entre eles significou de maneira inexorável a modificação das estruturas nos fluxos populacionais clássicos.

Conforme já mencionado, faz-se uso aqui do texto de Pierre Dardot e Cristian Laval, que de modo bastante claro dão o esteio para a compreensão dessa transição da racionalidade humana para o liberalismo e as problemáticas decorrentes das crises características desse sistema, bem como as modificações que ocorreram em busca de firmar a posição de manutenção de legitimidade desta lógica.

Nesse sentido, compreender o liberalismo em seu modo clássico e as suas características mais específicas, bem como o seu desdobrar no neoliberalismo, fomentam a pedra de toque sobre a qual se coloca a racionalidade capitalista que se corporifica nas estruturas neoliberais e que acabam por transformar os movimentos do sistema, inclusive ao se tratar de fluxos migratórios, *in casu* quando se pensa no vasto contingente europeu que buscou outros referenciais no sul global.

4.1.A crise do liberalismo clássico

Utiliza-se o termo “liberalismo”, ou, ainda, “liberalismo clássico”, em referência ao período dos séculos XVII e XVIII em que a liberdade individual ganhou destaque no pensamento político, com referência à igualdade e à liberdade formais enquanto direitos naturais. Dentre os direitos individuais, há especial destaque para a propriedade privada, que deveria ser protegida pelo Estado, ente não bem-vindo a interferir no mercado e nos contratos e negócios entre pessoas.

Este modelo se expandiu para o imperialismo, indicando David Harvey (2004, p. 44) o ano de 1870 enquanto provável início de onda de investimento e comércio especulativo fomentado pelos Estados europeus com poder político burguês consolidado. A formação de nações-Estado, descrita pelo autor enquanto essencial para o imperialismo, justifica concomitantemente a onda de formação destas estruturas, em especial na Alemanha e na Itália, mediante o estímulo ao nacionalismo, ao patriotismo e ao racismo (HARVEY, 2004, p. 44-45).

A Itália, portanto, não se integrou imediatamente ao imperialismo, eis que entra na segunda metade do século XIX em longo processo de unificação supramencionado. Inicialmente, portanto, Vladimir Ilich Lenine (2012, p. 204-205) identifica “a redução da emigração dos países imperialistas e o aumento da imigração [...] para estes últimos”, como ocorreu da Itália e de outras nações como a Áustria e a Rússia para a Inglaterra, os Estados Unidos e, posteriormente, para a Alemanha.

A Itália convivia, até os séculos XVI e XVII, com a escravidão de estrangeiros sequestrados, obrigados a trabalhar na agricultura, em obras públicas ou em galeras de embarcações (FEDERICI, 2017, p. 122). Dois séculos depois, seriam os italianos a sair de seu país, deixando o campo para buscar trabalho na América ou, conforme indicado, na Inglaterra, principal nação imperialista à época.

Fato é que o liberalismo, no período analisado de relevância histórica da imigração italiana para o Brasil, já estava em crise, seja pela tensão entre as duas principais correntes de pensamento liberal ou, posteriormente, pela revisão de seus dogmas com o crescimento do movimento reformista social nas nações industrializadas (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 38).

Inclusive, longe de reduzir o liberalismo ao equilíbrio espontâneo dos mercados, Pierre Dardot e Christian Laval (2016, p. 38) indicam, ainda no século XVIII, a complexificação da ação governamental. Este aprofundamento na teoria de governamentalidade pode auxiliar a justificar, por exemplo, a inicial postura favorável do

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

governo italiano à emigração, com posterior restrição deste movimento e realização de massiva propaganda nacionalista para emigrantes. Indicam os autores, por fim, que é

[a] necessidade prática da intervenção governamental para fazer frente às mutações organizacionais do capitalismo, aos conflitos de classe que ameaçam a ‘propriedade privada’ e às novas relações de força internacionais é que põe ‘em crise’ o liberalismo dogmático. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 39)

Os italianos, portanto, deixaram em massa seu país, devastado pela unificação e no início de sua caminhada para se tornar uma nação imperialista, para assumir postos de trabalho majoritariamente precários em outros países. Este é o momento em que a história italiana se mescla, mais significativamente, à história brasileira.

O Brasil integra o quadro em que os capitalistas europeus investem na América, tornando-a o grande centro produtor mundial, com a instalação de grande empresa mercantil e o estímulo à produção ampliada de mercadorias (MAZZEO, 2015, p. 56). O surgimento do sistema colonial estimula, a partir do século XVI, a navegação, o comércio e a produção de mercadorias, estando estes dois últimos intimamente ligados pelo monopólio comercial, que tornava as colônias produtoras de matéria-prima e mercados para bens manufaturados (MAZZEO, 2015, p. 56).

De acordo com Caio Prado Júnior (2021, p. 65-67), nesta lógica colonial e voltada ao comércio internacional, as fazendas e engenhos se guiavam exclusivamente pelos seus interesses comerciais, sem se curvar a normas ou medidas que visassem as necessidades da população. O sistema colonial, no entendimento do autor, se retroalimenta, “tendendo, assim, a se consolidar cada vez mais e a se fazer mais exclusivo” (PRADO JÚNIOR, 2021, p. 67).

Tanto é que, após o fim do monopólio da metrópole, verifica Prado Júnior que

O Brasil continuará, nesse sentido [econômico e social], como era antes. Mas o que se modifica, e profundamente, é a ordem internacional em que o país e a sua economia se enquadram. Essa ordem é agora a do capitalismo industrial, ou capitalismo propriamente, que é acompanhado, ou antes se dispõe em um sistema de nível econômico muito mais elevado, dotado de forças produtivas consideravelmente mais poderosas, e dinamizado por intensa atividade sem paralelo no passado. Essas circunstâncias de que a economia brasileira passa a participar, embora não lhe sejam próprias e alcancem o país unicamente por via de indução, vão conferir-lhe, apesar disso, uma situação bem diversa da anterior. (PRADO JÚNIOR, 2021, p. 77)

É com esta realidade, portanto, que irão se deparar os italianos em sua chegada ao país, dividido entre a experiência de pequenos empresários, de integrantes de núcleos coloniais e de trabalhadores que substituíram o trabalho escravo até então praticado. Esta última possibilidade, de exploração da mão de obra italiana em condições precárias, era eivada de interesses conflitantes; enquanto a burocracia imperial buscava criar uma nação

europizada e branca, os cafeicultores tinham como “questão central [...] a manutenção de uma produção a baixo custo de mão de obra e com altos índices de rentabilidade” (BENEDUZI, 2015, p. 73).

A passagem do liberalismo clássico e do imperialismo para o neoliberalismo não será direta, mas intercalada, na literatura mundial, pelo Estado de Bem-Estar Social. O que interessa aos fins do presente texto é que o neoliberalismo não se resume à mera repetição do liberalismo, mas sim significa “uma racionalidade global que supõe o intervencionismo governamental” (DARDOT; LAVAL, 2015, p. 287). O ser humano, pela lente econômica, é transformado “de um sujeito da troca e da satisfação de necessidades (liberalismo clássico) em um sujeito da competição e do aprimoramento do capital humano (neoliberalismo)” (BROWN, 2019, p. 31), fato crucial para que se compreenda a alteração estrutural ocorrida entre a imigração italiana para o país na passagem para a República e no momento posterior à crise financeira de 2008.

4.2.O recrudescimento da racionalidade capitalista e o neoliberalismo

Pois bem, uma vez compreendida a crise no liberalismo clássico e as fissuras que corroeram as suas bases e demonstraram a falibilidade do sistema de maneira completa e irrestrita, cabe suscitar de maneira sintética o que é nova racionalidade proposta pelo desdobramento do liberalismo até os dias atuais.

De pronto deve-se frisar que a virada para esse novo referencial é demarcada pelo que se convencionou tratar pelo “triunfo de uma política qualificada, ao mesmo tempo, de conservadora e neoliberal” (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 187), basicamente cristalizada com os governos americano e inglês de Reagan e Thatcher, que romperam as estruturas de *welfare state* decorrente da Segunda Guerra Mundial.

Em poucas palavras, a mudança radical perpetrada por essa lógica de governabilidade significou também uma modificação muito grande no que foram as políticas de estruturação social dos países europeus. De maneira geral, o que se viu foi um decaimento severo na qualidade de vida, com também severas medidas de austeridade que alcançaram níveis não pensados.

A existência das guerras e crises severas do petróleo entre os anos 70 e 80 foi justamente o mecanismo pelo qual se justificou uma “retomada” ao liberalismo, contudo, sob a tutela da mão-de-ferro estatal para controlar as reações de mercado e buscar proteger as economias nacionais.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Não é desconhecido de ninguém o completo fracasso que a política neoliberal completamente desprovida do apoio popular acabou por encerrar. Não bastasse o completo desacerto desse arrocho econômico, ele fracassou em seus próprios termos quando do insucesso da política para reequilíbrio das economias europeia e americana.

Como características principais em termos econômicos dessas políticas, tem-se uma série de medidas que se espalharam por todo o ocidente e que significaram os primeiros passos rumo à ruína dessa lógica completamente descabida.

Dardot e Laval, enunciam de maneira bastante lúcida o que são essas estratégias apregoadas pelo neoliberalismo:

A nova política monetarista esforça-se precisamente para responder aos dois problemas principais, que são a estagflação e o poder de pressão das organizações de assalariados. O que se fez foi interromper a indexação dos salários pelos preços e, assim, transferir a sangria causada pelas duas crises do petróleo para o poder de compra dos assalariados em benefício das empresas. Os dois eixos principais da mudança de direção da política econômica foram a luta contra a inflação galopante e a recuperação dos lucros no fim dos anos 1970. O aumento brutal das taxas de juros à custa de uma grave recessão e de um aumento do desemprego permitiu lançar rapidamente uma série de ofensivas contra o poder sindical, baixar os gastos sociais e os impostos e facilitar a desregulamentação. (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 193).

Ora, a memória coletiva dos resultados desastrosos dessas políticas não deixam ser outra a conclusão, senão pela completa desestruturação social da Europa, que nas décadas seguintes viu a situação cada vez mais se intensificar e dar o tom da crise no próprio centro do capitalismo.

Esse recrudescimento pelo neoliberalismo da racionalidade do capitalismo, a partir do mascaramento da real intenção dessas políticas, levou a um novo referencial da condição social do europeu.

Não bastasse a desestruturação completa das economias europeias as consequências à população foram por certo muitíssimo duras, o que criou a demanda e a busca por outros referenciais de vida, em que as condições para a manutenção dos pressupostos de acesso ao consumo estivessem presentes.

É justamente o caso discutido no artigo, em que se viu a possibilidade de encontrar no sul global oportunidades mais atrativas que a situação vivida na Europa, em específico, nos países de custos mais baixos e que estavam de algum modo em melhor equilíbrio econômico.

Resultado disso é que aumentou de maneira vertiginosa a imigração para países latino-americanos, por exemplo. Expressão deste movimento são os dados já anteriormente mencionados que especificam o grande fluxo migratório da Itália para o Brasil, não sendo este o único caso por certo.

Diante dessas considerações, o que se pode ter como certo, quanto aos elementos trazidos neste subtópico, é que é possível compreender que, as falhas e contradições adstritas ao que foi a ascensão do neoliberalismo na Europa nos anos 80 e décadas seguintes, culminaram em sérias consequências à população europeia, em particular quanto às condições de vida da população.

Essa situação, somada a existência de oportunidades atrativas no sul global, fizeram com que houvesse um aumento claro nos fluxos migratórios para esses países, de modo que se pode concluir que lógica contrária – migração latino-americana para a Europa – sofreu alterações que advieram das próprias escolhas e movimentações políticas e econômicas dos governos europeus, demonstrando também e de modo incontroverso o que é a fissura dessa racionalidade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo se propôs a realizar uma análise combinada da imigração italiana para o Brasil e da realidade econômica global e local nos dois períodos eleitos pelas pesquisadoras e pesquisadores do PPGD-UFMG, quais sejam, de 1870 ao início do século XX e após a crise financeira de 2008.

Do levantamento histórico realizado no supramencionado relatório, somado a outras fontes, se evidencia o alto índice de imigração italiana com destino ao Brasil desde meados do século XIX, período em que estava em curso o processo de unificação da Itália, até o início do século XX. A redução das verificadas taxas de migração se dá tanto pela proibição da imigração subsidiada pelo governo italiano quanto pela crise de superprodução tupiniquim e pelo crescente ufanismo brasileiro.

O primeiro momento analisado é de crise do modelo liberal clássico, de expansão do imperialismo e de recuperação da nação italiana, enfraquecida pelo prolongado processo de unificação. Os italianos se dirigem, nesta fase, para nações imperialistas melhor desenvolvidas, mas também para nações americanas, local em que se centra o investimento econômico dos capitalistas europeus.

Após a crise financeira de 2008, também com base no relatório de Maria Rosaria Barbato e as demais pesquisadoras e pesquisadores do projeto, se pode constatar o crescimento do número de italianos emigrantes, inclusive com destino ao Brasil. O país sul-americano, no momento de análise, ganhava visibilidade internacional por sua baixíssima taxa de desemprego e pela crescente qualidade de vida da população. Em contraposição ao

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

momento histórico anterior, contudo, averigua-se a predominância de migrantes com remuneração acima da média brasileira.

Neste período, há nova reestruturação dos países europeus, com queda generalizada na qualidade de vida da população mundial, despontando o Brasil, novamente, enquanto país atrativo para migrantes. Em que pese a preponderância da entrada de pessoas de outras nacionalidades no país, provenientes da própria América Latina, há considerável fluxo de italianos, repetindo em grau menor a migração de outrora, também provocada pela situação econômica europeia.

REFERÊNCIAS

BARBATO et al. Crise, trabalho e novos fluxos migratórios: mapeamento de perfis e ações na imigração entre Itália e Brasil, a partir da crise econômica, política e social de 2008. Destinatário: Thales Ribeiro Corrêa. Belo Horizonte, 2022. 1 mensagem eletrônica. 108 p.

BASTOS, Maria Antonieta de Toledo Ribeiro. O Universo do Trabalho do Imigrante em Itu – SP (1876-1930). Acervo, Rio de Janeiro, v. 10, n. 2, p. 85-98, jul./dez. 1997.

BENEDUZI, Luís Fernando. Alteridade e estranhamento: a figura do “novo negro” na imigração italiana no Brasil. MÉTIS: história & cultura, Porto Alegre, v. 13, n. 27, p. 71-90, 2015.

BROWN, Wendy. Nas ruínas do neoliberalismo: a ascensão da política antidemocrática no ocidente. São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2019. 256 p.

COSTA, Luiz Rosado; SOUZA, José Eduardo Melo de; BARROS, Livia Cristina dos Anjos. Um histórico da política migratória brasileira a partir de seus marcos legais. Revista GeoPantanal, Corumbá, n. 27, p. 167-184, jul./dez. 2019.

CURY, Anay; CARDOSO, Cristiane. Desemprego fica em 4,3% em dezembro de 2014, diz IBGE. G1, São Paulo, 29 jan. 2015, 08h59. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2015/01/desemprego-fica-em-43-em-dezembro-de-2014-diz-ibge.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. Uma alternativa ao neoliberalismo: Entrevista com Pierre Dardot e Christian Laval. [Entrevista cedida a] Daniel Pereira Andrade e Nilton Ken Ota. Tempo Social, São Paulo, v. 27, n. 1, p. 275-315, jan./jun. 2015.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal. São Paulo: Boitempo, 2016. E-book.

DUTRA, Livia. Análises-projeto imigração. Destinatário: Tamara Francielle Fernandes Pereira. [S. l.], 18 set. 2019.

FEDERICI, Silva. Calibã e a bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante, 2017.

GOMES, Ângela de Castro. Ideologia e trabalho no Estado Novo. In: PANDOLFI, Dulce (org.). Repensando o Estado Novo. Rio de Janeiro: Ed. Fundação Getúlio Vargas, 1999.

GOMES, Ângela de Castro. Imigrantes Italianos: entre a italianità e a brasilidade. In: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Brasil: 500 anos de povoamento. Rio de Janeiro: IBGE, 2007.

HARVEY, David. O novo imperialismo. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Razões da emigração italiana. IBGE, [S. l.], [20-?]. Disponível em: <https://brasil500anos.ibge.gov.br/territorio-brasileiro-e-povoamento/italianos/razoes-da-emigracao-italiana.html>. Acesso em: 03 mar. 2022.

HERÉDIA, Vania Beatriz Merlotti. Fontes documentais sobre a emigração italiana no século XIX e XX. In: HERÉDIA, Vania Beatriz Merlotti; ROMANATO, Gianpaolo (org.). Fontes diplomáticas: documentos da imigração italiana no Rio Grande do Sul. Caxias do Sul, RS: Edusc, 2016. p. 10-36. Disponível em: <https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/tomo-I.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2022.

LENINE, Vladimir Ilich. O imperialismo, fase superior do capitalismo. Germinar: Marxismo e Educação em Debate, Salvador, v. 4, n. 1, p. 144-224, jun. 2012.

MAZZEO, Antonio Carlos. Estado e burguesia no Brasil: origens da autocracia burguesa. São Paulo: Boitempo, 2015.

PRADO JÚNIOR, Caio. História e desenvolvimento: a contribuição da historiografia para a teoria e a prática do desenvolvimento brasileiro. São Paulo: Boitempo, 2021.

REPUBBLICA. Italiani all'estero, sempre più giovani e settentrionali: +7,6% nel 2015. Repubblica, Roma, 06 out. 2015. Disponível em: https://www.repubblica.it/cronaca/2015/10/06/news/aumentano_espatri_italiani_migrantes-124460911/. Acesso em: 29 abr. 2021.

SEYFERTH, Giralda. A assimilação dos imigrantes como questão nacional. Mana, Rio de Janeiro, v. 3, n. 1, p. 95-131, abr. 1997.

TRENTO, Angelo. Do outro lado do Atlântico: um século de imigração italiana no Brasil. São Paulo: Livraria Nobel, 1989.

TRENTO, Angelo. Um “brasilianista italiano”: entrevista com Angelo Trento. [Entrevista cedida a] Carla Fernandes da Conceição; João Paulo da Silva. Áskesis, São Carlos, v. 6, n. 2, p. 202-207, jul./dez. 2017.

VELASCO, Clara; MANTOVANI, Flávia. Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF. Entrevistada: Patrícia Villen. G1, São Paulo, 25 jun. 2016, 15:20. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O DIREITO DO TRABALHO E AS SUAS MIGRAÇÕES

Márcio Túlio Viana ¹³²

O grito silencioso dos alijados repercute fervilhando na minha cabeça, arranhando a minha pele penetrando a minha alma

(Marisa Barbato, “Evasão”)

1. INTRODUÇÃO

Alguns milhões de anos atrás, nossos antepassados ainda usavam as mãos para se agarrar nos galhos, colher frutos, arrancar raízes, proteger os filhotes e enfrentar as feras. Foi só num segundo momento – ao trocar as árvores pelo chão – que conseguiram libertá-las para outras funções (NOUGIER, 1962), estas, sim, de natureza especialmente humana.

Já então, puderam olhar de outro modo os objetos que iam achando pelo caminho, mesmo os que não eram *de comer*; e então apalpá-los, cheirá-los, examiná-los, para depois lhes acrescentar outra forma e alguma utilidade (NOUGIER, 1962). Daí teria nascido, talvez, o primeiro machado de pedra, para esmagar os alimentos que os dentes não trituravam.

É verdade que, já naquela época, outros animais também usavam instrumentos – como fazem até hoje os chimpanzés, quebrando nozes com as pedras, ou colhendo mel com varetas. Mas foram os nossos ancestrais que desenvolveram a arte de alterar o que já estava pronto, criando, passo a passo, uma outra espécie de natureza, cada vez mais variada e pujante.

Do machado de pedra ao arco e flecha, do carro de boi ao automóvel, dos contos de fada às esculturas, dos cálculos algébricos aos temas de filosofia, fomos forjando uma realidade não apenas de objetos, mas também de ideias. E tudo isso permeado de emoções, muitas delas compartilhadas, mas outras ignoradas pelos demais seres vivos.

Desse modo, embora o nosso avô pré-histórico também se movesse nas árvores, foi aquele salto para o chão que lhe permitiu tornar-se realmente *faber* – fazedor ou fabricante de coisas físicas e ideais. Não fosse isso, provavelmente não existiríamos, considerando-se a

¹³² Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1972) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1994). É Pós-Doutor junto à Universidade de Roma I La Sapienza e à Universidade de Roma II Tor Vergata. Foi Professor Associado da Universidade Federal de Minas Gerais e é Professor Adjunto IV da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito do Trabalho, atuando principalmente nos seguintes temas: flexibilização, globalização, crise e perspectivas do Direito do Trabalho, discriminações. Aposentou-se como desembargador do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região.

nossa frágil estrutura de defesa, as calamidades naturais e a feroz concorrência dos outros seres.

Na verdade, viver na árvore sempre foi mais um *ficar* do que um *agir*. Inversamente, ter o chão sob os nossos pés nos convidava muito mais a *ir* do que a *sossegar*. Assim, aquele primeiro salto foi também simbólico (PARIAS); e talvez tenha sido, nesse sentido, o mais importante de todo o processo de evolução humana.

De certo modo, é o que também nos conta a Bíblia. Na interpretação de Fromm (s.d.), Adão tinha tudo o que podia ter; por isso, nem sequer *queria*. Era como a folha que sorve a água da chuva ou a ave que come as migalhas da terra. Bastava – mecanicamente - estender as mãos para saborear os frutos. O seu mundo não lhe exigia esforço, nem mesmo o de decidir. Era mais um *ficar* do que um *ir*.

Foi só quando comeu a maçã, *desobedecendo*, que Adão realmente *quis* - e assim conquistou a sua verdadeira humanidade. Ao comer a maçã, foi expulso do Paraíso, junto com Eva; e, a partir daí, a cada novo passo ambos tiveram de escolher. Já não podiam sequer voltar atrás, arrependidos: dois anjos, com suas espadas de fogo, barravam a porta do Eden... (FROMM, s.d.)

Na verdade, se pensarmos bem, o caminhar de Adão e Eva foi tanto uma maldição quanto uma bênção. Condenados a escolher sempre, foram também, por isso mesmo, destinados a criar sempre, a resolver sempre os problemas que iam surgindo em suas vidas – como se a cada dia procurassem outras maçãs.

Valendo-se, também, do mito bíblico, Careri se refere ao primeiro modo de se repartir o trabalho:

Os filhos de Adão e Eva encarnam as duas almas em que se dividiu, desde o princípio, a estirpe humana: Caim, a alma sedentária, e Abel, a nômade. Por vontade de Deus, Caim ter-se-ia dedicado à agricultura e Abel ao pastoreio (...) para Caim, a propriedade de toda a terra e para Abel, a de todos os seres vivos (CARERI, 2013, p. 35).

De todo modo, o fato é que o *ir* e o *ficar* têm seguido juntos – cada qual se alternando, ou se completando com o outro.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2. A CUMPLICIDADE DOS VERBOS

Nos tempos primitivos, foi *indo*, mais do que *ficando*, que os homens saíam à caça, o que lhes permitia conhecer outras paisagens e voltar para o bando mais ricos de experiências – e, naturalmente, com novas cargas de proteínas. Mas foi *ficando*, mais do que *indo*, que as mulheres catavam raízes e frutos, sem se distanciar das cavernas, e ao mesmo tempo cuidavam da perpetuação da espécie.

Foi também *ficando* que as mesmas mulheres, provavelmente, descobriram os segredos da terra, para mais tarde plantar a semente e colher o fruto, repetindo o que se passava em seu próprio ventre. Foram também elas, quase com certeza, que pacificaram o lobo, o porco e a abelha – alguns dos mais antigos animais domésticos – fazendo com que eles próprios, de certo modo, deixassem de se mover. Foi também elas, provavelmente, que aprenderam ou inventaram as primeiras curas.

Talvez por isso, entre alguns daqueles povos, era a mulher quem cuidava do mundo vegetal, *ficando* mais do que *indo*; e o homem, do mundo animal, mais *indo* do que *ficando*. Tudo o que vinha mais diretamente da terra – o plantio, a colheita, o fogo – era tarefa dela; e tudo o que se relacionava com o reino dos bichos – a caçada, a desossa, a roupa de pele – era função dele (NOUGIER, 1962)

Tão forte tem sido o vínculo entre a mulher e a terra que até recentemente, entre alguns povos indígenas, ambas trocam suas *fertilidades*: ora é a mulher que circunda o seu ventre com cipós e ramos, para engravidar, ora é a terra que lhe pede para *fazer amor* sobre ela, para que as sementes possam nascer. Mas o que brota dessas práticas, no fundo, é também movimento...

Na mitologia grega, Gaia é a primeira divindade do Universo, depois do reinado do Caos. Foi ela quem gerou o céu, o mar e as montanhas e, com eles, os outros deuses. Mas se ela pode ser imaginada como uma mãe pacífica, sábia, tranquila, foi o Caos – livre, dinâmico, vulcânico – quem provocou a sua vinda.

Assim, entre os verbos *ficar* e o *ir*, é difícil saber qual tem sido mais importante na aventura humana – mesmo porque, de certo modo, o *ficar* envolve também o *ir*, como acontece, por exemplo, quando os nossos pés se fixam, mas as nossas mãos se movem, assim como o *ir* envolve também o *ficar*, se paramos um instante para ver a paisagem ou chegamos ao final do caminho.

Seja como for, porém, tem havido longos períodos em que o ficar parece mais presente que o ir – e vice versa.

3. O TEMPO DO *FICAR*

Cerca de dez mil anos atrás, o coletor e o caçador pré-históricos começaram a ceder espaço ao agricultor, assim como as casas de pedra ou de tijolos - mais fixas e duradouras - substituíam as tendas, choças ou cavernas ocasionais. Com as primeiras civilizações, os costumes foram se tornando regras de Direito – com frequência, carregadas de religiosidade, o que as tornava ainda mais duradouras.

Para os povos antigos, repetir o passado foi uma estratégia importante para se prevenir de um futuro desconhecido e (por isso mesmo) temido. Os próprios deuses da mitologia – ainda que um tanto imprevisíveis – pareciam servir para ordenar e quietar o mundo.

Era assim especialmente nos campos, já que as cidades, como o seu comércio e a sua indústria nascentes, aumentavam cada vez mais as interrelações, instalando um clima de mudança – mas ainda assim, relativo.

Conta-se que, na antiga Roma, um dos modos de expressar afeição a alguém ou a alguma coisa era dizer: “você (ou isto) é antigo para mim...” O correto então, não era se mostrar original, inovador, mas – ao contrário – não tocar no que sempre *tinha sido* (HAUSER, 2001).

De um modo geral, pelo menos até a Alta Idade Média, não só as práticas do trabalho como a vida doméstica, as artes e mesmo as ciências punham limites às ideias, inibindo ou retardando as transformações mais bruscas ou maiores. O ficar punha *freios* – embora relativos – ao *ir*.

Também por isso, nas corporações de ofício, o aprendiz devia seguir à risca as prescrições do mestre, pelo menos até o dia em que se tornasse mestre também. No plantio e na colheita, era preciso reproduzir os antigos costumes, a menos que surgisse uma inovação obviamente melhor - o que não era frequente, pelo menos até o século XI ou XII.

Mesmo no século XV ou XVI, dizer que a Terra girava em torno do Sol, como fez Copérnico, era quase uma blasfêmia; pela mesma razão, Galileu foi condenado pela Igreja. Era proibido então dissecar cadáveres, como se arriscava a fazer Da Vinci, assim como interpretar os Evangelhos sem a mediação de um padre, como fizeram Calvino e Lutero, ou negar a existência de Deus, ou mesmo a do próprio diabo.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

No campo do Direito, o *ficar* também tinha grande prestígio. Não terá sido por outro motivo, talvez, que dois mil anos antes de Cristo Hamurabi inscreveu numa pedra – enorme, maciça - as regras de sua Babilônia, que em boa parte reproduziam os costumes de seu povo. No ocidente medieval, quando os costumes refluíram um pouco, e os feudos começaram a decair, foi o direito romano que voltou à cena.

Na verdade, se o Direito tem sido – como ensina a doutrina marxista – um importante instrumento de dominação, também por isso, quase sempre, teve a pretensão de durar, permanecer. Afinal, o que a ideologia quer, basicamente, é o *ficar* (SENNETT, 1994) – ao contrário da utopia, que persegue sempre o *ir*.

4. O TEMPO DO *IR*

Em alguns períodos ou lugares, mas sobretudo desde a origem da modernidade, o *ir* tem ganhado terreno sobre o *ficar*. E não só em razão da lógica do sistema econômico, que nos impõe, cada vez mais, a sua “destruição criativa” (SCHUMPETER, 2001), mas também pelo processo histórico que nos fez sentir, em grau crescente, senhores de nosso destino, por mais ilusório que isso às vezes seja.

De resto, no imaginário coletivo – em boa parte produzido pelo próprio sistema econômico - quem *vai* não se contenta com o que tem, ou com o que é. Quer mudar, quer fazer – e não seria esta, de fato, uma característica do *homo faber*? Ao contrário do *ficar*, que sugere comodismo, conservação, o *ir* parece indicar coragem, disposição, iniciativa.

A própria Bíblia, mais uma vez, dá suporte a essa percepção – não apenas no Novo Testamento, com as perambulações de Cristo, mas também no Antigo, com Abel e Caim. Afinal, o trabalho de Abel, correndo pelos prados, era menos fatigante e mais prazeroso que o de Caim, que lavrava a terra (CARERI, 2013). E, no entanto, Deus preferia as oferendas de Abel, provocando os ciúmes de Caim.

E o *ir* pode assumir até uma dimensão estética.

Na visão de Careri (2013), o caminhar foi a primeira forma de arquitetura, o primeiro ato humano de intervenção na paisagem. Daí, mais tarde, o menir, celebrando ou cultuando os caminhos.

No fim do século XIX, pintores impressionistas já trocavam o estúdio pelos campos, ruas e jardins; e até as suas pinceladas ganhavam outro ritmo (GOMPERS, 2013), tentando acompanhar o fluir rápido e inconstante da vida.

Na Itália, há duas décadas, surgiu a prática batizada de *walkscapes*, que nos convida a vagar pelas cidades, especialmente nos lugares menos visíveis, ou mais mutantes, ou marginais (CARERI. 2013)

Hoje, o próprio museu – lugar do *ficar* – vai perdendo espaço para os ambientes abertos, como a rua, quando não substitui – ele próprio – o acervo tradicional e permanente por exposições temporárias e às vezes surpreendentes.

5. O DIREITO DO TRABALHO COMO PRÁTICA DO *IR*

Se o Direito, como um todo, é em grande parte ideologia – momento do *ficar* -, o ramo trabalhista tem, pelo menos em parte, um traço de utopia – a busca do *porvir*. Não um porvir inteiramente novo, às avessas, o que demandaria outro sistema econômico - onde ele próprio não estaria - mas o porvir *possível* no interior do mesmo sistema em que ele brotou.¹³³

Naturalmente, essas afirmações são relativas. Basta notar que não apenas o Direito, como um todo, tem se transformado através dos tempos, conjugando o verbo *ir*, como o Direito *do Trabalho* criou a estabilidade no emprego, ainda prefere o contrato sem prazo e se armou de princípios fortes, com pretensão de durar, conjugando o verbo *ficar*.

Ainda assim, não parece errado dizer que o Direito do Trabalho foi o primeiro e único ramo jurídico forjado – direta ou indiretamente - sobretudo pelas mãos operárias; e embora a própria greve envolva um *não fazer*, um *ficar*, em sua essência é movimento, é transformação, está mais para um *ir*.

E também não parece exagero afirmar que o Direito do Trabalho, desde a sua origem, é o melhor exemplo de uma nova postura do cidadão diante da ordem jurídica existente; uma postura não mais de aceitação, de conformismo, nem apenas de indignação, de revolta, mas de rebeldia *ativa*, de resposta *concreta*, de militância.

Ora, até recentemente, o *ir* do Direito do Trabalho raras vezes foi revertido num *vir*. Não por outro motivo, La Cueva o qualificou de “inconcluso, progressista”, avançando sempre na mesma direção. E, como direito humano que é, acabou se beneficiando dos princípios constitucionais da irretroatividade e da progressividade, que também o impelem para frente, ou no mínimo proíbem sua retroação.¹³⁴

¹³³ Nesse sentido, Wilson Ramos Filho fala de um “Direito Capitalista do Trabalho”, título de seu último (e festejado) livro

¹³⁴ Na lição de Muradas, o princípio da irretroatividade se dirige também ao intérprete, que não pode dar um sentido novo e menos protetivo à norma (MURADAS

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Hoje, em que pese a letra da Constituição, essa realidade tem mudado.

6. O IR ENFRENTANDO O VOLTAR

Desde o início dos *tempos modernos* vivemos acelerados; na lógica do capital, é preciso produzir sempre mais, consumir sempre mais, para acumular sempre mais – e em rapidez também crescente.

Ao longo dos últimos séculos, fomos desenvolvendo a arte de fazer várias coisas ao mesmo tempo, e, mesmo assim, estamos sempre nos queixando de falta de tempo. E, no entanto, vivemos mais...

Além disso, ao invés da produção em massa de produtos homogêneos, estáveis e mais duradouros, a nova estratégia, desde meados do século passado, tem sido a produção variada, de objetos descartáveis – seja porque perecem, materialmente, em pouco tempo, seja porque somos induzidos a troca-los, mesmo quando ainda funcionam.

Tudo isso se reflete no campo das ideias; as certezas se relativizam, e tudo o que é sólido – como diria Marx - desmancha ainda mais facilmente no ar. Mesmo os projetos que pareciam mais fortes vão perdendo o poder de atração; tudo passa a ser mais facilmente questionado, tanto mais que a ciência e a tecnologia refazem suas descobertas ou invenções num ritmo nunca visto.

Em países como o nosso, onde as pessoas são mais vulneráveis à propaganda, a perda de certezas tem efeitos catastróficos. Assim, a terra volta a ser plana, a vacina contra o Covid produz Aids, as universidades só servem para cultivar maconha, o STF firmou um pacto secreto com Lula, as pessoas de esquerda são corruptas por natureza e a invasão comunista está a pique de se efetivar.

No campo jurídico, os princípios sofrem duas tendências opostas: de um lado, são mais valorizados, na medida em que permitem mais liberdade ao intérprete, e a liberdade é um dos poucos valores que se fortaleceram; de outro, ou também por isso, podem ser facilmente relidos, e mesmo *ao contrário*, como acontece com o princípio da proteção.¹³⁵

Mas a aceleração dos nossos dias já nem se explica apenas, ou principalmente, pela lógica do capital. É uma tendência que nem pede explicação, ou que se explica por si mesma, ou que vive de si mesma.

¹³⁵ A ideia disseminada pela doutrina conservadora é a de que quanto mais proteção houver, menos emprego haverá, o que significaria, supostamente, que a verdadeira proteção ... está em não proteger.

Os exemplos se multiplicam. Nos concertos, os músicos tendem a tocar mais depressa os acordes de Bach ou de Beethoven. Na Internet, o nosso palavreado se enxuga, sempre em função do tempo. E até os nossos modos de falar vão se tornando mais rápidos (ROSA, 2020).

Por tudo isso, Bauman (2000) nos fala de uma pós-modernidade líquida. Ao mesmo tempo, é pragmática, fragmentária, e mais individualista. Sem os grandes sonhos e projetos de ontem (HARVEY, 2016), a solução passa a ser viver o presente, o mais intensamente possível, e sobretudo *empoderar-se* – seja de fato, seja ao menos simbolicamente.¹³⁶

Embora nem todos esses fatores possam ser creditados ao novo modelo do capital, o fato é que muitos deles são aproveitados, potencializados ou co-produzidos por ele. E assim acabam atingindo o próprio cerne do Direito do Trabalho (ALMEIDA: ALMEIDA, 2020), com reflexos em seu movimento, em seu *ir*.

Também enfraquecido, a sua força motriz – o sindicato – já não consegue sequer barrar as investidas do capital, quanto mais avançar sempre, como um vagalume atraído pela luz, como queria o grande La Cueva. E o legislador contribui decisivamente para esse processo, não só ao subtrair sua principal fonte de renda, mantendo o efeito *erga omnes* das convenções coletivas, como ao permitir a negociação *para baixo*, praticamente inviabilizando conquistas.

Desse modo, o *ir* se inverte, tornando-se não apenas um *ficar*, mas sobretudo um *voltar*. O Direito do Trabalho perde conteúdo e legitimidade; e caminha também rapidamente em direção ao seu antecessor, o Direito Civil.

Mais precisamente, se o Direito do Trabalho, como ensina Delgado (2021), foi sempre um importante fator de distribuição de renda, agora vai negando a si mesmo, usando os mesmos argumentos civilistas de duzentos anos atrás. E o que é pior: com frequência, conta com a cumplicidade daqueles que – por dever de ofício – deveriam se mostrar os seus mais valentes defensores.

Menos mal que o próprio Direito Civil avançou em outros aspectos, como no tocante à discriminação, ao assédio, à privacidade. São direitos de primeira geração, ou dimensão,

¹³⁶ Com razão, Maria Cecília Máximo Teodoro observa que o próprio trabalhador se viu contaminado ideologicamente por uma espécie de síndrome – a “síndrome de patrão” – que o faz se sentir o que não é, dividindo e enfraquecendo o universo coletivo e ao mesmo tempo, ou por isso mesmo, fortalecendo o processo de destruição de direitos (Síndrome de patrão: a doença da classe trabalhadora. Disponível em: <https://direitodotrabalhocritico.com/2021/11/07/sindrome-de-patrao-a-doenca-da-classe-trabalhadora/> Acesso em 10/06/2020.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

curiosamente sintonizados com o próprio credo neoliberal – já que no fundo está sempre o apelo à liberdade e à igualdade também “civis”..

Assim, o mesmo fenômeno que permitiu ao Direito Civil invadir o Direito do Trabalho *para o mal*, inibindo a distribuição de renda, acabou facilitando a sua entrada *para o bem*. E, nesse sentido, o *voltar* passou a ser também um *ir*. Mas a regra geral é mesmo o *voltar*.

A propósito, não custa notar que essas novas funções da lei trabalhista – reprimir assédios e discriminações, garantir a privacidade etc – não parecem a retomada de uma tradição antiga, já que o Direito do Trabalho, historicamente, pautou-se pela ideia da dependência *econômica* do operário, e não propriamente por sua dignidade em sentido amplo e profundo.

E esses avanços também não parecem ter sido produto das atuais lutas operárias, que na verdade se mostram cada vez mais minguadas e ineficazes. São antes o produto (ou subproduto) de uma evolução do pensamento humano, que o modelo neoliberal é impotente para evitar.

Aliás, em certa medida, o próprio neoliberalismo, como eu dizia, beneficia-se desse modo de pensar, que não implica (pelo menos diretamente) redistribuição de renda e fortalece o discurso de liberdade total. Em outras palavras, esses direitos de primeira dimensão acabam sendo protegidos (ou blindados) pela própria propaganda do livre mercado.

Essa dualidade é bem evidente na maior parte das decisões do STF. Quando se trata de liberdade ou igualdade formais, o tribunal inova, avança, mostrando-se alinhado com o pensamento da própria esquerda, para não dizer da sociedade como um todo; já quando o assunto são direitos de fundo econômico, a história é outra.

Daí por que, por exemplo, se um político propuser alguma medida de contenção de salários, para (supostamente) abrir empregos, certamente terá apoiadores; mas se, ao invés disso, defender uma medida racista, ou homofóbica, terá no máximo o apoio silencioso e oculto de uma minoria...

7. COMO VOLTAR A IR

Apesar daqueles avanços pontuais de natureza civilista, o Direito do Trabalho, de um modo geral, está em franca retração, e não só no plano estritamente jurídico.

Na verdade, a chamada “reforma trabalhista” – passo mais recente em direção ao abismo – não se traduz apenas por alterações na lei. Ela envia mensagens ao juiz, ao procurador do

trabalho, ao advogado, ao fiscal, ao patrão e ao próprio empregado, corrompendo corações e mentes – ainda que nem sempre de forma consciente.

Como lei, a “reforma” é – paradoxalmente – uma grande fraude. Em quase todos os seus preceitos, fantasia a realidade para mascarar suas verdadeiras intenções. Vale-se de um discurso inteligente e perverso, que ajuda a fragilizar ainda mais o universo dos mais vulneráveis. Embora, às vezes, seja defendida nos templos, é anticristã em sua essência.

Desse modo, seria preciso que de algum modo o Direito do Trabalho *voltasse a ir*, mas numa direção definida. Ou seja, sem perder de vista o seu *ficar*, representado pela ideia da proteção aos mais fracos. Afinal, foi sempre esta a sua bússola. E tem sido esta a única justificativa para a sua existência.

Mas não bastaria reproduzir o *ir* que existia até algumas décadas atrás. Seria preciso um *ir* diferente, não só no sentido de valorizar cada vez mais a dimensão puramente humana (ou seja, não econômica) do trabalho¹³⁷, mas de procurar o universo crescente de sujeitos não protegidos. De outro modo, tenderá a se tornar cada vez menor, no mínimo em termos de efetividade.

Na experiência do *walkscape*, o caminhar não vai de um ponto a outro, já fixado precisamente. Não segue uma rota definida. É um *vagar*, mais do que um *ir*. Ainda assim, privilegia os espaços desconhecidos, e sobretudo os ignorados pela classe dominante; e por isso é também uma prática política (CARERI).

Analogamente, em termos ideais, o Direito do Trabalho terá de migrar para fora de si mesmo, de forma a abrir suas portas para outras minorias – e vice versa. E talvez devesse até mudar o seu nome para Direito *dos Trabalhos*, como certa vez observou, com a inteligência de sempre, o grande mestre Giancarlo Perone.

O problema seria ajustar temas tipicamente trabalhistas para relações sem subordinação. Como garantir horas extras ou férias, por exemplo, a um catador de lixo que vende o seu lixo aqui ou ali? Ou será que o Estado proveria esses direitos?¹³⁸

Nada impede que se encontrem soluções ecléticas – como uma renda mínima universal – dentro ou fora de suas fronteiras. Mas o fato é que – diante das novas estratégias do capital -

¹³⁷ Como têm proposto vários juristas do nosso tempo, como os grandes colegas Cléber Lúcio de Almeida e Wânia Rebêllo de Almeida.

¹³⁸ Um dos estudos interessantes a respeito tem sido realizado pelo doutorando Marcos Paulo da Silva Oliveira, da PUC Minas, orientado pela Profa. Dra. Maria Cecília Máximo Teodoro, que prepara uma tese sob o título “Direito dos Trabalhos: repensando o elemento subordinação como condicionante da proteção juslaboral na era do *software*”.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

não bastaria ampliar o conceito de subordinação, mesmo supondo-se que isso seja possível, não obstante a postura crescentemente conservadora dos tribunais.

De qualquer forma, o problema maior seriam (ou são) os meios para que as soluções aconteçam. De fato, se o Direito do Trabalho tradicional, com todas as suas limitações, já está em crise, como seria possível pressionar os empregadores, o Estado ou a própria sociedade, como um todo, para criar um Direito do Trabalho ainda maior?

A resposta mais óbvia estaria nas lutas sindicais. Mas se o próprio sindicato está em crise, como fazê-lo lutar?

Algum tempo atrás, escrevi com uma de nossas homenageadas – a Professora Marisa Barbato – um pequeno ensaio a respeito, sem maiores pretensões (BARBATO; VIANA, 2000).

A ideia básica é a de que o sindicato, desde sempre, espelhou-se na fábrica – ou, de certo modo, no próprio lar operário. Suas paredes não só o protegiam, mas o limitavam, barrando a entrada de outros sujeitos e de outros temas de luta.

Mas a realidade mudou. O *modelo casa* entrou em crise. De hoje em diante, para que possa sobreviver, e se refletir num novo Direito, o sindicato terá de se *fazer rua*; abrir-se para fora de si mesmo, acolhendo outros movimentos sociais, e entrando em compasso com as tendências fortes do nosso tempo.

Terá de ser o mais possível horizontal, democrático, assim como fluido, móvel, pronto a rever suas táticas e estratégias. E terá de praticar um exercício constante de autocrítica.

Terá ainda de unir de algum modo o interesse dos grupos com as pretensões individuais. E para isso, nesse tempo de poucos sonhos, antecipar o mais que puder o futuro, à semelhança do que acontece com as ocupações.

Sempre em sintonia com os novos tempos, terá de deslizar para o difuso, mais do que se prender ao coletivo; e saber ser pragmático na ação, sem deixar de ser inflexível na luta contra a exploração do capital.

Tudo isso, é claro, pertence ao reino da utopia – ou da esperança. Mas ter esperança não é apenas esperar; é também lutar, como tem dito e feito as duas professoras que este livro - tão merecidamente - homenageia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Cleber Lúcio de; ALMEIDA, Wania Guimarães Rabêllo de. Neoliberalismo, subjetividades e mutação antropológica e política. Belo Horizonte: Conhecimento, 2020

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

- BARBATO, Maria Rosaria; VIANA, Márcio Túlio. Casas, ruas e vírus: possíveis tendências do direito do trabalho na era pós pandemia. In: Revista de Direito Brasileira, vol. 6, n. 20. Belo Horizonte: RDB, 2020
- BAUMAN, Zygmunt. Modernità Liquida. Roma: Laterza, 2000
- CARERI, Francesco. Walkscapes: o caminhar como prática estética. Barcelona: GG, 2018
- DELGADO, Maurício Godinho. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 2021
- FROMM, Eric. O medo à liberdade. Rio de Janeiro: Zahar, (s.d.)
- GOMPERS, Will. Isso é arte? Rio de Janeiro: Zahar, 2013
- HARVEY, David. Condição pós-moderna. São Paulo: Loyola, 2016
- HAUSER, Arnold. Storia sociale dell'arte, vol. 1. Torino: Einaudi, 2001
- LA CUEVA, Mário de. El nuevo derecho mexicano del trabajo. Mexico: Porrúa, 1954
- NOUGIER, Louis-René. La préhistoire. In: PARIAS, Louis-Henri (coord.) Histoire Générale du Travail, vol. 1. Paris: Nouvelle Librairie de France, 1962
- OLIVEIRA, Marcos Paulo da Silva. (mimeo)
- RAMOS FILHO, Wilson. Direito Capitalista do Trabalho: história, mitos e perspectivas no Brasil. São Paulo: LTr, 2020
- ROSA, Hartmut. Aceleração: a transformação das estruturas temporais na modernidade. São Paulo: Unesp, 2019
- SENNETT, Richard. Carne e Pedra. Rio de Janeiro: BestBolso, 1994
- SHUMPETER, Joseph. Capitalismo, socialismo e democracia. Petropolis: Vozes, 2001
- TEODORO, Maria Cecilia Máximo. Síndrome de patrão: a doença da classe trabalhadora. Disponível em: <https://direitodotrabalhocritico.com/2021/11/07/sindrome-de-patrao-a-doenca-da-classe-trabalhadora/> Acesso em 10/06/2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

DIRETRIZES DE UM ESTUDO CRÍTICO SOBRE AS ALTERAÇÕES PROPOSTAS PELA PEC 32/2020¹³⁹

Fábio André Guaragni¹⁴⁰
Bárbara Feijó Ribeiro¹⁴¹
Henrique Ribeiro Cardoso¹⁴²

1. INTRODUÇÃO

O pensamento reformador no âmbito administrativo se expandiu como consequência da onda neoliberal¹⁴³ – baseada na redução do papel estatal na economia e a proteção social pela redução dos gastos públicos (BORTOLINI, 2020, p. 31) –, impondo à Administração Pública que siga condutas coerentes com esse modelo (COSTALDELLO, 2021, p. 80), o qual teria inicialmente sido ampliado no Brasil com reformas motivadas por uma proposta de melhora da governabilidade e da capacidade das organizações públicas (SECCHI et al, 2021, p.3)¹⁴⁴.

Recentemente, em 2020, a Proposta de Emenda Constitucional 32 (PEC 32/2020)¹⁴⁵ foi apresentada pelo Ministério da Economia (AGÊNCIA BRASIL, 2020) e parte da ideia de que existem distorções na administração pública que estariam aumentando os gastos estatais com o pagamento de salários e benefícios dos servidores públicos e tornando os serviços públicos de má qualidade (OREIRO, 2020, p. 4). A proposta então seria a implementação de uma reforma capaz de reduzir os gastos com o funcionalismo público e permitir um aumento

¹³⁹ Artigo apresentado no V Encontro Virtual do CONPEDI de 2022 e publicado nos anais do evento.

¹⁴⁰ Doutor (2002) e Mestre (1998) em Direito das Relações Sociais (UFPR), com pesquisa pós-doutoral (2012) na Università degli Studi di Milano (UNIMI). Professor de Direito Penal Econômico do PPGD do UNICURITIBA. Professor de Direito Penal da Fundação Escola do Ministério Público – FEMPAR, Escola da Magistratura Estadual do Paraná – EMAP e CERS. Procurador de Justiça junto ao Ministério Público do Estado do Paraná. Lattes <http://lattes.cnpq.br/5362513180111586>. Orcid <https://orcid.org/0000-0002-8892-1140>. E-mail guaragni@mppr.mp.br.

¹⁴¹ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Pós-Graduada em Direito Penal e Criminologia pelo CEI e Introcim. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Advogada criminalista.

¹⁴² Doutor em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio), com Pós-doutorado em Democracia e Direitos Humanos (IGC - Universidade de Coimbra) e Pós-doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento (PPGCJ/UFPB); Mestre em Direito, Estado e Cidadania (UGF/Rio); Especialista em Direito Constitucional Processual (FAPESE/UFS); Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz (UESC/Bahia); Professor do Programa de Pós-graduação da Universidade Federal de Sergipe (Mestrado/PRODIR/UFS); Professor de Programa de Pós-graduação da Universidade Tiradentes (Doutorado/Mestrado/PPGD/UNIT); Professor da Escola Superior do Ministério Público de Sergipe (ESMP/SE). Promotor de Justiça em Sergipe.

¹⁴³ Sobre os avanços das reformas administrativas no Brasil, Estados Unidos e União Europeia, ver Matias-Pereira (2008).

¹⁴⁴ Sobre a história das reformas administrativas brasileiras, ver Secchi et al (2021).

¹⁴⁵ A proposta apresentada pelo governo passou por alterações ao ser avaliada pela comissão especial em setembro de 2021 e desde então está parada. Sobre as alterações feitas pela comissão, ver Brasil (2021).

no investimento público sem violar a Emenda Constitucional do Teto de Gastos de 2016 (OREIRO, 2020, p. 4-5).

Logo no texto que pretende justificar os motivos da emenda apresentada, o Ministro da Economia apresenta quatro princípios do que chama de “novo serviço público”, sendo esses: o foco em servir, que para esse modelo seria o foco do governo brasileiro; a valorização das pessoas, a partir de um reconhecimento justo dos servidores e do foco em seu desenvolvimento efetivo; a agilidade e inovação na gestão de pessoas que se tornaria adaptável e conectada com as melhores práticas mundiais; e a eficiência e racionalidade que alcançaria melhores resultados, em menos tempo e com menores custos (BRASIL, 2020a). O Ministro afirma ainda que

A proposta foi elaborada para viabilizar a prestação de serviço público de qualidade para os cidadãos, especialmente para aqueles que mais precisam, a partir de três grandes orientações: (a) modernizar o Estado, conferindo maior dinamicidade, racionalidade e eficiência à sua atuação; (b) aproximar o serviço público brasileiro da realidade do país; e (c) garantir condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado e para a prestação de serviços públicos de qualidade. (BRASIL, 2020a).

Em uma primeira análise, os princípios mencionados pelo Ministro e as suas justificativas para a implementação da reforma parecem ter um cunho propagandista que utiliza palavras fáceis, adota concepções populares e faz promessas nunca antes cumpridas. Assim como algumas outras das mudanças legislativas propostas pelo governo atual, essa também aparenta ter um apelo popular.

É justamente em razão desse aparente apelo que entra a importância da doutrina crítica. Frases fáceis e promessas milagrosas de um modelo de Estado ideal costumam convencer a população para que apoie novas propostas, contudo, é somente a partir do olhar crítico científico que uma alteração legislativa poderá prosperar. Assim, o que este texto pretende destacar é a importância da participação da doutrina no debate legislativo da PEC 32/2020, afastando, assim, a reforma de um olhar popular e propagandista que pretende vender uma ideia de “Estado ideal”.

A pesquisa que aqui se apresenta não pretende esgotar o tema – uma vez que este ainda carece de debates por ser tão recente –, mas sim apresentar observações iniciais capazes de traçar as linhas gerais para um eventual estudo mais aprofundado do tema. Para tanto, serão feitas observações sobre as características gerais da PEC 32/2020, do contexto em que ela foi apresentada e algumas das principais críticas ao projeto já tecidas pela doutrina que

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

estuda o tema. Propõem-se, portanto, uma análise inicial do tema com uma visão crítica, o que permite uma melhor percepção da proposta.

Para alcançar seus objetivos, a pesquisa adotará o método qualitativo de pesquisa com revisão de doutrinas, legislações, jurisprudências e reportagens jornalísticas produzidas especialmente após a apresentação da PEC 32/2020. Como base de dados para esta pesquisa foram feitas buscas online, ante a atualidade do tema, a partir de revistas, notícias e textos que abordam a temática em análise.

O artigo apresentado se justifica, primeiramente, no impacto que a reforma administrativa poderá causar no Estado e em razão da importância em se debater a alteração para que a sua eventual aprovação se dê somente após observações minuciosas dos estudiosos do tema. Entende-se que é essencial o papel da Academia em qualquer processo democrático de reforma, porque é somente após ouvir os especialistas do tema e sopesar as críticas, que será possível a aprovação legislativa de alterações que beneficiem de fato a sociedade. Portanto, este estudo buscará apresentar em linhas gerais a PEC 32/2020 e as críticas já tecidas ao projeto, para assim demonstrar a importância de o tema ser debatido e repensado.

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA PEC 32/2020

A PEC 32/2020 foi apresentada pelo Ministro de Estado da Economia, Paulo Guedes, juntamente com a exposição de motivos 47/2020 ME, a qual buscou esclarecer as diretrizes do projeto, suas justificativas e eixos da proposta. O Ministro acredita que esse seria um projeto de transformação que o Estado necessita e que trará um novo modelo de serviço público (BRASIL, 2020a).

Em seus motivos, declara que a proposta de novos vínculos e conjuntos de medidas terá o caráter de convergir práticas da Administração Pública com a realidade do Brasil e do mundo contemporâneo, concorrendo para a busca da qualidade do gasto com pessoal. Entendendo ainda que a reforma apresentada se mostra tempestiva e relevante para o Estado, uma vez que as projeções de aposentadorias nos próximos anos indicam que o setor público passará, no curto e no médio prazos, por uma fase de renovação de sua força de trabalho (BRASIL, 2020a). O projeto promete que

A partir do primeiro eixo balizador da proposta, modernizar o Estado, busca-se estabelecer uma política de gestão de pessoas ágil, adaptável e conectada com as melhores práticas internacionais, bem como viabilizar dinâmica de relacionamento com órgãos e entidades públicos a com a iniciativa privada de forma a contribuir com mais efetividade para o atendimento da demanda por serviços públicos. (BRASIL, 2020a)

O documento redigido pelo Ministro da Economia declara ainda que esse avanço coeso do Brasil prosseguirá com a implementação de lei complementar federal que disporá sobre política remuneratória e benefícios. Assim, a plena implementação desse novo modelo de serviço público dependerá de lei complementar federal sobre normas gerais que envolvem “[a] gestão de pessoas, percentual máximo de cargos de liderança e assessoramento de livre nomeação e exoneração, organização da força de trabalho, progressão e promoção funcional, desenvolvimento e capacitação e duração máxima da jornada para fins de acumulação de atividades remuneradas” (BRASIL, 2020a).

A proposta apresentada pelo Ministro da Economia encontra-se paralisada, contudo, já passou por análise e aprovação da comissão especial com texto substitutivo. Entre as alterações feitas enfatiza-se: que o texto substitutivo mantém a estabilidade para todos os servidores concursados, enquanto o texto original restringia a estabilidade para servidores ocupantes de cargos típicos do Estado; o texto substitutivo define quais são os cargos exclusivos de Estado que não podem ter convênios com a iniciativa privada e serão protegidos do corte de despesas de pessoal; o substitutivo permite ainda o desligamento de servidores de cargos considerados obsoletos; o novo texto mantém o disposto no original sobre a contratação temporária, feita por processo seletivo simplificado, contudo, o novo assegura direitos trabalhistas aos contratados; e o texto substitutivo determina regras para a avaliação de desempenho já prevista no texto original (BRASIL, 2021). Existem ainda outras alterações que podem ser observadas no novo texto, sendo essas mencionadas apenas algumas das principais.

Apesar da PEC 32/2020 ainda estar em tramite no Congresso Nacional e estar parada após a aprovação da comissão especial, entende-se necessário o estudo do tema, uma vez que a necessidade de reforma estatal vem sendo discutida há tempos e que ainda há chance de a proposta apresentada pelo Ministro da Economia ser aprovada.

Destaca-se ainda que a paralização do projeto se dá por questões políticas e que a sua votação ainda em 2022 poderá não ocorrer em razão do período eleitoral e das medidas impopulares que ela carrega (BREMBATTI, 2022).

2.1. Objetivos declarados da proposta

Em linhas gerais, “a proposta do governo federal sugere aumentar a qualidade do serviço público brasileiro, auxiliar no ajuste e no equilíbrio fiscal e reduzir as desigualdades

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

entre o setor público e o privado” (OREIRO, 2021, p. 494). Para alcançar seus objetivos a proposta pretende fazer as seguintes alterações

(i) criar novos vínculos e meios de acesso ao serviço público; (ii) facilitar a entrada de pessoas do setor privado em cargos de liderança; (iii) retirar direitos constitucionais dos servidores públicos; (iv) modificar a gestão de pessoal, carreiras, política remuneratória; (v) flexibilizar ou eliminar a estabilidade do servidor público; (vi) elevar o poder do Presidente da República na definição da organização de cargos públicos e suas atribuições; (vii) reduzir a capacidade de atuação e intervenção estatal; (viii) reduzir do Legislativo prerrogativas de decidir sobre os aspectos da administração pública; (ix) reduzir graus de liberdade dos chefes de executivo dos Estados e Municípios da função de gerir a administração pública sob sua responsabilidade. (OREIRO, 2021, p. 494)

Logo no início da motivação da proposta, o Ministro menciona a percepção do cidadão de que o Estado custa muito, mas entrega pouco, afirmando ainda que o país enfrenta um colapso na prestação de serviços para a população e no orçamento público. A partir dessa “visão popular”, Paulo Guedes afirma que os problemas observados pela sociedade se dão pelo fato de que “a estrutura complexa e pouco flexível da gestão de pessoas no serviço público brasileiro torna extremamente difícil a sua adaptação e a implantação de soluções rápidas, tão necessárias no mundo atual, caracterizado por um processo de constante e acelerada transformação” (BRASIL, 2020a).

Sobre a justificativa de que o Estado deveria ser reformado por custar muito e entregar pouco, Oreiro (2021, p. 495) afirma com base em suas pesquisas que

Entretanto, afirmações como essas não encontram base nos dados. De fato, o Brasil tem serviços públicos de menor qualidade que outros países mais desenvolvidos. No entanto, isso não se explica somente por demérito ou por falta de uma gestão qualificada no serviço público, mas justamente pelo fato de que o Brasil ainda é um país de renda média-baixa.

Oreiro (2021, p. 495) observa ainda que o Brasil carece de recursos necessários para que se tenha serviços públicos comparáveis com países como a Suíça, Noruega, Estados Unidos e Dinamarca. O autor observa ainda que a elevação dos Gastos e investimentos públicos seria imprescindível para a obtenção de níveis de qualidade de serviços públicos similares aos de países ricos.

Como forma de resposta às demandas populares, a PEC 32 se apresenta como um novo modelo de serviço público, que seria capaz de enfrentar os desafios do futuro e entregar serviços de qualidade para a população brasileira. A proposta teria como público-alvo a Administração Pública e seu corpo de servidores, promovendo uma transformação do Estado que se tornaria mais ágil e eficiente (BRASIL, 2020a).

2.2.Contexto da proposta de alteração legislativa

É importante compreender os anseios políticos da PEC 32 e destacar que uma das suas principais características é o seu caráter neoliberal, o qual pode ser observado em alguns pontos da proposta legislativa. Nesse sentido

É necessário contextualizar o ambiente político no qual se coloca a discussão da Reforma Administrativa. Há um ímpeto reformista, comprometido com pautas neoliberais – que se apresenta como uma racionalidade guiada pela lógica empresarial, na qual o cidadão-trabalhador-servidor é estereotipado como problema e o empresário elevado à condição de solução - que ganham força já no Governo Temer, ao aprovar a Reforma Trabalhista. Tal intento se recrudescer no Governo Bolsonaro que, após promover significativas alterações na Previdência Pública, apresenta uma Reforma Administrativa que se destaca, negativamente, pela ausência de critérios e diagnósticos, além de ataques ao tamanho do Estado e à ineficiência dos serviços públicos. (BITENCOURT; TRINDADE, 2021, p. 114)

Dentre as iniciativas propostas pela PEC está a reformulação do regime de estabilidade dos servidores públicos efetivos, o que teria sido recomendado a partir de uma inspiração no modelo ideológico neoliberal¹⁴⁶, baseado na redução do papel do Estado na economia e na proteção social e compressão de gasto público com o discurso de que “servidores públicos consomem considerável fatia das receitas públicas sem dar a devida contrapartida, bem como que as garantias dadas a esses servidores freiam o Estado e inviabilizam a gestão” (BORTOLINI, 2020, p. 31).

Sobre esse foco da reforma em entender como central a mudança no regime dos servidores, Oreiro (2021, p. 496) aponta que “a proposta de reforma administrativa do governo parte do pressuposto de que a produtividade no serviço público decorre exclusivamente do servidor, ignorando que a produtividade é impactada igual ou de maneira mais relevante pela gestão”. A redução do alto gasto com o funcionalismo público seria o objetivo principal da reforma proposta, contudo, conforme Oreiro (2021, p. 497) observa, “desconsidera-se que não há serviço público sem servidores públicos, e alguns desses serviços são altamente intensivos em trabalho”.

Em suma, o novo modelo de serviço público de Paulo Guedes segue as seguintes orientações: modernização do Estado com maior dinamicidade, racionalidade e eficiência à sua atuação; aproximação do serviço público para a realidade brasileira; e garantia de

¹⁴⁶ Sobre o crescimento do ideário neoliberal no Estado brasileiro, é importante apontar que Celso Antônio Bandeira de Mello (2015, p. 816 apud BORTOLINI, 2020, p. 33) entende essa expansão como uma antítese ao que leciona a Constituição brasileira e seus valores, sendo que a ordem econômica estaria obrigada a se articular de maneira a realizar os objetivos apontados pela carta magna.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

condições orçamentárias e financeiras para a existência do Estado brasileiro e para que o serviço público possa ser prestado com qualidade (BRASIL, 2020a).

Em uma primeira análise, a partir do olhar popular, a proposta aparenta ser milagrosa e atender aos anseios da sociedade que de fato reconhece a existência de problemas na Administração Pública, contudo, soluções milagrosas e propagandistas são perigosas e dificilmente passam pela análise de estudiosos e doutrinadores antes de chegar ao Poder Legislativo.

3. PRINCIPAIS OBSERVAÇÕES CRÍTICAS DA DOUTRINA

Um dos objetivos centrais deste artigo é reunir algumas críticas tecidas pela doutrina sobre as propostas da PEC 32/2020, essa ideia se justifica no fato de que seria vago apresentar os pontos iniciais do projeto sem mencionar as análises de estudiosos que apresentam contrapontos ao que dispõe a PEC.

Conforme mencionado em linhas anteriores, é necessário destacar a importância da doutrina no debate público e seu lugar de responsabilidade moral em “denunciar as pretensões reformistas e desvelar o real discurso que se faz presente; os efetivos desígnios da Proposta” (BITENCOURT; TRINDADE, 2021, p. 134).

Nos tópicos anteriores foram citadas algumas posições contrárias ao Projeto em seu contexto geral, neste tópico propõe-se apresentar outras visões complementares e propostas alternativas ao modelo da PEC 32/2020.

As críticas da doutrina ao projeto já se iniciam pela análise da mensagem da exposição de motivos enviada ao Presidente de República, que denotaria “denota incoerência, pouca tecnicidade e um emaranhado de conceitos que se confundem entre o jurídico, a técnica administrativa privada”, juntamente com a problemática do texto, ele carregaria “um viés político distante de concepções que possam sugerir consistência para finalidades imprecisas, e sem estabelecimento de metas e resultados claros, deficiências que são aperfeiçoadas pela linguagem superficial, está também desprovida de tecnicidade” (COSTALDELLO, 2021, p. 83).

Outra crítica observada, e que também consta na exposição de motivos, é o fato de o projeto ter deixado em aberto alguns temas que serão posteriormente objeto de regulamentação infraconstitucional, nesse sentido observa Oreiro (2021, p. 503) ao dizer que “um dos problemas da reforma é ser vaga, uma vez que deixa para regulamentar o essencial

posteriormente – como a definição das carreiras típicas de Estado, os critérios de avaliação de desempenho e as novas formas de acesso ao serviço público”.

Secchi et al. (2021, p. 10) aponta ainda para a falta na exposição de motivos de um diagnóstico detalhado dos problemas de política de gestão pública que se pretendia enfrentar e o *status quo* da administração pública brasileira. Sobre os conceitos trazidos pela PEC 32/2020 destaca ainda para

A segunda ausência é de base conceitual própria sobre administração pública e reformas administrativas. O campo disciplinar da administração pública já consolidou na literatura internacional referenciais próprios, definições, categorias e tipologias que foram visivelmente ignorados na PEC 32/2020 e suas subsequentes apresentações pela equipe econômica. Esta ausência relevante e sintomática, sendo equiparável a uma proposta de reformulação de política monetária que esquece de apontar os conhecimentos científicos fundantes da área de economia ou linhas de pensamento estabelecidas, em especial de política monetária (SECCHI et al., 2021, p. 10)

Com relação aos pontos abordados pela reforma, Secchi et al. (2021, p. 10) aponta que a proposta do Ministro da Economia tem sua temática restrita e com evidente viés de revisão das relações de trabalho no serviço público, entretanto, o autor destaca que uma reforma administrativa deveria abordar atividades e procedimento das áreas-meio; a gestão de pessoas e o desenho organizacional do serviço; o orçamento, as finanças, compras públicas, a auditoria e o controle; bem como temas sobre o desenho programático, como a descentralização, privatização e a participação cidadã.

Em uma análise sistemática do conteúdo da proposta, Secchi et al. (2021, p. 14) aferiu que ela se dedica mais da metade (53%) do conteúdo total e 74% do seu conteúdo efetivo para a regulamentação da relação de trabalho com o servidor público, entendendo que “embora importante, a área de gestão de pessoas é apenas um dos componentes de uma reforma administrativa de amplo espectro”.

Assim, as observações da doutrina sobre a PEC 32/2020 abordam os motivos que a sustentam; a necessidade de se abordar mais temas na reforma; a falta de estabilidade de servidores públicos como contrária aos preceitos constitucionais; a possibilidade de avanço estatal sem a alteração legislativa; e o fato de o texto ter deixado alguns temas a serem definidos posteriormente pela aprovação de normas infraconstitucionais.

3.1. Os possíveis problemas da falta de estabilidade

A reforma administrativa tem como objeto central um ideal do que seria o “novo serviço público”, entendendo a necessidade de mudanças no regime dos servidores e utilizando o

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

discurso de que a garantia de estabilidade de servidores públicos seria uma das causas da ineficiência administrativa e má qualidade dos serviços estatais (BORTOLINI, 2020, p. 42). Assim, o projeto propõe a flexibilização da garantia constitucional da estabilidade ao restringir somente para servidores que ocupem cargos típicos de Estado (BORTOLINI, 2020, p. 42).

Bortolini (2020) analisa em seu texto a reformulação do regime de estabilidade apresentados pela PEC 32/2020 e entende que a reforma, se aprovada, transformaria a “Administração Pública espaço de personalismo, clientelismo e cartorialismo, como a história já evidenciou, gerando riscos, ainda, de descontinuidade de políticas públicas e no serviço público” (BORTOLINI, 2020, p. 42).

O autor observa ainda que a proposta vai contra a concretização o modelo de Estado Social e Democrático de Direito, adotado pela Constituição Federal, que tem como crucial seu aparelho racional, com suas garantias ao corpo funcional (BORTOLINI, 2020, p. 42). Em suas observações ele reconhece a necessidade da realização de revisão dos processos atuais de avaliação periódica de desempenho, o que permitira a promoção de transformações efetivas no desempenho dos servidores, e a capacitação de servidores de forma estruturada, contudo, destaca que tais reformulações “não demandam a flexibilização radical da prerrogativa da estabilidade funcional, sendo razoável e suficiente o cumprimento efetivo do art. 41, § 1º, III, da CF/88” (BORTOLINI, 2020, p. 43).

3.2. Um olhar para a gestão de pessoas

Sobre a deficiência do Estado brasileiro em justificar suas políticas públicas e avaliar seus resultados, o estudo feito por Abrão, Fraga Neto e Sundfeld (2019, p. 5) destaca que “muitas categorias de servidores públicos ganham mais do que seus equivalentes na iniciativa privada” e que a falta de avaliações de desempenho e de investimentos em capacitação são básicas para a prestação de bons serviços, assim como a cobrança de resultados concretos. Sua pesquisa conclui, portanto, pela necessidade de: introdução de mecanismos formais de avaliação de impactos dos gastos com direcionamento do orçamento a alocação de recursos com base em resultados e a urgente reforma do modelo de incentivos que regem o funcionamento da máquina, com o restabelecimento da gestão de pessoas com foco em resultados (ABRÃO; FRAGA NETO; SUNDFELD, 2019, p. 38)¹⁴⁷.

¹⁴⁷ O estudo feito por Abrão, Fraga Neto e Sundfeld foi produzido em 2019, ou seja, antes da apresentação da PEC 32/2020 e trata da necessidade de uma reforma administrativa no setor público brasileiro, contudo, a proposta dos autores possui características que divergem da PEC apresentada em 2020. As ideias produzidas por

Oreiro (2021, p. 503) também reconhece que “a PEC 32 deveria ser uma reforma administrativa que alcançasse a gestão de pessoas; a estrutura organizacional; a transparência e controle e a redução do custo administrativo”, contudo, entende que o projeto “parece focar na questão fiscal sem detalhar os problemas verificados na administração pública” (OREIRO, 2021, p. 503). Destacando ainda que “a reforma cria novos meios de acesso ao serviço público e tende a reduzir fortemente os cargos em que haverá estabilidade”; que a alteração propõe a criação de cargos de liderança e assenhoramento, o que seria contrário ao estado atual; e que possibilitaria a acumulação de cargos para carreiras menos prestigiadas, aumentando a possibilidade de interferências privadas e conflitos de interesse para esses cargos (OREIRO, 2021, p. 503).

Assim, apesar de reconhecer a necessidade de melhores avaliações das produções dos servidores públicos e de programas que visem a capacitação desses profissionais, a doutrina parece compreender que a retirada da estabilidade não seria o caminho para que o Estado tenha melhores resultados no serviço público. Observando ainda que o aperfeiçoamento nas formas de avaliação de resultados e de programas de capacitação, não dependem da retirada desse direito, uma vez que essa mudança ainda parece ser contrária aos preceitos da Constituição Federal.

3.3. Possíveis desenhos de reforma do Estado

O Professor Sundfeld (2021, p. 109-110) reconhece a necessidade das reformas do Estado e sua inevitabilidade em razão de três desafios: a atual explosão fiscal enfrentada pelo Brasil, com um nível excessivo de comprometimento do orçamento da União e dos Estados e dos Municípios, e a necessidade de se pensar em como lidar com essa explosão; pela baixa produtividade estatal, uma vez que as partes do Estado teriam tido características ou desincentivos que o levam a baixa produtividade; e o caos jurídico que se dá pelo grau elevado de incerteza jurídica e incapacidade de superar conflitos jurídicos maior do que o normal.

O autor justifica a apresentação de suas soluções e suas críticas por entender que a PEC 32 possui problemas de caráter constitucional e de excesso de normas, afirmando que

A PEC 32 é um enorme e estranho projeto, que amplia a constitucionalização do RH do estado. A Constituição, cuja mudança é bem difícil (exige 3/5 dos votos dos senadores e deputados), não é lugar para tratar de recursos humanos. Não devemos transformá-la em um infundável manual de RH. O correto seria desconstitucionalizar

este estudo também sustentam a análise feita por Sundfeld (2021) que é citada neste artigo no tópico 3.3, momento em que serão demonstradas as diferenças entre a PEC 32 e a reforma proposta pelo estudo.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

regras que a Constituição já tem sobre esse tema, em especial as que impedem novas experiências. Se, ao invés da Constituição, o tema for tratado em leis, mais fáceis de mudar, será menor o risco de comprometermos o futuro com confusões constitucionais que inventarmos agora. (SUNDFELD, 2021, p. 105)

A sua proposta é enfrentar os três desafios mencionados com três caminhos.

O primeiro deles seria a partir da diminuição da rigidez do que chama de “vinculações” do orçamento público, ele menciona que “assumimos compromissos fixos excessivos com gastos públicos, por meio de normas jurídicas difíceis de mudar” e por isso seria necessária essa diminuição da rigidez, com espaço para que as vinculações sejam revistas com maior facilidade (SUNDFELD, 2021, p. 110). Segundo o autor

Teremos que diminuir essa rigidez. Não necessariamente diminuir todas as vinculações, mas a rigidez delas, para que possam ser revistas de maneira mais constante, a menor custo político, em tempo menor. Não é desamarar tudo. É abrir espaço para que essas vinculações sejam revistas com mais facilidade. Se não, vamos chegar a um impasse no estado. E quando se chega a um impasse, a solução é ruptura. (SUNDFELD, 2021, p. 110).

O segundo caminho se daria pela adoção a avaliação como premissa do agir estatal, porque percebe que não há a cultura de avaliação dentro da Administração Pública e que essas avaliações precisariam ter efeitos jurídicos concretos, como a premiação financeira de servidores produtivos, exoneração dos improdutivos e extinção de subsídios ineficientes (SUNDFELD, 2021, p. 111). Sobre esse ponto “o estado tem uma quantidade gigantesca de órgãos, de agentes, de programas, mas não avalia praticamente nada. Não existe a cultura de avaliação. Então, temos que conseguir transformar a avaliação da ação do estado, da máquina do estado, dos agentes do estado em princípio fundamental” (SUNDFELD, 2021, p. 110-111).

Em terceiro lugar, Sundfeld (2021, p. 111) destaca a necessidade de incentivos à coordenação jurídica, chamando o estado atual de “descoordenação pública” causada pelo estímulo da ideia de que “quanto mais descoordenação entre os órgãos e autoridades do estado, melhor, pois se imaginava com isso liberar as forças democráticas; liberar a capacidade criativa”. Em matéria funcional, observa esse problema na medida em que cada Estado e Município inventa suas soluções, o que estimula a descoordenação.

Com base em estudos e análises, o autor propõe outras alterações que redesenhariam a carreira servidores públicos civis contemplando:

1. a diminuição do número de carreiras e ampliação de competências; 2. o planejamento da força de trabalho como condicionante às contratações, promoções e redistribuição; 3. a implantação da avaliação de desempenho; e 4. o estabelecimento de uma moratória funcional até que os itens anteriores estejam implementados (SUNDFELD, 2021, p. 111).

Sendo que as propostas apresentadas por Sundfeld, o redesenho deve abranger quatro grandes iniciativas

1. planejamento da força de trabalho e a racionalização, redução e padronização dos planos de carreira no serviço público federal; 2. reforço dos conceitos de meritocracia no setor público, por meio da implementação e revisão de dispositivos legais e processos; 3. ganhos de produtividade no setor público; e 4. racionalização dos custos da máquina pública. (SUNDFELD, 2021, p. 111).

Assim, a análise crítica de Sundfeld (2021, p. 112) busca destacar que, apesar de necessárias, as reformas podem ser feitas de diferentes formas que não enfrentem debates constitucionais, como a questão da estabilidade dos servidores e afirma que “o governo que quiser fazer mudanças tiver boas ideias, terá na legislação um amplo espaço para avançar nossa organização estatal”.

Observa-se ainda que a análise de Sundfeld tem sua importância na medida que apresenta um debate acadêmico que se baseia em estudos¹⁴⁸ e oferece propostas alternativas ao texto criticado, por isso suas observações se mostram relevantes como um ponto de partida para se pensar a PEC 32/2020.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo se propôs a observar as características da reforma administrativa proposta pela PEC 32/2020, o contexto em que as mudanças foram apresentadas e as motivações de quem a surgiu. Por entender que uma mera exposição da reforma não seria suficiente para a sua análise, entende-se necessário o apontamento das observações feitas pela doutrina crítica e por estudos sobre o tema.

Este artigo partiu da ideia de que a análise crítica é essencial para o processo democrático de reforma legislativa e que propostas, como a PEC 32/2020, devem passar pelo olhar da pesquisa acadêmica para que sejam mais bem sustentadas.

Assim, passou-se a mencionar os entendimentos feitos por estudiosos do assunto, em especial por análises feitas após a apresentação do texto da reforma administrativa. As críticas citadas se iniciaram com a motivação da apresentação da proposta, abordaram a questão da centralidade da reforma no papel do servidor público e passaram para observações que sugerem uma forma alternativa de reforma.

Em que pese a necessidade de uma reforma seja reconhecida por boa parte da doutrina, os caminhos adotados pela PEC 32/2020 não são vistos como uma solução para os

¹⁴⁸ Sobre os estudos que baseiam a ideia de Sundfeld, ver Abrão; Fraga; Sundfeld, 2019.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

problemas já existentes na administração pública, mas sim como possíveis causadores de novos – e quiçá maiores – problemas e deixa de abordar temas essenciais para as melhorias estatais. Inclusive, alguns temas da proposta feita pelo Ministro da Economia são compreendidos pela doutrina como contrários aos preceitos que guiam a Constituição Federal, em especial a alteração que pretende o fim da estabilidade de servidores públicos, o que iria contra a proteção garantida pela norma constitucional e contra o modelo de Estado Social e Democrático de Direito.

Assim, este artigo buscou traçar linhas introdutórias para um estudo aprofundado da reforma da previdência, destacando a necessidade de que a análise do tema considere as ponderações críticas feitas pela doutrina.

Ainda não se sabe se a PEC 32/2020 será votada e aprovada ainda no ano de 2022, contudo, destaca-se que é importante que a reforma administrativa seja discutida, que melhorias no serviço prestado pelo Estado sejam feitas e que os custos da máquina estatal sejam revisados. O tema é necessário e a pesquisa acadêmica e a participação da Academia nos debates de propostas legislativas permitem que a PEC 32/2020 seja vista por um olhar técnico e baseado em dados e pesquisas concretas, sendo essencial para os avanços da administração pública.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Ana Carla; FRAGA, Amínio; SUNDFELD, Carlos Ari. A Reforma do RH do Governo Federal. S.l.: Olyver Wyman, 2019. (Série Panorama Brasil). Disponível em: <https://www.oliverwyman.com/br/insights/2019/march/a-reforma-do-rh-do-governo-federal.html> . Acesso em: 03 jan. 2022.

AGÊNCIA BRASIL. Política. Governo envia PEC da reforma administrativa para análise do Congresso. 2020. Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2020-09/governo-envia-pec-da-reforma-administrativa-para-analise-do-congresso> Acesso em 05 jan. 2022.

BITENCOURT, Caroline Müller; TRINDADE, Jonas Faviero. As propostas da reforma administrativa – PEC32: um olhar crítico sobre os possíveis flertes com o patrimonialismo. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE, Editora Íthala, p. 114-136, Curitiba: 2021.

BORTOLINI, André Luís. PEC 32/2020 E A ESTABILIDADE DE SERVIDORES PÚBLICOS COMO VILÃ. Revista do Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, v. 7, n. 13, 2020.

BRASIL. Secretaria-geral. EM n. 00047/ME, Brasília, 2020a. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MECON/2020/47-ME.htm. Acesso em: 08 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição PEC 32/2020. Altera disposições sobre servidores, empregados públicos e organização administrativa, Brasília, 2020b. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2262083>. Acesso em: 08 jan. 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Reforma administrativa: veja as diferenças entre a proposta do governo e o texto aprovado pela comissão. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/810414-reforma-administrativa-veja-as-diferencas-entre-a-proposta-do-governo-e-o-texto-aprovado-pela-comissao/>. Acesso em 10 jan. 2022.

BREMBATTI, Katia. Conheça os pontos de destaque da reforma administrativa, emperrada no Congresso. CNN Brasil, 01 jan. 2022. CNN Brasil Business. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/conheca-os-pontos-de-destaque-da-reforma-administrativa-emperrada-no-congresso/>. Acesso em 20 jan. 2022.

COSTALDELLO, Angela Cassia. Reforma Administrativa e Seus Retrocessos: Reflexões Sobre a PEC n. 32/2020 In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE, Editora Íthala, Curitiba: 2021, p. 80-103.
IRINEU, Judite Martins. Reforma Administrativa, Tendências Gerenciais Da Administração Pública Brasileira E A Pec 32/2020. 10º SEMINÁRIO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DO IDP, v. 1, n. 1, 2020.

MATIAS-PEREIRA, José. Administração pública comparada: uma avaliação das reformas administrativas do Brasil, EUA e União Européia. Revista de Administração Pública, v. 42, p. 61-82, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 32a. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

OREIRO, José Luis; FERREIRA-FILHO, Helder Lara. A PEC 32 da Reforma Administrativa: Uma análise crítica. Brazilian Journal of Political Economy, v. 41, p. 487-506, 2021.

OREIRO, José Luis. A PEC 32 da reforma administrativa: reformar o serviço público para acabar com o Estado do Bem-Estar Social e implantar o Estado neoliberal. Out. 2020.

SECCHI, Leonardo et al. Reforma Administrativa no Brasil: Passado, Presente e Perspectivas para o Futuro frente à PEC 32/2020. Cadernos Gestão Pública e Cidadania, v. 26, n. 83, 2021.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, 43(2), 2009, 347-369.

SUNDFELD, Carlos Ari. Reforma Administrativa: críticas e caminhos. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson. O DIREITO ADMINISTRATIVO DO PÓS-CRISE, Editora Íthala, p. 104-113, Curitiba: 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

WUNDER HACHEM, Daniel; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. Cuestiones constitucionales, n. 39, p. 131-167, 2018.

**A NOVA LEI DE LICITAÇÕES E SEU IMPACTO NOS DIREITOS HUMANOS: A
PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO E DO COMBATE À VIOLÊNCIA
CONTRA A MULHER**

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza¹⁴⁹

Stênio Luiz Paixão Dória de Freitas¹⁵⁰

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr¹⁵¹

1. INTRODUÇÃO

Levando em consideração o fato de que a implementação da lei 14.133/2021 no Brasil foi um dos maiores marcos e avanços no processo de licitações e contratos administrativos, é necessário ponderar sobre os impactos no tocante à equidade de gênero e proteção às mulheres. Ao se ressaltar a necessidade do constante combate à violência e promoção de igualdade, devem ser refletidos os eventuais riscos, benefícios e problemáticas relacionadas à nova Lei de Licitações e direitos humanos ali envolvidos.

No decorrer das últimas décadas, a original Lei de licitações acabou se tornando um produto de seu tempo, não sendo tão eficaz em uma sociedade contemporânea, ainda mais se considerado o fato da radical mudança global causada pela pandemia do COVID-19. Portanto, a nova lei de licitações trouxe atualizações necessárias às contratações e seu controle, além de buscar tornar o processo licitatório que envolve emergências provenientes da saúde pública mais célere e ágil.

O objetivo principal desta revisão de literatura é analisar a nova Lei de Licitações (nº 14.133/2021) e seus impactos nos Direitos Humanos. Os objetivos específicos são: descrever os impactos trazidos pela Lei nº 14.133/21 na equidade de gêneros; desvelar a regulamentação das licitações e contratações públicas e verificar as implicações da Lei de Licitações no combate à violência contra a mulher.

¹⁴⁹ Pós-Doutora em Direito Digital pela Mediterranean International Centre for Human Rights Research dell'Università Mediterranea di Reggio Calabria (Itália). Pós-Doutora em Direito e Doutora em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia-UFBA. Doutora em Educação e Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe-UFS. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3725-6339>. E-mail: patncss@gmail.com.

¹⁵⁰ Estudante do Curso de Graduação em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT); membro do Grupo de Pesquisa em Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos (DPEJDH/UNIT/CNPq). Bolsista do PIBIC/CNPq. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0292-6555>. E-mail: Stenio.freitas@hotmail.com.

¹⁵¹ Doutora em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1996). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Espírito Santo (1991). É advogada. Professora e Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba / UNICURITIBA. Realizou estágio Pós-Doutoral na Universidade de Coimbra (2015/2016).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O presente artigo caracteriza-se como um estudo descritivo e explicativo, com uma abordagem qualitativa. A natureza da pesquisa é aplicada, utilizando-se de fontes bibliográficas e documentais e de uma epistemologia positivista. Justifica-se a propositura desse estudo, pela pertinente e atual questão da implementação da lei 14.133/2021, suas consequências e principais inovações processuais e sociais.

2. A NOVA LEI DE LICITAÇÕES

A Lei 14.133/2021 representa uma enorme inovação e atualização contemporânea para os processos licitatórios, uma vez que adaptou alguns dos tópicos presentes na Lei anterior (8.666/1993), os pautando na situação global atual, além de tentar agilizar e acelerar os mesmos, ainda que falhando em alguns aspectos (DI PIETRO; MARRARA, 2021).

Ainda que não intencionalmente, a atenção a detalhes envolvendo a nova lei de licitações acabou causando o efeito contrário ao desejado, aumentando a morosidade do processo, como afirmaram Di Pietro e Marrara:

Outra falha imensa da lei é o excesso de formalismo, o excesso de pormenores, o excesso de normas, algumas de difícil compreensão, caminhando em sentido inverso ao da apregoada desburocratização da Administração Pública. Os procedimentos excessivamente formais acabam incentivando a procura por caminhos paralelos, que facilitam a corrupção (DI PIETRO E MARRARA, 2021, p. 4).

Ademais, a principiologia da nova lei de licitações acabou por ser excessiva, afetando negativamente a segurança jurídica subjetiva, de acordo com Souza:

A nova lei de licitações e contratos administrativos apresenta características que transitam entre tentativas de implementação de novas práticas para a gestão pública e disposições maximalistas em seus comandos gerais. Ao todo, a norma é composta por 194 artigos e, sobretudo, por uma principiologia um tanto quanto excessiva, o que pode levar à insegurança jurídica pela subjetividade concreta (princípios são normas abstratas) (SOUZA et al, 2021, p. 7).

Entretanto, é necessário salientar o fato de que, apesar dos contratemplos, a nova lei de licitações trouxe uma notável tentativa de reorganização processual, além de atentar ao aspecto social nos processos licitatórios, o que não pode ser ignorado (RÊGO, 2021).

Tal preocupação pode ser observada no artigo 5º do dispositivo legal supracitado, que explicita:

Na aplicação desta Lei, serão observados os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, do interesse público, da probidade administrativa, da igualdade, do planejamento, da transparência, da eficácia, da segregação de funções, da motivação, da vinculação ao edital, do julgamento objetivo, da segurança jurídica, da razoabilidade, da competitividade, da

proporcionalidade, da celeridade, da economicidade e do desenvolvimento nacional sustentável [...] (BRASIL, 2021, s/n).

Abordando alguns dos principais tópicos, o princípio da legalidade faz jus à máxima da defesa em lei, ou seja, apenas será lícito aquilo que está determinado ou autorizado pela mesma (RÊGO, 2021).

No tocante ao princípio da impessoalidade, este afirma o ponto de no processo licitatório não haver discriminação quanto a quem dele participe ou que admita favoritismos. Seria uma discriminação reprovável, como explica Rêgo:

O basilar princípio da impessoalidade, quando incide nas contratações públicas, tem em vista a necessidade premente de empreender tratamento impessoal e desinteressado em relação a todos os licitantes envolvidos no certame. É que, sendo o objetivo primordial das licitações a contratação mais vantajosa para a Administração Pública, não faria sentido uma atuação discriminatória ou tendente a favoritismos. Com efeito, o ente licitante que, por qualquer motivo, beneficia particulares específicos vulnera o princípio da impessoalidade, pois se afasta da busca por um resultado final que seja o melhor para a Administração Pública (RÊGO, 2021, p. 22).

O princípio da moralidade é pautado na boa-fé, sem intenções ocultas contrárias à moral administrativa, enquanto o princípio da publicidade busca proporcionar o livre acesso, seja por partes diretas ou indiretas, dos atos praticados nos processos licitatórios (RÊGO, 2021).

O princípio da eficiência, por fim, se refere à tentativa de garantir o melhor resultado possível da forma mais célere disponível, não se apegando a banalidades (RÊGO, 2021).

Além destes princípios, a Lei também inovou quanto à proteção de gênero, como será discutido mais adiante.

2.1. Contratações

A fase das contratações estabelecida pela Lei nº 14.133/2021 é pautada na divisão em algumas etapas básicas, havendo uma clara progressão se comparada com a lei 8.666/1993, visto que a Administração Pública depende do cuidadoso planejamento e controle na execução contratual, como afirma Guimarães (2021). O autor ainda completou:

Em sentido amplo é possível afirmar que planejamento é um processo que visa determinar a direção a ser seguida para se alcançar determinado resultado. Possibilita a percepção da realidade fática de certa situação, a avaliação das alternativas e dos possíveis caminhos a serem trilhados. Trata-se, pois, de um processo de avaliação e deliberação prévia que organiza e racionaliza ações, antevendo resultados, e que tem por escopo atingir, da melhor forma possível, os objetivos predefinidos (GUIMARÃES, 2021, p. 46)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Destarte, a adição do diálogo competitivo também auxilia a eficácia das contratações e prestações de serviços, como afirma Souza:

A nova modalidade do Diálogo Competitivo, previsto no inciso XLII, do artigo 6º, para a contratação de obras, serviços e compras, onde a Administração Pública realiza diálogos com licitantes previamente escolhidos, utilizando de requisitos objetivo para tanto, com a finalidade de desenvolver uma ou mais opções adequadas a cumprir as suas demandas, exigindo ao final do diálogo a apresentação da proposta terminativa por parte dos licitantes (SOUZA et al, 2021, p 10).

Assim sendo, se fez necessária a elaboração de uma estratégia para o bom andamento destas. Inicialmente, é possível observar o plano de contratação anual (PCA), que funcionaria como uma ferramenta voltada para a boa gestão orçamentária, servindo como base em um sistema anual (GUIMARÃES, 2021).

Ademais, uma função secundária deste seria a diminuição de despesas e aquisições desnecessárias, contratações com recursos insuficientes e outras possibilidades (GUIMARÃES, 2021).

Sobre o processo interno licitatório, aqui se encontra outra grande inovação do dispositivo legal atual. Ao contrário da Lei 8.666/1993, que não prescreve ritos procedimentais ou atos a serem praticados, a Lei 14.133/2021, em seu artigo 18, explicita os deveres e andamentos solicitados internamente (GUIMARÃES, 2021).

Primeiramente, o Estudo Técnico Preliminar (ETP) funciona como o ato responsável por iniciar a fase introdutória do processo, sendo detalhado minuciosamente no primeiro parágrafo do artigo 18 desta lei. Contudo, tal alteração, justamente por ser demasiadamente detalhista, contribui diretamente com a burocracia processual, uma vez que a morosidade inicial impede o simples cumprimento das atribuições legais (GUIMARÃES, 2021).

Posteriormente, será abordada a orçamentação do objeto, extremamente importante para todo e qualquer processo licitatório, uma vez que tais informações servirão como base durante o decorrer das diligências processuais (GUIMARÃES, 2021).

Destarte, a análise de riscos se volta para a devida avaliação e planejamento no tangente aos eventuais empecilhos ou contratempos que possam vir a atrapalhar o sucesso licitatório, como afirmou Guimarães (2021). O autor continuou ao explicitar:

Em que pese entendermos que esta análise é procedimento importante e salutar, que possibilita prever questões incidentais à licitação e à própria execução contratual, bem como estabelecer medidas que possam afastá-las ou ao menos mitigá-las, o legislador deveria ter estabelecido a sua obrigatoriedade apenas para contratação de objetos de valores expressivos. Todavia, em mais uma passagem da lei marcada pelo excesso de burocracia e formalismo, a análise de riscos deve ser realizada tanto para aquisição de material de expediente, quanto para uma obra de engenharia e até mesmo nas contratações diretas por dispensa ou inexigibilidade (GUIMARÃES, 2021, p. 53).

Contudo, a Lei 14.133/2021 não especifica um devido processo para tal análise, podendo ser apresentada de diversas formas diferentes (GUIMARÃES, 2021).

No tangente às contratações diretas, a norma estabelecida na lei supracitada tornou-se mais clara e sucinta se comparada com a Lei 8.666/93, visto que os requisitos documentais para estas estão dispostos no artigo 72 (MOTTA, 2021). Eles seriam:

Art. 72. O processo de contratação direta, que compreende os casos de inexigibilidade e de dispensa de licitação, deverá ser instruído com os seguintes documentos:

I - documento de formalização de demanda e, se for o caso, estudo técnico preliminar, análise de riscos, termo de referência, projeto básico ou projeto executivo;

II - estimativa de despesa, que deverá ser calculada na forma estabelecida no art. 23 desta Lei;

III - parecer jurídico e pareceres técnicos, se for o caso, que demonstrem o atendimento dos requisitos exigidos;

IV - demonstração da compatibilidade da previsão de recursos orçamentários com o compromisso a ser assumido;

V - comprovação de que o contratado preenche os requisitos de habilitação e qualificação mínima necessária;

VI - razão da escolha do contratado;

VII - justificativa de preço;

VIII - autorização da autoridade competente (BRASIL, 2021).

Há, também, a hipótese da inexigibilidade da licitação, que seria fundada na ausência de viabilidade da competição, como explica Motta (2021). Aprofundando:

O fundamento na inviabilidade de competição é suficiente para concluir que as hipóteses legais de inexigibilidade, ao contrário das situações de dispensa, são exemplificativas - inviável esperar que o legislador conseguisse prever, de antemão, todos os casos nos quais a competição não é viável. Com efeito, a utilização do qualificativo "em especial" reforça a interpretação favorável à caracterização do rol como exemplificativo, admitindo que situações específicas possam ser enquadradas no caput do art. 74 (MOTTA, 2021, p. 115).

Outra inovação importante neste contexto seria a voltada à contratação durante a pandemia de COVID-19, situação global continuada. Já na lei 13.979/2020, é possível observar a crescente necessidade de adaptar o processo licitatório às demandas contemporâneas, buscando o tornar mais ágil e célere, ligado ao sentido emergencial da questão da saúde pública (FERRAZ; MOTTA, 2021).

Ademais, é necessário discutir acerca do controle das contratações, tanto por parte da administração pública quanto por parte de órgãos e entidades, conforme explicam Ferraz e Motta:

Com efeito, a existência de mecanismos de controle da Administração Pública é, no âmbito da organização estatal, um dos instrumentos hábeis a assegurar a liberdade dos cidadãos, mediante contenção do poder estatal, sendo certo que a subordinação da atividade contratual da Administração Pública aos ditames da lei e do Direito

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

responde a exigências de impessoalidade e isonomia, e também de consecução do interesse público (FERRAZ; MOTTA, 2021, p. 259).

Os tribunais de Contas (TC) desempenham papel fundamental neste âmbito, auxiliando a Administração Pública em diversos aspectos, como explica Souza:

No âmbito do consensualismo da Administração Pública, o que se almeja é viabilizar a integração entre os novos paradigmas da juridicidade e da Administração consensual, permitindo que o controle ganhe características de diálogo, para maximizar os objetivos fundamentais e os fundamentos do Estado Democrático de Direito. Os Tribunais de Contas, neste contexto, realizam papel fundamental no controle, seja no acompanhamento, seja na fiscalização das contratações públicas. Além disso, através da capacitação dos servidores públicos, promovendo cursos e eventos, presenciais ou virtuais, direcionados para o desempenho das funções de execução (art. 173). Eis neste dispositivo a importância das Escolas de Contas, como ferramentas essenciais na promoção deste aperfeiçoamento (SOUZA et al, 2021, p.12).

Há de se destacar a confusão do conceito de controle interno em âmbito licitatório. Neste caso, este controle seria focado nas entidades responsáveis por fiscalizar patrimonialmente, financeiramente e operacionalmente a Administração Pública (FERRAZ; MOTTA, 2021).

O controle externo, por sua vez, é dividido em duas matrizes (Controle parlamentar indireto e Tribunal de Contas), e as responsabilidades anteriormente listadas seriam passadas a estes (FERRAZ; MOTTA, 2021).

O controle das contratações públicas pode ser feito de forma objetiva (através de diretrizes explícitas) ou subjetivamente (majoritariamente, através do modelo de três linhas de defesa). Contudo, existem certos critérios para estas atividades de controle, os quais são pautados, segundo o Tribunal de Contas da União (TCU), pela relevância, materialidade, risco e oportunidade, conforme Ferraz e Motta (2021). Ambos prelecionam que:

Dessa forma, a escolha dos objetos e ações de fiscalização não é livre, mas juridicamente regulada e condicionada para que a priorização recaia sobre contratações que envolvam maior volume de recursos financeiros, estejam sujeitas a maiores riscos de desvios e que possam trazer maiores benefícios para a sociedade e para o interesse público. A efetiva aplicação dos critérios comentados e o peso atribuível a cada qual deve ser objeto de motivação consistente nos processos de fiscalização (FERRAZ; MOTTA, 2021, p. 269).

Portanto, existe todo um planejamento cuidadoso envolvido no próprio controle das contratações. Tais atitudes, como esperado, geram consequências para o processo licitatório, como afirmam Ferraz e Motta:

A regulação normativa das consequências da ação fiscalizadora das contratações públicas na Lei nº 14.133/2021 deve ser interpretada de acordo com os dispositivos constitucionais referidos. A sistemática legal contempla, como dito, dois graus de ofensa ao ordenamento jurídico: impropriedades formais (em sentido semelhante às

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

irregularidades previstas na Constituição) e irregularidades que configurem dano à Administração (em sentido aproximado às ilegalidades referidas no texto constitucional) (FERRAZ; MOTTA, 2021, p. 270).

Sobre as chamadas contratações verbais, algumas alterações foram feitas no tocante às exceções de cabimento, tendo em vista que, em regra, esta modalidade ainda é nula e sem efeitos.

Na Lei n. 14.133/2021 não só o teto é maior, fixado em R\$ 10.000,00, como também contempla gastos com prestação de serviços. É o que se extrai do § 2º do artigo 95 do novo diploma legal. Também não é exigido que a compra seja feita em regime de adiantamento, o que representa outra flexibilização dos estreitos limites delineados para contratos verbais com a Administração Pública (MEDEIROS, 2021, p. 174).

Continuando o progresso supracitado, há a adesão da possibilidade de celebração de contratos administrativos de forma eletrônica, auxiliando a dinamicidade dos mesmos, ainda que de forma relativamente tardia (MEDEIROS, 2021).

Quanto a duração dos contratos, há de se destacar a alteração acerca da existência (ou ausência de) vigência máxima de acordo com a regra geral prevista na nova lei de licitações.

[...] o que a Lei n. 14.133/2021 fez foi apenas desatrelar a vigência do início e fim do exercício orçamentário, permitindo maior racionalidade na prática administrativa. A preocupação com a disponibilidade orçamentária persiste e está encartada em vários dispositivos esparsados ao longo de toda a Lei n. 14.133/2021 (QUINT, 2021, p. 82).

Assim sendo, há uma notável preocupação acerca do controle das contratações, duração e das consequências deste na Lei 14.133/2021, fatores estes que não estavam presentes na Lei 8.666/1993.

Contudo, as alterações nos contratos se mantiveram muito semelhantes se comparadas à lei anterior.

A semelhança com o regramento expresso no artigo 65 do diploma anterior é manifesta. Existem, de fato, algumas inovações pontuais que, a bem da verdade, apenas contemplam posicionamentos que já prevaleciam na jurisprudência dos tribunais e, em especial, do Tribunal de Contas da União. Inobstante, o regime persiste substancialmente o mesmo da Lei n. 8666/1993 (ASSIS, 2021, p. 189).

Portanto, não foram feitas revoluções neste tópico na nova lei de licitações, se comparadas com o regimento anterior.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. EQUIDADE DE GÊNEROS NA LEI Nº 14.133/2021 E VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

O foco em assegurar a equiparação das condições entre gêneros é uma das mais louváveis adições da nova lei de licitações. A discrepância entre estes pode ser explicada por Têmis Limberger, em sua obra Cibertransparência:

No Estado Liberal, o conceito de cidadania se encontra relacionado à questão de nacionalidade. Ser cidadão equivalia ser nacional de um Estado. Nas sociedades plurais do nosso tempo, os Estados englobam realidades complexas e termos de multiculturalidade e de multinacionalidade; desse modo, a relação cidadão e nacional restou perdida (LIMBERGER, 2016, p. 85).

Há, portanto, a necessidade de amparo legal em prol da equidade, sendo este um dos principais direitos humanos listados pela própria ONU, por exemplo.

Nesse sentido, Norberto Bobbio explica:

Os direitos de homem, apesar de terem sido considerados naturais desde o início, não foram dados de uma vez por todas. Basta pensar nas vicissitudes da extensão dos direitos políticos. Durante séculos não se considerou de forma alguma natural que as mulheres votassem. Agora, podemos também dizer que não foram dados todos de uma vez e nem conjuntamente. Todavia, não há dúvida de que as várias tradições estão se aproximando e formando juntas um único grande desenho da defesa do homem, que compreende os três bens supremos da vida, da liberdade e da segurança social (BOBBIO, 2004, p. 95).

Ao ponderar sobre a violência no Brasil, é possível perceber a vasta quantidade de vítimas do sexo feminino, com dados divulgados pelo próprio Governo Federal e pela Ministra Damare Alves indicando o número de 105 mil denúncias efetuadas nas plataformas especializadas (BRASIL, 2021).

Assim sendo, se faz necessária a constante proteção à mulher contra a violência e seus diferentes tipos, além de garantias legais para a manutenção destes (LIMBERGER, 2016).

Portanto, com a vigência da Lei 14.133/2021, foram estabelecidas duas hipóteses principais voltadas para a equidade de gêneros: o explicitado no artigo 25, em seu nono parágrafo, inciso I, e o descrito no artigo 60, inciso III.

O primeiro se refere à possibilidade expressa de percentual mínimo previsto em edital de mulheres vítimas de violência doméstica (BRASIL, 2021).

Se faz necessário este suporte, considerando o pensamento feito por Narvaz e Koller:

O fenômeno da violência contra as mulheres acarreta sérias e graves consequências não só para o seu pleno e integral desenvolvimento, comprometendo o exercício da cidadania e dos direitos humanos, mas também para o desenvolvimento socioeconômico do país (NARVAS, KOLLER, 2006, p. 8).

O não amparo de mulheres na situação supracitada pode solidificar o sentimento de solidão e baixa autoestima por uma rejeição da sociedade, como comentam Cerqueira, Moura e Pasinato:

O que esses dados mostram é que, de forma nociva, porque naturalizada, lares violentos contribuem para a reprodução da desigualdade de gênero a partir de modelos tradicionais fundados nos estereótipos da força e do poder masculino versus a submissão e docilidade feminina. Apesar das mudanças sociais ocorridas nas últimas décadas, impulsionadas pelos avanços dos direitos das mulheres e de sua emancipação sexual, política e econômica, de forma perniciosa, esses modelos contribuem para manter ativo um ideário de que as mulheres devem viver subordinadas aos desejos masculinos de posse e controle sobre sua autonomia (CERQUEIRA, MOURA E PASINATO, 2019, p. 8).

Assim sendo, a inclusão desta hipótese no dispositivo legal auxilia a equidade de gêneros, uma vez que a complexidade de tais questões podem ser abrangida e garantida no processo licitatório (NARVAZ; KOLLER, 2006).

O segundo artigo se refere aos critérios de desempate entre duas ou mais propostas, em que um licitante pode obter uma vantagem pela medição das ações de equidade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho (BRASIL, 2021).

A inclusão de tal hipótese auxilia na difusão da importância da valorização da equidade entre gêneros, visto que esta pode ser uma hipótese de sucesso no processo licitatório. Porém, a nova lei de licitações não propôs o suficiente para garantir a supracitada equidade, se limitando a apresentar certos avanços e olvidar outros.

Primeiramente, o explicitado no artigo 25, § 9º, I, é uma hipótese que pode ser adotada pelo contratante, também devendo ser repartida com o contido no inciso II.

Há uma relação, ainda que variável entre pesquisadores, da violência doméstica e o modelo econômico que as cerceiam. A inserção no mercado de trabalho pode ser um fator importante para a diminuição desta violência.

Aizer (2010) encontrou a relação entre a diminuição do diferencial salarial entre homens e mulheres e violência doméstica nos Estados Unidos. Anderberg et al. (2013) encontraram que o desemprego de homens e mulheres têm sinais contrários em relação à violência doméstica. Enquanto o maior desemprego do homem é associado à diminuição da violência, o inverso ocorre com as mulheres (CERQUEIRA; MOURA; PASINATO, 2019, p. 10).

Entretanto, a explicação através do modelo econômico não é suficiente, tendo em vista uma vasta gama de fatores externos e internos que podem interferir na eventual inserção da mulher vítima de violência doméstica no mercado de trabalho.

Os modelos econômicos [...] possuem importantes limitações, que não dão conta de explicar vários fatos estilizados. [...] Uma grande restrição desses modelos se refere ao não reconhecimento de que a reação da mulher ao abuso é moldada por um

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

processo decisório que é variante no tempo e dependente da trajetória de vida dela. Mulheres que são vítimas recorrentes de violência doméstica possuem maiores chances de desenvolverem problemas crônicos de ordem física e mental, que não apenas dificultam ou obstruem a sua participação no mercado de trabalho, mas criam outros laços de dependência psíquica com o parceiro, que dificultam a barganha e impõem obstáculos à dissolução do casamento (CERQUEIRA; MOURA; PASINATO, 2019, p. 11).

Dessarte, a garantia legal do trabalho àquelas que sofreram e sofrem com violência doméstica não poderia se limitar ao percentual mínimo de mão de obra, sendo agravado pela necessidade de dividir o total com oriundos e egressos do sistema prisional.

O artigo 60, III, como supracitado, funciona apenas como um critério de desempate, ou seja, será usado em situações excepcionais. Não é sequer o principal critério, o que demonstra uma latente falta de preocupação com a temática.

É de fácil percepção as diversas dificuldades sofridas por mulheres na questão da equidade de gênero no mercado de trabalho, sendo mais acentuadas em cargos de gerência.

Pesquisa recente do IBGE sobre a situação da mulher no mercado de trabalho brasileiro e que foi divulgada no último dia 08 de março mostrou que entre 2012 a 2016 as mulheres perderam 30 mil cargos de gerência no Brasil. E que em 2016 a diferença entre homens e mulheres no que tange aos salários chegou a 25%. Esses números apresentam-se ainda mais significativos quando são analisados os grupos de mulheres, incluindo aí categorias como cor. Apesar de mais escolarizadas e qualificadas essas mulheres se deparam com um “teto de vidro”, que é uma barreira sutil e invisível que combina vários elementos que dificultam a consolidação da carreira feminina (SILVA, 2018, p. 440).

Logo, a equidade de gêneros deve ser encorajada de forma mais assertiva, não funcionando apenas como um terceiro critério de desempate para concessão de licitações, principalmente em empresas privadas, como comentou Silva:

É dessa forma, que a crença de que o privado é um espaço de responsabilidade da mulher, que se criam inúmeras dificuldades para elas se estabelecerem no mercado de trabalho e para serem tratadas por esse mercado de maneira igual ao homem. A ideia de que suas carreiras são descontínuas, já que seu principal foco é o lar, corrobora a oferta de empregos precários e de menores salários. Em outros casos, suas qualificações são percebidas como “qualidades inatas” criando assim as profissões “boas para mulher” [...], o que também reforça a desvalorização dessas profissionais (SILVA, 2018, p. 442)

Assim sendo, a nova lei de licitações, apesar de apresentar hipóteses anteriormente ausentes ao processo licitatório, não propõe o suficiente para promover de forma eficaz a equidade entre gêneros, mas já é um começo.

4. CONCLUSÕES

No decorrer deste trabalho, a discussão acerca da nova lei de licitações e sua implementação foi fundamentada com as diferentes perspectivas processuais e sociais em mente. Tal dispositivo legal surge como grande trunfo para inovação e garantias processuais, uma vez que as consequências de sua promulgação e atual vigência são inegáveis. Todavia, há de se apontar um grande marco para os direitos humanos, em principal no sentido da equidade de gêneros.

Como dito anteriormente, a declaração universal dos direitos humanos buscou garantir uma série de possibilidades a todos os indivíduos. Contudo, ainda é possível observar uma vasta discrepância entre o inicialmente planejado e a situação global atual. A nova lei de licitações impactou positivamente a constante busca pela equidade de gêneros diante da Administração Pública, trazendo algumas garantias anteriormente ausentes.

Não obstante, há que se discutir sobre a eficácia das medidas visando a equidade. Se, por um lado, estas eram ausentes na antiga lei de licitações, as hipóteses previstas no novo dispositivo não são suficientemente aptas a promover um cenário de equidade satisfatório, tendo em vista que abrangem porções muito pequenas de editais e critérios de desempate.

Além disso, a regulamentação das contratações e do seu controle merece destaque, uma vez que, através de um planejamento eficaz, busca-se garantir maior segurança jurídica e celeridade ao processo licitatório. Contudo, tal aplicação não gerou de forma perfeita o efeito esperado, uma vez que o vasto nível de detalhes e pormenores acaba por dificultar o entendimento e cumprimentos de tais requisitos, o que contribui para a burocracia e morosidade processual.

Ainda assim, a nova lei de licitações não pode ser considerada como um retrocesso, já que trouxe garantias essenciais para outros aspectos do processo de licitações e seus contratos administrativos, além de ter grande relevância em um aspecto social, ainda que não sendo este o foco do dispositivo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Luiz Eduardo Altenburg de. Alteração dos Contratos Administrativos. NIEBUHR, Joel de Menezes (organizador). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 189-199.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Leis de Licitações e Contratos Administrativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm. Acesso em: 28 nov. 2021.

BRASIL. Canais registram mais de 105 mil denúncias de violência contra mulher em 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistencia-social/2021/03/canais-registram-mais-de-105-mil-denuncias-de-violencia-contramulher-em-2020>. Acesso em: 28 nov. 2021.

CERQUEIRA, Daniel et al. Participação no Mercado de Trabalho e Violência Doméstica Contra as Mulheres no Brasil. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada.- Brasília, 2019, 38p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. 645p.

FERRAZ, LUCIANO. MOTTA, Fabrício. Controle das Contratações Públicas. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 259-274.

GUIMARÃES, Edgar. Inovações no Planejamento da Fase Interna das Contratações. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et al. Licitações e contratos administrativos: inovações da Lei 14.133/21. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 45-54.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência - informação pública em rede: a virtualidade e suas repercussões na realidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

MEDEIROS, Isaac Kofi. Formalização dos Contratos In: NIEBHUR, Joel de Menezes et al. Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 173-180.

NARVAZ, Martha Giudice. KOLLER, Silvia Helena. Mulheres vítimas de violência doméstica: Compreendendo subjetividades assujeitadas. In PSICO. Porto Alegre, PUCRS, v. 37, n. 1, pp. 7-13, jan./abr. 2006.

QUINT, Gustavo Ramos da Silva. Duração dos Contratos. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (organizador). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p. 180-188.

RÊGO, Eduardo de Carvalho. Princípios Jurídicos Previstos na Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. In: NIEBUHR, Joel de Menezes (organizador). Nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 2. ed. Curitiba: Zênite, 2021, p 19-33.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 16

SILVA, Marusa Bocafoli da. Mulher e Mercado de Trabalho: É Possível uma Equidade de Gênero. In FRAGMENTOS DE CULTURA, Goiânia, v. 28, n. 3, p. 435-446, jul./set. 2018.

SOUZA, Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral de et al. INCLINAÇÕES PRAGMÁTICAS NA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (LEI Nº 14.133/2021): NOVOS PRINCÍPIOS, VELHOS PROBLEMAS. In Revista de Direito Brasileira. Florianópolis, SC. v. 29, n. 11, p. 4-15, Maio/Ago. 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

AS TECNOLOGIAS ASSISTIVAS COMO MEIO DE DEMOCRATIZAÇÃO DA EDUCAÇÃO

Marcianita Lopata De Lima¹⁵²

Fernando Gustavo Knoerr¹⁵³

Antonio Evangelista de Souza Netto¹⁵⁴

1. INTRODUÇÃO

A educação como Direito Humano integra a Segunda Geração de Direitos Fundamentais, considerada como um Direito Social, tendo em vista que sua garantia promove a construção de uma sociedade solidária.

Por essas razões é que a educação é um meio que deve ser pautado pela promoção da igualdade de direitos e do exercício da cidadania, conforme dispõe a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 e a Constituição Federal de 1988 do Brasil, de modo que ambas garantem a igualdade para a sociedade.

Ocorre que a educação no Brasil se desenvolve de maneira heterogênea em diferentes contextos sociais, principalmente envolvendo aspectos da educação inclusiva e daqueles que possuem dificuldade de participar plenamente da sociedade de forma igualitária.

Nesse sentido, destaca-se que a tecnologia, sobretudo, a assistiva é um facilitador para este tipo de aprendizagem, considerando que possui características que englobam um contexto interdisciplinar, contendo produtos, recursos, metodologias e estratégias específicas, que visam promover a participação de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida.

Ela é um instrumento que visa auxiliar na construção da aprendizagem, uma vez que garantirá maior autonomia e inclusão social, auxiliando na qualidade de vida de pessoas deficientes.

¹⁵² Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania no UNICURITIBA. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4300-2968>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/8387852275507836>. E-Mail: marcia_lopata@hotmail.com

¹⁵³ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná. Pós-Doutorado pela Universidade de Coimbra. Professor do Mestrado e Doutorado - UNICURITIBA - PR. Professor do Mestrado na UCAM - RJ. Foi Procurador Federal de Categoria Especial e Juiz do TRE-PR. Advogado Sênior do Escritório Séllos Knoerr - Sociedade de Advogados. Escritor, Pesquisador e Palestrante.

¹⁵⁴ Juiz de Direito Titular de Entrância Final do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Diretor-Geral do Fórum. Juiz Eleitoral Titular da 69ª Zona Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. Diretor do Fórum Eleitoral. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Salamanca - Espanha. Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina - Itália. Pós-doutor em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA) - Brasil. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra - Portugal. Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2014). Mestre em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP (2008).

No entanto, existe diversos obstáculos em sua adoção considerando que muito ambientes escolares não possuem infraestrutura mínima, como materiais e recursos tecnológicos adequados, além disso, são poucos os profissionais capacitados para esta diretriz pedagógica.

Desta forma, o problema do trabalho versa sobre a possibilidade e eficiência da aplicabilidade da tecnologia assistiva nas escolas brasileiras, considerando os desafios regionais e econômicos.

Ainda, apresenta como objetivo averiguar se as tecnologias assistivas realmente auxiliam o aprendizado e formação de identidade para os portadores de deficiência, quais são seus desafios, e ainda, investigar se com sua aplicação haverá contribuições para a efetivação dos Direitos Humanos, sobretudo, do direito à educação igualitária.

Para a construção do trabalho, propõe-se a divisão em três segmentos, realizando primeiramente um diálogo da educação com os Direitos Humanos e Cidadania. Neste capítulo explora-se o que são os Direitos Humanos, e como a educação se projeta como direito social e fundamental. Utiliza-se da legislação brasileira, sobretudo, da Constituição Federal como panorama legislativo.

O segundo segmento busca investigar a evolução e atual cenário da tecnologia na educação no Brasil. Pontua-se que a tecnologia possui potencial para auxiliar no suporte pedagógico, no entanto, se usada sem um planejamento específico ela pode acarretar efeito reverso, prejudicando o desenvolvimento escolar.

Destaca-se, nesse sentido, que as pessoas com deficiência já são excluídas da sociedade, e isso se acentua quando utilizada tecnologia imprópria durante o transcurso das aulas. Uma das soluções é a utilização da tecnologia assistiva, que são recursos, produtos e serviços adequados para cada deficiência.

No cenário de aplicação de tecnologia assistiva, explorou-se seu conceito, histórico e elementos básicos que a constituem. Dentro dos produtos e serviços elencou-se os mais importantes, e como eles se projetam no cenário escolar.

E por fim, no último capítulo identifica-se os desafios para o desenvolvimento humano na relação educacional, sob perspectiva das tecnologias assistivas.

Para isso, utilizou-se o método dedutivo bibliográfico, com análise de dados extraídos de revista científicas de *qualis* B2 ou superior, uma vez que os dados coletados para a pesquisa são iminentemente bibliográficos e doutrinários.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2. ESTADO DA ARTE

Durante o transcurso das aulas de Mestrado, e em busca da realização do estado da arte, buscou-se realizar um levantamento de dados em relação a adoção da Tecnologia Assistiva nas escolas do Brasil, a fim de corroborar com a plenitude da cidadania e dos direitos fundamentais do acesso à educação.

Para isso, algumas plataformas foram utilizadas como o banco de informação da plataforma “EBSCO”, Revistas Científicas com conceito *qualis* B2 ou superior, e doutrinas relacionadas ao assunto.

O período temporal utilizado foi de 2010 até 2022, considerando a massiva produção acadêmica produzida neste período. Além disso, os descritores utilizados foram: “*tecnologia assistiva, tecnologias pedagógicas, inclusão*”.

Por fim, considerando que a pesquisa abrange a aplicação de uma tecnologia que possui potencial de incluir os vulneráveis e garantir uma sociedade igualitária, tem-se justificado a adequação com a função da pesquisa científica

Ainda, a pesquisa é pertinente com a disciplina Crise Da Jurisdição, Efetividade e Plenitude Institucional cursada no Programa de Mestrado em Direito do UNICURITIBA, tendo em vista que a ementa abarca o estudo da necessidade de compreensão dos fenômenos econômicos para a efetiva prestação da tutela do Estado.

3. APRESENTAÇÃO DOS DADOS: DIÁLOGO DA EDUCAÇÃO COM OS DIREITOS HUMANOS E CIDADANIA

Um dos princípios basilares para a construção de relações democráticas e uma sociedade igualitária se baseia nos Direitos Humanos. Isto porque eles são intrínsecos ao próprio homem, ou seja, eles surgem como forma de um direito natural.

Esses direitos foram fixados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada e proclamada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), em 10 de dezembro de 1948, sendo um marco da universalidade e indivisibilidade de direitos, a doutrinadora Flávia Piovesan demarca que:

Universalidade porque a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos, sendo a dignidade humana o fundamento dos direitos humanos. Indivisibilidade porque, ineditamente, o catálogo dos direitos civis e políticos é conjugado ao catálogo dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ao consagrar direitos civis e políticos e direitos econômicos, sociais e culturais, a Declaração ineditamente combina o discurso liberal e o discurso social da cidadania, conjugando o valor da liberdade ao valor da igualdade (2018, p. 63 e 64)

Por serem universais e inerentes à condição da pessoa, podem ser relativos à particularidade social de cada país, de forma que sua aplicação surge de forma regionalizada.

Pérez Luño, nesse sentido, considera-os como:

um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, concretizam as exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional (CASTRO et al., 1979, p. 43).

No Brasil, nota-se que o marco inicial da incorporação foi sob a égide da Constituição Federal de 1988, na oportunidade o valor da dignidade humana foi elevado como princípio fundamental, disposto no artigo 1º da Carta Magna, assim como os direitos enunciados pelo Art. 5º da referida norma.

Dentro do direito a dignidade humana é imprescindível que o homem possua direitos mínimos como o direito à alimentação, vestuário, assistência médico-odontológica, educação, cultura, lazer e demais condições vitais.

Nesse cenário, o direito a educação é a base de todos os demais citados, pois é por meio dela que é possível fomentar a promoção de outros direitos.

Machado e Oliveira ressaltam que “além de ser um direito social, a educação é um pré-requisito para usufruir-se dos demais direitos civis, políticos e sociais emergindo como um componente básico dos Direitos do Homem” (2001, p.57).

Ainda, Sergio Haddad, durante o Relatório sobre o Direito à Educação, realizado pela Plataforma Brasileira de Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais, em 2004, pontua que:

Conceber a Educação como Direito Humano diz respeito a considerar o ser humano na sua vocação ontológica de querer "ser mais", diferentemente dos outros seres vivos, buscando superar sua condição de existência no mundo. (...) Os sistemas escolares são parte deste processo educativo em que aprendizagens básicas são desenvolvidas. Ali, conhecimentos essenciais são transmitidos, normas, comportamentos e habilidades são ensinados e aprendidos. Nas sociedades modernas, o conhecimento escolar é quase uma condição para sobrevivência e bem estar social (2004, p. 1).

Nesse sentido, a Constituição Federal, em seu Artigo 205 dispõe que a educação é direito de todos e dever do Estado, sendo seu objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Corroborar com esse direito o Art. 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, que prevê a igualdade de condições para o acesso e permanência a escola.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Nesse cenário, cumpre ressaltar que a educação igualitária não engloba apenas o acesso à educação, deve-se considerar que a educação deve abranger todas as particularidades da diversidade social, ou seja, deve-se desenvolver a educação inclusiva.

Considerando sua importância como direito social e fundamental, deve-se acompanhar todas as necessidades sociais e as diferenças patológicas, de modo que a Constituição Federal também previu, em seu artigo 203, inciso V, o acesso aos níveis mais elevados de ensino, segundo a capacidade de cada um.

O Estatuto da pessoa com deficiência também se destina a estabelecer critérios básicos para promover e proteger as condições de igualdade de todos os direitos humanos.

A despeito da vasta legislação, nota-se uma assimetria no desenvolvimento da educação global, e notadamente, regional.

O insigne jurista Paulo Bonavides pontuou que, apesar da Constituição garantir direitos sociais básicos, a realidade mostra condições materiais ineficientes para sua efetivação. Frisa que o problema consiste na eficácia, considerando a precariedade dos recursos estatais.

Nesse sentido, o mesmo autor aponta que:

Tal acontece sobretudo nos países de economia frágil, sempre em crise. Volvidos para o desenvolvimento e ao aperfeiçoamento da ordem social, esses direitos se inserem em uma esfera de luta, controvérsia, mobilidade, fazendo sempre precária a obtenção de um consenso sobre o sistema, o governo e o regime. Alojados na própria Constituição concorrem materialmente para fazê-la dinâmica, sujeitando-a ao mesmo passo a graves e periódicas crises de instabilidade, que afetam o Estado, o governo, a cidadania e as instituições (BONAVIDES, 2001, p. 345)

Colhe-se dados que demonstram a controvérsia da legislação com a realidade brasileira, a exemplo, o Instituto Alicerce Educação realizou uma pesquisa avaliando as lacunas de aprendizagem de 2.763 alunos brasileiros, concluindo a ocorrência de um agravamento agudo após o período de ensino remoto (INSTITUTO ALICERCE EDUCAÇÃO, portal eletrônico, 2022).

Diagnosticaram que as crianças apresentaram cerca de 2,2 anos de defasagem escolar em matemática, 1,9 anos em leitura e 1,7 anos em redação. Já os jovens apresentaram uma defasagem escolar média de 4,5 anos em matemática, 3,3 anos em leitura e 4,2 anos em redação.

Sob a perspectiva do número total de alunos, mais de 90% apresentam defasagem em leitura, em escrita e em matemática, uma evidência da amplitude do desafio de recuperar a defasagem de alunos de todas as idades e localidades (*op cit.*).

Nesse sentido, a autora Adelaide Alves Dias denomina que o direito à educação possui um vício de origem (2007), afinal, não se aplica a todos os indivíduos por diversos motivos, sejam eles de ordem política, déficit econômico ou falta de logística para investimento.

A defasagem é tão grave, e pendura por tanto tempo, que a Agenda 2030 incluiu o “Objetivo de Desenvolvimento Social 4”, que dispõe sobre uma educação inclusiva, equitativa e de qualidade para todos, promovendo oportunidades de aprendizado ao longo da vida para todos.

Conclui-se o capítulo ressaltando a importância da educação e suas falhas perante a sociedade, criando um cenário de preocupação, afinal uma das formas de concretizar os Direitos Humanos na sociedade, é aproximar as pessoas de seus direitos natos, entre eles a educação a fim de diminuir a desigualdade.

Assim, passa-se a expor no próximo capítulo a possibilidade de efetivação dos Direitos Sociais através das tecnologias, visto que são instrumentos que facilitam o suporte pedagógico.

3.1. A evolução e atual cenário da Tecnologia na educação

A principal característica do século XXI é a inserção da tecnologia em todos os setores, é uma sociedade totalmente informatizada por diversas razões, sejam elas sobre a economia, celeridade, e confiabilidade de informações.

Assim, é possível aplicá-la ao contexto pedagógico, que pode ser através da aprendizagem mediada pela tecnologia durante o apoio ao ensino presencial, a distância e à autoaprendizagem.

O ensino a distância, também conhecido como EAD, foi massivamente utilizado durante o transcurso da pandemia do Covid-19 até os dias atuais. O INEP constatou que o Brasil registrou o maior ingresso de alunos nos cursos à distância em relação à modalidade presencial.

Dos mais de 3,7 milhões de ingressantes de 2020 (instituições públicas e privadas), mais de 2 milhões (53,4%) optaram por cursos à distância e 1,7 milhão (46,6%), pelos presenciais.

Os dados ainda demonstram que nos últimos 10 anos o número de matrículas em cursos presenciais diminuiu 13,9%, enquanto nos cursos EAD aumentou 428,2% (AGÊNCIA BRASIL, portal eletrônico, 2022).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Esse aumento só foi possível com o avanço da tecnologia, sendo importante frisar que a educação presencial também incorpora funções tecnológicas, mantendo um equilíbrio entre o ensino convencional com atividades inovadoras. Nesse sentido, Matta frisou que a tecnologia serve como um auxílio da cognição, a propósito:

os meios informatizados são como ambientes nos quais a mente humana encontra espaço para dialogar consigo mesma, assim como para facilitar a organização e sistematização do processo de construção do conhecimento. Os computadores são então meios nos quais se desenvolve o pensamento crítico e reflexivo, na forma concebida por Vigotsky. É possível, portanto considerar os conceitos de mediação da aprendizagem e de zona proximal nestes ambientes (2002, p. 8).

Além disso, o objetivo de introduzir novas tecnologias na educação é de realizar atividades que não poderiam ser realizadas de outra maneira.

A escola, portanto, passa a integralizar um lugar interessante de aprendizagem para o aluno, que centra nas diferenças individuais e na capacitação do aluno para torná-lo um usuário independente da informação, capaz de usar vários tipos de fontes de informação e comunicação (MERCADO, 2002)

Nesta lógica segundo a Comissão Internacional sobre Educação para o século XXI, no seu relatório para a UNESCO, as TIC são ferramentas valiosas para a educação; “o recurso ao computador e aos sistemas multimídia permite traçar percursos individualizados em que cada aluno pode progredir de acordo com o seu ritmo” (PAULO NETO *et al.*, 2018, p. 6), ainda é necessário ressaltar que:

As possibilidades de aperfeiçoamento do processo de aprendizagem oferecidas pelo computador são muitas, como refere o relatório da UNESCO, desde a possibilidade de visualização através da simulação é possível visualizar processos e procedimentos altamente abstractos. A Internet está a impor-se como um meio cada vez mais importante de aprendizagem e entretenimento. A introdução da Internet e dos meios informático conduziu a uma mudança de métodos de ensino, estando ao dispor do professor um leque de meios que estimulam as aprendizagens, sendo a Internet e os meios informáticos um deles (SILVA, 2006)

Ocorre que aplicar a tecnologia sem direccionar a particularidade pedagógica de cada aluno pode ser ineficiente, ou ainda, acarretar prejuízos para seu aprendizado, uma vez que seu uso ininterrupto gera ansiedade, distancia o convívio entre indivíduos, e dificulta a afetividade e tolerância.

Afirma-se, portanto, que a tecnologia tem o poder de aproximar e distanciar se utilizadas do modo correto, o pedagogo Paulo Freire destacou que algumas ações são fracassadas ao utilizar o modo acrítico e mecânico. Para ele “o progresso científico e

tecnológico que não responde fundamentalmente aos interesses humanos, às necessidades de nossa existência, perdem sua significação” (FREIRE, 1996, p. 147).

É o caso das pessoas com deficiência, que necessitam de um ensino personalizado, visando a sua participação da forma mais adequada possível. Na hipótese de ser utilizada qualquer tipo de recurso tecnológico, visualiza-se que não haverá benefício para o usuário.

Nessa razão, é pertinente destacar potencialidade de uma tecnologia específica para as pessoas com deficiência como as Tecnologias Assistivas (TA), que são recursos e técnicas de apoio para superar alguma limitação. Galvão Filho e Damasceno destacam que:

O acesso aos recursos oferecidos pela sociedade, pela cultura, escola, tecnologias, etc., influenciam determinantemente nos processos de aprendizagem e desenvolvimento da pessoa. Entretanto, as limitações do indivíduo com deficiência tendem a tornar-se uma barreira a estes processos. Desenvolver recursos de acessibilidade, a chamada Tecnologia Assistiva, seria uma maneira concreta de neutralizar as barreiras causadas pela deficiência e inserir esse indivíduo nos ambientes ricos para a aprendizagem e desenvolvimento, proporcionados pela cultura (GALVÃO FILHO et al., 2003)

Isto posto, entende-se que para efetivar o direito à educação para todos, deve-se analisar a particularidade de cada indivíduo, aplicando uma técnica específica para cada cenário. Em relação ao acesso para pessoas com deficiência, torna-se viável utilizar as Tecnologias Assertivas, conforme passa-se a expor no próximo segmento.

3.2. Aspecto histórico e conceitos elementares das Tecnologias Assistivas

Conforme visto no capítulo anterior, aplicar a tecnologia sem reconhecer as individualidades de cada sujeito não altera a desigualdade do desenvolvimento de educacional, sobretudo, para pessoas com deficiência.

É necessário realizar uma política de educação inclusiva, nesse sentido, uma das possibilidades envolve a aplicação da Tecnologia Assistiva, que se trata da utilização de serviços e recursos para promover a funcionalidade de pessoas com deficiência.

Em um sentido mais amplo, envolve a própria metodologia e estratégias de ensino, que devem ser adaptadas para favorecer o desenvolvimento de todos os alunos.

Seu surgimento é recente, uma vez que se desenvolveu no Estados Unidos, em 1988, designada inicialmente como *Assustuve Technology*. Sendo fixada através do PUBLIC LAW 100-407, QUE FOI RENOVADA como o ASSISTIVE TECHNOLOGY ACT.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

No Brasil, foi recebida pelo Comitê de Ajudas Técnicas - CAT, instituído pela Portaria N° 142 de 2006, que através da Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, propôs o conceito de:

Tecnologia Assistiva é uma área do conhecimento, de característica interdisciplinar, que engloba produtos, recursos, metodologias, estratégias, práticas e serviços que objetivam promover a funcionalidade, relacionada à atividade e participação, de pessoas com deficiência, incapacidades ou mobilidade reduzida, visando sua autonomia, independência, qualidade de vida e inclusão social. (BRASIL, 2009, p. 9)

Ela engloba diversos produtos e serviços que consistem em recursos para auxílios gerais para a vida diária, como materiais básicos para a independência da pessoa com deficiência.

Ainda, há objetos que auxiliam na Comunicação Alternativa como aparelhos eletrônicos, pranchas e demais materiais com símbolos diversos que garantem a interação tanto de modo básico quanto avançado daqueles que possuem limitações na fala.

Há também os Sistemas de Controle de Ambiente com meios tecnológicos de controle para acessibilidade, segurança e locomoção em todos os espaços, da casa à empresa, da escola ao lazer.

Nesse sentido, também se destaca os Recursos de Acessibilidade, que são inerentes as atividades computacionais, com dispositivos e softwares adaptados para para aumentar a integração e a inclusão digital.

Por fim, existe o auxílio para surdos, pessoas com déficit auditivo, cegos e pessoas com visão subnormal como o próprio termo revela, são métodos e acessórios direcionados às pessoas com deficiência auditiva e visual (BERSCH, 2017).

Nestas categorias, é possível projetá-la em uma escola. Na estrutura pedagógica é importante destacar que:

O acesso à TA na escola permite aos participantes até então destoantes dos padrões normais e àqueles atingidos por estigmas sociais a possibilidade de assumir um papel mais ativo na própria dinâmica de aprendizagem e no processo conjunto de interações sociais. A TA na educação vai além do mero auxílio ao estudante para realizar as tarefas escolares, abrindo possibilidades para novas perspectivas formativas do processo de desenvolvimento humano, para que o sujeito possa atuar de forma solidária, sensível, construtiva e dialética com o outro e com o mundo alicerçado na metamorfose do aprender (CONTE, 2017, p. 13)

No campo educacional ela, geralmente, é utilizada por discentes “com deficiência e tem por objetivo romper barreiras sensoriais, motoras ou cognitivas que limitam/impedem seu acesso às informações ou limitam/impedem o registro e expressão sobre os conhecimentos adquiridos por ele” (BERSH, portal eletrônico, 2017).

Ainda, são exemplos de TA no contexto educacional “os mouses diferenciados, teclados virtuais com varreduras e acionadores, softwares de comunicação alternativa, leitores de texto, textos ampliados, textos em Braille, textos com símbolos, mobiliário acessível, recursos de mobilidade pessoal etc.” (*op cit.*)

Visto como ocorre sua aplicação no âmbito escolar, passa-se a expor no próximo capítulo quais são os desafios para uma educação igualitária, principalmente em um contexto de inclusão.

3.3. Desafios para o desenvolvimento humano em uma relação educacional igualitária

Conforme visto anteriormente, a educação igualitária não deve se restringir apenas ao acesso da educação para a população, ela deve ser, sobretudo, de qualidade e adaptada a cada contexto social.

No Brasil, a situação da educação inclusiva se desenvolveu de maneira precária, uma vez que as pessoas portadoras de deficiência convivem entre si com outras classes regulares sem o apoio pedagógico direcionado a sua necessidade.

Portanto, não sendo o ensino direcionado, acentua-se a segregação e exclusão (LOPES *et al.*, 2008).

É necessário compreender que a inclusão deve ser analisada sob a ótica da individualidade. No contexto da educação, o agente educador deve ser como um mediador e atuar de múltiplas maneiras a fim de facilitar o processo e estimular o desenvolvimento.

Ocorre, no entanto, inúmeros desafios nas escolas, como questões básicas como a infraestrutura.

investimento e vagas insuficientes, deterioração das escolas, evasão, repetência escolar, altas taxas de analfabetismo etc. Somada a crise educacional, o cenário de crise social e financeira permanente enfrentado pelos países subdesenvolvidos, marcado pela exacerbação da criminalidade, da violência, do desemprego, da precariedade e informalidade do trabalho, do desalento da juventude (SILVA, *et al.*, 2020, p. 963)

O cenário é agravado com o número significativo da população que possui alguma deficiência e não recebe o tratamento adequado. Teófilo Alves Galvão Filho alerta que:

Uma grande parcela dessa população vive realidades de graves carências sociais, como baixa renda e baixo nível de escolarização, o que só potencializa as dificuldades dessas pessoas, em função das barreiras, preconceitos, desigualdades e desinformação, conforme vem sendo detectado e alertado por diferentes organizações de defesa dos direitos da pessoa com deficiência (2009, p.16)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Considerando o frágil cenário que acomete as pessoas com deficiência no âmbito escolar, pontua-se que a aplicação de Tecnologia Assistiva é um mecanismo de solução eficaz, o qual abrange todas as ordens do desempenho humano, desde as tarefas básicas de autocuidado até o desempenho de atividades profissionais.

Desta forma considerando a educação como um elemento fundamental para a vocação humana, e mais, como peça fundamental do sistema de Direitos Humanos, ao evolui-la, sobretudo, para os mais vulneráveis, tem-se aproximação do respeito a esses direitos.

É importante lembrar as lições do doutrinador Norberto Bobbio, que destacou que apesar das contradições que permeiam o cotidiano, a preocupação pelo reconhecimento dos direitos humanos deve ser um sinal positivo na busca da construção de sociedades humanas e democráticas (1992).

Desta forma, é possível afirmar que ao utilizar as Tecnologias Assistivas no processo de aprendizagem, tem-se uma proximidade com a igualdade e cidadania, pontua-se:

Analisando de forma crítica, o uso da TA pode tanto servir para o recrudescimento do poder, das desigualdades e da marginalização social, quanto para o reforço de práticas inclusivas, solidárias, diversificadas e de participação social, considerando a diferença enquanto expressão da vida e singularidade humana. Nessa perspectiva, as tecnologias podem ampliar as possibilidades de autonomia e interação, potencializando a participação ativa como direito fundamental do ser humano (CONTE, 2017, p.3)

No entanto, até mesmo a tecnologia assistiva deve ser especializada para cada caso, ou seja, deve-se adotar alguns critérios em relação aos instrumentos assistivos, o envolvimento e empenho do usuário. Rita Bersch avalia que ocorrem muitos erros em sua aplicação, e para evitá-los a escola deve se preocupar com a participação ativa do aluno.

Por conta disso, a educação deve ser adaptável às transformações sociais, ao adotar as Tecnologias Assistivas no processo de aprendizagem é necessário buscar parcerias de ações conjuntas e solidárias entre o público e o privado, entre o social e o individual, a escola e a família, a sociedade civil e o estado.

Deste modo, haverá proximidade de igualdade de direitos, afinal, o direito à educação está diretamente relacionado com a efetivação da igualdade como instrumento de liberdade, sobretudo, com uma prática pedagógica realmente inclusiva que garante autonomia, bem-estar e desenvolvimento pessoal.

4. CONCLUSÃO

A partir da Carta Universal de Direitos Humanos, e da Constituição Federal de 1988, passou-se a dar ênfase aos Direitos Sociais, principalmente ao acesso da educação como um direito subjetivo.

O Brasil dispõe de uma legislação considerada avançada internacionalmente relativa aos direitos da pessoa com deficiência, no entanto, a realidade apresenta um cenário diferente, com atenuantes desigualdades no aspecto educacional.

Ou seja, apesar do Estado ser responsável por proporcionar educação para crianças e adolescentes, sobretudo, condições mínimas para portadores com deficiências, nota-se que as políticas públicas não garantem o desenvolvimento integral de suas potencialidades.

Essa defasagem impacta negativamente no desenvolvimento desses indivíduos.

Nesse sentido, a pesquisa apontou que apenas acolher o cidadão com inclusão não é suficiente, por vezes, contemplar a rede de apoio não contribui efetivamente para o ensino inclusão, é preciso estabelecer soluções variadas.

Dentre um dos planos de ação, a pesquisa elencou a utilização de Tecnologias Assistivas como um dos atores envolvidos na educação inclusiva, ressalta-se que não é qualquer tipo de tecnologia genérica, ou ainda, uma modernização da estrutura educacional.

A Tecnologia Assistiva é um recurso individual que atende cada necessidade, é através dela que é possível dialogar com o contexto da escola com seu entorno social, auxiliando na autonomia da aprendizagem e maior crescimento dos resultados.

A propósito, pauta da efetividade do direito à educação é tão necessária que a Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento inseriu como objetivo assegurar a educação inclusiva e equitativa de qualidade, e promover oportunidades de aprendizagem ao longo da vida para todos, portanto, torna-se necessário a aplicação da tecnologia assistiva para enfim potencializar os valores sociais na educação.

À vista disso, conclui-se, que por meio da Tecnologia Assistiva, especializada para cada deficiência, será possível ampliar o desenvolvimento pedagógico, e consequentemente, garantir uma educação igualitária respeitando a cidadania individual de cada pessoa, as normas constitucionais e os Direitos Humanos.

REFERÊNCIA

AGENCIABRASIL. Censo: matrículas em cursos superiores de EAD superam presenciais. Disponível: < <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2022-02/censo-matriculas-em-cursos-superiores-de-ead-superam-presenciais>>. Acesso em 17 de ago 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ALICERCE EDUCAÇÃO. Abandono escolar cresce 197,8% em 2021: Como o Alicerce pode ajudar? Disponível em: <<https://blog.alicerceedu.com.br/universo-alicerce/nossa-metodologia/abandono-escolar-cresce-1978-em-2021-como-o-alicerce-pode-ajudar/>>. Acesso em 15 ago 2022.

BERSCH, Rita. INTRODUÇÃO À TECNOLOGIA ASSISTIVA. ASSISTIVA. TECNOLOGIA E EDUCAÇÃO Porto Alegre, RS. 2017.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, P. Curso de direito constitucional. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 345.

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

BRASIL. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Subsecretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. Comitê de Ajudas Técnicas. Tecnologia Assistiva. Brasília: CORDE, 2009. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/livro-tecnologia-assistiva.pdf>>. Acesso em: 10 ago 2022.

CASTRO, J. L. Cascajo, LUÑO, Antonio-Enrique Pérez, CID, B. Castro, TORRES, C. Gómes. Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema. Sevilla: Universidad de Sevilla, 1979. p. 43).

Conte, Elaine, Ourique, Maiane Liana Hatschbach e Basegio, Antonio Carlos. TECNOLOGIA ASSISTIVA, DIREITOS HUMANOS E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UMA NOVA SENSIBILIDADE. Educação em Revista [online]. 2017, v. 33 [Acessado 26 Agosto 2022] , e163600. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/0102-4698163600>>. Epub 28 Set 2017. ISSN 1982-6621. <https://doi.org/10.1590/0102-4698163600>.

DIAS, Adelaide Alves. Da educação como direito humano aos direitos humanos como princípio educativo. Educação em direitos humanos: fundamentos teórico-metodológicos, p. 441-456, 2007.

FREIRE, Paulo. Pedagogia da Autonomia: saberes necessários à prática educativa. São Paulo: Paz e Terra (Coleção Leitura), 1996.

GALVÃO FILHO, Teófilo A. e DAMASCENO, Luciana L. As novas tecnologias e a tecnologia assistiva: utilizando os recursos de acessibilidade na educação especial. Fortaleza, Anais do III Congresso Ibero-americano de Informática na Educação Especial, MEC, 2002.

Galvão Filho, Teófilo Alves. Tecnologia assistiva para uma escola inclusiva: apropriação, demanda e perspectivas. Tese. 2009. Programa de Pós-Graduação em Educação da UFBA HADDAD, Sérgio. O direito à educação no Brasil. Relatoria Nacional para o Direito Humano à Educação. Curitiba: DhESC Brasil, 2004.

LOPES, Joseuda B C.; LOPES, Daiane D.; LEITE, Vania A M.; CHEQUIM, Caroline C F. Educação inclusiva. Porto Alegre: SAGAH, 2018.

MACHADO, Lourdes Marcelino e OLIVEIRA, Romualdo Portela de. Direito à educação e legislação de ensino. In: WITTMANN, Lauro Carlos e GRACINDO, Regina Vinhaes (org.) O estado da arte em política e gestão de educação no Brasil – 1991-1997. Brasília: ANPAE e Campinas: Autores Associados, 2001.

MATTA, A.E.R. Projetos de autoria hipermídia em rede: ambiente mediador para o ensino-aprendizagem de História. In: REUNIÃO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM EDUCAÇÃO, 2002. Anais Caxambu: ANPEd, 2002.

MERCADO, Luís Paulo Leopoldo. Novas Tecnologias na educação: reflexões sobre a prática. Maceió: EDUFAL, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Temas de direitos humanos: prefácio de Fábio Konder Comparato – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SILVA, Carlos Fernandes da. A sociedade da informação. A criança com deficiência e as novas tecnologias. Instituto Politécnico de Viseu. Revista Millenium RE - Número 32 - Fevereiro de 2006.

SILVA, Denise Dos Santos Vasconcelos; SOUZA, Francisco Cavalcante de. Direito À Educação Igualitária E(M) Tempos De Pandemia: desafios, possibilidades e perspectivas no brasil RJLB, Ano 6 (2020), nº 4.

REALIZAÇÃO:

Mestrado e Doutorado em Direito Empresarial e Cidadania Unicuritiba

Coordenação Erasmus do Departamento de Direito, Economia e Ciências Humanas da Universidade Mediterranea de Reggio Calabria

Mediterranea International Centre for Human Rights Research

Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Comissão da Prevenção da Corrupção no Instituto Politécnico do Cavado e do Ave (IPCA)

Research Centre for Justice and Governance (IPCA)

Apoio:

