



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:

Willis Santiago Guerra Filho
Paola Cantarini Guerra
Marcio Pugliesi

APRESENTAÇÃO:

Rúben Miranda Gonçalves

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



14

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 978-85-5523-513-9



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. 14 - Desafios para a concreção constitucional. Direção geral: Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, Angelo Vigliani 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

Este 14º volume da Coleção Diálogos (Im)pertinentes traz assuntos palpitantes que ao mesmo tempo provocam reflexões, polêmicas e as respostas jurídicas a essas demandas.

Como diz o sociólogo e professor sul coreano Byung Chul Han, em *Sociedade da Transparência*, vivemos em tempos de velocidade e excesso de informações, incorporamos a tecnologia de ponta a cada uma de nossas atitudes, o que *per si* afeta profundamente nossa forma de pensar e ver o mundo.

Nesse sentido, o indivíduo que fomos até bem pouco tempo desloca-se novamente desse *status*, como o britânico Anthony Giddens bem o definiu, para outro momento da existência quando a privacidade ou pelo menos como a definíamos até então, precisa ser revista dada à superexposição que a linguagem de algoritmos nos proporciona.

Esse novo discurso é claro, afeta setores de todas as áreas do conhecimento produzido e acumulado até o momento, que vão desde a História, a Sociologia, a Antropologia, a Geografia, a Biologia entre tantas outras e, naturalmente colocam o Direito em destaque no sentido de regular as relações, incluir grupos ainda não contemplados da sociedade, reconhecer os cidadãos como são com toda a sua diversidade.

As questões que envolvem sexualidade, esta sim, por muito tempo guardadas a sete chaves como segredo de estado, passa não apenas a ser discutida com amplitude, como também a deixar o terreno da “privacidade” para pertencer a uma nova forma de ver e existir com plenitude.

Não à toa a filósofa estadunidense Judith Butler, em seu exemplar ensaio *Problemas de Gênero*, debruça-se ousada e corajosamente sobre a temática, demonstrando que a chamada sexualidade ultrapassa e muito os limites das diferenciações de gênero como masculino e feminino, num mundo de possibilidades quase infinitas que envolvem desde a psicanálise até as transformações que a medicina moderna proporciona.

Em *Adeus ao Corpo*, David Le Breton antecipava essa “nova ordem social” a partir desse “novo homem” que manipula o seu próprio corpo como impera o seu desejo.

Sendo esse o retrato da sociedade contemporânea, nada mais propício que os profissionais de Direito, que nesta obra levantam tantas questões, propõem reflexões por direitos de se ter direitos, seja qual for a condição humana.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Assim, a luta de uma Justiça igualitária e para todos, portanto mais abrangente tem o caráter de urgência no século XXI que vivemos, tornando-se acessível a qualquer pessoa pelo simples fato de ser humano.

O psicanalista Rollo May em *O Homem a procura de si mesmo*, preconizava nos anos 70 a sociedade individualista, tema que mais tarde iria ser aprofundado por teóricos como; Zigmunt Bauman, Pierre Latour, Anthony Giddens, Ulrich Beck, Scott Lash, Slavoj Žižek e tantos outros, cada qual analisando os novos tempos até que em paralelo, chegamos a chamada “globalização”, desta vez acrescida dos avanços tecnológicos e certamente irreversíveis. Hoje somos mais do que *Homo Sapiens*, somos sem dúvida o *Homo Tecno*.

Todas essas questões abordadas nas páginas dessa coletânea com o aporte da Ciência do Direito, tanto na teoria quanto na sua prática através das leis e jurisdições vigentes à luz da Constituição de 1988,

E, por óbvio, pela dinâmica social que reflete o momento de mais uma mudança de paradigmas sobre o que é a sociedade contemporânea, problemas que surgem a partir desse fato e possíveis soluções.

A obra por estes motivos representa uma produção de valor inestimável, ao levantar questões ainda a serem resolvidas, provocando inúmeras reflexões.

No mais, ao leitor o prazer do aprendizado, da inquietação sem a qual não se faz ciência de fato. E o caminho a seguir em frente em busca de respostas a essas questões propostas.

Ao pensar em cada uma delas de maneira a trazê-las à contemporaneidade, ajustando a nossa forma de pensar aos novos tempos que vivemos, ao sabor das transformações das relações sociais, emergindo do individual para o coletivo, do particular para o geral em benefício de todos.

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

DO NEOLIBERALISMO A GLOBALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO: UM PARALELO ENTRE OS ENSINAMENTOS APRESENTADOS PELO PROFESSOR PAULO BONAVIDES

.....	8
<i>Andrielly Prohmann Chaves Zanella</i>	8
<i>Fernando Gustavo Knoerr</i>	8
<i>Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr</i>	8
1. INTRODUÇÃO.....	8
2. NEOLIBERALISMO.....	9
3. A GLOBALIZAÇÃO.....	12
4. GLOBALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO.....	13
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	16

CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS PRIVADOS DE SEGUROS..... 20

<i>Fabiano Andrade Blau</i>	20
<i>Marcos Alves da Silva</i>	20
<i>Lucas Gonçalves da Silva</i>	20
1. INTRODUÇÃO.....	20
2. DESENVOLVIMENTO.....	21
2.1. PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO DE 2002.....	21
3. JUÍZO DA OBRIGAÇÃO. CENÁRIO CONTRATUAL.....	24
4. CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	25
4.1. CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRATIVOS.....	25
5. SUJEIÇÕES E ATRIBUIÇÕES.....	29
6. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES SOB A ÓTICA CONTRATUAL.....	29
7. NATUREZA ENIGMÁTICA E ENFÁTICA DO CONTRATO DE SEGURO.....	30
8. A INCLUSÃO DA REIVINDICAÇÃO À INDENIZAÇÃO NO BOJO DA DEMANDA DO CONTRATO DE SEGURO.....	30
9. A PRESCRIÇÃO PERANTE O SEGURADOR.....	31
10. ANALIZEMOS OS SEGUINTE JULGADOS DO TRIBUNAL SUPERIOR A RESPEITO DO TEMA.....	32
11. CONCLUSÃO.....	33

JUSTIÇA, MORAL E AÇÃO COMUNICATIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO COM BASE EM RONALD DWORKIN E JURGEN HABERMAS 36

<i>Helio José Cavalcanti Barros</i>	36
<i>Francisco Cardozo Oliveira</i>	36
<i>Irene Maria Portela</i>	36
1. INTRODUÇÃO.....	36
2. FUNDAMENTOS DO JUSPOSITIVISMO MODERNO E O PAPEL DO INTÉRPRETE DA LEI POSITIVA.....	37
2.1. RECONSTRUÇÃO HISTÓRICA DOS FUNDAMENTOS DO POSITIVISMO MODERNO.....	37
2.2. CRÍTICA PÓS-MODERNA AO POSITIVISMO JURÍDICO.....	39

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

3. O “LIBERALISMO IGUALITÁRIO” DE DWORKIN E O PAPEL DO INTÉRPRETE DE DIREITO	40
4. A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA NA ESFERA PÚBLICA	44
5. CONCLUSÃO	48

A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DECENTE À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR, PARA A REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

<i>Raphael Santos Neves</i>	51
<i>José Alberto Monteiro Martins</i>	51
<i>Luciana Aboim</i>	51

1. INTRODUÇÃO	51
2. O TRABALHO: CONCEITO E HISTÓRIA	52
2.1. O CONCEITO DE TRABALHO	53
2.2. A HISTÓRIA DO TRABALHO	55
3. A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DECENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO. 58	
3.1. OS PARÂMETROS TÉCNICOS QUE SERÃO ENFRENTADOS PELO LEGISLADOR BRASILEIRO PARA A LEGALIZAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.....	63
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	64

A PERÍCIA CRIMINAL COMO FATOR DE EQUILÍBRIO NA CONCENTRAÇÃO DO PODER DA SOCIEDADE NA “ERA DAS NARRATIVAS”

<i>Ermelino Franco Becker</i>	68
<i>Miguel Kfoury Neto</i>	68
<i>Raimundo Nonato Chaves Neto</i>	68

1. INTRODUÇÃO	68
2. IMPACTOS DE TAIS FENÔMENOS NA PERÍCIA CRIMINAL	70
2.1. O CASO GEORGE FLOYD	72
2.2. O CASO MARIANA FERRER	73
2.3. O CASO BREONNA TAYLOR	74
2.4. O CASO PC FARIAS	74
3. O PAPEL SOCIAL DO ÓRGÃO DE PERÍCIAS CRIMINAIS FRENTE AOS AGENTES ESTATAIS DO PODER	75
4. ASPECTOS PRÁTICOS DA INDEPENDÊNCIA DA PERÍCIA	76
5. A PERDA DA INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA	78
6. O IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO INSTITUTO DE PERÍCIAS	81
7. CONCLUSÕES	82

DRIBLE OU GOL: OS DESAFIOS AO TRABALHO DECENTE NAS OBRAS DA COPA DO CATAR.....

<i>Sandro Lunard Nicoladeli</i>	84
<i>Elis Regina Arévalos Soares</i>	84

1. INTRODUÇÃO	84
2. DENÚNCIA CONTRA O CATAR PERANTE O COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2012).....	87
3. RELATÓRIO DE INSPEÇÃO PRODUZIDO PELA PARCERIA ENTRE A ICM, FIFA E O COMITÊ SUPREMO DO CATAR (2019).....	91
4. RELATÓRIO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOBRE LESÕES OCUPACIONAIS NAS OBRAS DA COPA DO CATAR (2020)	93

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

5. RELATÓRIO DA ICM: <i>DRIBBLE OR GOAL?</i> (2021).....	97
6. CONSIDERAÇÕES FINAIS	100

OS PERIGOS DA PANCONSTITUCIONALIZAÇÃO..... 105

Thaiz Singer Correia da Silva Kühn 105

Carla Fruet Ribeiro..... 105

1. INTRODUÇÃO	105
2. EXCESSO CONSTITUCIONAL?	105
3. CONCLUSÃO	119

TELETRABALHO E HIPERCONECTIVIDADE: A FÓRMULA DO RETROCESSO SOCIAL

..... 123

Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima 123

Francelise Camargo de Lima..... 123

Pedro Franco de Lima 123

1. INTRODUÇÃO	123
2. O TELETRABALHO	124
3. LIMITAÇÃO DE JORNADA E TELETRABALHO	127
4. O DIREITO A DESCONEXÃO.....	129
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	134

GÊNERO E SEXUALIDADE NO CURRÍCULO DAS ESCOLAS PÚBLICAS BRASILEIRAS

NA ATUALIDADE 137

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral De Souza 137

Fran Espinoza..... 137

Thayná Medeiros Melo..... 137

1. INTRODUÇÃO	137
2. POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO PÚBLICA E A ABORDAGEM DO GÊNERO NAS ESCOLAS BRASILEIRAS	138
3. MUDANÇAS E RETROCESSOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E GÊNERO: ESCOLA SEM PARTIDO E ESCOLA SEM GÊNERO	145
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	151

REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DA COIBIÇÃO DA FRAUDE EM ÂMBITO CRIMINAL..... 155

Júlio César Craveiro Devechi..... 155

Fábio André Guaragni..... 155

Mateus Bertoncini 155

1. INTRODUÇÃO	155
2. A FRAUDE NO CÓDIGO PENAL E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE.....	156
3. REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS SOBRE A COIBIÇÃO CRIMINAL DA FRAUDE.....	160
4. CONSIDERAÇÕES FINAIS	165

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

DO NEOLIBERALISMO A GLOBALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO: UM PARALELO ENTRE OS ENSINAMENTOS APRESENTADOS PELO PROFESSOR PAULO BONAVIDES

Andrielly Prohmann Chaves Zanella¹

Fernando Gustavo Knoerr²

Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr³

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo busca traçar um paralelo entre os ensinamentos apresentados pelo professor Paulo Bonavides, na obra *Do país constitucional ao país neocolonial*, e a globalização da informação. A globalização é um dos fenômenos sobre os quais a reflexão e a pesquisa se concentram com maior intensidade na atualidade em campos tão diversos como filosofia, direito, economia, arte, ciências naturais, mas também tecnologia. A globalização deu origem a uma sobreposição de sistemas jurídicos, bem como de estruturas da sociedade civil organizada ou da esfera econômica que alcançaram influência significativa sobre o desenvolvimento das regulamentações.

No Brasil, uma das críticas às medidas neoliberais implantadas é que apesar de estabilizar a economia, o neoliberalismo não resolveu os graves problemas sociais do país. Para Paulo Bonavides, “o sistema capitalista vive provavelmente sua derradeira agonia na crise dos mercados globalizados sob a denominação de capitalismo financeiro selvagem caótico desordeiro ele dobra o joelho há uma única divindade o lucro” (BONAVIDES, 2009, p.188)

Os principais fatores que caracterizam a formação da globalização são: a economia, a cultura e a informação. Na globalização da informação, a grande novidade do século XXI é

¹ 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.

² 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.

³ 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).

que a revolução virtual já atinge a energia e o mundo material, um tripé, formado pela unidade entre a internet das comunicações, a internet da energia e a internet da logística.

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

2. NEOLIBERALISMO

O pensamento liberal do final do século XX, denominado de neoliberalismo, reapareceu logo após a Segunda Guerra Mundial, em contraposição às políticas keynesianas e sociais-democratas. A crise global, iniciada com a crise do petróleo, em 1973, e a onda inflacionária que se seguiu na década de 1980, levando ao declínio do Estado de Bem-Estar Social, associado ao colapso do socialismo real, simbolizado pela queda do muro de Berlim em 1989, que permitiu uma ampla ofensiva do pensamento liberal.

O neoliberalismo no Brasil começa com o governo de Fernando Collor de Mello e se consolida com a chegada de Fernando Henrique Cardoso à presidência. Houve redução de investimentos públicos e privatização de empresas estatais (BEZERRA,2012).

Neste Sentido Bonavides explica que:

O neoliberalismo organizou e sistematizou em cada país a traição dos interesses nacionais. [...] O neoliberalismo, todavia, sem derramar o sangue dos patriotas parece se achar inclinado a perpetrar atos igualmente reprováveis na espera da economia da ética e da tributação e do serviço público (BONAVIDES,2009, p.139)

No Brasil, uma das críticas às medidas neoliberais implantadas é que apesar de estabilizar a economia, o neoliberalismo não resolveu os graves problemas sociais do país. Neste cenário, segundo Paulo Bonavides que ao:

Desnacionalizar a ordem econômica despedaçar o estado abdicar a soberania dos acordos lesivos ao interesse nacional promover a recessão perseguir com emendas inconstitucionais e medidas provisórias o corpo burocrático da administração pública cercear direitos adquiridos arruinar o pequeno e médio empresário espalhar o medo e o sobressalto na classe média diminuir o crédito ao produtor rural elevar a estratosfera a taxa de juros esmorecer a reforma agrária confiscar o bolso do contribuinte com novos impostos fazer

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

a reforma tributária um engodo da reforma administrativa uma falácia conduzir o trabalhador ao desespero praticar sistematicamente uma política de desemprego que levando a fome ao lar de suas vítimas desestabiliza a ordem social abater as autonomias estaduais e municipais mediante mudanças na Constituição que afetam os entes federativos e só fortalecem a uniam semear a descrença do povo na melhoria de sua qualidade de vida pelo brutal indiferença com que trata a questão social estabelecer o retrocesso político nas instituições republicanas com a reeleição presidencial desestruturar o ensino público e comprimir com indigência de meios financeiros autonomia universitária abrir sem freios o mercado favor a cidade dos capitais especulativos de procedência externa que a meação de mexicanização à economia Brasileira os artigos da Constituição que regem interesses fundamentais das regiões o que ocorre na medida em que sua política do Mercosul acelera os desequilíbrios regionais do país e finalmente surgir o Brasil há uma política de sujeição externa vazada na obediência aos interesses da chamada globalização econômica (BONAVIDES,2009,p.139)

Além do Brasil, o neoliberalismo foi adotado nos seguintes países: Argentina, Chile, Estados Unidos, Grã-Bretanha (Escócia, Inglaterra e País de Gales), México, Peru e Venezuela. O Chile foi o primeiro país neoliberal, com ditador, o Augusto Pinochet.

Para Paulo Bonavides, “o sistema capitalista vive provavelmente sua derradeira agonia na crise dos mercados globalizados sob a denominação de capitalismo financeiro selvagem caótico desordeiro ele dobra o joelho há uma única divindade o lucro” (BONAVIDES,2009, p.188)

A ofensiva às políticas sociais consistiu em atingir tanto os países que conseguiram construir um Estado de Bem-Estar-Social como os países periféricos que só conseguiram realizar um esboço de proteção social aos seus cidadãos. Para os neoliberais, o Estado deve ser “mínimo”, restringindo-se, basicamente, a “garantir o sistema de livre troca voluntária de ameaças internas e externas, ou seja, preservar e estimular uma dada lei e uma dada ordem” (FIGUEIREDO, 2009, p. 125).

A escassez de rendimentos está intimamente ligada com a fome. Num mundo de abundância, milhões de pessoas têm fome diariamente. Neste sentido para Bonavides:

Nunca houve tamanha expansão da fome miséria e dependência abaixo da linha do Equador nunca a estatística dos excluídos se avolumou tanto em tantos países até mesmo nas suas cidades de mais elevado grau de Riqueza e prosperidade quanto nestes últimos anos da pax Americana (BONAVIDES,2009, p.188)

Alguns dos países geralmente citados como exemplos de “histórias de sucesso” da Globalização, estão a ter dificuldades em transformar o crescimento da riqueza em desenvolvimento humano. Sabiamente pondera Paulo Bonavides:

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

Crise constituinte via de regra é crise que aflige os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento cujos sistemas políticos se mostram impotentes para manter a Constituição e por isso mesmo rolam na aventura dos golpes de estado. (BONAVIDES,2009, p.160)

O professor Paulo Bonavides complementa:

[...] crise a figura se nos insolúvel enquanto não for possível ultrapassar o atraso social e a desorganização econômica da sociedade (BONAVIDES,2009, p.160)

Não existem determinismos absolutos; neste sentido, as pessoas detêm margem para alterar e construir o seu futuro, no entanto, continuamos a viver num mundo onde:

[...] a Esperança derradeira do respeito a inviolabilidade de seus direitos e quando esta lhes falta contemplam na imagem tutelar do advogado dos escravos e dos perseguidos o exemplo histórico da perseverança e da retidão com que defendia a Liberdade que é o mais alto valor constitucional de nossa existência (BONAVIDES, 2009, p.145)

O movimento neoliberal defendia a tese de que a crise das décadas de 1970 e 1980 decorria do mau funcionamento do Estado, associado ao discurso da necessidade de modernização do país, que se iniciou no governo de Fernando Collor de Mello, com ênfase nas reformas econômicas, na privatização das empresas estatais e nas políticas sociais. Neste sentido esclarece Paulo Bonavides:

O golpe de estado institucional ao contrário do golpe de estado governamental não remove governos mais regimes não entendem como pessoas com valores não busca direitos mas privilégios não invade poderes mas os domina por cooptação de seus titulares tudo obra em discreto silêncio na clandestinidade e não ousa para vir a público declarar suas intenções que vão fluindo de medidas provisórias privatizações variações de política cambial arrocho de salários o pressão tributária favorecimento escandaloso da casta de banqueiros desemprego domínio da mídia desmoralização social da classe média minada desde as bases e sub missão passiva a organismos internacionais desmantelamento de sindicatos perseguição de servidores públicos recessão seguindo assim a risca receita prescrita pelo neoliberalismo globaliza dor até a perda total da identidade nacional e a redução do país ao e status de colônia numa marcha sem retorno (BONAVIDES,2009,p.23)

Com o desaparelhamento do Estado, ou seja, as privatizações, transferiu-se as empresas estatais para a rede privada, ocorreu a abertura de mercado para a entrada de mercadorias importadas e o fim do monopólio estatal (privatização). Com o início da

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

globalização, o país integrou-se ao processo de privatização, especialmente nos setores ligados à eletricidade, telecomunicação, mineração, entre outros.

3. A GLOBALIZAÇÃO

A Globalização teve seu início no século XV (era das grandes navegações quando as potências europeias da época começaram a explorar os oceanos, descobrindo novas terras. No entanto, apenas com a Revolução Industrial (século XVIII) é que a globalização começa a se desenvolver e a ganhar corpo (HELD,1999). A globalização permitiu uma maior conexão entre pontos distintos do planeta, fazendo com que compartilhassem de características em comum, portanto está interligado formando uma aldeia global, aproximando costumes, tradições, comidas, mercadorias de diferentes países interagindo entre si.

A Globalização pode definir-se como um processo social através do qual diminuem os constrangimentos geográficos sobre os processos sociais e culturais, e em que os indivíduos se consciencializam cada vez mais dessa redução (WATERS ,1999). O processo de Globalização ao sistema econômico capitalista e à ideologia neoliberal; noutros casos, as dimensões política ou cultural são particularmente sublinhadas; outras ainda sublinham que se trata de um processo conduzido pelos homens, enquanto algumas se referem à Globalização enquanto motor de um processo civilizacional, deixando implícita a sua naturalidade e inevitabilidade.

Nas palavras de Paulo Bonavides define que:

[...] globalização é ainda um jogo sem regras uma partida disputada sem arbitragem onde só os gigantes os grandes quadros da economia mundial auferem as maiores vantagens e padecem os menores sacrifícios (BONAVIDES, 2009, p.139)

Stiglitz define a globalização como:

[...]a integração mais próxima de países e povos do mundo... causada pela enorme redução de custos de transporte e comunicação e pela eliminação de barreiras artificiais para os fluxos de mercadorias, serviços, capital, conhecimento e (em menor escala) pessoas através das fronteiras internacionais[...] (STIGLITZ,2004)

Os principais fatores que caracterizam a formação da globalização são: a economia, a cultura e a informação. Com a "Revolução Técnico-Científica" em meados do século XX, foi o período em que a globalização econômica teve seu maior desenvolvimento em relação ao

comércio internacional, na qualidade de vida e na liberdade de movimentação da população. (ASE,2005)

No modo de produção (o capitalismo, na sua fase de capitalismo financeiro); de uma ideologia e de uma forma de governo (o neoliberalismo); da dominação cultural, comercial e, se necessário, militar, pelos países ocidentais.

Um fenômeno complexo de muitas repercussões. Não é, por conseguinte, surpreendente que o termo “globalização” tenha adquirido numerosas conotações emocionais (...). No limite ela é considerada como uma força irresistível e benéfica que trará a prosperidade econômica a todos os habitantes do mundo. No outro extremo, vê-se nela a fonte de todos os males contemporâneos.

Neste sentido Paulo Bonavides diz que:

Os povos subjugados do terceiro mundo as culturas nacionais violentadas e sufocadas as vítimas das guerras de Conquista as classes oprimidas pelas desigualdades sociais a Mocidade imolada nos Campos de Batalha os excluídos sociais de todas as ações (BONAVIDES, 2009, p.140)

A Globalização pode ser entendida como um fenômeno social que não é recente e nem inteiramente novo. Entretanto a Globalização está inserida num processo histórico e é portadora de continuidade. Na verdade, a Globalização contemporânea compreende novas dinâmicas (econômicas, políticas e culturais) com importante dimensão e impacto, e que constituem uma verdadeira transformação do mundo em que vivemos.

A era da Globalização tem sido marcada por enormes avanços tecnológicos, pelo acentuado desenvolvimento do comércio internacional e pela transnacionalização do investimento e do capital; aparentemente, estar-se-ia num clima de prosperidade econômica.

4. GLOBALIZAÇÃO DA INFORMAÇÃO

A grande novidade do século XXI é que a revolução virtual já atinge a energia e o mundo material, um tripé, formado pela unidade entre a internet das comunicações, a internet da energia e a internet da logística.

Uma evolução constante e veloz dos meios tecnológicos. Novos equipamentos e avanços nos meios de telecomunicação, sobretudo a partir do surgimento da internet que ocasionaram uma revolução nas formas de comunicação e de acesso às fontes de

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

conhecimento e cultura, o que, conseqüentemente, provocou o surgimento de um novo modelo de sociedade, denominado de Sociedade da Informação (WACHOWICZ, 2008).

É por isso que Habermas afirma que, no mundo atual,

[...]“rede” [Netzwerk] tornou-se uma palavra-chave, e tanto faz se se trata das vias de transporte para bens e pessoas, de correntes de mercadorias, capital e dinheiro, de transmissão e processamento eletrônicos de informações ou de circulações de pessoas, técnica e natureza (HABERMAS, 2001, p. 84)

Para o economista Jeremy Rifkin (2016), um verdadeiro salto para uma economia colaborativa, multiparticipativa e, como consequência, um novo modelo econômico que tira o protagonismo do debate político hoje marcado entre capitalismo e socialismo; uma economia global, baseada na internet das coisas, especialmente na internet das comunicações, do transporte e da energia, “o paradigma capitalista, longamente aceito como o melhor mecanismo para promover uma organização eficiente da atividade econômica”.

Guilherme Ferreira da Costa esclarece sobre a crescente descentralização da sociedade e seus motivos:

O desenvolvimento tecnológico apresentado nas últimas décadas cumpre papel decisivo para que a sociedade continue migrando de um sistema centralizado, pautado em firmas verticalmente integradas e intensivas em capital financeiro, para uma sociedade descentralizada e lateralmente distribuída. Jeremy Rifkin argumenta que os principais momentos disruptivos da sociedade ocorreram com o desenvolvimento de uma nova matriz de comunicação, energia e transporte. Para o autor, o presente século parece reunir ferramentas tecnológicas suficientemente fortes para a consolidação de um novo paradigma. (2017, p. 19).

As redes de objetos inteligentes serão parte de nossas vidas nos próximos anos;

Como resultado, [...] os códigos interoperacionais e os conectores entre redes tornam-se as principais fontes de ordenação, orientação e desorientação das sociedades. A convergência entre a evolução social e a tecnologia da informação criou uma nova estrutura material para a realização de atividades através da estrutura social. Essa estrutura material, elaborada nas redes, determina os processos sociais dominantes e, portanto, ordenam a própria estrutura social (CASTELLS, 2010b, p.502)

Por isso, entender as bases da Internet das Coisas, no que tange seus paradigmas de comunicação e modelos de conectividade é de grande importância. Na Internet das Coisas, os objetos inteligentes estão verdadeiramente conectados à Internet e qualquer usuário da Internet, seja humano ou máquina, poderá ter acesso aos recursos dos objetos inteligentes.

A ordem econômica e financeira, igualmente, pressupõe a harmonia entre direitos de variadas ordens, como a livre iniciativa e a livre concorrência, a par da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente e do consumidor, na linha do desenvolvimento sustentável.

A era da Internet permitiu o retorno à ideia de compartilhamento, que remonta às antigas comunidades, entretanto, sob uma perspectiva um tanto ampliada.

Nessa linha, BOTSMAN e ROGERS (2011, pp. 37-38) propõem:

Estamos começando a sair do transe do consumo em que vivemos nos últimos cinquenta anos. No cerne desta transformação estão dois fenômenos que se entrelaçam. O primeiro é uma mudança de valores. O consumidor está cada vez mais consciente de que o crescimento finito e o consumo baseado em recursos infinitos não são uma combinação viável. Consequentemente, estamos encontrando maneiras de tirar mais daquilo que compramos e, principalmente, daquilo que não compramos. Ao mesmo tempo, estamos começando a reconhecer que a busca constante por coisas materiais ocorreu em detrimento do empobrecimento de relacionamentos com amigos, família, vizinhos e o planeta. Esta percepção está causando um desejo de recriar comunidades mais sólidas novamente.

As plataformas de redes sociais permitem que pessoas interajam, criando, compartilhando e trocando informações com sensação de liberdade. Entretanto é o principal meio e instrumento de coleta de dados pessoais, invasiva e com todas as informações publicadas pelos próprios usuários, sendo alvo fácil para criminosos. No entanto, os fluxos globais de dados tendem a ignorar esse tradicional papel do Estado como organizador de espaço e tempo. Isso ocorre em virtude de tais fluxos possuírem tempo e espaço próprios: o tempo instantâneo e o espaço comprimido. Por isso, “o deslocamento dos valores, de ‘senhor do território’ para ‘mestre da velocidade’, parece enfraquecer o Estado nacional” (HABERMAS, 2001, p. 86).

Uma série de fenômenos tecnológicos, sociais e de mercado originaram um paradigma comumente referenciado pelo termo Big Data: grandes conjuntos de dados, criados a taxas muito altas, em formatos diversos e adquiridos de variadas fontes.

Considerando a perda de poder do Estado e o fato de que, na sociedade em rede, ele é apenas mais um dos nós da rede global de exercício de controle e poder, deve-se pensar, junto à teoria do Estado, uma teoria do poder capaz de reconhecer que, embora todas as questões de Estado sejam questões de poder, nem todas as questões de poder são questões de Estado (CASTELLS, 2010a, p. 359).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O termo Big Data, do sentido da palavra, significa o alto volume de processamento de dados, a mineração dos dados existentes na internet. A mineração dos dados busca extrair conhecimento dos dados.

Esta coleta ou mineração de dados feita no uso da internet, em todos os usuários, tal qual pode ser conceituado por Gunther:

Big Data pode ser definido com base em grandes volumes de dados amplamente variados que são gerados, capturados e processados em alta velocidade. Como tal, esses dados são difíceis de processar usando as tecnologias existentes. Ao adotar tecnologias analíticas avançadas, as organizações podem usar Big Data para desenvolver insights, produtos e serviços inovadores. (GUNTHER, 2017, p.191–209)

Os algoritmos operam sobre dados e são capazes de ordená-los, classificá-los, descobrir conhecimento, estabelecer perfis (*profiling*), reconhecer faces, tomar decisões automatizadas, dentre muitas outras funções, sendo que na maioria das vezes isso ocorre sem que os usuários possam saber. (FREITAS,2020)

O Big Data pode ajudar a lidar com diversas atividades de negócios, desde a experiência do cliente até a análise avançada, como desenvolvimento de produtos, manutenção preditiva, experiência do cliente, identificar padrões em dados que indicam fraudes e agregar grandes volumes de informações para tornar os relatórios regulamentares muito mais rápidos, na eficiência operacional, usando informações de dados para aprimorar as decisões sobre considerações financeiras e de planejamento.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Um liberalismo que vai muito além do resgate das perspectivas clássicas, mas que dialoga com as novas tendências nos campos do pensamento econômico liberal e também, como não poderia deixar de ser, com seu tempo e sociedades específicas.

Para Paulo Bonavides, “o sistema capitalista vive provavelmente sua derradeira agonia na crise dos mercados globalizados sob a denominação de capitalismo financeiro selvagem caótico desordeiro ele dobra o joelho há uma única divindade o lucro” (BONAVIDES,2009, p.188)

A era da Globalização tem sido marcada por enormes avanços tecnológicos, pelo acentuado desenvolvimento do comércio internacional e pela transnacionalização do investimento e do capital; aparentemente, estar-se-ia num clima de prosperidade econômica.

A globalização trata-se de um fato de grande relevância para o mundo jurídico, especialmente para que se possa garantir a permanência das conquistas oriundas das lutas históricas do segundo pós-guerra relativas à expansão da democracia e dos direitos humanos.

Estamos diante de uma realidade inegável e diversos debates sobre as novas tecnologias que estão cada vez mais frequentes, principalmente no que tange a regulação destas. A tecnologia está transformando globalmente o sistema jurídico, à medida que as relações da sociedade têm se tornado cada vez mais vinculadas ao ciberespaço. Com a internet das coisas, os paradigmas de comunicação e modelos de conectividade é de grande importância, dando conectividade aos objetos inteligentes e qualquer usuário da Internet, seja humano ou máquina, poderá ter acesso aos recursos dos objetos inteligentes.

Os algoritmos operam sobre dados e são capazes de ordená-los, reconhecer faces, tomar decisões automatizadas, dentre muitas outras funções. O Big Data pode ajudar a lidar com diversas atividades de negócios, desde a experiência do cliente até a análise avançada. A informação tem sido compreendida como um dos pilares estratégicos para a sociedade e para as organizações, observando os impactos que essas ações exercem uma sobre a outra.

REFERENCIAS

Academia Sindical Europeia (ASE) (2005), Guia Pedagógico para os formadores europeus - A Europa e a Globalização, versão portuguesa policopiada

BATISTA Jr., P. N. O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos. São Paulo: Paz e Terra. 1994. (Cadernos da Dívida Externa, n. 6)

BEZERRA, Juliana. Neoliberalismo no Brasil. In: Toda Matéria. Disponível em: <https://www.todamateria.com.br/neoliberalismo-no-brasil/> Acesso em: 14.fev.2022

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 35. ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

BONAVIDES, Paulo. Do país constitucional ao país neocolonial: a derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTSMAN, R. & ROGERS, R. O que é meu é seu: como o consumo colaborativo vai mudar o nosso mundo. Porto Alegre: Bookman, 2010.

CASTELLS, M. The power of identity: The information age – economy, society and culture. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 2, 2010a. 538 p.

CASTELLS, M. The rise of the network society: The information age – economy, society and culture. 2. ed. Chichester: Wiley-Blackwell, v. 1, 2010b. 597 p.

DANIEL NETO, Lindes. A proteção penal à privacidade na rede: crimes cibernéticos próprios e as deficiências estruturais do ordenamento jurídico brasileiro. 2015. Disponível

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

em:

<https://dspace.doctum.edu.br/bitstream/123456789/2015/1/A%20PROTE%c3%87%c3%83O%20PENAL%20%c3%80%20PRIVACIDADE%20NA%20REDE.pdf> Acesso em: 06.Nov.2021

FIGUEIREDO, Tatiana Silva Poggi de. Do liberalismo ao neoliberalismo: as influências do ideário liberal na conformação da Escola de Chicago. *Leituras de Economia Política*. Campinas, v. 12, n. 1, pp. 97-127, nov. 2009. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L15/04%20Tatiana%20Figueiredo.pdf>. Acesso em: 22.fev. 2022.

FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. A obscuridade dos algoritmos e a LGPD. 2020. Disponível em: <https://www.inpd.com.br/post/a-obscuridade-dos-algoritmos-e-a-lgpd>. Acesso em: 12.Nov.2021.

GOMES, Victor Werneck. Responsabilidade na internet: os perigos do big data para a privacidade. *Revista Unifacs*, 2020. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/6934> Acesso em: 06.Nov.2021

GÜNTHER, Wendy Arianne et al. Debating big data: A literature review on realizing value from big data. *The Journal of Strategic Information Systems*, v. 26, n. 3, p. 191–209, 2017

HABERMAS, J. A constelação pós-nacional: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220 p.

HAN, Byung-Chul. *Psicopolítica: o neoliberalismo e as novas técnicas de poder*. Trad. Maurício Liesen. Belo Horizonte: Editora Âyinê, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NETO, ELIAS JACOB DE MENEZES. Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do estado na era do big data. 2016 Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/5530/Elias%20Jacob%20de%20Menezes%20Neto_.pdf?sequence=1&isAllowed=y Acesso em: 15.março.2022

RIFKIN, Jeremy. *Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo*. trad. Monica Rosemberg. São Paulo: M.Books, 2016/2014.

Rizzotto, Maria Lúcia Frizon. Neoliberalismo e Saúde. In: *Dicionário educação da profissional em saúde*. 2009 Disponível em: <http://www.sites.epsjv.fiocruz.br/dicionario/verbetes/neosau.html> Acesso em: 12.fev.2022
SIMÃO FILHO, Adalberto; SCHWARTZ, Germano André Doederlein. “Big Data”, big problema! Paradoxo entre o direito à privacidade e o crescimento sustentável. *Conpedi Law Review*, Onãti, v. 2, n. 3, p. 311-331, jan./jun. 2016. Disponível em:

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

<https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3644/pdf> Acesso em:
10.março. 2022

STIGLITZ , Joseph E. Globalization and its discontents W.W. Norton, 2003 304 p. (brochura)
978 -0393324396

STIGLITZ, Joseph E. (2004), Globalização: a Grande Desilusão, Lisboa, Terramar

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E CONTRATOS PRIVADOS DE SEGUROS

Fabiano Andrade Blau⁴
Marcos Alves da Silva⁵
Lucas Gonçalves da Silva⁶

1. INTRODUÇÃO

De Plácido e Silva (2007, apud ALEXANDRINO E PAULO, 2007, p.363) diz que, no contrato, a competição da vontade dos contratantes é a base para sua eficácia. No entanto, desde que a lei exija que a forma específica do contrato seja um elemento essencial, o não cumprimento da forma legalmente prescrita significa a invalidade do contrato. Alexandrino e Paulo (2007, p.363) demonstra que pactos não se confundem com atos jurídicos. Isso se deve ao fato de que os atos jurídicos são unilaterais, e contratos são acordos, que são bilaterais.

A prescrição do segurado segundo o Código de 1916 era de um ano, com início da contagem da data em que tivesse ciência do fato, conforme artigo 178, § 6º, II.

De acordo com a jurisprudência o fato referia-se ao ocorrido, pois seria com base no sinistro que se fundamentava a causa de pedir da demanda para requerer a indenização.

Mediante as diversas opiniões de diferentes tribunais, aprofundando-se na matéria, chegou a conclusão que não seria o caso de interrupção e nem de suspensão da prescrição antes que o direito ao recebimento da indenização pudesse ser exigido, e consequentemente pudesse ser transgredido pelo não pagamento da indenização.

Para que prevalecesse esse novo entendimento, teve que se levar em consideração, o conceito atual de prescrição previsto no código civil de 2002, com uma perspectiva de não extinção da ação, mais da propriamente dita pretensão, conforme artigo 189 do novo código,

⁴ Graduado em Direito pelo Centro Universitário Campos de Andrade, Advogado, Pós-graduado pela Pontifícia Universidade Católica em Processo Civil. Pós-Graduação *Lato Sensu* – Especialização em Direito Civil com ênfase em Direito Público pela Universidade Positivo do Paraná. Pós-graduado em Prática da Advocacia pela Faculdade do Estado do Paraná. Mestrando em Direito Empresarial pela Centro Universitário Curitiba. **Orcid:** <http://orcid.org/0000-0001-9074-0130>. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1289461150248063>. Email: fabianoblau42@gmail.com.

⁵ Doutor em Direito Civil pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (2012). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná – UFPR (2001). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1995). <http://lattes.cnpq.br/7223532195857162>. marcos@marcosalves.adv.br

⁶ Pós-doutor em Direito pela Università Degli Studi G. d'Annunzio (Italia) e pela Universidade Federal da Bahia. Doutor e Mestre em Direito do Estado, na sub-área de Direito Constitucional, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo-PUC/SP. Professor Associado da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito na Universidade Federal de Sergipe-UFS. Consultor da Câmara de Assessoramento da FAPITEC/SE. Consultor da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Capes. Membro da Diretoria do Conselho Nacional de de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI.

o que passou a priorizar o fato gerador da prescrição e não do fato que autorizava a ação, desta forma corroborando com o artigo 206, § 1º, II, b do código civil de 2002.

O termo "contrato administrativo" é utilizado em sentido lato para abranger todos os contratos celebrados por trabalhos da administração pública de direito público ou privado. O termo "contrato administrativo reservado" refere-se apenas aos ajustamentos efetuados pelo departamento administrativo de acordo com o ordenamento jurídico para alcançar fins públicos a título pessoal ou como pessoa jurídica (pública ou privada).

O estudo do ordenamento jurídico dos contratos administrativos é um dos temas mais significativos da teoria do direito administrativo, pois além da magnitude de sua prática é aqui que se encontra o elo mais fraco entre o direito público e o direito privado. O objetivo deste artigo é analisar essa conexão por meio de um método histórico, visando rastrear os métodos que vêm sendo usados no delineamento do tema.

Para explicar essa evolução será analisado os contratos com a Administração Pública e contratos privados de seguro, a prescrição, a pretensão da indenização, a reciprocidade do ônus contratual entre as partes.

Para a elaboração deste artigo utilizarei a metodologia de pesquisa bibliográficas, objetivando fazer um comparativo entre contratos com a administração pública e contratos privados.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. Prescrição no código de 2002

Dado o prazo para que ocorresse a prescrição já começaria a contar antes do segurado cumprir com o encargo de comunicar a seguradora. No entanto não importava o aviso da ocorrência do fato para o início do cômputo do prazo da prescrição, entretanto não desprezando a sua função relevante e essencial para a satisfação do encargo por parte do segurador, que é a de adimplir a indenização, pois a mesma só poderia ser paga mediante comunicado do sinistro a seguradora, para que resultasse a regulação e consequente liquidação do prejuízo sofrido pelo segurado. Portanto a essa atuação só se admitia efeito suspensivo acerca do decurso prescricional a partir do momento em que o segurado tivesse conhecimento do fato gerador.

Todavia, completada a fase regulatória com a negativa de pagar a indenização prevista no contrato, o prazo prescricional voltaria a correr, porém somente do tempo faltante para concluir o ano, inteligência do artigo 178 §6º do Código Velho.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

No entanto, o diploma legal de 2002 continuou optando pela prescrição anual para a demanda do segurado, porém a contagem do prazo ficou subordinada ao conhecimento do sinistro ou fato gerador da pretensão, conforme art. 206, §1º,II,b.

Alguns doutrinadores e parcela da jurisprudência continuaram adotando o entendimento do código velho, não percebendo a redação do novo código e considerando o “*dies a quo*” ou seja, primeiro dia do começo da contagem do prazo, a data do conhecimento do fato gerador.

O resultado foi pela manutenção da questão de que a prescrição se remetia a reivindicação da indenização pelo segurado, que iniciava-se anteriormente ao aviso do sinistro à seguradora, incumbindo portanto, a suspensão temporária do prazo prescricional. Entretanto o protelamento por parte do segurado em comunicar a seguradora da ocorrência do sinistro, poderia levar a prescrição, antes do segurado poder demandar a seguradora em juízo pleiteando uma indenização.

Com o STJ influenciando a respeito do tema, percebemos que a pretensão origina-se do contrato de seguro, tanto por parte da seguradora, como por parte do segurado, passaria a contagem do prazo prescricional, da data em que o titular da pretensão tenha conhecimento do referente fato gerador, de acordo com o artigo 206 §1º,II,b do Código Civil atual. Não obstante, se a pretensão de reivindicar a indenização pela cobertura do risco inicia-se na data do fato, chegamos à conclusão portanto que segundo a jurisprudência, a iniciativa do segurado dos trâmites perante a seguradora para ser ressarcido dos prejuízos sofridos, não interrompe a prescrição, porém somente suspende, recomeçando de onde parou a apuração do que faltou do prazo, conforme entendimento do STJ.

Segundo nosso diploma legal artigo 205 e 206;” violado o direito nasce para o titular a pretensão ,a qual se extingue pela prescrição”

Seguindo na linha do direito comparado, na Alemanha ,o direito a respeito do tema diz; “extingue a pretensão não exercida no prazo legal” já o diploma legal italiano menciona que; “extingue-se o direito por falta do exercício pelo titular durante o tempo estipulado pela lei” o código brasileiro seguiu na mesma linha do diploma legal alemão.

A prescrição faz terminar com a pretensão de uma pessoa requerer de outra uma prestação ,por inércia de se titular.

O que ocorre é um decurso do prazo prescricional ,pelo qual seu titular após um lapso temporal foi omissor, e deixou de demandar em juízo requerendo prestação alheia.

O direito de uma pessoa exigir de outra em juízo uma prestação inadimplida fica impedida pela prescrição, porém o direito subjetivo ainda subsiste ,mesmo que de maneira

prejudica, após decorrido o prazo prescricional, o titular do direito prescrito poderá utilizar-se de outro mecanismo para ter seu direito satisfeito, como por exemplo, através da ação monitória, o credor poderá utilizar-se do documento prescrito para provar o crédito em juízo, pois não se trata de cobrar documento prescrito, mas sim de utilizá-lo para ser reconhecido pelo estado-juiz a existência de uma dívida na ação demandada, e posteriormente após sentença condenatória favorável ao demandante, utilizar-se do cumprimento de sentença para ter sua indenização adimplida.

No código de 1916, a perda da ação ocorria com a prescrição. No entanto, para evitar conflito com o novo código, do direito material em face ao direito Público, onde a prestação jurisdicional é feita pelo direito subjetivo, na qual através de uma ação e uma sentença de mérito têm-se a prestação jurisdicional satisfeita, pouco importando se é em favor do autor ou réu.

Pois aquele que se intitula detentor de um direito, não o perde pela prescrição, o fato de ter sido reconhecido pelo juiz a exceção da prescrição, deverá gerar uma sentença de mérito conforme artigo 269, LV do CPC.

Entretanto é a ação no sentido material que é utilizada para se obter uma reparação de um direito que foi descumprido e que irá se perder pela prescrição.

A prescrição atinge apenas e tão somente a pretensão, não atinge nem o direito material, nem o direito processual, ou seja, alcança apenas o direito pretendido de restabelecer uma prestação garantida pela parte que a transgrediu.

Juízes contrários a ideia de ação de direito material, afirmam que já estaria ultrapassada pelo direito hodierno e se opõem a pretensão manifestando ser ineficaz tanto na esfera processual quanto na esfera material e que a pretensão na realidade seria confundido com o direito subjetivo, gerando uma dualidade de demandas processuais, embora amplamente discutida nos dias atuais.

No direito romano a pretensão não se emaranhava com uma ação processual, na qual se solidificou no final do século XIX e evoluiu no século XX. Pois em Roma o titular de um direito podia segui-lo na justiça, o direito não era colocado em uma ordem, não se cogitava organizar a jurisdição, apenas pensava-se em apreciar as circunstâncias da parte em juízo.

Na visão de Roma, um direito remetia-se a atividade e outro direito mantinha-se num estado inerte, o que se pressupõe que o segundo esta numa classe antecedente ao tempo exato em que é ameaçado ou agredido, o primeiro, a chance de reação *a posteriore* a uma ameaça ou consequente agressão. Nesse contexto não significa que ter o direito de ação, automaticamente terá o direito de jurisdição.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Ter o direito portanto, não é motivo pra dizer que era detentor de uma ação, ou seja, não se pode imaginar a pretensão dentro de um contexto subjetivo, pois a inércia de um direito subjetivo é que faz nascer a pretensão, como exemplo; “no caso de locação de um imóvel, se o locatário danificar o bem ou não pagar os encargos do mesmo, nascerá para o locador a pretensão de requerer em juízo os prejuízos sofridos em decorrência do contrato de aluguel não cumprido, que irá se extinguir com a prescrição.

Prescrição não se confunde com decadência, pois quando existir uma contrapartida em relação a uma das partes que possa ser infringida, estaremos diante de uma prescrição. Mas quando se busca a tutela do poder judiciário por exemplo, em uma ação constitutiva ou declaratória de um direito, hipótese que estamos diante de uma decadência.

Note que na decadência não nasce uma pretensão, apenas se requer do Estado-Juiz que declare a existência ou não de uma relação jurídica, já na prescrição, o autor pugna por uma prestação do réu advinda de uma ação ou omissão, caso em que evidencia a pretensão diante de uma violação do direito.

Em síntese, para que ocorra a prescrição é preciso que:

- a) Exista uma contrapartida entre as partes, em virtude de um ação ou omissão.
- b) Que um direito material seja infringido, e que ocasione a violação de uma obrigação.
- c) Que em decorrência dessa infração do direito subjetivo, possa ser demandado pelo lesado em juízo.
- d) Que seja constatado a inércia do titular de um direito no decorrer do prazo estipulado por lei.

3. JUÍZO DA OBRIGAÇÃO. CENÁRIO CONTRATUAL

A relação obrigacional é vista pelo direito moderno de forma dinâmica, deixando para trás uma antiga concepção estática. Entretanto, os elementos que formam o contrato refletem o encargo que se deve cumprir.

A obrigação é vista como um processo que se torna algo muito complicado, na qual ocasiona várias ações que objetivam um fim; o pagamento concentra o ônus, ocasionando sua extinção. A forma que relaciona o fato com a sua causa de pedir deve nortear toda análise do levantamento obrigacional, possibilitando perceber todos os poderes e obrigações inerentes ao contrato, podendo ainda, impor limitações e lhe dar um rumo.

Para o direito moderno o que importa são as fases em que a relação obrigacional se desenvolva e se interligue entre ela própria.

Todas as ações realizadas, tanto pelo credor como pelo devedor, entram no universo jurídico, nele entram e são selecionadas de acordo com um regulamento, dando ênfase aos dizeres formulados por um conjunto de regras do Direito. Ações que, notoriamente segue a uma direção final. Pois é exatamente essa intenção que impõe a ideia do encargo como processo.

4. CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Normalmente, o governo assina um contrato para atender às suas necessidades, essa é a chamada necessidade social. O crescimento das atividades nacionais e as necessidades dos grupos sociais determinam a impossibilidade de execução pelo próprio governo e instituições a ele vinculadas, recorrendo a terceiros para atingir seus propósitos e solucionar suas necessidades. Contudo, emprega pessoas jurídicas, físicas de direito público ou privado. Especialmente, o contrato é entendido como a relação jurídica constituída por interesses em contratar, em que as partes são obrigadas a prestar entre si os serviços concebidos. A sua característica central reside na voluntariedade da celebração do contrato, que se caracteriza pela permutabilidade e assinatura (paridade e contrapartida dos ajustes e vantagens mútuas) e pela autoridade dos termos, ambos igualmente aplicados aos dois contratos. No entanto, quando a administração fizer esses acordos, "Contrato administrativo" e "Contrato de administração" serão exibidos. Acentua-se que o princípio da autonomia do desejo em contratar é informar as premissas mais importantes do contrato, independentemente de o contrato ser de natureza pública ou privada, e para garantir a validade do contrato, ele não deve violar a lei, ou seja, sua finalidade é legal e possível, e ambas as partes do contrato capazes.

4.1. Contratos da administração e administrativos

Segundo FERNANDA KELLNER DE OLIVEIRA PALERMO; torna-se o conceito de contrato um conceito geral de direito, como acordo recíproco e destinado a gerar obrigações, ele não só existe na existência e características dos contratos de direito público, mas também estabelece a existência e as características dos contratos administrativos, e os contratos administrativos existem nos contratos, um formulário especial. O domínio dessa classe comum. Com as contínuas mudanças da vida social e administrativa, a teoria do serviço

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

público passou a existir. Os princípios básicos desta nova teoria estão relacionados com a organização e função dos serviços públicos, e configurá-los como desempenho administrativo requer não só direito administrativo, mas também jurisdição administrativa. Este princípio está na base da primeira diferença substancial entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado do departamento administrativo.

A diferença entre contrato-contrato administrativo-contrato privado começa com uma diferença que só funciona no nível processual e não tem qualquer transcendência no nível material ou substantivo.

Inicialmente, essa distinção parecia ser uma exceção ao plano de estrutura do comportamento de poder (comportamento gerencial), que foi corretamente denominado a primeira sistematização do direito administrativo. Fernanda Kellner de Oliveira Palermo na e-magazine também destacou que:

Depois de perceber que existem dois tipos diferentes de contratos administrativos, iniciou-se um processo suave, onde a teoria buscou o padrão mais adequado para diferir entre contratos administrativos e contratos de gestão privada.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2002, p. 241), cita vários critérios que diferem os contratos administrativos dos de direito privado, a saber:

a)-Algumas pessoas adotam normas subjetivas ou orgânicas, mas devem compreender que os contratos administrativos são poderes públicos nos contratos administrativos e têm poderes imperiais nas relações jurídicas contratuais; se não agirem nessa qualidade, o contrato será regido pelo direito privado;

b)- Para outros, o contrato administrativo está sempre relacionado com a organização e exploração de serviços públicos, se o seu conteúdo for a prestação de atividades privadas, será um contrato de direito civil;

c)- Há quem faça distinção entre contratos administrativos para fins públicos, o que é controverso, porque mesmo um governo que opera sob regime de direito privado deve agir para esse fim, mas será punido com abuso de poder;

d)-Outros entendem que a característica dos contratos administrativos são os procedimentos dos acordos, o que também é inconsistente com os fatos, porque certos procedimentos são exigidos. Não é a natureza do contrato, mas a existência do órgão administrativo e a finalidade pública que deve ser alcançada; trata-se de uma licitação, de um formulário, Motivação, situação publicitária;

e)-Por fim, alguns contratos administrativos caracterizam-se pela existência de cláusulas nobres no common law, assim denominados por estarem fora do âmbito do common law (ex orbita), e objetivam assegurar o mais alto status do governo nessas áreas. A relação com o específico, garantindo o poder de modificar unilateralmente o contrato, rescindindo unilateralmente o contrato antes do prazo, impondo penalidades administrativas, e muitos outros termos também foram analisados.

O contrato administrativo é um contrato de adesão. Portanto, os termos do contrato administrativo são determinados previamente pela administração pública. O empreiteiro não participa da descrição detalhada dos mesmos, apenas os aceita.

Ressalte-se que a autoridade administrativa não tem total liberdade para formular tais cláusulas, mas deve respeitar as disposições impostas pelas leis, regulamentos e o princípio da não aplicabilidade do interesse público, ou seja, a autoridade administrativa não pode invocar o princípio da discricionariedade em seus regulamentos no que concerne aos termos do contrato administrativo.

Vale ressaltar que em qualquer contrato firmado com o poder público, seja expresso ou implícito, existe o privilégio do poder público. Geralmente, são chamadas de cláusulas excessivas e, como as leis ou princípios aplicáveis ao direito público determinam as atividades administrativas, constituem privilégios que existem nos contratos de direito privado e os privilégios são considerados inválidos nos regimes jurídicos. Não há efeito legal.

Não é preciso prestar muita atenção, o contrato administrativo também é uma espécie do gênero do pacto administrativo, mas suas regras de fiscalização são diferentes das regras que regem os pactos privados assentados pelo Estado.

Portanto, são contratos típicos da área administrativa e, portanto, sofrem a influência das normas de direito privado consagradas na lei. Em última instância, conforme ensina José Carvalho Santos Filho (2005, p.147), o ordenamento jurídico marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos administrativos privados.

Contudo, é muito conveniente notar que nem subjetivo nem objetivo são elementos diferenciais. Isso significa que o fato de o Estado estar sujeito apenas às relações contratuais não pode caracterizar o contrato apenas como administrativo.

Da mesma forma pode-se dizer a respeito do objeto do contrato, não apenas os contratos administrativos, mas também os contratos privados governamentais, inevitavelmente, terão objetivos que refletem o interesse público.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Portanto, esses elementos devem estar sempre combinados com o sistema jurídico, que é um elemento significativo e distintivo dos contratos administrativos. Embora existam sistemas jurídicos diferentes, nem sempre é fácil distinguir entre contratos administrativos privados e contratos administrativos, porque o sistema de direito privado dos primeiros é parcialmente prejudicado do direito público, essa supressão atribui umas propriedades características que também existem nos contratos de segunda categoria.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008, p. 610) e demais estudiosos da área do direito administrativo, o termo "contrato administrativo" tem gerado interpretação indevida. Isso porque o poder público tem a disponibilização de serviços públicos e o uso de bens públicos em virtude de seus privilégios e funções. Além disso, os poderes e proteções ligadas à autoridade administrativa são independentes das disposições constitucionais, por exemplo, a capacidade da autoridade administrativa de modificar contratos para fins de interesse público. Desta forma, é atribuída uma posição que diferem do “acordo de vontade” existente nos pactos gerais, surgindo, portanto, o problema da rotulagem indevida do chamado “contrato administrativo”. Entretanto o poder conferido a administração nesses pactos é simplesmente um ato unilateral adequado ao poder público.

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2002, p. 240), alguns estudiosos entendem que qualquer contrato firmado é um contrato administrativo, e o que não existe é um contrato de direito privado. Isso porque em todos os contratos que envolvem órgãos da administração pública sempre há interferência do ordenamento jurídico administrativo, ou seja, em termos de autoridade, forma, procedimento e finalidade, sempre se aplica o direito público ao invés do direito privado. Também se acredita que a natureza essencial dos pactos administrativos é que o poder público se sobreponha ao poder privado para verificar as condições iniciais de ajuste. Esta é a posição avantajada da administração no estabelecimento de relacionamentos. Da mesma forma, a finalidade de interesse público é outra particularidade que sempre existe no pactos ajustados pelo governo, que confere ao governo todos os vantagens e premissas necessárias ao desempenho de suas funções. Andrea Costa (2005, p. 185) resumiu esse ponto, apontando que os pactos administrativos e os contratos de direito privado têm peculiaridades comuns. São eles: concordo; formal; caro; funções intercambiáveis e intuitivas. As características dos contratos administrativos são: Poder imperial na administração pública, organização e exploração dos serviços públicos, fins públicos, licitações e cláusulas excessivas.

5. SUJEIÇÕES E ATRIBUIÇÕES

A característica do sistema jurídico administrativo é conceder certos privilégios à autoridade administrativa ao assumir responsabilidades. A imposição de restrições é condição necessária para restringir as ações administrativas, e é fundamental para salvaguardar o respeito aos fins públicos e aos direitos civis. Entre os privilégios, a autoridade administrativa tem o poder de prevalecer sobre o cidadão, ou seja, colocá-la acima do indivíduo.

No tratamento de questões contratuais, no que diz respeito às obrigações impostas ao governo, é necessário verificar que os contratos de direito privado e os contratos administrativos não são diferentes, ou seja, ambos cumprem os requisitos de forma, procedimento e autoridade. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 244) disse.

Em termos de forma, para todos os contratos de gestão, é exigida pelo menos a forma escrita, exceto para alguns pactos de pouco valor, caso em que pode ser usada a forma oral. Em relação às permissões, as regras são as mesmas, pois no direito administrativo todas as competências são provenientes da lei.

No que concerne aos formas e fins, em nada se diferem, todas as pessoas estão sob o que determina a lei, não importando o escalão a qual estejam submetidas, pois estes são requisitos para validade legal, devendo sempre ser divulgado esse propósito para se evitar abuso de poder, (por exemplo, autorização legislativa para venda de imóveis, avaliação, licitação, etc. Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 245).

6. DIREITO DAS OBRIGAÇÕES SOB A ÓTICA CONTRATUAL

Centralizada a obrigação pelo propósito do processo, o direito e as obrigações entre os sujeitos do contrato não delimitam o que foi acordado pelos contratantes. Pois ultrapassa os limites contratuais, sujeitando as previsões legais e aos costumes como condição para ocorrência do adimplemento.

Nesse contexto, serão percebidas após o término da obrigação, encargos principais, acessórios e fiduciários.

Os encargos que são considerados o núcleo da obrigação são os chamados principais, ou seja, aqueles que atendem diretamente o credor, ou quando existir mais de uma parte ambas serão atendidas.

No entanto as funções primordiais é o pretexto de ser da respectiva obrigação.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Obrigações secundárias dizem respeito a obrigações certas e reivindicáveis em função daquilo que define o dever, porém diferentes das que denotam obrigações. Todavia ocorra uma ligação direta entre a atuação dessas.

Finalizando, as obrigações que expressam confiança não revelam exatamente as contribuições exatas, mas indicam a um padrão de procedimentos legítimos que são aguardados conforme exemplos aceitos pela sociedade e que transpõem em honestidade, honra entre as partes que compõem a obrigação. E que exprimem o princípio da boa fé nos contratos.

7. NATUREZA ENIGMÁTICA E ENFÁTICA DO CONTRATO DE SEGURO

Não há previsão no código de lei que dispõe sobre regulamentação do sinistro. No entanto trouxe a previsão de que o segurado perderia o direito de uma indenização se deixasse de comunicar o segurador da ocorrência do sinistro logo que tivesse conhecimento do fato, como também precaver-se no sentido de diminuir os resultados danosos ao segurador.

Os deveres primordiais de um contrato de seguro é a garantia ao segurado, que estará acobertado contra infortúnios e que para tanto receberá um prêmio caso o sinistro ocorra.

Como todo o contrato realizado, os contratos de seguros exigem-se que se formem respeitando alguns princípios como; da boa fé, probidade e o princípio indenitário, sempre com o escopo e respeitar a função social do contrato, que é de gerar deveres e obrigações mútuas, com a finalidade produzir riquezas e desenvolvimento pro país.

O segurado deverá informar a seguradora do sinistro, pois somente após esta comunicação é que a seguradora poderá proceder a regulação, ou seja, verificar as cláusulas contratuais confrontando-as com o ocorrido, para que dessa forma seja paga a indenização pertinente.

Porém se for verificada na análise feita pelo segurador quebra de contrato, com o consequente descumprimento das cláusulas contratuais, a indenização não será paga. Essa é uma forma voluntária, que não requer tutela judiciária, essa forma de determinar se é cabível o pagamento da indenização ou não, chama-se regulação de sinistro.

8. A INCLUSÃO DA REIVINDICAÇÃO À INDENIZAÇÃO NO BOJO DA DEMANDA DO CONTRATO DE SEGURO

A *MUTATIS MUTANTIS*, que significa (mudando o que tem que ser mudado), é também conhecida como o Direito de exigir o pagamento do sinistro pelo beneficiário. Pois

não adianta a ocorrência de fato gerador, como exemplo, no caso do tributo, ele só poderá ser exigido após ter ocorrido o lançamento.

No bojo do contrato de seguro, o acontecimento do sinistro é o fato pelo qual se procede a regulação, a forma pela qual se exige o pagamento do seguro para o beneficiário. Pois a seguradora é quem fará a regulação, isso é um dever do segurador e condição extremamente necessária para que se cumpra o contrato, pois trata-se do objeto da relação contratual, que gera a satisfação do segurado, ou seja, ocorrido o fato nasce para o titular (segurado), o direito de receber o pagamento do seguro pela seguradora, porém, para que se torne realidade o recebimento da indenização, é imprescindível que seja feita a regulação por parte do segurador do episódio do sinistro, no entanto, ocorrerá um incentivo do credor para que o segurador faça as diligências necessárias.

Concluindo, é vedado ao beneficiário requerer de forma imediata o pagamento da indenização. Compete ao segurado informar ao segurador antes de exigir a indenização advinda do sinistro. Pois a seguradora terá que verificar como se deu o sinistro mediante uma vistoria, pois é crucial dentro do contrato de seguro o cumprimento desta fase investigatória.

9. A PRESCRIÇÃO PERANTE O SEGURADOR

A fase regulatória do sinistro deve levar em conta a prescrição. Pois começa a correr o prazo após nascer para o beneficiário do seguro a pretensão, contudo, o segurado só poderá demandar a seguradora em juízo após a negativa da mesma em adimplir a obrigação, momento em que o direito subjetivo é infringido e o início do prazo prescricional começa mover-se. A prescrição somente atingirá obrigações atrasadas.

No entanto, caso não aconteça a fase regulatória por parte da seguradora, inexistirá prescrição, pois a mesma sequer terá início, condição para que inaugure a investigação do sinistro por parte do segurador, no intuito de determinar a quantia a ser pago ao segurado, isso é termo primordial para o cumprimento da relação obrigacional contratual e requisito para o segurado estar sob as consequências da prescrição.

Há duas correntes, a primeira defende que o segurado deverá comunicar o sinistro ao segurador para ter direito a indenização conforme artigo 771; a segunda corrente determina que a prescrição estipula-se em um ano, e passará a contar a partir do momento em que o beneficiário fique sabendo da ocorrência do fato que o ocasionou, inteligência do artigo 206, §1º, II, b, ambos do Código Civil.

Neste contexto, fica claro que o segurado não poderá requerer o pagamento do seguro sem que antes informe a seguradora da ocorrência do sinistro, objetivando contudo, que a

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

seguradora proceda com a consequente regulação. Pois a falta da comunicação do segurado ao segurador, ocasionará a decadência do direito em receber o seguro, conforme artigo 771 do Código Civil de 2002.

Entretanto, a falta do segurado em comunicar o sinistro a seguradora, obsta o recebimento do seguro, pois é imprescindível que o segurado comunique o sinistro a seguradora para que sua dívida se torne exigível e a seguradora cumpra a fase de regulação.

Caso o segurado não cumpra com o seu dever perante o segurador, que é de informar do fato ocorrido, não se pode falar em interrupção da prescrição e nem da suspensão da mesma, pois ela sequer teve início, o que ocorreu na realidade foi um impedimento do início do prazo prescricional.

Somente após a negativa da seguradora em cumprir o contrato, após feita a regulação, é que nascerá para o segurado o direito de demandar a seguradora em juízo e consequentemente o início da pretensão, inteligência dos artigos 199, I, e 189, ambos do Código Civil de 2002.

O requerimento do ressarcimento do prejuízo sofrido pelo segurado à seguradora, suspende o prazo da prescricional até que o segurado tenha conhecimento da decisão em pagar ou não a indenização.

Nesse contexto, o prazo da prescrição se suspenderia no instante em que o segurado comunicasse a ocorrência do sinistro a seguradora. Entretanto, houve uma evolução nesse entendimento pelo novo Código Civil, em específico em seu artigo 189, pois conforme preleciona este artigo, a pretensão do segurado só se iniciaria a partir da recusa do segurador em adimplir a indenização devida ao segurado logo após o aviso da ocorrência do sinistro, em conformidade com o artigo 771 do Código Civil. Nesse sentido, a Súmula 229 do STJ, desenvolveu no sentido de permitir que a contagem do prazo prescricional fosse o da negativa da seguradora em adimplir o seguro ao beneficiário, momento em que surge a pretensão, possibilitando ao mesmo demandar a seguradora em juízo.

10. ANALIZEMOS OS SEGUINTE JULGADOS DO TRIBUNAL SUPERIOR A RESPEITO DO TEMA

Os problemas enfrentados nas mudanças de juízo em relação a prescrição na transição do código de antigo para o código de 2002, ocorreram por conta da má interpretação do instituto da prescrição. Pois anteriormente embasava-se a prescrição na perda da ação, pela inércia do credor em sua defesa, já no novo diploma legal ocorria a perda da pretensão. O

diploma anterior referia-se a pretensão mais no enfoque do direito processual, ao passo que, o novo código invocou a prescrição mais sobre a ótica do direito material e nele a colocou.

No código de 1916, passava-se a fluir o prazo prescricional no momento em que ocorresse o sinistro, pois era o que fundamentava o pedido na esfera processual. Bastava o contrato de seguro e o fato gerador da indenização para motivar ação processual.

O código antigo trazia a possibilidade de demandar em juízo no momento em que se tivesse conhecimento do sinistro, pois a instauração do procedimento da regulação seria superveniente a demanda processual, de acordo com artigo 178, §6º, II do código de 1916.

Já com o advento do novo código, recorreu-se a pretensão para estipular o início da prescrição, o tema passou a compreender o direito material sem vestígios ao direito processual.

Pois dessa forma passou-se ao entendimento que a prescrição não nasceria do momento do sinistro, mais sim, do comunicado do sinistro a seguradora e posterior recusa em pagar a indenização, corroborando com o artigo 771 do Código Civil de 2002.

Pois mesmo após a vigência do Código Civil de 2002, alguns tribunais ainda continuaram a proferir decisões contrárias a nova legislação, e acórdãos ainda continuavam aplicando a súmula 229 do STJ em relação a contagem de prazo prescricional.

Porém, com o passar do tempo, ocorreram mudanças na interpretação dos juristas nos tribunais e a tese correta passou a ser observada no sentido de aplicar o conceito da prescrição e da ação, segundo o artigo 189 e 206, §1º, I, b, do Código Civil de 2002.

11. CONCLUSÃO

Entretanto, afirma-se que servir ao interesse público é a finalidade de qualquer pacto firmado pelo governo. Portanto, é improvável que seus termos satisfaçam os interesses pessoais do contratante porque se destina a explicar os princípios básicos do contrato assinado com a gestão.

Portanto, os pactos administrativos denotam às autoridades administrativas seus próprios privilégios, diferindo dos pactos privados. Ressalta-se que o princípio da autoproteção administrativa significa que a administração pública tem o direito de impor suas ações e cancelá-la quando necessário.

No entanto, os interesses coletivos estão diretamente ligados aos interesses de todos, pois garantir que os interesses pessoais sejam protegidos e reconhecidos é a segurança das pessoas numa vida em sociedade.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Todavia, no que diz respeito a prescrição, fica claro que o Código Civil atual implantou o regime geral da prescrição, especificamente em seu artigo 189, instituindo a perda da pretensão que prevalecerá sobre todas as situações, incluindo as aplicadas em contratos de seguros.

Porém é imprescindível a aplicação do artigo 206, §1º,II,b, para que se leve em consideração o *dies a quo* do prazo prescricional, que é quando o prazo prescricional passaria a existir no bojo do contrato de seguro.

Já o artigo 771 dispõe sobre a obrigação do segurado em informar a seguradora da ocorrência de um sinistro no momento em que ocorrer o fato gerador, pois caso não o faça no momento certo corre o risco de perder o direito a indenização.

Não há de falar em prescrição antes do comunicado a seguradora do sinistro, pois a prescrição começa a fluir após a obrigação do segurado em informar o sinistro a seguradora, enquanto isso o que ocorre é uma suspensão do início do prazo prescricional. Começa a contar o prazo prescricional após o comunicado da seguradora em não pagar a indenização.

A pretensão extingue-se pela prescrição, pois para nascer a pretensão deve existir primeiro a violação de um direito subjetivo previsto em nosso ordenamento jurídico, para logo após, perante o descontentamento do segurado em face da parte que deveria cumprir a obrigação contratada, nascer a pretensão.

Não é suficiente uma relação contratual entre duas pessoas para nascer a pretensão, nem existência de um contrato de seguro, nem tampouco um fato gerador é suficiente, pois caso o segurado não comunique o sinistro a seguradora para que ela proceda a regulação e dê a resposta sobre o pagamento ou não do seguro, não se cogita em pretensão.

O segurado só irá adquirir o direito a pretensão, após a negativa da seguradora em pagar o seguro.

Em resumo, não é causa nem de suspensão do prazo prescricional, nem de interrupção, pois enquanto a seguradora não fizer o procedimento regulatório e dar a resposta ao segurado, nenhum prazo inicia-se, é causa de impedimento do início do prazo prescricional, conforme artigo 199 inciso I do Código Civil de 2002. Pois a inobservância de um direito é que faz nascer a pretensão, inteligência do artigo 206, §1º,II,b, do Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRINO, Marcelo ; PAULO, Vicente. Direito Administrativo Descomplicado. 15 ed. Editora Impetus, 2008.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2005

COSTA, Andrea. Direito Administrativo – Teoria com questões comentadas. 2ª ed. São Paulo: Editora Método, 2005

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. DIREITO ADMINISTRATIVO. 14ª ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2002.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/792499805/recurso-extraordinario-com-agravo-are-1242163-mt-mato-grosso-0011151-2920138110000>

https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_21_capSumula278.pdf : Acesso em 08 de agosto de 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Cursos de Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. São Paulo: Saraiva, 2003.vol.1,n.1.6.1.

RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STJ.REsp 160.792/SP, 4.º T., rel. Min. Cesar Asfor Rocha, Dju 25.09.2000.

STJ, Resp 949.434/MT, 3.º T., j. 18.05.2010, rel. Min. Nancy Andrighi. Dje 10.06.2010.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Comentários ao novo Código Civil. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.vol.III,t.II,n.302.

TZIRULNIK, Ernesto. Regulação de sinistro. 3.ed. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

JUSTIÇA, MORAL E AÇÃO COMUNICATIVA NO DIREITO CONTEMPORÂNEO: UMA ANÁLISE DA APLICAÇÃO DO DIREITO COM BASE EM RONALD DWORKIN E JURGEN HABERMAS

Helio José Cavalcanti Barros⁷

Francisco Cardozo Oliveira⁸

Irene Maria Portela⁹

1. INTRODUÇÃO

A correlação entre a aplicação de princípios morais e a pressuposta neutralidade do juiz é tema de constante debate acadêmico e prático. A noção de que aos juizes cabe somente aplicar a lei “como ela é”, deixando de lado questionamentos e considerações relativas a aspectos da legitimidade da norma, ou seja, ao que ela “deveria ser”, conforma a base do direito positivo moderno (KELSEN, 2009, p. 2). Essa vertente do pensamento jurídico, genericamente denominada juspositivismo, desenvolveu-se principalmente partir da implementação do código civil napoleônico no início do um código universal, capaz de ser aplicável aos diferentes povos e sociedades conquistados pela máquina de guerra francesa (BOBBIO, 2017). Aos juizes e demais aplicadores do direito caberia tão somente aplicar a letra da lei de forma neutra e geral, buscando afastar-se de considerações de natureza moral ou sociológica, que já teriam sido levadas em contas pelo legislador.

Apesar de dominante no pensamento jurídico moderno, o juspositivismo vem sendo reavaliado por correntes críticas do pensamento jurídico pós-moderno em face das modificações recentes no caráter e nas atividades designadas ao Estado, em particular devido a atividade reguladora e de ampliação do rol de temas e atividades designados ao intérprete do direito. Considerando esse contexto, o presente artigo discute o conceito de “liberalismo igualitário”, de Ronald Dworkin, e os conceitos de “esfera pública” e “ato comunicativo”, de Jürgen Habermas, para enfrentar o problema proposta para análise que pode ser definido nos seguintes termos: *qual o papel das considerações morais na atividade de aplicação da lei?* O principal argumento é que a aplicação da lei não constitui atividade meramente empírica e descritiva, isto é, não se trata apenas de ato passivo de aplicação da lei escrita pelo juiz, mas atividade ativa de comunicação embasado na sincronia entre a norma jurídica e os princípios

⁷ Mestrando em Direito no Centro Universitário de Curitiba – UNICURITIBA

⁸ Doutor em Direito Pela UFPR e Professor no PPGD do Unicuritiba

⁹ Professora e Diretora do Mestrado em Solicitoria dos Contratos e Empresarial do Instituto Politécnico do Cávado e Ave - IPCA (Portugal). Doutorada pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha.

morais e éticos. O intérprete do direito é, destarte, um agente ativo que molda a norma, interpretando-a e contextualizando-a por meio de ação que transcende a própria lei escrita.

De forma a melhor desenvolver o argumento e enfrentar o problema proposto, o artigo se divide em três partes. A primeira parte faz um breve desenvolvimento do entendimento sobre o papel do intérprete da lei segundo uma perspectiva juspositivista, especialmente sob a ótica de Hans Kelsen e Norberto Bobbio, e expõe a crítica pós-moderna. A segunda parte, explora o conceito de “liberalismo igualitário” e o papel da salvaguarda do princípio da justiça no ato de aplicação da lei. Essa parte baseia-se, principalmente, na perspectiva teórica de Ronald Dworkin. A terceira parte aborda o pensamento de Jürgen Habermas e analisa o papel do aplicador do direito como agente de comunicação e transformador da esfera pública.

Adota-se uma metodologia dedutiva, com apoio em referências bibliográficas e documentais.

2. FUNDAMENTOS DO JUSPOSITIVISMO MODERNO E O PAPEL DO INTÉRPRETE DA LEI POSITIVA

O exame dos fundamentos do juspositivismo na modernidade deve considerar dois momentos: o primeiro que examina os elementos constituintes do positivismo, nos termos de uma espécie de reconstrução histórica e normativa; e o segundo que trata da crítica pós-moderna e dos limites do positivismo. Ao final, deve emergir os indicativos da reconstrução histórica que abre caminho para a sequência da análise desenvolvida.

2.1. Reconstrução histórica dos fundamentos do positivismo moderno

O juspositivismo moderno tem suas origens no pensamento iluminista, consolidado na Europa por meio da expansão napoleônica e da implementação do código do direito civil francês (HALPÉRIN, 2003). Esse código pretendia consolidar por escrito um sistema de leis civis de forma clara e acessível possibilitando, dessa forma, aplicação neutra e previsível de normas civis. A norma escrita, criada pelo Estado, passou a ser a principal fonte do direito e a base do sistema jurídico moderno, notadamente nos Estados que aderiram a chamada tradição do direito civil de origem romano-germânica.

Esse foco no texto positivo (existente) da norma jurídica contrapunha-se às perspectivas anteriormente dominantes no contexto da transição entre o direito medieval

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

europeu e o iluminismo; ou seja, o positivismo busca superar a tradição do direito natural – ou jusnaturalismo.

Para o jusnaturalismo, o direito deveria basear-se em princípios universais deduzidos da natureza e identificados por meio de uma razão primeiro apoiada na transcendência da fé (jusnaturalismo propriamente dito) mais tarde reduzida a lógica da evidência empírica (jusracionalismo). Enquanto visão do mundo político, os princípios fundantes do direito natural exprimem-se por intermédio de um “modelo conceitual compartilhado pelos maiores filósofos políticos da modernidade” (BOVERO, 2019, p. 398). Isso implica uma sinergia entre a política (ou o “mundo do poder”, na concepção de Bobbio), e a prática jurídica (o “mundo das regras”) (BOBBIO, 2017; BOVERO, 2019). As leis naturais seriam, portanto, superiores à lei positiva (BOVERO, 2019). O jusnaturalismo defendia “a existência de direitos anteriores – direitos naturais – cuja função seria proteger os indivíduos contra os abusos do Estado” (LOPES, 2011, p. 9). O jusnaturalismo começa a ser mais largamente contestado com a emergência da Revolução Francesa, as guerras Napoleônicas (HALPÉRIN, 2003) e a promoção de maior separação entre a política, “mundo do poder”, e a prática jurídica, “mundo das regras” (BOBBIO, 2017; BOVERO, 2019). Essa diferenciação se torna possível e justificável no Estado moderno, no qual as atividades de criação e aplicação da lei são designadas a atores distintos no caso o legislador e o juiz. A crítica à intersecção entre poder / política, de um lado, e regras / prática do direito, do outro, conforma a base do pensamento juspositivista moderno, que procura separar ambas as esferas de modo a, em termos de concepção de um ordenamento jurídico lógico, enfatizar e privilegiar a segunda, o “mundo das regras” na prática jurídica.

O positivismo supera o jusnaturalismo no momento em que as fontes do direito se reduzem à lei editada pelo Estado. As regras antes concebidas como inscritas na natureza continuariam a estar integradas ao ordenamento jurídico, porém sujeitas a observância de uma chancela do direito legislado (BOBBIO, 2017).

A diferenciação entre o papel do legislador e do juiz impulsiona o formalismo jurídico, uma deriva do positivismo, sustentado por Hans Kelsen na Teoria Pura do Direito que tenta reduzir o espaço para questionamentos em torno da legitimidade do direito e do Estado. Para Kelsen, o direito, como campo do saber, deve centrar-se na norma “como ela é” (KELSEN, 2009, p. 2), ou seja, conforme ela está definida pelos legisladores. O jurista “não se preocupa em criar normas; quer apenas conhecê-las” (COELHO, 2011; MATA-MACHADO, 2005, p. 144).

O intérprete do direito, preocupa-se, portanto, com o entendimento das normas em face de atos concretos seguindo metodologia científica que privilegia a lei. Esse enfoque implica o uso de método descritivo e experimental do direito (COELHO, 2011), que afastaria o intérprete do compromisso com valores e juízos morais. Em síntese, o positivismo jurídico opera metodologicamente a separação entre direito e moral

2.2. Crítica pós-moderna ao positivismo jurídico

O debate entre Hart e Dworkin pode ser identificado como um dos marcos fundamentais para a mudança de paradigma nos fundamentos do direito, na medida em que conferiu objetividade aos limites do positivismo jurídico e reorientou o pensamento jusfilosófico para o resgate do caráter interno do direito. Com efeito, Hart faz a defesa do que ele denomina de regra de reconhecimento do sistema jurídico que funcionaria como um jogo de futebol em que as regras que definem as jogadas não estão previamente definidas, mas são usadas pelos jogadores (1961, p.113). A consequência fundamental dessa afirmação é que a regra de reconhecimento exige do intérprete um ponto de vista interno ao sistema jurídico. Rompe-se com a premissa metodológica do positivismo jurídico de possibilidade de conhecimento da norma jurídica de uma perspectiva objetiva.

Na resposta que formula (O modelo de regras I e II), Dworkin de certo modo radicaliza os pressupostos da proposta de Hart para sustentar a ideia de um ordenamento jurídico composto de normas e princípios (2011, p. 23-125).

Acerca do debate entre Hart e Dworkin, Ronaldo Porto Macedo Junior sustenta que, a partir dele, se consolidou o paradigma jusfilosófico do caráter interpretativista do direito; sobre a questão diz ele que,

Vale insistir que Dworkin reconhece que o modelo de regras pode incluir outros tipos de standard jurídicos distintos da regra em sentido estrito. Poderá inclusive denominá-los “princípios”. Não é isso que importa. O que é relevante asseverar é que os princípios funcionam segundo uma gramática lógica que exige algum tipo de ponderação – e, portanto, prática argumentativa e de justificação – e envolvem a referência a um valor como o seu foco intencional determinante. Isto é, o point (a intencionalidade) dos princípios é valorativo e exige uma atitude interpretativa (ou melhor “interpretista” ou “interpretativa interpretativista” para que se evitem confusões nesse ponto) da parte do operador do direito. Princípios não funcionam dentro da gramática da subsunção, do “tudo ou nada” (2014, p. 164).

Assim, a viabilidade de uma análise neutra “positiva” das normas jurídicas passou a ser questionada por vertentes jusfilosóficas pós-modernas. Essas críticas se baseiam na

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

impossibilidade de distinção prática entre o “mundo do poder” e o “mundo das regras”. A noção basilar da crítica advém da interdependência e impossibilidade de diferenciação entre princípios societários – moral e ética – e a letra da lei.

A norma jurídica é desenvolvida e editada em meio a contexto social dinâmico. A sociedade transforma e re-significa as práticas políticas que levam à criação da norma e, conseqüentemente, modificam o valor e o entendimento da própria norma escrita. O contexto social, e o desenvolvimento da sociedade, em termos de mudança substantiva de valores e práticas, leva, portanto, à ressignificação da norma escrita. Moral e norma jurídica são, dessa maneira, associadas, co-construídas, e indissociáveis.

Por outro lado, o juiz não está isento das influências dos princípios éticos e morais que caracterizam o ambiente e o meio social em que ele vive. O contexto e a evolução social não são externos ao aplicador do direito. Separar o indivíduo e a ação por ele praticada ao aplicar a norma escrita não seria, portanto, viável, uma vez que não se pode separá-lo de seu contexto.

Em termos de resultado da reconstrução histórica e normativa, pode-se afirmar que os limites do positivismo jurídico observam uma dinâmica inscrita na própria evolução social. No momento em que a complexidade da vida social, dominada pelo avanço da tecnologia, exigiu compromissos éticos e morais, em especial em torno da preservação do meio ambiente e de uma forma de vida comum, do ponto de vista prático, se tornou inviável fazer a aplicação do direito sem considerar os valores determinantes da evolução da socialidade. Iniciou-se o processo da virada linguística na direção da compreensão do direito na perspectiva pragmática do uso.

3. O “LIBERALISMO IGUALITÁRIO” DE DWORKIN E O PAPEL DO INTÉRPRETE DE DIREITO

O entendimento do direito como apenas empírico e descritivo, tal como pensado por vertentes como pela Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, é criticado por pensadores como Ronald Dworkin, que amplia o conceito de “liberalismo igualitário” com o objetivo de “englobar os valores da liberdade, da igualdade, da justiça e da comunidade sem que ocorram conflitos entre eles” (BITTENCOURT, 2014, p. 6).

O liberalismo igualitário constitui conceito desenvolvido na teoria política e no direito como parte integrante do liberalismo norte-americano e crítica, posteriormente, o neoliberalismo dominante nos anos 1980 e 1990 (LOZANO, 2021). O liberalismo igualitário

parte do entendimento de que uma sociedade democrática justa é aquela comprometida com a garantia de direitos sociais e humanos básicos.

Essa perspectiva é justificada pela análise do significado do princípio da justiça. Segundo John Rawls, há dois princípios de justiça, os quais se correlacionam com a noção de liberdade. O primeiro é aquele segundo o qual a liberdade de cada pessoa deverá ser igual à das demais (RAWLS, 1992, p. 193). Esse é o conceito individual de liberdade que implica que, em sociedade, cada indivíduo deverá ter a mesma possibilidade de exercer sua liberdade que os demais, e deverá fazê-lo de forma mais irrestrita possível, dentro do que é aceito pelas regras de convivência. O segundo significado afirma que as desigualdades econômicas e sociais deverão ser reduzidas de modo que se possa esperar que delas resultem vantagens e posições igualmente acessíveis a todos (RAWLS, 1992, p. 193). Esse segundo significado implica visão abrangente e estruturada do princípio da liberdade tendo como base o ponto de partida do indivíduo; ou seja, a liberdade individual somente será possível se garantidas condições estruturais que beneficiam a todos.

Para Rawls, em um sistema de liberdade igualitária, ambos os princípios de justiça, o centrado no indivíduo e aquele direcionado para a redução de desvantagens estruturais, devem ser respeitados e promovidos. O primeiro princípio deve, contudo, preceder ao segundo. As instituições de liberdade igualitária não poderão ser justificadas a partir de critérios que envolvam maiores vantagens econômicas ou sociais, seja para um grupo específico de indivíduos ou para o conjunto (RAWLS, 1992, p. 194); elas deverão, contudo, assegurar que grupos distintos tenham igual acesso à garantia dos direitos, de forma indiscriminada. A interpretação da igualdade democrática perante o conceito de justiça advém, portanto, da união entre a igualdade de oportunidades e o princípio da diferença (RAWLS, 1992, p. 166).

Ronald Dworkin se na análise Rawlsiana de justiça e liberdade e sustenta que as considerações de igualdade e justiça são chaves tanto na atividade do legislador quanto na daquele que aplica o direito a casos específicos. O entendimento de Dworkin sobre o significado e a importância de se propugnar instituições de liberalismo igualitário advém da análise de casos concretos da Suprema Corte dos Estados Unidos do anos 1960, durante a chamada “Corte Warren” (em referência ao então presidente da suprema corte, Earl Warren), quando o ativismo judicial ganhou expressão política e social (LOZANO, 2021). Entre esses casos destacam-se o exemplo do caso “Miranda vs Arizona”, decidido em 1966, quando se consideraram inválidas as provas obtidas em interrogatório sem informar previamente ao

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

interrogado sobre o direito à defesa e à não autoincriminação, e o caso “Roe vs Wade”, decidido em 1973, quando se garantiu, pela primeira vez, o direito a interrupção da gravidez (LOZANO, 2021).

Dworkin originalmente critica o ativismo da Corte Warren, na medida em que teve como consequência a consolidação de direitos não-escritos em uma espécie de “constituição viva” (LOZANO, 2021, p. 153). Para Dworkin, existem casos fáceis, que seriam resolvidos (principalmente) pelo direito, e casos difíceis, aqueles resolvidos pela (principalmente) política (LOZANO, 2021, p. 155). Nota-se que essa distinção, contudo, é teórica e refere-se a elementos dos casos. Dworkin escapa das limitações do juspositivismo ao sustentar a capacidade da lei de “defender valores liberais amplos de liberdade e de autonomia individual, mesmo quando contra os desejos da maioria representados em práticas governamentais” (LOZANO, 2021, p. 155, tradução própria).

O conceito de “liberalismo igualitário” de Dworkin parte do pressuposto de que a igualdade entre os indivíduos é “a virtude soberana da comunidade política” (BITTENCOURT, 2014, p. 9). Essa virtude implica conexão entre ética e moralidade, de forma a assegurar a justiça, visto que o que “julgamos necessário para atingir o nosso bem estar não está desconectado da forma como devemos tratar os demais membros da comunidade” (BITTENCOURT, 2014, p. 9). A ética “contém convicções sobre quais tipos de vida são boas ou ruins para a pessoa levar, e a moralidade contém princípios sobre como a pessoa deve tratar as outras pessoas” (DWORKIN, 2011, p. 291). A ética se relaciona ao indivíduo e a moralidade às relações interpessoais em sociedade. Ambas, contudo, são intrínsecas à posição do indivíduo em sociedade e não podem ser dissociadas da prática jurídica. O Direito (positivo), a ética e a moral são, na ação de agentes humanos, destarte, indissociáveis para assegurar a aplicação correta do princípio da justiça. Isso implica que preceitos morais são inerentes tanto as leis em si, formuladas pelo legislador, quanto na aplicação dessas leis nos casos concretos.

O liberalismo igualitário desenvolve, portanto, uma teoria de direito e interpretação de direito assentada na moral. Deve-se fazer uma leitura moral da norma jurídica, já que os valores morais da sociedade, assentados e justificados pelo princípio da justiça, informam o ordenamento jurídico. O direito não deve ser atividade apenas empírica e descritiva, pois, neste caso, perderia a essência normativa que o justifica e que está assentada em valores éticos e morais presentes na sociedade e codificados pelo legislador.

Conforme a teoria do liberalismo igualitário, o intérprete do direito não deve dissociar o texto da lei das considerações éticas e morais que justificam a regra. A decisão

judicial deve, portanto, ser informada tanto pelo texto – pela forma da lei – quanto pelas regras morais e éticas que, mantidas em sociedade, garantem justiça na aplicação da legislação. (DWORKIN, 2011). Isso não implica, contudo, vale ressaltar, adesão a teoria jusnaturalista uma vez que a moral não pode considerada valor intrínseco superior à lei; a moral é utilizada como método de interpretação e compreensão, de modo a garantir o princípio da justiça no contexto de uma sociedade liberal igualitária.

Na análise, em especial de casos difíceis, conforme explicitado nos casos “Miranda vs Arizona” e “Roe vs Wade”, a utilização dos princípios morais informativos do corpo social ganha ainda mais relevo e torna a tese central do positivismo de distinção entre moral e direito falsa. Casos juízes, nesses casos, se detivessem somente nos aspectos formais de “teorias procedimentais e aparentemente neutras” a defesa dos valores da liberdade e autonomia individual, pilares significantes do conceito rawlseano de justiça, seria prejudicada (LOZANO, 2021, p. 155).

Cabe ressaltar, contudo, que isso não constitui a aplicação prática desses princípios morais e éticos não é autossuficiente. O interprete do direito deve, obvia e claramente, recorrer primeiramente à lógica e à interpretação do texto em conjunto com os demais instrumentos do arcabouço jurídico vigente. A interpretação da lei não pode, porém, ser subjetiva, devendo para ser ao mesmo tempo científica e considerar os princípios informativos do meio social como especiais e prevalentes (DWORKIN, 2011). O caráter científico do direito mantém-se, portanto, na análise da norma, porém de forma integrada com o contexto social e os princípios que moldam a atividade judiciária e legislativa. O ato interpretativo, segundo Dworkin, não é essencialmente subjetivo ou autoritário, visto que a atuação do intérprete da lei está vinculada a princípios morais e éticos preexistentes. Sua atuação não é discricionária, mas apenas não está adstrita tão somente à norma escrita.

Ao intérprete do direito cabe, portanto, complementar a atividade legislativa e assegurar que o princípio da justiça seja aplicado de forma coerente com o desenvolvimento da sociedade vigente. Essa atividade complementária não é substituição do texto regras, o que seria papel do legislador, nem puro ativismo judicial, como criticam adeptos de vertentes juspositivistas (BITTENCOURT, 2014; LOZANO, 2021). A correta utilização de valores éticos e morais na decisão judicial, embasada em conjunto com método científico e interpretativo, não significa, portanto, a usurpação da atividade do legislador, mas, ao contrário, assegura que a regra seja aplicada de forma justa e equitativas para todos os indivíduos da sociedade. Um exemplo dessa aplicação geral dos princípios éticos e morais na garantia do direito é a recente discussão acerca da política de quotas sociais e raciais em

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

universidades públicas brasileiras. Segundo o princípio da justiça e liberdade individual Rawlseanos adotados por Dworkin, ao Estado cabe garantir que os indivíduos tenham acesso equitativo às mais amplas condições de liberdade possíveis. Essa liberdade deve, porém, ser compatível com a liberdade dos outros, de forma que grupos específicos não sofram desvantagens em razão de fatores históricos, sociais ou econômicos. O espírito da lei, especialmente no artigo 5º da Constituição brasileira, garante a igualdade de tratamento entre brasileiros. Essa igualdade, se entendida de maneira ampla, implica igualdade de acesso a instituições e serviços públicos. Em outras palavras sobre a questão, Feres Júnior e Campos afirma o seguinte:

"não há[veria] nada paradoxal [...] na ideia de que um direito individual à igual proteção possa às vezes entrar em conflito, por outro lado, com uma política social desejável, incluindo a política que visa tornar a comunidade mais igualitária como um todo" (*idem*, p. 226). Isso porque não se pode confundir o direito fundamental de ser tratado como um igual e o direito condicional de receber igual tratamento. Se este último fosse um direito fundamental, então bastaria que um candidato obtivesse o direito de frequentar a universidade para que todos os demais reivindicassem um igual tratamento. Ser tratado como um igual, por seu turno, implica ter seus interesses considerados como os dos outros que se encontram na mesma condição" (FERES JÚNIOR; CAMPOS, 2013, p. 95).

A garantia de acesso à universidade deve, portanto, ser assegurada a grupos sociais distintos em condições equivalentes de condições e de tratamento. Isso é válido para grupos que, por razões sociais e históricas, encontram-se em condições desiguais desde um ponto de partida.

Considerações éticas e morais referentes à manutenção de situação de igualdade e liberdade entre os indivíduos devem, portanto, estar asseguradas para garantia do princípio da justiça no ato de aplicação do direito.

4. A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA JUSTIÇA NA ESFERA PÚBLICA

Habermas dialoga com Rawls e Dworkin de forma direta, ao criticar o “legalismo jurídico”, ou juspositivismo, o qual fora, segundo o teórico alemão, profundamente questionado por “ignorar o componente da aceitação social”, bem como elementos políticos e morais e justificam a atividade jurídica (HABERMAS, 1988, p. 25, tradução própria).

Para Habermas, o direito, ao ser positivado, ou seja, ao tornar-se conjunto de normas escritas, não “rompe suas relações internas com a moral e a política” (HABERMAS, 1988, p. 21). Ao retomar a discussão sobre as origens do direito positivo na teoria do direito

natural racional, Habermas assume que direito, de um lado, e normas morais e éticas, de outro, são inter-relacionados. Diferentemente de Dworkin, que aposta na interdependência e na fundamentação moral dos direitos individuais, Habermas enfatiza a questão da temporalidade, afirmando que direitos individuais e políticos – e o próprio Estado – teriam a mesma origem (PAULO NETO, 2017). Nesse sentido Habermas afirma o seguinte:

“A redução das normas jurídicas a mandatos de um legislador político implica que o direito se dissolve, por assim dizer, na política. Porém com ele se desordena [*descomponne*] o próprio conceito do que é político. Assim, sob tal premissa, a dominação política já não pode ser entendida como poder juridicamente legitimado. Assim um direito fica totalmente a serviço do sistema político e perde a sua força legitimadora. Quando a legitimação é entendida como operação própria do sistema político, estamos abandonando os *nostros* conceitos e direito e de política. A mesma consequência segue-se a outra ideia, segundo a qual o direito positivo poderia manter sua autonomia por força própria, mediante operações dogmáticas de um sistema judicial fiel à lei, autonomizado frente à política e à moral. Quando a validade jurídica perde toda a relevância moral (e, portanto, toda a relação que vá além da decisão do legislador) com os aspectos de justiça, torna-se difusa a própria identidade do direito. Assim perdem-se, então, os pontos de vista legitimadores, segundo os quais o sistema jurídico pode ver-se obrigado a manter determinada estrutura.” (HABERMAS, 1988, p. 28, tradução própria)

Para Habermas, a autonomia do sistema jurídico, ou seja, do “mundo das regras”, só existiria “na medida em que os procedimentos institucionalizados para a legislação e a administração da justiça garantam uma formação imparcial da vontade e do juízo e que por essa via permitam que penetre, tanto no direito quanto na política, uma racionalidade procedimental do tipo ético” (HABERMAS, 1988, p. 25). A ética permeia, portanto, toda a atividade jurídica e política, mantendo-a coerente com o princípio da democracia e da garantia das liberdades individuais. pública.

Na análise de Habermas, a esfera pública “representa uma rede supercomplexa que se ramifica espacialmente num sem número de arenas internacionais, nacionais, regionais, comunais, sub-culturais, que se sobrepõem umas às outras” (HABERMAS, 1997, p. 107). A esfera privada se relaciona, em contrapartida, a relações pessoais e familiares entre indivíduos. A esfera pública move-se relações intersubjetivas, relações de poder e regras definidas em meio à sociedade, mecanismo motor do sistema político, para garantir interesses coletivos. A esfera privada, em contrapartida, é marcada por situações de afeto – de intimidade, de familismo –, quando se trata de relações familiares, ou de aspectos relacionados ao subsistema econômico – ao lucro, ao capital –, quando se trata de relações econômicas.

A esfera pública surge historicamente junto com as atividades políticas que levarão à criação do Estado-nação moderno e legitima a própria existência desse Estado por meio de

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

regras, normas e instituições (HABERMAS, 1988). A esfera pública conecta, portanto, ambos aspectos do “mundo das regras” do “mundo do poder” de maneira intrínseca e indissociável, visto que as regras e normas são mecanismos de regulação das relações de poder. A legitimidade da lei e da sua aplicação a casos concretos é fruto de ato procedimental e comunicativo. A legitimidade implica considerações de justiça no processo de aplicação da lei. Esse processo, contudo, não se limita ao conteúdo determinante da lei e da moral, mas vai além e está relacionado ao próprio procedimento legal, por via de ato de comunicação intersubjetiva.

A comunicação é atividade principal e basilar da atividade dos indivíduos atuantes na esfera pública. A esfera pública, como acima exposto, não é uma instituição, mas uma rede “supercomplexa” de distintas arenas e indivíduos, capazes de colocar temas na “ordem do dia e determinar a orientação dos fluxos de comunicação” (HABERMAS, 1997, p. 113).

A linguagem constitui o mecanismo base por meio do qual agentes organizam fluxos de comunicação e informação na esfera pública. A linguagem, aqui entendida no sentido amplo – tanto escrita quando oral e não verbal – é, portanto, o meio por meio do qual os valores e a moral se substancializam e se tornam aplicáveis. A linguagem se consolida por meio da ação comunicativa, definida, segundo Habermas, utilizando-se do trabalho de Karl Popper como base teórica, como o meio pelo qual o ato comunicativo busca expressar uma verdade proposital, um valor normativo (HABERMAS, 2015). A ação comunicativa une, portanto, objetividade e subjetividade em atividade intersubjetiva entre receptor e comunicador, na qual ambos exercem um “papel” social a ser considerado (MÜLLER, 2011). Esse papel social é fundamental na definição de direitos e obrigações entre indivíduos que se comunicam em ato comunicativo,

O processo comunicativo não é, entretanto, neutro. A linguagem, ao contrário, constitui ato comunicativo que contém valores. O conteúdo é, dessa forma, elemento relevante que afeta a mensagem a ser transmitida na atividade intersubjetiva. De forma semelhante, os atores envolvidos, ou seja, quem emite o ato comunicativo e quem o recebe, são elementos relevantes para a definição do alcance da mensagem.

A equivalência hierárquica entre atores não é normalmente possível, ou, sequer desejável para atividades como a implementação da lei. Nesses casos, especialmente no que concerne ao intérprete da lei é importante a existência de instituições adequadas que permitam que a mensagem seja transmitida de forma clara e inteligível. Assim como os atores em si, porém, essas instituições não são neutras, mas passíveis de influências e comunicação intersubjetiva própria com outros atores da esfera pública (HABERMAS,

2015; MÜLLER, 2011). A comunicação ocorrerá de forma balanceada quando mais democrática for a esfera pública e, portanto, mais livres e legalmente protegidas forem os fluxos comunicacionais entre diferentes indivíduos e instituições.

O direito, na situação de estado democrático funcional, atuaria como mediador entre os diferentes fluxos comunicacionais dos agentes na esfera pública.

Entre os valores éticos e morais salvaguardados na aplicação da lei destacam-se os direitos fundamentais, tidos como sinônimos dos direitos humanos, aos quais Habermas nomeia de “sistema e direitos” (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 100). Esse sistema de direitos incluiriam os seguintes:

“a)Direito à maior medida possível de iguais liberdades individuais de ação. b)Direitos fundamentais que resultem da elaboração politicamente autônoma do status de membro em uma associação voluntária sob o direito. c) Direitos fundamentais que resultam imediatamente da possibilidade de adjudicação de ações protetivas e da configuração politicamente autônoma e da proteção jurídica individual. d) Direitos fundamentais a iguais oportunidades de participação em processos de formação da opinião e da vontade públicas, nas quais cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles positivam um direito legítimo. e)Direitos fundamentais a provisão de condições de vida que sejam socialmente, tecnologicamente e ecologicamente asseguradas a serem reconhecidos caso se suponha que os cidadãos devam ter iguais oportunidades de utilizar os direitos fundamentais listados anteriormente.” (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 100).

Nota-se que os direitos fundamentais – os princípios éticos – expressos por Habermas como necessários na aplicação da lei na esfera pública democrática no Estado de direito contemporâneo são princípios voltados, primordialmente, para a garantia das liberdades individuais de ação e da capacidade individual que incluam os cidadãos na própria esfera pública. Entre esses objetivos, que se alinham ao do liberalismo igualitário Dworkiano, ressaltam-se a promoção de ações políticas que evitem a possibilidade de exclusão de indivíduos da própria esfera pública, entre as quais se exemplifica, por exemplo, com as políticas de ações afirmativas (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 102),

A ação afirmativa torna-se, dessa maneira, não uma questão jurídica tão somente mas um mecanismo político de “transformação da realidade social”, como, por exemplo, “foi a tônica em vários acórdãos sobre as ações afirmativas no Rio de Janeiro” (GALUPPO; BASILE, 2006, p. 103). Essa análise amplia o papel do intérprete do direito ao prover-lhe a função de transformação da esfera pública. A aplicação do direito torna-se, então, ato comunicativo e ação intersubjetiva que determina a formação das instituições e da democracia.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

5. CONCLUSÃO

Colocou-se como problema de análise identificar o papel das considerações morais na atividade de aplicação da lei no contexto da relação entre direito e moral, tomada a perspectiva da aplicação do direito e do pensamento de Dworkin e Habermas.

A primeira parte da análise identificou os limites do positivismo jurídico no contexto de exigências de tutela para a salvaguarda de direitos difusos e do meio ambiente em que deixou de ser viável operar a separação entre norma jurídica, moral e ética.

Na sequência, considerados o conceito de “liberalismo igualitário” de Ronald Dworkin e de “esfera pública” e “ato comunicativo”, de Jürgen Habermas verificou-se que a aplicação da lei não constitui atividade meramente empírica e descritiva, mas ação comunicativa que engloba norma jurídica e princípios morais e éticos.

A análise parece indicar uma complementaridade funcional entre a proposta de Dworkin e a de Habermas na medida em que tanto o liberalismo igualitário como a ação comunicativa intersubjetiva convergem para uma perspectiva interpretativista do direito orientada pela salvaguarda da pessoa e socialidade.

O déficit que poderia limitar a concepção de liberalismo igualitário e a de ação comunicativa intersubjetiva, nos termos em que formulada a análise, pode estar na falta de capacidade tanto de uma perspectiva como de outra de sobrepor-se as limitações inerentes a dinâmica da vida social e de promover mudança significativa na construção da socialidade, especialmente em sociedades como a brasileira de intensas assimetrias. Nisso residiria o limite e o papel da relação entre direito, moral e ação comunicativa na aplicação do direito: romper bloqueios e assegurar a efetividade de direitos fundamentais, principalmente no contexto da sociedade brasileira.

BIBLIOGRAFIA

BITTENCOURT, P. X. A fundamentação da igualdade liberal em Ronald Dworkin. 25 jun. 2014.

BOBBIO, N. Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito. 1ª edição ed. São Paulo: Ícone, 2017.

BOVERO, M. Bobbio e o jusnaturalismo: Entre teoria e ideologia. Em Tempo, v. 18, p. 394–407, 2019.

COELHO, L. T. O positivismo jurídico de Hans Kelsen - Jus.com.br | Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18443/o-positivismo-juridico-de-hans-kelsen>>. Acesso em: 22 fev. 2022.

DWORKIN, R. A virtude soberana: A teoria e a prática da igualdade. 2a edição ed. [s.l.] WMF Martins Fontes - POD, 2011.

DWORKIN, R. Levando os direitos a sério. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2011.

FERES JÚNIOR, J.; CAMPOS, L. A. Liberalismo igualitário e ação afirmativa: da teoria moral à política pública. *Revista de Sociologia e Política*, v. 21, p. 85–99, dez. 2013.

GALUPPO, M. C.; BASILE, R. F. O princípio jurídico da igualdade e a ação afirmativa étnico-racial no Estado Democrático de Direito: O problema das cotas. *Revista de informação legislativa*, v. 43, n. 172, p. 7–19, 2006.

HABERMAS, J. ¿Cómo es posible la legitimidad por vía de legalidad? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n. 5, p. 21–45, 15 nov. 1988.

HABERMAS, J. Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade - Volume 1. S.l.: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, J. The Theory of Communicative Action: Lifeworld and Systems, a Critique of Functionalist Reason, Volume 2. [s.l.] John Wiley & Sons, 2015.

HALPÉRIN, J.-L. The History of the Making of the Civil Code: The Napoleonic Code? *Pouvoirs*, v. 107, n. 4, p. 11–21, 2003.

HART, Herbert L.A. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1961

KELSEN, H. Teoria pura do direito. Tradução: João Baptista Machado. 8a edição ed. S??o Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

LOPES, A. M. D. A era dos direitos de Bobbio entre a historicidade e a atemporalidade. *Revista de informação legislativa*, v. 48, n. 192, p. 7–19, out. 2011.

LOZANO, Guillermo Otalora. Ronald Dworkin: Liberalismo judicial y actitud protestante. In: *Teorías Contemporáneas del Derecho*. Bogotá: Legis, 2021.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Do xadrez à cortesia - Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.

MATA-MACHADO, E. DE G. Elementos de teoria geral do direito. Belo Horizonte: Editora Líder, 2005.

MÜLLER, H. Chapter 4 - Habermas meets Role Theory: Communicative Action as role playing? In: HARNISCH, S.; FRANK, C.; MAULL, H. (Eds.). *Role Theory in International Relations*. 1 edition ed. New York: Routledge, 2011. p. 55–73.

PAULO NETO, A. P. Sobre a Normatividade do Estado Democrático de Direito: Um Plaidoyer às Teorias Políticas de R. Dworkin e J. Habermas. *Kínesis - Revista de Estudos dos Pós-Graduandos em Filosofia*, v. 9, n. 20, p. 1–30, 2017.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

RAWLS, J. A Justiça como Equidade. In: KRISCHKE, P. (Ed.). . O Contrato Social: Ontem e Hoje. [s.l.] Cortez Editora, 1992. p. 155–192.

A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DECENTE À LUZ DA DIGNIDADE HUMANA DO TRABALHADOR, PARA A REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

Raphael Santos Neves¹⁰
José Alberto Monteiro Martins¹¹
Luciana Aboim¹²

1. INTRODUÇÃO

A história da civilização humana demonstra que o homem (por sua essência) tende a viver em sociedade pelo simples fato de tal estrutura realizar o seu próprio bem. A reunião social, entretanto, apesar de benéfica, também constitui-se de rasuras, contradições, desigualdades, lacunas, as quais se alastram em vários pontos de sua formação como, por exemplo, na área econômica, na área política, na área cultural, na área histórica, na área religiosa, na área jurídica e outras mais.

Partindo-se desta realidade, o presente estudo toma por questão central a análise do artigo 7º., inciso XXIII da Constituição da República, o qual consagra ao trabalhador brasileiro o direito de receber de seu patrão o adicional de penosidade, não havendo, contudo, uma lei própria e específica regulamentando tal instituto. Em outras palavras, a Constituição brasileira garante o direito ao recebimento do referido adicional, existindo, entretanto, uma lacuna legal que deixa desagasalhada uma enorme gama de trabalhadores expostos a ambientes penosos sem o respectivo recebimento e proteção.

¹⁰ Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (2002). Especialista em Direito e Gestão Ambiental pela Faculdade de Ciências Sociais de Florianópolis (2005). Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2011). Mestrando em Direitos Humanos e Políticas Públicas pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2654-6055>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3002753614532717>. Email: rsnadvogado@hotmail.com.

¹¹ Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pela Faculdade de Direito do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba (2019). Membro do Conselho Editorial Nacional da Revista Jurídica Unicuritiba – ISSN 2316-753X desde 2019. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (2014). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e University of California, Irvine - UCLA (2002). Bacharel em Direito com especialização em direito empresarial pela Universidade de São Paulo – USP (1983). Advogado, consultor, professor e mentor acadêmico. E-mail: alberto.moma@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2246-7376>.

¹² Pós-doutora em Direito Constitucional pela Universidade Federal da Bahia e pela Università Degli Studi G. d'Annunzio Chieti-Pescara (Italia). Doutora em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre em Direito do Trabalho. Especialista em Direito do Trabalho e em Direito Processual Civil, todos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O labor rural, o magistério, os agentes de hospitais, os mineradores, os bancários, os policiais, os advogados, enfim, não só os que ora se exemplifica, mas também uma vasta gama de trabalhadores brasileiros está submetida aos mais variados tipos de esforços: confinamentos, isolamentos, incômodos e fadigas, entre outros; o que força, em ritmo galopante, a necessidade de edição de uma legislação específica para proteger a vida e a saúde dos trabalhadores, possibilitando-lhes um ambiente de trabalho digno e saudável.

Questiona-se neste artigo a importância em viabilizar a implantação do adicional de penosidade na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) por ser o caminho legal e adequado para a sua consecução e propósito.

Desta forma, a presente pesquisa examinará o “trabalho” como valor social, aferindo o conceito de trabalho decente constante na Constituição de 1988 e trabalho decente, conforme estabelecido na Organização Internacional do Trabalho, com realce ao instituto do trabalho penoso.

Atentando-se à necessidade de elaborar uma lei que possibilitará o gozo do adicional, este tema foi escolhido com o intuito de despertar a sociedade sobre a existência do trabalho penoso e mostrar que uma deficiência legal prejudica toda uma classe de trabalhadores que fazem jus ao adicional de penosidade.

A metodologia utilizada envolverá o entrelaçamento das análises empírica e dogmática. A primeira será aplicada ao longo do trabalho, abordando-se elementos estatísticos sólidos relativos às situações nas quais se encontram os trabalhadores brasileiros presentemente. Tais dados foram extraídos de relatórios governamentais e índices atuais emitidos por órgãos como o Ministério do Trabalho. O método dogmático, por sua vez, conduzirá a parcela mais teórica do estudo, dado que versará na apreciação de artigos e dispositivos legais sobre o tema. A aplicação de tal método dar-se-á com apoio em instrumentos bibliográficos, de forma a exibir-se uma análise sistemática da contribuição do trabalho decente para a consecução da normatização do adicional de penosidade insculpido na Constituição, à luz da dignidade humana do trabalhador.

2. O TRABALHO: CONCEITO E HISTÓRIA

O progresso dos direitos humanos contribuiu de maneira intensa para os direitos e as garantias trabalhistas. A primeira Revolução Industrial, a primeira Guerra Mundial, o advento da Constituição Mexicana de 1917, a Revolução Bolchevique, a Constituição de Weimar, a Segunda Guerra Mundial e a fundação da Organização Internacional do Trabalho foram

acontecimentos primordiais para a valorização do trabalhador diante do capital e do crescimento econômico.

Consoante se exporá adiante, os aspectos atinentes à periculosidade, à insalubridade e à penosidade no exercício de um ofício fazem parte da dosagem dos riscos que circundam o trabalhador e os direitos e garantias fundamentais que o resguardam. No Brasil, as ascensões trabalhistas foram alcançadas mais tardiamente, em decorrência da grave conjectura histórica da escravização durante o período colonial do País e da cultura socialmente enraizada.

2.1.O conceito de trabalho

Primeiramente, antes de submergir-se no conceito de trabalho, é oportuno avaliar a acepção do Direito de Trabalho sob uma perspectiva abrangente. Maurício Godinho Delgado propõe um conceito elaborado sobre o assunto por meio da classificação de três modalidades distintas para conceituar-se o Direito do Trabalho, quais sejam: o entendimento subjetivista, o objetivista e o misto.

A designação subjetiva do Direito Trabalhista, como o próprio termo alude, implica em um posicionamento voltado aos sujeitos juridicamente envolvidos pelo trabalho; diversamente, a objetiva, enseja o conceito voltado aos princípios e normas jurídicas que regulamentam as relações de prestação de trabalho; e a mista, por sua vez, apresenta o Direito do Trabalho como o ordenamento jurídico que abarca as relações empregatícias, à luz da situação social do trabalhador (DELGADO, 2019, p. 49).

César Basile emprega um conceito subjetivista do Direito Trabalhista, assentando-o como o complexo normativo e principiológico aplicável às relações interpessoais oriundas da relação de trabalho; e um conceito objetivista, definindo o Direito do Trabalho como o conjunto de princípios e normas jurídicas que regulam o trabalho subordinado e os riscos da relação de trabalho (BASILE, 2019, p. 15).

Francisco Ferreira Jorge Neto e Jouberto de Quadros Cavalcante doutrinam o Direito do Trabalho sob um prisma misto, nesses moldes:

O Direito do Trabalho reflete a visão humanista do próprio Direito nas relações sociais, cujo objeto é o trabalho humano subordinado. É a expressão mais autêntica do humanismo jurídico, atuando como forma de renovação social, evitando os problemas decorrentes da questão social nas relações trabalhistas. [...] Por outro lado, também há uma série de regras nas quais predomina a vontade das partes, como nas convenções e acordos coletivos de trabalho. A concepção adotada quanto à definição do Direito do Trabalho é mista, sendo uma disciplina jurídica integrante da ciência do Direito, a qual, do ponto de vista didático, pode ser dividida em

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Direito Coletivo, Individual, Processual e Administrativo do Trabalho (JORGE NETO, 2019, p. 23).

Derradeiramente, conceitua-se o Direito do Trabalho como um complexo de normas de ordem pública que estabelecem a harmonia e a paz entre o trabalhador e o empregador (NAHAS, 2017). Uma vez mais, estabelece-se uma aceção mista acerca deste ramo do Direito, segundo a categorização projetada por Maurício Godinho Delgado (2019, p. 49).

Para os remates do que ora se estuda, entende-se que o Direito é um conjunto de normas, dotadas de carácter coercitivo, advindas da organização humana em forma de sociedade; em decorrência, o Direito do Trabalho, assim como os demais ramos jurídicos, necessita da existência das relações humanas, isto é, das relações profissionais e empregatícias, e da elaboração de normas, expressas ou tácitas, para existir. Assim, deve conferir-se ao Direito do Trabalho um conceito misto, diante do fato de que a regulamentação depende da existência das relações sociais e estes dependem das normas para serem hegemônicas entre as partes.

Apresentadas as observações a respeito do conceito do Direito do Trabalho, deve-se analisar o trabalho propriamente tido. A etimologia da palavra “trabalho” remete ao termo em latim *tripalium*, que significa, literalmente, “instrumento de tortura” (SIDOU, 2016, p. 618). Verifica-se, deste modo, que a raiz etimológica do termo é negativa e destina-se à concepção grega de punição. Acerca da etimologia da palavra, há também a inteligência de que sucede da palavra latina *tripaliu*, cuja definição era um aparelho composto por três estacas, destinado a sujeitar cavalos rebeldes (NASCENTES, 1955, p. 500). Consoante abordar-se-á adiante, o conceito de trabalho passou por uma sequência de mudanças desde a Antiguidade Grega, de modo que se passou da ideia de castigo à atual noção de que se trata de uma questão social que, quando sincronizada às habilidades e aos talentos dos indivíduos, torna-se algo prazeroso.

Carlos Henrique Bezerra Leite esclarece que toda a atividade humana reflete uma espécie de trabalho físico ou mental, com a finalidade onerosa ou gratuita, em proveito próprio ou alheio (LEITE, 2019, p. 49). A respectiva posição doutrinária também é amparada por André Langer, ao instruir que o trabalho adquiriu um status onipresente na vida das pessoas, de modo que tudo está relacionado aos frutos diretos e indiretos das atividades laborais (LANGER, 2004). Diante destes aspectos aceptivos, evidencia-se que o trabalho é medido de acordo com o nível do esforço realizado. Por mais que seja uma atividade não

agradável ao trabalhador, este exerce-a com o objetivo de agenciar a sua própria subsistência e, inclusive, um propósito de vida.

Um ofício periódico como o trabalho propicia a muitas pessoas o sentimento de autovalorização. Conforme o estudo realizado por um psicólogo e uma administradora no Rio Grande do Norte, João Carlos Tenório Argolo e Maria Arlete Duarte Araújo, respectivamente, o desemprego causa em muitos indivíduos um estado de deterioração do bem-estar psicológico, dado que a situação ocupacional é um dos elementos mais determinantes e preditores do sofrimento psicológico (ARGOLO, 2004). Por conseguinte, o desempenho laborativo de um indivíduo exerce um lugar significativo na vida deste, tanto sob o ponto de vista físico quanto psicológico.

Oportunamente, é imperioso ressaltar que não se pode fundir o conceito de trabalho com o conceito de emprego. O primeiro, conforme salientado anteriormente, é abrangente, intrínseco à própria condição humana, ao passo em que o segundo é uma relação entre duas pessoas que necessariamente deve obedecer aos critérios da lei, como padrão remuneratório, ambiente laboral adequado e tempo mínimo de recesso, entre outros. Destaca-se, assim, que o emprego é uma espécie do gênero trabalho.

Em síntese, considera-se no presente estudo a corrente doutrinária que admite o Direito do Trabalho como uma ciência mista, visto que tanto a construção legislativa quando o *status* das relações empregatícias são de crucial importância para a complexidade do trabalho exercido por um indivíduo. No pertinente à denominação de trabalho, preserva-se a amplitude do termo, na medida em que se estabelece o dogma de que qualquer atividade praticada pelo ser humano, independentemente do esforço empenhado ou da natureza, seja ela física ou mental, configura uma espécie de trabalho.

2.2.A história do trabalho

Consoante retratado em linhas atrás, o trabalho abarcado em seu sentido amplo é uma conduta essencial de todo o indivíduo, de forma que qualquer esforço experimentado pelo ser humano é uma condição de trabalho; assim, é plausível ultimar que há trabalho desde o momento em que surgiu o ser humano.

A concepção atual sobre o trabalho surgiu a partir dos elementos metafísicos dos períodos medieval e renascentista (LESS, 2005). A evolução dos trabalhos servis, a formação das corporações de ofício e confrarias, o crescimento da burguesia e o aprimoramento dos elementos comerciais e industriais pré-capitalistas e capitalistas colaboraram de várias formas para a edificação dos parâmetros para o conceito de trabalho e das conjunturas que o transpõe.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Nos períodos anteriores à Idade Média, a forma predominante de trabalho era a escravidão. No decurso da Idade Média e do Renascimento, esquadrinhou-se a intensificação das atividades servis e, posteriormente, burguesas. O aparecimento da servidão dá-se em função da conjuntura político predominante na Europa medieval, pois a grande quantidade de invasões de povos “bárbaros” e batalhas motivou a concentração das sociedades em feudos fortificados. O nascer da burguesia e as bem sucedidas práticas mercantis foram frutos das reduções das quantidades de invasões bárbaras e do advento dos Estados Modernos. O capitalismo nasceu com notoriedade conquistada pelos burgueses e com a intensificação dos ofícios desenvolvidos por esta classe; entretanto, o desígnio burguês sobre o aumento do capital e dos lucros procedeu na deterioração da população e no aparecimento de uma grande quantidade de trabalhadores descontentes, o que provocou a conquista de direitos relacionados à relação de trabalho.

Aclara-se que, diversamente do atual conceito de trabalho escravo, o extrato desta modalidade de trabalho nas épocas da Antiguidade e do Período Colonial era a restrição da liberdade e a realização de castigos corporais. Atualmente, tenciona-se por trabalho análogo à escravidão o exercício de trabalhos forçados ou que violem os direitos da dignidade e da integridade humana. Há uma diferença aceptiva entre as categorias de escravidão conforme o nível de constatação dos direitos de um indivíduo, de forma que não se alude a trabalho escravo propriamente dito, mas a trabalho parecido ou equivalente ao regime escravo.

Em meio aos triunfos obtidos pelos trabalhadores na época do regime social capitalista, sobressaem-se os assuntos relacionados à segurança e à higiene no exercício das atividades profissionais, os quais são questões que há muito tempo são estudadas pela humanidade, mas apenas recentemente adquiriram aspectos legais. Mara Queiroga Camisassa assevera que:

A relação entre trabalho e saúde tem sido observada desde a Antiguidade. No século IV a.C., a toxicidade do chumbo nos mineiros foi reconhecida e identificada pelo médico e filósofo grego Hipócrates. Plínio, O Velho, escritor e naturalista romano, que viveu no início da era cristã, descreveu, em seu tratado *De Historia Naturalis*, as condições de saúde dos trabalhadores com exposição ao chumbo e poeiras. Ele fez uma descrição dos primeiros equipamentos de proteção respiratória conhecidos, feitos com membranas de pele de bexiga de animais e usados como máscaras a fim de atenuar a inalação de poeiras nocivas. Também descreveu diversas moléstias do pulmão entre mineiros e o envenenamento em razão do manuseio de compostos de enxofre e zinco (CAMISASSA, 2019, p. 3).

Os trabalhos e as teorias propostos por George Bauer, no século XVI; Bernardino Ramazzini, no século VXIII; Philibert Patissier e René Villermé, ambos no século XIX, foram

extremamente importantes (CAMISASSA, 2019, p. 3). Estes dedicados homens colaboraram para o reconhecimento das condições de salubridade e de periculosidade no ambiente de trabalho.

Um dos mais importantes preceitos legislativos para salvaguardar o trabalhador foi a edição das *Factory Acts* pelo Parlamento britânico, a partir de 1802, cujo principal propósito era a imposição de limites legais às indústrias, como a redução do trabalho infantil (NARDINELLI, 2010, p. 739-755). Em meio aos aprovisionamentos dedicados aos cuidados da integridade das crianças que trabalhavam no ramo industrial, sobressaía-se a restrição da jornada de trabalho a oito horas diárias para as crianças entre nove e treze anos; o impedimento de admitir uma criança menor de nove anos para as indústrias têxteis; a limitação da jornada de trabalho a doze horas diárias para os adolescentes entre quatorze e dezoito anos; e a carga obrigacional das indústrias de prover, no mínimo, duas horas de educação para as crianças entre nove e treze anos; entre outras (HISTORY CRUNCH WRITERS, 2016).

No Brasil, o desenvolvimento industrial começou durante o século XIX, mediante a instalação de fábricas da indústria têxtil (FUJITA, 2015, p. 153-174). A exploração dos trabalhadores nas fábricas ensejou a edição do Decreto n.º 1.131, em 17 de janeiro de 1891, a fim de impor as fiscalizações trabalhistas em relação aos menores empregados nas fábricas da Capital Federal (BRASIL, 1891). Em 15 de janeiro de 1919, foi publicado o Decreto n.º 3.724, que regulou as obrigações dos empregadores em relação aos empregados nos casos de acidente de trabalho, como o pagamento de indenização (BRASIL, 1919). A Consolidação das Leis do Trabalho e a Constituição da República do Brasil de 1988 solidificaram definitivamente a legislação que trata da proteção dos trabalhadores no ambiente de trabalho.

Acerca da cronologia da segurança do trabalhador no Brasil, destacam-se os seguintes eventos: em 1960, foi regulamentado o uso de equipamentos de uso individual; e somente em 2001 foi proibido o trabalho infantil no Brasil (SANTOS, 2019, p. 20). O respeito pela vida do trabalhador principiou-se em 1800, na Inglaterra, e no Brasil no fim de 1800, observando-se que as normas brasileiras de amparo à saúde do trabalhador foram morosas em comparação às normas editadas nos Estados mais desenvolvidos.

A demora brasileira nos êxitos trabalhistas deveu-se, em boa parcela, à situação da escravidão e do espólio cultural que as condutas escravagistas imprimiram naquele ramo. Nos séculos que perduraram a escravidão, imbuíu-se na sociedade a imagem de que o trabalho é uma obrigação das classes mais baixas e as suas circunstâncias devem ser atribuídas ao trabalhador carente de direito ou pagamento competente. Afora esta percepção, quando da abolição da escravatura, as populações afrodescendentes escravizadas não receberam auxílio algum para sustentar-se dignamente; que a maioria permaneceu trabalhando para os senhores

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

escravagistas em troca de vencimentos insignificantes. Assim, observa-se que a demora das normas trabalhistas no Brasil está relacionado ao racismo estrutural que há na sociedade dos séculos XIX, XX e XXI.

3. A POSSÍVEL CONTRIBUIÇÃO DO TRABALHO DECENTE PARA A REGULAMENTAÇÃO DO ADICIONAL DE PENOSIDADE PREVISTO NA CONSTITUIÇÃO

O adicional de penosidade está preconizado no artigo 7.º, inciso XXIII, da Constituição, e assim se encontra tipificado: “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”. (BRASIL, 1988).

Apesar da existência do referido preceito constitucional dispor claramente que o adicional de penosidade será devido ao trabalhador na forma da lei, está assente até os dias atuais que desde a promulgação da Constituição de 1988 a legislação infraconstitucional é lacunosa; ou seja, não há lei regulamentando o respectivo direito nas relações de trabalho dos brasileiros.

Tal conjectura jurídica afronta a Constituição, pois em seu artigo 1º, incisos III e IV, também tem como princípio fundamental, respectivamente, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, de maneira que milhões de trabalhadores brasileiros estão desprotegidos e sem receber o aludido adicional, apesar de estarem submetidos a condições fatigantes, não se elencando a “degradantes”, categoria esta abominada pela Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Aliás, tratando-se do substantivo “fadiga”, a doutrina (em poucos anos após a promulgação da Constituição de 1988) tentou decodificar a duração e algumas condições especiais de trabalho, sendo representativo citar uma das questões discutidas na época:

B – *A fadiga*. Quando se verifica o esgotamento das energias, seja pelo excesso de trabalho, pela monotonia do trabalho ou pelo trabalho executado em condições penosas, aparece o fenômeno que se denomina *fadiga* e que é o “esfalfamento físico resultante de uma atividade continuada, manifestada pela desobediência dos músculos às excitações nervosas e por uma sensação desagradável e indefinida. (VIANNA, 1997, p. 993).

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

Com o passar do tempo e as relações de trabalho evoluindo sucessivamente, o atual momento em que dificultou o conceito de “fadiga”, eis que com as variantes laborais que circundam o tema não se sabe qual característica revela qual definição. A propósito, a seguinte lição é oportuna:

Assumindo, nesse momento, a fadiga de modo simples, como foi proposto neste estudo, o conceito torna-se aplicável em qualquer espaço no cenário da saúde. A partir disso, é possível traçar novos direcionamentos para o desenvolvimento de estudos buscando aprofundar o conhecimento sobre fadiga em diferentes situações, pois quanto mais claramente um conceito é definido, maior é a sua utilidade como variável de pesquisa. Somando-se a isso, num futuro próximo poderão ser feitas definições mais específicas de fadiga com levantamento de atributos específicos para cada situação na qual a fadiga está presente. Na realidade, de forma discreta, isso já está ocorrendo. (MOTA e outras (2005, p. 291).

Não obstante tal contextualização, é possível encontrar no dicionário jurídico o conceito de trabalho, o qual, em suas entrelinhas, Sidou (2016, p. 1021) discorre que fadiga é o “esforço, acepção que modernamente se transformou em dever social, por meio de atividade menos coagida, menos fatigante e, se possível, espontânea e saudável”.

Nota-se do exposto, para encontrar uma definição de “fadiga” é deveras complexo, quiçá, então, conceituar o que significa a expressão “penosidade”; todavia, mesmo diante deste emaranhado aceptivo, o trabalho penoso pode ser conceituado da seguinte forma:

Aquele relacionado à exaustão, ao incômodo, à dor, ao desgaste, à concentração excessiva e à imutabilidade das tarefas desempenhadas que aniquilam o interesse, que leva o trabalhador ao exaurimento de suas energias, extinguindo-lhe o prazer entre a vida laboral e as atividades a serem executadas, gerando sofrimento, que pode ser revelado pelos dois grandes sintomas: insatisfação e a ansiedade. (MARQUES, 2007, p. 28/29).

O labor rural, o magistério, os agentes de hospitais, os mineradores, os bancários, os policiais e os advogados, enfim, não só os que ora exemplifica-se, mas também uma vasta gama de trabalhadores brasileiros estão submetidos aos mais variados tipos de esforços, confinamentos, isolamentos, incômodos e fadigas, entre outros, de forma que tais classes necessitam de blindagem; o trabalho decente é um instituto adequado e robusto para aniquilar ou ao menos diminuir os efeitos do trabalho penoso, podendo contribuir para a existência de uma legislação infraconstitucional pertinente.

Alvarenga (2016, p. 104), ao recorrer à Organização Internacional do Trabalho (OIT) ensina que “A OIT é considerada uma agência das Nações Unidas que tem por missão

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

promover oportunidades para que homens e mulheres possam ter acesso a um trabalho decente e produtivo, em condições de liberdade, equidade, segurança e dignidade”.

A atual Constituição recepciona o trabalho decente como um direito fundamental social, podendo-se citar, por exemplo, o seu artigo 6.º, o qual assim está textualizado: “Art. 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção a maternidade e a infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988).

O trabalho decente não se limita apenas ao artigo 6º., mas também estende-se ao artigo 170, inciso VIII, da Constituição, o qual assim está disposto: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII – busca do pleno emprego”. (BRASIL, 1988).

Afinal, não obstante a existência de bases internacionais e constitucionais brasileiras, o que é trabalho decente? E como ele pode contribuir para edição de uma regulamentação legal acerca do adicional de penosidade?

Yara Maria Pereira Gurgel define o referido instituto da seguinte forma:

O trabalho decente consiste na atividade exercida em conformidade com os preceitos de igualdade, liberdade, equidade, respeito à saúde e a segurança do trabalhador e com remuneração justa, livre de qualquer margem de discriminação, de condição análoga à de escravo, de trabalho infantil, fortalecida pelo diálogo social e essencial ao combate à pobreza e à minimização das desigualdades sociais. 2010, p. 120).

É consabido que o mercado de trabalho está cada dia mais acirrado e exigindo do trabalhador sempre o “mais” e o “melhor” em um curto lapso de tempo, o que redundará, evidentemente, contra a saúde do trabalhador.

Logo, e considerando que esta tendência neoliberal é uma constante nesta direção, sem esboçar, pelo menos por ora, uma parada, é necessário que o Estado cumpra, no mínimo, as diretrizes constitucionais mais elementares para com o trabalhador, como, por exemplo, a educação, a saúde, a alimentação, a moradia, o transporte, o lazer e a segurança.

Observa-se que é por meio de uma parcela do suor obreiro que o Estado mantém-se hígido (por meio de cobranças de impostos e taxas, entre outros), de forma que se o Estado não agasalhar o trabalhador brasileiro, o falecimento estatal é certo. Aliás, Behring (2012 e 2016 *apud* SALVADOR, 2017) ensina que:

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

Uma das principais maneiras da realização do fundo público é por meio da extração de recursos da sociedade na forma de impostos, contribuições e taxas, da mais-valia socialmente produzida. Portanto, conforme Behring (2012 e 2016), é parte do trabalho excedente que se transformou em lucro, juro ou renda da terra, sendo apropriado pelo Estado para o desempenho de múltiplas funções e de trabalho necessário. (SALVADOR, 2017, p. 428).

Se ausente o mínimo digno para o humano, maior será a sua busca para sobreviver, o que corolariamente o impulsionará a trabalhar em demasia e desrespeitando os seus limites. Karl Marx assevera que “No desenvolvimento da sociedade capitalista, o trabalho perde seu sentido essencial, e passa a ser assalariado, mediante a venda da força de trabalho dos indivíduos para sua sobrevivência”. (2010).

Nesta mesma linha de raciocínio, Achille Mbembe aclara que:

Primeiro, o ser humano nega a natureza (negação exteriorizada no seu esforço para reduzir a natureza a suas próprias necessidades); e, em segundo lugar, ele ou ela transforma o elemento negado por meio de trabalho e luta. Ao transformar a natureza, o ser humano cria um mundo; mas no processo, ele ou ela fica exposto(a) a sua própria negatividade. (2016, p. 125).

Marco Aurélio Nogueira, a propósito deste tema, aborda o motivo pelo qual as sociedades tornaram-se mais diversificadas e individualizadas, bem como a alteração da percepção da base operária:

Ainda que cortadas por imponentes processos de integração e estandardização, as sociedades ficaram mais diversificadas e individualizadas. Tornaram-se ambientes tensos e competitivos, onde predominam condutas fechadas em si, pouco dialógicas e muito desagregadas. Sob a base de uma diminuição do peso relativo do grande sujeito histórico da modernidade capitalista, a classe operária, que funcionava como vetor de unificação social, projetou-se um amplo conjunto de “novos sujeitos”, que, em sua ação, nem sempre querem ou conseguem se unificar. A mundialização e a expansão dos mercados, que em épocas anteriores operaram como inequívoco fator de agregação e estruturação de ações coletivas, passaram a animar o livre curso de interesses sempre mais particulares e desagregados. (NOGUEIRA, 2003, p. 187).

Aldaiza Sposati esclarece sobre o trato reducionista que ocorreu no Brasil acerca da proteção social:

Com apoio de forças econômicas conservadoras, a proteção social brasileira foi, durante os últimos 30 anos, desconectada da orientação universalista e civilizatória e subjugada ao código moral capitalista, condicionando o acesso à proteção social à ação ativa do indivíduo em poupar para enfrentar suas fragilidades. Esse trato reducionista reitera a fábula da cigarra e da formiga em que proteção é resultante da força de trabalho individual, e exclui o processo coletivo de preservação da dignidade humana de todos os cidadãos de uma sociedade. A proteção social foi reduzida à poupança individual, ativada pelo princípio cristão em ganhar o pão com o suor do próprio rosto. Garanti-la com o orçamento público geraria déficit orçamentário, que indicaria uma natureza populista, tuteladora e assistencialista a ser eliminada. (2018, p. 2316).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A ausência do mínimo digno para o ser humano trabalhar é uma realidade muito forte no Brasil, especialmente quando se analisa os índices divulgados pelo Portal de Inspeção do Trabalho, mantido pelo Ministério da Economia. Conforme referido índice, desde 1995 até 2020 foram encontrados 55.712 trabalhadores em condições análogas à escravidão, sendo que 43.234 atuavam no meio rural e os demais 12.478 atuavam no meio urbano (BRASIL, 2021).

Além desses dados, também existe um cadastro anual que registra os empregadores praticantes de trabalhos análogos ao de escravos. Comumente, tal lista é apelidada de “Lista Suja”. Este registro foi instituído pela Portaria n.º 1.234/2003, atual Portaria n.º 540/2004, editada pelo Ministro do Trabalho; no entanto, a inserção do nome do empregador na referida lista está sujeita à decisão administrativa, transitada em julgado, assentada em procedimento fiscalizatório, tutelado das garantias ao contraditório e à ampla defesa. A lista é enviada semestralmente aos bancos administradores dos Fundos Constitucionais de Financiamento, com o objetivo de que estes abstenham-se de conceder créditos, sob a supervisão do Ministério da Integração Nacional, às pessoas físicas e jurídicas que tenham praticado trabalho análogo ao de escravo (CESÁRIO, 2005).

Outro fator importante a examinar-se para contribuir para a promulgação de uma regulamentação legal acerca do adicional de penosidade, a qual, é claro, está intrinsecamente embutida na definição de trabalho decente, exprime-se em conscientizar o trabalhador de que as políticas públicas (e estruturas protetivas) laborais devem ser respeitadas, posto que a vida do trabalhador, assim como a sua saúde e bem estar também ajudam o Estado a proporcionar os mesmos efeitos para a coletividade, como uma via de mão dupla.

O trabalho decente também atrai colaboração quando se analisa o meio ambiente de trabalho, pois “não há como se falar em qualidade de vida, se não houver qualidade de trabalho; nem se pode atingir o meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando-se o aspecto do meio ambiente de trabalho” (SANTOS, 2010, p. 28).

Assim, uma política pública institucional em sincronia com planejamentos e estratégias privadas, pautadas nas diretrizes do Trabalho Decente, ajudarão a erradicar ou, ao menos, minimizar todas as formas de trabalho forçado, doloroso, desgastante, infantil, discriminatórios e escravos, entre outros, de forma a implantar tanto pela via do empregador, quanto pela consciência do empregado o desenvolvimento sustentável e sadio para todos, indistintamente.

3.1. Os parâmetros técnicos que serão enfrentados pelo legislador brasileiro para a legalização do adicional de penosidade na consolidação das leis do trabalho

Primeiramente, é oportuno dizer que é de livre notícia que existe o Projeto de Lei n.º 9.341/2017, tramitando na Câmara dos Deputados Federais do Brasil (BRASIL, 2017), de autoria do Deputado Chico Lopes, do partido PCdoB/CE, apresentado em 13 de dezembro de 2017, cuja ementa busca alterar a Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-Lei n.º 5.452/43), a fim de definir o termo "trabalho penoso" e aplicar o percentual devido.

Empós, e para legalizar o adicional de penosidade na legislação brasileira; ou seja, agregá-lo na Consolidação das Leis do Trabalho, o legislador brasileiro enfrentará obstáculos acerca do enquadramento dos limites de tolerância, atividades, frequência, tempo, quantitatividade, qualitatividade e instrumentos de proteção individual e coletivo, circunstâncias essas que exigirão estudos multidisciplinares, tempo e grandes investimentos financeiros estatais para a garantia mínima da dignidade da pessoa humana.

Arelado a tal itinerário, encontra-se também a missão de quantificar qual” ou quais percentuais serão utilizados para diferenciar possíveis condições e níveis de penosidade que o trabalhador estiver inserido.

Apesar da tarefa não ser fácil, alguns sindicatos obreiros e patronais estão celebrando Convenções Coletivas de Trabalho e Acordos Coletivos de Trabalho, inserindo em suas entrelinhas a obrigatoriedade de pagamento do adicional de penosidade ao empregado, de forma que o percentual de incidência fica a critério das partes pactuantes, inclusive havendo a escolha harmônica da base de cálculo (ou parâmetro salarial) na qual o mencionado percentual do adicional incidirá.

Trata-se de um manejo jurídico legal, aliás, constitucional, visto que o artigo 7º., inciso XXVI da Constituição avaliza e dá amplo reconhecimento às Convenções e aos Acordos Coletivos de Trabalho, desde que, certamente “em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos que lhes sejam aplicáveis e às decisões das autoridades competentes”. (CARRION, 2009, p. 291).

A título de exemplo, cabe trazer à tona o Acordo Coletivo de Trabalho com vigência 2019/2020, onde foram celebrantes, de um lado, Companhia Paranaense de Energia (e outras) e de outro lado, o Sindicato dos Trabalhadores nas Concessionárias de Energia Elétrica e Alternativa no Estado do Paraná (SINDELPAR), onde pactuou-se o adimplemento do adicional de penosidade nestes termos:

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

CLÁUSULA DÉCIMA QUARTA – ADICIONAL DE PENOSIDADE As Empresas pagarão, exclusivamente aos empregados que atuam em regime de escala de turno ininterrupto de revezamento, a título de Adicional de Penosidade, o valor equivalente a 5% (cinco por cento) do código salarial S-015, da Tabela Única de Salário – TUS. **Parágrafo Único:** Caso a matéria venha a ser regulamentada em Lei, conforme disposto no inciso XXIII, do artigo 7º da Constituição Federal, as Empresas se comprometem a rever o procedimento acordado (COPEL, 2019/2020).

Ao analisar-se este tema, a conjectura avoca duas conclusões elementares: a primeira refere-se à lacuna legal, que não é empecilho para estabelecer-se o adicional de penosidade na atualidade, tampouco é motivo de intensa demora para edição de lei; a segunda, por sua vez, refere-se à existência de conscientização empresarial de proteção a vida e a saúde do trabalhador, fruto, esse, também, do avanço do respeito à dignidade da pessoa humana e dos valores sociais do trabalho.

A propósito, Rossi (2009, p. 146) ensina que o princípio da dignidade da pessoa humana “atua como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (quer sejam individuais, sociais ou econômicos) e da organização econômica”, ficando claro, dessarte, a necessidade iminente de uma normatização não apenas para agasalhar o trabalhador, mas também para alavancar o Brasil em todas as suas outras necessidades estruturais.

Outro aspecto a refletir-se é a possibilidade de acumulação simultânea entre si de adicionais, ou seja, entre os adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade.

Atualmente, e por força da inteligência do §2º, do artigo 193, da Consolidação das Leis do Trabalho, a acumulação é ilegal, pois a literalidade do referido §2º. tipifica que “o empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido”, realizando um raciocínio extensivo da norma. O posicionamento majoritário dos tribunais trabalhistas é de inacumulação, dado que a palavra “optar” recomenda uma única escolha de percebimento (CARRION, 2009, p. 187).

Por conseguinte, “a lei impede a acumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade; a escolha de um dos dois depende do empregado (art. 193, §2º), após o trânsito em julgado da sentença, no processo de conhecimento”. (CARRION, 2009, p. 188).

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo foram indicadas algumas contribuições do trabalho decente para a consecução da normatização do adicional de penosidade disposto na Constituição, aportes

estes que o Poder Legislativo poderá atentar-se no momento de promulgar uma legislação infraconstitucional no tocante ao mencionado adicional.

Os conceitos e dados levantados, quando analisados em sincronia, ajudam o leitor a raciocinar e desenvolver estruturas legais para evitar ou até mesmo extirpar o trabalho penoso da vida do trabalhador brasileiro.

Trata-se de um trabalho de longo caminhar, o qual abarca outras óticas de raciocínio, profundidade e peculiaridades, observando-se que no presente caso está-se tratando de contribuições para a edição de uma legislação infraconstitucional.

Estudos mais específicos relativos à natureza jurídica, percentual de incidência para diferenciar possíveis condições e níveis de penosidade que o trabalhador estiver inserido, assim como sobre qual parâmetro salarial o adicional de penosidade incidirá, bem assim o enquadramento de atividades e possibilidade de acúmulo simultaneamente (entre si) com os adicionais de penosidade, periculosidade e insalubridade são caminhos adicionais válidos que também contribuirão para a edição de uma lei sobre o adicional de penosidade.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Trabalho Decente: Direito Humano e Fundamental. São Paulo: LTr, 2016.

ARGOLO, João Carlos Tenório.; ARAÚJO, Maria Arlete Duarte. O impacto do desemprego sobre o bem-estar psicológico dos trabalhadores da cidade de Natal. In: Revista de Administração Contemporânea, v. 8, n. 4, Curitiba, out/dez. 2004.

BASILE, César. Direito do trabalho: Teoria geral, contrato de trabalho e segurança e saúde no trabalho. São Paulo: Saraiva, 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. PROJETO DE LEI N.º DE 2017. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1632655&filename=PL+9341/2017 . Acesso em: 15 de mar. 2021.

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

BRASIL. Decreto n.º 1.313, de 17 de janeiro de 1891. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1313-17-janeiro-1891-498588-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Decreto n.º 3.724, de 15 de janeiro de 1919. Disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1910-1919/decreto-3724-15-janeiro-1919-571001-publicacaooriginal-94096-pl.html>. Acesso em: 13 nov. 2020.

BRASIL. Portal da Inspeção do Trabalho – Trabalho Escravo. Disponível em: <https://sit.trabalho.gov.br/radar/>. Acesso em: 13 mar. 2021.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

CAMISASSA, Mara Queiroga. Segurança e Saúde no Trabalho - NRs 1 a 37. São Paulo: Método, 2019, p. 3.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CESÁRIO, João Humberto. Legalidade e conveniência do cadastro de empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas às de escravo – compreendendo a “lista suja”. In: Rev. TST, Brasília, vol. 71, n.º 3, set/dez 2005.

COPEL E SINDICATO DOS TRABALHADORES NAS CONCESSIONÁRIAS DE ENERGIA ELÉTRICA E ALTERNATIVA NO ESTADO DO PARANÁ. Acordo Coletivo de Trabalho 2019/2020. Disponível em: Minuta_ACT_2019-2020_Coletivo_v5.pdf (sindenel.com.br). Acesso em 15 de mar. de 2021.

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

FUJITA, Renata Mayumi Lopes. JORENTE, Maria José. A Indústria Têxtil no Brasil: uma perspectiva histórica e cultural. In: Revista Moda Palavra e-Periódico. v. 8, n. 15, jan./jul. 2015, p. 153-174.

GURGEL, Yara Maria Pereira. Direitos Humanos, princípio da igualdade e não discriminação: sua aplicação às relações de trabalho. São Paulo: LTr, 2010.

HISTORY CRUNCH WRITERS. Factory Acts in the Industrial Revolution. (2016). Disponível em: [https://www.historycrunch.com/factory-acts-in-the-industrial-revolution.html#/. Acesso em: 13 nov. 2020.](https://www.historycrunch.com/factory-acts-in-the-industrial-revolution.html#/)

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros. Direito do Trabalho. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

LANGER, André. O conceito de trabalho em André Gorz. In: Revista Vinculando. Disponível em: http://vinculando.org/brasil/conceito_trabalho/conceito_de_trabalho.html. Acesso em: 2 nov. 2020.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LESS, Sérgio. História e ontologia: a questão do trabalho. In: Revista Crítica Marxista, São Paulo, Ed. Revan, v. 1, n. 20, 2005, p. 70-89.

MARQUES, Christiani. A Proteção do trabalho penoso. São Paulo: LTr, 2007.

MARX, Karl. Trabalho Assalariado e Capital & Salário, Preço e Lucro. 2. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2010.

MBEMBE, Achille. Arte & Ensaio. Revista do ppgav/eba/ufrrj, n. 32, dez. 2016, p. 125.

MOTA, Dálete Delalibera Corrêa de Faria; CRUZ, Diná de Almeida Lopes Monteiro da;

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

PIMENTA, Cibele Andrucioli de Mattos. Fadiga: uma análise do conceito. *Acta paul. enferm.*, São Paulo, v. 18, n.3, p.285-293, set. 2005. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-21002005000300009&lng=pt&nrm=is>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NAHAS, Thereza. *Novo Direito do Trabalho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, (e-book).

NARDINELLI, Clark. Child Labor and the Factory Acts. In: *The Journal of Economic History*, v. 40, 2010, p. 739-755.

NASCENTES, Antenor. *Dicionário etimológico da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: 1955.

NOGUEIRA, Marco Aurélio. Sociedade Civil: entre o político-estatal e o universo gerencial. *RBCS*. vVol. 18, n. 52, junho/2003. Disponível em: <http://forumeja.org.br/sites/forumeja.org.br/files/soccivil.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2021.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Cooperativismo à Luz dos princípios constitucionais*. Curitiba: Juruá, 2009.

SALVADOR, Evilasio da Silva. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. *Serv. Soc. Soc.*, DDez 2017, no.130, p. 426-446. O desmonte do financiamento da seguridade social em contexto de ajuste fiscal. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ssoc/n130/0101-6628-ssoc-130-0426.pdf>. Acesso em: 10 de mar. 2021.

SANTOS, Adelson Silva dos. *Fundamentos de Direito Ambiental do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2010.

SANTOS, Sérgio Valverde Marques dos. *Saúde do trabalhador*. Porto Alegre: SAGAH, 2019.

SIDOU, J. M. Othon. *Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SIDOU, J.M. Othon. *Dicionário jurídico: Academia Brasileira de Letras Jurídicas*. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

SPOSATI, Aldaiza. *Descaminhos da seguridade social e desproteção social no Brasil*. Ciência & Saúde Coletiva, 2018. Disponível em: [1413-8123-csc-23-07-2315.pdf](https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-8123-csc-23-07-2315.pdf) (scielo.br). Acesso em: 10 de mar. 2021.

VIANNA, Segadas. et al. *Instituições de Direito do Trabalho*. 17ª. ed. São Paulo: LTr, 1997.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A PERÍCIA CRIMINAL COMO FATOR DE EQUILÍBRIO NA CONCENTRAÇÃO DO PODER DA SOCIEDADE NA “ERA DAS NARRATIVAS”

Ermelino Franco Becker¹³
Miguel Kfoury Neto¹⁴
Raimundo Nonato Chaves Neto¹⁵

1. INTRODUÇÃO

A perícia criminal, neste artigo entendida como o conjunto dos mecanismos sociais que produzem provas técnicas para julgamentos em tribunais penais, trilhou um longo caminho até adquirir suas características modernas.

Embora os fatos comprovem a participação médica em seus processos judiciais, os antigos não conheceram a Medicina Legal no sentido mais específico e mais moderno como ciência. (FRANÇA, 2017)

Desde os tempos de ordálias, duelos e inquisições, a gradual permuta por opiniões técnicas de profissionais, especialistas e, finalmente, os modernos “peritos” possibilitou a libertação dos réus em relação a injustiças de falsas acusações, abuso por parte de poderosos e de crenças sobrenaturais.

O cidadão, adquirindo feições de portador de direitos, evoluiu ao longo da história da sociedade ocidental. Além do desenvolvimento do conhecimento de ciências médicas, físicas, químicas, de meio ambiente e outras, o século XX também testemunhou o aprofundamento das ciências da psicologia, sociologia, criminologia e do próprio Direito. Este último, através da materialização dos códigos, organizou os desejos da sociedade pela justiça, a convivência e

¹³ Mestrando do programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Médico legista do Instituto Médico Legal do Paraná. Professor das disciplinas de Medicina Legal e de Bioética e Ética Profissional na Universidade Positivo e na Faculdade de Medicina Evangélica Mackenzie. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2343-4579>. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/3773145793767133>. Email: ermelinofrancobecker@gmail.com.

¹⁴ Pós-Doutor em Ciências Jurídico-Civis junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2013-2014). Doutor em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2005). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (1981). Licenciado em Letras-Português pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (1972). Professor-Doutor integrante do Corpo Docente Permanente do Programa de Doutorado e Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário Curitiba. Desembargador do Tribunal de Justiça do Paraná (TJ-PR).

¹⁵ Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Assistente da Universidade Europeia (Portugal). Graduado em Direito. Doutorando em Ciências Histórico-Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Investigador do Centro de Investigação de Teoria e História do Direito da Universidade de Lisboa (THD da Ulisboa). Especialista em Direitos Humanos e História do Direito pela Universidade de Coimbra. Especialista em História do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (2016). Mestre em Direito Romano pela Universidade de Coimbra.

o progresso. A classe mais humilde da população passou a contar com regras mais homogêneas e a respirar com mais confiança o perfume da igualdade, liberdade e fraternidade.

O mais efetivo marco em favor da defesa da pessoa humana e, consequentemente, da sua vida vem da vitória da Revolução Francesa, com a edição da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. (FRANÇA, 2017)

Administrativamente, buscou-se o objetivo muito nobre de propiciar ao perito as condições técnicas e administrativas para que ele pudesse produzir seus laudos de maneira independente, técnica e imparcial. Não só as leis, mas as estruturas de trabalho, com suas verbas, vínculos empregatícios e normativas internas deram robustez aos laudos oficiais.

No Brasil, os institutos de criminalística (IC) e os institutos médicos legais (IML), inicialmente como integrantes da polícia civil, progressivamente se cristalizaram aos olhos do público e dos operadores do direito como as instituições com competência para apurar os fatos do ponto de vista técnico. Nomes de grandes médicos legistas brasileiros como Nina Rodrigues, Afrânio Peixoto e Vitor Ferreira do Amaral ainda dão nome aos institutos médicos legais de vários estados brasileiros.

O século XXI, porém, trouxe uma tecnologia então inédita na história da humanidade, ao menos em termos de consequências sobre a fisiologia e o andamento dos processos criminais. A informática onipresente e sua conectividade através da internet, revolucionárias em cada aspecto de sua existência, se seguiram pelo fenômeno das redes sociais.

Como uma universal caixa de ressonância, cada pessoa com um telefone celular no bolso passou a receber informações instantâneas, publicadas por qualquer pessoa e sequencialmente comentada por diversas outras. Algoritmos filtram e separam o tipo de publicação individualmente para aquele consumidor, acentuando suas convicções e ansiedades. Entre as tradicionais notícias de órgãos de imprensa tradicional, passaram a ter repercussão significativa os “blogueiros”, todo tipo de agentes políticos, profissionais e cidadãos. Profissionais deste novo ambiente virtual surgiram e passaram se medidos por números de seguidores e outras métricas digitais. “Digital influencers” viraram celebridades e suas palavras adquiriram cores de sapiência e conhecimento. A sociedade humana mudou, e mudou de maneira irreversível.

A sofisticada proteção de um julgamento com regras justas, com respeito à pessoa, com observação de provas técnicas e testemunhais, de certa maneira se desvaneceu com o retorno dos linchamentos, agora virtuais. O “grande irmão” se materializou no mosaico das

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

redes sociais, ávidas por matar sua sede de julgamentos instantâneos, onde não há a previsão de recursos e reanálise de provas.

O desejável aparato judiciário, pilar da divisão do poder desde as concepções dos filósofos, protetor da sociedade contra os maus feitos e protetor dos acusados quando inocentes, foi atropelado pelo panóptico virtual, que observa e julga todas as pessoas e todos os fatos.

Não só a nível criminal, mas cada ação profissional é esmiuçada e julgada. “Sites” passaram a fornecer ao público informações e opiniões sobre cada profissional, empresa e órgão de acordo com um levantamento informal de clientes, que descrevem aspectos da personalidade, competência, resultados ou satisfação. Críticas desprovidas de qualquer comprovação ou embasamento são publicadas livremente sobre o médico, advogado, treinador, empresa ou qualquer outra atividade. Também sobre os políticos se espriam todo tipo de julgamentos. Elogios também podem surgir sem formalidades de comprovação de fatos que os justifiquem.

Para fatos criminosos de repercussão, a dosimetria de tais pseudojulgamentos entra em escala logarítmica. A pronúncia da culpa é desferida pelo livre convencimento do primeiro blogueiro, sem fundamentação alguma, para não mencionar formação técnica na área, mandato ou concurso formal.

A internet passou a cumprir um papel de tribunal instantâneo e inclemente sobre todas as pessoas e fatos, ainda que não exista qualquer acusação, queixa ou mesmo previsão legal.

Já para as vítimas, há consequências que ultrapassam a fronteira virtual: perda de emprego, depressão, privação de liberdade, ameaças, violências físicas e até suicídios. A postagem na Internet potencializa o fato em si, seu poder de alcance e consequências. (MERCURY, 2019)

2. IMPACTOS DE TAIS FENÔMENOS NA PERÍCIA CRIMINAL.

Embora a perícia tenha conseguido, ao longo da evolução da humanidade se estabelecer como parte vital dos julgamentos criminais, seu papel contemporâneo pode estar em um momento de redefinição.

A evolução tecnológica e das relações sociais nos trouxe a um momento de inflexão no universo pericial. Tradicionalmente uma informação era avaliada de acordo com sua origem, materialidade, credibilidade e interpretação. Ilustrativamente, se houvesse a informação de que a perícia oficial realizada sobre determinado fato documentou achados

materiais e deu por conclusão certa interpretação, aquilo passava a representar a verdade factual, pelo menos até uma contestação formal oportuna e qualificada.

Na nova sociedade das redes sociais e da repercussão instantânea, os fatos e seus relatórios jurídicos adquiriram novas facetas. Eles não mais se restringem ao relato do ocorrido, mas ao modo como este encaixa na vontade dos entes que produzem e que adquirem o relato. As novas relações sociais passaram a ser dominadas pelas assim denominadas “narrativas”.

A mídia digital pelas redes sociais possibilita um discurso de incitação à violência, chamado discurso de ódio, gerador de uma ideologia de destruição a grupos e formadora de estereótipos e estigmas, sendo ao mesmo tempo formadora, propagadora e objeto final da violência. (...)

As redes de comunicação são fundamentais na propagação do discurso do ódio. Na atualidade, as redes sociais, em especial, o facebook, e o twitter, se transformaram em terreno fértil para o discurso do ódio, seja por comunidades criadas com este intuito ou o registro de qualquer comentário incitador. (SANTOS,2014)

Para o perito criminal, tais manifestações são a exata antítese de seu trabalho. Naturalmente que se espera um questionamento técnico pela defesa ou pela promotoria nos julgamentos criminais. Até mesmo certa teatralidade permeia a normalidade no tribunal do júri. Nada se compara, porém à disseminação virtual de interpretações distorcidas e etéreas sobre os fatos ocorridos.

Questionados sobre a descrição dos achados periciais e suas conclusões, os peritos atuais são submetidos injustamente a involuntário escrutínio público. Suas posições políticas prévias, sua etnia e suas preferências em assuntos pessoais ficam acessíveis à crítica ideologizada de uma constelação de comentaristas sem formação prática sobre o assunto pericial. Tais personagens, paradoxalmente, não têm constrangimento nenhum de opinar sobre os fatos, criando consequências muitas vezes indelévels sobre as pessoas sendo julgadas, sobre as pessoas que compõem os organismos julgadores, sobre os peritos e, em seu conjunto, sobre as instituições governamentais.

Longe de sugerir que qualquer dessas manifestações devesse ser censurada, mas a análise sobre o desgaste contínuo pessoal e institucional nos órgãos que a sociedade instalou para o objetivo maior da busca da justiça é objeto de preocupação. Podem tais institutos da sociedade resistir à força do tribunal da internet quando se vislumbra o longo prazo? Os fatos sucumbirão às narrativas?

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

2.1.O caso George Floyd

O primeiro caso ilustrativo dos efeitos das falsas narrativas ocorreu na cidade de Minneapolis, nos Estados Unidos. A repercussão teve alcance mundial e rivalizou em determinados momentos com o noticiário da própria pandemia do novo corona vírus.

Um cidadão afrodescendente chamado George Floyd, abordado em uma operação policial de rua, foi contido pelo policial por vários minutos com o joelho sobre seu pescoço. Durante tal ato, reclamou repetidamente de dificuldade respiratória, ainda que com ausência de certos sinais típicos desta queixa. Horas mais tarde evoluiu para o óbito quando estava sob custódia. As cenas gravadas por cidadãos presentes no local rapidamente se espalharam pelas redes e seu conteúdo gráfico, chocante, produziu imediatamente forte indignação pelo que parecia um abuso de força. Somando as cores de pele branca do policial e negra da vítima com o histórico de racismo americano, resultou em fenômenos de manifestação popular em várias cidades americanas com níveis de violência variável.

Os resultados da perícia oficial, que muito explicaram sobre a sequência dos fatos que culminaram na morte, foram irrelevantes para tais repercussões. Movimentos como o `` Black Lives Matter`` elencaram o caso como evidência do racismo e do abuso policial. Dias mais tarde a perícia evidenciou que, paralelamente ao ato policial, George Floyd apresentava condições de saúde relevantes para o desenrolar do óbito, como anemia falciforme e cardiopatia, além da presença de anfetaminas no sangue.

As investigações também evidenciaram um passado de infrações penais nada desprezível, inclusive com cumprimento de pena de prisão de alguns anos pelo crime de roubo. Tal fato sugere que a polícia não estava agindo exclusivamente por questões étnicas. Também se destaque que, ironicamente, enquanto a perícia oficial foi noticiada como suspeita, pois seria feita por integrantes do governo ao qual pertences os policiais, a avaliação pericial contratada pela família foi descrita pela mídia como `` independente``.

Assim, embora em última análise ambas tenham concluído que a ação policial foi o desencadeador dos eventos que levaram o Sr. George Floyd a óbito, aos olhos da sociedade, a perícia oficial se comportou como tendenciosa enquanto que aquela paga pelos familiares da vítima adquiriu status de independência.

Ainda sobre este caso, houve um relatório preliminar por parte do legista oficial que evidenciou a ausência de sinais necroscópicos de asfixia. Tais achados, bastante embasados pela ciência da necropsopia, foram divulgados e se opuseram à primeira interpretação induzida pelos vídeos, de que o joelho do policial asfixiou o cidadão por constrição cervical.

As leigas redes sociais, ao contrário da lógica e das opiniões dos experts, simplesmente julgou que a perícia estava errada ou, ainda pior, estaria encobrindo evidências.

A frase viralizada repetida pelas manifestações mundiais referente a este episódio foi: “Eu não posso respirar!”

2.2.O caso Mariana Ferrer

Outro caso de forte repercussão midiática ocorrido na cidade de Florianópolis colocou em evidência não só o drama dos crimes de conotação sexual, mas também a própria efetividade do poder judiciário brasileiro.

A vítima, uma “promoter”, alegou ter sido vítima de estupro sob efeito de substâncias sedativas em um estabelecimento de alto nível na praia de Jurerê. Pericialmente foi examinada dentro de vinte e quatro horas do ocorrido e a perícia determinou materialidade para dois fatos: que houve intercursos sexual com evidências da perda da virgindade da vítima. Foi detectado sêmen do acusado na roupa íntima da jovem, comprovando a autoria. De outro lado não foi detectado nenhuma substância capaz de causar a perda da capacidade de resistência no sangue da Srta. Mariana. Tal lacuna de materialidade é de difícil contestação. A consensualidade do ato ficou, portanto, em dúvida no processo e provas testemunhais e filmagens adquiriram relevância probatória.

Tais provas, que incluíram vídeos de subida e descida de uma escada estreita em momentos próximos ao fato não levaram ao convencimento pelo juiz da não consensualidade do ato ou do efeito de substâncias psicoativas. Ao fim dessa primeira instância do processo decidiu o magistrado pela falta de provas para condenação.

A soma de tal sentença à divulgação da gravação de partes da audiência onde a vítima foi constrangida pelo advogado, em um país onde crimes contra a dignidade sexual são praticamente uma rotina criou uma tempestade perfeita para o linchamento moral não só do acusado, mas também do juiz e do promotor do caso.

Alegações de favorecimento ao réu devido à sua condição econômica, étnica e social, machismo latente, passividade da corte frente aos excessos no tribunal, e até de fraude na perícia toxicológica correram as redes sociais, acompanhadas das fotos do réu, do advogado, do juiz e do promotor como se cúmplices fossem. Charges desmoralizantes e ameaças de violência também permearam a internet.

O lema virtual deste evento ficou na frase viralizada “Não existe estupro culposos!”. Esta dava a impressão de que os envolvidos teriam se convencido que o estupro ocorreu, mas deliberadamente optaram pela impunidade inventando uma juridicidade com o fim de não

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

apenamento. Ao contrário do que as manifestações da internet sugerem, na sentença a ponderação confirma que o crime de estupro é sempre doloso.

Na sequência, o site jornalístico ‘‘Intercept’’ que cunhou tal expressão emitiu um comunicado em que reconhece que tal expressão não estava na sentença. A condenação pública, porém, já estava instalada e o réu carregará o rótulo de estuprador consigo.

2.3.O caso Breonna Taylor

Este caso se refere a uma situação, também nos Estados Unidos, de confronto em que policiais, invadindo uma residência em busca de um traficante, acabaram por balear e matar uma jovem que não tinha nenhuma acusação criminal. Ela, porém, seria parceira do criminoso, levando à ação da polícia em seu endereço. Lá, outro homem que estaria junto com ela na casa, não reconhecendo os policiais como agentes de segurança pública, resistiu à invasão com disparos de arma de fogo, revidados pelos oficiais. No fogo cruzado a jovem foi atingida.

Sem entrar no mérito de erros táticos na ação, o objetivo desta citação é mencionar a ação do campeão mundial de fórmula um, Lewis Hamilton, que ao subir no pódio de premiação, ostentou uma camiseta pedindo a prisão dos policiais. ‘‘ Arrest the cops who killed Breonna Taylor’’ dizia a camiseta.

Ao mesmo tempo que a liberdade de expressão é imprescindível para uma sociedade democrática, este fato ilustra a carência pela justiça rápida e simples. Aparentemente os linchamentos são mais satisfatórios emocionalmente que os sofisticados e cadenciados ‘‘devidos processos legais’’, mesmo para elite esportiva e o jornalismo.

A preocupação aumenta quando pessoas de maior relevância social passam a ativamente diminuir o papel dos tribunais e das perícias no contexto da realização da justiça.

2.4.O caso PC Farias

Paulo César Farias era tesoureiro de campanha e homem de confiança do presidente Fernando Collor. Após a eclosão de denúncias envolvendo o político, olhares se voltaram para sua pessoa sobre o que poderia revelar em futuros depoimentos criminais.

Em viagem de fim de semana com sua companheira a uma praia no estado de Alagoas, acompanhado por seguranças, o casal foi encontrado morto no quarto com ferimentos por arma de fogo.

Um primeiro exame necroscópico descreveu as lesões e não interpretou nada diferente do que poderia ser um duplo homicídio. Devido a questões de jurisdição da justiça estadual ou federal, um outro perito médico legista foi convocado, segundo relatos, pela polícia federal e se deslocou do estado de São Paulo para fazer uma nova perícia. Neste laudo, a conclusão foi de que se tratava de um homicídio de PC Farias pela namorada, seguido de suicídio da mesma.

Outros peritos contratados pelas partes, numa longa discussão de fatos, acabaram fazendo prevalecer a tese de duplo homicídio e corroborando os achados do perito oficial natural do caso.

Tal caso ilustra não só a importância da palavra dos peritos para a investigação e justo julgamento, mas também a suspeição da prova técnica quando ocorre o desvio da naturalidade de seu caminho. Esta perda pode ser motivada por vários fatores, sendo o mais grave a ingerência da política e do poder sobre os atos periciais.

3. O PAPEL SOCIAL DO ÓRGÃO DE PERÍCIAS CRIMINAIS FRENTE AOS AGENTES ESTATAIS DO PODER

Para compreender os vetores que interferem nas perícias criminais é preciso vislumbrar as características dos laudos periciais frente à expectativa da sociedade.

A perícia é a representação escrita dos fatos. Tais convencimentos não são obtidos a partir da observação do fato em si, mas de seus vestígios. Através do raciocínio lógico, do conhecimento técnico, de exames de laboratório, de análise de dispositivos de informática e no caso da medicina legal, da observação das lesões no corpo humano, se reconstituem os acontecimentos, apontando consistências ou inconsistências com a história relatada.

Em geral, mesmo o acusado ou réu em geral não possui conhecimento ou os meios para reconstituir ou contestar afirmações periciais. Para minimizar esta fragilidade, é prevista a figura de um assistente técnico. Este só se manifestará após o laudo pericial, conforme o Código Penal em seu artigo 159, no parágrafo quarto.

A ausência de um assistente técnico no momento da perícia aumenta a responsabilidade do perito oficial perante a liberdade da nação. O Estado, detentor da contratação do perito oficial, detentor de seus instrumentos de trabalho, detentor do processo administrativo e enfim do “poder” sobre o andamento da perícia precisa tomar cuidados absolutos para assegurar a autonomia pericial. O descuido com a imparcialidade e independência do perito pode ter, além de consequências legais, como eventuais nulidades de

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

perícias, injustiças com consequências sobre o próprio tecido social, pela perda da credibilidade da prova. Na sociedade das redes sociais, esta afirmação é ainda mais sensível.

Em regimes democráticos, o sistema normativo costuma produzir uma descentralização de poderes, de modo que ninguém possa individualmente concentrar os papéis de executor, legislador e julgador sem controles por pares.

Da mesma maneira, no universo da justiça penal, é desejável que o poder seja fragmentado entre os componentes do devido processo legal. O organismo da perícia deve ser independente em relação às partes interessadas, tanto o investigador com o acusador e o suspeito ou réu.

Como o leviatã do poder público engloba o executivo e todas as forças policiais, além do judiciário com o ministério público e os juízes além do sistema carcerário, mecanismos de descentralização desse poder irresistível são essenciais e, mais eloquentemente, imprescindíveis. A sociedade que eventualmente perde o arcabouço legal de divisão dos atos judiciais tenderá a produzir injustiças de maneira progressiva.

A perícia independente, qualificada e autônoma é, portanto, de grande valor para a manutenção da democracia e liberdade.

4. ASPECTOS PRÁTICOS DA INDEPENDÊNCIA DA PERÍCIA

Se entendermos que a prova pericial será decisiva para o resultado do processo, ela se reveste de importância na sua maneira de produção. A interrogação que se levanta nesse momento diz respeito a um primeiro aspecto administrativo fundamental: quem requisita o perito, quando e de que maneira, de modo a proporcionar a melhor justiça?

A perícia precisa ser feita sempre que o ato criminoso deixar vestígios. O presidente inicial do inquérito é o delegado, que será sucedido pelo ministério público. O juiz presidirá o processo, quando instalado. Assim cada um destes é sujeito legítimo para a efetuar a requisição do laudo técnico. As perícias devem ser feitas assim que possível, e seus laudos entregues, norma básica, em dez dias. Especialmente nas perícias médicas o tempo de realização da perícia é importante, em virtude dos fenômenos de putrefação ou cicatrização das lesões.

Em geral a requisição pela autoridade judiciária é endereçada ao diretor do instituto de criminalística ou do instituto médico legal. Este designará o exame a um perito oficial. Esta característica já lança um fator de suspeição pois em tese o diretor pode selecionar peritos específicos para casos específicos.

Isto não acontece na prática, pois a disponibilidade dos peritos não é permanente e eles seguem uma escala de plantão diário ou uma ordem estabelecida e impessoal para a divisão do trabalho. Essa impessoalidade informal não está estabelecida em nenhuma normativa, mas até para prevenir questionamentos, é tradicional que os diretores a mantenham.

O perito tem impedimentos e suspeições análogos aos do juiz, uma vez que sua posição no processo tem que ser imparcial. Assim, resumidamente, não poderá ser parte no processo, nem ter parentesco, nem ter sido testemunha, nem ter emanado opinião prévia, ou ainda sócio, amigo, credor ou herdeiro. Em casos que apresentem tais relações se realiza a troca do perito “da vez”, em nome da imparcialidade. Saliente-se aqui o espírito do legislador em proteger o cidadão de um arbítrio indevido pelo dono do poder.

Mas, se os cuidados em relação à imparcialidade do perito, a nível individual, estão sedimentados, também é necessária a atenção da suspeição do órgão de perícias em sua estruturação administrativa.

Como ilustrado pelo caso George Floyd, a sociedade atual é intolerante com eventuais narrativas de injustiça em favor dos detentores do poder. Esta intolerância se potencializa se o injustiçado for integrante de uma “minoria”. E quantas minorias se autoperceberam neste século? Quase todos os cidadãos entendem que são beneficiários de alguma dívida histórica. Assim, o laudo do legista oficial de Mineápolis teve sua imparcialidade rapidamente questionada e sumariamente desacreditada pelo fenômeno viralizante das mídias sociais. Este questionamento ocorreu ainda antes do laudo definitivo, que estabelecia o nexo causal entre a ação do policial e óbito. Sequencialmente, manifestações populares, ora violentas, ora pacíficas, correram as ruas americanas. Ironicamente, tais questionamentos são mais comuns nas democracias, o que não deixa de ser um elogio ao país.

No caso Breonna Taylor a intolerância mira o abuso da ação policial. No caso Mariana Ferrer o alvo das críticas foi a conclusão do julgador. E no caso PC farias a discussão final girou ao redor da inadequação da perícia pelo perito não natural do caso, trazido até de outro estado para realizar um laudo profundamente contestado.

A sociedade moderna, portanto, é muito crítica em relação à aplicação da justiça. As narrativas são atraentes e se disseminam como fogo e a percepção da sociedade sobre eventuais vetores do poder é deveras sagaz, muito mais que em séculos passados. Atentos a esta conjuntura, a ideia de formalizar a independência da perícia permeou-se nos legisladores estaduais, que passaram a apresentar propostas variadas para a criação de um órgão administrativamente separado para abrigar os peritos. A ideia do perito submisso ao delegado investigador ou a qualquer outra autoridade política deixou de ser aceitável

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A independência dos órgãos de perícia retirando-os do organograma da polícia civil ocorreu progressivamente no Brasil. Alguns estados ainda não possuem tal organização e em outros adotou-se o nome de “Polícia científica” ou “Instituto de perícias”

Especificamente no Paraná, a polícia científica acabou sendo objeto de uma ação direta de inconstitucionalidade. O objeto da ação originalmente era a origem da criação do órgão, que seria de iniciativa do poder executivo estadual, mas foi proposta pelo legislativo. Outro tópico em discussão seria a caracterização como força de segurança pública, com suas características de carreira policial, em contradição à determinação constitucional que restritivamente define apenas a polícia civil, militar e federal.

Na ADIN 2575, da polícia científica do Paraná, julgou o Supremo Tribunal Federal que os estados eram autônomos para definir sobre a independência dos órgãos de perícia, mas não considerando-os como força de segurança pública. Assim, não há previsão de atuação de sua estrutura na repressão imediata a crimes, nem distúrbios civis ou outras atividades policiais clássicas. Paradoxalmente, decidiram os ministros que é adequado a presença do órgão de perícias dentro da organização da secretaria de segurança pública.

A criação da polícia científica e seus equivalentes pelo Brasil, em que pese as etapas legais para sua permanência, gerou então instituições com uma peculiaridade. Embora todo o objeto do trabalho pericial seja a produção de provas com a finalidade judicial, a gestão do órgão é exercida pelo poder executivo. Tal configuração gera dois problemas, um de caráter administrativo e outro ético institucional.

5. A PERDA DA INDEPENDÊNCIA ADMINISTRATIVA

Administrativamente, a desejada autonomia técnica e gerencial da instituição fica fragilizada. Observa-se que, ao contrário da polícia civil e da polícia militar, o produto do trabalho dos peritos é endereçado, em última análise ao poder judiciário. A instituição passa a depender de recursos públicos em situação de concorrência com as forças policiais mais volumosas militar e civil. Enquanto os recursos necessários para uma boa gestão da polícia científica são significativos, seu impacto para interesses do poder executivo é pequeno. Mesmo politicamente, os frutos de um órgão de perícias repercutem pouco para efeitos político-eleitorais. Notícias negativas referentes a problemas da perícia técnica não costumam criar desgaste sobre o governador, pois acabam sendo percebidos como imperfeições do judiciário. A perícia não é prioridade no âmbito da segurança pública. Essa fragilidade estratégica gera o hipofinanciamento do órgão frente às suas demandas.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

O quadro de peritos em São Paulo permanece praticamente estático, sendo o mesmo desde 1987, com 1177 postos. Considerado um número bem abaixo do ideal para atender toda a demanda de crimes que ocorrem e necessitam de uma apuração que auxilie no seu processo judicial. O número de assassinatos no estado de São Paulo é praticamente quatro vezes maior do que o de peritos. (PRADO,2014)

A escassez de recursos se manifesta a nível de recursos humanos, com perda progressiva de funcionários de apoio e com a crônica incompletude do quadro próprio dos peritos oficiais. Embora recursos federais amenizem a obsolescência de aparelhos laboratoriais, estes reforços em geral são liberados em contrapartida a metas de produção de exames, sobrecarregando as equipes com altas cargas de trabalho.

Outra tendência, decorrente da característica técnica e científica das perícias em geral, é a não compreensão dos gestores locais da segurança pública sobre a complexidade e natureza da função jurídica especializada realizada pelos peritos. Áreas como a perícia em cadáveres, genética forense, exames em aparelhos eletrônicos, entre outras, são especialmente mal valorizadas por pessoas cuja principal meta é o controle imediato da criminalidade. As consequências de elementos probatórios mal produzidos estão fora da atuação do poder executivo e acabam refletindo apenas nas fases de julgamento.

A designação, pelo secretário de estado, de pessoas de oriundas de quadros das outras forças policiais para a gestão do órgão pericial gera uma administração com eixo nas demandas do poder executivo. Conforme o decreto 5941 de 2020, decreta o governador, a pedido do secretário de segurança pública:

Art. 1º Fica autorizado, além do quantitativo já autorizado pelo Decreto nº 841, de 15 de março de 2019, o chamamento de 100 militares estaduais inativos a fim de integrarem o Corpo de Militares Estaduais Inativos Voluntários -CMEIV, para o exercício de atividades na Polícia Científica do Paraná.

Parágrafo Único. Por iniciativa do Secretário de Estado da Segurança Pública, o Comandante Geral da Polícia Militar do Paraná – PMPR promoverá os atos necessários ao planejamento, seleção e chamamento dos militares estaduais inativos voluntários, até o quantitativo estipulado no *caput* deste artigo(...)

A evidência da preocupação com a percepção da comunidade jurídica da necessidade de independência do órgão de perícia é ilustrada pelo seguinte parágrafo do mesmo decreto:

1º O integrante do CMEIV não utilizará uniforme e equipamentos regulamentares da PMPR, quando estiver a serviço da Polícia Científica do Paraná.

A captura do órgão de perícias por representantes da polícia militar passa a refletir na independência e autonomia pericial. A orientação administrativa externa produz uma

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

distorção do foco gerencial. O professor Genival Veloso de França já salientava a questão institucional influenciando a autonomia da perícia:

Sua missão em favor do cumprimento da ordem legal é tão significativa, que não se pode entendê-la jamais a serviço da injustiça, e sim ao lado da verdade, qualquer que seja a consequência que disto possa advir. É claro que esta forma de atuar com independência e retidão não depende apenas do perito, mas de uma estrutura institucional e hierárquica capaz de assegurar-lhe a segurança de emitir seus pareceres e não sofrer ameaças a sua integridade e a sua honestidade profissional. (FRANÇA,2017)

Na tentativa coronelista de controlar o funcionamento hipossuficiente do órgão, o uso progressivo de medidas de controle e disciplinares comuns na esfera militar gera ambiente institucional de medo e perseguição. Situações como a do Morro do Fallet escancaram a falta de recursos humanos. Conforme artigo da imprensa da época:

Na chacina do Fallet, cada laudo foi elaborado em menos de quarenta minutos, de acordo com informações dos exames. Um deles, de um morto que ainda não havia sido identificado quando chegou ao IML, em apenas dez minutos. (Revista Piauí)

Geram exigências por parte de órgãos fiscalizadores como o Conselho Regional de Medicina, são abafadas através de medidas administrativas.

Art. 1º Que o padrão técnico para cada um dos médicos legistas nos plantões de 24 (vinte e quatro) horas, é a realização de 08 (oito) necropsias ou 30 (trinta) perícias clínicas médico-legais.

§ 1º Havendo demanda, a realização de número inferior ao preconizado no *caput* deverá ser justificada tecnicamente no livro de ocorrências de plantão.

§ 2º Poderão os profissionais médicos legistas em plantão ao seu exclusivo critério, ultrapassar, ocasionalmente, o número definido no *caput* desta Resolução, desde que observadas a capacidade de trabalho de cada um dos profissionais e os ditames ético-profissionais.

§ 3º As situações estabelecidas legalmente como decretação de calamidade ou estado de emergência, a critério da definição das autoridades competentes, são exceções a aplicação desta norma. Este parágrafo não poderá ser utilizado para justificar aumento de demanda por homicídios.

Art. 2º É de responsabilidade do Diretor Técnico, no âmbito das suas competências, o provimento dos profissionais médicos necessários para assegurar o atendimento das demandas dentro dos parâmetros técnicos estabelecidos nesta norma. (Resolução 308 de 2020, CRM do Rio de Janeiro)

Sindicâncias e processos administrativos disciplinares viram instrumentos de repressão, levantando questões até ridículas aos olhos do funcionário original da instituição. A sensação de arbitrariedade pela corregedoria corrói a afetividade corporativa. Tais sentimentos são incompatíveis com a postura independente necessária ao bom desempenho do “expert”. A médio prazo, produz a saída de profissionais competentes, que possuem mercado

privado para sua qualificação, e a perda da dedicação de quem permanece, magoado pelo julgamento de administradores que não testemunharam a história prévia das realizações em tempos em que sacrifícios pessoais sustentaram o serviço.

Com os quadros originais reduzidos, a falta de pessoal passa a ser suprida não pela previsão legal do concurso público, mas com o uso de cargos comissionados, processos seletivos simplificados, contratação temporária e o empréstimo de pessoas das outras forças policiais, tanto da ativa como aposentados. A proporção crescente de pessoas fora da carreira original da polícia científica produz um fenômeno de dicotomia técnico-administrativa, em que a determinação emanada pelo técnico precisa ser validada pelos policiais militares e as ordens administrativas emanadas pelos policiais militares são desencaixadas da rotina natural.

Outra característica administrativa da captura do órgão é a permeação da estrutura de serviços de apoio entre a polícia científica e a militar, aumentando a interdependência. Assim, quando na eventual separação, fica exposta a científica a um colapso imediato pela falta de estruturas próprias e contratos. Também há que se considerar que, não estando pessoas do próprio órgão na gestão, a sucessão dos administradores militares estará submetida a um hiato de aprendizado e retreinamento de pessoal.

6. O IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO DO INSTITUTO DE PERÍCIAS

Eticamente, a gestão do órgão de perícias por integrantes de outras polícias, suscita, em escala institucional, a suspeição de todo o trabalho no órgão. Ora, se o perito e o juiz devem se declarar impedidos de atuar em caso de serem amigos, parentes, diretores ou interessados no resultado do processo, qual a legitimidade do órgão de perícias para produzir provas relacionadas aos casos de abuso de força policial?

Em um país com o passado recente de regime militar, em que a prática de tortura ainda não está extinta, em que se prevê exames “ad cautelam” para a proteção dos direitos humanos dos custodiados, torna-se inaceitável a interdependência hierárquica entre representantes das forças de repressão ao crime e o pessoal técnico pericial. Expor os peritos e funcionários de apoio a ações administrativas persecutórias como trocas de escalas, remoção para sedes em outras cidades, recolocação em posições incompatíveis com a personalidade do servidor são exemplos de ações simples, mas que degradam a lisura esperada nos laudos.

A cadeia de custódia, mais do que lacres plásticos ou adesivos, depende também do compromisso dos servidores, teoricamente voltado à preservação da verdade dos fatos. Esta cadeia deve ser contaminada pela presença de integrantes de organizações afetadas pela materialidade dos vestígios. Mesmo a condução de viaturas de recolhimento de cadáveres e

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

dos peritos de local de crime não deveria estar nas mãos de policiais militares ativos nem aposentados. Conforme o procedimento operacional padrão número 15 do IML, é preciso haver um lacre para a preservação das evidências do cadáver até em relação ao motorista do rabecão:

O cadáver estará no interior de saco plástico fechado e lacrado com lacre numerado. O número do lacre deverá ser anotado. Após prévia autorização do Médico Legista responsável, o lacre será rompido e o saco plástico aberto, colocando-se a partir de então, tarja de identificação própria no cadáver, no tornozelo esquerdo, exceto se prejudicado;

A chefia do plantão do necrotério também não é local adequado para a presença de policiais, considerando-se o sigilo pericial envolvido não só com a investigação, mas também com os direitos das vítimas a privacidade e intimidade. Também evidências como projéteis retirados do cadáver ficam sob responsabilidade deste funcionário, ainda que lacradas.

7. CONCLUSÕES

A relativização da importância dos laudos periciais criminais pode ser um fim capital para a manutenção da ordem social na esfera da justiça penal. Sua importância precisa ser compreendida pela sociedade, principalmente em tempos da fragmentação da informação na era digital. É preciso reforçar aos novos agentes de propagação da informação digital, que a sociedade necessita destas balizas factuais para evitar que os direitos pessoais sejam injustamente infringidos.

Respeitando rigorosamente os importantes limites da liberdade de expressão e da imprensa, crimes verdadeiros como a difamação e calúnia não podem substituir as penas previstas classicamente no código penal, quais sejam as multas e privação de liberdades. Ainda para reforçar tal aspecto, lembremos que o linchamento moral tem seus efeitos não somente sobre o acusado, mas também sobre seus familiares e eventualmente sobre seus colegas de trabalho e empregados. O julgamento deve ocorrer dentro dos tribunais, conforme a previsão legal, com o direito à ampla defesa e a convicção fundamentada do magistrado.

A descaracterização do órgão de perícia como detentor mais legítimo da verdade dos fatos e sua permeação por forças externas com interesses que não sejam imparciais pode comprometer a confiança da sociedade em um julgamento justo. Tal perda, acentuada pela era das narrativas, é um importante golpe na segurança do cidadão no equilíbrio de sua liberdade com o poder do estado.

Referências

FRANÇA, Genival Veloso de, 1935- Medicina legal / Genival Veloso de França. -- 11. ed. -- Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017

PRADO, Eduardo. A importância da perícia criminal e a escassez do quadro de funcionários. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31602/a-importancia-da-pericia-criminal-e-a-escassez-do-quadro-de-funcionarios>.

MERCURY, Karen Tank: Embate de direitos fundamentais nos casos de linchamentos virtuais. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/index.php/ju/artigos/direitos-humanos/embate-de-direitos-fundamentais-nos-casos-de-linchamentos-virtuais>

SANTOS, M. A. M.; CUNHA, R. S. Violência Simbólica nas Redes Sociais: Incitação à Violência Coletiva (Linchamento). VII Congresso Brasileiro da Sociedade da Informação Regulação da Mídia na Sociedade da Informação. São Paulo, 2014.

RESOLUÇÃO CREMERJ N.º 308/2020, publicada em trinta de abril de 2020.
<https://piaui.folha.uol.com.br/brutalidade-que-os-laudos-nao-contam/> publicado em 15 de março de 2019

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

DRIBLE OU GOL: OS DESAFIOS AO TRABALHO DECENTE NAS OBRAS DA COPA DO CATAR

Sandro Lunard Nicoladeli¹⁶
Elis Regina Arévalos Soares¹⁷

1. INTRODUÇÃO

O Catar é um país localizado no Golfo Pérsico e será sede da Copa do Mundo de 2022. A língua oficial falada no país é o árabe, e a religião oficial o islamismo¹⁸. O governo do Catar consiste em uma monarquia absolutista, ou seja, não se trata de um país democrático (QATAR, 2022). Durante o verão, as temperaturas máximas ultrapassam os 40°C, motivo pelo qual a Copa do Mundo de 2022 acontecerá em novembro – e não no período tradicional de junho e julho.

Considerado um dos países mais ricos do mundo, graças à exploração de recursos naturais como petróleo e gás, o PIB nominal total do Catar é estimado em US\$ 183,807 bilhões, e o per capita em US\$ 66, 202. O IDH - Índice de Desenvolvimento Humano, classificado como “muito alto”, é o 45º melhor do mundo — o Brasil está em 84º (0,765). Essas condições, em grande parte, são viabilizadas pela exploração de petróleo e gás realizada pela Qatar Petroleum (IMF, 2022).

Em dezembro de 2010, o Catar foi escolhido como sede da Copa do Mundo de 2022, sendo o primeiro país árabe a receber tal projeto desportivo¹⁹. A partir de então, o país mobilizou diversas iniciativas no sentido de consolidar sua imagem numa espécie de *soft power*²⁰ (BALLERINI, 2017) global, com o natural intento de legitimar-se social e

¹⁶ Doutor (2016) e Mestre (2004) em Direito pela Universidade Federal do Paraná/UFPR. Professor nas disciplinas de Prática Jurídica Trabalhista e Direito Sindical/UFPR. Especializou-se, em Lima, no Peru, em Liberdade Sindical pelo Escritório Regional da OIT (2008). Também em Turim, na Itália, obteve o título de especialista em Normas Internacionais do Trabalho pela Escola de Formação da OIT (2009). Integrou o corpo técnico da delegação brasileira na Conferência Internacional do Trabalho da OIT nos anos de 2014, 2015 e 2019, em Genebra/Suíça. É membro da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados Brasileiros e da Comissão Especial de Direito Sindical do Conselho Federal da OAB. e-mail:sandrolunard@plcv.adv.br

¹⁷ Mestranda em Direito na Universidade Federal da UFRJ. Graduada em Direito pela Universidade Federal do Paraná.

¹⁸ O país possui área total de 11.437 km² (para efeitos comparativos, o estado de Sergipe tem área total de 21.926 km² e o Distrito Federal 5.760 km², sendo as unidades federativas brasileiras de menor extensão territorial).

¹⁹ Inicialmente, vale destacar que a escolha do Catar como sede passou por um processo de investigação que, embora infrutífero, averiguou diversos indícios de corrupção e suborno (BBC, 2022).

²⁰ O termo "poder suave" (soft power) refere-se à capacidade de um Estado ou uma instituição de influenciar a opinião pública para que seus objetivos sejam cumpridos. O conceito está no livro “Poder Suave”, de Franchesco Ballerini.

culturalmente perante a comunidade internacional. No ano de 2011, a Autoridade de Investimento do Catar (QIA), por meio da Qatar Sports Investments (QSI), adquiriu 100% do Paris Saint-Germain e passou a controlar sua gestão (SINNOTT, 2011). Além disso, a Qatar Airways assumiu o patrocínio de três dos principais clubes de futebol mundial: Bayern de Munique/Alemanha, Roma/Itália e Boca Juniors/Argentina (QATAR AIRWAYS, 2022), além do natural patrocínio da própria FIFA.

Para a promoção deste mega evento desportivo, o país dispendeu cerca de US\$ 100 bilhões de dólares para reforçar a infraestrutura existente e adaptar-se, provendo inovação urbana e mobiliário esportivo (p. ex.: aeroportos, estradas e estádios).

Desde então, o Catar adota uma estratégia de promover a imagem do país internacionalmente, convivendo com as naturais contradições relacionadas a abusos de direitos humanos e trabalhistas, os quais ocorriam paralelamente à propaganda oficial e aos anúncios e promessas de um “evento modelo”.

Essa estratégia ficou evidente durante a exposição “Qatar, nos vemos em 2022”, apresentada na 40ª sessão do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, cujo objetivo foi promover a Copa e a organização do evento, ignorando as denúncias e críticas que — já à época — vinham sendo feitas em relação às condições das relações de trabalho no país (ADHRB, 2019).

Entre as principais preocupações, destacava-se a utilização de trabalho migrante forçado. A Convenção 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) define trabalho forçado como “todo trabalho ou serviço exigido de qualquer pessoa sob a ameaça de qualquer penalidade e para o qual essa pessoa não se ofereceu voluntariamente”. Ao adentrar-se no funcionamento do modelo de contratação laboral defronta-se com o sistema *kafala*, prática muito comum nos países da península arábica, consiste num sistema no qual os trabalhadores necessitam de um visto patrocinado economicamente pelo empregador para ingressar no mercado de trabalho. Isso dava aos empregadores um controle abusivo sobre seus contratados, forçando-os, por exemplo, a pedir permissão para eventualmente mudar de trabalho ou empregador ou até deixar o país. Além disso, inexistia qualquer referência remuneratório nacional – salário mínimo, sendo que a massa de operários, muitas vezes, sofria com condições muito precárias, tendo seus salários retidos e seus passaportes confiscados (WINTOUR, 2019).

Diante desse cenário, confluíram ações de diversas instituições internacionais para conferir maior visibilidade sobre as violações e abusos de direitos humanos diretamente relacionados aos projetos de construção da Copa do Mundo de 2022. À época, Mustafa Qadri,

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

pesquisador da Anistia Internacional para os Direitos dos Migrantes do Golfo, comentou: “Finalmente, parece que a Fifa está acordando para o fato de que, a menos que tome medidas concretas, a Copa do Mundo do Catar 2022 será construída sobre o sangue, suor e lágrimas dos trabalhadores migrantes” (ITUC, 2019).

Desse modo, em novembro de 2017, em meio a intensas críticas, desenvolveram-se projetos de cooperação e relatórios da OIT, e da FIFA com entidades sindicais²¹ e uma série de investigações, com isso, as autoridades do Catar anunciaram que cooperariam com a OIT na reforma do sistema *kafala* e das leis trabalhistas. Os compromissos assumidos pelo governo do Catar versavam principalmente sobre a eliminação do sistema *kafala*, diga-se de passagem, ocorrido, formalmente, somente em 2019 (ILO, 2019), o estabelecimento de um salário-mínimo e meios de garantir os direitos à liberdade de associação para os trabalhadores migrantes (ITUC, 2019).

A partir disso, os empregadores não poderiam mais impedir que seus funcionários deixassem o país ou mudassem de emprego. Sobre a questão das remunerações, extinguir-se-ia o sistema de fixação de salários baseado em raça, e um salário-mínimo deveria ser estabelecido para cobrir todos os trabalhadores. Ainda, haveria melhorias no sistema de proteção salarial para garantir o pagamento sistemático dos atrasados. Por fim, acerca da representação dos trabalhadores e procedimentos de reclamação, comitês deveriam ser estabelecidos em cada local de trabalho (ITUC, 2020).

Assim, o governo do Catar introduziu uma nova lei trabalhista a fim de abordar tais restrições impostas pelos empregadores: Lei nº 13 de 2018 altera o disposto na Lei nº 21 de 2015 e na Lei nº 1 de 2017. No entanto, a reforma não resolveu adequadamente esses problemas, e os trabalhadores continuaram a submeter-se à exploração e a maus-tratos (ITUC, 2019).

Vale ressaltar que, sobre as questões trabalhistas passíveis de críticas, o Catar não é o único país do Golfo a conviver com a precariedade na sua regulação e governança laboral. Todos os estados do Golfo Pérsico fazem uso de mão de obra migrante mal remunerada e em condições contratuais precárias. No caso do mercado de trabalho explorador do Catar – onde, inclusive, a escravidão só foi abolida em 1950 — a população indiana sozinha, com 700 mil habitantes, supera o número de habitantes locais. Um relatório da Anistia Internacional

²¹ Reclamação formulada pela CSI – Confederação Sindical Internacional em face do governo do Catar perante o Comitê de Liberdade Sindical (Caso 2988) da Organização Internacional do Trabalho/OIT (2012); Relatório de inspeção produzido pela parceria entre a Federação Sindical Internacional da Construção e do Mobiliário - ICM, FIFA e o Comitê Supremo do Catar (2019); Relatório da Organização Internacional do Trabalho sobre lesões ocupacionais nas obras da Copa do Catar (2020); Relatório *Dribble Or Goal?* produzido pela ICM (2021).

mostrou que milhares de trabalhadores migrantes ainda estavam sendo explorados no Catar, apesar das repetidas promessas de melhorar os direitos dos trabalhadores.

A presente investigação demonstrará, nos tópicos subsequentes, todas as iniciativas de instituições de direitos humanos e sindicais no sentido de investigar as péssimas condições de trabalho no canteiro de obras na última década e as inconformidades dos organizadores e do país-sede no sentido de efetivar condições salubres e com proteção aos operários migrantes.

2. DENÚNCIA CONTRA O CATAR PERANTE O COMITÊ DE LIBERDADE SINDICAL DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2012)

Com o anúncio do país-sede da Copa da FIFA/2022, a Confederação Sindical Internacional/CSI²² protocolou, em 28 de setembro de 2012 (Caso 2988), uma reclamação em face do governo do Catar perante o Comitê de Liberdade Sindical da Organização Internacional do Trabalho (OIT). Na denúncia, a Confederação alegou que os trabalhadores contratados para construção das instalações eram, em sua maioria (94% dos trabalhadores no Catar), imigrantes. Estes estariam submetidos a diversas violações de direitos fundamentais e trabalhistas, incluindo a liberdade de associação sindical. Adensou suas alegações informando, ainda, que a legislação do Catar é limitada quanto à proteção do trabalho em matéria de segurança ocupacional (OIT, 2014).

Diante dessa denúncia, a Federação Sindical Internacional dos Trabalhadores da Construção e da Madeira (ICM)²³ e a Confederação Sindical Internacional (CSI) reuniram-se com a Embaixada do Catar em Genebra para tratar dos tópicos relacionados à liberdade sindical e trabalho escravo, indicando a necessidade de reformas legislativas que garantissem os direitos laborais dos imigrantes. O governo, em contrapartida, alegou que iria elaborar minutas para as reformas necessárias, porém, nenhum compromisso formal foi definido, além de não ter sido identificada qualquer mudança do poder local sobre os pontos abordados na reunião.

A CSI, a partir de estudos prévios, indicou o vínculo entre crescente e significativo número de óbitos de imigrantes em acidentes de trabalho e a total ausência de liberdade

²² A CSI nasceu como a maior central sindical mundial, fundada em Viena em 2006 CONFEDERACIÓN SINDICAL INTERNACIONAL - sítio eletrônico. Disponível em: <<https://www.ituc-csi.org/congress2006>>. Acesso em: 01 jun 2022.

²³ A ICM é uma rede sindical global que representa os trabalhadores de construção e madeira. Ela reúne cerca de 351 sindicatos, representando 12 milhões de membros em 136 países. O objetivo principal da ICM é promover a organização sindical e a defesa dos trabalhadores, construindo redes de cooperação entre empresas e governos para garantir a segurança e saúde no trabalho. O trabalho da ICM em grandes eventos esportivos iniciou em 2006, com a Copa do Mundo FIFA de 2010, expandindo sua atuação em outros eventos similares nos anos seguintes, como nas Olimpíadas. <https://www.bwint.org/es_ES/> Acesso em: 01 jun 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

associativa, uma vez que esses trabalhadores estão submetidos a extensas jornadas de trabalho e intenso esforço físico, em situações de extrema degradação decorrentes da falta de medidas de segurança e absoluto estresse decorrente das temperaturas desérticas, além de submetidos a métodos de trabalho inapropriados e acomodações sem o adequado conforto térmico. A queixa denuncia os métodos impróprios de arregimentação de mão de obra, a partir dos quais os trabalhadores são aliciados com promessas ilusórias quanto à fixação remuneratória.

A denúncia formulada perante o organismo de controle da OIT indica déficit democrático na regulação trabalhista catari, datada de 2004, cujo seu teor impedia a liberdade de associação, por não haver previsão legal permissiva ao direito de organização aos trabalhadores imigrantes, o que, na prática, exclui da tutela o direito para 90% da população economicamente ativa do Catar. A referida lei também previa a unicidade das organizações sindicais, limitando-se à existência de uma única entidade sindical dos trabalhadores.

O direito a greve também é praticamente inexistente, uma vez que a legislação estabelecia uma série de critérios para a autorização do conflito paredista, excluindo todos os trabalhadores de atividades essenciais. Isso inclui o trabalho em indústrias petrolíferas (maior empregador do país!), sanitárias, portuárias, elétricas, de transporte e hospitais. Somada a esses inúmeros bloqueios limitantes, a solicitação de greve deve ser aprovada por 70% do comitê sindical ou da indústria, além de necessitar de ratificação governamental quanto a data e local de ocorrência das manifestações. Não bastassem as variadas limitações e, as quais consistiam numa verdadeira intimidação estatal, além disso a legislação trabalhista veda completamente a liberdade política das entidades sindicais, podendo o governo proibir o funcionamento de qualquer entidade que divulgue atividades políticas ou religiosas, incluindo a distribuição de materiais com críticas ao próprio estado do Catar em flagrante violação às liberdades civis fundamentais.

Em sua defesa perante o CLS, o governo do Catar, em comunicado datado de 11 de setembro de 2013, circunscreveu suas alegações ao argumento de que o Estado protege todos os trabalhadores legalmente estabelecidos no país. O país árabe formulou sua contestação no sentido de afastar todas as acusações sustentadas pela CSI, afirmando que a reclamação carece de antecedentes formulados por entidades sindicais do país e que não foi apresentada uma petição fundamentada direcionada ao governo. Sustentou pela insuficiência de provas apresentadas pela denunciante. Quanto ao direito de greve, o governo sustentou uma suposta legitimidade e garantia ao seu exercício refletindo uma “potencial” aderência às Convenções da OIT.

Em paralelo, cumpre destacar a postura do Catar no sentido de manter-se absolutamente distante das políticas e princípios fundamentais da OIT, particularmente aquelas nucleares que orbitam na esfera da promoção do trabalho decente. Prova disso está irrefutavelmente justificada, diante de uma nação absolutamente distante do ideal promocional ao trabalho digno, não há ratificação da grande maioria das convenções da OIT²⁴, menos ainda porque não admitia a incorporação dos Convênios 87 e 98 da OIT, cujo conteúdo tem como finalidade central a liberdade de associação e direito de negociação coletiva.

O governo alegou, ainda, que o Ministério do Trabalho é responsável por garantir o cumprimento da legislação trabalhista, supervisionando departamentos e autoridades. Quanto à negociação coletiva, tanto o Ministério do Trabalho quanto o Ministério do Interior supervisionam as negociações, além de contar com o Comitê Nacional dos Direitos Humanos para coordenar a resolução de conflitos. Afirmou, ainda, que o Ministério do Trabalho, através do Conselho Superior da Magistratura, instalou nos tribunais um setor específico para tratar de litígios entre trabalhadores e empregadores. Quanto aos imigrantes, o governo informou que é responsabilidade do Ministério do Interior a recepção das demandas e encaminhamentos para solução dos problemas. Indicou-se a existência de um e-mail ao qual os trabalhadores podem reportar suas queixas e solicitar auxílio.

O Comitê analisou as disposições legislativas e sua adequação às Convenções da OIT, ressaltando que, embora o país não tenha ratificado convenções específicas, a partir do momento no qual filia-se à OIT, submete-se aos princípios fundamentais da Declaração de Filadélfia, incluindo assim os princípios de liberdade de associação. Nesse sentido, é papel do Comitê a responsabilidade por indicar as violações e recomendar a alteração das disposições em desacordo com os princípios fundamentais protetivos.

A partir da alegação da CSI quanto à disposição acerca da liberdade de organização sindical dos imigrantes, o Comitê entendeu que a legislação de 2004 exclui os imigrantes e limita a organização a empresas que tenham mais de 100 empregados, além de excluir uma série de profissionais que extrapolam as limitações razoáveis à negociação coletiva, como é o

²⁴ O Catar ratificou apenas as seguintes Convenções da OIT: 29 e 105 (trabalho escravo ou forçoso); 111 (discriminação em matéria de emprego e ocupação); 138 e 182 (trabalho idade mínima e piores formas de trabalho infantil) e um único de governança laboral – Convênio 81 (inspeção do trabalho). Portanto, não aderiu à incorporação de extensa legislação internacional laboral: a) liberdade sindical, negociação coletiva e relações de trabalho; b) consulta tripartite; c) administração e inspeção do trabalho; d) política e promoção do emprego; e) orientação e formação profissional; f) segurança do posto de trabalho; g) proteção aos salários; h) tempo de trabalho; i) segurança e saúde no trabalho; j) trabalhadores migrantes, dentre outros temas.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

caso das forças armadas, polícia e servidores públicos diretamente ligados à administração pública.

Para a OIT, a limitação que a legislação impõe, relativa à criação de uma única organização de trabalhadores por empresa, é contrária aos princípios de proteção à liberdade de associação, uma vez que a legislação não pode limitar o exercício da organização.

Quanto à limitação/proibição do exercício do direito a greve, denunciada pela Confederação, o Comitê entendeu que a disposição legislativa do Catar impede o seu efetivo exercício. Pontuou que apenas os funcionários públicos com cargo de autoridade e trabalhadores de serviços essenciais em sentido estrito, sendo aqueles serviços cuja interrupção ofereça risco à saúde e à segurança dos indivíduos, possuem limitação ao exercício de greve. Aos demais serviços, pode ser exigido o funcionamento mínimo para mitigar os prejuízos à população. Ainda, quanto à limitação da greve a assuntos relacionados ao âmbito industrial, ou do funcionamento da empresa, o Comitê recomendou a alteração legislativa, para ampliar o direito à greve para reivindicação de demandas referentes à matéria econômica e questões sociais que afetem os interesses dos trabalhadores (OIT, 2014).

No que tange o procedimento de arbitragem obrigatória para convocação de greve, o Comitê ressaltou que a adoção compulsória da arbitragem é contrária à liberdade de associação e liberdade sindical. Também sugeriu que o governo altere sua legislação para que a arbitragem obrigatória seja exigida apenas se for por força de vontade de ambas as partes para encerramento da greve, ou nos casos em que os trabalhadores têm o direito restrito, como nas atividades essenciais em sentido estrito já mencionadas. No último caso, o governo deve salvaguardar os interesses dos trabalhadores com benefícios compensatórios equivalentes, além do impedimento do *lockout*.

Em relação à vedação de manifestação política por parte dos sindicatos, o Comitê entendeu que essa disposição é, também, frontalmente contrária aos princípios expressos nas convenções sobre liberdade de associação, além de afetar o direito à liberdade de expressão. O comitê advertiu que os sindicatos podem receber doações e incentivos financeiros internacionais, sem necessária autorização prévia. No tocante à possibilidade de dissolução de entidades sindicais, suspensão ou anulação de registro por parte dos Ministros de Estado, essa prática constitui infração grave, somente sendo possível efetuar tais ações mediante litígio judicial.

O Comitê concluiu e solicitou ao governo do Catar que operasse reformas legislativas indicadas referentes à liberdade sindical e negociação coletiva. O Comitê requereu ainda que o governo encaminhe a cópia dos procedimentos adotados para constituição de organizações.

Em conclusão, a legislação trabalhista do Catar apresenta diversos dispositivos contrários ou absolutamente limitantes aos princípios de proteção à liberdade sindical e de negociação coletiva, presentes nas convenções da OIT.

A violação mais grave é aquela na qual há expressa vedação aos trabalhadores imigrantes de se associarem. A Declaração sobre os Princípios Fundamentais no Trabalho de 1988 da OIT assegura o direito dos trabalhadores, sem discriminações de qualquer natureza ou nacionalidade, a livre associação e a negociação coletiva.

Sendo assim, como membro da OIT, o Catar, embora com muita resistência, teve de adequar sua legislação trabalhista, mas ainda não houve garantia total e plena do direito de greve, negociação coletiva e associação sindical aos trabalhadores imigrantes, os quais representam mais de 90% da população economicamente ativa do país.

3. RELATÓRIO DE INSPEÇÃO PRODUZIDO PELA PARCERIA ENTRE A ICM, FIFA E O COMITÊ SUPREMO DO CATAR (2019).

Diante das repercussões negativas decorrente das denúncias formuladas pelo movimento sindical internacional, a ICM demandou iniciativas de cooperação com a FIFA, para discussão dos temas relativos à saúde e condições de trabalho decentes, incluindo inspeções conjuntas e outros mecanismos de atuação.

Desse modo, em novembro de 2016, o organismo de gestão do evento da FIFA - Comitê Supremo - firmou um Acordo de Cooperação com a ICM para a realização de inspeções conjuntas de saúde e segurança, além de promover treinamento aos representantes dos trabalhadores. A elaboração do relatório dessas ações é uma das obrigações do acordo pactuado. O *Joint Working Group (JCW)*²⁵, fruto dessa parceria, elaborou um relatório em 2019, resultado das inspeções em sete locais de construção de estádios e outras acomodações (BWI-SC JWG. 2019)²⁶.

Além das inspeções, o JCW também entrevistou trabalhadores para verificar a funcionalidade dos sistemas de garantia de bem-estar e governança laboral. A adoção de parâmetros de bem-estar dos trabalhadores (*Worker's Welfare Standards – WW Standards*)²⁷ foi uma das preocupações do JCW, identificando, ao longo das inspeções, que os maiores desafios enfrentados são relativos à saúde e à segurança dos trabalhadores.

²⁵ Tradução livre: Grupo de Trabalho Conjunto.

²⁶ BWI-SC JWG. **Report on Joint Inspections in Qatar Released.** 2019. Disponível em: https://www.bwint.org/es_ES/cms/priorities-10/rights-34/youth-41/news-42/2019-bwi-sc-jwg-report-on-joint-inspections-in-qatar-released-1641.

²⁷ Tradução livre: Normas de Bem-Estar do Trabalhador.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Nos locais de construção, foram identificados os seguintes problemas: i) necessidade de aprimoramento do trabalho das clínicas médicas e treinamento dos representantes dos trabalhadores em relação aos temas de saúde ocupacional; ii) avisos de segurança e saúde instalados pelos empreiteiros geralmente elaborados em inglês, sendo necessária a adaptação em diversos idiomas para garantir a compreensão da sinalização; iii) necessidade de maior envolvimento das gerências dos locais de construção nas inspeções, ainda que notada a melhora neste aspecto nas inspeções finais realizadas em 2019.

Já nas acomodações, os problemas identificados estavam relacionados ao ambiente de descanso dos trabalhadores, indicando a necessidade de melhoria e ampliação dos espaços como refeitórios, sanitários e dormitórios, o que demandaria instalações adequadas e em boas condições. Vale anotar que o Comitê Supremo da FIFA tem a incumbência de exigir do país-sede e das empreiteiras contratadas a adequada e regular infraestrutura para os seus contratados, desde o *design* dos estádios à garantia de condições de saúde e segurança aos trabalhadores.

Assim, organizou-se diretivas no sentido de se adotar inspeções regulares de saúde ocupacional e segurança, treinar os representantes dos trabalhadores, analisar os treinamentos fornecidos e pontuar melhorias, além de avaliar a aplicação dos *Worker's Welfare Forums* (WWF),²⁸ reiterando, portanto, que os referidos problemas decorrem, em grande medida, da não adesão do Catar à Convenção 155 da OIT cujo conteúdo é exatamente normas e medidas aplicáveis em matéria de medicina e segurança no trabalho.

As inspeções realizadas durante 2019 resultaram na identificação de situações de inconformidade aos parâmetros de bem-estar, resultando, em grande parte, na elaboração de observações contidas no relatório. Foram registradas na inspeção variadas situações irregulares identificadas no canteiro de obras da construção dos estádios *Cidade da Educação*, *Al Janoub*, *Ras Abu Aboud*, *Al Thumana*, *Lusail* e *Al Bayt*.

Quanto à procedência dos operários, verificou-se um maciço fluxo migratório de trabalhadores oriundos da Índia, Bangladesh e Nepal. Do ponto de vista das violações, as inspeções identificaram as seguintes desconformidades mais frequentes: a) remuneração abaixo do salário-mínimo; b) não fornecimento ou uso inadequado dos equipamentos de proteção individual (EPI); c) locais de trabalho com grande número de trabalhadores sem centro médico disponível nos dormitórios; d) desconforto térmico nos dormitórios; e) banheiros em péssimo estado de conservação; f) placas de sinalização em desacordo com a

²⁸ Tradução livre: Fóruns de Bem-Estar do Trabalhador.

língua nativa dos operários; g) falta de treinamento dos médicos em saúde ocupacional; h) ausência de fornecimento de água potável.

Quanto à saúde ocupacional e segurança, o relatório concluiu que os serviços médicos em todos os estádios inspecionados estavam adequados e disponíveis gratuitamente aos trabalhadores. O organismo interno de controle (JGW) recomendou aos profissionais de saúde que reforçassem os treinamentos sobre lesões ocupacionais, diagnósticos e tratamentos, assim como a implementação de uma plataforma para facilitar a comunicação da equipe de saúde para discutir casos de acidente de trabalho. Para as empreiteiras, o JGW recomendou o registro dos casos de acidente de trabalho no sistema próprio e a instauração de um programa para tratamento dos trabalhadores afetados.

No que toca aos avanços alcançados somente 2019, é possível identificar o treinamento das equipes médicas para reconhecimento dos riscos à saúde e segurança dos trabalhadores, adoção de protocolos de registro de ocorrências e encaminhamento às gerências dos locais de construção.

De forma geral, o relatório reflete a parceria tardia, porém necessária, entre o Comitê Supremo e a ICM, visando estabelecer parâmetros de *compliance* e governança para garantia do bem-estar dos trabalhadores, antes e depois das inspeções, no que tange aos aspectos de saúde e segurança no trabalho. Os problemas identificados nos canteiros de obras e locais de construção dos sete estádios inspecionados estão relacionados, em síntese, principalmente à estrutura do ambiente de trabalho e adequação das instalações, muito embora apresentem tímidos avanços diante do tempo transcorrido e o número avassalador de 6.500 mortes segundo estimativas do jornal britânico *The Guardian* (*The Guardian*, 2021), além dos incontáveis acidentes de trabalho não registrados e mutilações porque o estado catari não dispunha de uma política pública com dados estatísticos confiáveis, e nem tampouco iniciativa consistente por parte da FIFA em exigir correções de rota desde o período inicial de execução das obras.

4. RELATÓRIO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO SOBRE LESÕES OCUPACIONAIS NAS OBRAS DA COPA DO CATAR (2020)

No sentido de direcionar para responsabilidades institucionais mais consistentes, a Organização Internacional do Trabalho produziu o relatório *One is too many: The collection*

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

*and analysis of data on occupational injuries in Qatar*²⁹(OIT, 2021)., apresentando o resultado dos trabalhos de investigação realizados naquele país. Novamente, identificaram-se as repetidas e numerosas dificuldades na coleta de dados acerca das mortes e lesões sofridas em razão das atividades laborais. O relatório aponta que, no ano de 2020, cerca de 50 trabalhadores morreram e outros 500 ficaram gravemente feridos durante o trabalho, além dos 37.600 acometidos por ferimentos leves ou moderados. Como já identificado nos tópicos anteriores, o relatório ratifica os mesmos países de origem dos trabalhadores, ou seja, migrantes oriundos de Bangladesh, Índia e Nepal, atuando principalmente no setor da construção.

Considerando os frequentes pedidos de transparência e responsabilização do Catar pelas mortes relacionadas às atividades laborais, foi divulgado o relatório da OIT no qual se demonstra de maneira mais completa e precisa as situações de mortes e lesões ocasionadas em meio as atividades de construção civil e pesada em andamento no país, com base em informações coletadas em instituições médicas de atendimento dos acidentados. A partir dos dados levantados, foi possível apresentar um conjunto de recomendações concretas, aplicáveis em campanhas de conscientização de trabalhadores e empregadores. As conclusões apresentadas no relatório apontaram, também, para uma incontornável lacuna na coleta de dados, bem como divergências na maneira como diferentes instituições conceituam as lesões e mortes relacionadas ao trabalho.

Portanto, ainda não foi possível apresentar números delimitados e objetivos quanto a ocorrência de acidentes fatais. O relatório problematizou os dados coletados tendo por premissa os “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável” (ODS) e dos instrumentos internacionais vinculados ao tema – Convenções 97 e 143. O ponto fulcral do relatório assenta-se na questão do grau de vulnerabilidade dos migrantes, quadro que pode aumentar por conta de diversos fatores (idioma, diferença cultural, treinamento inadequado, falta de conhecimento quanto a direitos etc.), expondo-os a maiores riscos, principalmente na atividade laborativa.

Ao levar em conta o processo de consulta realizado às partes interessadas, tanto nacionais quanto internacionais, foi adotada, embora tardia e incipiente, proposta de Política Nacional de Segurança de Saúde Ocupacional (SST) no Catar, tendo como principais elementos os mecanismos de coordenação, cooperação e consulta; coleta e análise de dados; harmonização, atualização frequente e comunicação da legislação referente à SST; prestação

²⁹ Tradução livre: “Um já é demais: a coleta e análise de dados sobre acidentes de trabalho no Catar”.

de serviços de saúde; e acesso à educação e formação em SST, em âmbito nacional e nos locais de trabalho.

Como informado, o relatório identificou um nível colossal quanto ao déficit informacional nas políticas de SST, ou seja, inexistente um sistema de identificação, registro, notificação, compilação e análise anual das estatísticas sobre acidentes de trabalho e doenças. Estas informações são fundamentais e objetivariam assentar as políticas e programas que visam à transparência e ao intercâmbio de dados entre autoridades, calculando o progresso e eficácia dessa política.

Dessa forma, o estudo conclui pela necessidade de atualização da listagem de doenças ocupacionais, bem como de treinamento dos profissionais da saúde que lidam com tais situações, apesar da dificuldade em vista do pequeno número de médicos do trabalho e curto período de permanência dos migrantes no país.

A melhoria da qualidade das informações dos atestados de óbito emitidos pelos países de destino, principalmente dos trabalhadores migrantes, também é uma questão relevante para que se investigue e possibilite o reconhecimento da ligação dessas fatalidades com o trabalho desenvolvido, possibilitando a cobrança da devida indenização pelos familiares do trabalhador vitimado.

Conforme relatório elaborado anteriormente pela OIT, constatou-se uma alta proporção de certidões de óbito, indicando como causa da morte parada cardíaca ou causas naturais, o que não seria plausível em todos os casos, considerando a baixa faixa etária da maioria dos trabalhadores migrantes.

Os dados sobre acidentes de trabalhos fatais são coletados em diversas fontes, como na polícia, no registro nacional de trauma, seção de nascimentos e óbitos e sistema de notificação das instituições locais. Pela diversidade de fontes, identificou-se um movimento para centralização dessas informações, o que facilitaria a análise de dados em tempo real e não apenas no passado, podendo ser apurados números absolutos dos casos. A construção de formas de cooperação foi estruturante e fundamental para conferir confiabilidade ao sistema de dados. O episódio acidentário exige participação de todos os envolvidos, desde o empregador, trabalhador vitimado e sua família, inclusive a necessária notificação sobre o caso, até os hospitais que atendem as ocorrências.

O governo do Catar vem elaborando um Relatório Nacional Voluntário quanto à implementação dos ODS, no qual foram publicadas ocorrências de acidente ocupacional. A título de exemplo, no ano de 2017, houve 117 lesões ocupacionais fatais e 494 graves; no ano de 2018, ocorreram 123 fatais e 446 graves. Em 2020, também foram coletados dados quanto

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

aos acidentes de trabalho, resultando num apontamento de 50 acidentes fatais, 506 lesões graves e 37.601 lesões médias a moderadas. Todavia, observou-se uma grande diferença de números entre as instituições que realizaram a pesquisa, o que destacou a dificuldade no registro e categorização de acidentes de trabalho por diferentes locais.

A análise desses dados se torna um desafio, considerando a ausência de detalhes relevantes na descrição dos casos registrados no atendimento médico, ou seja, há dificuldade para definir se foram ou não lesões ocupacionais. Tal dificuldade pode se dar também pela possibilidade de erros de classificação, seja por falta de treinamento adequado aos indivíduos que lidam com os sistemas de registro, seja pela consideração errônea quando o fato se dá no ambiente de trabalho, mas não relacionado diretamente à atividade. Além disso, a pandemia de COVID-19 agravou os problemas já existentes. A coleta e a análise de dados não puderam ser realizadas de forma contemporânea aos fatos, uma vez que o governo detinha outras prioridades relativas à emergência da pandemia.

As lesões ocupacionais graves tiveram uma média de ocorrência de 42,2 por mês. Como causa mais comum, foram apontadas as quedas, seguidas de acidentes de trânsito e queda de objetos e máquinas, o que é um reflexo do crescente setor de construção no país. Quanto aos acidentes de trânsito, contabilizaram-se acidentes sofridos no percurso para o trabalho, assim como aqueles que ocorrem no próprio local de trabalho (incluindo situações que envolvem veículos pesados de construção). A partir disso, foi possível notar a falta de maior detalhamento sobre as lesões no trajeto e as que ocorreram pelo desvio do trajeto em algum ponto, relevante para a devida identificação dos acidentes de trabalho.

No que se refere às lesões leves a moderadas ocorridas ao longo do ano de 2020, foram apuradas 37.601 lesões, uma média de 3.133 casos por mês, tendo como principais causas quedas, queda de objetos e máquinas, batidas ou cortes por objetos do local de trabalho etc. A pandemia de COVID-19 trouxe uma redução no número de acidentes de trabalho, mas o número voltou a aumentar no mês de junho de 2020, após o retorno gradual e levantamento das restrições relacionadas à doença.

Além dos acidentes já citados, também há grande preocupação com os casos de mortes de trabalhadores causadas por estresse térmico e a devida identificação da relação com o trabalho ou não. Em análise das estatísticas dos anos de 2016, 2017 e 2018, identificaram-se picos de mortes de homens migrantes nos meses (maio, junho, julho) com maior temperatura (verão). Apesar do levantamento desses dados, não se pôde concluir com precisão sobre os casos atrelados a atividades de trabalho, pois as estatísticas se referem a todas as mortes ocorridas no país, sem diferenciação.

Somente no ano de 2021, entrou em vigor legislação avaliativa quanto à exposição dos operários ao calor nos locais de trabalho a céu aberto, com o objetivo de combater o “estresse térmico” (OIT, 2022). Com isso, pode-se extrair a necessidade de realização de exames médicos periódicos para identificar trabalhadores com condições que possam torná-los mais suscetíveis a distúrbios relacionados ao calor.

Assim, diante das informações coletadas pelo relatório, bem como conforme declarado na Política Nacional SST, a Organização Internacional do Trabalho indicou que o aprimoramento da coleta e tratamento dos dados sobre acidentes de trabalho deveria ser uma prioridade no Catar. Isso porque se trata de elemento essencial para elaborar estratégias para proteção e promoção do bem-estar dos trabalhadores, objetivando evitar acidentes e doenças decorrentes do trabalho, como também garantir o adequado atendimento aos indivíduos atingidos.

Em síntese, mesmo após 10 anos do anúncio do país sede da Copa do Mundo, o segundo relatório da OIT aponta para um continuado déficit na estruturação de uma governança laboral operativa e eficiente. Pode-se afirmar que o país abrigou um mega evento, sem, obviamente, estruturar e planejar previamente sua governança laboral em matéria de emprego e de saúde ocupacional. Essa incontestável incompetência administrativa e até insuficiência de esforços genuínos na montagem e execução de políticas públicas, talvez por força de absoluta ausência de alguma densidade democrática, associa-se, por óbvio, ao descaso longínquo e o pouco esforço da entidade promotora, portanto, muito distante do propalado “padrão FIFA” sobretudo na preparação dos eventos desportivos.

5. RELATÓRIO DA ICM: *DRIBBLE OR GOAL?* (2021)

Por fim, no somatório de esforços no sentido de pressionar o país-sede a adotar políticas cada vez mais eficazes, com essa finalidade, produziu-se relatório específico (BWI, 2021)³⁰. sob responsabilidade da Federação Sindical Internacional da Construção e da Madeira (ICM) para a concepção do legado do trabalho decente decorrente da Copa do Catar. Foram analisadas, mais uma vez, as condições de trabalho. Vale destacar que, desde o momento no qual a FIFA anunciou o Catar como sede do evento esportivo, a ICM, em todo o tempo, teve uma postura crítica à escolha do país-sede, vide denúncia formulada em 2012 ao Comitê de Liberdade Sindical, e também em razão de preocupações acerca do histórico de

³⁰ Todos os dados e informações dessa seção foram retirados do relatório *Dribble or Goal*.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

tratamento de trabalhadores migrantes no Catar, bem como pelas condições de trabalho perigosas e insalubres, sobretudo na área da construção civil.

Com efeito, o relatório sinaliza para recomendações ainda mais explícitas no sentido da incessante, efetiva e progressiva implementação de políticas empresariais (FIFA e construtoras) e governamentais (governo do Catar), na promoção dos direitos humanos e trabalhistas, particularmente nas obras nos canteiros e de construção dos estádios.

O relatório reitera o histórico da prática nefasta verificada no sistema trabalhista do Catar, singularizada pelo sistema *kafala*, no qual diferencia-se o trabalhador nacional do trabalhador migrante (detalhe: 99% dos trabalhadores braçais da construção civil no Catar são migrantes).

Nesse sistema, os empregadores possuíam autorização governamental para recolherem a documentação de seus trabalhadores de modo a convertê-los em reféns de seus empregadores. A exploração do trabalhador migrante começava antes mesmo de ele ingressar em território do Catar. O sistema de recrutamento recorria a agências, as quais cobravam taxas exorbitantes pelo serviço oferecido, o que, por conseguinte, obrigava os trabalhadores a realizarem empréstimos. O trabalhador adentrava no Catar com uma dívida impagável, o que, em termos, poderia ser classificado como potencial servidão por dívida.

O processo de investigação da ICM identificou situações frequentes de inadimplemento contratual (salários e algumas taxas a que os trabalhadores tinham direito), inclusive estipulados em contrato, os quais não eram cumpridos regularmente. Nessas situações, os empregados, ao apresentarem uma reclamação formal ou queixa, eram solenemente presos ou detidos, ficando, inclusive, com o seu direito de retorno ao país de origem obstado, em razão de que o seu passaporte era retido pelo empregador (sistema *kafala*).

Ademais, a ICM constatou as condições de trabalho de péssima qualidade, tais como as longas horas de trabalho em temperaturas altíssimas, muitas vezes fatais, acomodações apertadas e sujas, e atraso no pagamento de salários. Após muitas denúncias perante a OIT e debates governamentais, finalmente, a ICM conseguiu reverter parte dessa situação por meio da abolição do sistema *kafala*. Em agosto de 2020, o *No-Objection Certificate* (NOC), por meio do qual o empregado era obrigado a continuar na mesma empresa (um dos pilares do sistema *kafala*), foi abolido, permitindo que os empregados trocassem de empregador sem sua autorização prévia.

Diante das reclamações da ICM e da OIT, a FIFA, depois de pressionada pelas organizações sindicais - e somente neste momento -, aceitou utilizar sua influência em prol

das demandas dos trabalhadores no país. O Catar respondeu protocolarmente alegando que estava tomando medidas mais emergenciais, tais como proteger o trabalhador migrante no processo de recrutamento; monitorar os salários; promover acomodações adequadas e assistência médica; criar um ambiente de trabalho adequado à segurança dos trabalhadores; e prover suporte contínuo aos trabalhadores enquanto estivessem no país, fornecendo informações e orientações. Como consequência, a OIT abriu um escritório de cooperação técnica no Catar (OIT, 2021,a) para oferecer suporte ao governo catariano, no estabelecimento de reformas trabalhistas para melhorar a situação dos operários migrantes.

Segundo o relatório de inspeção da ICM, várias melhorias foram implementadas, como a questão da segurança no trabalho em altura, gestão de andaimes e times de segurança. A questão da exposição dos trabalhadores a altas temperaturas atmosféricas passou a ser monitorada constantemente, foram construídas instalações de saúde, acesso à água e comida, e, por fim, as acomodações foram reorganizadas seguindo padrões mínimos da qualidade de moradia.

O *Supreme Committee for Delivery and Legacy* (SC)³¹ é a autoridade constituída e responsável pela entrega da infraestrutura, pelo planejamento e pelas operações referentes à Copa do Mundo no Catar. O SC, diante das demandas de sindicatos e organizações internacionais, comprometeu-se com uma política de tolerância zero com contratantes e subcontratantes, inclusive pela exclusão de futuros projetos para aquelas empresas que violassem as normas. Os compromissos fixados estavam centrados no dever de pagar remuneração correta e previamente acordada com o empregado, isto é, respeitando o salário-mínimo nacional e os demais compromissos financeiros para com os empregados.

Em relação ao processo de recrutamento justo, ainda subsistem práticas em desconformidade com padrões normativos mínimos. Para enfrentar esse problema, a ICM assinou um acordo com empresa de consultoria (VINCI Construction Grands Projets) e a sua parceira (Qatari Diar Real Estate Investments Company - QDVC). Esse acordo buscou implementar medidas para atender os padrões de bem-estar dos trabalhadores, bem como de responsabilidade no recrutamento. Além disso, a QDVC/VINCI passou a arcar com todos os custos do recrutamento.

A entidade delegada para organização das obras e atividade (SC) identificou, ainda, um descompasso entre a legislação e a prática cotidiana do mercado de trabalho. Embora as iniciativas de regulamentação avançassem, por outro lado, a informalidade e desrespeito aos

³¹ Tradução livre: Comitê Supremo para a Entrega e Legado.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

direitos mínimos básicos ainda solapavam a vida dos trabalhadores, remanescendo, portanto, um problema imanente ao processo estruturante daquele evento. Logo, o “padrão FIFA” seguia em xeque.

Muito embora inexista um regime democrático no Catar, em verdade, uma monarquia autocrática, por óbvio, há uma barreira explícita para a constituição de associações coletivas que vocalizem os interesses do operariado local. O Catar tem sérios problemas com o respeito às diretrizes de direitos humanos, logo, a limitação das liberdades civis fundamentais impacta na expressa proibição de organização sindical particularmente para migrantes. Ainda assim, os sensíveis progressos conquistados, resultado da ação integrada de diversas organizações da sociedade civil e direitos humanos, com tardia adesão da FIFA, revelam-se consideravelmente significativos e formam a base para uma pretensa e duradora evolução dos direitos humanos sociais e trabalhistas naquele país. Do ponto de vista sindical, a vitória mais relevante foi, indiscutivelmente, a superação dos problemas no sistema de contratação do operariado sob o regime *kafala*. A construção do trabalho digno nos grandes eventos desportivos mundiais situa-se no centro das atenções da comunidade internacional, particularmente ao indissociável objetivo do sindicalismo internacional e das organizações de direitos humanos, portanto, exigir de todos os mandantes do evento - FIFA, patrocinadores e país-sede - compromissos inalienáveis com os direitos humanos e o trabalho decente.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do Catar como país sede da Copa da FIFA foi duramente contestada pelo movimento sindical internacional, desde a denúncia patrocinada pela ICM contra o Catar perante o Comitê de Liberdade Sindical da OIT (2012), posteriormente agregada pelo relatório de inspeção produzido pela parceria entre a ICM, FIFA e o COMITÊ SUPREMO DO CATAR (2019). Ainda nesse cenário, destaca-se o relatório da Organização Internacional do Trabalho sobre lesões ocupacionais nas obras da Copa do Catar (2020) e, por fim, o relatório *Dribble or Goal?* produzido pela ICM (2021).

Todas essas iniciativas desvelaram as mazelas e nos colocam no rumo da incontornável conclusão de que houve ausência de prévio compromisso efetivo da FIFA no processo de escolha do local para a Copa do Mundo de futebol. Optou-se por um país sem instituições de governança laboral, sem democracia, sem sindicatos e totalmente descompromissado com a promoção e defesa dos valores dos direitos humanos e do trabalho decente.

Tanto é verdade que recentemente diversas organizações internacionais de direitos humanos, sindicato internacional e associação de torcedores³² reiteraram todo os problemas identificados nos sucessivos relatórios de inspeção produzidos ao longo da última década. As instituições sintetizam os impactos desastrosos da gestão da FIFA quanto às inúmeras problemáticas ocorridas nas obras da Copa do Catar, as quais eram previsíveis com a adoção de políticas protetivas em matéria de regulação laboral e práticas prevencionistas no tocante a medidas de segurança ocupacional.

Na carta assinada pelas organizações internacionais, endereçada a Gianni Infantino, presidente da FIFA, evidencia-se o fato de que os trabalhadores foram submetidos a incontáveis violações de direitos ao longo dos últimos 12 anos e não receberam as respectivas reparações compensatórias.

Muito embora tenha havido inúmeras iniciativas de cooperação conduzidas pela OIT e demais organizações internacionais, ainda assim, o saldo que fica é de alta ineficácia na implementação da nova legislação trabalhista catari, que, mesmo em vigência, não alcança e nem alcançou grande parte desses trabalhadores majoritariamente migrantes.

Os previsíveis abusos trabalhistas e violações de direitos humanos poderiam ter sido evitados com a imposição, pela FIFA, de exigência de uma revisão do sistema *kafala* antes do estabelecimento definitivo do Catar enquanto sede do evento. Isso demonstra, em verdade, a ausência de compromisso e preocupação da FIFA para com esses trabalhadores e suas próprias políticas de direitos humanos (FIFA, 2017) e de promoção do trabalho decente compromissadas perante a OIT.

Atualmente, resta somente a reponsabilidade do organizador, perante os trabalhadores e a comunidade internacional, com a reparação dos danos causados – até mesmo contra aqueles que já não estão no Catar – e garantia de medidas de prevenção contra essas condições no país a partir de agora.

Assim, é essencial que a FIFA, o governo do Catar e a OIT se articulem para implementar um programa de compensação que alcance com eficácia a todos e todas. Afinal, é fundamental que essa compensação se apresente, também, por meio de recursos financeiros. Por isso, recentemente, algumas instituições formularam pedido a FIFA para que reserve pelo menos a quantia de US\$440.000.000 (quatrocentos e quarenta milhões de dólares),

³² Assinam a carta: Amnesty International; Human Rights Watch; FairSquare; The Army of Survivors; Building and Wood Workers' International (BWI); Business & Human Rights Resource Centre (BHRR); Equidem; Football Supporters Europe (FSE); Independent Supporters Council | North America (ISC); Migrant-Rights.org.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

correspondente ao prêmio do vencedor do campeonato, como forma de investimento nesse programa de compensação para os trabalhadores (Amnistía Internacional, 2022).

Por fim, deve-se demandar da FIFA e do Catar que quaisquer futuros eventos estejam alicerçados na consolidação e respeito aos direitos humanos e às normas internacionais do trabalho, ou seja, garantindo-se previamente sua defesa e prevenindo as potenciais violações.

A Copa do Mundo do Catar 2022 deve acontecer a partir de novembro/22, construída graças à vida, ao suor e ao sangue de trabalhadores imigrantes, até o momento, embora alguns avanços tenham sido alcançados, as condições a que essas pessoas foram e estão submetidas, em grande parte, revelam-se ainda precárias e desumanas.

A FIFA e o governo do Catar (FIFA, 2022), embora publicamente tenham negado as denúncias e sempre se esquivado de assumir suas efetivas responsabilidades no cumprimento das orientações e respeito aos déficits apontados nos relatórios (MARCA, 2022), demonstraram, timidamente, interesse em propor mudanças estruturais e compromissos, ainda que tardiamente, com o trabalho decente para os milhares de migrantes que aportaram no país.

Os compromissos deveriam materializar-se, reitere-se, de modo prévio ao evento desportivo, seja nas medidas preparatórias de governança laboral no Catar, seja no *compliance* laboral das empresas e construtoras responsáveis pela execução da obra.

Não é possível celebrar a integração desportiva a qual comporta a construção de sete novos estádios, aeroporto, estradas, sistemas de transporte público, hotéis e uma nova cidade, que sediará a final da Copa do Mundo, tudo isso sob um recorde de acidentes fatais com morte de **6.500** operários ocorridas na última década de obras (The Guardian, 2021). Infelizmente assistiremos a um evento mundialmente famoso que mobiliza países, torcidas, enfim, corações e mentes, porém sem perder de vista as vidas perdidas e os constantes dribles nos direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ADHRB. La Copa del mundo de 2022 en Qatar: violaciones de los derechos humanos, explotación de los trabajadores y corrupción. American for Democracy & Human Rights in Babrain. 2019. Disponível em: <https://www.adhrb.org/es/2019/04/la-copa-del-mundo-de-2022-en-qatar-violaciones-de-los-derechos-humanos-explotacion-de-los-trabajadores-y-corrupcion>. Acesso em: 23 abr 2022.

AMNESTY et. al. Remedy for abuse of migrant workers' rights in Qatar. Carta enviada ao Pres.da FIFA Gianni Infantino em 17 de maio de 2022. 2022. Disponível em: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2022/05/qatar-joint-letter-to-gianni-infantino-regarding-remedy-for-labour-abuses/>. Acesso em: 20 mai 2022.

AMNISTÍA INTERNACIONAL. Qatar: La FIFA debería igualar los 440 millones de dólares de la dotación en premios de la Copa Mundial para financiar un gran programa de indemnización para la población trabajadora migrante objeto de abusos. Disponible em: <<https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/05/qatar-fifa-should-match-440m-world-cup-prize-money-to-fund-compensation-programme-for-migrant-workers/>>. Acesso em: 04 mai. 2022.

BALLERINI, Frantjesco. Poder Suave (Soft Power): arte africana, arte milenar chinesa; arte renascentista; balé russo, Bollywood; Bossa-Nova; British invasion; carnaval; cultura ma japonesa; Hollywood; moda francesa; tango; telenovelas. São Paulo: Summus, 2017. p. 15-25.

BBC. Copa do Mundo 2022: como o Catar tratou os trabalhadores que construíram os estádios? 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-60950389>. Acesso em: 17 abr 2022.

BWI - Building and Wood Workers' International. Dribble or Goal? Tracking the Score for Decent Work Legacy in Qatar. 2021. Disponível em: <https://www.bwint.org/cms/dribble-or-goal-bwi-pushes-for-proposals-to-complete-labour-reforms-in-qatar-2379>. Acesso em: 07 mai 2022.

BWI-SC JWG. Report on Joint Inspections in Qatar Released. 2019. Disponível em: https://www.bwint.org/es_ES/cms/priorities-10/rights-34/youth-41/news-42/2019-bwi-sc-jwg-report-on-joint-inspections-in-qatar-released-1641. Acesso em: 25 abr 2022.

FIFA. El Presidente de la FIFA y el Ministro de Trabajo de Catar se reúnen para hablar de los avances en derechos laborales. Disponível em: <<https://www.fifa.com/es/about-fifa/president/media-releases/el-presidente-de-la-fifa-y-el-ministro-de-trabajo-de-catar-se-hablan-de-avances-en-derechos-laborales>>. Acesso em: 25 abr 2022.

FIFA. La FIFA publica una histórica Política de Derechos Humanos. disponível em: <https://www.fifa.com/es/about-fifa/organisation/news/la-fifa-publica-una-historica-politica-de-derechos-humanos-2893541>. Acesso em: 25 mai 2022.

IMF - International Monetary Fund. Qatar. [2022] Disponível em: <https://www.imf.org/en/Countries/QAT>. Acesso em: 03 mai 2022.

ITUC - International Trade Union Confederation. Qatar dismantles the kafala system of modern slavery. 2019. Disponível em: <https://www.ituc-csi.org/qatar-desmantela-el-sistema-kafala?lang=en>. Acesso em: 23 abr 2022.

ITUC - International Trade Union Confederation. Una nueva etapa para los trabajadores migrantes en Qatar. 2020. Disponível em: <https://www.ituc-csi.org/una-nueva-etapa-para-los?lang=en>. Acesso em: 23 abr 2022.

MARCA. Infantino, sobre las condiciones de los trabajadores del Mundial: "Les damos dignidad y orgullo". <https://www.marca.com/futbol/mundial/2022/05/03/6270e7a1ca474130158b461b.html>. Acesso em: 23 abr 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Informe en el que el Comité pide que se le mantenga informado de la evolución de la situación - Informe núm. 371. 2014. Disponível em:

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:50002:0::NO::P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:3171962. Acesso em: 17 mai 2022.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. The collection and analysis of data on occupational injuries in Qatar. 2021. Disponível em:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---arabstates/---ro-beirut/---ilo-qatar/documents/publication/wcms_828395.pdf. Acesso em: 13 abr 2022.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. The ILO in Qatar. 2021a. Disponível em:

<https://www.ilo.org/beirut/countries/qatar/lang--en/index.htm>. Acesso em: 13 mai 2022.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. Reformas laborales determinantes marcan el fin del sistema kafala en Qatar. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_724347/lang--es/index.htm. Acesso em: 17 mai 2022.

OIT - Organização Internacional do Trabalho. Working in Qatar: Let's beat heat stress together!. 2022. Disponível em:

https://www.ilo.org/beirut/countries/qatar/WCMS_794521/lang--en/index.htm. Acesso em: 2 jun 2022.

SINNOTT, John. Qatari takeover heralds new dawn for Paris Saint-Germain. BBC Sport. 2011. Disponível em: <https://www.bbc.com/sport/football/14393012>. Acesso em: 23 abr 2022.

QATAR. Government Communications Office. [2022] Disponível em:

<https://www.gco.gov.qa/en/>. Acesso em: 03 mai 2022.

QATAR AIRWAYS. Qatar Airways é a Companhia Aérea Oficial Global das competições da CONMEBOL. [2022] Disponível em: <https://www.qatarairways.com/pt-br/offers/sponsorship-libertadores.html>. Acesso em: 26 mai 2022.

THE GUARDIAN. Revealed: 6,500 migrant workers have died in Qatar since World Cup awarded. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/global-development/2021/feb/23/revealed-migrant-worker-deaths-qatar-fifa-world-cup-2022>>. Acesso em: 04 mai. 2022.

WINTOUR, Patrick. Qatar World Cup chief insists progress being made on migrant rights. The Guardian. 2019. Disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2019/dec/17/qatar-says-world-cup-labour-reforms-will-ripple-across-region>. Acesso em: 23 abr 2022.

OS PERIGOS DA PANCONSTITUCIONALIZAÇÃO.

Thaiz Singer Correia da Silva Kühn³³
Carla Fruet Ribeiro³⁴

1. INTRODUÇÃO

São inegáveis os benefícios trazidos pela Constitucionalização do direito. Pela primeira vez em toda sua História, o Brasil adotou na Carta de 1988 uma carta política e jurídica com forte carga axiológica e que traz como fundamento e objetivo maior do Estado brasileiro a garantia e construção da dignidade da pessoa humana. A ideia de um estandarte político e jurídico como esse, formado a partir da democracia, com certeza é uma vitória que merece ser celebrada (SARMENTO, 2007, p. 2).

Mas nem por isso, a constitucionalização traz somente efeitos benéficos. O objetivo deste artigo, sem a menor pretensão de exaurir o tema, é justamente tecer comentários acerca dos prejuízos causados pela constitucionalização. Num primeiro olhar, é preciso enfatizar que a constitucionalização traz consigo uma restrição à democracia, porquanto insere no bojo constitucional matérias e decisões que ordinariamente caberiam ao povo e aos seus representantes, tendo o constituinte delimitado tais decisões *ex ante*. De outro lado, a constitucionalização excessiva, desequilibra a organização dos poderes, pendendo à balança ao Judiciário, o que por si também engendra uma restrição à democracia.

Esses efeitos negativos da constitucionalização, também chamados pela doutrina de panconstitucionalização ou ubiquidade constitucional são o tema do presente artigo.

2. EXCESSO CONSTITUCIONAL?

O Constitucionalismo surgiu como um movimento de limitação ao poder do monarca, como uma forma de reação ao Absolutismo, buscando legitimar o poder através de conceitos empíricos em oposição ao caráter divino do monarca (TAVARES, 2002, p. 13). O constitucionalismo clássico ou liberal tem como marcos a Constituição Norte Americana de 1787 e a Constituição Francesa, de 1791, ambas adotando como principal mote as limitações

³³ Oficial de Registro no Estado de São Paulo. Graduada pela Unicuritiba. Especialista em Direito Público pela Escola da Magistratura do Paraná. Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera. Mestranda da Unicuritiba. <http://lattes.cnpq.br/4827819518852486>, <https://orcid.org/0000-0003-0760-5849>, email thaizsinger@hotmail.com.

³⁴ Graduada pelo Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Pós-graduada em Direito Público pela Escola da Magistratura Federal do Paraná – ESMAFE. Mestranda do Centro Universitário Curitiba – Unicuritiba. Assessora Jurídica no 4º Juizado Especial da Fazenda Pública de Curitiba/PR. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3224-9671>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2675546731882536>. Email: carlafruet@gmail.com.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ao poder do Estado e a instituição de direitos individuais. Neste momento histórico inaugura-se a ideia de supremacia constitucional, que tem como desdobramento a rigidez constitucional.

Além de cartas políticas, as constituições passam a constituir documentos jurídicos, trazendo em seu bojo os elementos fundantes do Estado.

Após a primeira grande guerra, iniciou-se o período denominado constitucionalismo moderno ou social, cujos expoentes são a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919. Tal movimento constitucionalista é marcado pela presença dos direitos sociais ou de segunda geração, e que além dos limites ao poder estatal, previam uma série de obrigações prestacionais do Estado em relação aos indivíduos.

Ainda no esqueque histórico, é importante ressaltar que o modelo constitucional social não surgiu por simples benesse espontânea do Estado, mas como uma forma de compensação ao liberalismo desenfreado. Em menos de cinquenta anos, entre a Revolução Francesa e a primeira guerra mundial, a ideia de liberdade de mercado fez renascer o fantasma do autoritarismo, desta vez não exercido pela nobreza ou pelo clero, mas pelo capital. O capital passou a exercer o poder real sobre a sociedade e as pessoas, e mesmo a concorrência, fator principal da autorregulação do mercado, foi prejudicada pela hegemonia de algumas corporações. (GRAU, 2010, p. 50).

Segundo Franz Neumann (1969), o mercado precisa do direito, assim como o direito precisa do mercado, pois ambos constituem a mais alta manifestação da racionalidade humana, constituindo um horizonte de previsibilidade e calculabilidade.

Como forma de manter o equilíbrio e a pacificação social, surgiram os direitos sociais, garantias mínimas existenciais prestadas pelo Estado aos trabalhadores. O Estado permaneceu intervindo de forma diminuta na esfera empresarial ou econômica, mas passou a prestar diretamente serviços públicos à população, como educação, saúde, moradia e direitos trabalhistas. Segundo Francesco Galgano (1980, p.67), tal fenômeno trata-se do capitalismo assistencial, segundo o qual os custos empresariais de manutenção da classe trabalhadora são transferidos ao Estado, que os assume na forma de prestações positivas à população, os denominados serviços públicos. Nada obstante, esse capitalismo assistencial atua na forma de movimentos pendulares, conforme a saúde fiscal dos Estados, de modo que em tempos de recessão, esses direitos costumam ser abolidos ou diminuídos. (LAZARI, 2010, p.5)

Após a 2ª Guerra Mundial ganhou protagonismo a ideia de neoconstitucionalismo, também denominado constitucionalismo pós-moderno ou pós-positivismo (BARROSO, 2006, p.1). Fala-se em totalitarismo constitucional (BULOS, 2000, p.16) na medida em que o texto

constitucional traz em seu bojo um importante conteúdo axiológico e social, estabelecendo normas programáticas que determinam as metas a serem atingidas pelo Estado. Tavares (2002, p.19) conceitua este fenômeno como dirigismo comunitário, na medida em que a norma legislada não se limita somente a prever o dever e o proibido, a norma positivada é também provida de vetores valorativos ou axiológicos, que determinam os princípios ou valores fundamentais buscados na esfera pública e privada de uma nação. Tais valores ou princípios condicionam todo o ordenamento jurídico.

A neoconstitucionalismo tem por fundamento filosófico o pós-positivismo, ou a superação da escola positivista clássica. Tem por fundamento histórico a 2ª Guerra Mundial e a reaproximação entre o direito e a moral. Nesta toada, a função da lei excede à mera legalidade clássica: não se busca apenas limitar o Poder do Estado, a Constituição busca dirigir a atuação do Estado, sedimentando e ampliando os direitos sociais de cunho prestacionais (concretização do ideal de igualdade, direitos de 2ª geração) e inovando ao prever os direitos coletivos (concretização do ideal de solidariedade, direitos de 3ª geração). E esta mudança de paradigma atingiu também o campo econômico.

Ainda sob o matiz do Estado de bem-estar social, a Constituição Federal Brasileira instituiu uma série de direitos fundamentais sociais, ditos de 2ª Geração, e que buscam garantir a igualdade entre os indivíduos. Mais do que busca pela igualdade, tais direitos sociais buscam conferir o mínimo existencial aos indivíduos, buscando concretizar o dogma da dignidade da pessoa humana, verdadeira mola propulsora de toda a sistemática constitucional.

Sarmiento (2009, p.49) assevera que as principais características do neoconstitucionalismo residem no (a): a) reconhecimento da força normativa da constituição e dos princípios jurídicos; b) adoção de critérios abstratos para se racionalizar o direito, pelo uso de valores abstratos como ponderação, proporcionalidade, e demais, que valorizam a teoria da argumentação; c) constitucionalização de todo o direito, sendo reconhecido o valor constitucional como mote de todo o ordenamento jurídico; d) reaproximação entre direito e moral, ou abertura do direito para outras áreas como filosofia e ciências sociais; e) judicialização da política e do Estado, elevando o Poder Judiciário ao protagonismo dos Poderes.

Depois da Segunda Guerra, na Alemanha e na Itália, e algumas décadas mais tarde, após o fim de ditaduras de direita, na Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa deste quadro. A percepção de que as maiorias políticas podem perpetrar ou acumpliciar-se com a barbárie, como ocorrera no nazismo alemão, levou as novas constituições a criarem ou fortalecerem a jurisdição constitucional, instituindo mecanismos potentes de proteção dos direitos fundamentais mesmo em

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

face do legislador. Sob esta perspectiva, a concepção de Constituição na Europa aproximou-se daquela existente nos Estados Unidos, onde desde os primórdios do constitucionalismo, entende-se que a Constituição é autêntica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação de leis. Só que com uma diferença importante: enquanto a Constituição norte-americana é sintética e se limita a definir os traços básicos de organização do Estado e a prever poucos direitos individuais, as cartas europeias foram, em geral, muito além disso. (SARMENTO, 2009, p. 49)

Os efeitos irradiantes da Constituição, como norte de todo o ordenamento jurídico, ensejam o fenômeno da constitucionalização da ordem jurídica, em regra encetada pelo Poder Judiciário. Assim, é possível visualizar a ampliação da importância política que se conferiu ao Poder Judiciário, que frequentemente determina as ações a serem seguidas pelo Estado ou que efetivamente dá a última palavra quando se veem conflitos entre os Poderes. “A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas”. (SARMENTO, 2009, p. 50).

No lugar de concepções estritamente majoritárias do princípio democrático, são endossadas teorias de democracia mais substantivas, que legitimam amplas restrições aos poderes do legislador em nome dos direitos fundamentais e da proteção das minorias, e possibilitem a sua fiscalização por juízes não eleitos. E ao invés de uma teoria das fontes do Direito focada no código e na lei formal, enfatiza-se a centralidade da Constituição no ordenamento, a ubiquidade de sua influência na ordem jurídica, e o papel criativo da jurisprudência. (SARMENTO, 2009, p. 50).

A lei e o Direito não são mais o que o legislador positiva como tal, mas o que as Cortes Superiores interpretam, em alguns casos até mesmo negando a redação literal da própria Constituição. E neste diapasão, questiona-se se esse excesso de constitucionalização pode configurar um verdadeiro problema à liberdade de mercado e a autonomia privada do indivíduo.

As constituições europeias advindas do pós segunda guerra, e que nortearam o modelo constitucional adotado no Brasil, não se referem ao modelo de carta política constitucional, mas configuram verdadeiro manual de instruções ao legislador, a quem pouca liberdade ficou para preenchimento de lacunas. Embora a Constituição de 1988 tenha nascido sob viés compromissório e eclético, buscando conciliar e permitir o diálogo entre diversas ideologias, formou-se no Brasil uma ideologia constitucional. Esse excesso de constitucionalização, limita também o exercício da democracia, porquanto restringe seu alcance às matérias cujo viés ideológico esteja dentro dos limites estabelecidos pela constituição.

As cartas constitucionais neoconstitucionalistas são dotadas de princípios bastante abstratos, cuja interpretação oficial pertence ao Poder Judiciário. Este fenômeno conferiu ao

direito a adoção da razão prática. De um lado a adoção de conceitos e valores abstratos, aliada à utilização da racionalidade prática, traz oxigenação ao direito, o qual parece estar mais aberto à demais ciências e aos anseios sociais. De outro lado, essa permeabilidade do direito é bastante limitada e limitadora, uma vez que se desenvolve dentro de uma ideologia limitada, a denominada ideologia constitucional.

Em breve síntese, o direito ampliou seus horizontes, ao passo que restringiu a política e por consequência, a democracia.

Outro traço característico do neoconstitucionalismo é o seu foco no Poder Judiciário. O grande protagonista das teorias neoconstitucionalistas é o juiz. O Direito é analisado sobretudo a partir de uma perspectiva interna, daquele que participa dos processos que envolvem em sua interpretação e aplicação, relegando-se a um segundo plano a perspectiva externa, do observador. Esta obsessão pelo Poder Judiciário leva a uma certa desconsideração do papel desempenhado por outras instituições, como o Poder Legislativo na interpretação constitucional. O juiz é concebido como o guardião das promessas civilizatórias dos textos constitucionais, o que expõe o neoconstitucionalismo a várias críticas, como de que seria elitista e refratário ao autogoverno popular. (SARMENTO, 2009, p. 51).

O Poder Judiciário, através da razão prática, diz o direito e a constituição no caso concreto. A soma dessas decisões individuais constrói o novo direito em abstrato. Todavia este pensamento deixa de considerar o valor espiritual que constitui o todo, negando a complexidade que engendra a formação do todo, limitando-se a afirmar que é exclusivamente a soma dos indivíduos que constitui a sociedade.

As teorias sobre a formação do Estado indicam um raciocínio complexo, que consegue compreender a diferença substancial entre o individual e o coletivo e que compreende o coletivo não como a reunião de todos os indivíduos, mas como um ente espiritual abstrato e diverso, daí justificada a ideia de Estado como ente soberano. (BOBBIO, 2017, p.13)

Portanto, *a priori*, a formação da Direito abstratamente considerado, vai além da reunião de decisões em casos concretos e singulares, mas deve compreender o efeito sistêmico do Direito na função regulatória da sociedade. Essa visão do Direito como sistema, cujo conteúdo coletivo transcende à simples reunião de decisões fracionárias, exige uma visão panóptica de Direito e sociedade, com a qual não parece o Poder Judiciário adaptar-se facilmente.

Desde o final dos anos noventa, discute-se a questão do dilema contramajoritário em relação ao controle constitucional exercido pelo Poder Judiciário. Mas também é de ser discutido o próprio dilema contramajoritário no que se refere à prolixidade constitucional.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Por outro lado, a ascensão institucional do Judiciário e a riqueza e importância prática simbólica dos temas que ele vem julgando tem provocado um grande aumento no interesse da sociedade pelo Direito Constitucional e pela atuação do Supremo Tribunal Federal. É difícil um dia em que os principais meios de comunicação não discutam alguma decisão da Corte ou manifestação de qualquer dos seus membros. E este fenômeno é potencializado pela “extroversão midiática” de alguns ministros, como também pelo fato – sem precedentes em outros países – do televisionamento das sessões do STF. Com tudo isso, as questões constitucionais, que antes eram apenas discutidas dentro de um círculo muito restrito de iniciados, hoje são amplamente debatidas no espaço públicos. (SARMENTO, 2019, p. 54).

O cerne da democracia afirma que todo o poder emana do povo. Todavia, sob a ótica neoconstitucionalista a última palavra está nas mãos do Poder Judiciário.

As engrenagens do Estado moderno formam-se de maneira a limitar o próprio poder, seja através de mecanismos de controle interno (sistema de freios e contrapesos), seja através de mecanismo estatais de controle do poder exercido pelo povo. Ou seja, o Estado hoje, atua de modo a também controlar o poder democrático.

E esta limitação à democracia desmedida se faz necessária, haja vista que a História já demonstrou que a própria democracia pode ser um instrumento a favor das revoluções que visam justamente depor o Estado Democrático, utilizada como um mecanismo para a instituição dos regimes autoritários. Segundo Fellet (2012, p.34):

[...] percebida a existência de liames entre a democracia política e os direitos fundamentais, cuidou-se de vincular o conteúdo da vontade das maiorias, de forma que não mais ocorresse a absolutização dessa vontade – expediente empregado pelos líderes autoritários para a supressão da democracia por meio do uso de métodos democráticos.

Segundo Gustavo Zagrebelski (201, p.132), o papel contramajoritário do Estado é impedir a “democracia dos hipócritas” ou a “(...) maneira daqueles que utilizariam formas de democracia para fins autoritários.”

A questão que se coloca é analisar a dosagem desses limites. Enquanto de um lado é certo que a democracia ilimitada representa a ditadura das maiorias sobre as minorias, de outro lado o controle excessivo da democracia pode desnaturá-la ou desconstituí-la. A questão que se coloca, portanto, é analisar se há no Brasil a chamada panconstitucionalização ou um constitucionalismo excessivo que limite demasiadamente a liberdade individual e econômica.

Um dos problemas que remete ao panconstitucionalismo ou exagero constitucional, está na franca utilização pelo texto constitucional de cláusulas abertas, as quais são fechadas pelo Poder Judiciário nos casos concretos. Em suma, é o Poder Judiciário o último intérprete da Constituição, muitas vezes cambiando suas interpretações para a amplitude constitucional,

dizendo mais do que o constituinte efetivamente o fez. Neste viés se sustenta a crítica ao protagonismo do Poder Judiciário, porquanto este poder atua como constituinte permanente, sem a necessária influência popular que caracteriza a titularidade do Poder Constituinte. (SARMENTO, 2019, p. 54).

Segundo Eros Grau:

(...).as pré-compreensões dos juízes em cada tribunal determinarão, limitando-as ou não, as possibilidades da superação da concepção antropológica liberal do homem por uma concepção social. Esta superação se reclama para que se possa realizar plenamente a dignidade do homem e da pessoa humana. Porque, meus amigos – isto digo hoje não apenas no plano acadêmico, mas a partir da minha própria experiência como magistrado – , o intérprete autêntico não procede como um legista que examina um corpo morto, quer dizer, a infração à letra escrita da Constituição ou das leis. Não, ele atua no plano da vida, a partir da sua pré-compreensão da realidade. Vale dizer: nós não trabalhamos nos tribunais para prestar contas a Montesquieu ou a Kelsen. (GRAU, 2008, p. 288).

Uma das marcas do neoconstitucionalismo é a constitucionalização do Direito, de modo que os valores, princípios e regras constitucionais irradiam-se por todo o ordenamento jurídico. Por sua vez, as normas jurídicas infraconstitucionais devem ser lidas à luz dos preceitos Constitucionais. Daí já se extrai que a leitura constitucional é expansiva, porquanto a Constituição é dotada de forte caráter axiológico e principiológico, cuja aplicação empírica varia conforme os contornos do caso concreto.

Aliado a esse fator, fala-se em excesso constitucional ou panconstitucionalização tendo em conta que a Constituição Federal de 1988 é bastante prolixa. O texto permanente conta com 250 artigos, os quais muitas vezes tratam sobre temas que não são necessariamente matéria constitucional. O constituinte disse muito, embasado no que o Supremo Tribunal Federal extrai muito.

Porém, o reconhecimento da vinculação dos particulares à Constituição suscita um risco que não pode ser ignorado: o de imposição às pessoas, supostamente em nome de valores constitucionais, de comportamento e estilos de vida que elas próprias rejeitam, em detrimento de sua liberdade existencial. Para dar um exemplo bem tosco, seria terrível se o Direito, em nome do princípio da solidariedade social, pudesse impor às pessoas que demonstrassem afetos e sentimentos que elas não possuem genuinamente. Ou se, em nome da isonomia, pretendesse interferir nas escolhas subjetivas e emocionais que os indivíduos fazem nas suas vidas privadas. A constitucionalização, nesse sentido, poderia converter-se num pretexto para o exercício de um paternalismo anti-liberal, em que as pessoas seriam forçadas a conformarem-se às expectativas sociais forjadas a partir de pautas de ação “politicamente corretas”, com apoio na Constituição. (SARMENTO, 2019, p. 58).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Sarmento afirma que o viés solidário da Constituição não deve ser analisado como uma panconstitucionalização, pois outra característica muito relevante da Constituição de 1988 é justamente seu caráter compromissório. Ela não representa a cristalização de uma específica corrente ideológica, mas buscou consolidar uma visão pluralista, “o que de certa forma explica a heterogeneidade dos valores e princípios acolhidos no texto magno: solidariedade social e livre iniciativa, liberdade de imprensa e privacidade, laicidade estatal e *invocatio Dei* no preâmbulo, etc.” (2007, p. 15).

Para além da discussão sobre a panconstitucionalização, parte da doutrina se debruça a estudar fenômeno semelhante, denominado Ubiquidade Constitucional. Nesse viés, não se critica o processo de constitucionalização do direito, mas busca evitar a banalização irrefletida desse processo. *A priori*, o fenômeno da constitucionalização é visto como algo essencialmente bom, o que faz com que não se observe o descontrole que os excessos podem criar. (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p. 835).

(...) a linguagem politicamente correcta deste tempo, que é o nosso, não ousa falar senão de liberdade e dos direitos que a concretizam. Compreende-se assim que a outra face, a face oculta da liberdade e dos deveres e custos que a materializam, não seja bem-vinda ao discurso social e político nem à retórica jurídica. E, todavia, eu proponho-me falar-vos dos deveres e dos custos dos direitos. Isto é, da face oculta do estatuto constitucional do indivíduo. Face oculta que, como a face oculta da lua, não obstante não se ver, é absolutamente necessária para a compreensão correcta do lugar do indivíduo e, por conseguinte, da pessoa humana em sede dos direitos fundamentais ou dos direitos do homem. (NABAIS, 2007, p. 163).

Do ponto de vista histórico, é compreensível que a Constituição de 88 seja prolixa, sendo muitas as razões que ensejaram a adoção de um modelo constitucional inflacionado. Cada um dos grupos sociais que fez parte da formação da Carta de 1988 tentou consolidar seus interesses no texto magno, com vistas a vê-los assegurados de forma perene.

A constituição é pródiga em oferecer direitos, mas parece negar a realidade e a efetividade desses direitos, desembocando na constitucionalização ineficaz e excessivamente dirigente, beirando o autoritarismo. A constituição promoveu um intenso alargamento da tutela de questões, restringindo demasiadamente o trabalho do legislador ordinário (CANOTILHO, 2001, p. 22).

Mas é de se analisar em que medida esse esforço constitucional em promover uma sociedade livre, justa e solidária não traz consigo, também efeitos negativos. No que se refere aos direitos sociais, a Constituição Federal elencou um franco rol de direitos. De um modo geral, a comunidade jurídica (doutrinadores, acadêmicos e judiciário) tem, francamente aderido à teoria do mínimo existencial, segundo a qual esses direitos devem ser fornecidos a

todos em um patamar mínimo, que garanta a dignidade da pessoa humana. Não se refere somente ao mínimo vital, relacionado à sobrevivência física, mas se refere também ao mínimo existencial, aspecto que compreende o conjunto de prestações que garantam a existência humana em um dado patamar. (EHRHARDT JÚNIOR, 2012, p.845). Em suma, a constituição estabelece que não basta garantir ao indivíduo sua sobrevivência, mas é necessário garantir sua existência digna.

Em paralelo, como vimos, a irradiação da constituição por todas as esferas do direito, sustenta a teoria da eficácia imediata dos direitos fundamentais, segundo a qual os direitos fundamentais não se aplicam somente em sentido vertical, na relação entre Estado e indivíduo, mas se aplicam também em sentido horizontal, nas relações entre indivíduo e indivíduo. Dito de outro modo, os direitos fundamentais podem ser exigidos também nas relações entre particulares.

Reunindo a eficácia horizontal imediata dos direitos fundamentais à plena garantia do mínimo existencial, tem-se a afetação de uma gama de atividades ínsitas à iniciativa privada pelos preceitos constitucionais. Naturalmente, todas as relações privadas devem prever um mínimo de conteúdo afeto à cidadania, seja pela sua formação e tutela nos termos do direito, seja pela previsão generalizada de um conteúdo social à todas as relações privadas, o que se denomina função social.

A autonomia da vontade é o mais tradicional princípio inerente aos contratos e compreende a liberdade de contratar. Tradicionalmente, a autonomia da vontade somente encontrava limitações nas disposições de ordem pública, sendo a preocupação fundamental analisar se a vontade contratual era realmente livre. Nos tempos atuais, a liberdade de contratar deixa de ser o foco da análise, ao passo que é possível verificar uma crescente e progressiva intervenção do Estado nas relações privadas (VENOSA, 2012, p. 369). O foco da análise hoje é a função social do contrato, visando impedir que as cláusulas contratuais sejam injustas para uma das partes, ou injustas em relação à coletividade, devendo produzir um resultado útil que não fique limitado ao benefício das partes, mas atinja essa coletividade (GOMES, 1983, p. 94).

A força vinculante dos contratos, a *pacta sunt servanda*, forma a base do direito contratual, porquanto é justamente a obrigatoriedade que torna os contratos úteis e fonte de obrigações e riquezas. Mesmo o contrato pautado na função social, não se afasta da *pacta sunt servanda*, devendo ser considerada a vontade contratual externada pelas partes, a qual não pode simplesmente ser deturpada pela busca da função social. Em resumo, *pacta sunt*

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

servanda e função social são princípios, e portanto, mandados de otimização, cuja aplicação prática não enseja exclusão, mas ponderação (ALEXY, 2002, p. 112).

Ocorre que no afã de fazer cumprir o mínimo existencial, frequentemente se veem decisões judiciais que deturpam ou desvirtuam a *pacta sunt servanda* em prol da função social.

Como exemplo, a jurisprudência:

AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EN. 3/STJ. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO ANTIGO NÃO ADAPTADO. ENTIDADE DE AUTOGESTÃO. INAPLICABILIDADE DO CDC. SÚMULA 608/STJ. RECUSA DE COBERTURA DE HEMODIÁLISE. DESCABIMENTO. CONTRARIEDADE À FUNÇÃO SOCIAL DA CLÁUSULA DE COBERTURA DE INSUFICIÊNCIA RENAL CRÔNICA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PREVISÃO NO ROL DE PROCEDIMENTOS OBRIGATÓRIOS. ALEGAÇÃO INFUNDADA. APLICAÇÃO DE MULTA. 1. A controvérsia acerca da validade de cláusula de exclusão de cobertura de hemodiálise em contrato de plano de saúde não adaptado à Lei 9.656/1998, e operado por entidade de autogestão, numa hipótese em que o procedimento foi declarado pelo médico assistente como necessário para a manutenção da vida da paciente. (...)

1. Nos termos da Súmula 608/STJ, os contratos de plano de saúde administrados por entidade de autogestão não se sujeitam ao Código de Defesa do Consumidor.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, a Lei 9.656/1998 é inaplicável aos contratos antigos não adaptados.

3. Sujeição, porém, dos contratos antigos operados por entidade de autogestão ao princípio da função social do contrato, conforme jurisprudência pacífica desta Turma.

4. Caso concreto em que a operadora se recusou a oferecer cobertura de hemodiálise em regime ambulatorial, após alta hospitalar, não obstante a declaração do médico assistente acerca necessidade do procedimento como "método de sobrevivência" da paciente.

5. Recusa de cobertura que subtrai do contrato a sua função social, na medida em que impede a continuidade do tratamento de doença (insuficiência renal) não excluída do contrato de plano de saúde.

6. 7. Caráter manifestamente infundado da alegação de ausência de previsão da hemodiálise no rol de procedimentos de cobertura obrigatória da ANS, ensejando aplicação de multa processual.

8. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO, COM APLICAÇÃO DE MULTA. (STJ, AgInt no REsp 1774203 / RS, Relator Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, DJe 10/03/2021). Sem grifos no original.

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZATÓRIA C/C COMPENSAÇÃO DE DANO MORAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. AMPLITUDE DE COBERTURA. ROL DE PROCEDIMENTOS E EVENTOS EM SAÚDE DA ANS. NATUREZA EXEMPLIFICATIVA. NEGATIVA DE COBERTURA DE CIRURGIA DE MAMOPLASTIA BILATERAL. PROCEDIMENTO INDICADO PARA TRATAMENTO DE HIPERPLASIA MAMÁRIA BILATERAL. RECUSA INDEVIDA CARACTERIZADA. DEVER DA OPERADORA DE INDENIZAR A USUÁRIA. AGRAVAMENTO DA SITUAÇÃO DE AFLIÇÃO PSICOLÓGICA E

ANGÚSTIA. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA OU EMERGÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS NÃO DELIMITADAS NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DANO MORAL AFASTADO. JULGAMENTO: CPC/15. (...) 2. O propósito recursal é dizer sobre: (i) o cerceamento de defesa; (ii) a obrigação de a operadora de plano de saúde indenizar a beneficiária pelas despesas com a realização de cirurgia, após recusar a cobertura do procedimento; (iii) a configuração e o valor arbitrado a título de compensação do dano moral. (...) 4. Nos termos do § 4º do art. 10 da Lei 9.656/1998, a amplitude da cobertura assistencial médico-hospitalar e ambulatorial, inclusive de transplantes e de procedimentos de alta complexidade, é regulamentada pela ANS, a quem compete a elaboração do rol de procedimentos e eventos para a promoção à saúde, a prevenção, o diagnóstico, o tratamento, a recuperação e a reabilitação de todas as enfermidades que compõem a Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde - CID, da Organização Mundial de Saúde - OMS, respeitadas as segmentações assistenciais contratadas. 5. O Plenário do STF reafirmou, no julgamento da ADI 2.095/RS (julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019), que "o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência", razão pela qual os atos normativos exarados pela ANS, além de compatíveis com a Lei 9.656/1998 e a Lei 9.961/2000, dentre outras leis especiais, devem ter conformidade com a CF/1988 e o CDC, não lhe cabendo inovar a ordem jurídica. 6. Conquanto o art. 35-G da Lei 9.656/1998 imponha a aplicação subsidiária da lei consumerista aos contratos celebrados entre usuários e operadoras de plano de saúde, a doutrina especializada defende a sua aplicação complementar àquela lei especial, em diálogo das fontes, considerando que o CDC é norma principiológica e com raiz constitucional, orientação essa que se justifica ainda mais diante da natureza de adesão do contrato de plano de saúde e que se confirma, no âmbito jurisdicional, com a edição da súmula 608 pelo STJ. 7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato. 8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada. 9. O rol de procedimentos e eventos em saúde (atualmente incluído na Resolução ANS 428/2017) é, de fato, importante instrumento de orientação para o consumidor em relação ao mínimo que lhe deve ser oferecido pelas operadoras de plano de saúde, mas não pode representar a delimitação taxativa da cobertura assistencial mínima, na medida em que o contrato não se esgota em si próprio ou naquele ato normativo, mas é regido pela legislação especial e, sobretudo, pela legislação consumerista, com a ressalva feita aos contratos de autogestão. 10. Sob o prisma do CDC, não há como exigir do consumidor, no momento em que decide aderir ao plano de saúde, o conhecimento acerca de todos os procedimentos que estão - e dos que não estão - incluídos no contrato firmado com a operadora do plano de saúde, inclusive porque o rol elaborado pela ANS apresenta linguagem técnico-científica, absolutamente ininteligível para o leigo. Igualmente, não se pode admitir que mero regulamento estipule, em desfavor do consumidor, a renúncia antecipada do seu direito a eventual tratamento prescrito para doença listada na CID, por se tratar de direito que resulta da natureza do contrato de assistência à saúde. 11. No atendimento ao dever de informação, deve o consumidor ser clara, suficiente e expressamente esclarecido sobre os eventos e procedimentos não cobertos em cada segmentação assistencial (ambulatorial, hospitalar - com ou sem obstetrícia - e odontológico), como também sobre as opções de rede credenciada de atendimento, segundo as diversas categorias de plano de saúde oferecidas pela operadora; sobre os diferentes tipos de contratação (individual/familiar, coletivo por adesão ou coletivo empresarial), de área de abrangência (municipal, grupo de municípios, estadual, grupo de estados e nacional) e de acomodação (quarto particular ou enfermaria), bem como sobre as

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

possibilidades de coparticipação ou franquia e de pré ou pós-pagamento, porque são essas as informações que o consumidor tem condições de avaliar para eleger o contrato a que pretende aderir. 12. Não é razoável impor ao consumidor que, no ato da contratação, avalie os quase 3.000 procedimentos elencados no Anexo I da Resolução ANS 428/2017, a fim de decidir, no momento de eleger e aderir ao contrato, sobre as possíveis alternativas de tratamento para as eventuais enfermidades que possam vir a acometê-lo. 13. A qualificação do rol de procedimentos e eventos em saúde como de natureza taxativa demanda do consumidor um conhecimento que ele, por sua condição de vulnerabilidade, não possui nem pode ser obrigado a possuir; cria um impedimento inaceitável de acesso do consumidor às diversas modalidades de tratamento das enfermidades cobertas pelo plano de saúde e às novas tecnologias que venham a surgir; e ainda lhe impõe o ônus de suportar as consequências de sua escolha desinformada ou mal informada, dentre as quais, eventualmente, pode estar a de assumir o risco à sua saúde ou à própria vida. 14. É forçoso concluir que o rol de procedimentos e eventos em saúde da ANS tem natureza meramente exemplificativa, porque só dessa forma se concretiza, a partir das desigualdades havidas entre as partes contratantes, a harmonia das relações de consumo e o equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores, de modo a satisfazer, substancialmente, o objetivo da Política Nacional das Relações de Consumo. 15. Hipótese em que a circunstância de o procedimento não constar do rol de procedimentos e eventos em saúde, não é apta a autorizar a operadora a recusar o seu custeio, sobretudo considerando que a cirurgia prescrita para a recorrida não se enquadra em nenhuma das hipóteses de exceção previstas no art. 10 da Lei 9.656/1998. (...). (STJ, REsp 1876630 / SP, Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI DJe 11/03/2021)

Veja-se que no caso vertente, de um lado o Judiciário favorece o indivíduo no caso concreto, concedendo-lhe o mínimo existencial. De outro, nega a autonomia da vontade, a segurança jurídica e os efeitos econômicos e coletivos de tal ponderação.

Atentar para os critérios hermenêuticos inovadores, como a ponderação dos interesses e dos valores, da razoabilidade, recuperando a factividade para a juridicidade. A solução do problema concreto é procurada necessariamente na totalidade do ordenamento jurídico sem violentar as peculiaridades dos fatos, para assumir não como ocasiões maçantes para o conhecimento da norma, mas como fatores decisivos para a individualização da normativa. (PERLINGIERI, 2008, p. 4).

A Constituição, em sua essência, representa um limite ao poder, inclusive ao poder exercido pelo povo. O problema está em identificar quando esse limite é excessivo e prejudicial à democracia:

Por definição, toda Constituição constitui um limite da expressão e da autonomia da vontade popular. Constituição quer dizer limitação da liberdade da maioria de cada momento, e, neste sentido, quanto mais Constituição, mais limitação do princípio democrático...O problema consiste em saber até que ponto é que a excessiva constitucionalização não se traduz em prejuízo do princípio democrático. (VITAL MOREIRA, 2001, p. 272).

Enquanto os diversos grupos sociais que compuseram a Assembleia Constituinte de 1988 acreditaram que a constitucionalização de seus interesses traria a garantia da perenidade, a prática nos tem demonstrado que não estavam totalmente corretos.

Isso porque, é uma constante no cenário brasileiro falar-se na necessidade de modificação constitucional para garantir a governabilidade do país. Os legisladores atuais frequentemente modificam a constituição, parecendo desconhecer que a razão da prolixidade constitucional é justamente o anseio pela segurança. Dito de outro modo, o anseio dos constituintes pela perenidade e segurança provocou a prolixidade constitucional, a qual, por sua vez, justamente enfraquece a supremacia constitucional, ao tornar prática comum as emendas constitucionais.

Afirmava-se que a Constituição inviabilizava a estabilidade e o crescimento econômico e, ademais, tornava o país ingovernável. Esse discurso passou a ser repetido, por todos, sem que praticamente ninguém se abalasse em indagar *por que, como, onde e quando* a Constituição seria perniciosa, comprometendo os interesses da sociedade brasileira. A unanimidade nacional dedicava-se a criticar o texto constitucional inconsequentemente, sem nem ao menos explicitar as razões de seu inconformismo (...). (GRAU, 2010)

Até este ponto, temos então que a possível panconstitucionalização existente no Brasil, embora não se trate de um fenômeno amplamente reconhecido, mas questionado por parte da doutrina, não deita raízes apenas na prolixidade constitucional. A prolixidade constitucional é apenas um dos elementos possivelmente causador da panconstitucionalização. A par dela, outros elementos favorecem o excesso ou abuso constitucional, como o excesso na constitucionalização do direito, o excesso interpretativo dos tribunais, e a excessiva maleabilidade constitucional artificialmente provocada pelo legislativo.

Sarmiento sustenta que o cenário de panconstitucionalização pode ser limitado, mesmo diante da prolixidade do texto constitucional (2017, p. 31). Vale dizer, para se tolher os excessos de constitucionalização, não é necessária a redução do texto constitucional. E mesmo se fosse admissível a redução do texto promulgado em 1988, esta redução deveria recair sobre os aspectos que refogem à matéria constitucional, mas ainda assim estão inseridos no texto formal. Não é admissível que o excesso constitucional seja combatido às custas da extinção de direitos fundamentais ou em prejuízo do projeto de evolução social trazido pela Constituição de 1988, no que tange aos direitos individuais, sociais ou coletivos.

De outro lado, um fator de contenção do excesso constitucional é justamente a limitação à interpretação do seu texto. Deve-se promover a filtragem constitucional do direito infraconstitucional, mas evitando alargar demasiadamente a interpretação dada às cláusulas

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

abertas do texto constitucional, sob pena de tornar os princípios constitucionais panaceia para toda e qualquer forma de interpretação, ainda que ao arrepio do contexto constitucional.

Portanto, entendemos que a Constituição não pode ser vista como a fonte da resposta para todas as questões jurídicas. Uma teoria constitucional minimamente comprometida com a democracia deve reconhecer que a Constituição deixa vários espaços de liberdade para o legislador e para os indivíduos, nos quais a autonomia política do povo e autonomia privada da pessoa humana podem ser exercitadas. (SARMENTO, 2007, p. 31).

A Constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadoras de projectos alternativos para a concretização dos fins constitucionais. Embora não deva restringir-se a um ‘instrumento de governo’ ou a uma simples lei do Estado, a Constituição evitará converter-se em lei da ‘totalidade social’, ‘codificando’ exageradamente os problemas constitucionais. (CANOTILHO, 1997. P. 1192)

De outra banda, Sarmento também afirma que é indiscutível a irradiação constitucional, mas que não pode desconsiderar totalmente o conteúdo da legalidade, aplicando somente o texto constitucional. É certo que diante do conflito do texto legal com a Constituição, deve prevalecer o texto constitucional, podendo, ainda, o intérprete deixar de aplicar a norma legal que seja incompatível ao texto constitucional.

Ocorre que a Constituição Brasileira deixa amplos aspectos para atuação do legislador, e o Poder Legislativo também é intérprete da Constituição quando conforma a legalidade, de modo que a legalidade não pode ser totalmente desprezada para aplicação direta da Constituição, há menos que represente inconstitucionalidade ou não recepção constitucional. (SARMENTO, 2007, p. 31).

A doutrina brasileira tem enfatizado, com inteira razão, a importância e a força normativa dos princípios. Contudo, esta valorização não pode ser realizada ao preço do menoscabo em relação às regras. Estas, por definirem com maior precisão tanto o seu campo de incidência como as consequências jurídicas de sua aplicação, são extremamente importantes, não só por salvaguardarem a segurança jurídica do cidadão e coibirem arbítrio do aplicador, como também porque permitem o funcionamento mais ágil e eficiente da ordem jurídica. (SARMENTO, 2007, p. 36).

Neste ponto, é importante salientar que não se está a sustentar o retorno ao positivismo exegético ou a impossibilidade da derrotabilidade³⁵ da norma. Não é isso. O que se está a criticar é a utilização dos princípios constitucionais como único fundamento jurídico válido

³⁵ Por derrotabilidade da norma jurídica compreende-se a possibilidade de que uma norma válida e vigente seja afastada do caso concreto diante de uma exceção ou peculiaridade relevante nos contornos fáticos e a argumentação desenvolvida. (Cunha Junior, 2014). O cerne da questão está em considerar que a aplicação da norma, em dado caso concreto, embora válida e legítima, deslegitima a decisão, a medida que deixa de promover Justiça e favorece a injustiça.

do sistema, e que permite a fundamentação da decisão em quase qualquer sentido e forma, a variar dos contornos do caso concreto. O julgador naturalmente deve se ater às peculiaridades do caso concreto, mas não se pode permitir, ao menos num sistema jurídico que se pretende seguro e previsível, a utilização dos princípios constitucionais como forma de justificação de decisões em qualquer sentido.

Ante todo o exposto, pode-se verificar que, conquanto a constitucionalização e o advento do neoconstitucionalismo tenham trazido muitas inovações positivas especialmente ao direito brasileiro, tal advento não é indene a defeitos. O excesso de constitucionalização pode causar uma restrição demasiada à liberdade individual ou econômica, bem como causar a insegurança do sistema jurídico. Enquanto a ideia de constitucionalização dos mais variados assuntos tem por objetivo garantir perenemente tais temas, da forma mais segura possível dentro do ordenamento jurídico, inserindo-as no documento fundante do Estado brasileiro, em larga medida parece hoje surtir justamente o efeito contrário. A prolixidade constitucional parece justificar as constantes modificações constitucionais, ameaçando constantemente a base jurídica fundamental do Estado brasileiro.

Por fim, conclui-se que a predominância trazida pelo neoconstitucionalismo ao Poder Judiciário, em nome das interpretações jurídicas plúrimas e includentes, pode também trazer efeito contrário, à medida que o excesso de liberdade das interpretações possíveis da Constituição Federal pode justamente ensejar a insegurança jurídica.

3. CONCLUSÃO

Inegável que a constitucionalização e o advento do neoconstitucionalismo tenham trazido muitas inovações positivas especialmente ao direito brasileiro. Ainda assim, tal advento não é indene às críticas. O excesso de constitucionalização pode causar uma restrição demasiada à liberdade individual ou econômica, bem como causar a insegurança do sistema jurídico.

Na experiência brasileira vê-se que a ideia de introduzir no texto constitucional os mais variados temas teve por objetivo garantir perenemente tais temas, da forma mais segura possível dentro do ordenamento jurídico, inserindo-as no documento fundante do Estado brasileiro. No entanto, pode-se perceber que ao longo do tempo, tal medida causou justamente o efeito contrário. A prolixidade constitucional parece justificar as constantes modificações constitucionais, ameaçando constantemente a base jurídica fundamental do Estado brasileiro.

Por fim, conclui-se que a predominância trazida pelo neoconstitucionalismo ao Poder Judiciário, em nome das interpretações jurídicas plúrimas e includentes pode também trazer

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

efeito contrário, à medida que o excesso de liberdade das interpretações possíveis da Constituição Federal, pode justamente ensinar a insegurança jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 102, n. 384, p. 71-104, mar/abr.2006.

BOBBIO, Norberto. Estado, governo e sociedade. Fragmentos de um dicionário político. 20ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

BULOS, Uadi Lâmega Bulos. Constituição Federal anotada. 5ed, São Paulo: Saraiva, 2000.

BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social – gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista Jurídica da Presidência. Brasília, vol.5, número 48, mai 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e vinculação do Legislador, 2.ª ed, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O que é derrotabilidade das normas jurídicas? 2014. Disponível em <https://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/207200076/o-que-e-derrotabilidade-dasnormasjuridicas#:~:text=A%20derrotabilidade%20da%20norma%20jur%C3%ADdica,que%20seja%20v%C3%A1lida%20e%20aplic%C3%A1vel>. Acesso em março de 2021.

DROMI, José Roberto. La reforma constitucional: el constitucionalismo del “por venir”. In: El derecho publico de finales de siglo: una perspectiva iberoamericana. Madrid: Fundación BBV, 1997.

EHRHARDT JÚNIOR, Marcos. Acertos e desacertos do processo de constitucionalização do direito: uma reflexão sobre os perigos da ubiquidade constitucional no direito brasileiro. In Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Lisboa: 2012, Ano 1, nº 2.p. 833-866. Disponível em <https://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2012/09/capa-revista.pdf>. Acesso em março 2021.

FELLET, A. Supremo Tribunal Federal: Entre a Soberania Popular e o Contramajoritarianismo? In: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 15-30.

FERRAZ JR, Tércio Sampaio. A legitimidade na Constituição de 1988. In: FERRAZ JR. et al. Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1989.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Poder Constituinte. 4.ed.rev.atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2005.

Diálogos (Im)pertinentes - Vol. 14

GALGANO, Francesco. Storia dei diritto commerciale, 2ª Ed, Bologna, II Mulino, 1980.

GRAU, Eros Roberto. A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica. 14ed. rev. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRAU, Eros Roberto. Técnica Legislativa e Hermenêutica Contemporânea. In TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008, p. 288.

HABERMAS, Jurgen. Sobre a legitimação pelos direitos humanos. In: MERLE, J. C.; MOREIRA, L. (Orgs). Direito e Legitimidade. São Paulo: Landy, 2003, pp. 67-82.

HÖFFE, Otfried. O que é justiça? Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HOLMES, Stephen. El precompromiso y La paradoja de La democracia. In Constitucionalismo y democracia. Organizadores Jon Elster e Rune Slagstad. México, Fondo de Cultura Económica, 1999.

LAZARI, Rafael José Nadim de. Reflexões Críticas sobre a viabilidade de uma “constitucionalismo do futuro” no Brasil: exegese valorativa. In Constituição, Economia e Desenvolvimento: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional. Curitiba: 2010, vol. 2, n. 3, ago-dez, p. 341-357.

MORAIS, D. S. Democracia e Direitos Fundamentais: Propostas para uma Jurisdição Constitucional Democrática. In: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 161-188.

NABAIS, José Casalta. Por uma liberdade com responsabilidade; Estudos sobre Direitos e Deveres Fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NEUMANN, Franz. Estado democrático e Estado autoritário. Rio de Janeiro, Zahar Editores, 1969.

PEREIRA, Rodolfo Viana. Controle e Legitimidade Democrática. In: FELLET, A.; NOVELINO, M. (Orgs.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: JusPODIVM, 2012, pp. 71-91.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In TEPEDINO, Gustavo. Direito Civil Contemporâneo. Novos problemas à luz da legalidade constitucional. São Paulo: Atlas, 2008.

RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

RIBEIRO, João Ubaldo. Política: quem manda, por que manda, como manda. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1998.

SALOMÃO, Kátia; MARQUES, Douglas Maranhão. Dificuldades Contramajoritárias: Critérios Legitimadores da Jurisdição Constitucional. E-Civitas – Revista Científica dos Cursos de Direito e Relações Internacionais da UNIBH. Belo Horizonte: v. VII, n. 2, dezembro de 2014.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/5869>. Acesso em fevereiro de 2021.

SARMENTO, DANIEL. A Constitucionalização do Direito: Fundamentos Teóricos e Aplicações Específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SCHMITT, Carl. O conceito do político, tradução de Alvaro L. M. Valls, Petrópolis, RJ: Ed. Vozes, 1992.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 31 ed. ver. e ampliada, 2008.

SMITH, Adam. A riqueza das nações – investigação sobre sua natureza e suas causas. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2002.

TAYLOR, Charles. Argumentos filosóficos. São Paulo: Loyola, 2000.

TEIXEIRA, J. H. Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

VITAL MOREIRA. Constituição e Democracia. In MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org). Constituição e Democracia. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 272.

ZAGREBELSKI, Gustavo. A Crucificação e a Democracia. São Paulo, Saraiva, 2011.

TELETRABALHO E HIPERCONECTIVIDADE: A FÓRMULA DO RETROCESSO SOCIAL

Letícia Gabriela Camargo Franco de Lima³⁶

Francelise Camargo de Lima³⁷

Pedro Franco de Lima³⁸

1. INTRODUÇÃO

A Reforma Trabalhista trazida pela Lei 13.467/2017 regulamentou no Capítulo II-A o teletrabalho, modalidade de prestação de serviços conceituada pelo Art. 75-B: “*Considera-se teletrabalho a prestação de serviços preponderantemente fora das dependências do empregador, com a utilização de tecnologias de informação e de comunicação que, por sua natureza, não se constituam como trabalho externo*” (BRASIL, 2017).

Tendo em vista essa recente regulamentação trazida pela reforma trabalhista, a pesquisa se justifica na medida que o novo formato de execução de atividades impacta a relação empregatícia em vários aspectos: custo, saúde, tecnologia, produtividade, direitos e deveres.

Assim, através do método dedutivo e da abordagem bibliográfica serão analisados conteúdos legislativo, doutrinário, jurisprudencial e acadêmico pretendendo verificar quais as regras legais que tutelam o teletrabalho e traçar uma análise crítica sobre a redução de direitos, em especial sobre o impacto na saúde laboral do empregado diante de tantos elementos informáticos que determinam um constante monitoramento, controle e fiscalização do empregado.

³⁶ Mestranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Advogada, inscrita na OAB/PR sob nº 91.750; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4286-5929>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0950623397182904>. E-mail: leticiaageflima@outlook.com.br.

³⁷ Doutoranda em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba; Mestre em Direito Empresarial e Cidadania do Centro Universitário de Curitiba (UNICURITIBA); Bacharel em Ciências Contábeis pela UTFPR; Especialista em Pedagogia das Organizações: Gestão com Qualidade pelo IBPEX; Bacharel em Direito pela UNIOESTE; Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Universidade Anhanguera; Formada no Curso da Magistratura do Estado do Paraná pelo EMAP; Advogada, inscrita na OAB/PR sob nº 46.923; E-mail: franceliselima@hotmail.com; Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4701-5558>; Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3162895394404639> E-mail: franceliselima@hotmail.com.

³⁸ Doutorando em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba. Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA (2018); Possui especialização em Direito Civil e Processo Civil pela Faculdade Mater Dei/PR; Graduado em Direito pela Faculdade Mater Dei de Pato Branco/PR (2005); Advogado, inscrito na OAB/PR sob nº 73.680, E-mail: pedroflima@yahoo.com.br; Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8064-6183> Lattes: CV: <http://lattes.cnpq.br/7512941469235673>. E-mail: pedroflima@yahoo.com.br.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Para chegar aos trabalhos acadêmicos utilizou-se a base de dados Google Acadêmico filtrando o conteúdo com as palavras-chaves e fixando o período: 2017 – 2021 que reflete o momento pós reforma trabalhista. Na busca foram encontrados 105 resultados, dos quais foram selecionados os trabalhos mais relacionados ao tema, que foram analisados em conjunto com as demais fontes de pesquisa.

O Teletrabalho é uma realidade em expansão, principalmente em virtude da Pandemia do Corona Vírus que impôs o isolamento social e a busca por adequações contratuais trabalhistas como forma de continuidade do emprego e preservação da saúde.

Todavia, faz-se de extrema relevância repensar as responsabilidades e os impactos dessa nova forma de prestação de serviços como maneira de evitar consequências nocivas ao trabalho decente, à dignidade do trabalhador e à saúde física e mental.

2. O TELETRABALHO

O progresso da tecnologia mudou a forma como a economia tem se desenvolvido e consequentemente as modalidades de prestação de serviço. As revoluções industriais com saltos de produtividade e crescimento estão intimamente ligadas a comunicação, a energia e ao transporte. (RIFKIN, 2018, p.91)

Hoje com a comunicação instantânea permitindo a gestão do trabalho virtualmente por meios tecnológicos foi possível a inserção dessa nova forma de prestação de serviço a distância: o Teletrabalho.

A primeira questão que se colocava em debate acerca da existência ou não da subordinação neste tipo de contrato foi sanada através do Art. 6º da CLT incluso pela Lei 12.551/2011 que acabou com os questionamentos reconhecendo que os meios informáticos utilizados para controle se equiparam a meios pessoais de supervisão (BRASIL, 2011):

Art. 6º Não se distingue entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego. (Redação dada pela Lei nº 12.551, de 2011)

Parágrafo único. Os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio. (Incluído pela Lei nº 12.551, de 2011)

A Lei 13.467/2017 regulamentou diversos aspectos do teletrabalho no capítulo II-A, entre eles, destaca-se inicialmente o Art. 75-D que dispõe sobre a responsabilidade pela aquisição e manutenção dos equipamentos tecnológicos adequados ao desenvolvimento do

trabalho remoto. Segundo a norma legal, as responsabilidades ficam a cargo das estipulações contratuais, podendo, portanto, o empregado ficar com o ônus da despesa com infraestrutura. (BRASIL, 2017)

Essa possibilidade de transferência de responsabilidade ao empregado contraria o princípio da alteridade previsto no Art. 2º da CLT, segundo o qual os riscos da atividade econômica são do empregador. (BRASIL, 1943).

Quanto ao horário de trabalho, apesar dessa modalidade permitir a flexibilização e certa autonomia profissional, Argueso citado por (GRAMINHO, 2019, p. 70) destaca que a conexão impõe uma disponibilidade permanente, prolonga a jornada e ofusca os limites entre hora de trabalho e hora de descanso.

Segundo (GRAMINHO, 2019, p.74) a tecnologia traz uma nova forma de objetificação do trabalhador, antes relacionados a uma linha de produção e hoje ao meio virtual.

A preocupação com a jornada excessiva decorre da exclusão do teletrabalhador do controle de jornada conforme estabelece o Art. 62, inciso III, da Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017):

Art. 62 - Não são abrangidos pelo regime previsto neste capítulo: (Redação dada pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

I - os empregados que exercem atividade externa incompatível com a fixação de horário de trabalho, devendo tal condição ser anotada na Carteira de Trabalho e Previdência Social e no registro de empregados; (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

II - os gerentes, assim considerados os exercentes de cargos de gestão, aos quais se equiparam, para efeito do disposto neste artigo, os diretores e chefes de departamento ou filial. (Incluído pela Lei nº 8.966, de 27.12.1994)

III - os empregados em regime de teletrabalho. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017) (Vigência)

Segundo Moraes e Arruda (2020, p. 13) a exclusão do teletrabalhador do controle de jornada não tem fundamento na “sociedade da indústria 4.0” pois com as tecnologias atuais mesmo que os empregados estejam distantes o empregador ainda assim pode exercer o controle. A existência de softwares permite saber quando o trabalhador está online, quanto produziu, quais tarefas desenvolveu e desta forma a fiscalização do empregador se faz atuante. (PAMPLONA; FERNANDEZ, apud MORAES; ARRUDA, 2020, p.13)

Souto (2003, p.13-14) inclusive ressalta que sendo o avanço tecnológico o responsável por proporcionar essa forma de trabalho a longa distância, é ele também o responsável por permitir o controle, bastando o empregador querer fiscalizar.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Desta forma, o teletrabalhador ainda que controlado, por norma expressa trazida no Art. 62, III, da CLT ficou excluído do capítulo do controle de jornada e essa alteração configura-se uma exceção ao princípio da primazia da realidade (CASSAR, 2018, p.50).

Tais alterações trouxeram como consequência a inexistência de limites na jornada de trabalho prevista constitucionalmente (Art. 5º XIII) e retiraram diversos outros direitos previstos na carta magna que decorrem do controle de jornada, como a hora extra (Art. 5º, XVI), hora noturna (Art. 5º, IX) e o repouso semanal remunerado (Art. 5º, XV). (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988)

Além do reflexo nos direitos constitucionais, (AFONSO, 2016, p.3) destaca que essa exclusão do controle de jornada, ocasiona também a retirada de direitos previstos na Consolidação das Leis Trabalhistas como os intervalos intrajornada (Art. 71), entrejornadas (Art. 66), repouso semanal remunerado (Art. 67) e férias (Art. 134). (BRASIL, 1943)

A reforma trabalhista permitiu também a alteração do contrato de emprego presencial para telepresencial mediante acordo individual conforme redação do Art. 75-C, §1º: *“Poderá ser realizada a alteração entre regime presencial e de teletrabalho desde que haja mútuo acordo entre as partes, registrado em aditivo contratual.”* (BRASIL, 2017). Sob a ótica de (CASSAR, 2018, p.52) essa possibilidade alteração contratual pautada na autonomia das partes e trazida pela reforma trabalhista afronta o princípio da inalterabilidade contratual prejudicial ao empregado pois é permitida ainda que acarrete prejuízos ao trabalhador.

Portanto, apesar do teletrabalho possuir alguns benefícios como permitir que o trabalhador não passe horas no trânsito tendo que se deslocar até a empresa, permitir certa autonomia com flexibilização de horários, possibilitar significativa redução de gastos para a empresa e até mesmo em alguns casos influenciar no aumento da produtividade, nota-se que os direitos que são retirados do funcionário causam preocupação por serem direitos arduamente conquistados, muitos relacionados a saúde do trabalhador.

Além disso, será demonstrado que a falta de socialização e o controle excessivo do teletrabalhador através de instrumentos digitais também são fatores que tem contribuído para novas doenças laborais e para o regresso do ambiente de trabalho saudável.

Assim, o teletrabalhador que escolha ou concorde com a execução do trabalho nessas condições renunciará (Art. 75-C, §1º, CLT) inúmeros direitos sendo que essa realidade se traduz em uma exceção legal à regra geral de irrenunciabilidade e intransacionalidade de direitos trabalhistas (CASSAR, 2018, p.53).

3. LIMITAÇÃO DE JORNADA E TELETRABALHO

A limitação da jornada de trabalho possui diversos fundamentos relacionados a saúde tendo em vista que longas jornadas têm sido relacionadas a estresse, enfermidades como úlceras e como consequência causa de acidentes de trabalho (BARROS *apud* CASSAR, 2018, p.59).

Para (CASSAR, 2018, p.60) existem aspectos que vão além do fator biológico, afirmando que a limitação da duração do trabalho possui como fundamento o aspecto biológico, social e econômico. Complementa ainda o autor, dizendo que o excesso de trabalho além de estresse e cansaço faz com que o trabalhador se torne pouco produtivo, diminuindo a vantagem econômica do empregador, bem como limita a sua convivência social com família e amigos.

É possível encontrar na doutrina pelo menos outros dois fundamentos para a limitação da jornada, o de natureza psíquica/psicológica e humana. Segundo (GARCIA *apud* COSTA, 2020, p.14) o trabalho com jornada extenuante pode afetar a saúde mental e capacidade de concentração. O fundamento humano é relacionado a dignidade do obreiro que exposto a jornadas intensas coloca em risco sua própria vida através de acidentes de trabalho (GARCIA *apud* COSTA, 2020, p.14-15).

Além de fatores preventivos relacionados a saúde física e mental, (NASCIMENTO *apud* CALVO, 2020, p.434) ressalta que o direito ao descanso enquanto direito fundamental visa permitir o desenvolvimento da personalidade pois possibilita o convívio familiar, com amigos, entretenimento, exercício religioso.

Não à toa a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) determina no artigo XXIV: *“Toda a pessoa tem direito ao repouso e aos lazeres, especialmente, a uma limitação razoável da duração do trabalho e as férias periódicas pagas”*.

No Brasil a Constituição Federal de 1937 foi a primeira a limitar o dia de trabalho em 8 horas enquanto que a Constituição de 1988 estabeleceu o parâmetro 8 horas diárias e 44 semanais, facultando a compensação de horários e redução de jornada por acordo ou convenção coletiva (CALVO, 2020, p. 429).

No âmbito internacional em 1999 entrou em vigor o Protocolo de San Salvador pelo Decreto 3.321 que é um protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos humanos e que prevê no Art. 7º a necessidade dos Estados garantirem em suas legislações condições justas, equitativas e satisfatórias de trabalho, entre elas, a limitação razoável das horas de

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

trabalho, tanto diárias quanto semanais, bem como o repouso, o gozo do tempo livre, férias remuneradas e remuneração em feriados nacionais. (BRASIL, 1999)

Com cada vez mais tecnologias que permitem o monitoramento do teletrabalhador a Lei 13.467/17 fere a dignidade do obreiro pois permite a realização de longas jornadas de trabalho sem a remuneração pelo serviço extraordinário. (COSTA, 2020, p.9-10) Todavia (SANVICENTE *apud* SOUSA, 2019, p.90) adverte que a extensão reiterada da jornada não se trata apenas de uma questão monetária, mas da restrição de direitos sociais.

Aduzido autor vai além e afirma que a exclusão do controle de jornada coloca o teletrabalhador em uma condição de exploração e de “*neoescravidão*” (SOUSA, 2019, p.86) pois, segundo explicações do sociólogo Ricardo Antunes, “*se você ganha um equipamento quando entra na empresa, não é a libertação, mas a sua escravização, ainda que digitalizada (...)*” (ANTUNES *apud* SOUSA, 2020, p.87).

O trabalhador conectado que não usufrui de períodos de descanso reflete condições inadequadas de teletrabalho e ocasiona a “*escravização digital*” (BASTOS *apud* AFONSO, 2016, p.13):

Os intervalos intrajornadas e interjornadas também devem ser assegurados, assim como um ambiente de trabalho saudável e seguro, sob pena de a sobrecarga de atividades e condições inadequadas dos postos de teletrabalho acarretarem acidentes e indesejáveis doenças relacionadas ao trabalho, além de eventualmente caracterizarem a temida ‘*escravização digital*’ ou ‘*teletrabalho escravo*’.

O problema social e biopsicológico de jornadas extenuantes já se tornou pauta para políticas criminais, fazendo com que o legislador repensasse o conceito de trabalho escravo para abranger definições que não se resumissem na ideia de trabalhadores acorrentados cerceados do direito de ir e vir. Assim, o Código Penal Brasileiro definiu em 2003 no Art. 149 hipóteses em que se configura condição análoga à de escravo e entre elas está a submissão do trabalhador a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva e condições degradantes de trabalho:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (Redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

§ 2º A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido: (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

I – contra criança ou adolescente; (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

II – por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem. (Incluído pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003)

Portanto, apesar do Art. 62, III, trazido pela Lei 13.467/17 ter excluído o teletrabalhador do controle de jornada, considerando que a Constituição Federal garante períodos de descanso e limites na duração do trabalho, bem como não faz distinção dos trabalhadores, e ainda, que é perfeitamente possível o controle da jornada por meios informáticos é certo que a exclusão do teletrabalho é inconstitucional.

Nesse sentido (MUCHON e AGUDO, 2018, p.83) defendem, com base no controle virtual plenamente possível de ser realizado pelo empregador, que o reconhecimento do direito a desconexão é essencial para evitar a exploração do teletrabalhador.

Entendimento contrário levaria ao retrocesso social, onde o lucro a qualquer custo é obtido pela exploração dos trabalhadores que não possuem quantidade de trabalho delimitada. Afirma (FERREIRA, 2017, p.54) que a desproteção dos teletrabalhadores é *“subterfúgio para o não pagamento de horas extras e expõe esses funcionários à uma maior exploração”*

É com fundamento neste direito – desconexão - que (MUCHON e AGUDO, 2018, p.86) afirmam ser possível garantir a limitação de jornada constitucional, sendo que no prolongamento da jornada, mesmo que realizada a distância, os teletrabalhadores também devem ser indenizados.

4. O DIREITO A DESCONEXÃO

A Constituição Federal (1988) não estabeleceu apenas limites de jornada, mas previu expressamente no Art. 6º um rol de direitos sociais, entre eles, o direito ao lazer e o direito a saúde que visam garantir uma existência digna aos cidadãos. (SOUSA, 2019, p.99)

(GRAMINHO, 2019, p.104) afirma que a desconexão advém de várias normas constitucionais como o direito à privacidade, ao lazer, à limitação da jornada, ao repouso semanal remunerado e férias que visam assegurar a dignidade do trabalhador.

(CASSAR, 2010, p. 161) vislumbra quatro elementos que o direito à desconexão ou ao não trabalho perpassa, sendo o primeiro relacionado ao estresse que o trabalhador enfrenta na busca ininterrupta por atualização sendo causa de fadiga mental e até mesmo do vício relacionado ao trabalho; o direito ao descanso sem qualquer interferência laboral como meio de reposição de energia e higiene mental; seguido do direito à privacidade e intimidade e por

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

fim; o direito a trabalhar menos ou direito aos limites recomendados como forma de preservar a saúde do trabalhador.

O descanso visto sob o viés da desconexão é importante pois o trabalhador conectado não consegue usufruir de repouso, privacidade, lazer e saúde tendo em vista que qualquer comunicabilidade com o empregador já interrompe o descanso e invade a privacidade. (FERREIRA, 2017, p.25-26)

As tecnologias da informação cada vez mais permitem essa conexão excessiva e a realização de atividades de forma contínua:

O emprego das tecnologias de informação e comunicação no âmbito das relações laborais favorecem cada vez mais essa excessiva conexão, pois permitem que as tarefas sejam cumpridas longe do ambiente de trabalho e após o término da jornada. Com o advento dos smartphones, tablets e redes sociais como o Skype ou Messenger, é possível que os trabalhadores permaneçam conectados às suas atividades de trabalho, respondendo e-mails e atendendo clientes, mesmo após o término da jornada e em qualquer local. (GRAMINHO, 2019, p.60)

A utilização excessiva de aparatos tecnológicos somada a alta carga laboral tem causado novas doenças relacionadas ao esgotamento do trabalhador como a Síndrome de *Burnout* ou Esgotamento Profissional que foi incluída em 2019 pela Organização Mundial da Saúde como fenômeno ocupacional que possui como fator de risco o ritmo de trabalho penoso e outras dificuldades relacionadas ao trabalho. (GRAMINHO, 2019, p.81)

A Síndrome de *Burnout* é constituída de três aspectos: exaustão emocional, representada pelo esgotamento físico e emocional; despersonalização caracterizada pela diminuição da emoção/sentimento com os demais e baixa realização profissional, momento em que o trabalho passa a ser um fardo e o trabalhador fica desestimulado com baixa autoestima. (POCINHO; PERESTRELO *apud* SOUSA, 2019, p.93-94)

As jornadas excessivas não são causa única dessa doença, (TRIGO; TENG e HALLAK *apud* SOUSA (2019, p.95) mencionam que existem também outros fatores de risco como: “*excesso de burocracia, a falta de autonomia, comunicação ineficiente, impossibilidade de ascender na carreira, questões relacionadas ao ambiente laboral e acúmulo de tarefas por um mesmo indivíduo*”

O Decreto 3.048/99 prevê no anexo II, lista B, entre os transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho a Síndrome de *Burnout* (CID Z73.0) com a expressão: “*Sensação de estar acabado*” (BRASIL, 1999).

Consequências nefastas dessa pressão na jornada do trabalhador ocasiona não só o cansaço e o esgotamento, em alguns casos gera trabalhadores *workaholics* – viciados em

trabalho que acabam contagiando colegas que “ao se sentirem envergonhados (ou pressionados) diante da dedicação do colega ou superior também seguem o mesmo destino” (WOTHIER; RODRIGUES *apud* AFONSO, 2016, p. 728).

Essa exploração, segundo (MORAES e ARRUDA, 2020, p.22) é disfarçada por discursos mercadológicos como *“vestir a camisa da empresa”, “bater o máximo de metas possíveis”, “dar o sangue e o suor pela corporação” e, conseqüentemente, dar a sua vida em prol da empresa.*

Os danos decorrentes da falta de limitação de jornada e da ausência de descanso ocasionada pela excessiva conectividade podem atingir até mesmo a personalidade do trabalhador. O chamado dano existencial que advém da impossibilidade do trabalhador de executar seus projetos de vida, conviver socialmente decorre da conduta patronal abusiva (BOUCINHAS FILHO; ALVARENGA *apud* CASSAR, 2018, p.64-65).

A frustração de metas pessoais e profissionais é relacionada a constante conectividade pois esse trabalhador deixa de *“buscar aperfeiçoamento profissional, ou ingressar numa universidade, e acaba por deixar de lado sonhos e projetos de desenvolvimento pessoal”* (GRAMINHO, 2019, p.85)

Souto (2003, p. 20) relaciona o problema da ausência da desconexão do trabalho a uma questão de responsabilidade social:

Dizem que Deus criou o homem à sua imagem e semelhança. O homem, por sua vez, criou a máquina, mas esta, sem que se perceba, está recriando o homem à sua imagem e semelhança. Na era da informática, o homem está sendo transformado em sua essência: está se criando o homem cibernético. Se não for, portanto, por uma questão de responsabilidade social, que se pense no problema da desconexão do trabalho, então, como uma forma do homem (enquanto gênero humano) encontrar-se a si mesmo, para que consiga ser pai, mãe, filho, amigo; para que leia livros, assista filmes etc.; para que tenha tempo para rir, chorar, se emocionar... Não se adquire a plenitude do ser sem o sentimento.

Importa deixar claro, portanto, que não se trata de uma *“apologia ao ócio”*, mas uma questão de equilíbrio diante do mundo moderno onde parte da população não tem acesso ao trabalho e outra parcela está se matando de tanto trabalhar, sendo que os riscos estão em ambas as situações. (SOUTO, 2003, p.21)

É preciso lembrar que direito ao trabalho é envolvido por diversos princípios humanísticos e sociais: *princípio da dignidade da pessoa humana, princípio da valorização do trabalho e do emprego, princípio do bem-estar individual e social e princípio da vedação do retrocesso social.* (DELGADO *apud* SOUSA, 2019, p. 102)

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

E por essa razão o desrespeito ao descanso do trabalhador e a ausência do direito a desconexão no contexto moderno deve ser recriminada pelo Estado não apenas por normas proibitivas extraídas de princípios e normas constitucionais, mas também por mecanismos de caráter retributivo, inibitório como forma de desincentivar e indenizar o trabalhador lesado.

O principal mecanismo com caráter reparatório decorrente da longa conectividade do trabalhador atualmente aplicado pelo Tribunal Superior do Trabalho é a interpretação analógica do Art. 244, §2º da CLT e a Súmula 428 do TST. (FERREIRA, 2017, p.43)

Art. 244. (...)

§ 2º Considera-se de "sobreaviso" o empregado efetivo, que permanecer em sua própria casa, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço. Cada escala de "sobreaviso" será, no máximo, de vinte e quatro horas. As horas de "sobreaviso", para todos os efeitos, serão contadas à razão de 1/3 (um terço) do salário normal.

Súmula nº 428 do TST

SOBREAVISO APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 244, § 2º DA CLT (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012

I - O uso de instrumentos telemáticos ou informatizados fornecidos pela empresa ao empregado, por si só, não caracteriza o regime de sobreaviso.

II - Considera-se em sobreaviso o empregado que, à distância e submetido a controle patronal por instrumentos telemáticos ou informatizados, permanecer em regime de plantão ou equivalente, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço durante o período de descanso.

A analogia promove a extensão da norma prevista para um caso legalmente regulamentado para outro semelhante que ainda não possui amparo legal fazendo com que nessa interpretação lógica de decisão seja integrado o ordenamento jurídico. (LEITE, 2019, p.135)

Considerando que o Teletrabalho pode ser prestado em qualquer lugar pois ocorre em ambiente virtual, o inciso II da Súmula 428 do TST traz um amparo aos teletrabalhadores que ficam subordinados através da conectividade extrema que o §2º do Art. 244 da CLT não tutela tendo em vista que exige a prestação de serviços em domicílio.

Essa evolução do entendimento do TST, segundo Carlos Henrique Bezerra Leite, está em sintonia com a eficácia horizontal e imediata dos direitos fundamentais, entre eles o direito ao lazer. (2018, p.234)

Face ao exposto, aduz (CASSAR, 2010, p. 163), que o tempo que o empregado permanece aguardando as ordens em regime de sobreaviso é remunerado em 1/3 da hora normal, e caso precisar resolver questões da empresa é considerado tempo de trabalho que ultrapassado o limite legal será remunerado como hora extra.

Os Tribunais têm deferido também indenizações pelo dano existencial como espécie do gênero dano moral quando o lazer é impossibilitado pela jornada exaustiva ainda mais reafirmada na sociedade moderna marcada pela exigência de disponibilidade “*full time*”.

Conforme explica o Desembargador Luiz Otávio Linhares Renault a atual sociedade industrial pós moderna é marcada pelo sistema “*just in time*”, pela conexão permanente, pela disponibilidade “*full time*” circunstâncias que desencadeiam dano moral existencial pois o empregado se vê impedido de dedicar-se a atividades da vida privada acarretando infelicidade na medida em que “*Quem somente trabalha, dificilmente é feliz; também não é feliz quem apenas se diverte; a vida é um ponto de equilíbrio entre o trabalho e o lazer, de modo que as férias, por exemplo, constituem importante instituto trabalhista*” (TRT -3 – RO: 0011884-91.2015.5.03.0163. Relator: Luiz Otávio Linhares Renault. 1ª Turma. Data de publicação: 02/08/2017)

Decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região prolatada pela Desembargadora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva reflete que a exigência corriqueira de trabalho suplementar configura uma condição degradante que atinge a sociabilidade e a identidade do trabalhador pois a autonomia humana passa a ser comprometida pela vida subordinada ao labor (TRT – 1 – 011150-82.2015.5.01.0071. Relatora Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da Silva. Publicado no DEJT 25-04-2017).

O ato ilícito do empregador que escraviza o trabalhador com demandas de trabalho sem limitações, com exigência de disponibilidade virtual constante do obreiro, em especial diante da ascensão do teletrabalho, é responsável por frustrar projetos pessoais e direitos constitucionais como o lazer, a cultura, o descanso, a saúde e o convívio familiar.

Pelas interpretações jurisprudenciais é possível vislumbrar o esforço cada vez maior do poder judiciário na apreciação de demandas e no trabalho interpretativo sistêmico do ordenamento e dos princípios constitucionais que norteiam o direito do trabalho como forma de enfrentar os retrocessos trazidos pela Lei 13.467/2017.

Flávia Piovesan destaca que valores constitucionais funcionam como um “*postulado-guia*” na interpretação do ordenamento jurídico e a dignidade da pessoa humana é um critério orientador e valorativo para compreensão do sistema constitucional. (PIOVESAN, 2018, p.27)

Assim, esse trabalho interpretativo que tem sido realizado coaduna-se com a observância de fundamentos do Estado Democrático de Direito através do reconhecimento da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho e da livre iniciativa.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A internet e as novas formas de comunicação possibilitam um novo modelo de trabalho que demanda uma reestruturação da vida social, com novas regulamentações que venham acrescer às regras e os direitos humanos e fundamentais já consagrados em um contexto passado (SARLET, 2018, p.119)

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a pesquisa foi possível verificar que a Lei 13.467/2017 trouxe inúmeros prejuízos aos trabalhadores que exercem suas atividades no regime de teletrabalho. Oportunizou que o empregador transferisse os custos do empreendimento ao empregado; possibilitou a modificação da forma de prestação de serviços da modalidade presencial para teletrabalho através de acordo individual fechando os olhos para a hipossuficiência do trabalhador; excluiu o teletrabalhador do capítulo que regulamenta a jornada de trabalho ocasionando a consequente perda de direitos relacionados a saúde.

Foi demonstrado que a exclusão de limites na jornada do teletrabalhador não possui fundamento na atual sociedade informatizada pois os meios tecnológicos que permitem a prestação das atividades de qualquer lugar são os que também proporcionam o controle e fiscalização do empregador sobre o trabalhador.

Assim com tantos mecanismos que permitem a subordinação do trabalhador a distância e com a exigência cada vez maior de conectividade e disponibilidade “*full time*” do trabalhador a Lei 13.467/2017 refletiu grande retrocesso pois facilita uma extensão ilimitada da jornada de trabalho sem reconhecer o direito ao descanso e a desconexão do teletrabalhador.

Como forma de resguardar a dignidade do trabalhador e evitar uma nova forma de trabalho escravo, degradante e que contribui para doenças do século relacionadas a jornadas extenuantes que são ocasionadas também pela hiperconectividade como a Síndrome de *Burnout* e trabalhadores *Workaholics* o Superior Tribunal do Trabalho e os Tribunais Regionais têm realizado interpretações analógicas e sistêmicas do ordenamento, relacionando os direitos dos teletrabalhadores às normas constitucionais e internacionais de direitos humanos como forma de indenizar e reparar abusos cometidos no meio ambiente do trabalho.

O direito ao descanso, ao lazer e a desconexão não pode ser rejeitado aos teletrabalhadores, pois possui finalidades biológicas, sociais, psicológicas e humanas. O poder de controle e direção do empregador encontra limites que estão relacionados a impossibilidade de demandar serviços à distância através dos meios digitais de comunicação de forma ininterrupta, ilimitada, exigindo como consequência a disponibilidade constante do

empregado. Essa atitude frustra direitos da personalidade do trabalhador e dá direito ao teletrabalhador demandar a reparação por doenças do trabalho, dano moral existencial, sobre-jornada e horas extras.

REFERÊNCIAS

AFONSO, K. H. S. (2016). Teletrabalho: Escravidão Digital e o Dano Existencial por Lesão ao Lazer e Convívio Familiar. Revista de Artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, Marília – SP. Disponível:

[https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Teletrabalho%3A+Escravid%C3%A3o+Digital+e+o+Dano+Existencial+por+Les%C3%A3o+ao+Lazer+e+Conv%C3%ADvio+Familiar.&btnG=)

[BR&as_sdt=0%2C5&q=Teletrabalho%3A+Escravid%C3%A3o+Digital+e+o+Dano+Existencial+por+Les%C3%A3o+ao+Lazer+e+Conv%C3%ADvio+Familiar.&btnG=](https://scholar.google.com.br/scholar?hl=pt-BR&as_sdt=0%2C5&q=Teletrabalho%3A+Escravid%C3%A3o+Digital+e+o+Dano+Existencial+por+Les%C3%A3o+ao+Lazer+e+Conv%C3%ADvio+Familiar.&btnG=). Acesso em 26.01.2021;

BEZERRA, Leite, Carlos H. Curso de direito do trabalho. Editora Saraiva, 2018;

BRASIL. Constituição (1998). Emenda constitucional n. 9, de 9 de novembro de 1995. Lex: legislação federal e marginalia. São Paulo, v. 59, p. 1966, out./dez. 1995;

BRASIL. Decreto 3.048/99. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso: 19/03/2021;

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Protocolo de São Salvador, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3321.htm. Acesso: 19/03/2021;

BRASIL. Lei 12.551 de 15 de dezembro de 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12551.htm. Acesso: 19/03/2021.

BRASIL. Lei 13.467 de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/13467.htm. Acesso: 19/03/2021;

CALVO, Pimenta, A. Manual de Direito do Trabalho. Editora Saraiva, 2020;

CASSAR, Vólia Bomfim; SANTOS, Enoque Ribeiro. Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado. Valinhos: Anhanguera Educacional, 2018;

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

CASSAR, Vólia Bomfim. Reflexos do avanço da tecnologia e da globalização nas relações de trabalho: novas profissões e métodos de execução de trabalho. Parte II. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, Rio de Janeiro, jul.-dez./2010. 2010. (p. 161-169);

COSTA, Jeanne Cristina. A exclusão do teletrabalhador do controle de jornada de trabalho à luz da Lei nº 13.46/2017. Revista Jurídica Direito & Realidade, v.8, n.11, p.12-30/2020;

FERREIRA, Thais Maciel Cathoud. Direito à Desconexão: Do direito ao descanso na era da tecnologia. Orientadora: PALMISCIANO, Ana Luisa de Souza Correia de Melo. 2017. 75f. Monografia (Graduação) – Curso de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2017. Disponível: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/11069>. Acesso: 19/03/2021;

GRAMINHO, Vivian Maria Caxambu. As novas tecnologias de informação e comunicação e o direito a desconexão do trabalhador: uma análise a partir da teoria dos direitos fundamentais. Orientador: GOLDSCHMIDT, Rodrigo. 2019. 139f. Dissertação (Mestrado) – Curso de Direito da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC. Criciúma, 2019;

MORAES, Isabele Bandeira de; ARRUDA, Maria Júlia Cabral de Vasconcelos. Admirável escravo novo? A escravidão digital x o direito à desconexão: uma análise crítica ao instituto do teletrabalho brasileiro e suas consequências para a sociedade do capitalismo cognitivo. Research, Society and Development, v. 9, n.4, e38942786, 2020 (CC BY 4.0) | ISSN 2525-3409 | DOI: <http://dx.doi.org/10.33448/rsd-v9i4.2786>;

MUCHON, Beatriz Vieira; AGUDO, Hugo Crivilim. Direito à desconexão: a tutela dos teletrabalhadores. In: ARANÃO, Adriano. NASCIMENTO, Arthur Ramos do. SOUZA, João Eder Furlan Ferreira de (Org.) Direito Constitucional Contemporâneo I. 1. Ed. Jacarezinho, PR: UENP, 2018. Anais do VIII Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito. p. 72-90;

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional, 11ed., Saraiva, 2018;

SARLET, Gabrielle Bezerra Sales; RIEFFEL, Franciele Bonho. As novas tecnologias de informação e de comunicação (TIC) e o direito à desconexão como direito humano e fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. Revista de Direitos Humanos e Efetividade | e-ISSN: 2526-0022 | Salvador | v. 4 | n. 1 | p. 115 – 134 | Jan/Jun. 2018;

SOUSA, Antonio Cesar Teixeira de. Direito ambiental do trabalho: O direito fundamental ao meio ambiente laboral sustentável e o teletrabalho no Brasil como meio de escravidão moderna. Orientadora: GRANZIERA, Maria Luiza Machado. 2019. 131f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Católica de Santos (UNISANTOS). Santos, 2019;

SOUTO, Jorge Luiz Maior. Do Direito à Desconexão do Trabalho. 2003. Disponível: https://www.jorgesoutomaior.com/uploads/5/3/9/1/53916439/do_direito_%C3%A0_desconex%C3%A3o_do_trabalho..pdf. Acesso: 01/02/2021.

GÊNERO E SEXUALIDADE NO CURRÍCULO DAS ESCOLAS PÚBLICAS BRASILEIRAS NA ATUALIDADE

Patrícia Verônica Nunes Carvalho Sobral De Souza³⁹

Fran Espinoza⁴⁰

Thayná Medeiros Melo⁴¹

1. INTRODUÇÃO

Atualmente, um dos grandes problemas enfrentados nas políticas públicas de educação é a exclusão da abordagem de gênero nas escolas brasileiras, provocada pelas políticas de enfrentamento a ideias ditas de esquerda e graças ao avanço do conservadorismo, decorrente da governança de lideranças neoliberais de direita. Isto posto, além das garantias fundamentais diametralmente violadas, as políticas organizacionais restam prejudicadas para a promoção da igualdade de gênero, combate ao preconceito, conscientização dos jovens quanto à violência de gênero, ao combate do machismo, da homofobia e transfobia. Daí, observa-se que os processos de marginalizações, em detrimento de condutas ou expressões que destoam do padrão hegemônico, ocorrem de forma natural na sociedade, refletindo, inclusive, no aumento das violações aos direitos das mulheres e pessoas LGBT'S no que tange à identidade e igualdade de gênero.

Em razão do recorte espacial, o objetivo central deste estudo é analisar as políticas públicas de educação no Brasil, a exemplo do Referencial Curricular Nacional para a Educação Infantil (RCNEI) e dos Parâmetros Curriculares Nacionais para o ensino fundamental (PCN) , com destaque para a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), documento este que traz a exclusão da abordagem de gênero em seu conteúdo e atua como uma mudança de paradigmas e o início de um retrocesso dos direitos da mulher e da população LGBTQIA+(Lésbicas, gays, bissexuais, queer, intersexo, assexuado e outras

³⁹ 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 Mestra em Direito Público pela Universidade Federal de Sergipe-UFS. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Público, Educação Jurídica e Direitos Humanos na Contemporaneidade, CNPq-UNIT. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3725-6339>. E-mail: patncss@gmail.com.

⁴⁰ Doutor em Estudos Internacionais e Interculturais (menção Internacional), Universidade de Deusto, Sobresaliente (Espanha), Doutor em Direito, reconhecido pela Universidade Federal do Ceará, UFC. Pós-doutorado em políticas públicas na Universidade Federal do Paraná, UFP. Mestre em Estudos Internacionais de Paz, Conflito e Desenvolvimento pela la Universidade Jaume I (Espanha). É cientista político, Universidade Rafael Landívar (Guatemala).Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-7882-5449>. E-mail: espinoza.fran@gmail.com

⁴¹ Mestranda em Direitos Humanos (UNIT), especialista em Direito Civil e Processual Civil (UNIFG), especialista em Direito Previdenciário (LEGALE). Bacharel em Direito (UNIT) e advogada OAB/SE. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1644-2298>. E-mail: thaynamedeiros.adv@gmail.com

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

identidades de gênero). Com fundamento neste objetivo, questiona-se: Quais as consequências da mudança de paradigmas da grade comum curricular brasileira para com as minorias afetadas pela exclusão?

Para responder à pergunta de pesquisa e atender aos seus objetivos, utilizou-se o método qualitativo, analisando a qualidade das políticas públicas brasileiras de educação que envolvem a sexualidade desde sua vigência, fazendo-se uso da abordagem exploratória de forma a aproximar-se do tema e identificar as possíveis razões da exclusão da abordagem de gênero da base nacional comum curricular, buscando entender as subjetividades presentes nesta problemática. Consiste, portanto, em um estudo documental via pesquisa bibliográfica em artigos, teses, legislações e doutrinas sobre as políticas públicas de educação no Brasil e a abordagem de gênero, visto que esse instrumento permite um estudo profundo do objeto em estudo, fornecendo conhecimentos pertinentes à pesquisa.

Quanto à sua organização, o trabalho divide-se em duas partes. A primeira parte, intitulada Políticas de Educação Pública e a Abordagem de Gênero nas Escolas Brasileiras, trata sobre as políticas públicas de educação quanto a abordagem de gênero, perpassando pela análise do Programa Nacional de Direitos Humanos, dos Parâmetros Curriculares Nacionais; do Conselho Nacional de Combate à Discriminação Programa Brasil sem Homofobia e a Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD). Enquanto a segunda parte do artigo, preleciona acerca do retrocesso das políticas públicas educacionais de gênero e diversidade sexual e a ascensão do Movimento Escola sem Partido e sem gênero.

2. POLÍTICAS DE EDUCAÇÃO PÚBLICA E A ABORDAGEM DO GÊNERO NAS ESCOLAS BRASILEIRAS

As propostas da abordagem da Educação Sexual nas escolas foram registradas pela primeira vez no Brasil entre os séculos XIX e XX. Em países da Europa, tais como Itália, França, Portugal e Inglaterra, essas ideias já vinham sendo difundidas, devido ao investimento em pesquisas sobre o corpo feminino e reprodução humana que a medicina realizava. Tais pesquisas transformaram os corpos humanos que, anteriormente eram vistos como duas versões de um único corpo, e passaram a ser lidos como seres totalmente opostos, dotados de diferenças irreconciliáveis. Esta diferenciação biológica entre homens e mulheres, transbordou a medicina e adentrou na política e tornou-se justificativa para a desigualdade de direitos. (BASTOS; CRUZ; DANTAS, 2018).

É perceptível que as propostas pioneiras, no que diz respeito à Educação sexual nas escolas, surgem, sobretudo, como um mecanismo de controle das mulheres e crianças, mas

também como uma resposta às reivindicações do movimento feminista. (BASTOS; CRUZ; DANTAS, 2018).

Ao longo do tempo, diversas políticas públicas ligadas à Educação foram criadas no Brasil. Na pesquisa em questão, trata-se mais especificamente das políticas públicas em educação que envolvem gênero. Mas primeiramente, é importante esclarecer o conceito de gênero.

Segundo Beauvoir (1975), “não se nasce mulher, torna-se mulher”. Nenhum destino biológico, psíquico, econômico define a forma que a fêmea humana assume no seio da sociedade [...].”

Porém, o ingresso do termo no feminismo foi permeado por debates e controvérsias, presentes até hoje. Algumas participantes do movimento feminista alegam que a categoria gênero inviabiliza a categoria mulher. Em contrapartida, gênero não é sinônimo de mulher, visto que homens e mulheres possuem gênero. (COLLING, 2018).

O conceito de gênero como é conhecido hoje, fora criado por Robert Stoller, e consiste não somente como papel social, mas é atribuído a uma pessoa que pode possuir um sexo e não o refletir na sua identidade de gênero. (SILVA; MACIEL; BRABO, 2019).

Para Guacira Lopes Louro dirigir-se ao caráter ‘fundamentalmente social’, “não há, contudo, a pretensão de negar que o gênero se constitui com ou sobre corpos sexuais, ou seja, não é negada a biologia, mas enfatiza, deliberadamente, a construção social e histórica produzida sobre as características biológicas.” (LOURO, 1997, p. 14-36).

Não significa dizer que o conceito de gênero consiste na construção de papéis masculinos e femininos, pois trata-se de padrões ou regras arbitrárias estabelecidas pela sociedade que definem comportamentos ideais. A depender da sociedade em análise os papéis esperados como masculinos ou femininos podem variar, caracterizando uma concepção simplista do gênero. Seguir essa perspectiva exclui diversas masculinidades e feminilidades e não analisa as redes de poder envolvidas nessas relações, contribuindo para a hierarquização entre os gêneros. (LOURO, 1997).

O estudo de gênero surge como política pública pela primeira vez entre os anos 1920 a 1930, como instrumento no combate a uma epidemia de sífilis. Naquela época eram abordadas somente a fisiologia e anatomia do sistema reprodutivo humano, com a finalidade de resultar em mudanças nos comportamentos sexuais dos jovens. (SILVA; LEONI; OLIVEIRA, 2019).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

As práticas de higiene eram ressaltadas como sinônimo de modernidade e desenvolvimento do país. Esse interesse pela Educação Sexual aparece na obra de médicos brasileiros como José de Albuquerque, Antônio Austregésilo, Hernani de Irajá, que escreveram vários livros sobre o tema entre as décadas de 1920 e 1940. A discussão desses autores se pautava principalmente no combate à iniciação sexual precoce, às práticas sexuais não reprodutivas, tais como a masturbação, a homossexualidade, o sexo anal e o sexo oral e também o combate às doenças sexualmente transmissíveis (DST) chamadas, então, de doenças venéreas. A Educação Sexual era dirigida principalmente às mulheres, crianças e jovens, com indicações indiretas aos homens adultos. (SILVA; LEONI; OLIVEIRA, 2019, p. 12).

Embora a lei preveja a educação sexual no ambiente escolar desde 1928, até então mantinha um caráter higienista. A apresentação do tema transversal Orientação Sexual demonstra que, desde a década de 1970, havia a discussão sobre a necessidade da inclusão da temática da sexualidade no currículo da escola. Por se reconhecer as mudanças no comportamento dos jovens. Desde então já se reconhecia a importância dos movimentos sociais na conquista de políticas públicas educacionais, visto que se tratavam de reivindicações dos movimentos feminista e de grupos que defendiam o controle da natalidade. (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020).

A educação foi uma das pautas de enfrentamentos na redação da Constituição Federal de 1988, com um número recorde de propostas e de participação popular e de grupos organizados. A Constituição Federal assegurou em sua versão final, o dever do Estado relacionado à educação e estabeleceu princípios largamente democráticos ao ensino na escola pública brasileira: igualdade de condições para acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas; gestão democrática do ensino público. (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020).

Abordar questões de gênero e sexualidade é fundamental em uma democracia. A discussão e o diálogo são instrumentos fundamentais para o alcance da equidade de gênero, distribuição de privilégios e oportunidades. Gênero é um elemento importante nas relações sociais, e discutir o mesmo é debater relações de poder, hierarquia e vulnerabilidades, assim como as questões que envolvem as diferentes orientações sexuais.

A “vulnerabilidade” não quer dizer ser portador de alguma fraqueza, o termo tem a função de qualificar um ser que se encontra em uma situação ou posição física ou moral que o torne mais frágil do que normalmente é, ou que ele não deveria ser. Quanto à existência, a “vulnerabilidade” está relacionada com a condição humana, considerada como uma característica inerente ao ser humano. (MELKEVIK, 2017).

A vulnerabilidade deve ser tida como algo intrínseco à sociedade, não podendo / devendo ser interpretada como uma fragilidade a ser superada. Ademais, a mera inclusão de excluídos no sistema imposto pelo poder dominante também não é suficiente para resolver este dilema. (DEMETRI, 2018).

Daí surge a importância de esclarecer acerca da heterossexualidade compulsória, que consiste na exigência que todos os indivíduos sejam heterossexuais, ou seja, seria essa a única ordem social/sexual correta. A sociedade naturaliza a heterossexualidade e a torna compulsória. Isso quer dizer que se trata de imposição social implícita nas relações interpessoais. Então, mantém-se um binário entre a heterossexualidade e a homossexualidade, onde a primeira é o padrão a ser seguido e a segunda é formada por desajeitados e abjetos. (COLLING, 2018).

É importante destacar que a realização de pesquisas sobre diversidade sexual na escola também poderá contribuir para avaliar se os estudos que abrangem fatos relacionados ao tema têm considerado o gênero como uma categoria constituinte do preconceito e da homofobia.

Ademais, contribuirá também para a identificação de subsídios teórico-metodológicos voltados à formação de educadores e à implementação de políticas públicas relativas à prevenção e combate à homofobia por meio de uma perspectiva ético-política de sexualidade. (MARCON; PRUDÊNCIO; GESSER, 2016).

O primeiro Programa Nacional em Direitos Humanos (PNDH I) foi publicado por meio do Decreto Presidencial nº 1.904, de 13 de maio de 1996 (BRASIL, 1996), tendo por fundamento as resoluções da Conferência Mundial em Direitos Humanos das Nações Unidas, realizada em 1993 na cidade de Viena.

O documento atribuiu maior destaque à promoção e defesa dos direitos civis, mediante 228 propostas de ações governamentais, evidenciando a inquietação do Estado diante da integridade física, da liberdade e do espaço de cidadania de populações vulneráveis e com histórico de discriminação. No que tange à temática de gênero e diversidade sexual, esse foi o primeiro documento oficial do Estado a trazer de forma expressa o termo “homossexuais” em seu texto: Direitos Humanos são os direitos fundamentais de todas as pessoas, sejam elas mulheres, negros, homossexuais, índios, idosos, pessoas portadoras de deficiências, populações de fronteiras, estrangeiros e emigrantes, refugiados, portadores de HIV positivo, criança e adolescentes, policiais, presos, despossuídos e os que tem acesso a riqueza. Todos, enquanto pessoas devem ser respeitados e sua integridade física protegida e assegurada. (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020, p. 189-190).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

O Plano Nacional de Direitos Humanos II (PNDH II) foi criado em 2002. No novo documento o governo propõe ações com maior direcionamento quantitativo e qualitativo à questão da “orientação sexual”. Este documento traz uma seção específica sobre orientação sexual, diferentemente do documento anterior, que expunha apenas duas propostas de ação sobre outras temáticas. Inova, também, ao explicitar sobre a transexualidade, além de apresentar propostas para a regulamentação da cirurgia de “redesignação de sexo” e acerca da alteração no documento civil. (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020).

Os docentes que participaram do curso “Educando para a Diversidade”, almejando a capacitação que auxiliasse os professores a lidar com as questões de sexualidade e homofobia no ambiente escolar, tornaram-nos vulneráveis no seu local de trabalho, na relação com colegas de profissão e familiares. Notou-se que com a participação no curso de formação o fenômeno denominado “pânico moral” no qual se evidenciou um certo medo de contaminação e estimulação de uma sexualidade não hegemônica por parte dos professores. (MARCON; PRUDÊNCIO; GESSER, 2016).

É mister a resistência por parte do corpo docente. É inadmissível que silencie-diante da represália da população brasileira conservadora e preconceituosa e que se sintam acuados perante o preconceito dos pais e colegas de trabalho. Por este motivo, a conscientização e a formação do corpo docente, a participação no debate sobre as propostas e atividades realizadas na escola, na análise crítica dos livros didáticos; na denúncia das revelações pseudocientíficas que retroalimentam preconceitos e, também, nas reivindicações quanto aos direitos à diferença. (VIANNA, 2012).

Conforme preleciona Catrinck, Magalhães e Cardoso (2020), em decorrência das determinações da Constituição Federal de 1988 e da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB) de 1996, foram estabelecidos os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCN), que foi o primeiro instrumento normativo que objetivou a inserção e oficialização do tema da sexualidade e do gênero no currículo escolar da Educação Básica. Os PCNs tratam das questões sociais de forma transversal, a partir dos temas: “ ética, saúde, orientação sexual, meio ambiente e pluralidade cultural nas disciplinas curriculares do Ensino Fundamental. ” (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020, p. 190-191).

Destaca-se, que no governo Lula a diversidade passou a ser reconhecida:

[...] a partir da negociação e da representatividade no governo de diversos atores políticos, como integrantes não só de programas e projetos, mas da própria organização administrativa, ocasionando uma modificação no modelo institucional de algumas secretarias [...]. (VIANNA, 2012, p. 8).

Durante o governo Lula, a partir do ano de 2003 criaram-se várias secretarias voltadas para o reconhecimento da diversidade, a promoção da igualdade e o enfrentamento do preconceito e da discriminação. São elas: Secretaria Especial para Mulheres (SPM); Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH); Secretaria de Educação Continuada, Alfabetização e Diversidade (SECAD) e Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial (SEPPIR).

Um dos programas criados pelo governo para o combate à violência de gênero foi o Programa Brasil sem Homofobia, em 2004, após uma sucessão de discussões entre o Governo Federal e a sociedade civil organizada, objetivando promover a cidadania e os direitos humanos de LGBTQ+, buscando a equiparação de direitos e o combate à violência e à discriminação. (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020, p. 192).

A SECAD (Secretaria de Educação Continuada) também implantou e implementou importantes políticas públicas educacionais voltadas para temáticas da diversidade.

Com a oferta de cursos de formação continuada para professores da Educação Básica. Em parceria com o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) e a Secretaria de Educação a Distância (SEED), e com o apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), a SECAD implementou a Rede de Educação para a Diversidade no âmbito da Universidade Aberta do Brasil (UAB), com o objetivo de ofertar cursos a distância de formação continuada para professores, abrangendo temas da diversidade. A Rede foi instituída em nível nacional com a participação de diversas Instituições de Ensino Superior (IES) que ofertaram os cursos propostos pela Secretaria, com o objetivo de promover a formação continuada de professores da Educação Básica em temas da diversidade, que foram: Educação na Diversidade e Cidadania, Educação Integral Integrada, Educação de Jovens e Adultos, Educação para as Relações Étnico Raciais e Gênero e Diversidade na Escola. A Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes) ofertou o curso Gênero e Diversidade na Escola, por meio da educação a distância, em duas edições no período de 2009 a 2010, atingindo cerca de novecentos professores da Educação Básica. (VIANNA, 2012, p. 4).

Em contrapartida às ideias ditas de esquerda, foi criado o Movimento Escola sem Partido, em 2004 pelo advogado Miguel Nagib. Posteriormente, no ano de 2010, obteve maior destaque sobre a educação no país, transformando-se em projeto de lei no ano de 2015. O movimento Escola sem Partido está subdividido em duas vertentes:

Uma que trabalha com foco no Projeto Escola sem Partido 2(PESP), que trata em específico dos projetos de lei apresentados em âmbito municipal, estadual ou federal que objetivam traçar as condutas a serem seguidas pelos professores em sala de aula; e outra que se constitui numa associação informal, composta por pais, alunos e conselheiros “preocupados com o grau de contaminação político-ideológico das escolas brasileiras, em todos os níveis: do ensino básico ao superior.” (CATRICK; MAGALHÃES; CARDOSO, 2020, p. 195).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

As análises das políticas públicas de educação, acerca das relações sociais de gênero, demonstram um conturbado processo de negociação, que determina a supressão e/ou a concretização de reformas, planos, projetos, programas e ações implementadas. Estado e movimentos sociais, nas suas respectivas pluralidades, são influenciados por vertentes teóricas e ações coletivas circunscritas. A exemplo do Movimento de Mulheres e do Movimento Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Transgêneros (LGBTT). O segundo tem papel de destaque na propositura de projetos e programas federais e/ou estaduais relacionados à inclusão da diversidade sexual no contexto escolar. Além de influenciar setores representativos de forças internacionais. (VIANNA, 2012, p. 4).

Existe um abismo entre o que diz a política e quanto a efetividade da sua implementação, pois a maioria dos estudos concluiu que as desigualdades de gênero e a heteronormatividade continuam latentes nas escolas. (MARCON; PRUDÊNCIO; GESSER, 2016).

Conforme o consenso construído sobre a importância das políticas da diversidade, é possível considerar que ainda se constitui um amplo desafio para consolidar, na prática, a trajetória institucional em política pública de Estado. “Na mesma linha, novos conceitos – como gênero, sexualidade, homofobia, heteronormatividade – não são assumidos como definidores das políticas públicas para a educação, sejam elas federais, estaduais ou municipais”. (VIANNA, 2012, p. 11).

O ambiente escolar ainda é uma realidade que reproduz as normas hegemônicas que transformam a heterossexualidade em uma espécie de modelo único de sexualidade. A escola acaba ignorando a diversidade com o fim de silenciar essas minorias. Desta feita, se faz necessário questionar e discutir os gêneros e sexualidades a partir do lugar de construções sociais que compõem a sociedade e, conseqüentemente, a comunidade escolar. A escola deve atuar como espaço de diálogo entre essas questões. (BASTOS; CRUZ; DANTAS, 2018).

Percebe-se que apesar da educação sexual nas escolas ser permitida por lei desde a década de 20, ser discutida sua implementação na grade curricular desde a década de 70, da criação de diversos programas que buscam o respeito a diversidade, das políticas públicas de educação em gênero e sexualidade, nos últimos 10 anos houve um caminho inverso, um retrocesso no que diz respeito a essa temática, seja com o crescimento da onda conservadora da sociedade brasileira e/ou do alcance da extrema direita no poder. O episódio recente marcante, e que almeja mudar a realidade da educação plural no Brasil foi a retirada do tema de gênero da Base Comum Curricular. Exclusão essa que pode prejudicar indireta e/ou diretamente a vida de mulheres e da população LGBTQIA+.

3. MUDANÇAS E RETROCESSOS NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO E GÊNERO: ESCOLA SEM PARTIDO E ESCOLA SEM GÊNERO

Segundo preleciona Seffner (2010), existe um embate pensamento pedagógico de natureza moralmente conservadora somado a uma racionalidade neoliberal que almeja excluir da escola temas considerados políticos, ideológicos, questões de gênero e sexualidade; e, *versus*, as proposições pedagógicas que enfatizam o valor da diversidade e reconhecem o caráter de negociação entre as diferenças do espaço público. Neste sentido, os movimentos sociais que militam na mão autoritária e conservadora se identificam como “escola sem partido” e “ideologia de gênero”, e são movimentos que defendem a retirada desses temas das grades curriculares. (SEFFNER, 2018).

Atualmente, a corrente conservadora tem forte impacto nas relações de gênero, e o movimento chamado “ideologia de gênero” é uma demonstração disso. A categoria “ideologia de gênero” foi inventada por católicos dentro do contexto dos papados de João Paulo II e Bento 16. Surgiu entre os anos da década de 1990 e o início dos anos 2000. Trata-se de uma retórica reacionária antifeminista, sintonizada com o pensamento e catecismo de João Paulo II. Consiste em uma matriz neofundamentalista católica, contrária às disposições do Concílio Vaticano II. (COLLING, 2018).

A “ideologia de gênero” criada e fortalecida pela igreja católica, atualmente tornou-se objeto de políticos evangélicos e ultraconservadores no Brasil, contrapondo-se aos estudos de gênero e aos direitos dos LGBTQIA+. E tem atuado como um instrumento para disputas no campo moral. (DIP, 2021).

O movimento conservador enxerga a população LGBT como um risco ao modelo heteronormativo de família, um instrumento capaz de destruí-la na forma conhecida como moldes tradicionais familiares. (COLLING, 2018). Desta feita, durante a posse de Damares Alves como Ministra da Mulher, Família e Direitos Humanos, deu-se início a uma nova era, onde “menino veste azul, e menina veste rosa”. Tais declarações atuam como uma reação a muitas das conquistas do período. (FREITAS, 2020).

Neste sentido, a homofobia, ou seja, o medo contra os homossexuais, seria uma espécie de “terror em relação à perda do gênero”, ao pavor de não serem considerados homens e mulheres “de verdade”. (LOURO, 1997).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Recentemente foi incluída, como possível agente de violência no Disque 100 do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos ao lado de crimes causados por orientação sexual, a “ideologia de gênero”.

Essa inclusão, além de confundir os dados coletados sobre a violência causados pela homofobia (reconhecida juridicamente como crime pelo Supremo Tribunal Federal), a medida criaria um fluxo por parte do Estado para intimidar e criminalizar professores.

“Uma vez que você chama diretor e professora para dar depoimento em uma ocorrência aberta por uma denúncia anônima do Disque Direitos Humanos em uma delegacia, acabou o debate de gênero naquela escola, né? ”, questiona. E acrescenta: “É um pensamento reduzido, no sentido de uma economia reflexiva e por isso é um estereótipo preconceituoso. E como a “ideologia de gênero” se mostrou esse sintagma – ou seja junta nada com nada, é um significante vazio, portanto eu coloco tudo que eu quiser aí dentro: comunismo, homossexualidade, pedofilia, qualquer coisa do pensamento conservador cabe em “ideologia de gênero” por sua indefinição. Eles nunca definiram afinal o que é isso de fato. É um mundo de fantasia onde não tem pensamento, reflexão, contexto, história, debate”. (DIP, 2021, p.2).

O período histórico atual é adotado pela hegemonia do pensamento neoliberal. O neoliberalismo é um conjunto de valores e de medidas, tais como as privatizações, as concessões de bens públicos a entidades privadas, as parcerias entre o público e o privado, austeridade fiscal, a política do estado mínimo, a desregulamentação e flexibilização das relações de trabalho, o incremento ao empreendedorismo individual, o mercado como único exemplo de boas práticas, o estímulo ao livre comércio ao corte de despesas governamentais e o individualismo. Praticamente todos os elementos listados dizem respeito à face econômica do neoliberalismo. (SEFFNER, 2020).

O neoliberalismo ganha muita força no Brasil porque existe um terreno apropriado para as questões conservadoras. O machismo brasileiro, o colonialismo acadêmico e cultural, e uma série de outros motivos o fortalece muito. A mobilização política estabelece um pânico moral nas pessoas, atingindo, assim, o campo moral. Cabe destacar que não se trata da criação de um terror em pessoas que estão totalmente inocentes e que vão entrar nesse pânico, visto que todos possuem a sua visão de gênero e isso estrutura as suas concepções de mundo.

Os movimentos “antigênero” falam o que as pessoas já acham: “Homem nasce homem e mulher nasce mulher”. Reiteram o que está na convenção social normativa conservadora da sociedade. Não há reflexão. Trata-se de um pensamento reduzido, é um estereótipo preconceituoso. Já a “ideologia de gênero” funciona como um sintagma – ou seja, ou junta com alguma coisa ou é um significante vazio, coloca-se de tudo dentro: comunismo,

homossexualidade, pedofilia, qualquer pensamento de origem conservadora cabe na “ideologia de gênero” por conta da sua indefinição. (DIP, 2021).

Na verdade, desconstruir a polarização rígida dos gêneros é o mesmo que problematizar a oposição entre eles e também a unidade interna de cada um. É importante mencionar que no polo masculino há a presença do feminino e vice-versa, além de cada polo ser internamente fragmentado devido às inúmeras realidades interpessoais. Desconstruir é enxergar que a polarização é uma construção social e não uma condição fixa. (LOURO, 1997).

Outro destaque importante é que as escolas brasileiras têm gestão democrática, assegurada por legislações em todos os níveis, o que tem provocado embates com grupos autoritários. A gestão democrática não está relacionada apenas à eleição da direção escolar, mas também na consulta ao coletivo de alunos e alunas em questões de sociabilidade e socialização. (SEFFNER, 2020).

Um fato relevante nesse contexto é a eleição do atual presidente Jair Messias Bolsonaro, o que significou o movimento do ultraconservadorismo da sociedade como forma de governo. Na maioria dos países é difícil separar o que é governo e o que é sociedade nos movimentos antigênero. Mas no Brasil ocorre o inverso, o fomento vem quase sempre dos agentes do Estado. A própria ex-ministra Damares quando era assessora parlamentar do Magno Malta, no Congresso, já realizava reuniões com o Miguel Nagib, fundador do Escola Sem Partido. (DIP, 2021).

Então, o governo reorganizou a classificação dos crimes denunciados pelo Disque 100, de forma que o gênero foi retirado como motivação de todo o tipo de violência, não existe mais a categoria taxonômica gênero. A tentativa de estupro, violência contra a mulher, não é mais violência de gênero, é violência contra a mulher. No seu lugar, foram inseridos a “ideologia de gênero” como motivação de violência, junto com a orientação sexual. Então é possível agredir alguém motivado por orientação sexual, trata-se do crime de homofobia. É possível também agredir alguém motivado por ideologia de gênero. Tal mudança criou uma confusão nos dados, pois atrapalha a única computação de dados oficiais do Brasil, quanto à LGBTfobia.

Quanto às denúncias dos pais e responsáveis pela “ideologia de gênero” no ambiente escolar, existe a Secretaria da Criança e do Adolescente, atualmente também gerida por uma administração igualmente religiosa.

“Os conservadores promovem atentados contra o Estado Laico ao defenderem que não exista uma separação entre a Igreja e Estado”. A separação é necessária para que a

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

diversidade religiosa seja respeitada. A administração religiosa do Estado ofende o Estado Democrático de Direito e as outras religiões que não concordam com a sua visão de mundo. (COLLING, 2018).

Criou-se um Fórum de Violência Institucional que reconhece dois marcos jurídicos: O ECA e a lei 13431 de 2017. Esse Fórum foi extremamente conservador no que tange aos perigos do que eles chamam como “ideologia de gênero”, mas é sabido que, na verdade, trata-se da abordagem de gênero nas escolas. Tal secretaria tem como meta estimular pais e mães a denunciar no Disque 100 “a violência que as escolas estão fazendo com suas crianças”. (DIP, 2021).

Dentro dessa movimentação antigênero, as comissões de Justiça e de Educação do Poder Legislativo emitiram parecer favorável ao projeto que visa proibir a 'ideologia de gênero' nas escolas da rede municipal de São José dos Campos. Cabe esclarecer que o termo utilizado não é reconhecido no mundo acadêmico. É utilizado na verdade, pelos conservadores contrários aos estudos de gênero, que teorizam a diferença entre o sexo biológico e o gênero. “Os pareceres foram emitidos por relatores substitutos, já que os titulares – Juvenil Silvério (PSD), pela Comissão de Justiça, e Renato Santiago (PSDB), pela de Educação – não haviam se manifestado dentro do prazo regimental.” (SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, 2022, p. 2).

O projeto foi apresentado em novembro de 2021 pelos vereadores Milton Vieira Filho (Republicanos) e Marcelo Garcia (PTB). Na justificativa, os autores argumentam que o uso desse tipo de material nas escolas municipais “induziria” os alunos “a optarem por gêneros diferentes do correspondente àqueles com que nasceram, do ponto de vista biológico, e até se engajarem em práticas sexuais incompatíveis com sua maturidade e idade”. O projeto recebeu parecer contrário da Assessoria Jurídica da Câmara de São José, que apontou que “a fixação de normas gerais para serem aplicadas no âmbito da educação” compete apenas à União, e não aos municípios. O órgão técnico destacou ainda que pactos internacionais “reconhecem que a educação deve visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, à capacitação para a vida em sociedade e à tolerância” (SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, 2022, p. 3).

Atualmente, há um grande avanço nas políticas governamentais voltadas à garantia dos direitos sexuais e reprodutivos. Desta feita, a escola é considerada um *locus* privilegiado de valorização da diversidade de expressões de sexualidade, além da promoção da cidadania e redução da vulnerabilidade social dos jovens. Em contrapartida, autores como Alós (2011), Costa (2012), Toneli (2006), Louro (2001) e Junqueira, (2009) defendem que práticas pedagógicas que proporcionam a diversidade sexual, ao contrário do imaginário dos

defensores das políticas de gênero, têm incentivado a patologização e o preconceito às pessoas que divergem do modelo heteronormativo de sexualidade. (MARCON, 2016).

Cabe destacar também as pesquisas na área de gênero e sexualidade no ambiente escolar, pois permitiram a identificação do preconceito e o questionamento sobre as normas. Os dados coletados demonstraram altos índices de reprovação escolar, evasão escolar e sofrimento decorrente do *bullying* homofóbico/trans. (BASTOS; CRUZ; DANTAS, 2018).

As políticas públicas criam o gênero e a sexualidade, e o gênero e a sexualidade criam as políticas públicas. A educação é uma espécie de política pública, e a escola um *locus* público. A importância da democracia quer dizer a criação de ambientes que proporcionem o pluralismo democrático, a diversidade de ideias e a diversidade de gênero e de orientações sexuais, fundamentados no direito democrático da sexualidade, da cidadania sexual e de gênero, da liberdade de expressão, e também da liberdade de ensinar e aprender. (SEFFNER, 2020).

Ainda segundo Seffner (2020), há uma grande força almejando a criminalização das orientações sexuais e das performances de gênero que vão de encontro ao padrão binário, da “família tradicional brasileira”, em um contexto que hierarquiza o homem heterossexual como superior e mais importante do que a mulher heterossexual, a qual apenas passa a ter importância por estar a lado do homem. (SEFFNER, 2020).

Há um grande equívoco quanto à necessidade de existir um pai e uma mãe para constituir a personalidade de uma criança, isso é corrigido pela Psicanálise e pela Psicologia há décadas. Na verdade, é preciso que existam referências entendidas metaforicamente como masculinas ou femininas, independente do sexo ou gênero. (COLLING, 2018).

A construção desse binarismo é reiterada pela mídia através da repetição de estereótipos do que seria esperado como naturalmente feminino e masculino. Esse sistema fechado e excludente, cria homens e mulheres com papéis pré-definidos. Na escola não é muito diferente, o exercício pedagógico é um reflexo da heteronormatividade, pois está presente nas relações interpessoais, nos livros didáticos, nos exemplos, nas brincadeiras, no diálogo, inclusive até dentro dos conteúdos das disciplinas e no currículo escolar. Então, qualquer comportamento diferente da heteronormatividade sofrerá repressões e preconceitos por parte dos colegas e/ou professores e gestores escolares. (BASTOS; CRUZ. DANTAS, 2018).

Percebe-se a existência de uma violência velada contra pessoas que estejam em desacordo com corpos e/ou comportamentos que fujam dos modelos de feminilidade e masculinidade presentes na cultura em um certo tempo e espaço. É possível que indivíduos

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

heterossexuais sejam alvo de violências devido a suspeitas de comportamentos tidos como desviantes. Manifestando-se por meio de piadas, xingamentos, agressões, que são naturalizadas pela cultura escolar, e variam no tempo e no espaço. Comportamentos mudam com o tempo e a depender do lugar e da cultura nas quais estão inseridos/as, ou seja, apesar da condenação social ou religiosa das sexualidades desviantes, é a cultura que possui papel determinante para a construção de modelos sexuais de homens e mulheres.

Desconstruir o binarismo possibilita a inclusão de diferentes formas de masculinidades e feminilidades socialmente. A lógica dicotômica contrapõe um polo ao outro, ignorando todos os demais sujeitos que não se “enquadram” no binarismo. Esta “quebra” na lógica do que seria gênero rompe como o caráter heterossexual presente no conceito “gênero”. Mulheres e homens vivem diferentes feminilidades e masculinidades diversas do modelo tradicional hegemônico, na maioria das vezes não representados/as como verdadeiras/verdadeiros. (LOURO, 1997).

Percebe-se uma forte movimentação por todos os lados, por parte do grupo dos conservadores, sejam religiosos, o “centrão” ou representantes da extrema direita para conter a diversidade de gênero na sociedade, começando na escola sob argumentos de “doutrinação” ou “ideologia de gênero”, por parte dos educadores e ameaça ao conceito binário do que seria família. Reforçando estereótipos, preconceitos e indiretamente estimulando a violência de gênero.

O governo atual, antes mesmo de assumir o poder executivo, já anunciava suas pretensões: privatizar a educação pública, combater os estudos que problematizam as violências: de classe, de gênero, de sexualidades, de cidadania, de raça e dos direitos humanos. Além de intensificar o ensino técnico para o desenvolvimento de mão de obra instrumental. Nota-se com este projeto a intenção de perpetuar as desigualdades socioeconômicas e raciais presentes na sociedade brasileira. As tendências pedagógicas da educação atuam como um braço minimamente especializado a serviço do mercado de trabalho, pois moldam corpos e comportamentos com o fim de formar mão de obra industrial, com o fim da manutenção das hierarquias centralizadas no homem cisgêneros, brancos, heterossexuais, patrimonialistas, cristãos e defensores da “família tradicional brasileira.” (SOARES; FONTES, 2019).

Viu-se uma forte movimentação política *antigênero* através de mecanismos como a exclusão das questões de gênero do BNCC (Base Nacional Comum Curricular), o crescimento e fortalecimento dos defensores da pauta contra a “ideologia de gênero”, a alteração do rol de motivações do Disque 100 e até projetos de lei que buscam criminalizar

comportamento sexuais não heteronormativos. Apesar de grandes avanços nas políticas públicas de proteção a direitos sexuais e reprodutivos, é primordial a constante vigilância contra as ameaças a direitos já reconhecidos e ao avanço de retrocessos na proteção de minorias, neste caso, as mulheres e a população LGBTQIA +.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar dos avanços sobre a abordagem de temas relacionados a sexualidade na Educação Pública Brasileira, ainda se percebe, na prática, uma abordagem biologicista e heteronormativa quanto à abordagem da orientação sexual no ambiente escolar. A Exemplo do retrocesso gerado pela retirada da abordagem de gênero da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), em 2017, abrindo margem para exclusão de pautas importantes e essenciais para a formação de jovens conscientes e para a formação de uma escola plural, onde todas as subjetividades possam conviver em harmonia e respeito.

Entende-se que inserir as temáticas de gênero e sexualidade nas escolas, é um exercício da democracia. Este diálogo atua como um instrumento no alcance da equidade de gênero, na distribuição de privilégios e oportunidades. Abordar gênero e sexualidade é discutir relações sociais de gênero, relações de poder, hierarquia e vulnerabilidades.

O conservadorismo tem forte impacto nas relações de gênero, e o movimento “ideologia de gênero” é um exemplo disto. É um termo inventado por católicos que foi apropriado por partidos políticos que representam os cristãos/evangélicos e os ultraconservadores do Brasil. Este grupo enxerga a população LGBT como um risco ao modelo heteronormativo de família, capaz de destruir a família tradicional brasileira.

Hodiernamente, sob o discurso da “ideologia de gênero”, professores vêm sofrendo ameaças e denúncias por parte dos pais ou responsáveis dos alunos, pois o novo Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH) alterou a classificação das motivações das denúncias do disque 100, de forma que o gênero foi retirado como motivação de todo o tipo de violência, não existindo mais a categoria taxonômica gênero e a “ideologia de gênero” como motivação de violência, junto com a orientação sexual. Fato que tem causado confusão na coleta de dados oficiais.

Evidenciou-se também uma necessidade de melhoria na formação específica e continuada dos educadores a respeito da abordagem de gênero. Já no que diz respeito às políticas públicas de educação e gênero, observou-se que, apesar de diversas pesquisas relacionados à temática, ainda se verifica a urgência por mais pesquisas que levantem

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

nacionalmente a efetividade de sua aplicação, principalmente no contexto atual em que se encontra a sociedade.

Ademais, é fundamental a criação de mecanismos que possibilitem uma maior punibilidade dos agentes de crimes como: a homofobia e a Transfobia, recentemente (2019) considerados crimes equiparados ao Racismo, pelo Supremo Tribunal Federal, devido à dificuldade de imputação ainda existente.

É essencial também a incorporação de discussões, por iniciativa das escolas, acerca da temática de gênero, sexualidades e diversidades, reforçando mais uma vez a importância da vigência de um processo contínuo de formação e sensibilização com os educadores, além do estímulo à participação dos pais nas discussões com o fim de desmistificar preconceitos e tabus para que, assim, conheçam a urgência de uma sociedade que respeite a diversidade, pautada na igualdade de gênero entre homens e mulheres e no respeito a população LGBTQIA+.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Denise; CRUZ, Izaura; DANTAS, Marilu. Gênero, sexualidade e educação. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30888> . Acesso em: 20 jul. 2022.

CATRICK, Isabela Maria Oliveira; MAGALHÃES, Sandy Aparecida Barbosa; CARDOSO, Zilmar Santos. Políticas públicas educacionais de gênero e diversidade: avanços e retrocessos. Revista FAEBA. 2020. Disponível em: <https://revistas.uneb.br/index.php/faeaba/issue/view/478/582>. Acesso em: 01 jun. 2022.

COLLING, Leandro. Gênero e Sexualidade na atualidade. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30887> . Acesso em: 22 de jul. 2022

DEMETRI, Felipe Dutra. Corpos despossuídos: vulnerabilidade em Judith Butler. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2018.

DIP, Andrea. “Ideologia de gênero” no disque 100 pode criminalizar professores, diz pesquisador. Para professor da UFMG Marco Aurélio Prado medida indica ofensiva antigênero como política de Estado. 14 de dezembro de 2021. Disponível em: <https://apublica.org/2021/12/ideologia-de-genero-no-disque-100-pode-criminalizar-professores-diz-pesquisador/>. Acesso em: 01 jun. 2022.

FREITAS, Patrícia Fernandes Lazzaron Novais Almeida. Concepções sobre ciência na educação profissional, científica e tecnológica: uma análise interseccional em um instituto federal de educação. Tese: Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/bitstream/ri/35279/1/Tese%20Final%20Patricia%20Lazzaron.pdf> . Acesso em: 15 jul. 2022.

LOURO, Guacira Lopes. Gênero, sexualidade e educação. Uma perspectiva pós-estruturalista. Petrópolis, RJ, Vozes, 1997. p. 14-36. Disponível em: https://www.mpbpa.mp.br/sites/default/files/biblioteca/direitos-humanos/direitos-das-mulheres/artigostesesdissertacoes/questoes_de_genero/guacira_lopes_genero_26_ago_15.pdf. Acesso em: 10 jul. 2022.

MARCON, Amanda Nogara; PRUDÊNCIO, Luísa Evangelista Vieira; GESSER, Marivete. Políticas públicas relacionadas à diversidade sexual na escola. Revista Psicologia Escolar e Educacional, SP. Volume 20, Número 2, Maio/Agosto de 2016: 291-301. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pee/a/XyfXTchpMdBdRVHPzFSg47K/>. Acesso em: 01 de jun. 2022.

MELKEVIK, Bjarne. Vulnerabilidade, direito e autonomia: um ensaio sobre o sujeito de direito. *vulnérabilité, droit et autonomie. un essai sur le sujet de droit*. Rev. Fac. Direito UFMG, n. 17, pp. 641 - 673, jul/dez. Belo Horizonte. 2017.

SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, Câmara Municipal. Projeto contra 'ideologia de gênero' recebe pareceres favoráveis em São José. Embora Assessoria Jurídica da Câmara tenha apontado que proposta é inconstitucional, comissões de Justiça e de Educação se manifestaram a favor do texto, que poderá ser votado em plenário. 20 de abril em 2022. Disponível em: <https://www.ovale.com.br/nossaregiaio/politica/projeto-contras-ideologia-de-genero-recebe- pareceres-favoraveis-em-s-o-jose-1.214568> . Acesso em: 24 jun. 2022.

SEFFNER, Fernando. Sempre atrás de um buraco tem um olho: racionalidade neoliberal, autoritarismo fundamentalista, gênero e sexualidade na Educação Básica* Behind a hole there is always an eye: neoliberal rationality, fundamentalist authoritarianism, sexuality, and gender in Basic Education Siempre detrás de un hueco hay un ojo: racionalidad neoliberal, autoritarismo fundamentalista, género y sexualidad en la Educación Básica. Revista Práxis Educação. 2020. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/894/89462860034/>. Acesso em: 01 jun. 2022.

SILVA, Caio Samuel Franciscati da; LEONI, Ana Paula Leiva Brancar; OLIVEIRA, Rosemary Rodrigues de Oliveira. Base nacional comum curricular e diversidade sexual e de gênero: (des)caracterizações. base nacional común curricular y diversidad sexual y de gênero: descripciones. common national curricular base and sexual and gender diversity: descriptions. 2019. Disponível em: <https://periodicos.fclar.unesp.br/iberoamericana/article/view/12051> . Acesso em: 18 fev. 2022.

SILVA, Matheus Estevão Ferreira da; MACIEL, Talita Santana; BRABO, Antonelli Marcelino. Direitos humanos das mulheres e das pessoas lgbt: A relação agridoce entre gênero e educação em meio a desafios contemporâneos. derechos humanos de las mujeres y de las personas lgbt: la relación agridoce entre género y educación en medio a desafíos contemporâneos. human rights of women and lgbt people: the agridoce relationship between gender and education in the midst of contemporary challenges. 2019. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/educacao/article/view/4448>. Acesso em: 04 mar. 2022.

SOARES, Mayana Rocha; FONTES, Ramon. Pedagogias Transgressoras. Universidade Federal da Bahia: Salvador, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/handle/ri/30894> . Acesso em: 31 jul. 2022.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

VIANNA, Cláudia. Gênero, sexualidade e políticas públicas de educação: um diálogo com a produção acadêmica. Revista Pro-Posições. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pp/a/rW3yDdWmBRDBH89DvFTRbxG/>. Acesso em: 01 jun. 2022.

REFLEXÕES SOBRE OS FUNDAMENTOS JUSFILOSÓFICOS DA COIBIÇÃO DA FRAUDE EM ÂMBITO CRIMINAL

Júlio César Craveiro Devechi⁴²

Fábio André Guaragni⁴³

Mateus Bertoncini⁴⁴

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho acadêmico busca perquirir as razões jusfilosóficas pelas quais o ordenamento jurídico pátrio, em especial na esfera penal, coíbe a fraude e outras falsidades. A metodologia utilizada reflete-se na pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. Será abordada a legislação em vigor, com enfoque para o Código Penal e as leis que definem crimes contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, assim como o ponto de vista de pensadores clássicos e de doutrinadores contemporâneos. Haverá referência direta e reflexa a julgados sobre o tema principal deste estudo.

De início, já no tópico seguinte, serão apresentados os dispositivos legais previstos no Código Penal e na legislação penal extravagante em que a fraude se configura como elemento essencial do tipo ou que preveem o aumento ou a qualificação da pena quando o meio fraudulento é utilizado pelo agente em sua empreitada criminosa. Serão indicados, também, os tipos penais que, apesar de não preverem a fraude de forma expressa, pressupõem a sua ocorrência, ou seja, carregam consigo a descrição de uma conduta do agente voltada a ludibriar a vítima. De forma bastante breve, mas não menos importante, também serão apontados alguns dispositivos legais da lei civil em que a fraude é coibida.

Quanto ao objeto central deste ensaio, será apresentado o ponto de vista doutrinário e jurisprudencial sobre a ausência de diferença ontológica entre a fraude civil e a fraude penal, chegando-se à conclusão de que ela (fraude) nada mais é, seja em âmbito civil, seja em âmbito criminal, do que a expressão de um agir do sujeito ativo contrário à verdade e ao

⁴² Mestrando em Direito (Unicuritiba). Especialista em Direito Aplicado (EMAP/PR) e em Direito Processual Civil (IDRFB/PR). Analista Judiciário (JFPR). Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6342519258064993>. E-mail: jcdevechi@gmail.com.

⁴³ 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.

⁴⁴ Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA/ÂNIMA. Pós-Doutor pelo IGC-CDH/FDUC. Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. <http://lattes.cnpq.br/8390682026043566>.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ordenamento jurídico com o fito de ludibriar terceiros e angariar vantagens ilícitas ou moralmente reprováveis.

Após, será exposto o olhar científico — de Karl Popper — e filosófico — de Hannah Arendt — sobre a busca da verdade, enfatizando-se que a importância dada por esses pensadores ao tema está atrelada ao fato de apenas a verdade ser capaz de libertar o homem. Em contrapartida, demonstrar-se-á que a falta da verdade aprisiona a vítima na ignorância e merece, com base em ensinamentos milenares — como os de Santo Agostinho —, ser juridicamente repreendida.

2. A FRAUDE NO CÓDIGO PENAL E NA LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE

O Código Penal brasileiro (Decreto-Lei nº 2.848/1940) tipifica uma série de delitos que se consumam mediante fraude. Também há dispositivos prevendo a exasperação da pena quando, apesar de a fraude não ser um elemento essencial do tipo penal, ela se apresentar com uma carga axiológica negativa atrelada à conduta do agente em relação às circunstâncias fáticas ou às condições pessoais da vítima.

O ilícito cuja consumação envolve o agir fraudulento do sujeito ativo, por excelência, é o *estelionato*, assim tipificado na lei penal brasileira: “obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” (artigo 171, *caput*, do Código Penal). O referido crime, inclusive, está inserido em capítulo do Código Penal dedicado a ele (*estelionato*) e a outras fraudes (Capítulo VI).

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 272-273) esclarece que “o antigo direito romano desconhecia o crime hoje denominado *estelionato*. Era integrado ao *dolus malus*, que, juntamente com a *fraus* e o *metus*, constituía crime privado, produto de criação pretoriana. Na Grécia antiga a fraude era severamente reprimida”. Adiante, o mesmo autor explica que, “nas Ordenações Filipinas, o *estelionato* denominou-se ‘burla’ ou ‘inliço’ (Livro V, Título 665), e lhe era cominada a *pena de morte* quando o prejuízo fosse superior a *vinte mil-réis*”.

Rogério Greco (2013, p. 557-558) enfatiza que a fraude é “o ponto central do delito de *estelionato*” e “visa induzir ou manter a vítima em erro. *Erro* significa a concepção equivocada da realidade; é um conhecimento falso do que ocorre no mundo real. Assim, aquele que atua movido pelo erro acredita numa coisa, enquanto a realidade é outra”. A respeito da origem da palavra *estelionato*, o referido doutrinador ensina:

(...) a palavra estelionato se origina de *stellio*, ou seja, camaleão, justamente pela qualidade que tem esse animal para mudar de cor, confundindo sua presa, facilitando, assim, o bote fatal, bem como para poder fugir, também, dos seus predadores naturais, que não conseguem, em virtude de suas mutações, perceber a sua presença, tal como ocorre com o estelionatário que, em razão de seus disfarces, sejam físicos ou psíquicos, engana a vítima com sua fraude, a fim de que tenha êxito na sua empresa criminosa (GRECO, 2013, p. 559).

Nesse contexto, a fraude é elemento essencial do tipo nos ilícitos previstos nos artigos 171, *caput* e parágrafos, a 179 do Código Penal.

A fraude também aparece nessa condição em outras passagens da lei penal ordinária, a exemplo dos artigos 149-A (tráfico de pessoas), 203 (frustração de direito assegurado por lei trabalhista), 204 (frustração de lei sobre a nacionalização do trabalho), 206 (aliciamento de trabalhadores para o fim de emigração), 215 (violação sexual mediante fraude), 335 (impedimento, perturbação ou fraude de concorrência pública), 337-F (frustração do caráter competitivo de licitação), 337-I (perturbação do processo licitatório), 337-K (afastamento de licitante), 337-L (fraude em licitação ou contrato), 347 (fraude processual) e 358 (violência ou fraude em arrematação judicial), todos do Código Penal.

Como causa de exasperação da reprimenda corporal, a fraude pode ser encontrada no artigo 126, parágrafo único, do Código Penal (aborto provocado por terceiro com o consentimento da gestante, obtido mediante fraude) e como qualificadora nos crimes de furto (artigo 155, § 4º, II, e § 4º-B, do Código Penal), de mediação para servir à lascívia de outrem (artigo 227, § 2º, do Código Penal), de favorecimento da prostituição (artigo 228, § 2º, do Código Penal) e de rufianismo (artigo 230, § 2º, do Código Penal).

Outros crimes, apesar de não preverem a fraude de forma expressa, pressupõem a sua ocorrência, ou seja, a conduta do agente criminoso destinada a induzir em erro a vítima. São exemplos deles: simulação de autoridade para celebração de casamento (artigo 238 do Código Penal), moeda falsa (artigo 289 do Código Penal), falsidade documental (artigos 296 a 305 do Código Penal) e outras falsidades (artigos 306 a 311 do Código Penal).

Na legislação penal extravagante, a fraude também pode ser encontrada como elementar de tipos penais, com destaque para os vinculados ao assim denominado Direito Penal Econômico.

A título de exemplo, cita-se a Lei nº 7.492/1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. O artigo 4º, da referida lei, prevê o tipo penal de gestão fraudulenta de instituição financeira. O artigo 9º criminaliza a fraude à fiscalização ou ao

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

investidor no contexto de investimentos em títulos ou valores mobiliários e o artigo 19 tipifica a conduta de obtenção, mediante fraude, de financiamento em instituição financeira.

Sobre a gestão fraudulenta de instituição financeira (artigo 4º da Lei nº 7.492/1986), Luiz Regis Prado esclarece que “o termo *fraudulento* é elemento normativo com referência específica à possível ocorrência de uma causa de justificação. Isso significa dizer que, estando ausente esse elemento, a conduta torna-se não só atípica como permitida” (PRADO, 2021, p. 194). Adiante, explica a diferença entre a gestão fraudulenta e a gestão meramente temerária:

Distingue-se a gestão fraudulenta da gestão temerária no sentido de que “naquela se praticam atos ardilosos e bem orquestrados para a efetivação oculta de negócio naturalmente ilegal, enquanto nesta se submetem a riscos excessivos e irresponsáveis o patrimônio dos correntistas e investidores, que outrora confiaram nos freios de ousadia da Instituição Financeira” [OLIVEIRA, L. H. M. M. *Crimes de gestão fraudulenta e gestão temerária em instituição financeira*. RIL, 143, 1999, p. 51]. Assim, “na primeira, o sujeito age dissimuladamente (fraudar significa ludibriar, enganar, levar a erro, mediante ardil), operando através de artifícios engenhados para encobrir a fraude. Já na gestão temerária, o agente, em regra, atua abertamente, não necessitando de artifícios para executar as operações perdulárias ou de alto risco para o patrimônio da instituição e dos investidores” [TÓRTIMA, J. C. *Crimes contra o sistema financeiro nacional*, p. 35.] (PRADO, 2021, p. 195).

Quanto à fraude à fiscalização ou ao investidor no contexto de investimentos em títulos ou valores mobiliários (artigo 9º da Lei nº 7.492/1986), Luiz Regis Prado prossegue:

O delito do artigo 9.º da Lei 7.492/1986 se assemelha ao delito de falsidade ideológica, previsto no art. 299 do Código Penal. Porém distinguem-se em razão da especificidade do bem jurídico tutelado, uma vez que no dispositivo do Código Penal protege-se a fé pública, mais precisamente a confiabilidade dos documentos, públicos ou particulares, no que toca ao seu conteúdo ideativo, isto é, à veracidade de seu teor, enquanto no art. 9.º da lei em comento é protegida a fé pública dos documentos comprobatórios de investimentos em títulos ou valores mobiliários (PRADO, 2021, p. 209-210).

Como se vê, apesar da diferença entre os tipos penais apontada pelo doutrinador, o bem jurídico tutelado — de forma genérica — é a verdade (a fé pública). A distinção reside apenas na especificidade da natureza dos documentos fraudados no âmbito da conduta prevista no artigo 9º da Lei nº 7.492/1986.

Por fim, sobre a obtenção fraudulenta de financiamento em instituição financeira, Regis Prado destaca: “a característica marcante desse delito é a sua prática *mediante fraude*, elemento normativo jurídico, que consiste no engano malicioso ou na ação astuciosa, promovidos de má-fé, praticados por alguém com a intenção de lesar terceiros” (PRADO, 2021, p. 237).

Outro regramento penal extravagante, ligado ao Direito Penal Econômico e responsável por coibir modalidades de condutas fraudulentas, é a Lei nº 8.137/1990, definidora dos crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo.

De acordo com o seu artigo 1º, inciso II, “fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal”, constitui crime contra a ordem tributária quando há supressão ou redução de tributo, contribuição social ou qualquer acessório. Constitui crime da mesma natureza “fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo” (artigo 2º, I). De acordo com o mesmo regramento legal, fraudar preços por meio das condutas estabelecidas nas alíneas de seu artigo 7º, inciso IV, constitui crime contra as relações de consumo.

Voltando os olhos à doutrina de Luiz Regis Prado, ele explica que “na seara da sonegação fiscal, quem sonega tributos, em regra, faz uso de expedientes sofisticados, com interposição de terceiras pessoas (“fantasmas”, “testas de ferro”, “laranjas”, “pseudoproprietários”); isso porque a realização do injusto típico utiliza-se de falsidade substancial ou ideológica” (PRADO, 2021, p. 366). Em seguida, esclarece:

(...) não é suficiente para a configuração do tipo a supressão ou redução do tributo, mas exige-se também que seja consequência de um comportamento anterior fraudulento. Em geral, os delitos contra a ordem tributária têm como substrato a fraude ou a falsidade, da burla tributária ou fiscal. A falsidade é consubstancial à noção de fraude, bem por isso que o Direito Romano reconheceu o *falsum* como denominador comum ou meio qualificativo das mais variadas condutas. Nesse contexto, a ideia de fraude fiscal pode ser analisada sob duas vertentes distintas. De um lado, “há de, no essencial, reconduzir-se a uma forma especial de Burla, em cuja factualidade típica terá, consequentemente, de avultar o dano patrimonial causado ao Estado. (...)”; de outro, pode ser concebida “exclusivamente como violação dos deveres de informação e de verdade que impendem sobre o cidadão contribuinte(...)” [DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. *O crime de fraude fiscal no novo Direito Penal Tributário português* (considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções). In: Instituto de Direito Penal Econômico e Europeu. Direito Penal Econômico e Europeu, p. 420] (PRADO, 2021, p. 366-367).

Na legislação civilista, apenas a título de ilustração, também não faltam exemplos da coibição jurídica da fraude.

O Código Civil (Lei nº 10.406/2002) dedica os artigos 158 a 165 à disciplina da “fraude contra credores”. No artigo 166, inciso VI, considera-se nulo o negócio jurídico quando ele tiver por objetivo fraudar lei imperativa. De acordo com o artigo 171, inciso II, é anulável o negócio jurídico por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

ou fraude contra credores. Pelo artigo 1.814, são excluídos da sucessão os herdeiros ou legatários que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de dispor livremente de seus bens por ato de última vontade.

O atual Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), ainda, traz uma série de disposições legais sobre a caracterização da "fraude à execução", em especial no artigo 792.

Como se pode observar, a coibição da fraude é objeto de grande preocupação no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive na esfera de *ultima ratio*, ou seja, no âmbito criminal. No próximo tópico, buscar-se-á identificar as razões e os fundamentos jusfilosóficos para essa preocupação.

3. REFLEXÕES JUSFILOSÓFICAS SOBRE A COIBIÇÃO CRIMINAL DA FRAUDE

Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 275-277) esclarece que a fraude civil e a fraude penal são ontologicamente iguais, pois “não há *critério científico* que abstrata ou concretamente distinga, com segurança, uma fraude da outra”. Assim, “somente razões político-criminais podem justificar a separação, em termos de direito positivo, entre fraude civil e fraude penal”.

Rogério Greco (2013, p. 557), da mesma forma, sinaliza que “não existe diferença entre a fraude civil e a fraude penal. Só há uma fraude. Trata-se de uma questão de qualidade ou grau, determinada pelas circunstâncias da situação concreta (...) (TJRS, Ap. Crim. 70013151618, 7ª Câmb. Crim., Rel. Sylvio Baptista Neto, j. 22/12/2005)”.

José Paulo Baltazar Júnior (2014, p. 204) revela que esse posicionamento já foi manifestado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do *Habeas Corpus* nº 76.106: “inexiste diferença ontológica entre fraude penal e fraude civil (STJ, HC 76106, Fischer, 5ª T, u., 14.6.07), mas mera diferença de grau, o que vai ao encontro da assertiva de que há um princípio de boa-fé objetiva a reger a vida de relação [social]”.

Da ementa do referido julgado, extraem-se mais detalhes sobre a percepção daquele órgão colegiado superior: “ontologicamente não há qualquer distinção entre a fraude civil e a fraude penal, é dizer, uma e outra estão reunidas num mesmo conceito: utilização de meios fraudulentos para a obtenção de vantagem ilícita em prejuízo alheio”. Outrossim, “não há, por assim dizer, diferenças estruturais entre a lesão patrimonial *per fraudem* realizada quer na esfera civil, quer na esfera penal. A fraude é uma só!” (BRASIL, 2007).

No voto condutor do acórdão unânime, o Ministro Felix Fischer ainda esclareceu:

O cerne da controvérsia (...) gira em torno de questão, por demais interessante a respeito da diferenciação entre a fraude civil e a fraude penal. Ora, diante da existência no *jus positum* da fraude civil e da fraude penal, discutiu-se na doutrina qual seria a diferença entre tais modalidades (Luiz Régis Prado *in* "Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 2 - Parte Especial - arts. 121 a 183", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, pág. 552). Várias teorias foram formuladas, sem que, contudo, qualquer delas tenha satisfatoriamente apresentado um critério diferenciador científico seguro e convincente, tanto que Nelson Hungria (*in* "Comentários ao Código Penal - Volume VII", Ed. Forense, 4ª edição, 1980, pág. 191) após uma extensa explicitação de tais teorias conclui no sentido de que apenas critérios elucidativos podem ser preestabelecidos e chega a propor o seguinte: "o critério que nos parece menos precário é o que pode ser assim fixado: há quase sempre fraude penal quando, relativamente idôneo o meio iludente, se descobre, na investigação retrospectiva do fato, a idéia preconcebida, o propósito *ab initio* da frustração do equivalente econômico. Tirante a hipótese do artil grosseiro, a que a vítima se tenha rendido por indesculpável inadvertência ou omissão de sua habitual prudência, o inadimplemento preordenado ou preconcebido é talvez o menos incerto dos sinais orientadores na fixação de uma linha divisória nesse terreno contestado da fraude." Hodiernamente, entretanto, tal discussão, vem perdendo cada vez mais o seu espaço (José Henrique Pierangeli *in* "Manual de Direito Penal Brasileiro - Parte Especial - arts. 121 a 234", Ed. Revista dos Tribunais, 2ª edição, 2005, pág. 498) por uma razão muito simples, vejamos. Ontologicamente não há qualquer distinção entre a fraude civil e a fraude penal, é dizer, uma e outra estão enfeixadas num mesmo conceito: malicioso engano, referido a uma locupletação injusta (Nelson Hungria *in* "Comentários ao Código Penal - Volume VII", Ed. Forense, 4ª edição, 1980, pág. 172), não há por assim dizer, diferenças estruturais entre a lesão patrimonial *per fraudem* realizada na esfera civil e na esfera penal. A fraude é uma só (Fernando Capez *in* "Curso de Direito Penal - Parte Especial - Volume 2", Ed. Saraiva, 2003, pág. 477)! Na mesma linha de intelecção Luiz Régis Prado (*in* "Curso de Direito Penal Brasileiro - Volume 2 - Parte Especial - arts. 121 a 183", Ed. Revista dos Tribunais, 5ª edição, 2006, pág. 553) para quem, na realidade a fraude é única e a propalada diferença é apenas de grau, de quantidade (BRASIL, 2007).

A fraude, seja no âmbito criminal, seja no âmbito civil, nada mais é do que a expressão de uma *mentira dolosa e qualificada*, ou seja, um agir do sujeito ativo contrário à verdade e ao ordenamento jurídico com o fito de ludibriar terceiros e, com essa atuação maliciosa, artil e torpe, angariar vantagens ilícitas ou moralmente reprováveis.

A busca da verdade sempre foi o foco de grandes pensadores, estudiosos e cientistas. Karl Popper, por exemplo, chegou a desenvolver um método científico próprio, denominado *hipotético-dedutivo*, para se aproximar ao máximo dela (verdade). Sobre ele, Orides Mezzaroba e Cláudia Servilha Monteiro (2019, p. 90-92) destacam:

Este pensador [Karl Popper] promoveu uma crítica radical ao método indutivo, então método de adoção hegemônica nas investigações científicas, afirmando que a Ciência não é capaz de atingir a essência da verdade, mas tão somente da probabilidade (...). Para que uma teoria seja considerada consistente, seria necessário submetê-la a rigoroso processo de *falseamento* ou *refutabilidade*, isto é, à verificação empírica das hipóteses de modo a corroborá-las ou refutá-las (...). Popper indica, então, os seguintes procedimentos sucessivos a serem obedecidos pelo pesquisador que opta pelo método hipotético-dedutivo: a verificação do problema; a formulação das hipóteses de sua solução (conjecturas); e a condução do processo de falseamento ou corroboração das hipóteses.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Hannah Arendt, em sua derradeira obra **A vida do espírito**, traz reflexões sobre o pensamento humano. Ao tratar do verdadeiro ser e da mera aparência, ressalta que “para descobrir o que realmente é [a verdade], o filósofo deve deixar o mundo das aparências entre as quais ele natural e originalmente se encontra em casa” (ARENDT, 2000, p. 20). Adiante, explica:

Em outras palavras, quando o filósofo se retira do mundo dado aos nossos sentidos e faz meia-volta (a *periagoge* de Platão) em direção à vida do espírito, ele se orienta pelo primeiro em busca de algo que lhe seria revelado e que explicaria sua verdade subjacente. Essa verdade – *a-letheia*, o que é revelado (Heidegger) – pode ser concebida unicamente como outra “aparência”, outro fenômeno originalmente oculto, mas de ordem supostamente mais elevada, o que indica a predominância última da aparência (...). Coisa bastante semelhante parece ser verdade para a ciência, especialmente para a ciência moderna que – de acordo com uma antiga observação de Marx – está de tal modo fundada na cisão entre Ser e Aparência que não é mais necessário o esforço individual e particular do filósofo para chegar a alguma “verdade” por sob as aparências (ARENDT, 2000, p. 20).

Para Arendt (2000, p. 48), ainda, “a verdade é aquilo que somos compelidos a admitir pela natureza dos nossos sentidos ou do nosso cérebro”, pois “a proposição de que todos que são ‘estavam destinados a ser’ pode ser facilmente refutada; mas a certeza do eu ‘estava destinado a ser’ sobreviverá intacta à refutação, porque é inerente a toda reflexão em que o pensamento se ocupa do eu-sou”.

No mesmo contexto, por outro lado, a autora esclarece que “quando distingo verdade e significado, conhecimento e pensamento, e quando insisto na importância dessa distinção, não quero negar a conexão entre a busca de significado do pensamento e a busca da verdade do conhecimento” (ARENDT, 2000, p. 48).

Como se pode observar nos ensinamentos de Karl Popper e de Hannah Arendt, a busca da verdade é uma inquietação comum à ciência e à filosofia. Isso ocorre, pois apenas a verdade é capaz de libertar o homem.

Da forma bem destacada pelo professor Clayton Reis, em obra dedicada a estudar o julgamento, pelo Tribunal da Inquisição, do físico, matemático, astrônomo e filósofo italiano Galileu Galilei, “(...) após a morte de Galileu, o mundo mudou. E ao mudar, libertou as pessoas, na direção do ensinamento do Galileu que havia profetizado: *conhecereis a verdade e ela vos libertará*”. O professor alerta, ainda, que “somente seremos livres se tivermos conhecimento da realidade que nos envolve, compreendendo de forma racional e inteligente, das pessoas com as quais nos relacionamos e dos fatos presentes no mundo que nos envolve” (REIS, 2018, p. 161).

Por essa razão, então, é que o oposto a essa verdade libertadora, incansavelmente perquirida pela ciência e pela filosofia, é motivo de tanta preocupação no âmbito do ordenamento jurídico.

A *mentira* e — na seara jurídica — a *fraude* se opõem à liberdade e aprisionam a vítima na ignorância e na falsa percepção da realidade. Sobre o tema, cita-se novamente a doutrina do professor Clayton Reis (2018, p. 165): “o homem é vítima da ausência do saber, tornando-se, por consequência dessa realidade, prisioneiro do desconhecido e aberto às concepções pré-conceituais. Por consequência, na medida em que se desenvolve seu conhecimento, torna-se livre para pensar e agir de forma consciente dos efeitos decorrentes de sua ação”.

A reprovabilidade jurídica da fraude busca, em sua gênese jusfilosófica, portanto, coibir a mentira que aprisiona a vítima e dela furta a liberdade de pensamento racional sobre a realidade genuína. Especificamente no âmbito criminal — foco deste ensaio —, essa conduta é ainda mais censurável quando a vítima, por circunstâncias pessoais ou do meio em que vive, encontra-se desprovida em maior grau de processos reflexivos e analíticos e, assim, mostra-se mais vulnerável à manipulação do agente criminoso.

Na linha de raciocínio, Rogério Greco (2013, p. 558) esclarece que “o agente, mediante sua fraude, cria no espírito da vítima um sentimento que não condiz com a realidade” ou, “mesmo sabendo que a vítima tinha um conhecimento equivocado da realidade, a mantém nessa situação”.

Em suma, o sujeito ativo do ilícito constrói, de forma maliciosa e ardil, uma mentira ou, valendo-se dessa mesma malícia e ardileza, mantém a vítima em erro, afastando-a da verdade e aprisionando-a na ignorância.

Para Santo Agostinho (2021, p. 8-9), “diz uma mentira quem tem uma coisa em sua mente e enuncia outra por meio de palavras ou quaisquer outros signos. Daí que se diga que o coração do mentiroso é duplo, ou seja, que nele existe um raciocínio duplo: pensa ou sabe a verdade de uma coisa, mas não a exprime, e diz outra no lugar daquela, sabendo ou pensando que é falsa”. O mesmo pensador defende: “assim como a verdade liberta de todo erro, a falsidade implica nele”.

Além disso, Santo Agostinho ressalta que a mentira apenas está presente quando a falsidade está ligada à vontade do emissor da mensagem em enganar o seu interlocutor. Por outro lado, quando está ausente a vontade de enganar, a mentira também está inteiramente ausente, pois apenas “um enunciado falso proferido com a vontade de enganar é uma mentira manifesta” (AGOSTINHO, 2021, p. 13).

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

Sobre a punição dos mentirosos nas Sagradas Escrituras, esclarece:

(...) mentira é uma iniquidade, com base em muitos documentos das Sagradas Letras, principalmente nesta citação: *Odiaste, Senhor, todos os que operam a iniquidade; destróis todos os que falam a mentira*. As Escrituras costumam esclarecer um trecho anterior com outro posterior. Se, por um lado, *iniquidade* é um termo de significado mais genérico, entendemos que *mentira* significa somente uma espécie de iniquidade; por outro lado, considerando-se a diferença de significado entre os verbos, a mentira se coloca como algo ainda pior, porque *destróis* é mais grave que *odeias*. Porque talvez Deus odeie alguém em grau menor, a ponto de não o destruir. Mas a quem Ele destrói, tanto puniu mais severamente quanto odiou com mais veemência. De fato, Ele odeia todos os que praticam a iniquidade, mas destrói os que mentem (AGOSTINHO, 2021, p. 18-19).

A repreensão cristã à mentira, na visão filosófica de Santo Agostinho, não se restringe ao enunciado do Nono Mandamento: "não dirás falso testemunho contra o teu próximo" (Êxodo 20:16). Trata-se, ao contrário, da mais elevada forma de punição divina, pois torna o mentiroso fadado à destruição ou à perda da vida eterna: "a boca que mente, mata a alma" (AGOSTINHO, 2021, p. 19).

Por fim, é importante expor que o conceito de verdade na filosofia evoluiu, distanciando-se da concepção apresentada pela patrística. Tradicionalmente, a epistemologia sugere a divisão da maneira como se enxerga a verdade em perspectiva ontológica — em que a verdade está no objeto — e em perspectiva idealista — em que a verdade está na mente humana, projetada sobre os objetos. No âmbito da filosofia da linguagem — em pretensa superação desta dicotomia epistêmica —, a verdade passou a ser tratada como consenso entre agentes comunicantes, sem ligação com o estado mental do agente, ou seja, com a exigência de correspondência entre o que ele verbaliza e o que se passa de fato em sua mente. Para Richard Rorty, a linguagem representa “um tecido contínuo, que podemos apanhar renunciando a todas as distinções tradicionais” (ENGEL; RORTY, 2008, p. 53).

Nesse aspecto, “são vazios de sentido a noção realista tradicional de verdade como correspondência de nossos enunciados, juízos ou proposições com a realidade ou ‘os fatos’ e, em geral, toda teoria do pensamento como representação da realidade” (ENGEL; RORTY, 2008, p. 18). Nesta perspectiva, a filosofia da linguagem rechaça a perspectiva epistêmica orientada à ontologia.

Lado outro, a apresentação da verdade como consenso linguístico, obtido a partir da imersão no emaranhado de signos componente do “tecido contínuo”, desloca-se da perspectiva epistêmica idealista, centrada na mente do sujeito (*ego*). Dirige-se ao constructo da verdade como dado intersubjetivo, obtido pela comunhão significativa entre emissor e receptor de uma ação comunicativa. Forja-se a verdade pela similaridade de uso do signo

entre os agentes envolvidos na comunicação. Afasta-se a verdade como expressão de um estado mental. Concebe-se-a como justificação, resultante do antecitado consenso entre interlocutores:

O problema não é tornar verdadeiros nossos enunciados, mas justificá-los, e não há distinção a ser feita entre verdade e justificação. A justificação nada mais é do que o acordo entre os membros de um grupo ou de uma comunidade (...) (ENGEL; RORTY, 2008, p. 19). Não temos meios de estabelecer a verdade de uma crença ou o caráter apropriado de uma ação de outro modo que nos referindo aos elementos de justificação em relação aos quais nós nos condicionamos, em especial quando tentamos vencer as objeções que os outros opõem a nossas crenças ou ações (ENGEL; RORTY, 2008, p. 67).

Por esse ângulo, a identificação da fraude tratada neste trabalho decorre de um consenso, que se verifica quando agentes comunicativos chegam à conclusão de que os fatos, pelas suas circunstâncias, comunicam uma defraudação, isto é, um afastamento da verdade. Não se verificando esse consenso, o debate poderá ser encerrado por um ato de força, como uma sentença judicial. Nesse ato, o magistrado se convence da fraude enquanto verdade a partir da entrada em consenso com outro agente comunicativo — eventualmente com o Ministério Público na posição de titular da ação penal — ou da ausência dessa fraude ao entrar em consenso, por exemplo, com os argumentos da defesa.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o objetivo de perquirir as razões jusfilosóficas pelas quais o ordenamento jurídico coíbe a fraude, em especial no âmbito criminal, iniciou-se este trabalho acadêmico com a apresentação dos principais dispositivos legais vinculados ao tema.

No Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848/1940), foram identificadas, ao menos, três dezenas de delitos que (i) se consumam mediante fraude; (ii) prevêm a exasperação da pena; (iii) qualificam o ilícito; ou (iv) de forma reflexa, pressupõem a utilização de expedientes enganosos pelo sujeito ativo. Nesse contexto, deu-se enfoque a uma análise mais aprofundada do crime de estelionato, que, por excelência, envolve o uso de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento em sua consumação (artigo 171, *caput*, do Código Penal).

Quanto à legislação penal extravagante, foram expostos dispositivos das Leis nº 7.492/1986, definidora dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, e nº 8.137/1990, responsável por tipificar os crimes contra a ordem tributária, a ordem econômica e as relações de consumo. Nessas normas, foram reconhecidos e analisados mais seis tipos penais envolvendo a coibição da fraude em âmbito criminal.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

A título de ilustração, foram feitas referências a institutos do Código Civil (Lei nº 10.406/2002) e do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cujo objetivo central, igualmente, é a repressão da fraude.

Constatou-se, então, que a coibição da fraude é objeto de grande preocupação no ordenamento jurídico brasileiro, bem como que seu propósito é, em última análise, a proteção da verdade. Nalguns contextos, ela tem expressão no bem jurídico constituído como “fé pública”.

Na sequência, adentrou-se no tema medular deste ensaio. Revelou-se, de partida, a ausência de diferença ontológica entre a fraude civil e a fraude penal, algo expressamente reconhecido pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Verificou-se que o entendimento jurisprudencial guia-se pela busca de proteção uniforme da boa-fé objetiva, reitora das relações da vida em sociedade, bem como pelo fato de a utilização de meios fraudulentos, coibida pela norma, ser aquela voltada à obtenção de vantagens ilícitas em prejuízo alheio.

Em outras palavras, identificou-se a fraude como uma *mentira dolosa e qualificada*, isto é, o agir contrário à verdade e ao ordenamento jurídico com o fito de ludibriar terceiros e, por meio dessa atuação maliciosa, artil e torpe, angariar vantagens ilícitas ou moralmente reprováveis.

Sobre a dicotomia “mentira” *versus* “verdade”, foram expostas as ideias científicas de Karl Popper, criador do método hipotético-dedutivo, cuja principal pretensão é a de se aproximar ao máximo da verdade com o uso de processos de refutabilidade e corroboração, perspectiva afeita predominantemente às ciências duras. Do ponto de vista filosófico, foram abordados os pensamentos de Hannah Arendt na obra **A vida do espírito**.

Detectou-se, então, que a busca da verdade sempre foi uma inquietação comum à ciência e à filosofia, pois, para ambas, apenas a verdade é capaz de libertar o homem. A *mentira* e — na seara jurídica — a *fraude* se opõem a essa liberdade e aprisionam a vítima na ignorância e na falsa percepção da realidade.

Por fim, para demonstrar a preocupação milenar em relação ao tema, foram expostos os ensinamentos de Santo Agostinho sobre a intensidade da repreensão cristã à mentira, assim como uma breve apresentação do modo hodierno como se trata o conceito de verdade, enquanto consenso entre interlocutores, no âmbito da filosofia da linguagem.

Conclui-se, ao cabo, que a reprovabilidade jurídica da fraude busca, em sua gênese jusfilosófica, coibir a mentira que aprisiona a vítima e dela furta a liberdade de pensamento racional sobre a verdade genuína. A apuração dela ocorre por reconhecimento de fatos, através da

instrução processual, destinada à revelação de um discurso que tenha verossimilhança em relação aos eventos históricos, solenemente estabelecido pelo ato sentencial, como mecanismo de ruptura forçada do debate entre as partes. Caberia discutir, aqui, em que medida a sentença se afina à noção de verdade enquanto consenso entre agentes comunicantes. É tema para ulterior desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

AGOSTINHO, Santo. Sobre a mentira. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2021.

ARENDT, Hannah. A vida do espírito. 4. ed. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2000.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Crimes federais. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986. Define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7492.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 18 jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 76106/CE. Penal e Processual Penal. Habeas Corpus Substitutivo de Recurso Ordinário. Art. 171, caput, do Código Penal. Trancamento da Ação Penal. Ausência de Justa Causa. Inépcia da Denúncia. Inocorrência. Alegação de Ocorrência de Mero Inadimplemento Contratual. Fraude Civil e Fraude Penal. Relator: Ministro Felix Fischer, 14 de junho de 2007. Disponível em https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=200700200882&dt_publicacao=24/09/2007. Acesso em 18 jan. 2022.

ENGEL, Pascal; RORTY, Richard. Para que serve a verdade? São Paulo: Editora Unesp, 2008.

DESAFIOS PARA A CONCREÇÃO CONSTITUCIONAL

GRECO, Rogério. Código penal comentado. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

MEZZAROBÀ, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. Manual de metodologia da pesquisa no direito. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PRADO, Luiz Regis. Direito penal econômico. 9. ed. Rio de Janeiro: 2021.

REIS, Clayton. Galileu Galilei: a Ciência no banco dos réus. Curitiba: Juruá, 2018.

RORTY, Richard. Filosofia como política cultural. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

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:

