

conceito jurídico

ano IV | dezembro de 2020 | nº 48

 zakarewicz
editora



**2020 sob a análise de
Especialistas**

ASSINE

conceito jurídico

À frente dos grandes
temas jurídicos



conceito jurídico

EDITORA E DIRETORA RESPONSÁVEL: Adriana Zakarewicz

Conselho Editorial: Almir Pazzianotto Pinto, Antônio Souza Prudente, Esdras Dantas de Souza, Habib Tamer Badião, José Augusto Delgado, José Janguê Bezerra Diniz, Kiyoshi Harada, Luiz Flávio Borges D'Urso, Luiz Otavio de O. Amaral, Otavio Brito Lopes, Palhares Moreira Reis, Sérgio Habib, Wálteno Marques da Silva

Diretores para Assuntos Internacionais: Edmundo Oliveira e Johannes Gerrit Cornelis van Aggelen

Colaboradores: Alexandre de Moraes, Álvaro Lazzarini, Anderson Couto do Amaral, Antônio Carlos de Oliveira, Antônio José de Barros Levenhagen, Aramis Nassif, Arion Sayão Romita, Armand F. Pereira, Arnoldo Wald, Benedito Calheiros Bonfim, Benjamim Zymier, Cândido Furtado Maia Neto, Carlos Alberto Silveira Lenzi, Carlos Fernando Mathias de Souza, Carlos Pinto C. Motta, Décio de Oliveira Santos Júnior, Eliana Calmon, Fátima Nancy Andrichi, Fernando Tourinho Filho, Fernando da Costa Tourinho Neto, Georgenor de Souza Franco Filho, Geraldo Guedes, Gilmar Ferreira Mendes, Gina Copola, Gustavo Filipe B. Garcia, Humberto Theodoro Jr., Inocêncio Mártires Coelho, Ivan Barbosa Rigolin, Ives Gandra da Silva Martins, Ivo Dantas, Jessé Torres Pereira Junior, J. E. Carreira Alvim, João Batista Brito Pereira, João Oreste Dalazen, Joaquim de Campos Martins, Jorge Ulisses Jacoby Fernandes, José Alberto Couto Maciel, José Carlos Arouca, José Carlos Barbosa Moreira, José Luciano de Castilho Pereira, José Manuel de Arruda Alvim Neto, Líbero Penello Filho, Lincoln Magalhães da Rocha, Luiz Flávio Gomes, Marco Aurélio Mello, Maria Cristina Irigoyen Peduzzi, Mário Antonio Lobato de Paiva, Marli Aparecida da Silva Siqueira, Néelson Nery Jr., Reis Friede, René Ariel Dotti, Ricardo Luiz Alves, Roberto Davis, Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson, Tereza Alvim, Tereza Rodrigues Vieira, Toshio Mukai, Vantuil Abdala, Vicente de Paulo Saraiva, William Douglas, Youssef S. Cahali.

Diretor Geral: André Luis Marques Viana

Revisão: ZK Editora

Arte e Diagramação: Charles Design

Marketing: Diego Zakarewicz

CENTRAL DE ATENDIMENTO AO CLIENTE

Tel. (61) 3263-1362

Redação e Correspondência

artigos@zkeditora.com.br

Revista Conceito Jurídico é uma publicação da Zakarewicz Editora. As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista.

ANÚNCIOS

comercial@zkeditora.com.br

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS

Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo.

APROVEITE NOSSAS PROMOÇÕES

LEITURA INDISPENSÁVEL
PARA QUEM QUER ESTAR
EM SINTONIA COM AS
TENDÊNCIAS DO
MUNDO JURÍDICO



zakarewicz
editora



Aos Colaborares

No ano de 2020, nos foram impostos enormes desafios, com grave crise sanitária, econômica e social.

Para encerrar o ano que ficará para a história da humanidade, convidamos Especialistas com diferentes olhares para realizarem uma Edição Especial.

E como não poderia ser diferente, agradecemos aos autores que, com muita leveza, trouxeram para os nossos leitores temas difíceis que foram e que serão pauta para o ano que se inicia.

Feliz 2021!

Adriana Zakarewicz



Maria Alice Setubal



José Marcelo Zachi



Wilian Dias



Jorge Ulisses Jacoby
Fernandes



Regis Fernandes
de Oliveira



Emerson Soares Mendes



Eudes Quintino de
Oliveira Júnior



Jarbas Ricardo
Almeida Cunha



Janaina Delgado
Mõcho Alves



Thiago de Moraes Moreira



Guilherme Guimarães
Feliciano



Paulo Roberto
Lemgruber Ebert



Talita Ferreira Bastos



Jorge Cavalcante
Boucinhas Filho



Georgenor de Sousa
Franco Filho



Sérgio Henrique Salvador



Maurílio Casas Maia



Jouberto de Quadros
Pessoa Cavalcante



Rocco Antonio Rangel
Rosso Nelson



Lucas Augustus
Alves Miglioli



Rômulo de Andrade
Moreira



Tammy Fortunato



Fernando Gentil Gizzi
de Almeida Pedroso



Líbero Penello de
Carvalho Filho

6 | **Sociedade viva. Apesar de tudo, 2020 resgatou a importância da cidadania na vida coletiva**

Maria Alice Setubal e
José Marcelo Zacchi

9 | **Uma perspectiva otimista para a humanidade**

Wiliam Dias

14 | **A crise do Coronavírus impulsionando o desenvolvimento do Brasil**

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes

27 | **O Direito à Saúde no Brasil: viva o SUS Constitucional!**

Jarbas Ricardo Almeida Cunha

37 | **COVID e suas consequências no direito financeiro. O que fazer?**

Regis Fernandes de Oliveira

47 | **O Direito Comercial em Retrospectiva**

Emerson Soares Mendes

51 | **A Saúde Pública e a Bioética**

Eudes Quintino de Oliveira
Júnior

55 | **E a vida seguiu com a pandemia...**

Janaina Delgado Môcho Alves

62 | **Boas e más notícias para 2021**

Thiago de Moraes Moreira

65 | **Coronavírus e meio ambiente de trabalho: O "novo normal" no juslaboralismo**

Guilherme Guimarães Feliciano e
Paulo Roberto Lemgruber Ebert

69 | **Uma nova rotina para advocacia ou a consolidação de uma mudança inevitável? A simplicidade que resultou em aumento de produtividade**

Talita Ferreira Bastos

72 | **O Direito do Trabalho acabou, precisa ser apenas adaptado ou reinventado?**

Jorge Cavalcante Boucinhas Filho

94 | **A pandemia, o caos e o ano pós-reforma da previdência**

Sérgio Henrique Salvador

107 | **A pandemia e os motivos sociais e econômicos que justificam as alterações do contrato de trabalho "por acordo individual escrito" (MP 936 e Lei nº 14.020)**

Jouberto de Quadros P. Cavalcante e Bárbara Makhoul Ramos

136 | **Ruptura do paradigma do conhecimento estritamente especializado**

Lucas Augustus Alves Miglioli

156 | **Violência contra a mulher: retrospectiva 2020**

Tammy Fortunato

182 | **Segurança pública – estamos lutando a guerra errada?**

Líbero Penello de Carvalho Filho

85 | **Trabalho remoto, isolamento social e direito à desconexão: perspectivas para 2021**

Georgenor de Sousa Franco Filho

97 | **Defensoria Pública e Custos Vulnerabilis: o avanço da defesa dos vulneráveis em 2020**

Maurílio Casas Maia

115 | **COVID-19 e o direito trabalhista emergencial**

Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson

140 | **Do estado de direito liberal ao estado de direito social**

Rômulo de Andrade Moreira

159 | **Vidas negras importam: o movimento racial e a busca pela isonomia substancial**

Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso

Sociedade viva Apesar de tudo, 2020 resgatou a importância da cidadania na vida coletiva

■ POR MARIA ALICE SETUBAL E JOSÉ MARCELO ZACCHI

“Que a experiência do ano possa guiar-nos em novas etapas de coesão e construção públicas devidas.”



Há momentos que marcam. De forma indelével na história, 1945 será para sempre o ano de Hiroshima; 2001, do ataque às torres gêmeas em Nova York; 2020, da pandemia de Covid-19, com suas, até aqui, mais de 190 mil vidas perdidas apenas no Brasil. Mais do que uma bomba de Hiroshima e um 11 de Setembro somados.

Mas, para além da dor, 2020 foi também um ano em que o melhor de nós pôde se fazer presente. Sem que muitas vezes se pudesse notar em meio às tensões políticas e à severidade da pandemia, vivenciamos diante dela um grau inédito de mobilização cidadã em todo o país.

A soma de esforços de indivíduos, organizações da sociedade civil, empresas e outros atores sociais permitiu-nos materializar rapidamente um arco decisivo de ações para fazer frente à crise nas suas múltiplas dimensões. Da produção e distribuição de insumos médicos à cooperação com o sistema de saúde pública e a conexão do país com o esforço global de desenvolvimento de vacinas. Da provisão de alimentos e recursos de prevenção ao novo coronavírus aos grupos mais vulneráveis à mobilização pela criação do auxílio emergencial. Do suporte às redes de educação para a oferta de ensino a distância aos programas de proteção de empregos e pequenos empreendedores – e assim por diante.

Os mais de R\$ 6 bilhões mapeados pelo Monitor de Doações dão uma medida do alcance desse movimento. Mas, mais do que a cifra, seu principal valor talvez seja o de recordar-nos do lugar da cidadania na vida coletiva. É no pulsar dela, reconhecendo desafios comuns e combinando recursos, energias e competências para superá-los, que reside a condição primeira de êxito público em qualquer tempo.

Quando logramos realizar isso, com respeito mútuo e comprometimento, avançamos; quando, ao contrário, nos perdemos em intolerância e diversionismo, sucumbimos também conjuntamente. Em um momento marcado pela desconfiança na sociedade e pela instilação de um discurso oficial hostil à pluralidade e à cooperação no espaço público, o testemunho renovado da vitalidade diversa e cidadã no país é particularmente inspirador.

No marco dela, 2020 nos lega, ainda, a reafirmação de temas centrais para nossas possibilidades como país. Na medida em que isso é possível, a crueza das nossas desigualdades se fez mais evidente que nunca, e entre elas a persistência profunda do racismo, exibindo-se nos vários planos do cotidiano. Se a pandemia nos recorda da forma mais crua que ninguém existe sozinho e a fragilidade coletiva será sempre de todos, a experiência igualmente didática da vulnerabilidade humana reforça a centralidade da agenda ambiental, amplificada no Brasil pela urgência em conter a devastação acelerada na Amazônia e dos nossos recursos naturais em geral.

Ao lado da importância renovada de políticas públicas para responder com efetividade a esses desafios, cresce também a expectativa sobre o setor privado para fazer sua parte, aprimorando práticas nos negócios e na interface com a sociedade. E se a força da mobilização coletiva reafirmou a importância da sociedade civil para a vida pública, os demais aspectos da vivência do ano renovaram também o valor essencial da ciência, do jornalismo de qualidade e de uma democracia saudável para fundar destinos comuns positivos.

Combinados, o vigor da resposta solidária à crise e a consciência renovada dos nossos desafios apontam um caminho possível de inspiração e compromisso a se levar deste 2020. Se o tempo nos ensina a extrair crescimento da dor, que possa ser esse o legado primordial a oferecermos àqueles que se foram desde março. Se, como canta Gilberto Gil em “A Paz”, uma bomba sobre o Japão pôde fazer nascer o Japão da paz, que a experiência do ano possa guiar-nos em novas etapas de coesão e construção públicas devidas. 

MARIA ALICE SETUBAL é Doutora em psicologia da educação (PUC-SP), socióloga e presidente do Conselho da Fundação Tide Setubal e do Gife (Grupo de Institutos, Fundações e Empresas).

JOSÉ MARCELO ZACCHI é secretário-geral do GIFE e coordenador do Pacto pela Democracia. Bacharel em direito pela USP e mestre em administração pública pela Universidade de Harvard, foi fundador da Casa Fluminense, do Fórum Brasileiro de Segurança Pública e do Instituto Sou da Paz.

Uma perspectiva otimista para a humanidade

■ POR WILIAN DIAS

“O ano de 2021 abrirá as portas para um novo desafio. As economias deverão enfrentar recuperação e evitar ainda mais prejuízos em decorrência das paralisações decorrentes da crise sanitária. O desafio estará atrelado à contribuição e participação conjunta para melhorias no desempenho financeiro das nações. A consequência será a maior preocupação com o desenvolvimento humano.”



O ano de 2020 ficará marcado por diversos fatores, embora a adversidade sanitária provocada pela ‘covid 19’ tenha tido foco e talvez tenha sido o estopim para implantação e implementação de renovação perante as relações humanas. Inobstante, devemos ter orgulho em âmbito global pela demonstração de capacidade de organização para alcançarmos objetivos em comum.

Creemos que a próxima geração fará as honras de abrir as portas para uma nova era no que tange o desenvolvimento e utilização das tecnologias de comunicação e informação. Vimos que está mais difícil de sermos escravizados por conta da alienação de conhecimento. Existem diversos setores a serem melhorados, mas nossa base como sociedade, como é de nossa natureza, é justamente a comunicação, e, ela está aí, com possibilidade de ser discutida e debatida em tempo real, independente do grau social do indivíduo. Podemos nos arriscar em dizer que alcançamos o mínimo possível.

A caminhada ainda é longa e desafiadora, mas sentimos que ingressamos numa era de maior iluminação, de solidariedade. Tivemos mais 1,7 milhões de mortos até o presente momento, mas fomos rápidos na reação, a tecnologia e velocidade como a informação vem se transmitindo é a ferramenta crucial para logarmos êxito na descoberta e desenvolvimento de diversas áreas científicas.

A população aprendeu a equilibrar o poder político e combater os interesses individuais que barram a consecução do interesse humanitário. A sociedade vem aprendendo a criticar o discurso e a oratória, demonstrou que não são palavras que guiam uma sociedade, no entanto ações geridas por pessoas de competência e que detenham o mínimo de interesse no comum.

Nossa linguagem vem se tornando universal. O conhecimento, se não for de todos, não deve servir de arma para ninguém. A ignorância e barbárie vem sendo rechaçada e a ciência vem ganhando cada vez mais espaço. Debate-se, então, a validade e comprovação das teorias e descobertas, caindo por terra, como dito, os discursos infundados.

A violência e repressão não se prestam para resolver qualquer tipo de questionamento e o poder tende a ser diluído uma vez que as relações vêm se baseando em requisições mais diretas, sem a necessidade de intermediadores. Então, abre-se mais uma porta, a virtude da transparência.

Banco de dados de interesse comum vem se tornando de acesso público, permitindo-se que seja questionado qualquer poder ou benefício excessivo que se afaça dos cargos de confiança.

Diante deste panorama, discutimos cada vez mais a democracia, e, por consequência, a igualdade. Alcançamos cada vez mais a máxima aristotélica no que toca a isonomia - tratai a cada homem como igual na medida de suas desigualdades.

O ano foi marcado por intenso debate com relação ao racismo, posição da mulher, desconsideração do gênero como elemento para qualquer condição de posicionamento social.

Podemos prever que há abertura de espaço para a mulher em um campo de real igualdade com repressão aos extremismos atrelados à mudança, retirando a ideologia de submissão de partes como condição para sua consecução. Será oportunidade para melhor evolução também da mentalidade do homem.

Temos alicerces para que a união de um para com o outro seja cada vez mais contributiva e aqueles que não tiverem competência necessária para se adaptar, ficarão restritos aos estratos mais baixos da sociedade. A natureza humana ganha espaço para manifestação das vocações naturais em equilíbrio com a consciência e razão.

A discussão central no que toca a participação do gênero feminino não toca apenas às leis contra violência, todavia de acessibilidade e efetiva participação dentro da sociedade com colaboração e inclusão ativa de suas vocações. A repreensão sobre a conduta ganhou força e passa a ser a base para reprovação social de comportamentos que não sejam condizentes com a nossa atual realidade como humanos.

O ano de 2020 também foi bastante intenso na proteção e fortalecimento do combate ao racismo estrutural. Busca-se, então, extirpar da memória coletiva elementos que causem segregação étnica. Quer dizer, não vivemos mais em torno de discursos, mas de ações monitoradas que busquem refletir eficácia no que toca a política de igualdade.

Não se admite, não se tem aprovação pública, qualquer ato que seja incondizente com o real contexto de igualdade, que dê condição supérflua de superioridade de um homem sobre o outro. Toda conquista do indivíduo será mensurada pelo mérito.

Analizamos pelo decorrer dos fatos diversas denúncias percorrendo o mundo em fração de segundos. É impressionante como algumas questões são tão delicadas e sensíveis que passam despercebidas aos nossos olhos e está presente no nosso cotidiano travando o desenvolvimento humano e entavando desigualdades. Ganha maior atenção as discussões inerentes ao desenvolvimento humano.

É permitido se expressar livremente, inclusive, fora de sua própria bolha. A luta pela liberdade com relação a orientação sexual ganha cada vez mais amplitude. Chega a ser banal como questões do tipo dependam apenas de acesso à informação. Intrinsecamente, é possível que todos nos entendamos como iguais, no entanto, em meio à inúmeras propagandas, orientações e distorções ideológicas, um ponto tão essencial ganha rumos desastrosos.

A população LGBT ganha espaço e voz, consegue se comunicar e defender o seu espaço sem que haja dentro de um contexto pessoal reflexo no âmbito vocacional. Hoje, se perguntássemos se a orientação sexual de alguém interferiria nas suas competências, teríamos uma surpresa em ver que ter-se-ia como resposta uma repulsa até mesmo com relação a pergunta. Discute-se, acima de tudo, a inclusão, a propagação do respeito como regra e não como exceção.

A imprensa que detinha monopólio dos meios de comunicação perde espaço para as mídias sociais e compete com influenciadores de diversas ordens. Quem ganha com isso é a população no sentido de existir competição para propagação da informação e influência publicitária, gerando maior competitividade pela credibilidade no que toca a veracidade da notícia ou informação veiculada, a qual não se admite que seja feita a qualquer custo.

Detemos maior acesso e alcance da fonte de informação a fim de checar sua validade. Ganha-se atenção com relação a checagem da realidade dos fatos, e, em torno disso, tem-se maior noção do direito de contraditório, com a possibilidade de cada pessoa ter seu próprio espaço em meio digital para se expressar.

Embora o momento seja de tensão como deve ser toda mudança, o medo deve ser deixado de lado para que haja espaço para o novo, para que possamos nos adequar a nova realidade de forma mais dinâmica.

A síntese contextual mencionada parece versar sobre uma utopia ou uma mensagem meramente otimista. No entanto, nossa evolução como humanos permite ver pela janela da história que já passamos por momentos piores, e, que sempre haverá conflitos e posições divergentes que entrarão em choque.

Enfrentamos a necessidade de correr contra o tempo ante a possibilidade de crescimento populacional e demanda de alimentos e outros produtos naturais que abastecem nosso consumo. A grande tendência não é segregação das nações em torno de um problema que é comum, no entanto, a sua reunião para tratar de temas específicos, como produzir e como distribuir.

Hoje, segundo dados da ONU, produzimos mais do que necessitamos, no entanto quase 1 bilhão de pessoas passam fome ou não contam com recursos suficientes para prover uma vida digna. Uma das questões centrais não é só a produção, no entanto a distribuição da riqueza que geramos.

Debatemos mundialmente sobre cooperação para sustentabilidade na exploração de recursos naturais, logo não é nenhuma bobagem entender que evoluímos o pensamento no que toca a partição de atividades para grupos e nações que tenham maior habilidade ou vocação em determinadas áreas da ciência.

Em torno do tema, temos como prova a distribuição rápida e contributiva de conhecimentos científicos para alcançar um resultado paritário. Evidente que a questão é polêmica, pois envolve parâmetros econômicos e financeiros também para produção e distribuição, mas é um indicador de nosso comportamento daqui para frente.

Podemos dizer que 2020 foi, portanto, um ano revolucionário no que toca nossa comunicação. Foi um ano de aplicação de grandes agendas globais no fim de testar nossa capacidade de absorver conhecimento e aplicá-lo em contexto prático-coletivo.

A troca e autonomia de trabalho vem ganhando força ante a necessária reorganização deste campo. Já não se vê a estrita necessidade da permanência física da pessoa e disposição ociosa de tempo em um único local com custos atrelados a um único empreendedor.

Ainda que alguns setores venham deter o controle da produção, a participação individual poderá ser executada por habilidade autônoma, não dependendo de vínculo de dependência e abrindo espaço para que se possa dispor de tempo para as necessidades mais naturais e conseqüentemente de menor sobrecarga de trabalho. O mérito e vocação pessoal poderá ser auferida com condição de autoavaliação pelo próprio indivíduo.

Não é nenhuma utopia vislumbrar a semente que viemos plantando há décadas surtir frutos cada vez mais rápidos. Também é verdade que o ritmo acelerado também traz mais tensões e insegurança na troca dessas relações. Algumas áreas terão, inevitavelmente, que ser revistas.

A segurança, participação de órgãos mundiais nas tomadas de decisões de importância dentro das diversas nações, maior unificação de linguagem e interesses, políticas de intervenção no que toca viabilização e acompanhamento do desenvolvimento de sociedades segregadas, por exemplo.

Qualquer desnível na disputa de interesses é um risco muito maior considerando tragédias globais. A democracia em si, precisará de intensa revisão e implementação constante. A partir da oitava é que poderemos evitar que conflitos sejam instaurados. Compreender a necessidade de nossos pares e alocação em seus lugares ideais nos proporcionará uma cultura mais rica e participativa.

Aprendemos que a humanidade não deve mais se condicionar à guerra pela disputa de espaço uma vez que seja possível a reunião de conhecimento e tecnologia para resolver problemas de ordem comum. A nova cultura empresarial já marcha nesse ritmo. Aquelas que buscam disputar apenas espaço, não terão condição de alcançar sucesso dentro de seus respectivos nichos.

As grandes empresas já nascem com algum ideal e propósito para a sociedade. A troca pelo uso e permanência na participação da vida das pessoas é a implementação de melhorias para todo o grupo.

Cabe a nós observarmos que a forma de fazer é de grande importância. O quanto os empresários estarão preparados para recrutar pessoas criativas, para promover o conhecimento desde a infância, como se colocarão no meio social que os acolherão e como participarão ativamente para implantação de melhorias sustentáveis são condições necessárias para sobreviver aos novos mercados.

Os grupos de maior poder econômico deverão estar atentos em implantar novidades tecnológicas para melhorar a sustentabilidade e recuperação dos recursos naturais.

O ano de 2021 abrirá as portas para um novo desafio. As economias deverão enfrentar recuperação e evitar ainda mais prejuízos em decorrência das paralisações decorrentes da crise sanitária. O desafio estará atrelado à contribuição e participação conjunta para melhorias no desempenho financeiro das nações. A consequência será a maior preocupação com o desenvolvimento humano.

Passamos a entender melhor a necessidade de dedicar maior eficácia em desenvolver os grupos que estão ligados as atividades mais periféricas. Pensar de forma contrária é viver e construir uma riqueza e domínio de conhecimento artificial, pois nos relacionamos como uma rede em constante conexão, o mal existente em qualquer setor, contamina os demais por mais distante que estejam. A termo igualdade também deverá ser revisto.

No Brasil, vimos uma justiça participativa, rápida e eficaz, de competência para mediar conflitos políticos e sociais, exercendo o seu poder com a devida ponderação, com ouvidos abertos para os conhecimentos necessários aos julgamentos emergentes, olhos vendados para ideologias, e espada ativa contra coações a ameaças.

A questão é estar devidamente preparados para alcançarmos o bem, evitar que contextos destrutivos prevaleçam sobre o ideal social. A paz, a prosperidade, o crescimento não vêm gratuitamente. Crescer implica em, justamente, se submeter aos desafios, deixar para trás antigos comportamentos ou ações, agradecer pela continuidade do aprendizado sem esquecimento das falhas passadas, sem se martirizar com os erros já cometidos.

Aos poucos vamos deixando para trás todos os níveis de barbárie para alcançar níveis cada vez mais elevados de iluminação. Seja qual for o contexto que nos espera, a humanidade se mostra forte, maleável, preparada e pronta para continuar. 

A crise do Coronavírus impulsionando o desenvolvimento do Brasil

■ POR JORGE ULISSES JACOBY

“Algumas das normas nascidas na seara de crise, para enfrentamento dos novos desafios, permanecerão, pois o retrocesso não mais será permitido. Nesse ponto, os esforços pós pandemia deveriam ser prioridade e planejados desde agora, com essa nova perspectiva, em que o gestor eleva o olhar e busca novas possibilidades. E, é exatamente essa abertura para o novo que traz a evolução.”



No dia 30 de janeiro de 2020, a Organização Mundial da Saúde declarou estado de emergência em razão da disseminação do Coronavírus.

No dia 3 de fevereiro de 2020, por meio da Portaria nº 188, o Ministro da Saúde, declarou Emergência em Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) e, no dia seguinte, o Poder Executivo apresentou ao Congresso Nacional, em regime urgente de tramitação, projeto de lei nº 23/2020, dispondo sobre as medidas sanitárias para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

No mesmo dia, a Câmara dos Deputados aprovou o projeto, enviando-o ao Senado Federal que, aprovado no dia 5 de fevereiro de 2020, foi sancionado pelo Presidente da República como a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

Dado o norte aos cidadãos brasileiros e tomadas as primeiras providências urgentes, em 18 de março de 2020, o Presidente da República encaminhou a Mensagem nº 93 ao Congresso Nacional, solicitando que reconhecesse a ocorrência do estado de calamidade pública, medida necessária para o Poder Público efetivar o socorro às vítimas mais vulneráveis.

Em apenas dois dias, 20 de março de 2020, o Congresso Nacional promulgou o Decreto Legislativo nº 6, de 2020, por meio do qual reconheceu, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, a ocorrência do estado de calamidade pública.

Desse cenário de providências iniciais, pode-se verificar que o Parlamento e o Executivo responderam muito rápido à declaração da OMS, pois em menos de 7 dias o País já tinha uma lei específica, definindo procedimentos claros e objetivos para o enfrentamento da calamidade pública e a flexibilização, nos termos da LRF.

Embora o Direito permanente contivesse, dispositivos tratando de situações extraordinárias de emergência e calamidade pública – Lei nº 8.666/1993, Consolidação das Leis Trabalhistas, Direito Civil e outras – foi a prontidão dos dirigentes dos poderes da República que evitou a desordem, riscos de saques em supermercados e farmácias e os conflitos internos. Vigorosamente, a democracia e a ordem constitucional foram mantidas. As instituições funcionaram.¹

Naquele momento, poucos juristas alcançaram a proporção que o Direito Provisório – assim considerado, o conjunto das diversas normas constitucionais, legais e infralegais que passaram a regular, de forma extraordinária, as ações no período da ESPIN – Covid-19 -, ocuparia no Direito.

De fato, foi o que ocorreu. Até meados de dezembro de 2020, portanto, menos de 12 meses depois da declaração da OMS, o Brasil já contava, além da Lei nº 13.979/2020, alterada por 9 outros diplomas, entre medidas provisórias e leis, com:

a) duas Emendas Constitucionais, sendo a EC nº 106, de 7 de maio de 2020, que instituiu regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para enfrentamento de calamidade pública nacional decorrente de pandemia e a EC

nº 107, de 2 de julho de 2020, que adiou, em razão da pandemia da Covid-19, as eleições municipais de outubro de 2020 e os prazos eleitorais respectivos;

b) duas Leis Complementares, sendo a LC nº 172, de 15 de abril de 2020, que dispôs sobre a transposição e a transferência de saldos financeiros constantes dos Fundos de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, provenientes de repasses federais; e a LC nº 173, de 27 de maio de 2020, que estabeleceu o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19) e alterou a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000;

c) quarenta e cinco novas leis ordinárias, sendo algumas resultado da conversão de Medidas Provisórias;

d) setenta e quatro medidas provisórias editadas pelo Executivo federal;

e) quarenta e quatro novos decretos, que regulamentaram as novas normas ou alteraram outros decretos, para adaptá-los à nova realidade de crise;

f) além das setenta e nove portarias, sessenta e sete resoluções, treze instruções normativas, quatro deliberações, dois atos conjuntos, além de circulares e mensagens dos mais diversos órgãos que responderam imediatamente à crise e, ao longo do ano foram se adaptando à nova realidade.

Como se vê, o Direito provisório assumiu proporções extraordinárias. Inclusive, muitos intérpretes cometeram o erro que alertamos logo no primeiro capítulo da primeira obra sobre o tema, tratado à luz do Direito Administrativo, Tributário, Financeiro e Trabalhista: utilizar as regras de interpretação do sistema permanente para aplicar as normas do Direito Provisório. Naquela obra, recomendamos três balizas para interpretar o Direito provisório, com segurança:

a) em momentos de exceção à normalidade, como guerra, calamidade, estado de defesa e emergência, uma sociedade livre e democrática pode editar normas e até um conjunto de normas, criando um sistema normativo; esse sistema pode ser provisório ou o início do rompimento com o sistema anterior; elaborar normas para reger esse período é o melhor caminho, porque revela um razoável amadurecimento das instituições;

b) as normas desse sistema devem ser interpretadas em coerência com esse próprio sistema. Constitui erro primário e grave, interpretar as normas do sistema provisório, usando os princípios, fundamentos e normas do sistema anterior, vigente antes das mudanças que criaram o arcabouço para enfrentar a emergência. Note que foi, precisamente, a insuficiência da tutela normativa que justificou a edição das normas do Direito Provisório e o intérprete não pode, agora, arrastar suas convicções, condensadas por décadas de convívio e submissão a outro ordenamento jurídico para um novo sistema jurídico; observe, por exemplo, as normas trabalhistas e as de Direito Administrativo, editadas agora: têm por princípio preservar a renda e o emprego, objetivos próprios desta época;

c) cabe utilizar normas do direito anterior, quando essas normas foram elaboradas para reger o tempo de anormalidade. Assim, as regras sobre calamidade que constam da Lei de Licitações e da Lei de Responsabilidade Fiscal, são plenamente aplicáveis; as regras da CLT que tratam expressamente de “força maior” são aplicáveis; fora essas específicas normas, o intérprete deve questionar a si mesmo se é correto invocar normas do sistema anterior; deve

desconfiar de si mesmo e da própria certeza com que flui a aplicação talvez viciada, talvez insensível ao momento de anormalidade.²

Portanto, buscar o balizamento constitucional e compreender as normas editadas nesse período de crise, é um dever que se impõe, inexoravelmente, a todos. Sabe-se, todavia, que não é algo simples a se fazer, motivo pelo qual recomendou-se, naquela obra, o estudo da hermenêutica dos livros elaborados em situação de pós-guerra, pós-revolução e após grandes tragédias humanas.

Para alguns, o momento que estamos vivendo pode ser comparado a uma guerra, mas uma guerra silenciosa e pacífica. É importante considerar, entretanto, que a população mundial está perto de 7,8 bilhões de pessoas. Segundo o site *worldometers* já ocorreram 57.446.405 mortes no ano de 2020, o que representa, em geral, 0,73% da população mundial ao ano. Das mortes ocorridas até meados de dezembro de 2020, 1.704.065 fazem parte das estatísticas de mortes do Ccovid-19, o que representa 3% do total de mortes. Desde 2016, a taxa bruta de mortalidade mundial está na casa de 7,7 mortes/1.000 habitantes, o que quer dizer que aproximadamente 1% da população mundial morre todos os anos.³ Os dados mostram que a taxa de mortalidade está até menor do que em anos anteriores.

Obviamente que o número de mortes não pode ser comparado aos 20 milhões que morreram nos quatro anos da Primeira Guerra mundial, aos mais de 75 milhões de mortos durante os 6 anos da Segunda Guerra mundial, dentre tantas outras travadas pela humanidade ao longo da história. É fato, entretanto, que não só os números, mas as providências tomadas em todos os países, mundo afora, demonstram um momento de crise mundial. Uma crise que afeta não só a saúde da população, mas principalmente, no caso do Brasil, a saúde financeira.

Norberto Bobbio *et all* chama de crise:

[...] a um momento de ruptura no funcionamento de um sistema, a uma mudança qualitativa em sentido positivo ou em sentido negativo, a uma virada de improviso, algumas vezes até violenta e não prevista no módulo normal segundo o qual se desenvolvem as interações dentro do sistema em exame.⁴

Nesse sentido, não se pode olvidar que a crise do Coronavírus pegou a todos de surpresa. Não apenas no sentido normativo, como se viu no início desse breve estudo, mas principalmente no que diz respeito ao orçamento público, extremamente limitado e já restrito e contido nos termos da Constituição Federal e da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Foi nesse complexo contexto que não somente o legislador tomou providências, mas também o Supremo Tribunal Federal, quando reconheceu – antes mesmo do Congresso Nacional rever o balizamento da responsabilidade fiscal para ampliá-lo, que apesar dos preceitos de planejamento e transparência na gestão fiscal da LRF, a pandemia decorrente do COVID-19 representa uma situação imprevisível e de graves consequências.

Com base nesse argumento, em julgamento de Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.357/DF, o relator, Min. Alexandre de

Moraes, considerou que a pandemia impacta, e continuará a impactar a execução orçamentária já planejada, o que passa a exigir dos entes federativos uma maior atenção e coordenação para proteção da vida, saúde dos indivíduos e da subsistência econômica do Brasil. Afastou a incidência de vários dispositivos da LRF, lastreado no princípio da razoabilidade das medidas adotadas, visto que contrabalançam a justiça e o interesse público.

Logo após a decisão, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 106, conhecida como orçamento de guerra e a Lei Complementar nº 173, em que o legislador ratificou a suspensão decorrente da decisão do STF aos arts. 14, 16, 17 e 24 e estendeu a suspensão ao parágrafo único do art. 8º e artigos 9º, 23, 31, 35, 37, 42, e 70 da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Não se pode olvidar que a flexibilização das regras teve um objetivo muito claro. Superar a abrupta queda de arrecadação, que afetou a receita corrente líquida – RCL e a necessidade de novos gastos para salvar vidas e para reduzir os efeitos do isolamento social. Esse claro afrouxamento das regras de responsabilidade fiscal, entretanto, traz como consequência, graves impactos orçamentários.

Isso nos leva à segunda parte da ideia de Norberto Bobbio *et all* para quem:

As Crises são habitualmente caracterizadas por três elementos. Antes de tudo, pelo caráter de subitaneidade e por vezes de imprevisibilidade. Em segundo lugar, pela sua duração normalmente limitada. E, finalmente, pela sua incidência no funcionamento do sistema.

A compreensão de uma Crise se funda sobre a análise de três fases do estado de um sistema: a fase precedente ao momento em que se inicia a Crise, a fase da Crise propriamente dita e, por fim, a fase depois que a Crise passou e o sistema tomou um certo “módulo” de funcionamento que não se identifica mais com o que precedeu a Crise.⁵

A crise causada pelo coronavírus está perfeitamente caracterizada: foi súbita; imprevisível, pelo menos nas proporções e tempo alcançados, e tem duração normalmente limitada, embora não se saiba ao certo até quando vai durar. Considerando que a vacinação já está sendo implementada, talvez já se possa pensar em apenas mais alguns meses.

O terceiro ponto trazido por Bobbio *et all* para caracterizar a crise, é, sem dúvida, o mais importante: a incidência no funcionamento do sistema.

Passada a primeira fase da crise em que os poderes responderam rapidamente, e já se aproximando do final da segunda fase, é chegada a hora de fazer um breve balanço, para lançar luzes sobre as descobertas e avanços desse processo em que o gestor público, incluindo aqueles que receando a ação do controle permaneciam na inércia da dúvida ou da acomodação – foi obrigado a partir para ação rapidamente, confiando no novo sistema do Direito Provisório e visando proteger o interesse público, nesse caso, muito bem representado pela proteção à vida das pessoas.

Na crise, o federalismo atuou, como de costume em nosso país, desprezando a integração e a coordenação entre órgãos federados e impondo, via

Congresso, uma distribuição de recursos federais sem parâmetros mínimos de eficiência. Esbanjar recursos públicos, num populismo ultrapassado, via transferência de verbas federais para unidades federadas com profundo desprezo ao ajuste fiscal é conduta repetida em nosso País.

No que diz respeito à saúde pública dos estados e municípios quase nada mudou, com pouquíssimas exceções, que existem para justificar a regra. Em Brasília, no Hospital de Base, que se pretende referência, não havia álcool nos dispensadores dos corredores; faltava sabão e papel nos banheiros e havia médicos trabalhando, sem equipe de apoio. A falta de pessoal era sentida por todos os usuários, exceto é claro nos registros de frequência que geram pagamentos. Muitos, até estavam lá, só que não trabalhando. Apenas um exemplo, um indicativo do cenário na capital do país.

O espetáculo de inaugurações de hospitais de campanha e novas enfermarias repetiu-se no Brasil inteiro e a chegada de equipamentos foi bastante festejada. Todavia, a alto custo, muito gasto e, invariavelmente com produtos superfaturados e sobrepreços, sob a desculpa de utilizar os recursos distribuídos pelo Governo federal para salvar vidas.

Mas, não se pode olvidar que na fase da crise, propriamente dita, o país avançou nos mais diversos aspectos para se adequar à nova realidade. Deu início ao controle sobre as despesas com COVID-19, mas ainda levará algum tempo para uma avaliação precisa da regularidade dos atos e da própria política pública da saúde durante a pandemia. Essa avaliação tardia decorre da ausência de uma rede integrada e específica entre Tribunais de Contas e controle interno.

Em um esforço criativo, o Tribunal de Contas da União instituiu o Cooper para colaborar com os gestores no enfrentamento dos desafios trazidos pela Covid-19:

Como principal ação do Programa, está a implementação do Plano Especial de Acompanhamento das Ações de Combate à COVID-19, que consiste no acompanhamento de 27 ações desenvolvidas no âmbito de oito ministérios, além da efetivação de parcerias com outros órgãos para apoio às ações e troca de conhecimento e capacitação técnica.⁶

O acompanhamento das ações, como era de se esperar, vem sendo feito, preferencialmente, por meio de reuniões virtuais e a sistemática prevista no Programa, tem um viés de atuação preventiva e pedagógica do Tribunal. Atitude institucional recomendada a todos os órgãos de controle. Afinal, em períodos de crise, o controle é imprescindível, mas também a necessidade de sensibilidade para com as circunstâncias por parte de intérpretes e aplicadores das normas excepcionais. Ademais, não se pode olvidar que, embora tenha o ônus de provar a boa e regular aplicação dos recursos, o gestor público trabalha para a sociedade e não para os órgãos de controle. No período de Emergência em Saúde Pública de Importância Internacional houve uma sobrecarga de aquisições, em geral, realizadas com procedimentos especiais do Direito Provisório – Lei nº 13.979/2020. Do mesmo modo, houve sobrecarga para os órgãos de controle.

Por esse motivo, o Programa Coopera do TCU elegeu 27 ações para acompanhamento, a serem presididos pelo relator da área específica a que a ação se refira e posterior consolidação. São elas:

1. Acompanhamento das ações adotadas pelo Comitê instituído pela Portaria 131, de 27/3/2020, do MME;
2. Acompanhamento das ações emergenciais de combate à Covid-19 e suas consequências no Setor Elétrico Brasileiro (SEB);
3. Acompanhamento da atuação do Banco Central do Brasil – BCB na mitigação dos efeitos econômico-financeiros decorrentes da Covid-19, bem como dos riscos respectivos das medidas implementadas;
4. Acompanhamento das aquisições públicas voltadas ao enfrentamento do Covid-19;
5. Acompanhamento acerca das medidas adotadas pelo BNDES para minimizar os danos econômicos provocados pela pandemia de Covid-19;
6. Acompanhamento Ágil das ações de Transformação Digital relacionadas ao combate da Covid-19;
7. Acompanhamento das ações emergenciais do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA relativas à produção agrícola e ao abastecimento de alimentos no contexto da Covid-19;
8. Acompanhamento das aquisições públicas de TI voltadas ao enfrentamento do Covid-19;
9. Acompanhamento das medidas adotadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e suas respectivas unidades vinculadas para o combate à crise gerada pelo coronavírus (Covid-19);
10. Acompanhamento das medidas adotadas pelo Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC) e suas respectivas unidades vinculadas para o combate à crise gerada pelo novo coronavírus (Covid-19) e às suas consequências, com foco nas ações a serem adotadas no Comitê Rede Conectada MCTIC, instituído pela Portaria-MCTIC 1.153/2020;
11. Acompanhamento das ações relacionadas à Educação Básica, especificamente no que tange ao Pnae, e PDDE, em decorrência da pandemia do Covid-19;
12. Acompanhamento Ágil da função TI na Saúde, com foco nas ações de enfrentamento à Covid-19;
13. Acompanhamento das medidas adotadas pelo Ministério da Saúde (inclusive órgãos e entidades vinculados) para o combate à crise gerada pelo coronavírus (Covid-19);
14. Acompanhamento Especial das medidas de resposta à crise do Coronavírus na arrecadação tributária e previdenciária federal;
15. Acompanhamento Especial das medidas de resposta à crise do Coronavírus na Previdência Social;
16. Acompanhamento Especial das medidas de resposta à crise do Coronavírus para proteção da renda de informais e pessoas de baixa renda;
17. Painel e cruzamento de dados sobre medidas de resposta à crise do Coronavírus nas áreas de Previdência, Assistência Social e Administração Tributária;
18. Acompanhamento das ações previstas na MP 936, de 1º de abril de 2020;
19. Acompanhamento de alterações orçamentárias e impactos fiscais decorrentes das medidas de enfrentamento à crise da Covid-19;

20. Acompanhamento das ações da Previc em virtude dos riscos e consequências do novo coronavírus (Covid-19) para o sistema fechado de previdência complementar;

21. Acompanhamento da atuação dos Bancos Públicos Federais (Caixa, BB, BASA e BNB) na gestão de riscos advindos do Covid-19, bem como na mitigação econômica e social dos seus efeitos;

22. Impacto das medidas de combate à Covid-19 nos contratos de concessões de rodovias;

23. Renegociação e/ou flexibilização do pagamento dos valores de outorga nas concessões de aeroportos;

24. Diferimento do pagamento das tarifas aeronáuticas;

25. Atuação do Centro de Governo por intermédio das ações do Centro de Coordenação de Operações do Comitê de Crise para Supervisão e Monitoramento dos Impactos da Covid-19;

26. Segurança do abastecimento de combustíveis durante isolamento decorrente da pandemia;

27. Acompanhamento das contratações atinentes às edificações da área de saúde para ampliação do atendimento emergencial no combate ao Covid-19;

Como se vê, há muito a fazer, tanto por parte dos órgãos envolvidos, quanto dos órgãos de controle. A auditoria mais completa, até agora, foi do TCU, no acórdão nº 2.025/2020, em voto do Ministro Bruno Dantas, envolvendo apenas gastos do governo federal com o auxílio emergencial⁷.

A emergência em saúde pública revelou falhas em todos os sistemas, desigualdades e o efeito da falta de saneamento e dos serviços médicos e continuará revelando ao longo de 2021.

A propósito dos gastos públicos, Daniel Leichsenring e Marcos Mendes, revelam, em artigos publicados pela Folha de São Paulo, que “o governo federal gastou mais do que podia no combate à pandemia”. Com base em dados do Confaz e do Tesouro comparam os oito primeiros meses de 2020 com o mesmo período de 2019 e chamam a atenção para o fato de que “[...] houve queda de arrecadação (R\$ 6 bilhões), queda na partilha de tributos federais (o Fundo de Participação dos Estados, sem as verbas de socorro, cairia R\$ 13 bilhões) e aumento das despesas (21 bilhões)”. Somando, tem-se o valor de 40 bilhões. Acrescenta o elucidativo texto:

A ajuda federal foi muito superior a isso. Somando a injeção de dinheiro a fundo a perdido (R\$ 45 bilhões) com a suspensão de pagamento de dívidas (R\$ 47 bilhões) a folga de caixa dada aos estados em 2020 atingiu R\$ 92 bilhões.

No âmbito estritamente jurídico, a Lei Complementar nº 173 previu ainda que:

Art. 5º A União entregará, na forma de auxílio financeiro, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, em 4 (quatro) parcelas mensais e iguais, no exercício de 2020, o valor de R\$ 60.000.000.000,00 (sessenta bilhões de reais) para aplicação, pelos Poderes Executivos locais, em ações de enfrentamento à Covid-19 e para mitigação de seus efeitos financeiros [...]

Não há dúvida de que a saúde financeira do Brasil foi drasticamente afetada. Muitos dos avanços alcançados, paulatinamente, desde a aprovação da Lei de Responsabilidade Fiscal em 2000, se perderam em 2020.

Do mesmo modo, todos os demais setores foram envolvidos, seja pela impossibilidade do trabalho presencial e necessidade de busca de alternativas para prestação do serviço e até de sobrevivência, especialmente na seara privada.

O país precisa, agora, de inteligência para superar as crises e também precisa de compreensão dos órgãos de controle para novas modelagens jurídicas associadas, inclusive a outros serviços públicos. Afinal, a crise colaborou para a desconstrução do velho; lançou luzes sobre o que precisava ser mudado.

É chegada a hora, também, de prestar atenção aos avanços alcançados na marra para perceber os ganhos e continuar avançando a partir deles. Até porque, passada a crise, como bem ressaltou Bobbio, anteriormente, “o sistema tomou um certo “módulo” de funcionamento que não se identifica mais com o que precedeu a Crise”.

Algumas das normas nascidas na seara de crise, para enfrentamento dos novos desafios, permanecerão, pois o retrocesso não mais será permitido. Nesse ponto, os esforços pós pandemia deveriam ser prioridade e planejados desde agora, com essa nova perspectiva, em que o gestor eleva o olhar e busca novas possibilidades. E, é exatamente essa abertura para o novo que traz a evolução.

Ao correr da pena, foi possível colher alguns exemplos dessas mudanças, cujo nascedouro foi o Direito Provisório, mas certamente algumas permanecerão, encurtando caminhos, reduzindo custos, aceitando mais diferenças de agora em diante:

a) **Saúde e nutrição**: essa foi a seara em que houve mais mudanças. Dentre aquelas que possivelmente perdurarão no período pós-pandemia, estão a permissão para visitas técnicas por meio de videochamada, no âmbito do Ministério da Saúde; permissão para exercício da telemedicina, nova lei sobre o combate ao desperdício de alimentos e a doação de excedentes de alimentos para o consumo humano; incremento da prestação de auxílio financeiro pela União às Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPIs); maior cuidado com a saúde indígena, comunidades quilombolas e de pescadores. Foi instituído o Programa Saúde com Agente, destinado à formação técnica dos Agentes Comunitários de Saúde e dos Agentes de Combate às Endemias. Nesse setor, a norma de maior relevância para o período pós-crise parece ter sido a instituição da Estratégia de Saúde Digital 2020-2028, para implementação da Rede Nacional de Dados em Saúde (RNDS), com estabelecimento da plataforma digital de inovação, informação e serviços de saúde, em benefício de usuários, cidadãos, pacientes, comunidades, gestores, profissionais e organizações de saúde, por meio da Portaria GM/MS nº 3.632/2020;

b) **Segurança pública**: avanços na proteção contra a violência doméstica e familiar Lei nº 14.022, de 7 de julho de 2020;

c) **Educação**: implementação do ensino a distância, híbrido e, em algumas unidades da Federação, como o DF, até, a autorização para educação em casa. Para operacionalizar o EAD para as escolas em todos os níveis, o Decreto nº 10.312/2020, ampliou, temporariamente, o escopo de multiprogramação com conteúdo específico, destinado às atividades de educação, ciência, tecnologia,

inovações, cidadania e saúde de entidades executoras de serviço de radiodifusão de sons e imagens em tecnologia digital. O MEC aperfeiçoou seus sistemas e normas, prevendo visitas virtuais, para reconhecimento, autorizações de cursos;

d) **Trabalho**: talvez a maior inovação nessa seara, que alcança tanto o setor público quanto privado, tenha sido a permissão do teletrabalho, que passou a ser a regra no período de ESPIN. Essa quebra de paradigma permitiu que fossem instituídas sessões plenárias e reuniões virtuais no âmbito dos mais diversos órgãos, como tribunais, TCU, CARE, agências... Para a maioria das pessoas, essa permissão aumentou a carga de trabalho e, para os órgãos a definição e maior controle das metas de produtividade, por meio de diversos programas de gestão e publicação no DOU das metas alcançadas. Por outro lado, como todos estavam em casa, economizou-se no tempo de deslocamento e, portanto, também custos, e aumentou-se o tempo de interação entre os familiares.

e) **Serviços digitais**: logo no início do período de ESPIN, os Decretos nº 10.282 e 10.288 estabeleceram os serviços públicos e as atividades essenciais, em âmbito geral e da imprensa; a Lei nº 14.075/2020 dispôs sobre a conta do tipo poupança social digital; a Lei nº 14.063/2020 sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares desenvolvidos por entes públicos. Foi também editado o Decreto nº 10.403, de 19 de junho de 2020 que alterou o Decreto nº 10.046, de 9 de outubro de 2019, para dispor sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e instituído o Cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados. Vários órgãos deram efetividade às normas de desburocratização de procedimentos que já existiam, como a Receita Federal que suspendeu a exigência de apresentação de documento original dos cidadãos; no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, por meio da Lei nº 13.994/2020, permitiu-se a conciliação não presencial;

f) **Economia**: houve socorro emergencial, com pagamento de benefícios diretamente à população, por meio do auxílio emergencial aos empregados que foram demitidos ou tiveram carga horária reduzida, por meio da Lei nº 14.020/2020. O pagamento do BPC foi ampliado; foi instituído benefício, denominado de “corona voucher” para as pessoas que trabalham na informalidade, autônomos e microempresários; foi facilitado o crédito para empregadores; flexibilização do rigor de atos presenciais para as sociedades anônimas, limitadas e cooperativas, bem como para empresários e profissionais liberais, sem contar o socorro à área cultural e desportiva;

g) **Infraestrutura portuária**: por meio da Lei nº 14.047, houve aprovação de normas emergenciais de socorro aos trabalhadores, mas também regras que aperfeiçoaram a Lei de Portos, que é vital para a economia no país. A Lei nº 14.047/2020 instituiu duas novas diretrizes sobre exploração dos portos organizados e atividades nas instalações portuárias, com o objetivo de aumentar a competitividade e o desenvolvimento do País. Conforme colocado na obra Direito Provisório e a emergência do Coronavírus: a primeira, por ordenar o “estímulo à concorrência”. Para realizar essa diretriz, a própria norma determina que será incentivada a participação do setor privado. A iniciativa privada

terá possibilidade de participar com amplo acesso aos portos organizados, às instalações e às atividades portuárias. Abre-se caminho para a inovação, pois o particular pode servir-se de Manifestação de Interesse Privado e oferecer soluções ao País. A segunda diretriz é a “liberdade de preços nas operações portuárias”, evitando a regulação estatal. Nesse ponto, a lei de portos limitou a obrigatoriedade de trabalhador portuário, ainda de forma tímida. Com singular equilíbrio, a norma que determinou a liberdade de preços, tratou de definir que essa liberdade será contida pelos órgãos competentes, reprimindo prática prejudicial à competição e, de outro lado extremo, também reprimindo o abuso do poder econômico.

h) **Infraestrutura**: o Decreto nº 10.298/2020 institui o Conselho Nacional de Secretários de Transportes; foi aprovada a Estratégia Nacional de Segurança de Infraestruturas Críticas – Ensic, envolvendo as infraestruturas de comunicações, de energia, de transportes, de finanças e de águas, entre outras. Essa e várias outras medidas culminaram com a publicação do Decreto nº 10.531, de 26 de outubro de 2020, que instituiu a Estratégia Federal de Desenvolvimento para o Brasil no período de 2020 a 2031.

i) **Administração pública**: o Ministério das Comunicações foi restaurado e outros órgãos aperfeiçoaram seus setores; na seara das compras públicas, a Lei nº 13.979/2020 trouxe várias inovações, dentre elas a permissão de pagamento por suprimento de fundos em valores elevados, maior celeridade ao pregão, ampliação e maior celeridade para o SRP. Inovações que foram colocadas em prática e, possivelmente, subsidiaram a quebra de objeções e paradigmas e, quem sabe até, tenham facilitado a aprovação da nova Lei de Licitações e Contratos. O Decreto nº 10.314/2020 inovou, dispondo sobre o recebimento de doações de bens móveis e de serviços, sem ônus ou encargos, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado pelos órgãos e pelas entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional.

Como se vê, o balanço apresenta aspectos negativos e positivos. Mas, conforme colocado por Verônica Saches Rios, no último capítulo da obra Direito Provisório e a emergência do Coronavírus:

Para que tenhamos um país mais próximo daquilo que se desejou na elaboração da nossa Carta Magna precisamos perseguir um plano capaz de mobilizar instituições públicas e privadas, poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e a sociedade civil em prol de uma visão de desenvolvimento para o país que queremos.

Para isso precisamos tornar realidade soluções eficientes para os problemas há muito identificados que permitam que aproveitemos a crise como uma oportunidade para o Brasil no médio e longo prazo.

No momento pós-pandemia, quando a atividade econômica tiver condições de ser retomada em seu pleno vigor, é necessário definir as prioridades e focar os esforços para alavancar oportunidades e reposicionar o Brasil no cenário mundial pós Covid-19, inclusive, observando as tendências mundiais de uma retomada mais verde. De forma imediata, o primeiro objetivo a se buscar deve ser a geração e manutenção de empregos buscando garantir a renda das famílias, a sobrevivência pessoal e evitar o caos social e a desesperança.

As deficiências da nossa infraestrutura, nos diversos segmentos, ainda compõem alguns dos gargalos ao desenvolvimento econômico e social do país. As nossas estradas e ferrovias não conectam todas as nossas regiões, a energia elétrica e a internet ainda não chegam à casa de todos os brasileiros, o acesso à água e saneamento básico é realidade para apenas metade da população e as nossas cidades não proveem serviços públicos de qualidade.

O investimento em infraestrutura no Brasil atualmente é algo em torno de 1,7% do PIB, enquanto a média na América do Sul é de 2,8%. O investimento necessário para que o Brasil amplie e mantenha a sua infraestrutura e possa acelerar seu desenvolvimento econômico e melhorar sua produtividade e competitividade é algo em torno de 4% a 5% do PIB.⁸

Projetos de infraestrutura, geram empregos não apenas durante a sua construção, cujo período varia em função da complexidade da obra, como também após a sua conclusão para garantir a sua operação e manutenção de forma adequada. Além dos empregos diretamente gerados, também há os empregos indiretos e todos os contratos e serviços decorrentes do investimento principal. No longo prazo, os benefícios da ampliação da infraestrutura com qualidade são sentidos por toda a sociedade, não apenas pela geração de empregos estruturais, mas pela redução de custos de bens e serviços decorrentes da melhoria na infraestrutura, mas também pelo aumento da produtividade e competitividade nacional⁹.

A expansão do índice de despesas com infraestrutura produtiva poderia, portanto, gerar efeitos consideráveis na produção do país no longo prazo. Uma análise dos efeitos de médio e longo prazos do investimento em infraestrutura na produção do Brasil, realizada para este relatório, sugere que um crescimento permanente do investimento equivalente a 1% do PIB levaria a um crescimento da economia brasileira de 1,5% a 3% após uma década, e de 4% a 8% após 30 anos. O mesmo aumento do investimento em infraestrutura impulsionaria taxas potenciais de crescimento da produção em torno de 0,17% a 0,28%¹⁰.

Nesse panorama, para gerar crescimento econômico após a pandemia, investimentos nos diversos setores da infraestrutura nacional podem ser uma alavanca para potencializar a geração de empregos ao mesmo tempo em que se remove gargalos e se promove o crescimento econômico. Para isso, é preciso fomentar o desenvolvimento integrado da infraestrutura com foco na sustentabilidade no longo prazo observando os parâmetros Ambientais, Sociais e de Governança (ASG) com foco:

- a) na ampliação da infraestrutura com qualidade e de forma integrada;
- b) na priorização de investimentos que tragam aumento da competitividade nacional;
- c) na melhoria da qualidade de vida e do bem estar social;
- d) em ações com sustentabilidade ambiental;
- e) no uso de tecnologias que contribuam para o desenvolvimento econômico e social ambientalmente sustentáveis; e
- f) na busca da integração nacional.

O desafio para termos uma infraestrutura de qualidade e que possa induzir o crescimento econômico de forma sustentada, que atraia o setor privado de

forma consistente, também passa pelo desenvolvimento de soluções integradas que de fato mudem a realidade do território e permitam o aproveitamento mais eficiente das inúmeras riquezas naturais, humanas e potencialidades brasileiras.

Vê-se, pois, a partir dos exemplos anteriormente registrados à luz das palavras da autora, que o Brasil está no caminho, talvez não com a celeridade que se espera de uma grande Nação, em termos territoriais e riquezas, mas no caminho.

Afinal, como todas as demais nações, 2020 foi um ano totalmente atípico, com fechamento de fronteiras e isolamento social. Um ano para se voltar para o interno e cada um cuidar da sua casa. Ainda há tempo de olhar, não somente com análise crítica valorizando erros cometidos, mas ampliar a visão, para ver o todo e assim, poder enxergar aquilo que deve ser priorizado, mas, especialmente, aquilo que executado, impacte positivamente e vários outros setores. O modelo de administração do Brasil de 2019 morre com o ano de 2020, que abriu caminho para a inovação, como novos modelos de sistemas e propostas. Que 2021 seja o ano da renovação com foco no futuro! 

NOTAS

- 1 Num mundo de incertezas, não cabe condenações por ações pretéritas, salvo se ficar provada a má-fé. Olhando para o passado, de onde se podem tirar lições importantes, encontram-se retirados pedidos no início da pandemia para não usar máscaras, inclusive públicos do Ministro da Saúde do Brasil; a maior rede de televisão, que possui direitos exclusivos de transmissão do Carnaval veiculou várias matérias, com personalidades de notória reputação médica, incentivando a participação no Carnaval, quando no mundo já se recomendava o isolamento social.
- 2 JACOBY FERNANDES, Jorge Ulisses; JACOBY FERNANDES, Murilo CHARLES, Ronny; TEIXEIRA, Paulo; Rios, Verônica Sanches. Direito Provisório e a emergência do coronavírus: ESPIN – COVID-19 – Critérios e fundamentos de Direito Administrativo, Financeiro (responsabilidade fiscal), Trabalhista e Tributário. A obra está publicada pela Editora Fórum. Adquirir, clicando aqui. A 2ª edição, atualizada e ampliada está no prelo e logo estará disponível. No formato digital, com hyperlinks de acesso às fontes, especialmente das normas do Direito Provisório.
- 3 Disponível em: <https://www.indexmundi.com/g/g.aspx?v=26&c=xx&l=pt>. Acesso em: 22 dez. 2020.
- 4 BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. Dicionário de Política. 12. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 302.
- 5 Crise. BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. 12. ed. Brasília: UNB, 1999, p. 302.
- 6 TCU. TCU lança o Coopera – Programa especial de atuação no enfrentamento à crise da Covid 19. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-lanca-o-coopera-programa-especial-de-atuacao-no-enfrentamento-a-crise-da-covid-19.htm>. Acesso em: 24 dez. 2020.
- 7 BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo TC nº 016.769/2020-1. Relator: Ministro Bruno Dantas, agosto de 2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/redireciona/acordao-completo/%22ACORDAO-COMPLETO-2421755%22>. Acesso em: 24 dez. 2020.
- 8 Base de dados do Banco Interamericano de Desenvolvimento. Disponível em <https://data.iadb.org/>. Acesso em: 04.12.2020.
- 9 Ministério da Economia. Pró-Infra. Caderno 1: *Estratégia de Avanço na Infraestrutura*. 2019.
- 10 *World Bank*. 2017. De Volta ao Planejamento: Como Preencher a Lacuna de Infraestrutura no Brasil em Tempos de Austeridade

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES é Advogado, Mestre em Direito Público, Professor de Direito Administrativo, Escritor, Consultor, Conferencista e Palestrante.

O Direito à Saúde no Brasil: viva o SUS Constitucional!

■ POR JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA

“Como enfrentar essa situação de emergência público-sanitária com seus indelévels impactos econômico-sociais sem a magnitude de nossa maior política pública representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS)?”



Neste ano excepcional em que convivemos com uma emergência de saúde pública em virtude da pandemia do coronavírus SARS-CoV-2 (Covid-19), nunca precisamos tanto do Sistema Único de Saúde (SUS) e nunca fomos tão gratos a todos os profissionais que fazem parte desse sistema público e universal, orgulho de nosso país. Valorizar o traçado histórico-normativo do SUS Constitucional é valorizar o que há de melhor na construção de nossas políticas públicas.

Dessa forma, descrevo a evolução normativa do direito à saúde no Brasil via SUS Constitucional a partir de três aspectos centrais: sua influência e conceito internacionais; seu advento em nosso direito pátrio - abarcando a redemocratização e a Reforma Sanitária; desaguando, por fim, em sua efetivação por meio da Constituição de 1988 com sua relevância atual.

O CONCEITO INTERNACIONAL DO DIREITO À SAÚDE

O conceito de saúde universalmente consolidado do ponto de vista institucional é o que emana do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, definido da seguinte maneira: “Saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doença”.

Segundo Moacyr Scliar (2007), o conceito da OMS impunha um reconhecimento e, conseqüentemente, um projeto que deveria ser aplicado pelos países para a consecução da promoção e proteção da saúde como política pública a ser implementada, contribuindo para esse intuito o contexto pós-Segunda Guerra Mundial com a ascensão do Estado de Bem-Estar Social, a constitucionalização de direitos, em especial os direitos sociais, e as lutas anticoloniais em defesa de uma maior autonomia democrática. Dessa forma, o conceito de saúde estava embutido nessa conjuntura que ora se iniciava, assim, “saúde deveria expressar o direito a uma vida plena, sem privações” (SCLAR, 2007, p. 37).

Tendo em vista o inédito conceito de saúde universalmente aceito estipulado pela OMS em 1946, podemos citar outras instituições internacionais que, *a posteriori*, desenvolveram variações daquela mesma concepção, tais como a Declaração Universal de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, a Declaração de Alma-Ata de 1978 e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, denominado Protocolo de San Salvador, de 1988.

Analisando inicialmente a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, constatamos que a saúde está inscrita em seu art. 25.1, nos seguintes termos: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem-estar”.

Posteriormente, no art. 12.1 do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, há referência à saúde em seu mais elevado nível: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental”.

Já a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, conceitua a saúde como direito à vida e à integridade pessoal, conforme estipulado em seus arts. 4.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida” e 5.1: “Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

Nesse mesmo sentido, um importante documento internacional sobre a conceituação do direito à saúde foi a Declaração de Alma-Ata, realizada na extinta União Soviética em 1978. Tal documento discorreu também sobre o tema da cooperação sanitária ao prever em seu princípio 9º: “todos os países devem cooperar, num espírito de comunidade e serviço, para assegurar os cuidados primários de saúde a todos os povos, uma vez que a consecução da saúde do povo de qualquer país interessa e beneficia diretamente todos os outros países”.

Por fim, o Protocolo de San Salvador – que leva esse nome em razão de ter sido assinado como um Protocolo Adicional à já mencionada Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) –, de 1988, parte do pressuposto de que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento de temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar de seus direitos econômicos, sociais e culturais, bem como de seus direitos civis e políticos”.

Portanto, buscamos descrever, de maneira breve, o caminhar do conceito institucional de saúde, apresentando como foco os principais documentos elaborados no âmbito das mais destacadas organizações internacionais, do clássico conceito da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946, pós-Segunda Guerra Mundial, até o Protocolo de San Salvador de 1988. Esse ano, aliás, marca o advento do conceito constitucionalizado de saúde no Brasil, assinalado a partir da promulgação de nossa Constituição da República Federativa vigente, nossa Constituição Cidadã, como veremos adiante.

O DIREITO À SAÚDE NO BRASIL: A IMPORTÂNCIA DA REDEMOCRATIZAÇÃO E DO MOVIMENTO DA REFORMA SANITÁRIA PARA A FORMAÇÃO DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE (SUS)

Antes da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88), as políticas públicas de saúde tinham como objetivo propiciar a manutenção e recuperação da força de trabalho necessárias à viabilidade da produção industrial no incipiente quadro do nacional-desenvolvimentismo. Dessa forma, dialogando com uma tal conjuntura econômica, o setor sanitário brasileiro caracterizava-se no período por ser assistencialista e curativo, de caráter crescentemente privatista e avesso à noção de priorização de políticas públicas de saúde de aspecto universalista.

Para mudar esse quadro no Brasil, os Departamentos de Medicina Preventiva (DMP's) foram o principal instrumento de apoio para a criação do

movimento sanitário com o intuito de unir a teoria à prática da política de saúde em um direcionamento preventivista, de forma dialética, apreendendo os aspectos e contextos políticos, econômicos, sociais e culturais que abarcavam a saúde de forma direta e indireta na política pública.

Nos final dos anos 1970, em plena ditadura militar, havia três correntes do pensamento sanitário no ambiente dos DMP's: 1) liberal, caracterizado pela defesa da suposta neutralidade da ciência, com foco no indivíduo e prevalência do setor privado; 2) racionalizador, que almejava uma interação entre a gestão institucionalizada via secretarias de saúde com universidades de pensamento crítico para sintetizar uma proposta viável de saúde pública para a população; e 3) médico-social, com pensamento heterodoxo e de enfrentamento à situação vigente, propondo a teoria como instrumento de luta política, o processo saúde-doença como totalidade, delimitação do campo da saúde coletiva, desmedicalização e controle popular, demandas combinadas com a luta pelo reestabelecimento democrático (SCOREL, 1999).

Nesse período, o regime militar se encontrava em uma crise de legitimidade e precisava implementar políticas públicas para amenizar as desigualdades causadas principalmente pela concentração de renda e asfixiamento de direitos civis e políticos. A partir dessa brecha aberta pelo Estado, ativistas sanitários começaram a ocupar postos estratégicos para que influenciassem de dentro para fora (“centrifugamente”) a lógica de atuação estatal. Essa tática obteve bastante êxito com programas como o Projeto Montes Claros (MOC) e o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS).

O Projeto Montes Claros (MOC) foi implementado na década de 1970 na cidade de mesmo nome situada no norte de Minas Gerais. Pode-se dizer que foi o precursor do Sistema Único de Saúde (SUS), pois sua operação era organizada de forma descentralizada, regionalizada e hierarquizada, e sua implementação se dava segundo um modelo assentado nos princípios da integralidade da assistência sanitária e do atendimento prestado por auxiliares de saúde centrado na administração democrática, eficiente e aberta à participação popular (FLEURY, 1995). O MOC foi uma escola de quadros para o que viria a ser o movimento de Reforma Sanitária brasileiro. (FELIPE, 1993).

Já o Programa de Interiorização das Ações de Saúde e Saneamento (PIASS), elaborado pelo setor de saúde do Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (IPEA) no final dos anos 1970, objetivava a interiorização sanitária por meio dos programas de extensão propostos pela Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Sua atuação estava centrada principalmente nos grotões do país, onde não havia interesse do mercado privado de saúde. Continha diretrizes parecidas com as do MOC, como universalização, descentralização, acessibilidade, integralidade e participação comunitária. Era implementado a partir de uma rede de minipostos operada por auxiliares da saúde contratados nas próprias regiões atendidas. Podemos considerar o PIASS como precursor do Conselho Nacional de Secretários Estaduais de Saúde (CONASS) (TAVARES, 1993).

No impulso dessa incipiente abertura pela redemocratização surgiram diversos grupos sociais que ratificaram a luta pela saúde, como as já históricas

entidades do Centro Brasileiro de Estudos de Saúde (CEBES), em 1976, e a Associação Brasileira de Pós-Graduação em Saúde (ABRASCO), em 1979, acentuando o debate político-ideológico sobre as pautas e demandas da política pública de saúde em prol da sociedade brasileira.

Seguindo a mesma toada e no bojo da conjuntura pró-redemocratização do Brasil, os anos 1980 foram acompanhados de consideráveis avanços na participação popular, como a criação do Sistema Unificado e Descentralizado da Saúde (SUDS) e a realização da 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS) – uma importante vitória do Movimento pela Reforma Sanitária –, em 1986, ocasião em que foi debatida não só a importância de um Sistema Único de Saúde (SUS), mas também, de forma mais ampla, a necessidade de uma Reforma Sanitária, com a constitucionalização do direito à saúde.

A 8ª Conferência Nacional da Saúde (CNS) foi realizada em Brasília e contou com a presença de quatro mil pessoas, sendo considerado o evento institucional de maior relevância durante o período da denominada Nova República (LUZ, 1994). O documento final foi resultado de três dias de debate nos 135 grupos de trabalho – 38 de delegados e 97 de participantes – discutindo as seguintes temáticas e seus desdobramentos: saúde como direito, reformulação do Sistema Nacional de Saúde (resultando posteriormente no SUS) e financiamento/fundo público (ESCOREL; BLOCH, 2008).

A Assembleia Nacional Constituinte, realizada entre 1987 e 1988, equalizou as demandas da 8ª CNS em uma disputa ideológica que refletia, nas peculiaridades de um país de modernização conservadora (MOORE JR, 1975), a influência do Estado do Bem-Estar Social europeu e os conflitos ideológicos fomentados por alas progressistas e por políticos ligados ao regime militar.

Tal imbróglgio democrático originou um sistema de seguridade social híbrido (BOSCHETTI, 2009), pois sistematizado com direitos universais (saúde), dependentes do trabalho (previdência) e seletivos (assistência), não se consolidando como uma política de integração e unificação entre esses direitos constitucionalizados.

A seguir, demonstraremos especificamente a constitucionalização do direito à saúde em nosso país – priorizando a sistematização de seus principais normativos inseridos em nossa Constituição Federal de 1988, abarcando seus respectivos objetivos, princípios e diretrizes.

A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE NO BRASIL

Baseando-se em Cunha (2020), com o intuito de retratar uma análise político-jurídica da questão, especificamente em relação à constitucionalização do Direito à Saúde, o texto constitucional conseguiu abarcar o direito sanitário de uma forma mais geral e ampliada, de maneira a se colocar em sintonia com os desejos da população e os anseios do debate em torno do Movimento Sanitário com seus variados matizes.

Já no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal, se inicia a proteção constitucional do direito à saúde, corolário do direito à vida com a dignidade da

pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil. De forma complementar, o inciso IV do art. 3º afirma como objetivo da República brasileira a promoção do bem de todos. Por sua vez, o art. 5º prevê a inviolabilidade do direito à vida e, finalmente, o art. 6º, a noção de que o direito à saúde é expressamente garantido dentre os direitos sociais.

Outro dispositivo importante presente em nossa Constituição Federal é o art. 196, que prescreve a saúde como direito de todos e dever do Estado, indicando ao Poder Público o caminho para assegurá-lo: “mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Um aspecto relevante e que envolve a participação dos entes federativos diz respeito às suas respectivas competências comuns e concorrentes. O art. 23, inciso II, relata que o dever de cuidar da saúde e da assistência pública é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, enquanto o art. 24, inciso XII, delimita a competência concorrente da União, Estados e Distrito Federal para legislar sobre proteção e defesa da saúde.

Outro ponto de destaque dado pela nossa Constituição ao direito à saúde é seu aspecto de relevância pública (art. 197, CF/88). A relevância pública abarca os objetivos e fundamentos que dão lastro à aplicação das políticas públicas consoantes à República Federativa do Brasil, e que estão consolidados nos art. 1º e 3º de nossa Carta Política de 1988 como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, a promoção do bem comum e a erradicação da pobreza. A efetivação do direito à saúde, principalmente no contexto brasileiro, é uma luta constante para garantir e avançar nesses objetivos e fundamentos da República, portanto, não há dúvida que o direito à saúde é um direito de relevância pública.

Em uma análise mais geral sobre o Direito à Saúde na Constituição, Barroso (2017) classifica-o como norma constitucional definidora de direitos. Segundo o atual ministro do STF, essas normas criam para seus beneficiários situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas. E caso as prestações não sejam satisfeitas, pelo Estado ou por quem tenha o dever jurídico de realizá-las, tem-se a possibilidade de seus destinatários postularem seu cumprimento, inclusive por meio de ação judicial. Assim, se ratifica, de forma incisiva, o direito subjetivo, ou seja, o poder de ação, de exigir a satisfação de um determinado interesse.

Complementando a afirmação anterior e, ao mesmo tempo, fornecendo um direcionamento inovador, Delduque (2015) advoga que o direito à saúde também deve ser efetivado não somente pelos meios tradicionais de judicialização da saúde – ações judiciais via custosos processos individuais, geralmente em pedidos com tutela de urgência – mas também por Modelos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC), tal qual a Mediação Sanitária, este com o condão de se constituir como um novo paradigma para a efetivação da política pública de saúde no Brasil.

A seguir, citamos *en passant* jurisprudência do Supremo com o objetivo de destacar o emblemático art. 196 da Constituição Federal, que produziu balizadoras decisões no STF, como o Agravo de Regimento no Recurso Extraordinário nº 271.286-8/RS, que sistematizou a matéria junto à Corte máxima do seguinte modo:

O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art.196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve zelar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar (RE 271.286-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJ 24.11.2000).

Destarte, corroborando a relevância do direito à saúde, Dallari (2008/9) afirma que sua eficácia e implementação vêm sendo fortalecidas ao longo dos anos em virtude da marcante característica de participação popular em sua construção e sua estruturação como um sistema de saúde, pois, ao contrário de outros direitos sociais constitucionalizados, o direito à saúde “tem sua garantia claramente vinculada às políticas sociais e econômicas, às diretrizes do sistema expressamente formuladas, envolvendo a participação da comunidade.” (DALLARI, 2008/2009, p.11).

Por fim, não podemos deixar de sublinhar a complexidade e profundidade da estruturação e efetivação do direito à saúde por meio do SUS, abrangendo vários campos do saber em uma intensa interdisciplinaridade, como ressalta Alves (2015): “na atual sociedade contemporânea, não é possível falar em direito à saúde sem considerar questões sociais, econômicas, territoriais, políticas, tecnológicas etc.” (ALVES, 2015, p. 4).

Por sua vez, a complexidade da interpretação hermenêutica do direito à saúde – sem descuidar da importância da interpretação normativo-constitucional – pode ser revista na seguinte afirmação, a qual informa que o direito à saúde “(...) é um direito complexo, que demanda intervenções e produção de conhecimento igualmente complexos” (MARQUES, 2015, p.3). Dessa forma, segundo a autora:

(...) para a garantia do direito à saúde é preciso que o operador do direito conheça não só o texto normativo, mas também o contexto em que este direito se insere. É preciso que conheça as muitas implicações que seus atos podem ocasionar no plano político, econômico e médico-sanitário e, para tanto, a ciência jurídica precisa avançar para além do estrito paradigma positivista de aplicação e produção do direito (MARQUES, 2015, p. 3)

Na discussão precedente, sintetizamos os elementos de formação do conceito do direito à saúde constitucionalizado no Brasil – o SUS Constitucional – os quais podemos sumariar no seguinte quadro:

Quadro – Elementos de Formação do SUS Constitucional – CF/88 e Lei nº 8.080/1990

DOCUMENTO JURÍDICO	DEBATE POLÍTICO	REDAÇÃO NORMATIVA
Pré-normatização/ Redemocratização: 8ª Conferência Nacional da Saúde (1986)	Movimento da Reforma Sanitária Brasileira – MRSB	Não se aplica (debates na Assembleia Constituinte)
Constituição Federal/1988	Conceito Geral de Saúde	Direito de todos e dever do Estado.
Constituição Federal/1988	Ações e Serviços de Saúde	Relevância pública.
Constituição Federal/1988	Entes públicos	Competência comum e concorrente de todos os entes públicos (União, Estado, DF e Municípios).
Lei Orgânica da Saúde – Lei 8.080/1990	Objetivos	– Identificação e divulgação dos fatores condicionantes e determinantes da saú- de; políticas econômicas e sociais que assegurem acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para a sua pro- moção, proteção e recuperação; – Assistência às pessoas; – Ações assistenciais e atividades pre- ventivas.
Constituição Federal/1988	Diretrizes	Descentralização, atendimento integral, participação da comunidade.
Constituição Federal/1988 Lei Orgânica da Saúde (Lei 8.080/1990)	Principais Princípios	Universalidade, integralidade, igualda- de, participação da comunidade, des- centralização político-administrativa.

Fonte: elaboração própria.

Portanto, como constatamos, a efetivação do direito à saúde na Constituição brasileira, isto é, o conceito de direito à saúde constitucionalizado, foi resultado de uma demanda democrática, com participação popular, formação técnica e política, cooperação interfederativa, financiamento, ativismo jurídico, políticas sociais e econômicas, no intuito de materializar a concepção integral do complexo Sistema Único de Saúde (SUS), base fulcral da militância sanitária.

CONSIDERAÇÕES FINAIS: A IMPORTÂNCIA DO SUS CONSTITUCIONAL NO COMBATE À PANDEMIA

A importância do SUS Constitucional no cenário brasileiro é estratégica para a debelação da pandemia do coronavírus, seja pela notabilidade de seus meios estruturais de pronto atendimento – unidades de saúde, hospitais, profissionais – seja por servir como instrumento de consolidação do Estado Democrático de Direito por meio de suas instâncias deliberativas e consultivas como Conselhos e Conferências de Saúde, para aprovação, por exemplo, da

atuação Estratégia Saúde da Família (ESF) e do Programa Nacional de Imunizações (PNI), vitais para o combate à COVID-19.

Como enfrentar essa situação de emergência público-sanitária com seus indelévels impactos econômico-sociais sem a magnitude de nossa maior política pública representada pelo Sistema Único de Saúde (SUS)? Alguns números podem dar a medida exata da importância e grandeza do SUS Constitucional para o nosso Brasil.

Segundo Rocha (2019, p. 174-175), o SUS apresenta 246 mil estabelecimentos de saúde, além de leitos privados contratados; por ano, são aproximadamente 11,4 milhões de internações hospitalares, 2,4 bilhões de procedimentos ambulatoriais de média e alta complexidade, sendo 14,4 milhões de procedimentos oncológicos, 266 milhões de consultas de urgência e mais de 2 milhões de partos, 64% da população brasileira é abrangida pelo maior programa de saúde comunitária do mundo, o Estratégia Saúde da Família (ESF).

Especificamente à urgente necessidade da vacinação de mais de 200 milhões de brasileiros, o próprio Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19, produzido pelo Ministério da Saúde (BRASIL, 2020) relata a importância estratégica do SUS Constitucional: são 50 mil pontos de vacinação, com suporte de institutos conceituados, como Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz) e Butantan, além de uma relevante cadeia de frios para o devido armazenamento dos imunobiológicos formada por 1 Central Nacional, 27 Centrais Estaduais, 273 Centrais Regionais e 3.342 Centrais Municipais.

Mesmo com iniciativas deliberadas de deterioração e sucateamento por meio de um projeto contínuo de subfinanciamento e estigmatização, o SUS se mostra cada vez mais importante no cenário nacional, consolidando-se como o maior sistema de saúde público, universal e igualitário do planeta. Precisamos defender as bandeiras do SUS, seria uma forma de agradecer a quem sempre esteve conosco, principalmente nos piores momentos de nossa quadra histórica.

Viva o SUS! Viva nossa Constituição! 🇧🇷

REFERÊNCIAS

- ALVES, Sandra Mara Campos. A Formação em Direito Sanitário: um diálogo possível a partir da interdisciplinaridade. *Para Entender a Gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_2B.pdf. Acesso em 28 dez. 2020.
- ASENSI, Felipe Dutra. O Direito à Saúde no Brasil. In ASENSI, Felipe Dutra; PINHEIRO, Roseni (Orgs.). *Direito Sanitário*. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. Capítulo 1, p. 2-26.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BOSCHETTI, Ivanete. Seguridade Social no Brasil: conquistas e limites à sua efetivação. Brasília, DF: CFESS, 2009. Disponível em: http://portal.saude.pe.gov.br/sites/portal.saude.pe.gov.br/files/seguridade_social_no_brasil_conquistas_e_limites_a_sua_efetivacao_-_boschetti.pdf. Acesso em 28 dez. 2020.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 2020.
- BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica de 1969)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em 28 dez. 2020.
- BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm. Acesso em 28 dez. 2020.

- BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, “Protocolo de San Salvador” de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm. Acesso em 28 dez. 2020.
- BRASIL. *Ministério da Saúde*. Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a COVID-19. Disponível em https://www.gov.br/saude/pt-br/media/pdf/2020/dezembro/16/plano_vacinacao-versao_eletronica.pdf Acesso em 28 dez. 2020.
- CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. *Saúde e Constituição: alternativas para a consolidação do SUS*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- DALLARI, Sueli Gandolfi. A Construção do Direito à Saúde no Brasil. *Revista de Direito Sanitário*. São Paulo: V.9, n.3 p. 9-34, nov.2008/fev.2009. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/13128/14932>. Acesso em 28 dez. 2020.
- DELDUQUE, Maria Célia. A Mediação Sanitária como Novo Paradigma Alternativo à Judicialização das Políticas de Saúde no Brasil. *Para Entender a Gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: https://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_9B.pdf. Acesso em 28 dez. 2020.
- ESCOREL, Sarah. *Reviravolta na Saúde: origem e articulação do movimento sanitário*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999. Disponível em: <http://books.scielo.org/id/qxhc3/pdf/escorel-9788575413616.pdf>. Acesso em 28 dez. 2020.
- ESCOREL, Sarah; BLOCH, Renata. História dos Trabalhadores da Saúde. In *Ciência e Saúde Coletiva*. V. 13 n. 3, Rio de Janeiro, maio/jun. 2008.
- FELIPE, Saraiva. *Projeto Montes Claros*. Belo Horizonte: DAD/COC, 1993.
- FLEURY, Sônia (Org.). *Projeto Montes Claros: a utopia revisitada*. Rio de Janeiro: ABRASCO, 1995. Disponível em: <http://cebes.org.br/site/wp-content/uploads/2013/10/Projeto-Montes-Claros-a-utopia-revisitada.pdf>. Acesso em 28 dez. 2020.
- LUZ, M.T. As Conferências Nacionais de Saúde e as Políticas de Saúde da Década de 80. In Guimarães, R.; Tavares, R. (Orgs). *Saúde e Sociedade no Brasil: anos 80*. Rio de Janeiro: Relumé Dumará, 1994.
- MARQUES, Sílvia Badim. Direito à Saúde: complexidade e enfrentamentos extrajudiciais. *Para Entender a Gestão do SUS*. Brasília: CONASS, 2015. Disponível em: http://www.conass.org.br/biblioteca/pdf/colecao2015/CONASS-DIREITO_A_SAUDE-ART_32.pdf. Acesso em 28 dez. 2020.
- MOORE JR, Barrington. *As Origens Sociais da Ditadura e da Democracia: senhores e camponeses na construção do mundo moderno*. São Paulo: Martins Fontes, 1975.
- OMS. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO)*. 1946. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Mundial-d+a-Sa%C3%BAde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em 28 dez. 2020.
- ONU. *Declaração Política de Comprometimento Global para Cobertura Universal de Saúde*. 2019. Disponível em: https://agencia.fiocruz.br/sites/agencia.fiocruz.br/files/u35/uhc_hlm_silence_procedure.pdf Acesso em 28 dez. 2020.
- ONU. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em 28 dez. 2020.
- ONU. *PIDESC. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>. Acesso em 28 dez. 2020.
- ONU. *PIDCP. Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos*. 1966. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20Direitos%20Civis%20e%20Pol%C3%ADticos.pdf> Acesso em 28 dez. 2020.
- OPAS. *Organização Pan-Americana da Saúde – Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS)*. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5849:objetivos-de-desenvolvimento-sustentavel&Itemid=875 Acesso em 28 dez. 2020.
- ROCHA, Rudi. A Saúde na Constituição de 1988: trinta anos de SUS e os desafios pela frente. In FLHO, Naercio Menezes; SOUZA, André Portela. *A Carta: para entender a Constituição brasileira*. São Paulo: Todavia, 2019.
- SCLIAR, Moacir. História do Conceito de Saúde. *Physis: Rev. Saúde Coletiva*, 17 (1): pp. 29-41, Rio de Janeiro, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/physis/v17n1/v17n1a03.pdf>. Acesso em 28 dez. 2020.
- TAVARES, D. de F. *Projeto Montes Claros: Depoimento Oral*. Belo Horizonte: DAD/COC, 1993.

JARBAS RICARDO ALMEIDA CUNHA é Doutor em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Sanitário pela Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

COVID e suas consequências no direito financeiro. O que fazer?

■ POR REGIS FERNANDES DE OLIVEIRA

“Com o prosseguimento da pandemia de coronavírus o governo deve se preparar para enfrentar novos problemas, não só de combate, mas de estratégia. É o que está faltando. Ao lado de discursos falhos, falta uma estratégia que imponha a derrota à propagação do vírus. Nesse passo, falta, vivamente, uma comunicação com a sociedade.”



DESCRIÇÃO DRAMÁTICA DO QUADRO SOCIAL (EXERCÍCIO DE 2020)

Inúmeras foram as pestes que assolaram o mundo. A primeira delas nos dá notícia Tucídides (“História da guerra do Peloponeso”, ed. Unb.) em 431/404 a.C., Justiniano nos comunica outra em 541 d.C., A Peste Negra que atingiu a Europa em 1.343. Gripe russa (1889), espanhola (1918) e a suína em 2009. Em “A peste”, Albert Camus cuida da tragédia de Oran, na Argélia. Foram tragédias que abalaram inúmeros países

Desnecessário dizer que a pandemia trouxe ao Estado brasileiro e a todos os países do mundo sérias consequências comportamentais e financeiras. O vírus entrou em nossa vida sem pedir licença. Mudou nossos hábitos. Obrigou o fechamento de bares, restaurantes, cinemas, teatros, escolas, hotéis e limitou a convivência e o contato em público. Todos foram obrigados a usar máscaras e álcool-gel. Em muitos lugares ocorreu o *lockdown*, ou seja, a proibição de ir às ruas.

Visitas rarearam. Amigos se distanciaram. As aulas passaram a ser por vídeo. Negócios epistolares passaram a ser frequentes. Escritórios foram fechados. Audiências judiciais apenas por videoconferências. As viagens diminuíram. As companhias aéreas colapsaram. Viagens de ônibus restringidas e as companhias exploradoras viram-se obrigadas a suspender seus serviços e recolher seus veículos. Locação de carros cessaram.

Duas atividades continuaram a prestar seus serviços regulares: hospitais e supermercados. As pessoas não podem deixar de se alimentar e o vírus obrigou a que hospitais públicos operassem no limite e os privados pudessem operar em toda sua capacidade. Inúmeras cirurgias não urgentes foram canceladas.

O transtorno aí retratado obrigou a que todos os países reformulassem suas políticas. Os recursos públicos minguaram. Com a cessação de uma série de atividades econômicas houve o não recolhimento de tributos. As indústrias restringiram sua produção. Menos recolhimento de IPI. O comércio teve limitadas suas atividades. Menos ICMS. Os serviços diminuíram. Menos ISS. As operações financeiras ficaram restritas a algumas. Menos IOF. As transações imobiliárias sofreram os efeitos da crise. Menos ITBI. Em realidade, a pandemia viral impôs uma pandemia financeira.

Os Estados tiveram que reagir rapidamente. Passaram a se sujeitar a regimes especiais e extraordinários. O estado de calamidade (Mensagem 93) foi reconhecido pelo Congresso Nacional (decreto legislativo n. 6/2020) o que permitiu ao Executivo a adoção de ações mais rápidas. Sobreveio a EC. 106/2020). Liberou-se uma ajuda financeira aos que são pobres e desvalidos para permitir sua subsistência. A consequência foi permitir que os setores comerciais não ficassem tão abalados. Licitações foram dispensadas para aquisição de aparelhos, remédios e tudo que se relacionasse com a pandemia.

Diversos hospitais de emergência foram montados. Houve controle do primeiro surto, mas com consequências desastrosas de milhares de mortes. A desorganização estatal no estado federativo se fez sentir. Ordens confusas partiram tanto do governo central como dos estaduais. Por vezes, houve confronto.

As autoridades não souberam lidar com a crise. Demonstraram noviciado na administração pública. Não atentaram para a grandeza do problema nem para a gravidade da situação.

Nenhuma teve a visceral visão de estadista para visualizar não só o problema imediato, mas o mediato e o sequencial. Perderam-se em quizílias mesquinhas.

A grande massa assistia a tudo sem ter a exata noção do que faziam seus dirigentes políticos e não souberam dimensionar as consequências e os males que de tais desencontros adviriam.

Encontramo-nos a meio caminho da crise. O mundo está abalado. A China, exportadora do vírus, parece que o controlou rapidamente. Os Estados Unidos se perderam. A Europa não se deu conta do repique. Os países da América Latina ficaram desamparados. A África parece que não sentiu o baque. Ao menos não se tem informações mais detalhadas. A Ásia ainda sente os efeitos da disseminação do vírus.

A pandemia interrompeu o processo de recuperação fiscal. Tudo passou a ser desimportante diante da vida das pessoas. Em função da deterioração da relação receita/despesa a dívida bruta do governo federal chega a 93,7% em relação ao PIB, no final de 2020.

Os índices de crescimento caíram de forma inesperada. Houve queda do setor automobilístico, mas há projeção de crescimento do terceiro e quarto trimestre. Já não se pode dizer o mesmo do primeiro trimestre de 2021. Há sérias perspectivas de novo desaquecimento em face da segunda onda da epidemia.

O advento de possível vacina irá sanar os problemas? Claro que não. Pode se constituir em alívio contra a propagação do mal. Pode ser uma garantia de que estamos ganhando relativa proteção. Pode ser um avanço no conhecimento da etiologia viral e a descoberta de sua cura. Mas longe de ser solução, por causa da mutação do vírus.

O problema é, superado o mal, como farão os Estados para suportar suas finanças?

O Brasil já não vinha com suas finanças em ordem. A comparação PIB/dívida era e continua preocupante. As receitas não sofrerão imediata recuperação para abastecer os cofres públicos. Por melhor que seja a recuperação da indústria e do comércio, longe estarão as receitas para atender às necessidades do país.

Podemos, pois, sintetizar os problemas surgidos no estado de pandemia: a) falta de uma unidade de comando; b) confrontos entre os Estados-membros e o governo central; c) desorganização nas ordens dadas à população (isolamento social, uso de máscaras, higienização das mãos, das roupas e sapatos); d) perplexidade da população diante de ordens ambíguas provenientes das autoridades públicas; e) ignorância de como se comportar com a invasão do vírus (sua proveniência, grau de letalidade, meios de combate); f) problemas generalizados com a população menos amparada financeiramente e g) parte da população que não crê na gravidade do problema e descumprimento das recomendações médicas.

Em face desse quadro, os governos federal, estaduais e municipais não souberam como agir. Ordens descontraídas, providências complexas e desastrosas e falta de uniformidade de orientação.

Financeiramente, os Estados ficaram abalados, porque tiveram que fazer frente a um inimigo não previsto e imprevisível. Sem o adequado preparo, todos

começaram a improvisar. Algumas providências urgentes foram tomadas, tais como a declaração de estado de emergência imediatamente reconhecido pelo Congresso. A partir daí, uma série de providências foram adotadas, tais como hospitais de emergência, aquisição de medicamentos, contratação de pessoal.

De seu turno, havia o desconhecido pela frente. Daí uma série de impactos.

ALGUNS IMPACTOS

a) O **primeiro impacto** diz respeito à pobreza. O desemprego alcança índices indescritíveis. Não havendo trabalho, não há como ganhar dinheiro. Não tendo dinheiro, as pessoas não podem se alimentar, sustentar uma casa, pagar aluguel. Logo, instaura-se a fome e, como tal cria-se uma quantidade tal de famintos que a população, por mais solidariedade que tenha, não logrará vencer. O Estado, por sua vez, não terá condições, porque as finanças estão precárias, de suportar mais uma carga de doação à população carente e desempregada.

b) O **segundo** problema a enfrentar é o teto constitucional com gastos. Pode-se pensar numa escolha seletiva de tetos, de forma a ensejar que, para algumas necessidades, possa haver o destelhamento da casa? Teto flexível, pensa-se. Alguns serviços obrigatórios, tais como saúde e educação e a realização de algumas obras necessárias poderão ter a restrição superada? Estará o Congresso Nacional disposto a abrir exceções?

c) **Terceiro impacto** diz respeito à produção industrial, agrícola e pecuária. Todos necessitam de benesses do Estado através de benefícios fiscais. Se retirar os benefícios, terão dificuldades; mantê-los é deixar de arrecadar e, pois, voltamos ao item 2.

d) **Quarta** situação que merece atenção é a privatização de empresas estatais e venda do patrimônio imobiliário. Há inúmeras empresas que são supérfluas. Outras vivem na dependência de outras empresas estatais (Petrobrás, por exemplo) e são desnecessárias para sobrevivência da empresa mãe.

De outro lado, o patrimônio imobiliário é dispersivo, desnecessário e nada traz de bom para a comunidade. Tornam-se cabides de emprego e servem para designação de dirigentes políticos que ali vão para atender a quem o indicou.

e) **Quinto eixo de preocupação** recai sobre a relação Estado e servidores públicos. Sabidamente os vencimentos pagos aos agentes é bastante superior ao que se recebe na vida privada. Legislativo, Judiciário e Executivo deviam dar o exemplo e enxugar seus quadros, bem como restringir aumentos indevidos. A situação impõe.

Há inúmeras anomalias que devem ser revistas. O teto de vencimentos não é cumprido. Emenda constitucional que limitasse os vencimentos ao teto, independentemente do direito adquirido a superá-lo seria interessante. Surgirão demandas, evidentemente e se dirá que não é admissível retirar direitos garantidos por cláusula pétrea. Mas, será que foi isso que quis o legislador constituinte originário? A manutenção de privilégios incompatíveis com um Estado em crise?

f) A relação federativa é o **sexto impacto**. Cada governador resolveu criar sua própria administração independentemente do governo central e dos demais governos descentralizados. Não há diálogo. Normalmente, há confronto. A impressão que se tem é que o português não mais é utilizado, porque não falam a mesma língua.

Os interesses brasileiros passaram a segundo plano. Cada qual quer cuidar de sua província sem se preocupar com a coletividade.

DIANTE DISSO, O QUE FAZER?

Lênin quando assumiu o governo da antiga União Soviética, ainda nos tempos dos bolcheviques escreveu um texto denominado “Que fazer?” (V. I. Lênin, “Obras escolhidas”, ed. Avante, Lisboa, 1981, tomo 1, pág. 85 e segs.) Impôs-se uma série de questões e procurou equacioná-las. É o que devemos fazer no país. Antes de mais nada analisar a situação sócio econômica e a partir daí buscar soluções.

Lênin escrevia para outra época e em outras circunstâncias, quais sejam, após revolução de 1917 e assunção do poder pelos bolcheviques. O que disse lá não serve para aqui, mas vale o exemplo da análise das situações e apresentação de soluções.

Não se pode, de abrupto, cessar os inúmeros benefícios fiscais. Podem ser retirados das igrejas, por exemplo, que não há motivo para serem destinatárias, porque não integram o fator produtivo.

A *imunidade tributária das Igrejas* é assunto que precisa ser revisto. O Estado é laico e não tem que propiciar qualquer benefício fiscal para os cultos de qualquer espécie. Evidente está que o país é religioso. Predomina o cristianismo, mas o Brasil é um país plural que alberga todo tipo de fé e consciência religiosa. Aqui estão judeus, islâmicos, cultos afros, cristianismo, com suas diversas tendências.

Ocorre que todos os cultos têm recursos próprios e independem da subvenção estatal para sua subsistência. É assunto que deve ir à pauta do Congresso, embora seja difícil sua aprovação.

O *setor bancário* deve ser fortemente tributado. Não pode ter lucros astronômicos enquanto o país está à mingua. É mister a criação de um tributo incidente sobre as transações bancárias, tipo CPME. Não há mais como fugir disso. Aumentar-se o tributo sobre a riqueza (grandes fortunas, por exemplo, como fez a Argentina) e exonerar ou diminuir o tributo sobre bens de primeira necessidade. Arroz, feijão e carne deveriam ser desonerados. Outros alimentos de consumo privilegiado (frutos do mar, doces, por exemplo) deve ter alíquotas maiores.

Os supérfluos devem ser pesadamente tributados, tais como tabaco, bebidas alcoólicas (especialmente importadas).

A economia não se movimenta sem o setor produtivo. De tal arte, impõem-se isenções para os setores industrial, agrícola e pecuniário. São a mola que sustenta o Estado.

Urge dotar a Polícia federal e as estaduais com mais recursos para que possa haver combate efetivo à sonegação, ao tráfico de entorpecentes e à vigilância de nosso espaço aéreo e marítimo.

O OBJETIVO DO ESTADO É MANTER A VIDA

Como diz Foucault “pode-se dizer que o velho direito de *causar a morte* ou *deixar viver* foi substituído por um poder de *causar a vida* ou *devolver à morte*”

(Michel Foucault, “História da sexualidade”, vol. 1, 20 reimpressão, ed. Graal, pág. 150). Os governantes, desde sua origem, passando pela Idade Média, até o surgimento do Estado e do Estado de direito, os dominantes tinham o poder da violência e da morte. A partir de determinado momento, passa o Estado a ter o *dever da vida*.

O Estado de direito suprime a pena de morte, transforma-a em isolamento prisional ou busca penas alternativas. Termina a pena de morte como identificação do Estado fracassado. Agora, surge o direito à vida.

A partir de tal visão é que se pode entender o presente do Brasil e iniciar um diálogo para saber como deve sua função no futuro. Evidente que há uma fase de transição.

COMO FICA O DIREITO FINANCEIRO EM FACE DE TAIS QUESTÕES?

O Estado, por força de determinação constitucional, é *indutor* da atividade econômica e não produtor de bens (art. 173 da Constituição Federal).

O Estado não está em condições de suportar o pesado ônus de recuperar a situação econômica. Não será mais conveniente dar-lhe um novo Estado emergencial e dispensá-lo da seriedade da administração da coisa pública. Impõe-se o rigor fiscal.

Se é assim, tem à sua disposição a estrutura tributária que pode funcionar de forma *parafiscal* ou criar incentivos e proibições para que a economia possa deslanchar e trazer recursos para a sociedade. Apenas e tão somente com o incentivo à produção, ao comércio, à prestação de serviços é que ocorrerão fatos econômicos que permitirão a incidência tributária e a arrecadação de tributos.

Sem a dinamização econômica, não surgem empregos. Sem empregos a população não come e não compra. Sem isso, os bens não circulam. Sem produção e circulação de bens não, ocorre o recolhimento de impostos. Sacrificase a sociedade e o Estado fica sem estrutura para incentivar o ciclo econômico.

Não é o caso de mais um ano de excepcionalidade financeira, ou seja, de novo reconhecimento de Estado de emergência, liberando-se o Estado para agir na informalidade e sem os controles efetivos e necessários sobre sua atuação.

Não se pode descartar, todavia, uma nova situação emergencial. Imaginemos um novo surto da moléstia, milhares sendo internados e necessitando de remédios, internações e aparelhos de recuperação. Como ficamos? Dar-se-á prioridade às contas públicas enquanto morre a população?

Evitemos a dramaticidade da situação. Mas não se pode descartar a hipótese. Em tal situação, teremos que reconhecer novo estado emergencial com as consequências que daí advêm, a saber, dispensa de licitação, aquisição de remédios e aparelhos, com mobilidade da prestação de contas.

Outras consequências recairão sobre o orçamento. A previsão de recursos deve ser alargada. A Lei de Diretrizes Orçamentárias deverá conter elementos mais fluidos para permitir formas diversificadas de ação do Estado.

O princípio básico da Administração Pública é não gastar mais do que arrecada (regra de ouro). Qualquer indivíduo que assim aja desprepara seu futuro. A desorganização financeira leva a desmandos de toda ordem. Recursos com que o Estado pudesse contar escasseiam ou são recusados. O auxílio externo

não virá. Empréstimos tornam-se difíceis se o país não apresentar suas contas com absoluto rigor financeiro.

O orçamento desequilibrado leva à fuga de capitais. Investimentos contam com a seriedade do país. Caso contrário, não aportarão por aqui. Todos querem ver a higidez financeira do ente estatal para poder confiar nele.

Não se pode realizar qualquer despesa ou assunção de obrigações que excedam os créditos orçamentários e adicionais. A Constituição Federal tem uma série de restrições que limitam ou impedem o descaso e a falta de seriedade com as contas públicas.

A lei de improbidade aí está para cercear qualquer político doidivas que vá brincar com as finanças do Estado.

De tal forma, o orçamento deve ser equilibrado. Evidente que se ressalva uma situação excepcional. Em tal caso, adoção de medidas excepcionais se impõem. Mas, não se pode liberar os recursos sem que tenham destinação específica.

O Brasil elabora um plano orçamentário através da Lei de Diretrizes Orçamentárias de 2021 (aprovada pelo Congresso Nacional). Isso ainda não significa muita coisa, porque o primeiro passo é a existência de recursos.

Assim, as receitas dependem da ocorrência dos respectivos fatos geradores (ou imponíveis) para que dê nascimento à obrigação tributária e, pois, nasça a obrigação de pagar. Com o pagamento, que quita a responsabilidade tributária é que o recurso chega aos cofres públicos. Não só por via tributária, mas através de receitas denominadas derivadas, isto é, que advêm da exploração pelo Estado de seu próprio patrimônio (receitas com extração de minerais, petróleo, bens públicos).

Estando os cofres abastecidos, o governante decide onde gastar. Daí há a eleição de uma série de situações que tem urgência em atender. A saúde ganhou absoluta prioridade. Ocorre que a Lei de Responsabilidade Fiscal determina a responsabilidade do governante que não atender às obrigações constitucionais (educação, saúde, além dos Fundos) e as decorrentes de lei (pagamento dos servidores). O que sobra é que permite ao governante efetuar escolhas.

Já se disse que a saúde é prioritária. Mas não se pode esquecer a educação, o saneamento básico e outros tantos serviços e atividades que a Constituição entendeu de atribuir ao Poder Público a responsabilidade da prestação.

O frio é muito e o cobertor é curto. Logo, cabe ao governante *eleger prioridades*.

Há uma forte restrição que é o teto. Pela Emenda Constitucional n. 95/2016 que introduziu o art. 107 do ADCT estabeleceram-se limites de gastos públicos em todas as áreas. Muito se discutiu sobre se a saúde e a educação seriam prejudicadas. O problema agora é como costurar os recursos para destiná-los à saúde. A educação e outras finalidades cabentes ao Poder Público sofrerão.

No curso do exercício, nada impede que nova Emenda Constitucional possa resolver o problema, na hipótese de novo surto epidêmico.

Fala-se na excepcionalidade de introdução de um novo tributo que incidiria sobre a movimentação financeira em caráter transitório. Há resistência tanto da população como do próprio governo, mas este pode ver-se de tal forma complicado que poderá lançar mão de uma tributação excepcional e provisória. Isso já aconteceu em governos anteriores.

COMBATE A POBREZA *VERSUS* RIGOR FISCAL

A não previsão de qualquer distribuição de renda para o exercício que se inicia (2021) causa preocupação. As pessoas menos favorecidas aguardam que o governo lhe dê a mão. Deve ser discutida, com seriedade, a adoção de uma distribuição de renda, independentemente de qualquer comportamento que a economia venha a ter.

Nunca deixou de existir duas faces em qualquer sociedade: ricos e pobres. Aqueles em diminuto número. Estes a imensa maioria. No meio delas há uma classe média, alguns com perspectivas de passarem à classe rica e outros com a tristeza de serem candidatos à pobre.

Jean-Jacques Rousseau diz, na primeira linha de seu “Contrato social” que “o homem nasceu livre e, por toda a parte está agrilhoado”. É uma verdade eterna que o Estado e sociedade se constituem pelo conflito permanente de dominantes e dominados. O mesmo autor diz em “Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens que concebo na espécie humana dois tipos de desigualdade: uma que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza e consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito ou da alma; a outra que podemos chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção e é estabelecida, ou pelo menos autorizada, pelo consentimento dos homens”.

Assim é o mundo e sempre foram assim as sociedades. O que fazer, então, para diminuir os impactos de tal realidade?

Impõe-se o estabelecimento sério de compatibilidades eletivas entre Executivo e Legislativo. Selecionarem um plexo de interesses comuns que o Brasil reclama: a) uma reforma tributária para desonerar a produção e onerar a riqueza improdutiva; b) também em relação à reforma tributária é essencial que seja racionalizada. O que existe hoje é irracional, burocrático e sacrifica setores produtivos; c) implantar reforma política que libere os partidos da arrecadação excessiva e que tais recursos sejam redistribuídos em políticas públicas; d) delinear quais as políticas públicas essenciais: saúde e educação devem ser primordiais. A elas não podem faltar recursos; e) repensar os serviços públicos (pensar seriamente em terceirização de algumas atividades) e reestruturar a relação governo/servidores; f) equacionar de forma definitiva a relação entre Executivo/Legislativo. O confronto não serve a ninguém. Sem emasculação de qualquer dos poderes do Estado e sem subserviência, deve ser encontrado um ponto de equilíbrio entre eles.

A partir daí estruturar as verbas orçamentárias de forma a dotar desigualmente para setores desiguais, tais como os que mais necessitam de verbas: educação e saúde, como se viu.

Com o prosseguimento da pandemia de coronavírus o governo deve se preparar para enfrentar novos problemas, não só de combate, mas de estratégia. É o que está faltando. Ao lado de discursos falhos, falta uma estratégia que imponha a derrota à propagação do vírus. Nesse passo, falta, vivamente, uma comunicação com a sociedade. Ela está perdida, sem saber o que fazer e confrontando populismo com ciência. Neste passo, as *fake News* ganham

dimensão nunca vista. Boatos, emissão de falsas notícias, disputa entre comentaristas ignorantes, tudo ganha proporção de disseminação da desinformação.

É importante, pois, que o rigor fiscal não alcance os mais pobres. Obediência ao teto significa cumprimento de metas, o que não proíbe de destinação maior de recursos aos menos favorecidos.

Apenas assim é que se terá maior combate à pobreza, dando, ao menos temporariamente, dignidade aos pobres e desfavorecidos da sorte.

CONFRONTO ENTRE PODERES

É sabido que poder não admite vácuo. Daí surgir o conflito agônico que significa o confronto para saber quem ocupa mais espaço. Se o legislativo não legisla podemos ter a noção de não legisla porque não quer ou porque entende que não há necessidade. É uma alternativa. Ocorre que os interessados provocam o Judiciário que, de seu turno, não pode deixar de dar uma resposta ao pleito. Sabidamente, o Judiciário não age por iniciativa própria. Aguarda que alguém o provoque.

Se o Executivo não executa (assim mesmo), o Legislativo tende a ocupar seu lugar dispondo sobre o tema através de normas gerais e abstratas (leis). O que poderia ser resolvido pela vontade governamental não é atendido. Os parlamentares propõem leis e estas brotam com muita facilidade num Legislativo multifacetado e plural.

De seu turno, o Executivo atua mesmo onde não é chamado e para onde não tem competência, porque a matéria depende de lei.

O confronto serve para que as competências e atribuições sejam consolidadas. Diz-se que a última palavra é do Judiciário. Não é bem assim. Falece ao Judiciário competência para decidir sobre atribuições exclusivas do Executivo ou da lei. Serve como exemplo a nomeação de ministro de Estado. Atribuição exclusiva e privativa do Chefe do Executivo, mas o Judiciário interveio para impedi-la.

É o que os gregos rotulavam de conflito agônico. Posso confrontar permanentemente, mas não posso eliminar o contendor. A luta não para. Prossegue por outras formas, desde que não elimine o inimigo.

A tendência é que as coisas se normalizem e cada qual possa executar suas funções próprias sem invadir a do outro.

SITUAÇÃO DE PERPLEXIDADE

Juristas e economistas estão perplexos. Cada qual fazendo jogo de futuro. Em verdade, não se sabe o que pode acontecer. São palpites e possibilidades que são aventadas, mas sem muita base em dados concretos. Há algumas previsões. Alguns dizem que a economia deslanchará. Outros, que terá novos impactos decorrentes da pandemia. Novos apagões, novos fechamentos, novos isolamentos, *lockdown*, restrição de funcionamento de estabelecimentos comerciais. Não funcionamento presencial das escolas e universidades. Tudo levará a nova queda na arrecadação tributária.

Tal é o quadro que se avizinha.

Como estudiosos do direito financeiro, resta-nos aguardar como será o desenvolvimento da economia para arriscarmos, com mais concretude,

algumas previsões. Tudo dependerá da arrecadação tributária e do desempenho das receitas originárias. Com base em tal perspectiva é que se pode arriscar alguns palpites.

Creemos que a economia dará sinais de fortalecimento. China e Estados Unidos iniciam processo de recuperação, especialmente a primeira potência. Se não criarmos problemas de relacionamento com a China, o desempenho da agricultura e da pecuária poderá sustentar a arrecadação brasileira. Os minérios darão sólida contribuição. A compra de produtos de saúde poderá nos manter próximos da China, bem como a abertura para o 5G. Não podemos eliminar tal possibilidade. A decisão há de ser exclusivamente técnica e não política.

As vantagens que advirão com a implantação do 5G são inúmeras. Teremos comunicação vinte vezes mais rápida, maior clareza nas transmissões, relacionamento mais eficiente. O que não se pode é abandonar tudo isso para ficarmos à deriva do mundo.

Financeiramente, o governo não pode excluir, de plano, os benefícios fiscais que vem concedendo. Há que cortar alguns, mas não os eliminar de vez. Há que definir quais os setores em que investirá. Deverá manter uma renda básica. Reabrir escolas em todos os graus. Permitir o funcionamento dos estabelecimentos comerciais, ainda que possam sofrer alguma restrição.

Em suma, há boas perspectivas, desde que o governo saiba fazer escolhas certas.

SOLUÇÕES À VISTA

Não se sabe ainda a gravidade da segunda onda do vírus. Embora o Presidente diga que a pandemia está no final, não é assim que as coisas se passam. A ignorância, o despreparo e a ingenuidade têm seu preço quando no exercício de cargos diretos. A população não pode ser sacrificada pela má fé de seus governantes.

Se o poder central está despreparado, autoridades conscientes têm que tomar a frente das decisões. Ministros e governadores devem ignorar a anemia política e passarem a decidir.

Estará a solução na busca de empréstimo? É uma alternativa. Diante da exaustão dos cofres públicos, o Estado tem que buscar dinheiro em algum lugar. Ou utiliza suas reservas externas em dólares ou busca empréstimo. O que não pode é deixar a população mais humilde sem qualquer tipo de recurso e sem emprego.

Efetuar urgente reforma tributária para desburocratizar a arrecadação e facilitar o controle. Rever a relação Estado/servidor. Problema crucial é a escolha da terceirização na prestação de serviços públicos. Mantém-se uma unidade burocrática profissional, retirando alguns direitos dos servidores ou se prevê a possibilidade da terceirização?

Quais os setores que devem ser mais tributados e outros menos onerados? A opção é bastante complicada e passa pelos setores emotivos.

Em verdade, o que deve fazer o Executivo é tomar decisões imediatas e drásticas. Deve, no entanto, agir não esperando que o tempo passe e as coisas de acomodem. O político não pode temer a tomada de decisões.

Como disse Pablo Neruda: “Você é livre para fazer suas escolhas, mas é prisioneiro das consequências”. 

O Direito Comercial em Retrospectiva

■ POR EMERSON SOARES MENDES

“É indispensável a manutenção da esperança na melhora das leis (o que desejamos e esperamos veementemente), que devem estar conectadas à evolução do mundo real e à evolução da ciência.”



Chegamos ao final de 2020, ano marcado infelizmente por inúmeras vidas que se foram em virtude da pandemia pela qual o mundo passa. A vida é um bem de valor inestimável e que jamais pode ser comparado às perdas econômicas sofridas pelos diversos agentes econômicos, que seguramente conseguirão o reinício de suas atividades após o reaquecimento da economia.

É inegável a gravidade dos efeitos da pandemia tanto no âmbito da saúde, quanto no âmbito da economia, que sofreu verdadeira paralisação na circulação de riquezas em alguns setores da economia.

O Direito Comercial, que está enraizado nas operações econômicas, justamente por ter surgido em consequência das relações econômicas mantidas entre os agentes econômicos em priscas eras, sofreu alguns desafios, que ainda deverão ser enfrentados.

No âmbito do Direito Contratual Comercial, que é regido pela observância mais rigorosa do princípio *pacta sunt servanda*, se comparado com o regime jurídico dos Contratos Cíveis, o desafio foi manter as relações contratuais mesmo diante da diminuição ou paralisação da circulação de riquezas em determinados setores da economia.

Deveria a pandemia ser considerada um fato imprevisível, se de tempos em tempos a humanidade sofre pandemias, epidemias e endemias? Se a doutrina e a jurisprudência até hoje controvertem acerca da distinção entre o caso fortuito e a força maior, não seria esperado que neste cenário tivéssemos uma definição cirúrgica acerca da qualificação da pandemia como algo imprevisível, que possa servir de excludente de responsabilidade, sobretudo em um país em que temos visto o surgimento de diversas falsas e “acientíficas” teorias criadas sem qualquer base científica.

Parece-nos que, considerando a necessária mínima intervenção judicial em relações estabelecidas entre agentes econômicos (art. 2º, inciso III, da Lei nº 13.874/2019 e art. 421, parágrafo único, do Código Civil), bem como a previsibilidade da ocorrência de pandemias, epidemias e endemias (basta lembrar além da COVID-19, a gripe espanhola – 1918/1919, a peste do Egito – 430 a.C., a peste negra – 1347/1351, gripe suína – 1976 e 2009, AIDS – 1981, a gripe suína ou gripe A – 2009, ebola – 1976, MERS-Cov – 2012, febre amarela, dengue, malária, tuberculose, varíola, tifo epidêmico etc.), a solução menos prejudicial aos agentes econômicos é a negociação com boa fé entre os mesmos, vez que por diversas vezes a intervenção judicial desconsidera as reais necessidades dos agentes econômicos e, sobretudo, as consequências práticas e sistêmicas de suas decisões, embora devesse considerá-las por determinação expressa do art. 20, *caput*, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Apesar da paralisação de diversos setores da economia, a pandemia do corononavírus aumentou substancialmente a atividade econômica em outros setores, especialmente o setor do “ecommerce”.

Conforme o levantamento feito pela Câmara Brasileira da Economia Digital e da empresa Neotrust, as empresas do “ecommerce” apresentaram um crescimento no faturamento da ordem de 122% acumulado de janeiro a novembro de 2020 em comparação ao mesmo período de 2019, movimentando R\$ 115.300.000.000,00 (cento e quinze bilhões e trezentos milhões de reais).

Assim, não é sem razão, que as autoridades antitrustes da União Europeia e dos Estados Unidos passaram a dar maior atenção aos aspectos concorrenciais envolvidos no exercício das atividades pelas denominadas “big techs” e,

de um modo geral, dos serviços digitais, inclusive revendo decisões tomadas anteriormente.

A União Europeia não só iniciou procedimentos contra tais empresas, mas também propôs, por meio da Comissão Europeia, duas iniciativas legislativas: o “Digital Services Act” e o “Digital Markets Act”, os quais serão discutidos no Parlamento Europeu e possuem como objetivos primordiais, respectivamente, criar um ambiente digital em que os direitos fundamentais de todos os usuários sejam protegidos e estabelecer um nível de atuação das empresas que promova a inovação, o crescimento e a competição tanto no mercado europeu, quanto globalmente.

No Brasil, o Direito da Concorrência precisa voltar sua atenção a possíveis práticas anticoncorrenciais no âmbito do comércio eletrônico, mas que não são necessariamente alcançadas pela atual legislação de defesa da concorrência, de forma a estabelecer um ambiente entre as empresas sem práticas abusivas, sem a utilização de informações pertencentes aos estabelecimentos, que utilizam, por exemplo, *marketplaces*, com o fim de analisar o comportamento dos clientes e tentar desviar a clientela destes estabelecimentos etc..

Em relação ao sistema de insolvência das empresas, na véspera de Natal, foi publicada a Lei nº 14.112/2020, que alterou o regime jurídico das recuperações judicial e extrajudicial, bem como da falência.

Infelizmente, o legislador perdeu a grande oportunidade de sujeitar todos os credores, sem exceção, aos efeitos da recuperação judicial.

A lei brasileira possui inúmeras exceções, que foram incluídas por pressões de setores específicos, o que se mostrou e continua mostrando-se prejudicial à empresa em recuperação, visto que permite a determinados credores, que são titulares de créditos existentes à época do ajuizamento do pedido de concessão de recuperação judicial, que mantenham seus créditos íntegros e possam adotar medidas de cobrança de tais valores em prejuízo não só da empresa em recuperação, mas também de todos os demais credores sujeitos aos efeitos da recuperação judicial.

Não é demais lembrar que recentemente uma companhia aérea ajuizou o pedido de concessão de recuperação judicial nos Estados Unidos, cuja lei abrange a totalidade dos credores, permitindo, realmente, que a empresa tente obter sua efetiva recuperação da crise econômico-financeira.

Não bastasse isso, o legislador reforçou a não sujeição dos créditos tributários aos efeitos da recuperação judicial e extrajudicial, permitindo apenas que parcele o crédito tributário consolidado em 120 parcelas, o que apenas agrava a situação econômico-financeira da empresa em recuperação, que, frise-se, é geradora de receitas tributárias ao próprio Estado, quando consegue operar eficientemente suas atividades.

Acrescente-se, ainda, que o legislador passou a permitir que a empresa em recuperação judicial obtenha a concessão de tutela provisória de urgência antecipada, com fundamento no art. 300 do Código de Processo Civil, de modo a antecipar total ou parcialmente os efeitos do deferimento do processamento da recuperação judicial, decisão esta que pode a qualquer momento ser modificada ou revogada.

Imaginem a confusão processual que essa medida pode causar no processamento da recuperação judicial!

O legislador, ao invés de simplificar e objetivar o procedimento, parece-nos que criou ponto de grande confusão, permitindo que sejam interpostos recursos contra uma decisão concessiva (ou não) da tutela provisória de urgência antecipada em um Poder Judiciário lento, tal como o brasileiro, propiciando o prolongamento

desmedido de uma discussão, que pode durar anos até o julgamento final dos recursos, mormente se a discussão for levada até os Tribunais Superiores.

Ainda, para reforçar o viés de judicialização, em contrariedade a incentivos existentes em legislações estrangeiras para a desjudicialização da insolvência, o legislador autorizou que a empresa em dificuldade, antes de ajuizar o pedido de recuperação judicial, requeira a concessão de tutela provisória de urgência cautelar antecedente, para que “sejam suspensas as execuções contra elas propostas pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, para tentativa de composição com seus credores, em procedimento de mediação ou conciliação já instaurado perante o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) do tribunal competente ou da câmara especializada, observados, no que couber, os arts. 16 e 17 da Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.” (art. 20-B, § 1º, da Lei nº 11.101/2005)

Seguramente, trata-se de outra fonte de deturpação do procedimento de insolvência, que deveria primar pela objetividade e celeridade, sempre visando à tempestiva e efetiva recuperação da crise econômico-financeira da empresa.

Ainda no âmbito do Direito da Empresa em Crise, embora haja inúmeros estudos sérios acerca da inadequação dos procedimentos de insolvência aos pequenos empreendimentos, o que, aliás, levou os Estados Unidos a adotar o “Small Business Act”, como forma de tentar adequar a legislação de insolvência aos pequenos empreendimentos, no Brasil, o tema é esquecido, não obstante a extrema importância dos pequenos empreendimentos para a economia, sem se falar na falta de estudos doutrinários acerca da inadequação do atual regime das recuperações judicial e extrajudicial aos pequenos empreendimentos.

Em 20.03.2020, foi apresentado no Senado o Projeto de Lei Complementar nº 33, que estabelece o Marco Legal do “Reempreendedorismo”, estabelecendo tratamento específico para as renegociações especiais extrajudicial e judicial, bem como para a liquidação especial sumária de microempresas e empresas de pequeno porte, que esperamos resulte em lei que seja realmente adequada às vicissitudes do pequeno empreendimento, não se limitando a editar normas sem eficácia prática para o salvamento destes relevantes empreendimentos.

Apesar da breve retrospectiva acima, é indispensável a manutenção da esperança na melhora das leis (o que desejamos e esperamos veementemente), que devem estar conectadas à evolução do mundo real e à evolução da ciência, como bem advertiu o jurista Mario Giuseppe Losano:

“No exame das conexões entre direito positivo e mundo real, ocupa posição predominante a relação entre direito e progresso científico, negligenciada pelas teorias idealistas. O direito positivo não é a encarnação de uma ideia eterna e metafísica: ele deve acertar contas cotidianamente com as ciências e a evolução destas, quer porque seu conteúdo é condicionado pelo estágio da evolução científica que caracteriza a cultura em que aquele direito se manifesta, quer porque a evolução científica condiciona a forma e a difusão do direito positivo.”¹

Desejamos a todos um excelente 2021, repleto de saúde, harmonia e êxito! 

NOTA

1 LOSANO, Mario Giuseppe. Os Grandes Sistemas Jurídicos. Tradução Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 12-13.

A Saúde Pública e a Bioética

■ POR EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR

“No estágio atual, em que os avanços científicos vão se proliferando e se incorporando à vida cotidiana, o pensamento bioético, que já pode contar com a participação do Biodireito, ganha uma nova dimensão e lança seus tentáculos para proporcionar ao homem as melhores condições do viver com qualidade e dignidade.”



A decretação do estado pandêmico – como se fosse um tsunami invadindo uma área indefesa e despreparada – fez com que a humanidade, atônita, tomasse providências urgentes, muitas delas apressadas e sem uma estruturação estratégica necessária para a contenção do mal que passou a aturdir a saúde mundial, afligindo desde os países mais ricos aos mais pobres e provocando um número incalculável e expressivo de mortes pelo coronavírus, sem ao menos respeitar os limites de idade.

O abalo provocado no Brasil fez ver que a rede hospitalar pública se encontrava sucateada e jazia abandonada em um leito de UTI, com poucos e limitados recursos, no aguardo da triste morte anunciada. Bastou a retirada do véu para se sentir a profundidade das incorrigíveis e devastadoras chagas do sistema. Daí que, de forma urgente, como em um toque mágico de recursos, que há muito deveriam ter sido alocados, foram ampliadas e adaptadas várias instituições de saúde, além das construções de hospitais de campanha e tendas hospitalares para atendimentos de casos de média e alta complexidades. Também, na mesma velocidade, abriu-se canal de comunicação com vários países para aquisição de insumos, instrumentos e aparelhos necessários.

As fendas abertas pela necessidade humana e as propostas abrigadas na Constituição Federal, dentre elas a da cidadania e da dignidade da pessoa humana, cederam um considerável espaço para a fixação do pensamento bioético. Com total cabimento ao tema cabe aqui o pensamento de Giannetti a respeito da vida e do pensamento do mundo atual. Diz ele:

O mundo moderno nasceu e evoluiu embalado por três ilusões poderosas: a de que o pensamento científico permitiria gradualmente banir o mistério do mundo e assim elucidar a condição humana e o sentido da vida; a de que o projeto de explorar e submeter natureza ao controle da tecnologia poderia prosseguir indefinidamente sem atiar o seu contrário – a ameaça de um terrível descontrole das bases naturais da vida; e a de que o avanço do progresso civilizatório promoveria o aprimoramento ético e intelectual da humanidade, tornando nossas vidas mais felizes, plenas e dignas de serem vividas.¹

A situação gerada pela pandemia, afetando a vida das pessoas e com reflexos diretos na saúde pública, passa a ser também um tema bioético em sentido amplo, de vital importância. Assim, a dinâmica imposta pela Organização Mundial da Saúde aconselhando o confinamento em massa, o distanciamento social e a utilização de máscaras de proteção, nada mais é do que um procedimento de preservação da vida, uma das metas da Bioética.

Pode-se até dizer que a Bioética pretende um resultado multidimensional em que o cidadão se compromete a se manter segregado, em razão do benefício significativo que lhe será proporcionado e, também, por ser uma medida

justa, visto que adquire especial relevo quando este benefício for compartilhado por toda comunidade.

A nova ciência da Bioética surgiu, com toda força e projeção com o Julgamento de Nuremberg, em 1947, quando começou a reflexão a respeito da ética biomédica contemporânea. Condenava-se a pesquisa com seres humanos sem o seu livre consentimento. No ano seguinte, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e o Código de Nuremberg proporcionaram uma nova tutela aos direitos individuais e coletivos com uma dimensão diferenciada do ser humano e das condições favoráveis para o seu desenvolvimento. O termo “Bioética” foi introduzido pela primeira vez pelo oncologista Van Renssler Potter, em seu livro “Bioethics: Bridge to the Future”.² Já em 1970, ocupando um espaço mais amplo, a Bioética foi intitulada ética das ciências.

O avanço e a evolução da sociedade, dos costumes, do incessante desenvolvimento das pesquisas em seres humanos, do início ao fim da vida, como a eleição do sexo do filho, a clonagem de seres humanos, as terapias gênicas, os métodos de reprodução humana assistida, a maternidade substitutiva, a eugenia, a eutanásia, a distanásia, a ortotanásia, a escolha do tempo para nascer e morrer, a engenharia genética, a cirurgia de transgenitalização em caso de transexualidade, a utilização da tecnologia do DNA recombinante, a utilização das células-tronco embrionárias, o transplante de órgãos e tecidos humanos, a biotecnologia e muitos outros avanços científicos aqui não enumerados, abriram um leque imenso de atuação médica, principalmente na área de pesquisa e laboratorial. As novas tecnologias que pareciam ainda distantes batem às portas dos grandes centros médicos e se fazem presentes para a utilização nos seres humanos. A perplexidade ultrapassa as raias da curiosidade e faz nascer um novo campo onde se concentram a ética médica e a bioética, ambas à procura de definição, de direcionamento e soluções para seus conflitos.

A inter, multi e a transdisciplinaridade inerentes à Bioética avançam em todas as áreas de atuação do ser humano e não se limitam somente ao campo da saúde. De ciência criada para proteger o meio ambiente para que o homem pudesse desenvolver a contento suas atividades, atingiu sua plenitude como ciência da vida. Assim, no estágio atual, em que os avanços científicos vão se proliferando e se incorporando à vida cotidiana, o pensamento bioético, que já pode contar com a participação do Biodireito, ganha uma nova dimensão e lança seus tentáculos para proporcionar ao homem as melhores condições do viver com qualidade e dignidade.

Pode-se dizer que a Bioética teve um impulso alentador com a Constituição de 1988, que abrigou em seu núcleo direitos fundamentais não estáticos e sim amplificados para que pudessem atender às reais necessidades da nação. Tanto é verdade que o Supremo Tribunal Federal, guardião responsável pela melhor interpretação da Carta Magna, vem, reiteradamente, revelando a existência de novos direitos para que o homem possa atingir a essência de sua plenitude como cidadão. Sua aplicação não se limita à área médica. É a leitura de muitos olhos a respeito de problemas individuais e coletivos, com

a intenção de buscar a melhor solução, a mais próxima e condizente com a dignidade humana.

É neste sentido o pensamento de Habermas: Podemos considerar o progresso técnico-científico sem rodeios como o veículo para realizar, em uma história sem sentido, um sentido que nós mesmos projetamos.³

A Bioética, pelo seu caleidoscópio multidisciplinar, que consegue encontrar a correta lente para a leitura adequada, ocupa um espaço de destaque que reúne todos os predicados para atender às múltiplas exigências do mundo atual. Tem potencial suficiente para unificar as várias línguas dissonantes e apresentar um canal por onde todos podem se manifestar com vista ao tão reclamado bem comum.

Um exemplo presente do pensamento bioético pode ser encontrado na decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal ao determinar que a vacina contra a Covid-19 deve ser compulsória, não no sentido de imunização coercitiva, forçada e sim compreendendo medidas indiretas e oblíquas ao cidadão que se mantiver irredutível em sua autonomia. Quando se determina a obrigatoriedade vacinal compreende-se – e é necessário que assim seja – a limitação ao direito individual da autonomia da pessoa em favor do bem-estar e da saúde dos demais. A voz da maioria é absoluta. O ordenamento legal e, somente ele, estribado na justiça geral em favor da necessidade humana, faz evidenciar não só a defesa da saúde da comunidade, como também os interesses econômicos, sociais e outros necessários para o compartilhamento harmônico das atividades humanas. Em uma sociedade democrática e pluralística é totalmente admissível a restrição de um direito individual em favor da assistência sanitária que visa à proteção do direito à saúde de toda a comunidade, inclusive daquele que se recusa à imunização.

Se, de um lado, há a homologação científica das vacinas – com a comprovação de inestimável benefício para a população conforme preceitua o princípio bioético da justiça distributiva –, de outro, com o intuito de fazer prevalecer o bem-comum, é recomendável que a recusa à imunização traga um mínimo de seqüela ao responsável pela decisão.

Tais constatações revelam de forma serena que a Bioética já se incorporou em nosso Direito – com a roupagem de Biodireito – e vai traçando seu caminho com os objetivos de atingir novas metas a serem acrescentadas nas conquistas relacionadas com a saúde humana. 

NOTAS

- 1 GIANNETTI, Eduardo. *Trópicos utópicos: uma perspectiva brasileira da crise civilizatória*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016, p. 16.
- 2 O pensamento do autor, em 1971, era mudar a relação entre homem/natureza, levando-se em consideração a preocupação de garantir a sobrevivência humana e a qualidade de vida.
- 3 HABERMAS, Jürgen. *Teoria e prática: estudos de filosofia social*. Tradução de Rúrion Melo. São Paulo: Editora Unesp, 2013, p. 514.

EUDES QUINTINO DE OLIVEIRA JÚNIOR é Promotor de Justiça aposentado/SP, Mestre em Direito Público, Pós-Doutorado em Ciências da Saúde e Advogado.

E a vida seguiu com a pandemia....

■ POR JANAÍNA DELGADO MÔCHO ALVES

“Diante destes cenários, qual será o legado pós-pandemia no Poder Judiciário? Quais são as perspectivas para o futuro e o papel do Judiciário aos novos desafios, para manutenção e desenvolvimento saudável das relações econômicas e sociais em nosso país neste momento atípico?”



Em virtude da pandemia que assola o mundo em 2020, o Governo Brasileiro adotou algumas medidas que impactaram diretamente na economia, na manutenção de alguns contratos e prestações de serviços. Com poucos dias de isolamento social, que se tornou obrigatório em curto período de tempo, verificamos reflexos no dia-a-dia dos consumidores, empresas e no mercado financeiro. Itens de higiene e alimentação, por exemplo, apontaram alta nas vendas. Consumidores optaram pelo *e-commerce*. Já o comércio de bens duráveis sofreu queda acentuada nas vendas e não conseguiu efetuar entregas ou suporte, indicando uma retração com provável fechamento de lojas físicas e, conseqüentemente, muitas demissões após o fim das medidas de socorro emergencial.

Muitas dificuldades foram enfrentadas em vários segmentos em função da pandemia do COVID-19. Vários autores e juristas relataram o processo de adequação aos novos tempos, que afetaram diretamente consumidores e fornecedores. A vulnerabilidade atingiu a todos, indiscriminadamente. O cenário, absolutamente inédito, só comparável ao período compreendido entre as grandes guerras, foi motivo de diversas rescisões contratuais, renegociações, insolvências, responsabilidade civil por quebra de expectativas e dúvidas quanto à norma jurídica aplicável em determinado caso concreto. São diversas as questões jurídicas que estão (e continuarão) surgindo.

Como qualquer mudança, e no caso da pandemia foi drástica, precisamos acomodar os desvios que surgem durante o caminho. Assistimos o Judiciário assumindo um protagonismo que não era dele, pela inércia dos demais Poderes. A omissão das Casas legislativas sobre temas de interesse social influenciou nesta prerrogativa. A sociedade acaba buscando no Judiciário a solução para suas demandas que deveriam, precipuamente, serem cumpridas por quem tem a responsabilidade constitucional.

Nesta linha, observamos em paralelo que alguns assuntos de competência da União foram tratados por Estados e Municípios, gerando um claro desserviço, pois foram aplicadas aos casos concretos legislações inconstitucionais. Medidas Provisórias foram utilizadas em qualquer situação, e não apenas naquelas urgentes. Criou-se uma situação inaceitável, onde vimos uma verdadeira agressão à nossa Constituição e a segurança jurídica.

Já nos diz o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux: “o que o Judiciário pode oferecer de melhor para o público interno e investidores no momento pós-pandemia é segurança jurídica”. Sabemos que uma intervenção jurídica será necessária, face as imperfeições legislativas ocorridas por absoluta falta de previsão legal no tocante ao evento excepcional ocorrido no mundo. Vivemos a situação mais grave desde a 2ª Guerra Mundial. E neste ponto observamos o risco que um sistema jurídico corre em não ter decisões harmônicas. A busca por segurança jurídica continua sendo um dos principais pilares de sustentação do Estado de Direito na concepção de John Locke, sendo que o

objetivo principal do homem seria formar a sociedade de modo que pudesse desfrutar da propriedade em paz e segurança¹.

Surgiram leis, normativos e protocolos interferindo diretamente nas relações privadas. No Brasil, foi sancionada a Lei nº 14.010/20 que instituiu o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das Relações Jurídicas de Direito Privado (RJET), no período da pandemia do Covid-19, projeto que clamou por rápidas sugestões da sociedade face ao inusitado estado de pandemia, seguindo a linha de alguns países a exemplo de Portugal e Alemanha.

Ganhamos, então, a nossa “Lei *Failliot*”, lei francesa que foi publicada em 23 de janeiro de 1918, cuja aprovação deu-se no último ano da Primeira Guerra Mundial. Era uma lei de guerra, de caráter transitório, mas que introduziu no ordenamento jurídico um suporte normativo que possibilitou a resolução, por qualquer das partes contratantes, de obrigações de fornecimento de mercadorias e alimentos, contraídas antes de 1º de agosto de 1914, bem assim que ostentassem a natureza sucessiva e continuada, ou apenas diferida.”²

Inspirados nessa iniciativa, o ministro e presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, em conjunto com o senador Antônio Augusto Anastasia, do Partido Social Democrático, a partir de um projeto tratado com um grupo de magistrados, professores e juristas³, criaram o RJET. Os contratos tratados na nossa Lei brasileira, conseqüentemente, implicarão em litígios para ajuste da “balança” contratual. Os efeitos do RJET vigorarão mesmo depois de outubro de 2020, ainda que seja revogado por outra Lei. O regime é provisório, mas seus efeitos, uma vez produzidos, são inextinguíveis.

Tivemos decisões sobre relações contratuais relacionadas a concessionárias de serviços públicos, a exemplo da não obrigatoriedade das concessionárias de transporte público a manter sua frota integral, como determinado em contrato com o poder público, já que isso geraria um desequilíbrio econômico-financeiro em virtude da significativa redução de pessoas utilizando o serviço. Assim entendeu o presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, na Suspensão Liminar e de Sentença nº 2696 – RJ (2020/0091341-2). A contrassenso, houveram juristas que entenderam absurda tal decisão, já que não estaria sendo preservada a vida e a saúde da população em meio a pandemia, uma vez que teríamos menos ônibus em circulação e maior aglomeração naqueles que eventualmente estivessem em trânsito. Foi a primeira decisão do STJ relacionada a pandemia do novo coronavírus com base em uma equação econômica-financeira, já despontando aí como seriam encaminhados os entendimentos em período tão anômalo.

Na mesma linha seguimos com uma infundável discussão sobre a cobrança de mensalidades escolares e de universidades. Dentre as medidas tomadas pelo Governo para o enfrentamento da pandemia, o isolamento social resultou no fechamento de escolas, faculdades e cursos em geral. Foi necessária uma readequação imediata das redes de ensino. As aulas presenciais migraram para plataformas digitais, gerando dúvidas sobre as cobranças das mensalidades. Afinal, seria legal a cobrança de mensalidades integrais durante o período de

isolamento, já que haveria uma mudança na forma de contratação dos serviços? As Portarias números 343 e 345 do Ministério da Educação tentaram amenizar as disputas nas relações contratuais neste sentido, dispondo sobre a substituição das aulas presenciais por aulas em meios digitais enquanto durasse a situação de pandemia do novo coronavírus. Logo em seguida, surgiu a Portaria nº 544, revogando as duas anteriores. Tivemos uma quantidade inimaginável de normativas que surgiam da noite para o dia, gerando um caos jurídico. O que se aplicava hoje, não valia amanhã, e os contratantes não conseguiam encontrar uma solução pacífica para suas contendas. Quem tinha razão hoje, perdia-a amanhã. E vice-versa.

Ainda neste tema, verificamos o surgimento da teoria do adimplemento possível do contrato. O entendimento proposto por alguns Tribunais é de que o cumprimento das obrigações deve ocorrer na medida do possível durante a situação pandêmica, conforme verificamos no julgamento do recurso 2072042-18.2020.8.26.0000 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. De acordo com o relator do mencionado recurso, desembargador Afonso Bráz, não há como concluir que, em face da interrupção do funcionamento normal da escola por motivo de força maior (epidemia do coronavírus), a disponibilização de atividades online seja um descumprimento da obrigação de prestação de serviços educacionais. “Não só não é descumprimento do contrato, como esforço elogiável, ou pelo menos o adimplemento possível do contrato, a disponibilização do serviço educacional de outra forma”, mencionou em seu voto. Portanto, já observamos uma linha de adequação às novas demandas que surgirão.

Coberturas de planos de saúde não fugiram desta celeuma jurídica. Por ser o setor brasileiro de assistência privada à saúde o segundo maior sistema privado de saúde do mundo, a atenção neste tema deverá ser redobrada. Mesmo sem pandemia as operadoras de planos de saúde já desempenhavam um papel fundamental na sociedade brasileira, abarcando a prestação de serviços à saúde de aproximadamente 25% da população. Após dois meses de pandemia, os planos de saúde no Brasil já haviam perdido 283 mil clientes⁴. O desemprego contribuiu para esse cenário. Os muitos usuários que permaneceram com seus planos, tiveram suas internações e exames negados durante a pandemia, gerando um aumento de ações judiciais para obtenção de liminares. Sem a menor dúvida, o setor de saúde, pública e privada, foi o setor mais atingido. É uma relação contratual delicada, que tem por objetivo assegurar interesses existenciais dos seus usuários, como a saúde e a vida. Se faz necessária a discussão e implementação de medidas para viabilizar o equilíbrio do setor de planos de saúde de forma que todos os *players* (beneficiários, prestadores e operadoras) permaneçam no sistema durante a crise causada pela pandemia do novo coronavírus.

Citamos aqui alguns contratos simples, mais comuns no dia a dia, e que geraram (e ainda irão gerar) muitas discussões jurídicas.

O rol de demandas represadas não finda por aí. Teremos um aumento nas demandas relativas às recuperações judiciais de empresas que vivem grave crise

financeira em alguns segmentos. Destas recuperações, teremos demandas trabalhistas, culminando, portanto, num efeito cascata. À medida que os gestores públicos começam a planejar como se dará o retorno paulatino das atividades paralisadas, as empresas também precisam estar preparadas para as demandas judiciais e administrativas que devem se intensificar.

Fora as questões relativas à empregados, o sistema judiciário ainda deve ser bastante acionado por empresas que irão reivindicar a anulação de multas por descumprirem decretos restritivos, já que, alguns destes dispositivos não estabeleciam expressamente tal penalidade.

Diante destes cenários, qual será o legado pós-pandemia no Poder Judiciário? Quais são as perspectivas para o futuro e o papel do Judiciário aos novos desafios, para manutenção e desenvolvimento saudável das relações econômicas e sociais em nosso país neste momento atípico?

Já em 2002 o Ministro Luís Roberto Barroso, na época ainda não Ministro, apontava que vivíamos a era da velocidade da transformação com novas gerações de computadores, novos instrumentos de conexão em rede universal, novas fronteiras nos medicamentos e na genética⁵. Essa sociedade contemporânea e globalizada recebeu a denominação de “sociedade de riscos”. O que poderíamos dizer deste momento de 2020 onde mudanças abruptas foram necessárias em questão de dias? O Poder Judiciário antecipou em 10 anos a sua transformação digital, mas os jurisdicionados também assim o fizeram e estão ávidos por colocar em ordem o transtorno financeiro e emocional causado pela pandemia. Desequilíbrios em contratos e relações interpessoais, desaguarão no Poder Judiciário. Espera-se um aumento significativo da judicialização.

Se já tínhamos necessidade de celeridade processual, esta se fará ainda mais necessária, pois se espera um volume de demandas sem precedentes. A duração razoável do processo é um direito fundamental e deve ser observado dentro deste cenário que está por vir. Entretanto a celeridade almejada não pode ser sinônimo de atropelos, devendo ser respeitado o processo legal, a ampla defesa e o contraditório.

Não podemos fugir aqui de uma análise econômica do Direito. O processo custa, tanto para o Estado quanto para as partes litigantes. O custo do Poder Judiciário no Brasil equivale a 1,3% do Produto Interno Bruto (PIB), índice quase 10 vezes superior ao da Justiça dos Estados Unidos (0,14% do PIB dos EUA), por exemplo. Além disso, o sistema brasileiro conta com uma média de 210 funcionários para cada 100 mil habitantes e tem cerca de 17 mil magistrados no País. Se levarmos em conta que não necessariamente o conceito de serviço público tenha como característica a prestação do serviço pela “Administração ou por seus delegados”, em uma visão simplista, poderemos chegar à conclusão de que a jurisdição também é um serviço público que, além de essencial, deve ser adequado, eficiente, seguro e contínuo (artigos 37, § 3º, 175 e 197 da CF; 6º e 22 do CDC). Será importante a criação de alternativas para soluções de conflitos, além das já existentes, e incentivos para criação de remédios extrajudiciais.

Entendemos como necessária a imediata virtualização dos processos ainda físicos, facilitando o acesso e a tramitação mais rápida dos mesmos. O tempo médio de tramitação de um processo virtual, comparado ao processo físico convencional, pode ser reduzido em, no mínimo, três vezes, o que implica em uma prestação judicial mais célere revertida em prol da sociedade. As vantagens do processo eletrônico não param por aí. Elas não se resumem ao combate à morosidade e à racionalização de gastos.

A excelente iniciativa do Conselho Nacional de Justiça sobre o Juízo 100% Digital, em que todos os atos processuais sejam realizados eletronicamente, deve receber investimentos e ser estendida onde for possível a transformação digital.

Como dito no início de nosso trabalho, a pandemia nos trouxe a necessidade de trabalharmos de casa, confinados e isolados. Deixamos de trabalhar com verdadeiras avalanches de papel para acessar todo o conteúdo processual em apenas alguns “clicks” e em qualquer lugar do mundo, bastando, para tanto, ter acesso à rede mundial de computadores. Nossa nova realidade.

Já se projeta a fixação pelos Tribunais Superiores de teses e precedentes que orientem as pessoas físicas e jurídicas, estabelecendo diretrizes para esse momento. Levemos em consideração que temos quase 100 milhões de processos no Brasil, quase um para cada dois habitantes. Estudos recentes indicam que há muita litigância repetitiva no Brasil, redundância decisória. Estamos decidindo conflitos muitas vezes idênticos, e que poderiam ser decididos de forma agregada. São milhares de pessoas propondo o mesmo tipo de ação, decorrente de conflito semelhante, e isso é esperado pós-pandemia.

Em vista de incertezas e contingências incontroláveis, essa fixação de teses trata de estabilizar as expectativas normativas quanto a alterações do direito positivo que possam afetar atos e relações iniciadas e concluídas no passado ou ainda em curso⁶.

Esperamos com essas iniciativas a obediência à segurança jurídica e a proteção dos direitos fundamentais dos cidadãos, coadunando com os preceitos de nossa Constituição Federal, promulgada em 1988 e sem nenhuma menção a pandemia, salvo no art. 231, §5º, onde dispõe sobre o risco de epidemia na população indígena. Já a palavra “guerra”, que mais se assemelha ao contexto que vivemos hoje, há 25 citações em nossa Constituição.

Lembramos aqui que nosso Código de Processo Civil levou 37 anos para ser reformulado, visto que, impunha-se elaborar um novo ordenamento, erigido entre inovação e conservação. Isto é, atento aos novos reclamos eclipsados na cláusula constitucional da “duração razoável dos processos”, bem como erigir novéis institutos e abolir outros que se revelaram ineficientes ao longo do tempo, com o escopo final de atingir aos reclamos de segurança jurídica, em especial daquilo que a genialidade do processualista denominou uma árdua tarefa para os juízes: “Fazer bem e depressa”⁷. Portanto, também não será surpresa se após as análises processuais, chegemos à conclusão da necessidade de mudanças em legislações tão “fora da curva” para o momento vivido, e que estas mudanças e adequações ocorram a curto prazo. O Brasil

que sairá da pandemia depende dos recursos jurídicos que serão investidos. A crise deverá servir como lição para que o país possa retomar o desenvolvimento com segurança jurídica e equilíbrio federativo. E que também possa ser mais respeitoso com o meio ambiente e os direitos humanos.

Os efeitos econômicos da crise perdurarão por mais alguns meses após o término da pandemia. Chegará o momento onde não será mais imprevisível o que estamos vivendo, pois, novos contratos estão sendo firmados durante o período pandêmico. A vida não para.

Concluimos que as inovações tecnológicas e as soluções alternativas de conflito serão imprescindíveis para auxiliar nesse processo árduo de ser capaz de todas as demandas reprimidas e acertos legislativos inevitáveis ao retorno e manutenção da segurança jurídica. O Presidente do Superior Tribunal de Justiça, Ministro João Otávio de Noronha, já citado, afirmou que é preciso promover uma mudança de comportamento, uma mudança cultural de incentivo dos meios consensuais de solução das controvérsias, conscientizando-se a todos do papel da mediação como excelente aliada para o alcance da pacificação social⁸. Caso contrário, o caos da pandemia será refletido no Judiciário.

Esperamos que o Judiciário traga de forma precisa o necessário equilíbrio econômico-financeiro aos contratos e sujeitos que serão afetados pela pandemia. O Judiciário terá papel preponderante para equalizar tais situações, reequilibrando as relações contratuais. E que os operadores do Direito tenham em mente cada vez mais incentivos a mediação e conciliação. 

NOTAS

- 1 LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. De MARINS, Alex. São Paulo: Martins Claret, 2005, p. 98.
- 2 RODRIGUES JR., Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: Autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. p. 29.
- 3 Ministro Antonio Carlos Ferreira (Superior Tribunal de Justiça); Otavio Luiz Rodrigues Jr., Fernando Campos Scaff, Paula Forgioni, Francisco Satiro e Marcelo von Adamek (Universidade de São Paulo); Arruda Alvim (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo); Rodrigo Xavier Leonardo (Universidade Federal do Paraná); Rafael Peteffi da Silva (Universidade Federal de Santa Catarina); Roberta Rangel e Gabriel Nogueira Dias.
- 4 Dados da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) divulgados em 07 de Julho de 2020.
- 5 BARROSO, Luís Roberto. *Temas de direito constitucional*. 2. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2002, p. 51.
- 6 CUEVA, Ricardo Villas-Boas. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial. Desafios em tempo de incerteza. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017, p. 909-910.
- 7 FUX, Luiz. *Segurança Jurídica e Protagonismo Judicial. Desafios em tempo de incerteza. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. 1. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2017., p. 545.
- 8 NORONHA, João Otavio. *A contribuição da reforma do CPC para resolução de conflitos. Seminário Conciliação e Mediação: Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais*, Mangaratiba: AMAERJ, p. 78, 2013

Boas e más notícias para 2021

■ POR THIAGO DE MORAES MOREIRA

“Em um cenário de controle da pandemia o desempenho em 2021 poderá realmente surpreender, mas terá fôlego curto e poderá desencadear consequências negativas para os períodos subsequentes.”



O difícil ano 2020 trouxe alguns aprendizados importantes no campo econômico e que nos ajudam a refletir sobre o que devemos esperar para o ano que vem. Um deles está na demonstração do poder que uma política pública robusta de transferência de renda aos mais pobres tem de estimular o crescimento econômico no Brasil. Em um primeiro momento, muitos analistas tiveram dificuldades para estimar o efetivo impacto do auxílio emergencial vigente desde abril. Vale lembrar que após uma aprovação expedita do programa pelo Congresso Nacional, havia muitas incertezas em relação à operacionalidade do programa. A pandemia acabou revelando uma efetiva capacidade de uso de tecnologias digitais por parte do governo para a operacionalização de um programa que conseguiu alcançar mais de 65 milhões de brasileiros. Não fosse este programa, que em meio a uma forte recessão econômica conseguiu a proeza de reduzir os indicadores de pobreza e de desigualdade do país, a retração do PIB em 2020 ficaria bem mais próxima dos dois dígitos.

O mecanismo de estímulo à atividade econômica se deu por meio dos incentivos ao consumo das famílias, em particular dos bens não duráveis. Os recursos do auxílio se destinaram, em grande medida, à aquisição de itens básicos, tais como alimentos, bebidas, vestuário e calçados. A forte aceleração nas vendas destes produtos foi fundamental para viabilizar uma surpreendente recuperação da produção industrial e do comércio. É interessante observar que somente a partir do início de julho, quando os dados oficiais do IBGE referentes a maio (mês em que se iniciava a recuperação), é que muitos analistas interromperam a dinâmica de deterioração das expectativas e passaram a revisar para cima suas projeções.

A recuperação da indústria e do comércio foi de tal ordem que os indicadores que medem as produções de ambos, não apenas recuperaram o nível pré-pandemia, como também superaram os níveis verificados em 2019. No entanto, da mesma forma que o auxílio foi muito efetivo na “subida”, a retirada do mesmo também deve ser na “descida”. O choque negativo na renda, em particular na hipótese de não haver um fortalecimento das transferências em relação ao que temos estabelecido no Bolsa Família, poderá frear de forma abrupta a recuperação industrial e do comércio.

No entanto, há curiosamente um importante setor que pode funcionar como uma espécie de amortecedor das referidas esperadas quedas, qual seja: o setor de serviços. Embora os serviços sejam usualmente vistos como dependentes da renda, o que intuitivamente nos levaria a concluir que também seriam negativamente impactados com o fim do auxílio emergencial, a pandemia trouxe novos *insights* para a análise deste importante setor.

Sem dúvida, os serviços foram os mais afetados pelas medidas restritivas de distanciamento social e seguem uma trajetória de lenta recuperação, uma

vez que a maior parte deles ainda operam sob restrições e que parte da população ainda não se sente segura para o retorno à normalidade. Os dados dos orçamentos familiares do IBGE desagregados por bens e serviços, e por faixas de renda, revelam que as classes de menor renda, em particular aquelas beneficiadas pelo auxílio, são pouco importantes para a dinâmica dos serviços. Já no orçamento das famílias de renda mais elevada, a participação dos serviços nos gastos é muito mais significativa. Domicílios com renda mensal familiar acima de R\$ 23.850, ainda que correspondam a 2,5% dos domicílios brasileiros, são responsáveis por 19,5% dos gastos totais do país em serviços, enquanto aqueles com renda mensal de até R\$1.908 (25% do total de domicílios) respondem por apenas 4,8% destes mesmos gastos.

A boa notícia é que a pandemia provocou um “represamento” dos gastos em serviços das famílias de mais alta renda, os quais representarão estímulos importantes ao crescimento de atividades que somadas representam 52% do PIB brasileiro (serviços totais subtraídos do comércio). Vale lembrar que a viabilidade deste “amortecedor” depende do controle da pandemia no primeiro semestre do ano que vem. Caso a vacina já esteja disponível até o meio do ano, os estímulos poderão ser ainda mais expressivos em 2021.

A má notícia é que, embora possam funcionar como amortecedores, os serviços não funcionam como “molas propulsoras”. A demanda pelos serviços, embora bastante representativa no PIB, tem baixo poder de propagação e de impulsionar os demais setores econômicos. Os efeitos propulsores se concentram na atividade industrial. Em outras palavras, os serviços não conseguirão liderar uma trajetória expansiva.

Além disso, é necessário fazer alguns alertas para essa possível configuração setorial. Em um contexto de elevado nível de desemprego e necessidade de geração de caixa pelas empresas prestadoras de serviços depois de um ano de dificuldades financeiras, é possível que tenhamos uma combinação de aumento da desigualdade e aceleração inflacionária. Com a esperada escalada do desemprego, associada ao congelamento do salário mínimo, os salários oferecidos pelas empresas podem sofrer cortes significativos em comparação ao que se costumava praticar, o que pode não apenas reverter a redução dos índices de pobreza, mas também aprofundar as colossais desigualdades sociais.

Além disso, o esperado aumento na disposição das famílias mais ricas ao gasto com serviços poderá ser visto como oportunidade para as empresas reajustarem seus preços de forma mais significativa. Este movimento pode originar focos inflacionários que, por sua vez, devem ser respondidos como elevação dos juros pelo Banco Central, o que prejudicará ainda o desempenho da indústria e do comércio.

Enfim, em um cenário de controle da pandemia o desempenho em 2021 poderá realmente surpreender, mas terá fôlego curto e poderá desencadear consequências negativas para os períodos subsequentes. 

Coronavirus e meio ambiente de trabalho: O “novo normal” no juslaboralismo

■ POR GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO E PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT

“Em termos gerais, que a primeira obrigação dos empresários em face dos riscos de introdução e proliferação do Novo Coronavírus nos locais de trabalho consiste na elaboração de um plano abrangente, no âmbito do respectivo PCMSO.”



Nos primeiros dias de 2020, o mundo soube do surto endêmico de uma nova forma de Coronavírus – o SARS-CoV-2 –, à altura restrito à cidade chinesa de Wuhan. Ao contrário de seus análogos já conhecidos (a SARS e a MERS, p. ex.), a doença provocada pelo SARS-Cov-2 – conhecida como COVID-19 – tinha por características sintomáticas a manifestação mais intensa e duradoura de coriza, febre, diarreia, vômito, falta de apetite, perda do olfato e do paladar, aguda dificuldade respiratória e dores no corpo que poderiam evoluir para um quadro de pneumonia grave.

A sigla COVID-19 combina a expressão anglófona “Coronavirus disease” com o ano de surgimento da moléstia (2019). Nas semanas e meses seguintes, o surto ganharia o status de epidemia, atingindo as demais metrópoles chinesas e extrapolando as fronteiras daquele País em direção ao Japão e à Coreia do Sul para, então, se dispersar por todo o mundo, no embalo do frenético trânsito de pessoas e de bens a caracterizar a economia globalizada do século XXI e adquirir o grau de pandemia.

No final de fevereiro, após a COVID-19 se propagar em solo europeu, foram registrados os primeiros casos no Brasil. No decorrer do mês de março, os doentes já eram contados aos milhares e os mortos às centenas, restando ao Ministério da Saúde reconhecer – e anunciar – a ocorrência de transmissão comunitária em todo o território nacional. Em termos epidemiológicos, tal estágio é caracterizado pela dispersão autônoma da doença em uma determinada região geográfica e pela impossibilidade de identificação e de controle a respeito de sua cadeia de contágio.

A partir do momento em que se reconhecia nacionalmente o fenômeno da transmissão comunitária, a dispersão do Novo Coronavírus adquiriu outro patamar, tornando-se uma questão efetivamente ambiental, na medida em que a circulação do microorganismo nos espaços naturais e artificiais que abrigam a população em geral passou a consubstanciar risco biológico sistêmico e agravado. Em Tal estágio, qualquer indivíduo está sujeito, em maior ou menor grau, a adquirir a COVID-19 nos lugares em que frequenta; e, mais, a transportar o agente transmissor para outros espaços, de modo que o vírus passou a ser um vetor biológico de base antrópica (porque disseminado pelo ser humano) passível de interferir negativamente na qualidade de vida da coletividade e de seus integrantes.

Nesse contexto, o meio ambiente do trabalho, a compreender o sistema formado pelas condições físicas, psíquicas e organizacionais que circundam os indivíduos no desempenho de suas atividades profissionais, passou a figurar como um possível espaço de entronização e circulação do Novo Coronavírus, de modo que aquele risco agravado, presente na generalidade dos espaços naturais e artificiais, também passou a integrá-los e a condicionar decisivamente a qualidade de vida dos trabalhadores ali inseridos.

Pode-se afirmar, portanto, que a entronização e a circulação do Novo Coronavírus nos espaços laborais constitui, em um contexto de transmissão comunitária de base antrópica (i.e., por meio de seres humanos), um nítido suposto de poluição labor-ambiental, na medida em que tal possibilidade acaba por instituir naqueles espaços um estado de “desequilíbrio sistêmico no arranjo das condições de trabalho [e] da organização do trabalho”, de modo a ocasionar aos indivíduos ali ativados “riscos intoleráveis à segurança e à saúde física e mental [...] arrostando-lhes, assim, a sadia qualidade de vida”.

No ordenamento jurídico brasileiro, com efeito, o direito ao meio ambiente equilibrado, como consagrado pelo artigo 225, *caput*, da Constituição, abrange todos os aspectos naturais, artificiais e culturais – logo, físicos e imateriais – que circundam os seres humanos e que interferem na sua sadia qualidade de vida, incluindo-se aí aqueles que integram e condicionam o trabalho por eles desempenhado. Nesse sentido, o próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de reconhecer expressamente que “a existência digna [...] perpassa necessariamente pela defesa do meio ambiente (art. 170, VI, da CRFB/88), nele compreendido o meio ambiente do trabalho (art. 200, VIII, da CRFB/88).”

E como corolário do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado (“*ex vi*” do artigo 225, *caput*, c.c. artigos 193 e 200, VIII, da Constituição Federal), a *Lex legum* consagrou, no seu art. 7º, XXII, o direito social jufundamental à “redução dos riscos inerentes ao trabalho”, que (a) realiza no plano laboral o princípio jurídico-ambiental da melhoria contínua ou do risco mínimo regressivo; (b) é titularizado por todos os trabalhadores, sejam ou não subordinados e (c) traduz-se, para os empresários, nos deveres de antecipação, de planejamento e de prevenção dos riscos labor-ambientais.

Em linha com tal diretriz constitucional, a Convenção nº 155 da OIT, ratificada pelo Brasil (Decreto n. 1.254/1994) estabelece em seus artigos 16 a 18 que as empresas são obrigadas a garantir a segurança de seus processos operacionais com relação à integridade psicofísica de seus trabalhadores, bem como a implementar todas as medidas cabíveis, segundo a melhor técnica disponível, para elidir ou minimizar os riscos existentes em seus ambientes de trabalho, incluindo-se, aí, a elaboração de procedimentos destinados a lidar com situações de urgência.

Logo, à luz do conceito de meio ambiente do trabalho contemplado pela Constituição Federal de 1988, bem como dos dispositivos constitucionais e convencionais que asseguram a sua higidez com vista ao resguardo da vida, da saúde e da segurança dos trabalhadores, convém repisar: o ingresso do Novo Coronavírus nos locais de trabalho, em um contexto de transmissão comunitária, configura um efetivo risco a desestabilizar o equilíbrio das condições de trabalho e a qualidade de vida dos trabalhadores, configurando típica hipótese de poluição labor-ambiental (CF, art. 200, VIII, c.c. Lei 6.983/1981, art. 3º, III, “a” e “b”), uma vez consumada a contaminação interna.

Note-se, ademais, que, de acordo com a mesma Lei nº 6.938/81, o poluidor é classificado em seu artigo 3º, IV, objetivamente, como “a pessoa física ou

jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. Daí porque, oportunizando a entronização e a circulação do Novo Coronavírus no meio ambiente artificialmente organizado, em condições de transmissão comunitária, há risco proibido ou “intolerável” que convola o empregador em poluidor, para os fins do referido art. 3º, IV (ainda que indiretamente, à maneira das entidades financiadoras, licenciadoras ou “oportunistadoras” em geral), haja ou não “culpa” no fato da contaminação interna. Daí porque os tomadores de serviços em geral se encontram obrigados, por força dos artigos 7º, XXII e 225, caput, da Constituição Federal e dos artigos 16 a 19 da Convenção nº 155 da OIT, a implementar programas e medidas concretas de prevenção destinadas a eliminar ou minimizar as ameaças derivadas do novo coronavírus.

Como antecipamos – e ainda à luz da Convenção nº 155 da OIT –, as medidas a serem implementadas pelos empresários, no resguardo do meio ambiente laboral e da integridade psicofísica dos trabalhadores, não se limitam às determinações legais e regulamentares expedidas pelos governos federal, estadual, municipal e/ou distrital, abrangentes das medidas concretas esperadas para este momento crítico. Nem tampouco há plena exoneração de responsabilidades (especialmente as administrativas e civis) apenas porque tais determinações foram observadas, o que redundaria em exacerbado formalismo e reducionismo jurídico incompatível com um ordenamento integrado por princípios cogentes.

Bem ao revés, o que os artigos 16 a 19 da Convenção nº 155 da OIT impõem aos empresários – com respaldo, igualmente, nos artigos 7º, XXII e 225, *caput*, da Constituição Federal – é o dever geral de proteção, de prevenção (= prevenção/precaução) e/ou de indenidade labor-ambiental, pelo(s) qual(is) compete aos gestores dos riscos das atividades econômicas (i.e., aos empresários e afins) o planejamento, a antecipação e a implementação das medidas que se mostrem necessárias, diante dos casos concretos, para evitar ou minimizar as situações de potencial contágio dos trabalhadores pelo Novo Coronavírus.

Formuladas tais premissas, pode-se afirmar, em termos gerais, que a primeira obrigação dos empresários em face dos riscos de introdução e proliferação do Novo Coronavírus nos locais de trabalho consiste na elaboração de um plano abrangente, no âmbito do respectivo PCMSO, capaz de (i) antecipar e registrar as possibilidades de ingresso daquele microorganismo em seus estabelecimentos; e (ii) prever as medidas coletivas e individuais de urgência a serem implementadas nas unidades produtivas com vista a debelar ou minimizar as possibilidades de contágio pelo SARS-Cov-2. 

GUILHERME GUIMARÃES FELICIANO é Professor Associado II do Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Juiz Titular da 1ª Vara do Trabalho de Taubaté – SP. Livre-Docente em Direito do Trabalho e Doutor em Direito Penal pela FDUUSP. Doutor em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito de Lisboa. **PAULO ROBERTO LEMGRUBER EBERT** é Advogado. Professor universitário. Doutor em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Universidade de São Paulo (USP). Especialista em Direito Constitucional pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário de Brasília (Uniceub).

Uma nova rotina para a advocacia ou a consolidação de uma mudança inevitável? A simplicidade que resultou em aumento de produtividade

■ POR TALITA FERREIRA BASTOS

“Foi no curso desse cenário evolutivo da era digital dos processos e procedimentos judiciais que a advocacia se depara com restrições de acesso impostas pelo isolamento social. De forma inusitada o Judiciário fecha as portas de suas sedes físicas, mas por outro lado, abre as portas para o atendimento *online*.”



O ano de 2020 foi marcante para a humanidade, e um marco evolucionário para a advocacia brasileira. Após meses de suspensão de prazos, restrição ao acesso presencial, pautas virtuais que se tornaram regra, somado a uma expectativa de que a rotina voltasse ao normal no próximo semestre, ou mais tardar antes de findar o ano, a advocacia se adaptou ao novo formato – a virtualização – que tudo indica, chegou para ficar. A melhor parte, com muito mais simplicidade, praticidade e resultado.

A bem da verdade, a virtualização do Judiciário não é assunto inédito, os processos e procedimentos nos tribunais evoluíram ao longo dos anos com a implantação de sistemas eletrônicos, cadastramentos digitais, intimação eletrônica, disponibilização de documentos em formato digital, pautas virtuais, permitindo-nos prever que em um futuro próximo, seríamos dispensados de atos presenciais obrigatórios ou voluntários e que a formalidade mínima e essencial para o acesso ao Judiciário seria substituída pela autocomposição, com soluções pautadas em precedentes vinculantes e com efeito *erga omnes* sobre todos os litígios.

O Judiciário começou sua caminhada rumo ao processo eletrônico, efetivamente, com a edição da Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, que trouxe alterações significativas para o Código de Processo Civil de 1973, e disciplinou sobre a informatização do processo judicial. Essa lei foi o marco inicial para a utilização, tráfego e armazenamento de arquivos digitais; para a transmissão eletrônica de atos e comunicações processuais por meios eletrônicos via rede mundial de computadores; o papel físico é substituído pela assinatura eletrônica mediante senha, visando a inequívoca identificação do signatário; a remessa de petições e recursos por meios de sistemas eletrônicos próprios dos tribunais e que exigiam cadastramento prévio do profissional habilitado; e o mais importante: a comunicação dos atos processuais passa a ocorrer de forma eletrônica, um marco evolucionário para a contagem de prazos, que começam a fluir em períodos de 24 horas.

O Judiciário ganhou força e agilidade nos processos e procedimentos, e ao tempo em que poupou recursos de infraestrutura e pessoal, investiu cada vez mais na virtualização dos atos. Os julgamentos virtuais passam a ocorrer como regra e somente os casos emblemáticos ou a pedido do advogado são submetidos à pauta presencial com inscrição prévia para exposição oral do advogado.

Foi no curso desse cenário evolutivo da era digital dos processos e procedimentos judiciais que a advocacia se depara com restrições de acesso impostas pelo isolamento social. De forma inusitada o Judiciário fecha as portas de suas sedes físicas, mas por outro lado, abre as portas para o atendimento *online*. As audiências e julgamentos virtuais são realizados por meio de videoconferências e os impulsos oficiais são respondidos em tempo recorde, e de forma muito natural a rotina dos advogados é estabelecida de maneira integralmente virtual e por meio de procedimentos simples.

Não houve restrição presencial que obstasse o regular andamento dos processos, muito pelo contrário, o acesso ao Judiciário foi dendido por meio de simples requisições por e-mail e estreitados por meio de mensagens via WhatsApp para confirmação de data e horários de audiências e envio de *links* para realização de audiências e despachos virtuais. Uma revolução positiva que preferenciou a solução do pedido de provimento jurisdicional de forma simples e eficiente, com menor custo e menor tempo, o Judiciários ofereceu

soluções práticas e permitiu a continuidade plena da advocacia em tempos de pandemia.

A manutenção das audiências, ainda que na modalidade virtual, oportunizou atos de composição. Os procedimentos de acordo judicial ganharam destaque. Não obstante a pandemia nos indique um futuro incerto para a economia, e face à incerta disponibilidade de recursos disponíveis para pagamento de débitos da Fazenda Pública, a União Federal não recuou nas tratativas de acordo. O resultado não poderia ser melhor para um ano de pandemia com acesso ‘restrito’ ao Judiciário.

Quando se fala em ambiente de trabalho exclusivamente virtual, o Judiciário tem investido cada vez mais em segurança, a criminalidade é cada vez mais presente no ambiente virtual e os riscos de invasão e falsificação de arquivos digitais são costumeiros. Em 2020, o Superior Tribunal de Justiça e o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, foram escolhidos pelos *hackers*, que conseguiram invadir a segurança da rede dos tribunais e os deixou inoperantes por alguns dias. Foi um inconveniente, mas os Tribunais estão cada vez mais preparados, investindo constantemente na segurança dos sistemas e nas autenticações. Os delitos informativos foram inseridos no ordenamento pela Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012, acrescentando as tipificações criminais relativos às violações de conteúdos eletrônicos. O Legislativo só precisa pesar um pouco mais nas penalidades.

A Ordem dos Advogados do Brasil também se manteve em atividade e atenta às agravantes decorrentes da virtualização dos atos processuais, o melhor exemplo foi a intervenção junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando este Tribunal, por força do isolamento decorrente da COVID-19, tentou estabelecer que as sustentações orais deveriam ser gravadas e depositadas juntos com os memoriais nos dois dias que antecedem o julgamento. A OAB interveio acertadamente. É fácil concluir que em um futuro próximo as sessões de julgamento passarão a ocorrer de forma virtual, é uma questão de segurança, economicidade e eficiência, e a pandemia só antecipou esse procedimento, ou, de forma mais otimista, mostrou que já estávamos preparados para atuar em plataformas virtuais, mas obviamente, respeitadas as prerrogativas do exercício da advocacia.

De modo geral, as forçosas mudanças trazidas pela pandemia foram administradas com sucesso, nosso Departamento Jurídico ajuizou 27 ações no decorrer do ano, realizou dezenas de audiências virtuais. Os resultados para o ano de 2020 superaram nossas expectativas durante a pandemia, foram cerca de 4 mil requisitórios expedidos.

Sem sombra de dúvidas, o ano de 2020 foi regado a desafios, adaptações, reflexões e receios, mas muito trabalho envolvido resultou nos melhores resultados, muito além do que se poderia esperar, um recorde de decisões judiciais, um recorde de atendimentos pelos cartórios das varas como resultado de simples requisições de advogados, dezenas de audiências por videoconferências, 4 acordos judiciais em andamento com perspectiva de conclusão em 2022. A ‘nova’ rotina da advocacia foi muito positiva para o nosso Departamento Jurídico. A virtualização do Judiciário se consolida com honra e glória, e se encaixa no ditado popular: “São nos momentos mais difíceis que surgem as melhores oportunidades.” 

O Direito do Trabalho acabou, precisa ser apenas adaptado ou reinventado?¹

■ POR JORGE CAVALCANTE BOUCINHAS FILHO

“Não podemos jamais esquecer que se as ciências naturais trabalham com descobertas, as ciências exatas com demonstrações e invenções, o direito trabalha predominantemente com escolhas. A melhor escolha, diante de uma crise da proporção da atualmente enfrentada não parece ser acentuar ainda mais a precarização das relações de emprego. Originada de uma crise sanitária de proporções globais, a recessão global que está sendo provocada pelo coronavírus – e que se prolongará por um longo período após o fim da pandemia – é diferente das demais crises mundiais posteriores à consolidação do Direito do Trabalho.”



É sempre desafiador dissertar para responder a uma pergunta. Normalmente os temas propostos na forma de indagação são desafiadores por limitarem o campo de reflexão do articulista e pedirem uma solução de cunho mais prático.

O questionamento aqui proposto é particularmente mais desafiador por demandar uma reflexão atual que vai além de um prognóstico momentâneo, implicando em certo exercício de futurismo. Responder se o Direito do Trabalho acabou, precisa ser adaptado ou reinventado também requer uma projeção sobre o futuro da disciplina.

Em um tempo de grande polarização política, poder-se-ia pensar que a solução seria binária colocando progressistas e liberais em lados opostos, os primeiros pugnando pela preservação da disciplina em sua íntegra, os últimos por sua flexibilização.

Ao propor três alternativas – o fim, uma mudança sutil ou uma mais profunda do Direito do Trabalho –, o questionamento feito já evidencia que a resposta requerida não é tão simples assim.

Para tentar nos desincumbir do desiderato proposto, faremos uma revisão de um relevante estudo na obra de um dos maiores juslaboralistas sulamericanos, o Professor Hector-Hugo Barbagelata, em especial seu “curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista”, obra originada da disciplina de mestrado homônima ministrada de 1992 até o fim de seus dias, cuja primeira edição foi publicada em 2009 e a segunda, uma edição póstuma, em 2016. A base desse escrito será uma revisão sobre sua classificação acerca das principais correntes revisionistas do Direito do Trabalho. Ato contínuo, faremos uma reflexão pessoal sobre como a pandemia provocada pelo COVID 19 poderá acentuar ou, eventualmente, frear o movimento de flexibilização e desregulamentação até então vivenciado.

O REVISIONISMO NA DOUTRINA LABORAL

Há muito se afirma, e muitos afirmam que o Direito do Trabalho é um Direito vivo por estar em constante evolução. Desde seus primórdios propõe-se revisões dos princípios da disciplina, seja para ampliar, seja para reduzir a proteção assegurada ao trabalhador. Basta que se diga que em sua concepção original o Direito do Trabalho tutelava o operário de fábrica, o seu espectro de proteção vem sendo ampliado para tutelar grupo cada vez mais numeroso de trabalhadores, passando, cada vez mais a proteger outros grupos como os trabalhadores em domicílio, em empresas públicas e na Administração Pública em geral².

Esse processo vem, contudo, se acentuando nas últimas décadas. Segundo Hector Hugo Barbagelata, “desde los años setenta del siglo pasado y en estos primeros del siglo actual, se está viviendo, cada vez con mayor intensidad un proceso de revisión del Derecho del Trabajo, tanto desde dentro como desde fuera de su dominio”³. Em sentido convergente, o professor Adrián Goldín, observa que o sistema de proteção ao trabalho “se encuentra ante una encrucijada. Se ha puesto en cuestión su sustentabilidad política, su viabilidad

operativa y hasta su propia legitimidad teórica. Sus técnicas operativas están sujetas a constante crítica y revisión”⁴.

Os mais extremistas chegam a afirmar que a clássica pergunta sobre o desenvolvimento que teria o direito do trabalho nos próximos anos perdeu o sentido, pois o Direito do Trabalho careceria de objeto⁵. Responderiam, portanto, à reflexão proposta afirmando que o Direito do Trabalho acabou. Alguns mais moderados afirmam que o Direito do Trabalho está ferido em seu coração, desde o momento em que instrumentos destinados à proteção dos trabalhadores, como as convenções coletiva e a própria legislação do trabalho, se converteram em meios para a redução ou a destruição de seus direitos⁶. Há, por fim, os juristas que permanecem convencidos de sua necessidade e apostam em sua vitalidade⁷. Entre estes últimos pode-se mencionar Mário Garmendia Arigón, segundo quem “La reivindicación del sentido antropocéntrico del Derecho del Trabajo, y de los tres valores básicos que esta disciplina ha aportado al concepto del orden público (el trabajo no es una mercancía, el trabajo debe ser objeto de una protección jurídica especial y el criterio de la justicia social, como rector de la regulación del trabajo humano) constituye una tarea que queda destinada a los juristas”⁸.

Engana-se, contudo, quem conclui que são apenas três as possíveis soluções para este dilema. Há diversas maneiras de propor o fim do direito do trabalho, sua revisão ou adaptação e mesmo a manutenção ou até acentuação da proteção outorgada ao trabalhador.

Entre os que mantêm sua fidelidade ao Direito do Trabalho, mas aceitam importantes ajustes em seu conteúdo por entender que são necessários para assegurar a sua sobrevivência⁹, estariam, segundo Barbagelata, Juan Rivero Lamas, Mozart Victor Russomano, Efrén Borrajo Dacruz, Arturo Hoyos, Del Rey Guanter, Alfredo Montoya Melgar, Humberto Podetti, Emilio Morgado Valenzuela e Tomás Sala Franco. Poderíamos acrescentar a esse rol proposto por Barbagelata, Adrián Goldín, segundo quem “No es desdeñable, pues la hipótesis de que el ordenamiento laboral evolucione en el sentido de la diversificación creciente de sus contenidos – normas distintas para categorías diferenciadas –, y adquiera una conformación que haga necesaria la construcción ulterior de una nueva dogmática jurídica”¹⁰.

Entre os que analisam a questão com viés técnico, Barbagelatta nomina Gérard Lyon Caen, para quem o Direito do Trabalho se caracteriza por sua ambivalência, servindo a trabalhadores e empregadores, não sendo adequado, contudo, responsabilizá-lo pelo êxito ou fracasso dos empreendimentos comerciais e de serviços, dado que não é um instrumento de política econômica. Em relação à necessidade do Direito do Trabalho ele é categórico ao afirmar sua imprescindibilidade, inclusive em razão das duas vertentes de sua ambivalência. Para ele o que se deve fazer em relação ao Direito do Trabalho é revisar os conceitos e compreender que o trabalho é uma atividade e que o Direito do Trabalho deveria obedecer a seu real significado e abarcar todas as formas de atividades laborais¹¹.

Suas ideias se aproximam muito das defendidas no Brasil por Nelson Manrich que há muito defende que no inevitável confronto entre a necessária

proteção e a flexibilidade indispensável na gestão da mão-de-obra, competiria ao Estado favorecer o trabalhador, sem, contudo, paralisar a gestão empresarial¹².

Outro notável juslaboralista, nominado por Barbagelatta entre os revisionistas moderados, é Alain Supiot. Segundo o juslaboralista francês, as oposições entre trabalho dependente e interdependente, oneroso e gratuito, privado e público, estariam sendo superadas na medida em que todas pretendiam separar o trabalho da pessoa do trabalhador. Em sua opinião dever-se-ia reconstruir o todo que compõe o trabalho e a pessoa do trabalhador. Reconhece, para tanto, que a noção de subordinação já não permite abarcar as diferentes formas de trabalho por conta alheia, razão pela qual seria preciso estabelecer um novo regime jurídico para a pessoa que trabalha, que ultrapasse os limites atuais do trabalho subordinado¹³.

Bastante interessante a este respeito é a opinião de Efrén Córdova, segundo quem o Direito do Trabalho deveria ser reelaborado para ser aplicado a todo tipo de trabalho e não apenas ao trabalho dependente. Em sua opinião o trabalho não é apenas um modo de produção, mas também um modo de vida no qual impera a interdependência. Não se trata, em sua opinião, de excluir totalmente o critério da subordinação, mas de deixar de considerá-lo o elemento essencial da relação de trabalho¹⁴.

A corrente que, nos dizeres de Barbagelata, apresenta intenção desmitificadora reconhece a necessidade do Direito do Trabalho, mas entendem que lhe foi concedida uma estima extraordinária, que a disciplina não merecia. O propósito dessa corrente é desmentir o que consideram mitos relacionados à disciplina. Segundo o festejado doutrinador uruguaio são defensores dessa corrente em especial marxistas. Um marco desse pensamento foi a obra *Le Droit Capitaliste du Travail*, publicada pela Universidade de Grenoble, elaborado a partir de uma reconstrução da teoria do contrato de trabalho em Marx feita por Gérard Courtois em obra anterior¹⁵.

Um dos destaques dessa teoria é Edelman, considerado desmistificador porque apresenta o direito do trabalho como um instrumento de engano para manter o status quo e as condições de exploração do trabalhador. Ele acredita que a classe trabalhadora somente acede à legalidade sob condições que permitam a reprodução do capital. Ou seja, em sua opinião, as condições pelas quais se autoriza o direito de greve, também representam um fator positivo para o capital¹⁶.

Outro autor classificado dentro deste grupo é Antoine Jeammaud, que considera o Direito do Trabalho inscrito nas próprias estruturas da sociedade. As regras e as instituições jurídicas seriam, outrossim, a representação a que estão ligadas em função das relações econômicas preexistentes. O lugar eminentemente ocupado pelo Direito do Trabalho resultaria, em seu sentir, de um erro conceitual, pois na realidade se trata do ramo do direito que ordena as relações entre empregadores e trabalhadores assalariados mediante uma dominação suave ou atenuada, doce, más racional e eficiente para o sistema¹⁷.

Na doutrina brasileira, pode-se afirmar que a obra *Direito Capitalista do Trabalho* de Wilson Ramos Filho, poderia bem ser enquadrada dentro desse grupo. O autor parte da premissa de que a principal função do Direito do Trabalho, sua razão

de ser como ramo específico da ordem jurídica, consistiria em “servir ao processo de juridicização do conflito entre trabalho assalariado e capital, com a integração ou institucionalização desse conflito pelo estado”¹⁸. Antes mesmo do intenso movimento de flexibilização e desregulamentação enfrentado no Brasil referido autor já defendia que a crise capitalista iniciada em 2008 abria uma janela de oportunidade para que o movimento sindical e os demais movimentos sociais potencializassem suas lutas no sentido de desestabilizar o sistema de dominação, alcançando uma nova correlação de forças que pudesse ser materializada em novas estruturas normativas em que os direitos sociais pudessem ser efetivados e ampliados, inclusive no campo laboral¹⁹.

Bastante interessante a este respeito são os ensinamentos de Mario Giovanni Garofalo, segundo quem a despeito de a *ratio* das normas de Direito do Trabalho ter sido sempre a proteção do trabalhador, ela cumpriu uma função de legitimar as relações de poder que caracterizam o modo de produção saído da revolução industrial²⁰.

As posições consideradas militantes dentro do revisionismo positivo são aquelas que não se limitam a efetuar críticas e comentários, mas a propor um atitude mais ativa, com vistas a introduzir modificações de entidade nas relações laborais e aumentar a significação do Direito do Trabalho²¹. A aplicação ao Direito do Trabalho das correntes de Direito Alternativo. A premissa de que partem é a de que a interpretação pode servir tanto para preservar o *status quo*, como para favorecer os interesses de classes subordinadas, devolvendo aos trabalhadores e às massas postergadas a sua capacidade de autodeterminação”.

Propósito similar é o das chamadas teorias sistêmicas, que criticam o positivismo jurídico por conduzir a uma interpretação do direito meramente formal, pondo ênfase na independência dos juízes que devem velar pelas liberdades públicas e pelo respeito dos direitos humanos. Este método propõe que, na interpretação do caso concreto submetido à decisão judicial, os intérpretes se orientem em atenção à realidade, aos valores e adotem uma conduta transformadora²². No Brasil ele é perceptível em certas formas de ativismo judicial, que construíram interpretações favoráveis ao trabalhador a partir do ideal de concretização de mandamentos constitucionais poderiam ser classificadas dentro desse grupo.

Nem mesmo entre as correntes consideradas reducionistas e adversas há consenso e uniformidade. Barbagelata as separa entre as que predicam a necessidade de devolver todo ou parte do conteúdo do Direito do Trabalho ao Direito Comum; as que expressam um certo desencanto diante das insuficientes conquistas desse direito e reclamam uma atualização que separa o trigo do joio; as que antecipam ou esperam uma mudança na profundidade da disciplina; as que simplesmente propõe uma reelaboração que se acomoda a uma redução de seu âmbito e à eliminação de certos particularismos, e também, as que postulam um revisionismo radical²³.

O principal argumento dos que advogam o retorno ao direito comum, é a suposta comprovação de que foram produzidas mudanças no Direito do Trabalho ou em sua interpretação que reduziu seus aparentes desvios do Direito comum, enquanto neste também foram operadas significativas

transformações²⁴. Um célebre defensor dessa tese foi Mário Deveali, segundo quem o Direito do Trabalho, ou pelo menos uma grande parte dele estaria destinado a retornar ao Direito Comum, sem perder o seu particularismo²⁵. Eduardo Ghera, por sua vez, estaria inserido nessa corrente em razão de considerar positiva a devolução parcial da competência para regular às relações de trabalho à autonomia individual, evitando uma excessiva padronização das relações de trabalho²⁶.

Hector-Hugo Barbagelata respeitosamente nomina “desencantados” os juslaboralistas que apresentam um certo pessimismo e arrastam frustrações em razão dos fracassos de outras experiências progressistas e, por essa razão, expressam suas dúvidas sobre a possibilidade de introduzir mudanças positivas no estado de coisas imperante e concretamente no Direito do Trabalho²⁷. Sob essa categorização estaria ninguém menos do que Umberto Romagnoli, para quem o Direito do Trabalho tem que aprender a viver sob as novas condições impostas pela nova reengenharia produtiva resultante do processo de desindustrialização, o que significaria que os operadores jurídicos deveriam revisar os conceitos fundamentais ao invés de ir, como no passado, à caça de indícios de subordinação²⁸.

Os defensores de mudança em profundidade, como Jean Claude Javillier, advogam a necessidade de encarar com serenidade o questionamento de alguns conceitos e inclusive a desapareição de certas instituições clássicas do Direito do Trabalho, que não podem se manter no plano das abstrações, mas que “devem ser percebidas e analisadas praticamente”²⁹. Essa corrente defende também que se repense a questão dos limites da flexibilidade das relações laborais, recolocando-os em busca permanente de um equilíbrio custo-benefício com uma ou duas qualificações³⁰.

No Brasil, são bastante conhecidas as ideias de Luiz Carlos Amorim Robortella, que já na primeira metade dos anos 90 defendia a flexibilização da legislação trabalhista esclarecendo que por esse termo dever-se-ia entender o “ajuste das normativas laborais à realidade econômica, com alteração, maior ou menor, do repertório de categorias jurídicas, para a solução dos problemas de cada sociedade e ensinar a governabilidade”³¹.

Há também as chamadas reelaborações conformistas, que o professor alemão Spiros Simittis designa desmantelamento do Direito do Trabalho. Esse desmantelamento seria consequência de uma séria de fatores como a transferência maciça de trabalhadores do setor secundário para o setor terciário, a quebra da relação emprego atividade laboral, a aparição e desenvolvimento de novas formas de trabalho a domicílio como o teletrabalho e suas variantes³². Em sua visão pessimista vivenciaríamos o fim do trabalho a tempo completo e a inversão dos objetivos da negociação coletiva, o que faria com que as convenções coletivas perdessem o seu caráter de instrumento orientado a assegurar o progresso constante da proteção dos trabalhadores para converter-se em um mecanismo apto a realizar concessões ao empregador, com vistas a diminuir a sua proteção. Os sindicatos, segundo o professor alemão, também teriam se transformado, deixando a visão idealista que buscava melhorar a condição dos trabalhadores individualmente considerados com o objetivo

final de transformar a sociedade em seu conjunto, e se tornado corporações que buscam exclusivamente o seu bem estar e o de seus associados, ainda que isso atente contra bens sociais³³.

É possível identificar muitas das ideias defendidas pelos adeptos das chamadas reelaborações conformistas na reforma trabalhista de 2017. A consagração do chamado “negociado sobre legislado”, a admissão da autonomia privada individual para os trabalhadores hipersuficientes e o fim da compulsoriedade das contribuições sindicais assemelham-se muito com as ideias desse grupo de juslaboralistas.

Barbagelata destaca, por fim, a presença de correntes revisionistas que chegam até a negação do Direito do Trabalho, fortemente influenciadas pelo pensamento neoliberal e intensamente militantes³⁴. Nas palavras de Barbagelata, “Acaba de dejarse sentado que casi todas las corrientes que repudian el Derecho del Trabajo, lejos de limitarse a una mera crítica, asumen una activa militancia con el propósito de crear las condiciones para que ese sistema jurídico se encamine hacia su desaparición”³⁵. Outra crítica feita por Barbagelata é a de que “la mayoría dos que militan em las posiciones adversas al Derecho del Trabajo no tienen formación jurídica, pero manejan libremente conceptos de ese orden”³⁶. Entre os mais conhecidos representantes desta corrente pode-se citar Von Hayek e Von Mises que afirmavam que a expressão Justiça Social carece de conteúdo, está vazia, porque não pode ser aplicada a ideia de justiça à forma em que propõe a repartição das vantagens materiais em uma sociedade livre. Para eles o único instrumento de medida aceitáveis seria o que proporciona o livre intercâmbio que seria produzido pelo mercado³⁷. Outro ponto comum aos dois autores é a forma como negam a juridicidade do Direito do Trabalho. Hayek, em particular, propõe modificações que suprimam as travas ao funcionamento do livre mercado e especificamente as do mercado de trabalho, oferecendo sustentáculo para as políticas de flexibilização e desregulamentação do Direito do Trabalho. Investe também contra os sindicatos, afirmando que já que não é possível eliminá-los totalmente, seria preciso reduzir os seus privilégios, que, em seus dizeres, só existem porque o Estado foi incapaz de impor ordem aos seus constantes abusos³⁸.

Essas ideias se assemelham as defendidas pelo atual governo brasileiro. É possível identificar a adoção, intencional ou não, das ideias dessa corrente doutrinária em falas como “Ou tem emprego e menos direitos, ou tem direito e menos empregos”³⁹ e “você pode escolher um sistema que tem muitos direitos e não tem emprego e um outro sistema onde você tem muitos empregos e esses direitos são os que você escolhe ter”⁴⁰.

O pensamento neoliberal adiciona a essas premissas uma ideia complementar que se convencionou chamar de lei das consequências não previstas ou indesejáveis. Em função dessa convicção, a legislação social, os sindicatos e demais instrumentos concebidos para melhoria das condições sociais, seriam produtores de consequências perniciosas inclusive para aqueles que deveriam beneficiar⁴¹. Outra variante do neoliberalismo se materializou na chamada análise econômica do Direito⁴², expressão que designa à aplicação a questões legais de métodos econômicos, em especial dos retirados da microeconomia.

O DIREITO DO TRABALHO PÓS-PANDEMIA

O ano de 2020 será sempre lembrado pela Pandemia COVID-19. Com uma velocidade absolutamente incrível o vírus Sars-CoV-2 espalhou-se por todo o globo, contaminando milhões de pessoas, matando um significativo percentual dos infectados, provocando o fechando de inúmeros estabelecimentos, destruindo economias.

No afã de reduzir o seu impacto destrutivo, diversas medidas foram adotadas por governantes de todo o mundo. Além das imprescindíveis medidas sanitárias (isolamento, quarentena, *lockdown*, fechamento de fronteiras, entre outras), diversas medidas foram tomadas para tentar minorar o impacto da pandemia na economia. Mesmo governos absolutamente liberais, nota característica da equipe econômica do governo brasileiro, seguidora dos preceitos de Milton Friedman e da Escola de Chicago, perceberam que cruzar os braços e deixar o mercado regular as relações privadas não seria suficiente. Se em 22 de março o Poder Executivo brasileiro editou a Medida Provisória 927, de caráter manifestamente liberal, em que apresentou novas medidas para o enfrentamento da crise econômica e acentuou a flexibilização de medidas de emergência já existentes, apenas dez dias depois editou a Medida Provisória 936, cujas soluções “keynesianas” são absolutamente flagrantes. Para evitar o pior o estado assumiu a conta de muitas relações de trabalho formal pagando um Benefício Emergencial – equivalente ao que receberiam de seguro desemprego – para os trabalhadores que tiveram o seu contrato de trabalho suspenso e, para aqueles que tiveram seu salário reduzido, um montante similar, mas com redução proporcional ao percentual acordado com o empregador. O governo declaradamente liberal foi além. Estabeleceu uma linha de crédito com recursos majoritariamente públicos para que bancos públicos e privados coloquem à disposição dos empregadores financiamento para suas folhas de pagamento e concedeu um benefício assistencial universal (auxílio emergencial) para tutelar também trabalhadores informais e pessoas sem renda certa.

Os números ainda são pouco conclusivos acerca da eficácia das medidas em questão. O Cadastro Geral de Empregados (CAGED), divulgado pelo Ministério da Economia em 29 de junho de 2020, indica que em maio 1,036 milhões de trabalhadores foram demitidos e 704 mil novos postos de trabalho foram criados. Se, por um lado a perda líquida de empregos foi bem menor do que a do mês anterior, abril, em que 903 mil postos de trabalho foram eliminados, é muito cedo para concluir que essa considerável evolução nos números é resultado direto das medidas adotadas ou que o Brasil caminha para o término da crise. É bom lembrar que a redução no número de vagas ao longo do ano de 2020 totaliza 1.144.875 postos de trabalho, o que representa o pior desempenho para o período desde 2010.

Também é muito cedo para concluir em definitivo quais ensinamentos aprenderemos com essa crise de proporções colossais. Certo é que não deveremos sair dela da mesma forma que entramos.

Dentro da perspectiva do Direito do Trabalho, que não foi o único ramo da ciência jurídica afetado pela pandemia, mas certamente foi o mais impactado,

dois discursos advirão dessa crise econômica. Um considerável grupo de cidadãos leigos e de estudiosos de diferentes ciências invariavelmente defenderá medidas legais ainda mais flexíveis por acreditar que a mão-de-obra mais barata estimulará a contratação e possibilitará o surgimento de novos postos de trabalho, providencias essenciais para a recuperação da economia e retomada do crescimento. Esse parece ser o caminho já escolhido pela equipe econômica do atual governo brasileiro⁴³. Um outro grupo aproveitará a tragédia para nela identificar sinais de que a proteção social é muito importante e que as medidas flexíveis trazem um grande custo social e econômico para o próprio Estado, mesmo o que adote políticas liberais.

Esse segundo olhar parece mais acertado do que o primeiro. A Pandemia COVID-19 evidenciou a importância da pequena proteção que a relação de emprego ainda oferece no Brasil. A tutela hoje assegurada aos trabalhadores já não é a mesma do chamados “anos gloriosos do Direito do Trabalho”, correspondentes aos anos 40, 50 e 60 do século passado, mas ainda é fundamental, sobretudo em um país desigual como o em que vivemos. A pandemia ajudou a evidenciar o quão importante é uma garantia de pagamento até o quinto dia útil do mês subsequente ao da prestação de serviços, de um pagamento assegurado durante o período de descanso semanal e anual, do acesso a um sistema de seguridade social (mormente de uma prestação em caso desemprego involuntário), de uma “poupança forçada” – como alguns definem o FGTS.

Observe-se, a este respeito, a situação do *freelancer* que optou por não ser empregado ao perceber que poderia ter ganhos maiores se trabalhasse como autônomo, recebendo diretamente do cliente o pagamento uma parcela para quem disponibilizasse o espaço de trabalho. Exemplifique-se essa situação na figura de um professor de tênis que opta por não ser empregado de nenhuma academia ou clube, mas por ministrar aula em diversos locais distintos, partilhando parte dos seus ganhos, a título de aluguel ou comissão, com os cedentes dos espaços que utiliza. Ele muito provavelmente auferirá rendimentos maiores do que se fosse empregado de apenas um deles. O seu padrão de vida habitual certamente é superior ao dos empregados dos clubes e academias para quem presta serviços. Ainda assim é muito provável que durante a pandemia ele tenha sentido muita falta das garantias que uma carteira de trabalho poderia lhe assegurar. Ele certamente percebeu que o discurso empreendedor “seja chefe de si mesmo”, “seja um microempreendedor individual”, não o protege e não lhe trás segurança.

O momento atual também deve lançar novas luzes acerca da proteção assegurada aos trabalhadores em plataformas digitais. Alguns aplicativos, em especial os que se ocupam de serviços de delivery, passaram a ter aumento de demanda. Seus contratados, contudo, seguramente estão entre os grupos mais expostos à contágio e, em decorrência disso, transmissão do vírus para outrem. Ao se ativarem em bicicletas e motocicletas para entregar alimentos e outros produtos, eles tiveram contato com muitas pessoas distintas, expondo-se e expondo seus familiares ao risco de contaminação. Outros aplicativos, como os de transporte, tiveram redução expressiva na demanda o que certamente

impactou os ganhos dos trabalhadores cadastrados para a prestação de serviços, ou como alguns preferem tratar, “parceiros”.

As circunstâncias que vivemos ao longo do ano de 2020 evidenciaram que todos os trabalhadores em plataformas digitais precisam de algum tipo de proteção. Não se pretende, nessas breves linhas, adentrar na discussão sobre a existência ou não de vínculo empregatício, mas evidenciar a necessidade de algum tipo de proteção tanto à saúde, quanto aos ganhos econômicos desses profissionais. É preciso que o debate acerca da regulamentação dessas atividades, seja reconhecendo-lhes o vínculo empregatício, seja criando uma outra forma de proteção, seja amadurecido.

Noutras palavras, é inquestionável que os trabalhadores em plataformas digitais precisam de proteção e a pandemia ajudou a evidenciar ainda mais essa constatação que já era óbvia e ululante. O que precisamos discutir doravante é que tipo de proteção queremos e podemos lhes assegurar.

É preciso também reconhecer o alto custo que toda a sociedade paga quando se desmantela o sistema de proteção social. Tivéssemos um sistema público de saúde mais amplo e menos sucateado, certamente teríamos precisado de menos investimentos públicos e também privados (especialmente na forma de doações) durante a pandemia. Tivéssemos mais trabalhadores formais, menores teriam sido os gastos estatais com o auxílio emergencial.

Em suma, mesmo num sistema liberal, que pugna pela mínima intervenção do estado na economia e pela regulamentação das relações privadas “pela mão invisível do mercado”, a conta das circunstâncias imprevisas e imponderáveis recai inevitavelmente sobre o Estado, que a repassará para a sociedade na forma de tributos, contribuições sociais ou sucateamento e precarização dos serviços públicos. É um bom momento para se refletir sobre os riscos e os custos de abrir mão da regulamentação estatal e refletir sobre o modelo de Estado que se deseja.

Por fim, mas não menos importante, cabe aqui refletir sobre as manifestações de solidariedade vistas durante a pandemia. Jovens se dispondo a fazer compras em supermercados para que seus vizinhos que integram algum grupo considerado de risco não se exponham desnecessariamente. Empresas privadas doando máquinas e instrumentos hospitalares. Empregadores domésticos assumindo tarefas que não estavam habituados a fazer enquanto pagam seus empregados ou diaristas para que fiquem em casa, poupando-lhes da exposição a riscos. Os exemplos são muitos. Se esse sentimento permanecer após o término do estado de calamidade pública, algumas questões sociais tão delicadas certamente serão melhor enfrentadas no Brasil.

Ora, como bem observava Hector-Hugo Barbagelata, “Es de toda evidencia que el Derecho Social no goza actualmente ni de buena salud, ni de buena prensa, aunque eso no puede hacer temer por su futuro, ya que desde su surgimiento ha enfrentado situaciones difíciles, e incluso ha sabido crecer en la adversidad”⁴⁴. Também Hugo Barreto Ghioni, destacava em suas falas a resiliência do Direito do Trabalho, ou seja, a sua “capacidad de salir fortalecido de sua situación de crisis, o cualidade de mejorar que tienen ciertos materiales al ser sometidos a situaciones extremas”⁴⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Podemos concluir, a partir de tudo o que fora anteriormente exposto, que há vários possíveis futuros para o Direito do Trabalho e, pela mesma razão, diferentes respostas para a pergunta formulada. Se por um lado ainda há quem defende o seu retorno ao patamar dos chamados trinta anos gloriosos, há, no outro extremo, os que lutem pela sua total abolição. No intervalo entre os dois extremos há uma série de possibilidades que vão desde uma flexibilização mais moderada, até mudanças profundas em sua amplitude e profundidade, passando por propostas de reconfiguração dos seus elementos essenciais e da relevância de cada um deles para a garantia de alguma forma de proteção social. A escolha por um ou outro método é eminentemente política. Não podemos jamais esquecer que se as ciências naturais trabalham com descobertas, as ciências exatas com demonstrações e invenções, o direito trabalha predominantemente com escolhas.

A melhor escolha, diante de uma crise da proporção da atualmente enfrentada não parece ser acentuar ainda mais a precarização das relações de emprego. Originada de uma crise sanitária de proporções globais, a recessão global que está sendo provocada pelo coronavírus – e que se prolongará por um longo período após o fim da pandemia – é diferente das demais crises mundiais posteriores à consolidação do Direito do Trabalho. Ela é distinta da crise de 1929, das crises do petróleo dos anos 70, da crise asiática do final dos anos 90, da crise das empresas da rede mundial de computadores na virada do século e da crise dos *subprimes*, de 2007. A crise provocada pela pandemia do COVID-19 deixa as pessoas trancadas em casa, inviabilizando o trabalho e a atividade econômica. Ela não paralisa um setor da economia, mas impacta praticamente todos os setores de todas as economias, alguns mais, como o turismo, outros menos, como os supermercados e farmácias. Trata-se, portanto, de uma crise desencadeada por uma redução acentuada e inesperada no consumo. Não teremos retomada de crescimento se as empresas fecharem. Tampouco teremos retomada de crescimento com um contingente ainda maior de desempregados ou de trabalhadores excessivamente empobrecidos e, por essa razão, afastados do mercado de consumo.

No auge da crise, os condutores da Economia brasileira aparentemente perceberam que iam pelo caminho errado e, em diversos aspectos, reconduziram a rota. A despeito de sua linha de atuação muito mais próxima aos ensinamentos de Adam Smith, Milton Friedman, Von Mises e Von Hayek, adotaram medidas intervencionistas dignas dos discípulos de John Maynard Keynes. É preciso que percebam também que a retomada do crescimento também passa por movimento equivalente. Assegurar poder de consumo e alguma forma de proteção social é essencial para que os trabalhadores continuem a consumir e, desta feita, a auxiliar a produção e o desenvolvimento econômico.

Sob uma outra perspectiva, é preciso reconhecer que um novo movimento de precarização das relações de trabalho no Brasil inevitavelmente acentuará ainda mais as desigualdades sociais que estão na raiz de problemas como a

violência urbana. E que há incontáveis justificativas de ordem humanitária para se defender a manutenção do sistema de proteção social.

Em resposta ao questionamento formulado é possível afirmar que o Direito do Trabalho não acabou, tampouco precisa ser reinventado. Precisa, contudo, se adaptar a uma nova realidade, sem, contudo, perder jamais o seu viés protecionista. 

NOTAS

- 1 Esse texto foi inicialmente apresentado e publicado nos anais do X Congresso da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, realizado virtualmente em agosto de 2020.
- 2 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 229-243.
- 3 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 223.
- 4 GOLDÍN, Adrian. *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014, p. 639.
- 5 O Professor Spiros Smitis, da Universidade de Frankfurt afirmou durante o 5º Congresso Europeu da Sociedade Internacional de Direito do Trabalho e da Seguridade Social que “La cuestión de saber cuál será el derecho del trabajo en el siglo XXI es un falso problema: carece de objeto” (*Apud* BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 223.
- 6 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 223.
- 7 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 224.
- 8 GARMENDIA ARIGÓN, Mario. *Orden público y derecho del trabajo*. 2. ed. Montevideo: La Ley, 2016, p. 261.
- 9 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 230.
- 10 Ainda nas palavras de Goldín: “La crítica situación del empleo y esa creciente dificultad para definir y ‘recortar’ Las categorías alcanzadas por el sistema tutelar exaltan la necesidad de revisar el paradigma de la protección social excluyentemente adscripta al contrato de trabajo. Junto a esas tutelas que debieran discernirse al margen de la situación ocupacional del sujeto, seguirán operando las otras que se articulan en torno del contrato de trabajo e, desde luego, aquellas que de conformidad con la lógica tradicional de la protección, operan a su interior. En torno, asegurando antes empleabilidad e igualdad de oportunidades (acceso al empleo) y promoviendo después recursos de subsistencia, reentrenamiento y orientación (reinserción); a su interior, las que se vinculan con las condiciones específica de trabajo y empleo.” (GOLDÍN, Adrian. *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias*. Cidade Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2014, p. 649).
- 11 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 234.
- 12 MANNRICH, Nelson. *A modernização do contrato de trabalho*. São Paulo: LTr, 1998, p. 227.
- 13 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 235.
- 14 *Apud* BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 236.
- 15 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 239.
- 16 *Idem*, p. 240.
- 17 *Apud* BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 241.

- 18 RAMOS FILHO, Wilson de Souza. *Direito Capitalista do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2012, p. 95.
- 19 Idem, p. 447
- 20 Apud BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 242.
- 21 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 243.
- 22 Idem, p. 247.
- 23 Idem, p. 253.
- 24 Idem, p. 254.
- 25 Idem, p. 257.
- 26 Apud BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 257.
- 27 Idem, p. 253.
- 28 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 253.
- 29 Idem, p. 261.
- 30 Idem, p. 262.
- 31 ROBOTELLA, Luiz Carlos Amorim. O moderno Direito do Trabalho. São Paulo: LTr, 1994, p.96.
- 32 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 262-263.
- 33 Idem, ibidem.
- 34 Idem, p. 267.
- 35 Idem, p. 268.
- 36 Idem, p. 253.
- 37 Idem, p. 273.
- 38 Idem, ibidem.
- 39 Ainda enquanto Presidente eleito, Jair Messias Bolsonaro afirmou em entrevista que os encargos trabalhistas são responsáveis pela informalidade de cerca de 50 milhões de brasileiros. Para ele, esse “custo Brasil” dificulta na balança comercial e também na contratação de mais funcionários para as empresas. <https://jovempan.com.br/programas/jornal-jovem-pan/bolsonaro-sobre-futuro-trabalhista-menos-direito-e-emprego-ou-todos-os-direitos-e-desemprego.html>
- 40 O Ministro Paulo Guedes fez essa afirmação ao lançar a chamada carteira verde-e-amarela por meio da Medida Provisória 905, posteriormente cancelada por outra Medida Provisória. Informação disponível em <https://www.correiopovo.com.br/not%C3%ADcias/pol%C3%ADtica/guedes-defende-nova-modalidade-de-contrata%C3%A7%C3%A3o-trabalhista-1.318177>. Acesso em 14 de julho de 2020.
- 41 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, p. 276.
- 42 Idem, p. 277.
- 43 Segundo matéria noticiada pelo jornal Valor Econômico, o Ministro Paulo Guedes já negocia com parlamentares do chamado “Centrão” um aprofundamento da reforma trabalhista. Informação disponível em: <https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/06/22/guedes-negocia-agenda-pos-pandemia-com-centrao.ghtml>. Acesso em 14 de julho de 2020.
- 44 BARBAGELATA, Hector Hugo. *Curso sobre la evolución del pensamiento juslaboralista*. 2. ed. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016, pp. 277.
- 45 *Ponencia a las XVI Jornadas Rioplatenses de Derechos del Trabajo y de la Seguridad Social, Colonia del Sacramento 2009*.

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO é Titular da Cadeira n. 21 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Diretor Geral da Escola Superior de Advocacia da OAB SP (2019-2021). Professor da Fundação Getúlio Vargas – EAESP FGV e da Universidade São Judas Tadeu. Vice-Presidente da Comissão de Direito do Trabalho do Instituto dos Advogados de São Paulo (IASP). Associado da Asociación Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (AIDTSS), do Instituto Latinoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (ILTRAS), da Associação dos Advogados Trabalhistas de São Paulo (AATSP), da Associação dos Advogados de São Paulo (AASP), do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP) e do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB). Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor em Direito pela Universidade de Nantes – França.

Trabalho remoto, isolamento social e direito à desconexão: perspectivas para 2021

■ POR GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO

“Observemos que, em 2021, o comportamento humano não deverá sofrer alterações abruptas em relação ao que tem sido vivido neste ano que finda. Para o bem da humanidade, os costumes recentemente incorporados precisam ser mantidos: distanciamento social, uso de máscaras, permanente utilização de álcool gel, limpeza das mãos e dos ambientes que frequentamos. Talvez esse mal que grassa sobre a humanidade seja um alerta para que evitemos, no futuro, males piores para a nossa espécie humana.”



O mundo da pandemia faz-nos alterar a forma de reunir. Não nos vemos ao vivo, mas virtualmente, e os eventos passam a ser realizados a distância, pela *telinha*, afastados uns dos outros e próximos apenas em pensamentos.

Abordarei três temas correlatos: trabalho remoto, isolamento social e direito à desconexão, prospectando, ao final, para o ano vindouro. E a relação entre eles está justamente no uso da tecnologia da informação que, ao cabo, permite, no isolamento que essa calamidade impôs a todos, possamos trabalhar a distância e desconectar para repousar de quando em quando.

Imperioso assinalar, desde o início, que o momento vivido pela humanidade é grave e preocupante, de muitas apreensões e reflexões sobre o que pode vir a suceder após essa fase, quando encontrarem os cientistas a vacina que para a disseminação desse mal do século XXI.

Passemos ao exame dos temas na ordem que mencionei.

TRABALHO REMOTO

É crível que Monteiro Lobato não imaginaria que, no século XXI, o trabalho remoto fosse uma coisa frequente no nosso dia a dia. Em *O Presidente Negro*, romance eugenista de 1926, descreve o trabalho remoto e naqueles idos do século XX a comunicação era muito difícil e raríssimos telefones existiam.

O trabalho a distância se enquadra em várias denominações tentando identificar várias espécies de atividade e diferentes significados.

O trabalho remoto é o *remote work*, realizado total ou parcialmente em um local de trabalho alternativo que não seja o padrão de trabalho. É realizado, habitualmente, a distância.

O teletrabalho ou *tele work* é uma espécie de trabalho remoto, quando o trabalhador utiliza tecnologia da informação e comunicação (TIC) ou telefones fixos, podendo ser realizado em diferentes locais fora do local de trabalho padrão, utilizando dispositivos eletrônicos pessoais. É outra forma de trabalho à distância¹.

O trabalho em casa é o conhecido *home office*, geralmente exercido total ou parcialmente na residência do trabalhador. Também se revela trabalho a distância do local peculiar.

O trabalho baseado em casa é o *home based work*, uma subcategoria do trabalho em casa, é normalmente realizado em casa, mesmo não sendo o local de trabalho padrão. Mais uma vez, trata-se de um trabalho a distância.

Todas as quatro modalidades são, ao cabo, trabalho remoto, e, o importante, nessa variação, é que, para a OIT, esses conceitos podem ser combinados e se sobrepõem, e, a rigor, não conduzem a nenhuma distinção efetivamente prática e expressiva, salvo mero exercício de palavras que dificulta a aplicação prática de determinadas regras. É, por extensão, o que o saudoso Evaristo Moraes Filho escreveu acerca da diferença entre falta grave e justa causa, criticando essa desnecessária diferença, dizendo que é uma distinção inócua, *bizantina e contraproducente*². Um traço é comum a todos: o isso de tecnologia da informação.

O que se identifica é o trabalhador virtual, que atua no trabalho remoto ou a distância ou teletrabalho quando existe uma revisão do tradicional conceito de subordinação, porque agora o trabalho passa a ser flexível, sem os hábitos cotidianos, sem turnos, sem local permanente, sem colegas fixos³, substituindo o antigo trabalho regular (fixo, cronometrado, permanente)⁴.

Foi com a Lei nº 13.467/2017 que, ao introduzir modificações na CLT, criou um novo capítulo, o II-A, cuidando de teletrabalho, com diversas regras dispendo sobre essa atividade, cujos comentários não cabem nesta exposição. O art. 75-B consolidado define essa atividade como sendo 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.

Vale, porém, lembrar que o teletrabalho apresenta várias vantagens: maior autonomia, possibilidade de estabelecer e controlar o próprio ritmo do trabalho, redução de despesas de transportes e alimentação, diminuição do *stress*, mais tempo livre, melhor qualidade de vida em família.

Existem, porém, desvantagens para a empresa: dificuldade em controlar/supervisionar o trabalho, resistência à mudança, falta de empenho de alguns trabalhadores, redução dos graus de agregação dos empregados como forma de valorizar a empresa, investimentos associados face à adaptação de novo local para o trabalhador desenvolver sua teleatividade, riscos quanto à segurança de dados da empresa.

A Medida Provisória nº 927, de 22.3.2020, trouxe algumas alterações para o teletrabalho, mas a rigor, não foram significativas e sua vigência é temporária, porquanto válidas para o tempo de duração do estado de calamidade pública, que deverá findar a 31.12.2020 (Decreto Legislativo nº 6, de 20.3.2020).

Recentemente, o Congresso Brasileiro está examinando o Projeto de Lei nº 5.581/2020, com texto do Deputado Renato Agostinho. O documento pretende dar nova formatação ao teletrabalho em nosso país e, após os necessários debates e as prováveis emendas, poderá ser um texto de excelente qualidade e isso é de altíssima importância. O projeto em apreço cuida de relevantes aspectos do teletrabalho, até então omitidos pelo legislador: acidentes do trabalho, desconexão, responsabilidade civil, violência doméstica, pessoas deficientes e idosas, direito à privacidade, dentre outros.

O que se espera, considerando o momento vivido, é o incremento do trabalho remoto nesta fase e nas fases que se vão seguir. Isto atingirá também as atividades jurídicas. Ou seja, os escritórios de advocacia deverão se readaptar no atendimento dos clientes para ter mais agilidade e o sistema de aconselhamento profissional deverá se dar com mais celeridade através de meios informatizados, e provável redução de contatos presenciais.

No âmbito do Poder Judiciário, por sua vez, é crível que sejam tornadas regulares as sessões virtuais dos tribunais, como, aliás, têm sido exitosas as que se realizam em todo o país. As próprias audiências de primeiro grau deverão ter intensificadas as suas realizações por via telepresencial, sendo recomendável que ajustes sejam feitos inclusive com as sugestões que podem ser encaminhadas pela Ordem dos Advogados do Brasil. Sobretudo na fase de colheita de provas, quando, eventualmente, podem ser identificados maiores entraves, como, *v.g.*, a oitiva de testemunhas.

Talvez o grande problema do Poder Judiciário seja, ainda, a carência de recursos para dotar, adequadamente, todos os seus graus de jurisdição das funcionalidades que a informática precisa. Sabemos que se trata de um caminho sem volta, de mão única, e que apenas avança. Os antigos processos de muitos volumes de papel são, hoje, lembrança do passado recente. Os autos físicos estão sendo substituídos pelos equivalentes eletrônicos, com números e códigos especiais de identificação. O virtual, todavia, não pode esconder que estão envolvidas pessoas, divergências, dramas e sofrimentos, e as partes do processo querem soluções rápidas de um Judiciário que deve estar de prontidão para atender a todos.

Porém, existem vários *Brasis* e as carências do interior longínquo não se assemelham ao fausto das grandes megalópoles. Encontramos cidades onde sequer existe energia elétrica, água encanada e esgoto domiciliar, e, quando existe, o fornecimento ocorre em horários específicos. Nesses recantos habitam pessoas, e lá também estão geralmente o prefeito, o padre, o delegado, o juiz e, às vezes, advogados. E como será que vai ser provido o jurisdicionado do processo judicial eletrônico num local assim, e que existe, queiramos ou não, sem os elementares elementos do progresso digital?

ISOLAMENTO SOCIAL

É sabido que o isolamento social separa pessoas doentes (sintomáticos, suspeitos ou confirmados de alguma enfermidade infectocontagiosa) das não infectadas, evitando a propagação de vírus. Na prática, pode ocorrer em domicílio, em hospitais e casas de saúde e, no caso da pandemia da Covid-19, geralmente durante quatorze dias, a critério médico.

O isolamento ocorre verticalmente, quando é limitado ao chamado grupo de risco (idosos e pessoas com comorbidades), ou horizontalmente, quando se destina a restringir mobilidade e aglomeração de todas as pessoas para evitar risco de contaminação.

Também pode ser classificado em isolamento voluntário, quando a pessoa espontaneamente se afasta do grupo social; e, involuntário, quando perde lentamente o contato com os demais e não se apercebe desse fato.

O Brasil possui uma definição legal de isolamento, que consta do art. 2º, inciso I, da Lei nº 13.979, de 6.2.2020, dispondo que se trata de

separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus.

Existem outras situações ou circunstâncias assemelhadas ao isolamento social, mas não são sinônimos. Assim o caso do distanciamento social, da quarentena, do lockdown e do confinamento, que podem ser explicados de modo bastante singelo.

O distanciamento social restringe a interação das pessoas, sobretudo quando existem infectados e assintomáticos, a fim de evitar transmissão comunitária, e pode ser aplicado de forma ampliada (a todos) ou seletiva (apenas grupos de riscos, como idosos e portadores de comorbidades). Nesse momento, é recomendável que se fechem as escolas de todos os graus, os templos religiosos e os estabelecimentos de atividades não essenciais. Evidente que, quando se propõe esse distanciamento social amplo, de igual sorte se causa danos à economia, que levará bom tempo para recuperar o patamar em que se encontrava.

A quarentena é uma restrição de atividades ou separação de pessoas aparentemente saudáveis que podem ter estado em contato com outras portadoras de doença contagiosa e podem se encontrar em período de incubação, podendo ser individual ou coletiva, voluntária ou compulsória. Vezes ocorrem em que também animais são colocados em quarentena.

Na Idade Média, durante a peste negra, era utilizada com relação aos viajantes chegados dos locais onde ocorria a doença, por cerca de quarenta dias (daí chamar-se quarentena), e em muitos portos mediterrâneos as embarcações ficavam durante esses dias ao largo antes de atracar e promover o desembarque de pessoas e mercadorias.

Do ponto de vista legal, o art. 2º, inciso II, da Lei nº 13.979/20, define quarentena para fins da pandemia atual como sendo a

restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.

O *lockdown* é uma medida obrigatória, imposta pelo Estado, significando bloqueio total, para, no caso do coronavírus, tentar desacelerar sua propagação, a partir de que medidas mais brandas, como a quarentena e o isolamento social, não surtiram o efeito desejado. No *lockdown*, ficam proibidas a circulação em

locais públicos e privados, exceto atividades essenciais (farmácias, hospitais, compra de alimentos, *v.g.*). Excepcionalmente, pode ser decretado até mesmo toque de recolher.

O confinamento, que, em inglês, significa justamente *lockdown*, pode ser entendido como o recolhimento compulsório das pessoas a suas residências, afastando-as de atividades laborativas e de lazer, em decorrência de temor de contrair uma enfermidade decorrente de uma doença que está infectando a população, podendo ser compulsório (quando determinado pelo Estado) ou voluntário (que ocorre espontaneamente).

Todas essas medidas são cruéis, mas necessárias. O isolamento social, que consideraremos o gênero, reduz ou mesmo elimina a interação social, acaba com as atividades sociais, porém, apesar disso, proteger a vida, ou pelo menos tenta proteger.

A psicologia tem buscado identificar, na pandemia do Covid-19, a existência de um isolamento social forçado, decorrente da necessidade de reduzir o contato entre as pessoas para evitar a transmissão do SARS-Cov2. O isolamento decorre de medida de saúde pública, e, mesmo nos momentos de *lockdown* o Brasil não conseguiu atingir a 70% da população, variando na média de 40% a 60%.

Constata-se que o isolamento social, em suas variadas modalidades, tem ensejado o aumento do consumo de álcool para aliviar o estresse, além de situações de tensão, ansiedade, pânico, medo. Por outro lado, se beneficia a aproximação da família, o convívio excessivo tem identificado muitas brigas entre casais e ocorre o inegável afastamento do contato com colegas de trabalho, distanciamento esse que não é bom.

No entanto, é certo que deverá o mundo voltar à normalidade, mas não será da mesma forma de antes da pandemia do coronavírus, porque as medidas de distanciamento entre as pessoas deverão ser mantidas, como as regras de higiene e saúde deverão ser preservadas.

DIREITO À DESCONEXÃO

O trabalhador começa a exigir o direito a se desconectar do trabalho. Não é o desligamento da atividade, para apenas um processo de desconexão do trabalhador da atividade laboral. Nesse aspecto, Sandro Nahmias Mello escreve que

o direito ao não trabalho ou desconexão significa que o empregado, em seus momentos de folga, ou no fim de sua jornada, não pode estar à disposição do empregador, devendo se desconectar totalmente de seus afazeres, com a finalidade de descansar e se revigorar física e mentalmente⁵.

Para Célio Pereira Oliveira Neto, o direito de desconexão nada mais representa do que o direito ao lazer e descanso, em oposição ao trabalho, de forma livre, privada, sem qualquer interferência⁶.

O tema ainda não tem merecido legislação mais elaborada na maioria dos estados, limitados apenas à referência a horário de descanso, repouso e oportunidade de lazer. Exceção deve ser dada à França, considerando que o art. 55 da Lei nº 1.088, de 8.8.2016, que começou a vigorar em janeiro de 2017, modificou o art. L. 2242-8 do Code du Travail, autorizando o trabalhador a desconectar-se do trabalho, devendo as empresas criarem mecanismo adequados a essa desconexão.

Mais recentemente, no Chile, a Lei nº 21.220, de março de 2020, que cuida de trabalho remoto, reconhece o direito à desconexão durante pelo menos doze horas contínuas em um período de 24 para que trabalha remotamente. Nesse período de desconexão, o empregado não pode ser requisitado para nenhuma atividade, da mesma forma como nos dias de descanso, licenças ou feriados anuais, devendo o empregador dar ciência ao trabalhador dos riscos profissionais da atividade que exerce e adotar medidas de segurança e saúde do trabalho em suas atividades⁷.

Ora a Constituição brasileira garante a todos, além de outros direitos sociais consagrados no art. 6º, os direitos a saúde e ao lazer. Ao desconectar-se do trabalho, o obreiro usufruirá de descansos e, por corolário, de momentos de lazer.

Esse direito ao descanso e ao repouso para o trabalhador não lhe pode ser negado. Ele precisa e tem o direito de desconectar-se do trabalho para garantir a recuperação do seu organismo. Utilizando TI, o trabalhador é mantido conectado durante seu horário de labor; fora desse período, tem o justo direito de se desconectar. Ao desconectar-se, o trabalhador poderá sair livremente de redes tipo WhatsApp, de seu e-mail ou de outras formas de ser virtualmente localizado, e, ainda que permaneça, em qualquer situação, é indubitável que não poderá ser importunado.

Acreditamos que é possível dizer que o direito à desconexão é o momento zen da atividade do trabalhador virtual, que não permite ser incomodado e tem direito a indispensável tranquilidade.

Identificamos esse instante recorrendo às tradições budistas, que surgiram na China, dentro da tradição Chan, no século VI d.C., e que chegou ao Japão no século XII. Para os orientais, é necessário que tenhamos práticas de meditação que permitam que possamos ter momentos de reflexão para enfrentar as adversidades e as dificuldades da vida, máxime em situações como a que está enfrentando a humanidade, com a pandemia do Covid-19.

Esse momento de ócio criativo, a que referiu Domenico de Masi, é fundamental para as pessoas, daí a necessidade de o trabalhador, ao se afastar temporariamente da atividade virtual, ter o direito a se desconectar do serviço e não ser incomodado pelo empregador ou por qualquer outro interessado. Esse momento zen precisa ser preservado, incentivado e admitido francamente, para permitir que o obreiro tenha rompido seu vínculo com o labor e possa efetivamente usufruir de momentos de reflexão e descanso.

PERSPECTIVAS COMO ARREIMATE

Dentro do triângulo temático proposto, algumas conclusões em perspectivas podem ser adotadas, não em caráter de definitividade, mas a título de arremate do que se expôs, considerando o que o futuro pode nos fazer imaginar.

É indubitosa a intensificação do trabalho remoto. As atividades em regime de home office deverão ser mantidas inclusive após a fase de recolhimento imposta a todos. A forma brusca como o teletrabalho e outros assemelhados ingressou de maneira drástica na vida das comunidades, revelou tratar-se de uma atividade satisfatória, que atende aos anseios de muitos trabalhadores e muitas empresas. A questão que não pode ser olvidada envolve a necessidade de privacidade do trabalhador e de existência de um adequado e eficiente sistema de informática. Uma nova legislação a esse respeito deverá surgir no Brasil em 2021, fruto do projeto de lei que tramita no Parlamento nacional.

Por outro lado, o uso da tecnologia da informação e a paralisação de aulas presenciais em escolas e universidades impuseram o acolhimento do ensino a distância. Surpresos, professores e alunos precisaram se adaptar e se adaptaram realmente, tornando efetivo e benfazeja a modificação que é crível supor que seja aperfeiçoada e ampliada.

Ademais, o isolamento social rigoroso vai deixar de existir. Porém, nada será como antes. Os contatos interpessoais devem reduzir, e o distanciamento social deve ser adaptado a novas modalidades de convivência. No mundo ocidental, inclusive no Brasil, as manifestações eufóricas de regozijo ao encontrar pessoas que estimamos devem ser em grau mais reduzido. No Japão, cumprimentos usuais são representados por simples inclinação do corpo e da cabeça. Assim o caso do keirei (para saudar amigos e familiares, com inclinação de 45°) ou do eshaku (forma mais comum para demonstrar cordialidade, com inclinação de 15°), dentre outras, como na Índia, com o Añjali Mudra, a conhecida reverência com as mãos juntas do peito, acompanhamento da conhecida expressão sânscrita namastê. Será como que sermos todos os ocidentais reeducados no nosso comportamento e no nosso relacionamento com os demais.

E nesse novo mundo novo, onde as coisas surgiram rápida e imprevisivelmente, serão criados meios para implementar a desconexão, instrumentos que a efetivem para garantir ao trabalhador a indispensável tranquilidade a fim de, usufruindo esse momento zen, poder retornar à atividade e produtividade, sem desgaste, recuperada sua higidez física e mental, após haver usufruído momentos de necessário repouso e relaxamento.

Neste final de 2020, embora descobertas várias vacinas e muitas já sendo aplicadas em vários países, na expectativa de que seja colocado termo à disseminação dessa terrível enfermidade, ainda permanecemos imersos no medo e no temor, considerando as carências inegáveis dos sistemas de saúde sobretudo dos países menos desenvolvidos. A Covid-19 chegou sem aviso. Surpreendeu a humanidade e deixou a todos atônitos e apreensivos. A ciência está,

lentamente, buscando encontrar a solução para recompor o mundo sofrido e dilacerado. As muitas mortes, centenas de milhares, serão a triste lembrança desses momentos de sofrimento coletivo.

Observemos que, em 2021, o comportamento humano não deverá sofrer alterações abruptas em relação ao que tem sido vivido neste ano que finda. Para o bem da humanidade, os costumes recentemente incorporados precisam ser mantidos: distanciamento social, uso de máscaras, permanente utilização de álcool gel, limpeza das mãos e dos ambientes que frequentamos. Talvez esse mal que grassa sobre a humanidade seja um alerta para que evitemos, no futuro, males piores para a nossa espécie humana.

O mundo ressurgirá e certamente será mais pleno de solidariedade, respeito e amor ao próximo. Todos precisamos ser resilientes, em um grande exercício de superação dessas situações adversas. Pelo menos essa deve ser a esperança de todos. Em 2021, a expectativa é de que tenhamos saúde e tranquilidade para que possamos, todos, enfrentar as múltiplas tarefas da vida, em harmonia e com fraternidade. 

NOTAS

- 1 Sobre o teletrabalho, como de resto sobre Direito Digital do Trabalho, v. o nosso *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2020, p. 469-493 (especialmente, p. 485-487).
- 2 MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3. ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996. p. 78.
- 3 BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999. p. 120.
- 4 BAUMAM, Z. *Idem*, loc. cit.
- 5 MELLO, Sandro Nahmias & RODRIGUES, Karen Rosendo de A. Leite. *Direito à desconexão do trabalho*. São Paulo, LTr, 2018, p. 73.
- 6 OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo, LTr, 2018, p. 79
- 7 Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143741>. Acesso em 14.6.2020.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed., São Paulo: LTr, 2020.
- MELLO, Sandro Nahmias & RODRIGUES, Karen Rosendo de A. Leite. *Direito à desconexão do trabalho*. São Paulo: LTr, 2018.
- MORAES FILHO, Evaristo de. *A justa causa na rescisão do contrato de trabalho*. 3. ed. fac-similada. São Paulo: LTr, 1996.
- OLIVEIRA NETO, Célio Pereira. *Trabalho em ambiente virtual: causas, efeitos e conformação*. São Paulo: LTr, 2018.

GEORGENOR DE SOUSA FRANCO FILHO é Desembargador do Trabalho de carreira do TRT da 8ª Região. Doutor em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutor Honoris Causa e Professor Titular de Direito Internacional e do Trabalho da Universidade da Amazônia. Presidente Honorário da Academia Brasileira de Direito do Trabalho, membro da Número da Academia Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, membro da Academia Paraense de Letras, da Academia Paraense de Letras Jurídicas, da Academia Brasileira de Direito da Seguridad Social e Conda Asociación Ibero-Americana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

A pandemia, o caos e o ano pós-reforma da previdência

■ POR SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR

“Não se sabe o que se reserva em tempos vindouros, em específico à causa previdenciária, contudo, esperança ainda resta para que os sonhos e a programação de outubro de 1988 se concretize e se tenha algum legado para ser deixado, registrado e comemorado, sempre, em final de ano, a exceção de 2020.”



Verdadeiramente uma jornada a ser esquecida, sob diversos sentidos e olhares.

2020, o ano pandêmico e também o primeiro ano pós-reforma da previdência, em que pouco ou infimamente, há algo para ser comemorado e registrado.

Aqui, uma breve reflexão sobre o legado previdenciário de 2020 concomitantemente ao vírus global que ainda percorre e assola o dia-a-dia da sociedade, de todas inclusive, dos mais ricos aos mais pobres, dos trabalhadores e dos empresários, dos agentes políticos e de seus representados.

Principiou o ano com as nebulosas e confusas regras da denominada “Nova Previdência”, advinda com a publicação oficial da Emenda Constitucional nº 103 de 13.11.2019, contendo cinco regras de transição para os trabalhadores do Regime Geral e duas para os servidores efetivos dos Regimes Próprios.

Registre-se, inclusive, que sequer os servidores do próprio INSS foram treinados e equipados a respeito, amostra clara de que a “Nova Previdência” surgiu a destempe e sem os debates necessários que se esperavam e naturais das grandes reformas de políticas fundantes do Estado.¹

E o cenário até então agravado pelo novo modelo reformador, notadamente agravou ainda mais o caótico quadro previdenciário, com filas e filas; inoperância do sistema; expressiva baixa dos servidores, uma crescente judicialização; a alternância da Presidência do INSS; novas leis, etc.

Portanto, pelo início de 2020, pouco há que se comemorar ou registrar de forma positiva, otimista e esperançosa.

Decorrido os primeiros meses de nascimento da EC n.103/2019, surgiram diversas portarias internas, instruções normativas, circulares, orientações, recomendações e novos diplomas legais, como se o sistema previdenciário já não tivesse um contundente número de leis e decretos.

Alterou-se assim não unicamente as bases constitucionais que deram ensejo ao novo modelo aprovado pelo sistema político bicameral, ainda que de forma açodada e atécnica, mas também expressiva legislação previdenciária federal correlata, como a Lei nº 8.213/1991 e Decreto 3.048/1999, por exemplo, modificados em grande essência.

Curiosamente, também as prestações previdenciárias ganharam outros formatos e outras identidades, contudo, a legislação ainda continuava pretérita, sem adequação a diversos contornos, criando assim discussões acadêmicas a respeito.

Longe aqui de realizar articuladamente os pormenores das novidades, aliás, que não são poucas, contudo, criticamente destacar que suas promessas fundantes, no mínimo, não se cumpriram até agora.

É que o discurso que moveu os passos reformadores em todos os momentos, efusivamente apregoou um novo modelo, justo, equilibrado, equânime, acessível e social.²

Promessas alardeadas a quatro ventos e vazias de conteúdo, até então.

De outro lado, o sistema sim funcionou e a passos largos, notadamente para colocar em revisão prestações previdenciárias específicas e envidar operações para aferir a necessidade de validação e manutenção de benefícios, por exemplo, as fases e fases da conhecida operação “Pente Fino”, em nítido discurso arrecadador e restritivo na contramão das aspirações constitucionais firmadas no horizonte de 1988 em que se espera, no mínimo, alterações para a melhoria do sistema, evolução e permanência das bases constitucionais de justiça social.

Também, ao INSS, importante órgão público federal e de relevante atuação no papel previdenciário do Regime Geral, o maior e mais englobante de todos, durante todo o ano que se encerra mostrou o que soa incontroverso há muito, quer seja, sua clara falência institucional.

Entre desmandos, mudanças abruptas na sua presidência, associa-se ao fato que diversos servidores da autarquia se licenciaram, se afastaram e se aposentaram, sem a contrapartida funcional que se aguardava, ou seja, novos concursos.³

Assim, uma verdadeira bomba-relógio e apta para explodir a qualquer momento, o que já se vê pela expansiva judicialização previdenciária, cada vez mais evidenciada, mostrando que o sistema parou e nenhuma perspectiva há para seus próximos passos.

Em recente estudo encomendado pelo CNJ, em termos conclusivos apurou-se que:

“Ao apresentar as conclusões do estudo, o relatório alerta para o risco de a pandemia da Covid-19 agravar a situação da judicialização dos benefícios previdenciários e assistenciais. A partir das informações, a equipe de pesquisa do Insper considerou que a ampliação da demanda pelos benefícios previdenciários e assistenciais, dificuldades de coordenação entre as esferas administrativa e judicial, o desemprego em níveis mais altos e o constrangimento fiscal devem contribuir para a intensificar a judicialização”⁴

Ao que se percebe, os apontamentos de citado relatório se verificaram, cujo agravamento do cenário ainda ocorre, aos olhos de todos e a indesejados passos largos.

De outro lado, pelo menos em uma perspectiva acadêmica otimista, prospectiva e saudável, em 2020 o Direito Previdenciário se consolidou, em definitivo, ainda que em tempos pandêmicos difíceis, complexos e tristes.

Em um ano pós-reforma diversos institutos, escolas especializadas, faculdades, universidades, enfim, propiciaram constantes debates acerca das mudanças eclodidas pela EC n.103/2019, ratificando o sólido piso previdenciário no cenário nacional, alocando o Direito Previdenciário como um dos ramos do saber mais procurados dentre os profissionais.⁵

Não se sabe o que se reserva em tempos vindouros, em específico à causa previdenciária, contudo, esperança ainda resta para que os sonhos e a programação de outubro de 1988 se concretize e se tenha algum legado para ser deixado, registrado e comemorado, sempre, em final de ano, a exceção de 2020. 

NOTAS

- 1 <https://www.hojeemdia.com.br/opini%C3%A3o/blogs/direito-hoje-1.335788/falta-de-planejamento-do-inss-1.767851>
- 2 <https://noticias.portaldaindustria.com.br/listas/5-motivos-para-o-brasil-fazer-a-reforma-da-previdencia/>
- 3 <http://fenasps.org.br/2020/10/02/caos-estrutural-do-inss-uma-bomba-de-efeito-retardado-pretesa-a-explodir/>
- 4 <https://www.cnj.jus.br/acoes-previdenciarias-pesquisa-registra-causas-da-revisao-judicial-de-decisoes-administrativas/>
- 5 <https://domalberto.edu.br/tendencias-para-o-mercado-de-trabalho-em-direito-influencia-das-pautas-politicas-na-demanda-para-advogados/>

SÉRGIO HENRIQUE SALVADOR é Mestre em Direito (FDSM). Pós-graduado pela EPD/SP e PUC/SP. Professor Universitário (graduação, pós-graduação, cursinhos preparatórios e de extensão jurídica). Conselheiro da OAB/MG (23ª Subseção). Advogado em Minas Gerais. Membro da Rede Internacional de Excelência Jurídica. Integrante do comitê técnico da Revista SÍNTESE de Direito Previdenciário. Integrou a comitiva de pesquisadores brasileiros no I Congresso Internacional de Seguridade Social da Faculdade de Direito de HARVARD nos Estados Unidos no mês de agosto de 2019.

Defensoria Pública e *Custos Vulnerabilis*: o avanço da defesa dos vulneráveis em 2020

■ POR MAURÍLIO CASAS MAIA

“Para encerrar em clima esperançoso nesta época de pandemia, no dia 23 de dezembro de 2020, o desembargador *Luiz Silvio Ramalho Júnior*, garantiu um teto e um lar para famílias no fim de ano para cerca de 150 famílias que seriam alvo de reintegração de posse. O mote da decisão foi a ausência de intimação ao *Custos Vulnerabilis*.”



C*ustos Vulnerabilis*: da criação do instituto em ensaio jurídico nas páginas¹ da clássica *Consulex* (Junho/2014) até seu reconhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça (2019), já se acumulam citações jurisprudenciais e debates doutrinários sobre o tema. O presente texto, tem por finalidade trazer alguns avanços da defesa dos vulneráveis via *Custos Vulnerabilis* durante o tenso e pandêmico ano de 2020.

O PROGRESSO DA TESE “CUSTOS VULNERABILIS”

A concepção de legitimação e da intervenção *Custos Vulnerabilis* da Defensoria Pública brasileira tem por marco teórico original ensaios publicados na antiga Revista Jurídica *Consulex*, em 2014². Desde a proposta original, a *paridade de poderes* com a figura ministerial do *Custos Legis* (ou *Custos Iuris*) esteve presente e o uso do latim teve por finalidade explicitar, de modo juridicamente didático, uma intervenção constitucional³ de uma instituição autônoma e essencial à justiça – a Defensoria Pública –, em analogia à intervenção do *Custos Legis*.

Embora em textos esparsos, as ideias basilares do *Custos Vulnerabilis* podem ser apontadas: (1) Base teórica⁴ *garantista* a partir dos estudos de Luigi Ferrajoli⁵; (2) Reconhecimento da atuação constitucional da Defensoria Pública para a remoção de obstáculos de acesso à Justiça em todas as ondas renovatórias visualizadas por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁶, e as demais ondas posteriores como a quarta onda renovatória de Kim Economides⁷, com impacto na amplitude do conceito de “necessitados”; (3) Possibilidade de a Defensoria Pública atuar em posições processuais dinâmicas⁸, até mesmo ocupando diversos polos processuais (LC nº 80/1994, art. 4º-A, I), de modo *concomitante* ou *sucessivo*, ainda que em Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas⁹ (IRDR) ou no Processo Penal¹⁰; (4) O reconhecimento de que o “Estado Defensor” possui seu próprio interesse institucional¹¹ e constitucional a zelar, como forma de interesse público¹², primário ou secundário, especialmente em prol dos vulneráveis quando assumirá o quadrante dos interesses públicos primários; (5) O *Custos Vulnerabilis* detém especial responsabilidade com o *reequilíbrio*¹³⁻¹⁴⁻¹⁵ das relações jurídicas e potencialização do contraditório inclusive na formação de precedentes¹⁶, buscando uma “interpretação *pro homine*” do ordenamento jurídico¹⁷; (6) A interpretação histórica¹⁸ é relevante ao reconhecimento da função interventiva¹⁹ da Defensoria Pública brasileira, porquanto seus membros surgem como órgão da Procuradoria Geral de Justiça do antigo Rio de Janeiro (Lei Estadual nº 2.188, de 21/7/1954), em cargo isolado ladeando os antigos promotores públicos, com paridade de garantias, mas diferenciação funcional; (7) Com o avanço dos estudos, foi ainda revelada uma distinção²⁰ funcional-finalística das intervenções *Custos Vulnerabilis* e *Amicus Communitatis*.²¹

Além da teoria institucional da própria Defensoria Pública²²⁻²³⁻²⁴⁻²⁵, muitos juristas trataram do tema “*Custos Vulnerabilis*”, merecendo lembrança: (a) *Direito Constitucional*: Pedro Lenza²⁶, José Emílio Medauar Ommati²⁷, Nelson Nery Jr. e Georges Abboud²⁸ expuseram o guardião dos vulneráveis nesse

cenário; (b) *Direito Processual Civil*: o prof. Cássio Scarpinella Bueno²⁹⁻³⁰ dedicou algumas páginas dos seus livros à questão, levando-o a ser citado no Superior Tribunal de Justiça – STJ (EDcl no REsp 1712163/SP); (c) *Direito Processual Coletivo*: aqui se encontra o olhar atento de Daniel Amorim Assumpção Neves³¹ e de Hermes Zaneti Jr. e Leonardo Garcia³²; (d) *Direito Processual Penal*: o juiz Alexandre Morais da Rosa³³ desbravou o tema pioneiramente na área; (e) *Direitos Humanos*: Valerio de Oliveira Mazzuoli³⁴ – que distinguiu com zelo o *Custos Vulnerabilis* e o *Amicus Communitatis* –, e André de Carvalho Ramos³⁵ lançaram sua visão sobre o tema.

Em 2020, alguns destaques e avanços marcaram o caminho do *Custos Vulnerabilis*, conforme segue.

RETROSPECTIVA 2020: ALGUNS AVANÇOS DA GUARDA DOS VULNERÁVEIS NO STJ

Por ocasião da elaboração do presente texto, a pesquisa de jurisprudência realizada no <www.stj.jus.br> do Superior Tribunal de Justiça (STJ) contava com referências à expressão *Custos Vulnerabilis* em 25 (vinte e cinco) decisões monocráticas e 2 (dois) acórdãos. Alguns dos casos merecem especial atenção nesta retrospectiva, não somente por se harmonizarem com a concepção originária do instituto, como também por reforçarem e criarem novas balizas jurisprudenciais ao tema.

CUSTOS VULNERABILIS E PROCESSOS ESTRUTURAIS

Em junho de 2020, o STJ proferiu decisão registrando serem distintas as intervenções de *Amicus Curiae* e *Custos Vulnerabilis* – como já assentara em 2019 (EDcl no REsp 1712163/SP). Contudo, o ponto mais inovador da decisão foi registrar, claramente, o especial papel da Defensoria Pública na defesa dos vulneráveis em processos estruturais. A Terceira Turma do STJ reconheceu que:

“Para a adequada resolução dos litígios estruturais, é preciso que a decisão de mérito seja construída em ambiente colaborativo e democrático, mediante a efetiva compreensão, participação e consideração dos fatos, argumentos, possibilidades e limitações do Estado em relação aos anseios da sociedade civil adequadamente representada no processo, por exemplo, pelos *amici curiae* e pela Defensoria Pública na função de *custos vulnerabilis*, permitindo-se que processos judiciais dessa natureza, que revelam as mais profundas mazelas sociais e as mais sombrias faces dos excluídos, sejam utilizados para a construção de caminhos, pontes e soluções que tencionem a resolução definitiva do conflito estrutural em sentido amplo”. (STJ, REsp 1854842/CE, Rel. Min. Nancy Andrighi, T3, j. 2/6/2020, DJe 4/6/2020).

Assim, a decisão reforça a essencialidade da participação da Defensoria Pública em processos estruturais que discutem questões sensíveis de políticas públicas. É, portanto, paradigmática.

HABEAS CORPUS COLETIVO

Confirmando certa vocação coletiva da intervenção defensorial, no *Habeas Corpus Coletivo* (HCC) nº 568693-ES impetrado pela Defensoria Pública do Espírito Santo (DP-ES) em favor de todos aqueles que ainda estavam presos por não pagar fiança, não obstante a concessão da liberdade provisória condicionada ao pagamento de fiança, face aos riscos decorrentes dos *Coronavirus* (COVID-19). A Defensoria Pública da União (DPU) postulou seu ingresso como terceiro interveniente. Na decisão de aceitação da referida intervenção constitucional, o relator extraiu a figura do *Custos Vulnerabilis* da Constituição e do Código de Processo Civil:

“O art. 134 da Constituição Federal de 1988 tutela que: A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. Já o art. 1.038, I, do Novo Código de Processo Civil, emprestado ao processo penal por meio de aplicação analógica expressamente autorizada pelo art. 3º do Código de Processo Penal, estabelece que o relator poderá solicitar ou admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia, considerando a relevância da matéria e consoante dispuser o regimento interno.” (STJ, decisão monocrática, min. Sebastião Reis Júnior, PET no HC 568693, j. 1/4/2020, p. 3/4/2020).

Meses depois, reforçando a *essencialidade* da intervenção defensorial, em 25/6/2020, no HCC nº 568693-ES, no STJ, o ministro Sebastião Reis Júnior determinou a intimação da Defensoria Pública da União (DPU) para cooperar como *Custos Vulnerabilis*

“Tendo em vista que a Defensoria Pública da União integra o feito como *custus vulnerabilis* (fls. 348/351) e que a intervenção defensorial como *custos vulnerabilis* tem o objetivo de trazer para os autos argumentos, documentos e outras informações que retratem os anseios das pessoas vulneráveis; determino a intimação da Defensoria Pública da União, para que se manifeste, nos autos, no prazo de 5 dias. Findo o prazo, devolvam-se os autos conclusos.” (STJ, HC nº 568693-ES, Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 25/6/2020, p. 29/6/2020).

Portanto, é inegável que o STJ vem reconhecendo o potencial benéfico na participação defensorial nos feitos processuais de traço coletivo, inclusive no Direito Processual Penal.

DEFENSORIAS ESTADUAIS COMO *CUSTOS VULNERABILIS* NO STJ E STF

O ministro Nefi Cordeiro, no RHC nº 127835/MG (j. 8/6/2020, p. 10/6/2020; j. 25/8/2020), deferiu requerimento recursal da Defensoria Pública de Minas

Gerais (DPMG) para que, após manifestação do Ministério Público Federal (MPF), fosse intimada a “Defensoria Pública com atuação nos Tribunais Superiores” para intervir como *Custos Vulnerabilis*. O requerimento foi formulado pela própria Defensoria de origem, como foi relatado na própria decisão. Por questões estratégicas, após a remessa dos autos ao membro da DPMG atuante nos tribunais, a DPMG, como *Custos Vulnerabilis*, dispensou a apresentação de parecer e solicitou o julgamento do feito” – conforme narra a decisão mais recente dos referidos autos (Relatório, j. 1/9/2020).

Noutro passo, o ministro Félix Fischer, em ao menos três ocasiões, deferiu o requerimento de intimação, como *Custos Vulnerabilis*, do membro da Defensoria Pública de Minas Gerais (DPMG), no RHC nº 129106/MG (j. 25/6/2020, p. 29/6/2020; j. 12/8/2020, p. 14/8/2020), no RHC 129076/MG (j. 25/6/2020, p. 29/6/2020; j. 12/8/2020, p. 14/8/2020) e RHC nº 127676/MG (j. 2/6/2020, p. 8/6/2020; j. 12/6/2020, p. 16/6/2020)

A possibilidade de atuação da DPMG como *Custos Vulnerabilis* no STJ, Tribunal de Jurisdição nacional, demonstra a abertura à pluralidade das expressões democráticas da intervenção multicitada – no que se difere da intervenção pela unidade da ordem jurídico-democrática denominada *Custos Legis* nos tribunais de Jurisdição Nacional – como STF e STJ.

Outrossim, em *Habeas Corpus* Coletivo (HCC) em prol das pessoas presas preventivamente dentro do grupo de risco na pandemia de COVID-19 impetrado junto ao STJ para ter alcance nacional, o ministro Sebastião Reis admitiu a intervenção *Custos Vulnerabilis* em razão do impacto de lide sobre vulneráveis e direitos humanos, à luz da missão institucional da Defensoria Pública. Assim, o ministro ponderou em sua decisão monocrática:

“Tendo em vista que a temática trazida na impetração se relaciona com Direitos Humanos e de pessoas vulneráveis, é possível a intervenção da Defensoria Pública da União como *custos vulnerabilis*, nos termos dos arts. 134 da Constituição da República, 1.038, I, do Código de Processo Civil, este aplicável por analogia.” (STJ, Decisão Monocrática, HCC nº 596189/DF, Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 11/12/2020, p. 14/12/2020).

No Supremo Tribunal Federal (STF) a situação é outra. No STF ainda não existe decisão especificamente tratando sobre a intervenção *Custos Vulnerabilis*. Contudo, neste fim de ano, na Reclamação – Rcl nº 29.303/RJ, contou com medida liminar para determinar a realização de audiências de custódia em diversas modalidades de prisão naquele estado. Em seguida, a Defensoria Pública do Ceará-DPCE (defensor público *Bheron Rocha*, petição de 10/12/2020), a Defensoria Pública de Pernambuco-DPPE (defensoras públicas *Isabella S. Luna J. Zuliani e Anna Vallérya Rufino e Silva*, petição de 11/12/2020) e a Defensoria Pública da União-DPU (defensor público federal *Bruno Arruda*, petição de 14/12/2020), postularam *extensão* de liminares para os respectivos e demais estados. A extensão de efeitos foi deferida a todos os postulantes. Todavia, o ministro não mencionou sob qual título receberia a legitimação da DPCE, DPPE e DPU. Portanto, poder-se-ia argumentar a

aceitação implícita do *Custos Vulnerabilis* pelo ministro relator Edson Fachin das três esferas das Defensoria Pública brasileira. Entretanto, o tema segue em aberto na Corte Suprema.

SALVANDO LARES FAMILIARES NO FIM DE ANO

Para encerrar em clima esperançoso nesta época de pandemia, no dia 23 de dezembro de 2020, o desembargador *Luiz Silvio Ramalho Júnior* (TJ-PB³⁶) garantiu um teto e um lar para famílias no fim de ano para cerca de 150 famílias que seriam alvo de reintegração de posse. O mote da decisão foi a ausência de intimação ao *Custos Vulnerabilis* – verifica-se:

“(…) a agravante aduziu que a área pública foi invadida por famílias carentes, em situação vulnerável, sendo que o imóvel encontra-se ocupado por um grupo de mais de 150 famílias, entre idosos, mulheres e crianças. Portanto, considerando que as características do local (fotos e vídeos – id num. 9292677 e 9292678) demonstram que os ocupantes são pessoas em situação de hipossuficiência financeira, mostra-se, aparentemente, necessária a prévia intimação da Defensoria Pública. Desse modo, a atuação da Defensoria Pública deve ser observada como guardiã dos vulneráveis em ações possessórias, sendo indispensável sua participação, sob pena de nulidade. Presume-se perigo de dano pelos mesmos fatos expostos acima, uma vez que a vulnerabilidade dos ocupantes por si só é indicativa do dano acima referido.” (TJPB, Decisão monocrática, Des. *Luiz Silvio Ramalho Júnior*, Agravo de Instrumento nº 0816208-37.2020.8.15.0000, j. 23/12/2020).

E assim – após citar precedentes também de 2020 do TJRJ (Des. Sirley Abreu Biondi, Ag. Inst. nº 0042088-53.2020.8.19.0000, j. 14/9/2020) e TJSP (Rel. Des. Francisco Loureiro, Ag Inst. nº 2109889-54.2020.8.26.0000, j. 29/6/2020), precedentes os quais também visualizavam a imprescindibilidade da intervenção *Custos Vulnerabilis* para os fins do § 1º do art. 554 do CPC –, foi suspensa a reintegração de posse de “fim de ano” face à ausência de respeito ao devido processo legal e contraditório, diante da determinação do § 1º do art. 554 do CPC, o qual prevê a necessária intimação da Defensoria Pública em processos possessórios envolvendo coletividades hipossuficientes.

CONCLUSÃO

Embora sem esgotar a temática, viu-se que houve avanço no reconhecimento da intervenção *Custos Vulnerabilis*, inclusive no Superior Tribunal de Justiça. Desde a criação da tese em pequenos e reflexivos ensaios nas páginas da antiga *Revista Consulex* até a contemporânea *Revista Conceito Jurídico*, muitos debates foram travados, mas outros ainda serão entabulados com olhar voltado à inclusão e defesa da liberdade dos indivíduos e segmentos sociais vulneráveis – fim último desse instrumento jurídico denominado *Custos Vulnerabilis*. 

NOTAS

- 1 Sobre esse crescimento, há anos atrás: Casas Maia, Maurílio. “Custos Vulnerabilis”: das páginas da Consulex para o Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 477, p. 53-55.
- 2 CASAS MAIA, Maurílio. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, nº 417, jun. 2014, p. 55-57; Casas Maia, Maurílio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 56-58.
- 3 (1) CASAS MAIA, Maurílio. Litisconsórcio e Intervenção de Terceiro no novo CPC de 2015: Uma visão Geral. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). O novo Código de Processo Civil e a perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 185-206; (2) Casas Maia, Maurílio. Novas intervenções da Defensoria Pública: Custos Vulnerabilis e o excepcional Amicus Communitatis no Direito Processual Penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 125-156.
- 4 CASAS MAIA, Maurílio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, out. 2014, p. 56-58.
- 5 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2014, p. 537.
- 6 CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- 7 ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et alli* (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.
- 8 CASAS MAIA, Maurílio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC nº 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buriel de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – V.1 – Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.
- 9 CASAS MAIA, Maurílio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, dez-2017.
- 10 CASAS MAIA, Maurílio. Novas intervenções da Defensoria Pública: Custos Vulnerabilis e o excepcional Amicus Communitatis no Direito Processual Penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 125-156.
- 11 CASAS MAIA, Maurílio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC nº 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buriel de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – V.1 – Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.
- 12 (1) ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto S. Casas Maia, Maurílio. Pedidos Defensoriais de Suspensão (PDS) e o interesse público na defesa dos vulneráveis. In: Casas Maia, Maurílio. (Org.). *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 99-116; (2) Almeida Filho, Carlos Alberto S. Casas Maia, Maurílio. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo*, v. 239, p. 247-261, Jan. 2015; (3) Almeida Filho, Carlos Alberto. Casas Maia, Maurílio. Há interesse público na tutela jurisdicional político-democrática das coletividades vulneráveis? Sobre o Pedido Defensorial Suspensivo (PDS) às Presidências dos Tribunais. *Empório do Direito*, de 27 de junho de 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/ha-interesse-publico-na-tutela-jurisdicional-politico-democratica-das-coletividades-vulneraveis-sobre-o-pedido-defensorial-suspensivo-pds-as-presidencias-dos-tribunais>>. Acesso em: 2 Jul. 2020.
- 13 CASAS MAIA, Maurílio. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: Marques, Cláudia Lima. Gsell, Beate. (Org.). *Novas tendências de Direi-*

- to do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor. São Paulo: RT, 2015, p. 431-459, p. 455.*
- 14 CASAS MAIA, Maurílio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 56-58.
 - 15 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. Rocha, Jorge Bheron. Casas Maia, Maurílio. Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.
 - 16 CASAS MAIA, Maurílio. Litisconsórcio e Intervenção de Terceiro no novo CPC de 2015: Uma visão Geral. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). *O novo Código de Processo Civil e a perspectiva da Defensoria Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 198.
 - 17 CASAS MAIA, Maurílio. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, Out. 2014, p. 56-58.
 - 18 Buscando pensar a Defensoria Pública a partir de seu histórico e origem institucional, situa-se: (1) Casas Maia, Maurílio. Para entender (um pouco mais) a autonomia da Defensoria Pública. *Empório do Direito*, de 31 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/para-entender-um-pouco-mais-a-autonomia-da-defensoria-publica>>. Acesso em: 2 Jul. 2020; (2) Casas Maia, Maurílio. Autonomia: promessa do constituinte à Defensoria Pública e um débito histórico quitado. *Empório do Direito*, de 30 de abril de 2016. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/autonomia-promessa-do-constituente-a-defensoria-e-um-debito-historico-quitado>>. Acesso em: 2 Jul. 2020; (3) Casas Maia, Maurílio. A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: Rocha, Bheron; Casas Maia, Maurílio; Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro. (Org.). *Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, v. 1, p. 57-78.
 - 19 CASAS MAIA, Maurílio. Litisconsórcio e Intervenção de Terceiro no novo CPC de 2015: Uma visão Geral. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). *O novo Código de Processo Civil e a perspectiva da Defensoria Pública*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 185-206;
 - 20 CASAS MAIA, Maurílio. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, Dez-2017; Casas Maia, Maurílio. Novas intervenções da Defensoria Pública: Custos Vulnerabilis e o excepcional Amicus Communitatis no Direito Processual Penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). *O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública*. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 125-156.
 - 21 Expressão “Amicus Communitas”, de onde varia Amicus Communitatis, foi cunhada pelo prof. Daniel Gerhard – vide: Gerhard, Daniel. Casas Maia, Maurílio. O Defensor-hermes, o amicus communitas: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. *Informativo Jurídico In Consulex*, Brasília, v. 22, p. 11-12, 1º jun. 2015.
 - 22 GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 83-89.
 - 23 ESTEVES, Diogo; Silva, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 428-430.
 - 24 FENSTERSEIFER, Tiago. *Defensoria Pública na Constituição Federal*. São Paulo: Forense, 2017, p. 47.
 - 25 GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 5-51.
 - 26 LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva. 2019.
 - 27 OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
 - 28 NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019. Nery Junior, Nelson; Abboud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2019.
 - 29 BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 226.

- 30 BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 225.
- 31 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 227.
- 32 ZANETI JR., Hermes. Garcia, Leonardo. *Direitos Difusos e Coletivos*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 180-182.
- 33 ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5. ed. Florianópolis: Emais Editora. 2019.
- 34 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 411-414.
- 35 RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 619.
- 36 VALENTE, Fernanda. Oitiva das partes: Desembargador suspende reintegração de posse em Campina Grande (PB). *Revista Consultor Jurídico*, de 24 de dezembro de 2020. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-24/desembargador-suspende-reintegracao-posse-parai-ba>>. Disponível em: 28 Dez. 2020.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA FILHO, Carlos Alberto. Casas Maia, Maurílio. Há interesse público na tutela jurisdicional político-democrática das coletividades vulneráveis? Sobre o Pedido Defensorial Suspensivo (PDS) às Presidências dos Tribunais. *Empório do Direito*, de 27 de junho de 2015. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/ha-interesse-publico-na-tutela-jurisdicional-politico-democratica-das-coletividades-vulneraveis-sobre-o-pedido-defensorial-suspensivo-pds-as-presidencias-dos-tribunais>>. Acesso em: 2 Jul. 2020.
- _____. O Estado-defensor e sua legitimidade para os pedidos de Suspensão de Liminar, Segurança e Tutela Antecipada. *Revista de Processo*, v. 239, p. 247-261, Jan. 2015.
- _____. Pedidos Defensoriais de Suspensão (PDS) e o interesse público na defesa dos vulneráveis. In: Casas Maia, Maurílio. (Org.). *Defensoria Pública, Democracia e Processo*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 99-116.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020
- _____. *Manual de Direito Processual Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- ECONOMIDES, Kim. Lendo as ondas do “movimento de acesso à justiça”: epistemologia versus metodologia? In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et alli* (orgs.). *Cidadania, justiça e violência*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1999, p. 61-76.
- CAPPELLETTI, Mauro. Garth, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.
- CASAS MAIA, Maurílio. A Intervenção de Terceiro da Defensoria Pública nas Ações Possessórias Multitudinárias do NCPC: Colisão de interesses (Art. 4º-A, V, LC nº 80/1994) e Posições processuais dinâmicas. In: Didier Jr., Fredie; Macêdo, Lucas Buriel de; Peixoto, Ravi; Freire, Alexandre. (Org.). *Coleção Novo CPC – Doutrina Seleccionada – V.1 – Parte Geral*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2016, v. I, p. 1253-1292.
- _____. Autonomia: promessa do constituinte à Defensoria Pública e um débito histórico quitado. *Empório do Direito*, de 30 de abril de 2016. Disponível em: <<https://emporiiodireito.com.br/leitura/autonomia-promessa-do-constituente-a-defensoria-e-um-debito-historico-quitado>>. Acesso em: 2 Jul. 2020.
- _____. A legitimidade coletiva da Defensoria Pública para a tutela de segmentos sociais vulneráveis. In: Marques, Cláudia Lima. Gsell, Beate. (Org.). *Novas tendências de Direito do Consumidor: Rede Alemanha-Brasil de pesquisas em Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, 2015, p. 431-459.
- _____. A singularidade da Defensoria Pública para a Autonomia Institucional pós-88: Uma Promessa constituinte e um débito histórico (quase) quitado. In: Rocha, Bheron; Casas Maia, Maurílio; Barbosa, Rafael Vinheiro Monteiro. (Org.). *Autonomia e Defensoria Pública: Aspectos Constitucionais, Históricos e Processuais*. Salvador: Jus Podivm, 2017, v. 1, p. 57-78.
- _____. *Custos Vulnerabilis* constitucional: o Estado Defensor entre o REsp nº 1.192.577-RS e a PEC nº 4/14. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, ano XVIII, nº 417, jun. 2014, p. 55-57.

- _____. “Custos Vulnerabilis”: das páginas da Consulex para o Brasil. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, v. 477, p. 53-55.
- _____. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, dez-2017.
- _____. Litisconsórcio e Intervenção de Terceiro no novo CPC de 2015: Uma visão Geral. In: SILVA, Franklyn Roger Alves (Org.). O novo Código de Processo Civil e a perspectiva da Defensoria Pública. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 185-206.
- _____. Luigi Ferrajoli e o Estado Defensor enquanto magistratura postulante e Custos Vulnerabilis. *Revista Jurídica Consulex*, Brasília, Ano XVIII, Vol. 425, out. 2014, p. 56-58.
- _____. Legitimidades institucionais no Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) no Direito do Consumidor: Ministério Público e Defensoria Pública: similitudes e distinções, ordem e progresso. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 986, p. 27-61, dez-2017;
- _____. Novas intervenções da Defensoria Pública: Custos Vulnerabilis e o excepcional Amicus Communitatis no Direito Processual Penal. In: SILVA, Franklyn Roger Alves. (Org.). O Processo Penal Contemporâneo e a perspectiva da Defensoria Pública. Belo Horizonte: CEI, 2020, p. 125-156.
- _____. Para entender (um pouco mais) a autonomia da Defensoria Pública. *Empório do Direito*, de 31 de outubro de 2015. Disponível em: <<https://emporiოდodireito.com.br/leitura/para-entender-um-pouco-mais-a-autonomia-da-defensoria-publica>>. Acesso em: 2 Jul. 2020.
- ESTEVES, Diogo; Silva, Franklyn Roger Alves. Princípios institucionais da Defensoria Pública. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- FENSTERSEIFER, Tiago. Defensoria Pública na Constituição Federal. São Paulo: Forense, 2017.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 4. ed. 2014
- GERHARD, Daniel. Casas Maia, Maurilio. O Defensor-hermes, o amicus communitas: a representação democrática dos necessitados de inclusão discursiva. *Informativo Jurídico In Consulex*, Brasília, v. 22, p. 11-12, 1º jun. 2015.
- GONÇALVES FILHO, Edilson Santana. *Defensoria pública e a tutela coletiva de direitos*. Salvador: Juspodivm, 2016.
- _____. Rocha, Jorge Bheron. Casas Maia, Maurilio. Custos Vulnerabilis: A Defensoria Pública e o equilíbrio nas relações político-jurídicas dos vulneráveis. Belo Horizonte: CEI, 2020.
- GONZÁLEZ, Pedro. A definição constitucional da Defensoria Pública como expressão e instrumento do regime democrático: para além de sua função simbólica. In: ALVES, Cleber Francisco GONZÁLEZ, Pedro. *Defensoria Pública no Século XXI: Novos horizontes e desafios*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Método, 2020.
- NERY JUNIOR, Nelson; Abboud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. Nery Junior, Nelson; Abboud, Georges. *Direito Constitucional Brasileiro: Curso Completo*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Processo Coletivo*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- OMMATI, José Emílio Medauar. *Uma teoria dos Direitos Fundamentais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 5. ed. Florianópolis: Emais Editora, 2019.
- VALENTE, Fernanda. Oitiva das partes: Desembargador suspende reintegração de posse em Campina Grande (PB). *Revista Consultor Jurídico*, de 24 de dezembro de 2020. Acesso em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-24/desembargador-suspende-reintegracao-posse-paraiba>>. Disponível em: 28 Dez. 2020.
- ZANETI JR., Hermes. Garcia, Leonardo. *Direitos Difusos e Coletivos*. 11. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAURILIO CASAS MAIA é Doutor em Direito Constitucional (UNIFOR) e Mestre em Ciências Jurídicas (UFPB). Pós-graduado em “Direito Público: Constitucional e Administrativo” e em “Direitos Cíveis e Processuais Cíveis” (CIESA). Professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Amazonas (UFAM) e Defensor Público (DPE-AM).

A pandemia e os motivos sociais e econômicos que justificam as alterações do contrato de trabalho “por acordo individual escrito” (MP 936 e Lei nº 14.020)

■ POR JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE E BÁRBARA MAKHOUL RAMOS

“A distinção legal tem um cunho econômico e social e a intenção foi manter os empregos das massas de trabalhadores, em regra, mais fragilizadas, as quais terão uma perda menor da renda com o pagamento do benefício emergencial.”



PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

Em poucos meses, o mundo foi impactado pelo novo coronavírus (Covid-19), colocando em xeque os sistemas de saúde e sanitários de diversos países.

Por conta da disseminação mundial de uma nova doença e seus efeitos, a Organização Mundial da Saúde (OMS), recentemente, definiu o surto da doença como “pandemia”.

As relações sociais, econômicas, políticas e jurídicas entraram em crise profunda e foram desafiadas a encontrar novas soluções.

Entre as diversas repercussões, uma que nos chama a atenção, diz respeito aos impactos econômicos e seus efeitos no mundo do trabalho.

OS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS DA PANDEMIA NO MUNDO

Segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), a pandemia acentua a crise de saúde, econômica e humanitária. O Brasil, como outros países, para a ONU, deve priorizar políticas públicas para proteger as comunidades de risco.

De acordo com Mona Juul, presidente do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), “A pandemia de COVID-19, embora principalmente uma crise de saúde, também rapidamente se tornou a pior crise econômica e humana em décadas”.¹

Em março de 2020, a OMS declarou a doença provocada pelo novo coronavírus como uma pandemia, com a disseminação do vírus em escala global,² afetando a vida de milhões de pessoas em todos os continentes.

Por conta do “choque rápido e maciço” nas economias, o Banco Mundial (BIRD) apresentou uma projeção inicial de retração de 2,5% da economia global em 2020 e, para o Brasil, uma queda de até 8% no PIB. Além disso, o BIRD estima uma queda da renda *per capita* de 3,6%, o que levará milhões de pessoas à situação de pobreza extrema.³

Segundo relatório divulgado pelo Fórum Econômico Mundial (FEM), gerentes de risco projetam uma prolongada recessão global como resultado da pandemia do Covid-19. De acordo com Saadia Zahidi, diretora-gerente do FEM, “a crise devastou vidas e os meios de subsistência. Provocou uma crise econômica com implicações de longo alcance e revelou as inadequações do passado”.⁴ Além disso, “o temor com o aumento do desemprego e mudanças profundas na cadeia produtiva tende a subir na lista de riscos apontados pelo levantamento realizado sistematicamente pelo FEM”.

Em abril último, o Fundo Monetário Internacional (FMI) afirmou que “esta é uma crise verdadeiramente global” e nenhum país será poupado. Em relação ao PIB global, prevê um crescimento de 5,8% em 2021.⁵ Após dois meses, devido as repercussões causadas pela pandemia do Covid-19 sobre a economia, o FMI estimou uma queda de 4,9% para a economia global de 2020.⁶

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o impacto da pandemia pode aumentar o desemprego global, entre 5,3 milhões de pessoas (cenário “baixo”) e 24,7 milhões de pessoas (cenário “alto”).⁷

As medidas de confinamento e de contenção adotadas para combater a Covid-19, segundo a OIT, afetam diretamente 1,6 bilhões de trabalhadoras e de trabalhadores da economia informal, podendo aumentar os níveis de pobreza em até 56 pontos percentuais nos países de baixa renda. A porcentagem de trabalhadores informais afetados é estimada em 89% na América Latina e nos Estados, em 83% na África, em 73% na Ásia e no Pacífico e em 64% na Europa e Ásia Central.⁸

Além disso, o número de horas de trabalho perdidas em todo o mundo foi significativamente maior do que o estimado inicialmente. De acordo com a OIT, houve globalmente uma queda de 14% nas horas de trabalho⁹ no segundo trimestre de 2020, o equivalente à perda de 400 milhões de empregos em período integral. Regionalmente, as perdas de horas de trabalho no segundo trimestre foram de 18,3% nas Américas, de 13,9% na Europa e Ásia Central, de 13,5% na Ásia e Pacífico, de 13,2% nos Estados árabes e de 12,1% na África.¹⁰

Para tentar combater essa situação excepcional, a OIT recomenda a adoção de “medidas urgentes, direcionadas e flexíveis” para a proteção de pequenas e médias empresas e empregados, sendo que as medidas para reativação econômica devem focar “uma abordagem rica em empregos, apoiada por políticas e instituições de emprego mais fortes, sistemas de proteção social com melhores recursos e abrangentes”.¹¹

OS EFEITOS DA PANDEMIA NO BRASIL

De forma semelhante a diversos outros países, o maior desafio enfrentado pelo Brasil nos últimos meses é a pandemia do novo coronavírus. Além de trazer consequências na área da saúde, também impactou nas relações sociais e econômicas.

Diversas medidas foram tomadas para tentar conter a transmissão da doença, como o isolamento social, empresas, escolas e faculdades tiveram suas atividades suspensas, eventos e viagens foram cancelados. Em todos os estados brasileiros, houve uma ampliação do sistema de saúde e do número de leitos de UTI, de unidades básicas de saúde e instalação de hospitais de campanha, em uma tentativa de fazer frente ao caos existente.

No que tange às relações de trabalho, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a pandemia do Covid-19 destruiu 7,8 milhões de postos de trabalho até o mês de maio.¹² Ao longo do mês de maio, a pandemia fez com que cerca de 1 milhão de brasileiros perdessem o emprego.¹³

Além disso, a taxa de desemprego no País foi de 12,9% no trimestre entre março e maio deste ano, atingindo 12,7 milhões de pessoas. Na comparação com o trimestre anterior (dezembro de 2019 a fevereiro de 2020), houve alta de 1,3 ponto percentual (11,6%). Também houve avanço em relação ao mesmo trimestre do ano passado (12,3%).

De acordo ainda com os dados estatísticos do IBGE, são 368 mil pessoas a mais sem emprego no trimestre encerrado em maio, em relação ao período anterior. Quando comparado ao mesmo trimestre de 2019, os dados apontam que 7,8 milhões de pessoas ficaram desocupadas, uma queda de 8,3%.

Segundo as informações do Cadastro Geral de Empregados e Desempregados (CAGED), em abril último, o mercado de trabalho registrou o fechamento de 860.503 vagas com carteira assinada.

A queda do emprego formal se deu em todas as regiões do país. Segundo o CAGED, do total de 860.503 postos fechados no país, 450.707 foram no Sudeste; 202.805 no Sul; 126.834 no Nordeste; 27.069 no Norte e 53.057 no Centro-Oeste. São Paulo lidera as demissões, com 260.902 postos.

Entre os meses de janeiro e abril, a agricultura foi o único setor com saldo positivo de contratações. Os demais setores da economia ficaram no saldo negativo: construção civil (-21.837), comércio (-342.748), serviços (-280.716) e indústria (-127.886).¹⁴

OS EFEITOS DA PANDEMIA NO MUNDO JURÍDICO

A pandemia e seus efeitos econômicos e sociais também vem impactando as relações jurídicas de diversas formas.

O Brasil aprimorou a legislação para esse momento excepcional, ao disciplinar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, com a Lei nº 13.979, de 06.02.2020.

A Lei nº 14.010, de 10.06.2020, institui o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Covid-19.

De forma específica para as relações de emprego, foram editadas algumas Medidas Provisórias. Entre elas, se destacam a Medida Provisória 927,¹⁵ de 22.03.2020, e a Medida Provisória 936, de 1º.04.2020.

A MP 927 previa as medidas trabalhistas que poderiam ser adotadas pelos empregadores para preservação do emprego e da renda, para enfrentamento do estado de calamidade pública.

Já a MP 936 instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (PEMER), dispondo também sobre várias medidas trabalhistas complementares. Em suma, as medidas deste Programa dizem respeito ao pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, à redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, bem como a suspensão temporária do contrato de trabalho. A MP 936 foi convertida na Lei nº 14.020, de 06.07.2020.

Nos termos da MP 936 e da Lei nº 14.020, com aplicação durante o estado de calamidade pública, o PEMER tem com os seguintes objetivos: a) preservar o emprego e a renda; b) garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; c) reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e da emergência de saúde pública.

O PEMER prevê: a) o pagamento do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; b) a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; c) a suspensão temporária do contrato de trabalho.

No que tange à redução proporcional de jornada de trabalho e salário, o legislador estabeleceu três percentuais de redução (25%, 50% e 70%).

Por conta de suas peculiaridades, o PEMER não pode ser adotado pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, órgãos da administração pública

direta e indireta, empresas públicas e sociedades de economia mista, inclusive às suas subsidiárias, e organismos internacionais.

Durante o estado de calamidade pública, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por inicialmente até 90 dias. Com o Decreto nº 10.422, de 13.07.2020, houve a prorrogação dos prazos e pagamento dos benefícios emergenciais para os acordos de redução proporcional de jornada e salário por mais 30 dias e para suspensão temporário do contrato de trabalho por mais 60 dias.

Do ponto de vista sistêmico, desde a promulgação da Constituição Federal, a redução de jornada e de salário podem ser feitas por negociação coletiva, com a participação da entidade sindical (art. 7º, VI, XIII, XIV e XXVI, art. 8º, VI, CF; art. 11, Lei nº 14.020).

A negociação coletiva se insere entre os direitos e princípios fundamentais no trabalho (Declaração de Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho da OIT, 1998, Convenções 87 e 98, OIT). O direito à negociação coletiva de trabalho também compõe o rol de direitos fundamentais elencados na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) (art. 45, c) e encontra amparo na Declaração Sociolaboral do MERCOSUL (art. 17).

Com a Reforma Trabalhista (2017), a negociação coletiva foi fortalecida (art. 611-A e art. 611-B, CLT).

Por outra banda, existem limites rígidos para a alteração do contrato de trabalho por acordo individual (princípio protetor e princípio da inalterabilidade “lesiva” dos contratos, art. 9º e art. 468).

Apesar disso, para o momento específico da crise, a “inovação legislativa” foi autorizar a alteração sensível do contrato de trabalho por “acordo individual escrito” (art. 12).

Ao analisar essa questão ainda no âmbito da MP 936, em meados de abril, o Plenário do STF considerou constitucional a possibilidade de redução da jornada de trabalho e do salário ou ainda a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordos individuais em razão da pandemia do novo coronavírus, independentemente da anuência dos sindicatos da categoria (ADI 6.363, redator Min. Alexandre de Moraes).

Durante o julgamento da ADI 6.363, o Ministro Alexandre de Moraes destacou que estamos atravessando um momento excepcional e a autorização legislativa por acordo individual é razoável, de modo a preservar os empregos e garantir uma renda mínima aos trabalhadores.

Até o mês de maio, a possibilidade de suspender ou alterar os contratos de trabalho afetou 10 milhões de contratos de trabalho, o que representa 30% dos empregados com carteira de trabalho assinada.¹⁶

RAZÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS PARA LIMITAR OS ACORDOS INDIVIDUAIS EM FAIXAS SALARIAIS E FATURAMENTO DAS EMPRESAS

Com a MP 936, ao disciplinar as regras de alteração de jornada de trabalho e salário, o legislador criou dois grupos de trabalhadores, com três situações jurídicas distintas.

Com a conversão da MP 936 na Lei nº 14.020, houve uma alteração sistêmica dos parâmetros inicialmente estabelecidos (art. 12), ou seja, passou a prever a alteração do contrato de trabalho por “acordo individual escrito” ou por “negociação coletiva” aos empregados: a) com salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00, na hipótese de o empregador ter auferido receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 em 2019; b) com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00, na hipótese de o empregador ter auferido receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 em 2019; c) portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Em outras palavras, alguns trabalhadores que podem promover a alteração do seu contrato de trabalho por “acordo individual de trabalho escrito” (fonte individual) e por “negociação coletiva de trabalho” (fonte coletiva) e um outro grupo que as alterações somente podem ocorrer por “instrumentos normativos”.

Para os demais empregados (“empregados intermediários”), as alterações do contrato dependem de negociação coletiva de trabalho, admitida a pactuação por “acordo individual escrito” para a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de 25% (art. 12, § 1º, Lei nº 14.020).

No primeiro grupo, está o “alto empregado” (“hipersuficiente”), ou seja, aquele que é detentor de diploma de nível superior e que tenham um salário mensal igual ou superior a R\$ 12.202,12.

Os “altos empregados” passaram a ser previstos na CLT (art. 444, parágrafo único), com as alterações advindas com a Reforma Trabalhista¹⁷.

Para “altos empregados”, segundo a CLT, o contrato de trabalho é de livre estipulação, com a possibilidade de várias cláusulas individuais (art. 611-A, CLT) possuírem a mesma força dos instrumentos coletivos de trabalho. Essa regra se mostra inconstitucional, por destoar expressamente do Texto Constitucional (art. 7º, VI, XIII e XIV).

Além desses trabalhadores, segundo a Lei nº 14.020, também podem ser regulados por “instrumentos normativos” ou “acordos individuais de trabalho”, empregado “economicamente vulnerável”, ou seja, os empregados com até dois salários-mínimos, quando a receita bruta do empregador for superior a R\$ 4.800.000,00 (2019) e aqueles com até três salários-mínimos, quando o empregador tenha auferido receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 (2019).

E, por fim, os demais empregados (“empregados intermediários”) que não se enquadrem no outro grupo e serão representados pelo sindicato da categoria e somente podem ter seu contrato de trabalho alterados por “negociação coletiva de trabalho”, salvo a própria exceção legal.

Diante desses aspectos jurídicos e considerando a renda média mensal do brasileiro de R\$ 2.398,00 (IBGE, 1º trimestre de 2020), note-se que ao estabelecer tais parâmetros normativos, o legislador pretendeu proteger as “grandes massas de empregados” e ampliar o poder de negociação individual do “alto empregado”, considerando o faturamento anual do empregador no ano anterior à pandemia.

Portanto, a distinção legal tem um cunho econômico e social e a intenção foi manter os empregos das massas de trabalhadores, em regra, mais fragilizadas,

as quais terão uma perda menor da renda com o pagamento do benefício emergencial.

Em relação aos empregados tidos como “intermediários”, a perda também poderá existir e até ser maior do ponto de vista de econômico, como por exemplo em relação aos prazos de duração, mas deve resultar de uma negociação coletiva de trabalho, como até possíveis compensações econômicas e sociais à médio e à longo prazo. ❏

NOTAS

- 1 Organização das Nações Unidas. ONU: diante da crise, ações para atingir objetivos globais são mais urgentes do que nunca. In <https://nacoesunidas.org/onu-diante-da-crise-acoes-para-atingir-objetivos-globais-sao-mais-urgentes-do-que-nunca/>, acesso em 15.07.2020.
- 2 Organização das Nações Unidas. Organização Mundial da Saúde classifica novo coronavírus como pandemia. In <https://nacoesunidas.org/organizacao-mundial-da-saude-classifica-novo-coronavirus-como-pandemia/>, acesso em 13.07.2020.
- 3 TOMAZELLI, Idiana. Banco Mundial prevê queda de 8% do PIB em 2020 no Brasil, a maior em 120 anos. In <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,banco-mundial-preve-queda-de-8-do-pib-em-2020-no-brasil-a-maior-em-120-anos,70003328255>, acessado em 13.07.2020.
- 4 Fórum Econômico Mundial aponta ‘recessão global prolongada’ por coronavírus. <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/19/forum-economico-mundial-aponta-recessao-global-prolongada-por-coronavirus>, acesso em 16.07.2020.
- 5 Organização das Nações Unidas. FMI prevê para este ano maior recessão global desde 1929. In <https://nacoesunidas.org/fmi-preve-para-este-ano-maior-recessao-global-desde-1929/>, acesso em 13.07.2020.
- 6 Organização das Nações Unidas. COVID-19: recuperação será mais lenta após ‘crise como nenhuma outra’, prevê FMI. In <https://nacoesunidas.org/covid-19-recuperacao-sera-mais-lenta-apos-crise-como-nenhuma-outra-preve-fmi/>, acesso em 13.07.2020.
- 7 Organização Internacional do Trabalho. COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf, acesso em 05.07.2020.
- 8 Organização Internacional do Trabalho. COVID-19 crisis and the informal economy Immediate responses and policy challenges. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_743623.pdf, acesso em 05.07.2020.
- 9 Estimativa feita considerando uma jornada semanal de trabalho com 48 horas.
- 10 Organização Internacional do Trabalho. COVID-19 and the world of work. Third edition Updated estimates and analysis. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf, acesso em 05.07.2020.
- 11 Organização Internacional do Trabalho. COVID-19 and the world of work. Third edition Updated estimates and analysis. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf, acesso em 15.07.2020.
- 12 GARCIA, Diego. Pandemia aniquilou 7,8 milhões de postos de trabalho no Brasil. In <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/06/desemprego-chega-a-129-em-meio-a-pandemia-da-covid-19.shtml?origin=uol>, acesso em 12.07.2020.
- 13 SILVEIRA, Daniel. Pandemia fez 1 milhão de brasileiros perderem o emprego em maio, diz IBGE. In <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/16/pandemia-fez-177-milhoes-de-brasileiros-desistirem-de-procurar-emprego-na-ultima-semana-de-maio-diz-ibge.ghtml>, acesso em 10.07.2020.
- 14 OTTA, Lu Aiko; RIBEIRO, Mariana. Brasil fecha 860.053 empregos formais em abril. In <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/27/brasil-fecha-860503-vagas-em-abril-pior-resultado-para-o-mes-desde-2010.ghtml>, acesso em 10.07.2020.
- 15 A MP 927 perdeu a eficácia, vez que não foi convertida em lei no prazo previsto na Constituição Federal (art. 62, § 3º e § 7º, CF).

- 16 ALVARENGA, Darlan. 10 milhões de trabalhadores formais já tiveram redução de salário ou contrato suspenso. In: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/10/10-milhoes-de-trabalhadores-formais-ja-tiveram-reducao-de-salario-ou-contrato-suspenso.ghtml> , acesso em 10.06.2020.
- 17 A Reforma Trabalhista foi promovida pela Lei 13.467, a qual entrou em vigor em 11.11.2017.

FONTES DE PESQUISA

- ALVARENGA, Darlan. 10 milhões de trabalhadores formais já tiveram redução de salário ou contrato suspenso. In: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/10/10-milhoes-de-trabalhadores-formais-ja-tiveram-reducao-de-salario-ou-contrato-suspenso.ghtml> , acesso em 10.06.2020.
- GARCIA, Diego. Pandemia aniquilou 7,8 milhões de postos de trabalho no Brasil. In <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/06/desemprego-chega-a-129-em-meio-a-pandemia-da-covid-19.shtml?origin=uol> , acesso em 12.07.2020.
- Fórum Econômico Mundial aponta 'recessão global prolongada' por coronavírus. <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/05/19/forum-economico-mundial-aponta-recessao-global-prolongada-por-coronavirus> , acesso em 16.07.2020.
- Organização das Nações Unidas. COVID-19: recuperação será mais lenta após 'crise como nenhuma outra', prevê FMI. In <https://nacoesunidas.org/covid-19-recuperacao-sera-mais-lenta-apos-cri-se-come-nenhuma-outra-preve-fmi/> , acesso em 13.07.2020.
- _____. ONU: diante da crise, ações para atingir objetivos globais são mais urgentes do que nunca. In <https://nacoesunidas.org/onu-diante-da-cri-se-aco-es-para-atingir-objetivos-globais-sao-mais-urgentes-do-que-nunca/> , acesso em 15.07.2020.
- _____. Organização Mundial da Saúde classifica novo coronavírus como pandemia. In <https://nacoesunidas.org/organizacao-mundial-da-saude-classifica-novo-coronavirus-como-pandemia/> , acesso em 13.07.2020.
- _____. FMI prevê para este ano maior recessão global desde 1929. In <https://nacoesunidas.org/fmi-preve-para-este-ano-maior-recessao-global-desde-1929/> , acesso em 13.07.2020.
- Organização Internacional do Trabalho. COVID-19 and the world of work: Impact and policy responses. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_738753.pdf , acesso em 05.07.2020.
- _____. COVID-19 crisis and the informal economy Immediate responses and policy challenges. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/briefingnote/wcms_743623.pdf , acesso em 05.07.2020.
- _____. COVID-19 and the world of work. Third edition Updated estimates and analysis. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf , acesso em 05.07.2020.
- _____. COVID-19 and the world of work. Third edition Updated estimates and analysis. In https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/briefingnote/wcms_743146.pdf , acesso em 15.07.2020.
- OTTA, Lu Aiko; RIBEIRO, Mariana. Brasil fecha 860.053 empregos formais em abril. In <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/05/27/brasil-fecha-860503-vagas-em-abril-pior-resultado-para-o-mes-desde-2010.ghtml> , acesso em 10.07.2020.
- SILVEIRA, Daniel. Pandemia fez 1 milhão de brasileiros perderem o emprego em maio, diz IBGE. In <https://g1.globo.com/economia/noticia/2020/06/16/pandemia-fez-177-milhoes-de-brasileiros-de-sistirem-de-procurar-emprego-na-ultima-semana-de-maio-diz-ibge.ghtml> , acesso em 10.07.2020.
- TOMAZELLI, Idiana. Banco Mundial prevê queda de 8% do PIB em 2020 no Brasil, a maior em 120 anos. In <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,banco-mundial-preve-queda-de-8-do-pib-em-2020-no-brasil-a-maior-em-120-anos,70003328255> , acessado em 13.07.2020.

JOUBERTO DE QUADROS PESSOA CAVALCANTE é Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor Convidado na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (ULisboa), no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e outros diversos cursos. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Integração da América Latina pela USP/PROLAM. Membro da Academia Paulista de Letras Jurídicas.

BÁRBARA MAKHOUL RAMOS é graduanda em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.

COVID-19 e o direito trabalhista emergencial¹

■ POR ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON

“Questiona-se até que ponto a intenção do governo fora de proteção social ao trabalhador ou, em verdade, uma tentativa de atender os reclames do empresariado, os quais, sem dúvida, estão em momento de dificuldade face a pandemia.”



DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Organização Mundial de Saúde – OMS decretou status de pandemia mundial no dia 11 de março de 2020, em face da síndrome respiratória aguda grave 2 (Sars-Cov-2), nova espécie de coronavírus, o qual teve o seu primeiro diagnóstico na cidade de Wuhan, província de Hubei, na República Popular da China, em dezembro de 2019.

Em questão de pouco mais de dois meses um ser vivo microscópico conseguiu um fato único: parou o globo. O impensado, o surreal tornou-se factível. Tem-se a impressão de se está em um mundo bizarro.

O sistema de saúde é tomado de assalto pela incapacidade de receber uma massa de doentes que necessitavam de tratamento e em especial das unidades de terapia intensiva (UTIs), acarretando o colapso do mesmo. Esbarra-se em dilemas morais em que o profissional de saúde tem que escolher quem vive e quem morre, como sucedeu-se na Itália e Espanha.

Tem-se milhões de infectados e milhares de mortos.

Tabela 01 – Dados do coronavírus, pela OMS, em 21 de agosto de 2020²

Casos confirmados	Mortes confirmadas	Países, áreas e território com casos
72.851.747 pessoas	1.643.339 pessoas	222

Fonte: tabela elaborada pelos autores

No intuito de tentar preservar o sistema de saúde para que o mesmo continue funcionando adota-se, de forma geral, a medida forte, mas necessária, do isolamento social³ e a quarentena.⁴ O sistema econômico, muitos deles desenhado em face de um perfil neoliberal, é solavancado, abruptamente, pela necessidade da letargia.

Os Estados nacionais, alguns pertencentes a blocos comunitários, tiveram que fechar suas fronteiras; 90% das operações da aviação, alguns países, estão suspensas; estabelecimentos comerciais fechados, salvos os tidos essências, como farmácias e supermercados; aulas canceladas e com sério risco de perda do ano letivo; tem-se a suspensão dos campeonatos e copas de futebol, dos jogos da NBA, o adiamento de uma Olimpíada.

A economia desacelerou brutalmente (pior crise pós 1929)⁵ e com ela vem as consequências nefastas do desemprego. Queda vertiginosa das operações das bolsas de valores, bem como dos valores das ações transacionadas, além do câmbio disparando, vindo, assim, a necessidade de intervenção dos bancos centrais. Empresas e, principalmente, as microempresas e pequenas empresas liquidando suas operações, entrando em recuperação judicial ou mesmo com pedido de falência.

Em meio a todo um cenário caótico apresentado ainda se tem que lidar com teoria da conspiração com “roteiro de péssima qualidade” (o vírus foi criado em

um laboratório na China e ...),⁶ vertentes negacionistas de que é apenas uma “gripezinha” e “histeria”⁷ ou que saunas e vodka seriam instrumentos hábeis a combater a COVID-19.⁸

Retornando a questão da saúde, no que tange ao Brasil, desenha-se o seguinte cenário, conforme dados do Ministério da Saúde, em 17 de dezembro de 2020:

Tabela 02 – Dados do coronavírus, no Brasil, em 17 de dezembro de 2020⁹

Unidade da Federação	Confirmados	Óbitos	%
São Paulo	1341428	44282	3,301108967
Rio de Janeiro	395386	24109	6,09758565
Minas Gerais	477697	10855	2,272360932
Ceará	320385	9857	3,076610952
Pernambuco	201851	9339	4,626680076
Bahia	456106	8691	1,905478113
Rio Grande do Sul	388704	7862	2,022618754
Paraná	359892	7117	1,977537706
Pará	282719	7018	2,482323438
Goiás	296836	6586	2,218733577
Amazonas	188918	5036	2,665706815
Espirito Santo	220540	4661	2,113448807
Santa Catarina	442624	4517	1,020504988
Maranhão	198147	4401	2,22107829
Mato Grosso	168826	4234	2,50790755
Distrito Federal	241400	4107	1,701325601
Paraíba	156122	3487	2,233509691
Rio Grande do Norte	106095	2828	2,665535605
Piauí	135769	2743	2,020343377
Alagoas	100011	2389	2,388737239
Sergipe	101148	2381	2,353976351
Mato Grosso do Sul	116612	1978	1,696223373
Rondônia	87397	1668	1,908532329
Tocantins	86180	1208	1,401717336
Amapá	64303	861	1,338973298
Roraima	66574	764	1,147595157
Acre	38938	756	1,941548102
Brasil	7040608	183735	2,609646781

Fonte: tabela elaborada pelos autores

Apesar do referido quadro apresentar preocupante, o mesmo não retrata a real dimensão da problemática, posto a incapacidade, ainda, da realização dos testes, o que acarreta a subnotificação, de sorte que o quantitativo de pessoas infectadas e de mortes, provavelmente, deve ser muito maior.

Em face desse contexto fático imerso em conjunto valorativo vem por meio de um processo dialético refletir, no direito, uma construção normativa com finalidade de superar a presente pandemia.

É fato que todos os ramos do direito e suas instituições foram postos a teste com a essa situação única da pandemia, a qual era ventilada, apenas, abstratamente, em sede acadêmica e de forma superficial.

É palmar os efeitos drásticos que a pandemia ocasionou a economia global, principalmente, em setores de serviços, e em um processo lógico consequencialista tem-se a formação de uma massa de desempregados, fechamentos de empresas e o empobrecimento da população.

De tal sorte, o direito do trabalho tem sido um dos ramos do direito mais exigidos em se transformar de forma que acabou-se construindo um microsistema juslaboral emergencial, no Brasil.

Em face do exposto, a pesquisa em tela, tem por desiderato traçar um desenho dos principais pontos do microsistema jurídico emergencial trabalhista, em decorrência da pandemia do COVID-19, ponderando dogmaticamente as inovações legislativas postas desde a declaração do estado de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, bem como realizar uma análise quanto a sua adequação aos regramentos e principiologias constitucionais.

Quanto a estruturação do presente ensaio dar-se-á da seguinte maneira: explicitação do conjunto de medidas provisórias publicadas; apreciação individualidade do teor normativo de cada medida provisória; e análise dogmática da Lei nº 14.020/20 que institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda.

DA HIPERPRODUÇÃO DE LEGISLAÇÃO TRABALHISTA NO PERÍODO DA PANDEMIA

De todos os ramos do direito a seara trabalhista, sem dúvida, foi a mais impactada, posto a necessidade de isolamento social e os decretos estaduais autorizando o funcionamento, apenas, de serviços essenciais diversas empresas viram seu faturamento reduzido ou mesmo zerados, todavia, tendo de suportar o ônus da folha de pagamento.

A produção normativa foi extraordinária, tendo sido publicado seis medidas provisórias em menos de dois meses da publicação da Lei nº 13.919/20 que versa sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.

As medidas provisórias foram as seguintes:

a) Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020 – Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência

de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), e dá outras providências;

b) Medida provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Dentre outras prescrições vem por revogar o art. 18 da Medida Provisória nº 927;

c) Medida provisória nº 936, de 1º de abril de 2020 – Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências;

d) Medida provisória nº 944, de 3 de abril de 2020 – Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos;

e) Medida provisória nº 945, de 4 de abril de 2020 – Dispõe sobre medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente do Covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar;

f) Medida provisória nº 946, de 7 de abril de 2020 – Extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, transfere o seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências;

Na data de elaboração do presente artigo todas as referidas medidas provisórias perderam vigência. As medidas provisórias nº 927, 928 e 946 perderam vigência posto o transcurso do prazo, ou seja, não foram rejeitadas e nem foram convertidas em lei.

A medida provisória nº 936, de 1 de abril de 2020 fora convertida na Lei nº 14.020/20, de 6 de julho de 2020.

As medidas provisórias nº 944, de 3 de abril de 2020 e 945, de 4 de abril de 2020 foram aprovadas pelo Congresso Nacional e encontram-se na fase de sanção ou veto pelo Presidente da República.¹⁰

Como alhures explicitado, explicitar-se-á o teor das referidas medidas provisórias, concentrando-se, ao final, na análise do teor da Lei nº 14.020/20.

Da Medida Provisória nº 927

A medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020 cria um conjunto normativo de normas trabalhista para serem aplicadas durante o estado de calamidade pública decorrente do COVID-19 e reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

Com o fito de enfrentar os efeitos econômicos da pandemia e sua repercussão no que tange aos empregos e renda, elencou-se as seguintes medidas possíveis a serem adotadas pelos empregadores, conforme o art. 3º da MP nº 927:

I – o teletrabalho;

II – a antecipação de férias individuais;

III – a concessão de férias coletivas;

IV – o aproveitamento e a antecipação de feriados;

V – o banco de horas;

VI – a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;

VII – o direcionamento do trabalhador para qualificação; e

VIII – o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

De todas essas medidas, sem dúvida, a que mais impactou e que acarretou uma indignação nacional foi o direcionamento do trabalhador a qualificação, onde o contrato de trabalho ficaria suspenso pelo prazo de até 4 meses, para que o empregado pudesse participar de curso de qualificação profissional não presencial ofertado pelo empregador o que acarretaria a suspensão do pagamento do salário durante esse período.¹¹

Entende-se a situação periclitante das empresas em momento da paralização econômica, mas transferir o risco da atividade econômica para o empregado de sorte a suspender a percepção dos seus salários em um período de calamidade pública, é de uma imoralidade que arrepia as normas constitucionais mais caras.

É importante destacar que chegaram a ter em tramitação, cinco ações diretas de constitucionalidade (nº 6348, 6349, 6352, 6354 e 6377) em relação ao teor da medida provisória nº 927. Em essência questionam a questão do acordo individual, antecipação das férias, compensação de jornada e escalas de horas.

A presente medida provisória não foi convertida em lei, tendo perdido sua eficácia no dia 19 de julho de 2020, estando o prazo de edição de decreto legislativo aberto até o dia 17 de setembro de 2020, conforme o regramento constitucional do art. 62, § 11, da Constituição Federal.¹²

Em face da não conversão da medida provisória em lei, as ações diretas de constitucionalidade nº 6348,¹³ 6354¹⁴ e 6377¹⁵, perderam o objeto e tendo sido determinado seu arquivamento. Provavelmente esse será o mesmo destino das ADIs nº 6349¹⁶ e 6352.¹⁷

Da Medida Provisória nº 928

Em decorrência da repercussão negativa do teor normativo da medida provisória nº 927, a mesma fora revogada, no dia seguinte, pela medida provisória nº 928, de 23 de março de 2020,¹⁸ no que tange à medida que possibilita o direcionamento do trabalhador para qualificação fora excluído das possibilidades de enfrentamento ao COVID-19 pelo empregador.

Destaca-se, também que no parágrafo único do art. 1º da referida medida provisória tem-se o reconhecimento da pandemia como força maior nos termos do art. 501 da CLT, ou seja, ocorrendo a extinção da empresa ou de um dos seus estabelecimentos a redução em 50% do valor da rescisão sem justa causa¹⁹. Além disso seria lícito a redução dos salários em até 25%, respeitando o valor do salário mínimo.²⁰

Da Medida Provisória nº 936

Já no bojo da medida provisória nº 936, de 1º de abril de 2020, o viés do programa de manutenção do emprego e renda consiste, conforme o seu art. 3º, na redução proporcional de jornada de trabalho e de salários; suspensão

temporária do contrato de trabalho e pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

O grande percalço jurídico presente nessa medida provisória, acarretou questionamentos no STF, via ação direta de constitucionalidade nº 6.363,²¹ proposta pelo Partido Sustentabilidade, foi a possibilidade da realização de acordo individual escrito entre empregado e empregador, o qual poderia acarretar a redução da jornada de trabalho e conseqüentemente ao valor a ser percebido no salário, bem como a suspensão temporária do contrato de trabalho, o que se daria com ausência de negociação coletiva, ou seja, exclui a obrigatoriedade de participação dos sindicatos²² e há regramento constitucional que tais reduções só poderiam se dar via convenção ou acordo coletivo.²³

Em decisão do dia 17 de abril de 2020, o STF, por maioria dos votos, entendeu pela viabilidade constitucional dos termos prescritos na MP nº 936. O pleno não referendou a medida cautelar deferida parcialmente pelo ministro Ricardo Lewandowski, prevalecendo a divergência aberta pelo ministro Alexandre de Moraes, sendo acompanhado dos ministros Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Não houve ainda a publicação do acordão, mas a essência da fundamentação que prevaleceu no STF foi que o acordo individual atenderia o princípio da razoabilidade, por garantir uma renda mínima e preservação do emprego após o fim da crise durante esse período de excepcionalidade, havendo a garantia do retorno dos valores do salário após 90 dias além da estabilidade por mais 90 dias. Não haveria mácula aos dispositivos constitucionais, pois não existiria um conflito entre os empregados e empregadores, mas sim uma convergência quanto a manutenção da empresa e dos empregos.

Por óbvio que a referida decisão não passa incólume a críticas, visto que a temática é extremamente cara. Assim lapidou o professor Gustavo Felipe Garcia em artigo publicado dois dias depois do julgamento do STF:

O meio constitucionalmente legítimo para a redução de salário, ainda que acompanhada de redução de jornada de trabalho (art. 7º, inciso XIII, da Constituição da República), em qualquer circunstância, é a negociação coletiva[3], na qual, em regra, é obrigatória a participação dos sindicatos (artigo 8º, inciso VI, da Constituição Federal de 1988).

Desse modo, ainda que o fim almejado seja a manutenção de empregos em situações de pandemia e de força maior, evitando-se dispensas individuais e coletivas de trabalhadores, a redução salarial deve respeitar o devido procedimento constitucionalmente estabelecido, que é a negociação coletiva de trabalho, e não o acordo individual.

Em verdade, não há legitimidade democrática (art. 1º, parágrafo único, da Constituição da República) de se modificar, por meio da jurisdição, o comando direto e expresso da norma constitucional, impondo interpretação que diverge de sua clara determinação.

(...)

A pandemia passará, mas a recente violação ao preceito constitucional em destaque certamente ficará marcada nas páginas de nossa história, como exemplo de jurisdição constitucional que se opõe à norma fundamental. (...) ²⁴

No mesmo sentido são as palavras do professor Rogério Tadeu Romano:

Ora, mesmo assim persistem inconstitucionalidades objeto de discussões em inúmeras lides trabalhistas inconstitucionalidades objeto de discussões em inúmeras lides trabalhistas.

A Constituição proíbe, em seu art. 7º, VI, a redução salarial, a menos que ela esteja prevista em acordo ou convenção coletiva.

A via do acordo individual não é permitida, nem em situação de calamidade pública. Precisa ser feito por acordo coletivo.

A figura do acordo individual é inconstitucional, embora haja *decisões* recentes do Supremo que possam relativizar isso.²⁵

Da Medida Provisória nº 944

A presente medida provisória fora convertida em Lei nº 14.043, de 19 de agosto de 2020.

A essência dessa normativa foi a instituição de um programa Emergencial de Suporte a Empregos destinados a auxiliar os empresários, sociedades simples, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, exceto as sociedades de crédito, organizações civis e empregadores rurais²⁶, com linhas de crédito para custear a folha de pagamento, pelo período de 4 meses, limitadas ao valor equivalente de até 2 vezes o salário-mínimo por empregado.²⁷

Destaca-se que aos agentes econômicos citados, precisariam ter tido receita bruta anual, em 2019, superior a R\$ 360.000,00 reais e igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00 reais, para poder participar do programa.

É ideia é simples: o governo está financiando, temporariamente, a rubrica de maior despesa de uma atividade econômica, que é a mão de obra, com o fito de evitar a crescente onda de desemprego e o aprofundamento ainda maior da crise que o Brasil se encontra envolto.

Só o tempo poderá dizer se esse programa conseguirá minimizar a situação dramática a elevação dessa massa de desocupados.

Da Medida Provisória nº 945

A medida provisória nº 945, versa sobre medidas temporárias a serem aplicadas no setor portuário em face da pandemia decorrente do Covid-19.

As normativas dirigem-se ao órgão gestor de mão de obra, o qual não poderá escalar trabalhador avulso que apresentar determinados sintomas (tosse seca, dor de garganta, dificuldade respiratória), acompanhados ou não de febre compatíveis com a Covid-19; quando o trabalhador for diagnosticado com a Covid-19 ou submetido a medidas de isolamento domiciliar por coabitação com pessoa diagnosticada com a Covid-19; quando a trabalhadora estiver gestante ou lactante; quando o trabalhador tiver idade igual ou superior a sessenta anos; ou quando o trabalhador tiver sido diagnosticado com imunodeficiência, doença respiratória ou doença preexistente crônica ou grave, como doença cardiovascular, respiratória ou metabólica.²⁸

O órgão gestor de mão de obra deve enviar semanalmente a autoridade portuária a lista dos trabalhadores avulsos impedidos de ser escalados

acompanhando com documentação comprobatória do enquadramento de algumas das hipóteses impeditivas acima.

Enquanto o trabalhador avulso estiver afastado, o mesmo fará jus a uma indenização compensatória mensal no valor de 50% sobre a média mensal recebida pelo órgão gestor de mão de obra no lapso temporal de 1º de outubro de 2019 e 31 de março de 2020.²⁹

O referido benefício tem caráter indenizatório não constituindo base de cálculo para imposto de renda, contribuição previdenciária e dos demais tributos incidentes sobre a folha de salários e valor devido ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.³⁰

O trabalhador avulso não terá direito ao benefício indenizatório em tela caso estejam em gozo de qualquer benefício do Regime Geral de Previdência Social ou de regime próprio de previdência social, ou perceberem o benefício assistencial de que trata o art. 10-A da Lei nº 9.719/98.³¹

A medida provisória nº 945 fora convertida na Lei nº 14.047, de 24 de agosto de 2020, o qual fez apenas alguns pequenos ajustes em relação ao teor normativo prescrito na referida medida provisória, não repercutindo no conteúdo alhures explicitado.

Da Medida Provisória nº 946

No que tange a medida provisória nº 946, de 7 de abril de 2020, não acabou com o Programa de Integração Social – PIS e com o Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público – PASEP como chegou a ser veiculado em alguns canais. Lembrar que tais programas possuem previsão constitucional e são responsáveis para custear o programa do seguro-desemprego, o abono anual para aqueles que percebem até dois salários mínimos de remuneração mensal, bem como outras ações da previdência social.³²

O que a referida MP nº 946 veio a determinar, em verdade, foi a extinção de um fundo do PIS-PASEP criado pela Lei complementar nº 26/75, o qual fora destinado aos empregados com carteira assinada ou servidor público ou militar entre 1971 e 1988, sendo os ativos transferidos ao FGTS, todavia, preserva-se o patrimônio dos trabalhadores, pois os valores ficaram nas contas individualizadas e sendo remuneradas conforme os critérios aplicados as contas vinculadas ao FGTS.

O telos da referida normativa, em questão, fora dar liquidez ao FGTS, posto a autorização prescrita, nessa mesma medida provisória, da disponibilidade de saque até o limite de R\$ 1.045,00 reais, por trabalhador, entre o lapso temporal de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, face a situação de emergência sanitária decorrente do COVID-19.³³

DA LEI Nº 14.020, DE 6 DE JULHO DE 2020

Dos objetivos e medidas

A referida lei fruto da conversão da medida provisória nº 936 busca, enquanto durar o estado de calamidade pública decorrente do COVID-19, a

preservação do emprego e da renda; dar garantia e continuidade das atividades laborais e empresariais; e tentar reduzir o impacto social decorrente das consequências dessa calamidade pública.

Com o fito de atingir tais objetivos tem-se por medidas o pagamento de um benefício emergencial para a preservação do emprego e da renda; a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário; e a suspensão temporária de jornada de trabalho e de salário.

Importa destacar que conforme o art. 3º, parágrafo único, tais medidas não se aplicam a Administração Pública direta e indireta.

Do benefício emergencial

A criação do presente benefício deu-se como uma forma de o Governo (União) entrar com uma contraprestação de sorte a auxiliar as empresas a diminuir o custo da folha de pagamento durante esse período incerto de pandemia, bem como aos trabalhadores, na preservação dos empregos e postos de trabalho.

O benefício será devido quando ocorrer a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou no caso de suspensão temporária do contrato de trabalho.

O presente benefício terá caráter mensal sendo devido a partir do momento da redução da jornada de trabalho e conseqüentemente do salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho.

Alguns detalhes formais são necessários explicitar, como por exemplo, que o empregador deve informar ao Ministério da Economia em relação a redução da jornada ou a suspensão temporária do contrato de trabalho em 10 dias, quando da data a celebração do acordo com o empregado. A parcela do benefício será paga contado 30 dias da celebração do acordo, condicionado a essa comunicação ao Ministério. Por fim, esse benefício será pago enquanto durar a redução da jornada ou a suspensão do contrato.

Não há como requisito a exigibilidade de qualquer período aquisitivo, ou tempo de vínculo empregatício ou número de salários percebidos.³⁴

É importante apontar que o empregador ficará responsável por todos os encargos e remuneração do empregado enquanto não tiver sido feita a prestação da informação ao Ministério.³⁵

O referido benefício emergencial não constituirá um obstáculo a concessão do seguro-desemprego em face de uma demissão do empregado conforme o regramento da Lei nº 7.998/90.

Da base de cálculo

A base de cálculo do benefício emergencial de preservação do emprego e da renda é o valor mensal do seguro-desemprego, a qual teria direito o empregado.

Na situação de redução de jornada de trabalho e de salário calcula-se sobre o percentual da redução.

Já no caso de suspensão temporária do contrato de trabalho, será no equivalente a 100% do valor do seguro-desemprego a que o empregado teria direito. Caso a empresa tenha auferido, em 2019, receita bruta superior a R\$

4.800.000,00 reais³⁶, ele tem a obrigação de ofertar ajuda compensatória de 30% aos empregados, de forma que o benefício emergencial será o equivalente a 70% do valor do seguro-desemprego.

A título de exemplo, imagine João que percebia mensalmente uma remuneração de R\$ 2.000,00 reais. O mesmo teria direito a um seguro desemprego no valor de R\$ 1.479,89 reais, caso fosse a primeira vez que solicitasse. Tendo ele a redução de sua jornada laboral em 50% e consequente de sua remuneração, João iria receber a título de benefício emergencial 50% do valor que teria direito do seguro desemprego (R\$1.479,89 reais), ou seja, o mesmo irá receber R\$ 739,94 reais da União a título de benefício emergencial, além do seu salário, com a devida redução, de R\$ 1.000,00. Afira que nesse contexto de pandemia o empregado do exemplo teria uma real perda salarial de R\$ 260,06 reais.

Aproveitando o mesmo exemplo exposto, porém em hipótese de suspensão do contrato de trabalho, em um caso que o faturamento bruto do empregador seja inferior a R\$ 4.800.000,00 milhões, o valor do benefício que deve ser de 100% do valor do seguro desemprego seria de R\$ 1.479,89 reais. A perda salário nessas hipóteses seria de R\$ 520,11 reais.

Caso o faturamento bruto do empregador tenha sido superior a R\$ 4.800.000,00 milhões de reais, a empresa deve entrar com 30% de ajuda compensatória e a União com 70% do valor do seguro desemprego. De tal sorte, no exemplo acima, João iria receber um benefício de R\$ 1.035,92 reais e mais R\$ 600,00 reais de ajuda compensatória do empregador, totalizando R\$ 1.635,92 reais. Teria, aqui, uma perda salarial de R\$ 364,08 reais.

Por tudo isso fica evidente que o empregado terá uma perda salarial e isso se refletirá no mercado.³⁷

Das vedações

O benefício emergencial não poderá ser pago em relação a quem ocupa cargo ou emprego público ou cargo em comissão de livre nomeação e exoneração, ou seja, titular de mandato eletivo.

A referida vedação é condizente com o teor da redação do art. 3º, parágrafo único, onde determina que o programa emergencial não se aplica a Administração Pública direta e indireta.

Outro detalhe é que em casos de empregados com mais de um vínculo, a lei não vedou o recebimento de mais de um benefício emergencial, correspondente a cada vínculo empregatício.

Da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário

A redução proporcional de jornada de trabalho e do salário dos empregados pode ocorrer pelo prazo de até 90 dias, prorrogáveis conforme prazo determinado pelo Poder Executivo (União), sendo necessário a preservação do valor do salário-hora de trabalho; pactuação através de convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado; e possibilidade de redução da jornada de trabalho e do salário em percentuais de 25%, 50% e 70%.

A prorrogação do prazo de 90 dias será dado por meio de regulamento.³⁸

A jornada de trabalho e o salário serão reestabelecidos em dois dias contados da cessão do estado de calamidade; do termo de encerramento do pactuado; ou da data de comunicação do empregado em antecipar o período pactuado.

Da suspensão temporária do contrato de trabalho

Em decorrência da calamidade pública instaurado por causa da pandemia do Covid-19, o empregador fica autorizado a acordar a suspensão do contrato de trabalho³⁹ pelo prazo máximo de 60 dias, podendo ser fracionado em dois períodos de até 30 dias.

O referido prazo pode ser prorrogado em face de ato administrativo da União.

Ao empregado ficará garantido todos os benefícios que o empregador conceder aos demais empregados da ativa, bem como fica dispensado de recolher a contribuição previdenciária, podendo, entretanto, contribuir como facultativo.⁴⁰

Nos mesmos termos da redução da jornada de trabalho e consequente redução salarial a pactuação da suspensão temporária do contrato de trabalho pode ocorrer convenção coletiva de trabalho, acordo coletivo de trabalho ou acordo individual escrito entre empregador e empregado.

Igualmente, será restabelecido o contrato de trabalho em dois dias contados da cessão do estado de calamidade; do termo de encerramento do pactuado; ou da data de comunicação do empregado em antecipar o período pactuado.

Com o intuito de evitar situações fraudulentas, a prescrição da Lei nº 14.020/20 é clara que qualquer atividade realizada durante a suspensão do contrato de trabalho, seja por teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho a distância, descaracteriza o instituto da suspensão devendo o empregador pagar de imediato a remuneração e os encargos sociais e trabalhista dos períodos que transcorreu a suspensão, além de ficar sujeito a penalidades prevista na legislação e em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho.⁴¹

Das disposições comuns

Na prescrição do art. 9º da Lei nº 14.020/20 explicita a possibilidade de acumular Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda com ajuda compensatória mensal, a qual terá natureza indenizatória, podendo ser especificada na negociação coletiva ou no acordo individual firmado. Essa ajuda compensatória não constituirá base de cálculos para imposto de renda, contribuição previdenciária, tributo sobre folha de salário ou para recolhimento de depósitos de FGTS.

Além dessas prescrições supracitadas afere-se que nas disposições comuns tem-se a criação de uma estabilidade provisória do emprego em relação aos empregados os que tiveram redução da jornada de trabalho com a redução da remuneração e da suspensão do contrato de trabalho.

Essa estabilidade ou garantia provisória dar-se-á durante o período acordado de redução da jornada de trabalho e do salário ou de suspensão temporária

do contrato de trabalho, por período equivalente ao acordado para a redução ou a suspensão após o restabelecimento da jornada de trabalho e do salário ou do encerramento da suspensão temporária do contrato de trabalho.⁴²

V.g., se João teve seu contrato de trabalho suspenso por 45 dias, ele tem mais 45 dias de estabilidade provisória no emprego.

Há, ainda, um regramento específico quanto a estabilidade referente a gestante. Esta terá acrescido o período referente a redução da jornada de trabalho e do salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho contados a partir do término dos 5 meses após o parto da empregada.⁴³

Sucedendo-se a despedida sem justa causa durante essa estabilidade provisória, o empregado além das demais garantias respaldadas na legislação trabalhista ainda fará jus a indenização nos seguintes termos:

a) 50% (cinquenta por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) e inferior a 50% (cinquenta por cento);

b) 75% (setenta e cinco por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, na hipótese de redução de jornada de trabalho e de salário igual ou superior a 50% (cinquenta por cento) e inferior a 70% (setenta por cento); ou

c) 100% (cem por cento) do salário a que o empregado teria direito no período de garantia provisória no emprego, nas hipóteses de redução de jornada de trabalho e de salário em percentual igual ou superior a 70% (setenta por cento) ou de suspensão temporária do contrato de trabalho.

A Lei nº 14.020/20 reza que a redução da jornada de trabalho e do salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho ao ser adotado, deve ter em conta atenção aos serviços públicos e atividades essenciais de forma a resguardar seu funcionamento devido, como por exemplo aqueles servidos e atividades elencadas na Lei nº 7.783:

a) tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;

b) assistência médica e hospitalar;

c) distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;

d) funerários;

e) transporte coletivo;

f) captação e tratamento de esgoto e lixo;

g) telecomunicações.⁴⁴

É importante destacar que o teor de nova lei se aplica aos contratos de aprendizagem e aos casos de contrato de jornada parcial.⁴⁵

Não tem aplicação em relação aos contratos de estágio, visto a natureza e o fim especial do mesmo.

Por óbvio, que possíveis irregularidades quanto aos acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou de suspensão temporária do contrato de trabalho podem e devem ser aferidos pela Auditoria-Fiscal do trabalho.

Pactuação via negociação coletiva

Na dimensão da redução proporcional da jornada de trabalho e de salário através de convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, podem ser estipulados percentuais diversos dos 25%, 50% e 70% prescritos no art. 7º, III da Lei nº 14.020/20.

As convenções coletivas ou acordos coletivos de trabalhos firmados anteriormente podem ser renegociados, todavia, para serem readequados devem obedecer ao prazo de 10 dias corridos a partir da publicação da Lei nº 14.020/20, ou seja, a partir dia 07 de julho de 2020.⁴⁶

Pactuação via acordo individual

Quanto ao acordo individual em relação a pactuação da redução proporcional da jornada de trabalho e de salário, ou de suspensão temporária do contrato de trabalho, pode se dar nas seguintes situações no que tange ao empregado e ao empregador:

a) empregados com salário igual ou inferior a R\$ 2.090,00 reais, na hipótese de o empregador ter auferido, em 2019, receita bruta superior a R\$ 4.800.000,00 de reais;

b) empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 reais, na hipótese de o empregador ter auferido, em 2019, receita bruta igual ou inferior a R\$ 4.800.000,00 reais;⁴⁷ ou

c) empregados portadores de diploma de nível superior e que percebam salário mensal igual ou superior a 2 (duas) vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.⁴⁸

Além dessas situações no art. 12, § 1º da Lei nº 14.020/20 acrescente, ainda, a possibilidade da pactuação individual quando da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de 25%⁴⁹ e quando a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho quando do acordo não resultar diminuição do valor total recebido mensalmente pelo empregado, incluídos neste valor o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ajuda compensatória mensal e, em caso de redução da jornada, o salário pago pelo empregador em razão das horas de trabalho.

Fora desses casos, deve-se realizar a pactuação da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho, necessariamente, via negociação coletiva.

A pactuação de acordos individuais não possuem forma específica, podem ser feitos através de quaisquer meios físicos ou eletrônicos.⁵⁰ Além disso, deve-se comunicar aos respectivos sindicatos no prazo de 10 dias contados da celebração.⁵¹

Outro detalhe importante é que sobrevivendo celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, posteriormente a celebração do acordo individual e sucedendo-se choques entre as cláusulas deve prevalecer as do acordo individual, se mais favoráveis,⁵² em clara obediência ao princípio da condição mais benéfica.

O teor do art. 12, § 5º da Lei nº 14.020/20, acaba perdendo sentido, posto que, determina a aplicação do acordo individual no lapso temporal anterior ao da negociação coletiva e da prevalência do acordo, posteriormente, naquilo que conflitarem com o pacto individual.

O referido regramento é desnecessário, face as regras gerais do direito sobre conflito de norma e em face da principiologia do direito do trabalho.

Aproveitando a temática aqui explicitada, determina o art. 12, § 2º da Lei nº 14.020/20, que empregado em gozo de benefício de aposentadoria pode ter implementado a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou suspensão temporária do contrato de trabalho desde que enquadrado em alguma das hipóteses de pactuação individual além das seguintes condições: o valor da ajuda compensatória mensal a que se refere este parágrafo deverá ser, no mínimo, equivalente ao do benefício que o empregado receberia; e no caso de empresa que afira receita bruta acima de R\$ 4.800.000,00 reais, o total pago a título de ajuda compensatória mensal deverá ser, no mínimo, igual a 30% do valor do salário do empregado.

DAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em decorrência de tudo que fora explicitado é clarividente e ululante a hiperprodução legislativa no que tange a matéria trabalhista a partir do chefe do poder executivo federal, através da figura da medida provisória, nesse ambiente de pandemia.

Das seis medidas provisórias aferidas e analisadas apenas três foram convertidas em leis, tendo as demais perdido vigência (Medidas Provisórias nº 927, 928 e 946).

A Medida provisória nº 936 que trata sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública fora convertida na Lei nº 14.020; a Medida provisória nº 944 que institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos na Lei nº 14.043; e a Medida provisória nº 945 que versa sobre o trabalhador portuário na Lei nº 14.047.

Constata-se que são documentos jurídicos elaborados com uma redação confusa, de forma não objetiva e tampouco sistematizado, feitos de rompante sem maiores estudos da realidade social. É só perceber que a medida provisória nº 928 foi baixada no dia seguinte à publicação da medida provisória nº 927, exatamente alterando um dos dispositivos mais controversos (para não dizer imorais) que versava sobre a suspensão do contrato de trabalho, o qual poderia ser por até quatro meses, sem percepção de remuneração por parte do empregado, sendo o mesmo direcionado a participação de cursos e programas de qualificação.

Afere-se que a normativa dessa legislação emergencial trabalhista criado com a justificativa de manutenção dos empregos fragiliza o trabalhador ao permitir redução proporcional da jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho através de negociação individual, em clara violação aos regramentos constitucionais.

Questiona-se até que ponto a intenção do governo fora de proteção social ao trabalhador ou, em verdade, uma tentativa de atender os reclames do empresariado, os quais, sem dúvida, estão em momento de dificuldade face a pandemia.

Sem dúvida alguma, constata-se que está transferindo o risco da atividade econômica ao trabalhador, disseminando uma falsa ideia que todos devem arcar neste período de dificuldade.

Está se fazendo uma interpretação de momento com o fito a legitimar a barbárie a constituição ao se validar a possibilidade de redução salarial e suspensão do contrato de trabalho por via negocial individual.

Lembrar do efeito *cliquet* dos direitos fundamentais que não permite retrocesso, principalmente, nesses momentos de crise onde o trabalhador é, sem dúvida alguma, a parte mais vulnerável e frágil. 

NOTAS

- 1 Artigo de investigação elaborado de estudo desenvolvido na linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais”, inscrito no Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, Brasil.
- 2 Disponível: <<https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019>>. Acessado em: 17 de dezembro de 2020.
- 3 Lei nº 13.979/20. Art. 2º. (...) I – isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e
- 4 Art. 2º. (...) II – quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.
- 5 Cf. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/afp/2020/04/09/fmi-preve-pior-queda-economica-desde-a-grande-depressao-por-covid-19.htm>>. Acessado em: 15 de abril de 2020. Cf. Disponível em: <<https://noticias.paginas.ufsc.br/files/2020/03/31.03.20-TD-NECAT-035-2020.pdf>>. Acessado em: 15 de abril de 2020.
- 6 Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/internacional/ultimas-noticias/2020/04/19/laboratorio-wuhan-coronavirus-china.htm>>. Acessado em: 19 de abril de 2020.
- 7 Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/governo/gripezinha-e-histeria-cinco-vezes-em-que-bolsonaro-minimizou-o-coronavirus/>>. Acessado em: 21 de agosto.
- 8 Disponível em: <<https://nypost.com/2020/03/30/belarus-president-believes-vodka-and-sau-nas-will-cure-coronavirus/>>. Acessado em: 21 de agosto.
- 9 Disponível: <<https://covid.saude.gov.br/>>. Acessado em: 17 de dezembro de 2020.
- 10 Medida Provisória nº 944 – prazo aberto para veto ou sanção do Presidente – 30/07/2020 – 19/08/2020.
Medida Provisória nº 945 – prazo aberto para veto ou sanção do Presidente – 04/08/2020 – 24/08/2020.
- 11 Medida Provisória nº 927. Art. 18. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o contrato de trabalho poderá ser suspenso, pelo prazo de até quatro meses, para participação do empregado em curso ou programa de qualificação profissional não presencial oferecido pelo empregador, diretamente ou por meio de entidades responsáveis pela qualificação, com duração equivalente à suspensão contratual.
(...)
§ 4º Nas hipóteses de, durante a suspensão do contrato, o curso ou programa de qualificação profissional não ser ministrado ou o empregado permanecer trabalhando para o empregador, a suspensão ficará descaracterizada e sujeitará o empregador:
I – ao pagamento imediato dos salários e dos encargos sociais referentes ao período;

- II – às penalidades cabíveis previstas na legislação em vigor; e
III – às sanções previstas em acordo ou convenção coletiva.
- § 5º Não haverá concessão de bolsa-qualificação no âmbito da suspensão de contrato de trabalho para qualificação do trabalhador de que trata este artigo e o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943.
- 12 Constituição Federal. Art. 62. (...). § 11. Não editado o decreto legislativo a que se refere o § 3º até sessenta dias após a rejeição ou perda de eficácia de medida provisória, as relações jurídicas constituídas e decorrentes de atos praticados durante sua vigência conservar-se-ão por ela regidas.
- 13 Disponível a decisão monocrática em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343999126&ext=.pdf>>.
- 14 Disponível a tramitação da ADI em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5882545>>.
- 15 Disponível a decisão monocrática em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344074466&ext=.pdf>>.
- 16 Disponível a tramitação da ADI em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881597>>.
- 17 Disponível a tramitação da ADI em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881916>>.
- 18 Medida Provisória nº 928. Art. 2º Fica revogado o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020.
- 19 CLT. Art. 502 – Ocorrendo motivo de força maior que determine a extinção da empresa, ou de um dos estabelecimentos em que trabalhe o empregado, é assegurada a este, quando despedido, uma indenização na forma seguinte:
I – sendo estável, nos termos dos arts. 477 e 478;
II – não tendo direito à estabilidade, metade da que seria devida em caso de rescisão sem justa causa;
III – havendo contrato por prazo determinado, aquela a que se refere o art. 479 desta Lei, reduzida igualmente à metade.
- 20 CLT. Ant. 502, § 1º, I, c/c. Ser superior a 25% (vinte e cinco por cento), respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo da região.
Parágrafo único – Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos.
- 21 Disponível a tramitação da ADI em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5886604>>.
- 22 Constituição Federal. Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:
(...)
VI – é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;
(...)
- 23 Constituição Federal. Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
(...)
VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
(...)
XIII – duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho;
(...)
- 24 GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Crise não autoriza redução de salário sem participação de sindicato. CONJUR, 19 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/gustavo-garcia-crise-nao-autoriza-reducao-salario-sindicato>>. Acessado em 17 de agosto de 2020.
- 25 ROMANO, Rogério Tadeu. A diminuição dos salários diante dos efeitos da crise do coronavírus: os limites trazidos pelo artigo 7º, VI, da CF. In: *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, v. 371, maio, 2020, p. 102.
- 26 Art. 1º da Lei nº 14.043/20.

- 27 Art. 2º, § 1º da Lei nº 14.043/20.
- 28 Art. 2º da Medida Provisória nº 945.
- 29 Art. 3º, *caput*, da Medida Provisória nº 945.
- 30 Art. 3º, § 6º, da Medida Provisória nº 945.
- 31 Lei nº 9.719/98. Art. 10-A. É assegurado, na forma do regulamento, benefício assistencial mensal, de até 1 (um) salário mínimo, aos trabalhadores portuários avulsos, com mais de 60 (sessenta) anos, que não cumprirem os requisitos para a aquisição das modalidades de aposentadoria previstas nos arts. 42, 48, 52 e 57 da Lei no 8.213, de 24 de julho de 1991, e que não possuam meios para prover a sua subsistência.
- 32 Constituição Federal. Art. 239. A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego, outras ações da previdência social e o abono de que trata o § 3º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
- § 1º Dos recursos mencionados no *caput*, no mínimo 28% (vinte e oito por cento) serão destinados para o financiamento de programas de desenvolvimento econômico, por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, com critérios de remuneração que preservem o seu valor. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
- § 2º Os patrimônios acumulados do Programa de Integração Social e do Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público são preservados, mantendo-se os critérios de saque nas situações previstas nas leis específicas, com exceção da retirada por motivo de casamento, ficando vedada a distribuição da arrecadação de que trata o “*caput*” deste artigo, para depósito nas contas individuais dos participantes.
- § 3º Aos empregados que percebam de empregadores que contribuem para o Programa de Integração Social ou para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, até dois salários mínimos de remuneração mensal, é assegurado o pagamento de um salário mínimo anual, computado neste valor o rendimento das contas individuais, no caso daqueles que já participavam dos referidos programas, até a data da promulgação desta Constituição.
- § 4º O financiamento do seguro-desemprego receberá uma contribuição adicional da empresa cujo índice de rotatividade da força de trabalho superar o índice médio da rotatividade do setor, na forma estabelecida por lei.
- § 5º Os programas de desenvolvimento econômico financiados na forma do § 1º e seus resultados serão anualmente avaliados e divulgados em meio de comunicação social eletrônico e apresentados em reunião da comissão mista permanente de que trata o § 1º do art. 166.
- 33 MP nº 946. Art. 6º Fica disponível, para fins do disposto no inciso XVI do *caput* do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, aos titulares de conta vinculada do FGTS, a partir de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o saque de recursos até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador.
- 34 Art. 6º, § 1º da Lei nº 14.020/20.
- 35 Lei nº 14.020/20. Art. 5º. (...). § 3º Caso a informação de que trata o inciso I do § 2º deste artigo não seja prestada no prazo previsto no referido dispositivo:
- I – o empregador ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e do salário ou à suspensão temporária do contrato de trabalho do empregado, inclusive dos respectivos encargos sociais e trabalhistas, até que a informação seja prestada;
- II – a data de início do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda será fixada na data em que a informação tenha sido efetivamente prestada, e o benefício será devido pelo restante do período pactuado; e
- III – a primeira parcela, observado o disposto no inciso II deste parágrafo, será paga no prazo de 30 (trinta) dias, contado da data em que a informação tiver sido efetivamente prestada.

- 36 Esse valor refere ao limite da receita bruta para enquadramento no Simples Nacional, o qual fora determinar pela Lei Complementar nº 155/16, tendo vigência a partir de 01 de janeiro de 2018
- 37 "Como se pode notar, o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, como regra, não irá assegurar integralmente ao empregado o valor do salário anteriormente recebido, acarretando perda de renda aos trabalhadores, o que pode gerar redução no nível de consumo, impacto negativo nas atividades econômicas e, por consequência, acentuação da crise econômica". (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e impactos na redução da jornada de trabalho e de salário e na suspensão contratual. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, jul, 2020).
- 38 Art. 7º, §3º da Lei nº 14.020/20.
- 39 "A figura celetista em exame traduz a sustação da execução do contrato, em suas diversas cláusulas, permanecendo, contudo, em vigor o pacto. Corresponde à sustação ampla e bilateral de efeitos do contrato empregatício, que preserva, porém, sua vigência. Em princípio, praticamente todas as cláusulas contratuais não se aplicam durante a suspensão: não se presta serviço, não se paga salário, não se computa tempo de serviço, não se produzem recolhimentos vinculados ao contrato, etc. No período suspensivo, empregado e empregador têm, desse modo, a ampla maioria de suas respectivas prestações contratuais sem eficácia. Embora seja comum referir-se, no tocante à suspensão, à sustação plena e absoluta de todas as cláusulas expressas e implícitas do contrato há que se ressaltar que persistem em vigência algumas poucas cláusulas mínimas do pacto empregatício. Trata-se, principalmente, de cláusulas que dizem respeito a condutas omissivas das partes. Por exemplo, não perdem plena eficácia as regras impositivas de condutas omissivas obreiras vinculadas aos deveres de lealdade e fidelidade contratuais (as condutas de não violação do segredo da empresa ou de não concorrência desleal – art. 482, 'c' e 'g', CLT). Também não perdem plena eficácia as regras impositivas de certas condutas omissivas ao empregador (como, por exemplo, as condutas de respeito à integridade física e moral; do obreiro art. 483, 'e' e 'f', CLT – e de não denúncia vazia do contrato – art. 471, CLT)". (DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso do direito do trabalho*. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 1149).
- 40 Art. 8º, § 2º da Lei nº 14.020/20.
- 41 Art. 8º, § 4º da Lei nº 14.020/20.
- 42 Art.10 da Lei nº 14.020/20.
- 43 Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
(...)
II – fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
(...)
b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.
- 44 Art. 10 da Lei nº 7.783/89.
- 45 Art.15 da Lei nº 14.020/20.
- 46 Art.11, § 3º da Lei nº 14.020/20.
- 47 "Na realidade, não há fundamento lógico que justifique essas diferenciações aleatórias entre empregados, podendo gerar tratamento desigual, ilegítimo e injusto entre trabalhadores que estejam praticamente na mesma condição, recebendo, por exemplo, valores salariais bem próximos, como um empregado que receba salário mensal de R\$ 3.135,00 e outro que tenha salário de R\$ 3.136,00 por mês". (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e impactos na redução da jornada de trabalho e de salário e na suspensão contratual. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, jul, 2020).
- 48 Esse valor seria de R\$ 12.202,12 reais.
- 49 "No plano individual, a redução de salário, ainda que acompanhada de redução da jornada de trabalho, mesmo com a anuência do empregado, também viola o princípio da condição mais benéfica, não sendo válida, por acarretar prejuízo ao empregado⁸. Nesse sentido, em razão do mencionado princípio, que decorre do princípio da proteção⁹, inerente ao Direito do Trabalho e que tem fundamento no art. 7º, *caput*, da Constituição da República, assegura-se ao empregado a manutenção, durante o contrato de trabalho, de direitos mais vantajosos, de modo que as vantagens adquiridas não podem ser retiradas nem modificadas para pior. Trata-se de aplicação do princípio do direito adquirido (art. 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal

de 1988) no âmbito da relação de emprego”. (GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e impactos na redução da jornada de trabalho e de salário e na suspensão contratual. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 1017, jul, 2020).

50 Art.12, § 3º da Lei nº 14.020/20.

51 Art.12, § 4º da Lei nº 14.020/20.

52 Art.12, § 6º da Lei nº 14.020/20.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: atualizada até a Emenda Constitucional nº 108. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 17 de setembro de 2020.

_____. Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Diário Oficial da União. Rio de Janeiro, RJ, 09 de agosto de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016. Altera a Lei Complementar no 123, de 14 de dezembro de 2006, para reorganizar e simplificar a metodologia de apuração do imposto devido por optantes pelo Simples Nacional; altera as Leis nºs 9.613, de 3 de março de 1998, 12.512, de 14 de outubro de 2011, e 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e revoga dispositivo da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 28 de outubro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp155.htm#art1>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda; dispõe sobre medidas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020; altera as Leis nºs 8.213, de 24 de julho de 1991, 10.101, de 19 de dezembro de 2000, 12.546, de 14 de dezembro de 2011, 10.865, de 30 de abril de 2004, e 8.177, de 1º de março de 1991; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 06 de julho de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14020.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 14.043, de 19 de agosto de 2020. Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos; altera as Leis nos 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 13.999, de 18 de maio de 2020; e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 20 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L14043.htm>. Acesso em: 19 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 14.047, de 24 de agosto de 2020. Dispõe sobre medidas temporárias para enfrentamento da pandemia da Covid-19 no âmbito do setor portuário, sobre a cessão de pátios da administração pública e sobre o custeio das despesas com serviços de estacionamento para a permanência de aeronaves de empresas nacionais de transporte aéreo regular de passageiros em pátios da Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária (Infraero); e altera as Leis nºs 9.719, de 27 de novembro de 1998, 7.783, de 28 de junho de 1989, 12.815, de 5 de junho de 2013, 7.565, de 19 de dezembro de 1986, e 10.233, de 5 de junho de 2001. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 24 de agosto de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L14047.htm>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 29 de junho de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7783.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990. Regula o Programa do Seguro-Desemprego, o Abono Salarial, institui o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT), e dá outras providências. Di-

ário Oficial da União. Brasília, DF, 12 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998compilado.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Lei nº 9.719, de 27 de novembro de 1998. Dispõe sobre normas e condições gerais de proteção ao trabalho portuário, institui multas pela inobservância de seus preceitos, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 30 de novembro de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9719.htm#art10a>. Acesso em: 24 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 928, de 23 de março de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019, e revoga o art. 18 da Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 23 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 936, de 1º de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda e dispõe sobre medidas trabalhistas complementares para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 1º de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 944, de 3 de abril de 2020. Institui o Programa Emergencial de Suporte a Empregos. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 945, de 4 de abril de 2020. Dispõe sobre medidas temporárias em resposta à pandemia decorrente da covid-19 no âmbito do setor portuário e sobre a cessão de pátios sob administração militar. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv945.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

_____. Medida provisória nº 946, de 7 de abril de 2020. Extingue o Fundo PIS-Pasep, instituído pela Lei Complementar nº 26, de 11 de setembro de 1975, transfere o seu patrimônio para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 3 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv946.htm>. Acesso em: 17 de agosto de 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso do direito do trabalho. 14º ed. São Paulo: LTr, 2015.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Coronavírus e impactos na redução da jornada de trabalho e de salário e na suspensão contratual. IN: Revista dos Tribunais, vol. 1017, jul, 2020.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Crise não autoriza redução de salário sem participação de sindicato. CONJUR, 19 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-19/gustavo-garcia-cri-se-nao-autoriza-reducao-salario-sindicato>>. Acessado em 17 de agosto de 2020.

ROMANO, Rogério Tadeu. A diminuição dos salários diante dos efeitos da crise do coronavírus: os limites trazidos pelo art. 7º, VI, da CF. IN: Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária, v. 371, maio, 2020.

ROCCO ANTONIO RANGEL ROSSO NELSON é Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN. Especialista em Ministério Público, Direito e Cidadania pela Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Norte. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Potiguar. Ex-professor do curso de direito e de outros cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário FACEX. Líder do Grupo de Estudo e Pesquisa em Extensão e Responsabilidade Social, vinculado a linha de pesquisa “Democracia, Cidadania e Direitos Fundamentais” do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Professor efetivo de Direito do Instituto Federal do Rio Grande do Norte – IFRN, campus Natal-Central. Articulista e poeta. Autor do livro Curso de Direito Penal – Teoria Geral do Crime – Vol. I (1. ed., Curitiba: Juruá, 2016); *Curso de Direito Penal – Teoria Geral da Pena – Vol. II* (1. ed., Curitiba: Juruá, 2017).

Ruptura do paradigma do conhecimento estritamente especializado

■ POR LUCAS AUGUSTUS ALVES MIGLIOLI

“É imprescindível estar conectado a diversas plataformas, a seus clientes e, especialmente a profissionais de áreas não necessariamente ligadas ao Direito, buscando diversificar seus conhecimentos. Se até então o sucesso esteve diretamente relacionado à vastidão de conhecimentos técnicos sobre um determinado assunto, a nova economia demanda conhecimento contextualizado, mais abrangente, conectado.”



O futuro da advocacia não está no conhecimento super especializado. Saber cada vez mais sobre cada vez menos, longe de contribuir, constituirá uma indesejável limitação ao operador do Direito, tornando-o incompatível com o novo modelo econômico.

Absortos no cotidiano, podemos não perceber, mas essa transformação está acontecendo, aqui, agora, a passos largos, rompendo com o modelo vigente.

É chegada a hora de ampliar o horizonte, de sair da zona de conforto. A nova era exige conhecimento amplo, apto à compreensão de como as demandas se relacionam dentro de um contexto maior. Afinal, tudo está conectado.

Nesse momento, paradigmas estão sendo rompidos nos mais diversos seguimentos. O mundo jurídico não passará incólume. Pelo contrário, será drasticamente impactado, porque, em termos práticos e operacionais, pouco evoluiu nas últimas décadas, perpetrando uma rotina artesanal na execução de tarefas manuais, repetitivas e presenciais.

Esse ambiente pouco sofisticado deu força ao conhecimento estritamente especializado, garantindo redução de custos, resultados mais eficazes, performance, aprimoramento e desenvolvimento de novas técnicas, enfim, benefícios de sobra.

Contudo, esse *establishment* está com os dias contados, sucumbindo, dia após dia, à nova era impelida pelos avanços tecnológicos, marcada pela mudança sem precedentes da forma como lidamos com o conhecimento, por sua importância, suas implicações ou, simplesmente, pelo modo como o obtemos.

Esse movimento consolida a transição da Sociedade Industrial para a Sociedade do Conhecimento, baseada na “economia do conhecimento”, que tem como principal ativo o próprio conhecimento (saber-fazer, *know-how*, *savoir-être*).

Embora não seja novo, pois foi criado por Peter Drucker em 1969, no seu livro “*A Era da Descontinuidade*” (*The Age of Discontinuity*), esse modelo econômico ganhou espaço impulsionado pelo crescimento de uma economia globalizada e interconectada, marcada por relações empresariais, produtivas e mercadológicas que tem o conhecimento como principal ativo de crescimento econômico. Tudo graças à tecnologia.

Esse cenário, onde o conhecimento ganha ainda mais relevância, sendo um dos mais imprescindíveis recursos econômicos, parece reforçar, ainda mais, a necessidade de conhecimento especializado.

Parece... Mas, note, essa nova economia pressupõe obter e aplicar o conhecimento nos mais diversos níveis e segmentos, especialmente no tecnológico.

Mais do que uma mera etapa do desenvolvimento, é uma mudança de paradigma, capaz de inverter a lógica do conhecimento restrito e especializado, obrigando todos os profissionais, independentemente do segmento, a redefinir as estratégias de autuação e de relacionamento interno (colaboradores, prestadores, etc.) e externo (parceiros, clientes, etc.).

Os teóricos, capitaneados por Klaus Schwab, fundador do Fórum Econômico Mundial e autor do livro “*A Quarta Revolução Industrial*”, tratam esse momento como a Quarta Revolução Industrial (Indústria 4.0) caracterizada pela integração entre trabalho humano e tecnologias disruptivas, como inteligência artificial (AI), *big data*, robótica e a *internet* das coisas, dentre outras tantas.

Dentre a miríade de elementos envoltos nessa revolução, a que mais impactará os operadores do Direito é, sem dúvida, a AI com suas surpreendentes aplicações, dentre as quais se destacam a preditiva, prevendo a decisão judicial sobre determinado tema, por meio da jurimetria (analisa uma enorme quantidade de decisões judiciais, identificando padrões, sistematizando e gerando dados estatísticos), ou a resolutiva, definindo uma estratégia ou emitindo um parecer/*legal opinion* (analisa uma vasta gama de fontes do Direito em todo o mundo sobre o tema).

Essas implicações quebram o paradigma do conhecimento especializado, ao abrirem as portas para decisões tomadas, exclusivamente, pela AI, que tem como precursores o Watson (plataforma cognitiva da IBM) e o ROSS (o “robô-advogado”), cuja principal característica é capacidade de compreender a linguagem natural que usamos no cotidiano e de adquirir conhecimento (cognição) a partir de informações recebidas, inclusive por meio de suas próprias pesquisas.

Essa tecnologia já está disponível e vem conquistando espaço no meio jurídico. Não acredita? Pois saiba que o ROSS, criado na plataforma do Watson, é o primeiro advogado artificialmente inteligente do mundo, tendo sido “contratado” pela banca de advocacia Baker & Hostetler (NY) em 2017, onde atua interpretando e respondendo, após analisar uma quantidade sobre-humana de leis, artigos, decisões e provas, questões jurídicas submetidas por seus colegas humanos em linguagem natural, do cotidiano.

O que mais impressiona nisso tudo é sua capacidade cognitiva, ou seja, de aprender ao incorporar o conhecimento adquirido em suas pesquisas, se tornando progressivamente mais especializado nos assuntos que lhe são submetidos, dando respostas cada vez mais rápidas e precisas.

A princípio, isso pode causar apreensão, especialmente pela possibilidade de substituição da mão de obra humana em diversas atividades jurídicas, reforçando a tendência de automação das tarefas especializadas.

Basta pensar que, até o final de 2019, cerca de 48% dos escritórios de advocacia de Londres já utilizam sistemas de inteligência artificial. Embora a AI ainda engatinhe no Brasil, a grande maioria dos escritórios brasileiros utilizam *softwares* de gestão com automação de processos. Aliás, já temos nosso próprio robô-assistente, o ELI.

De qualquer forma, uma coisa é certa: o que puder ser automatizado será!

É justamente esse mundo em que as máquinas superinteligentes executam, com velocidade e acerto impressionantes, qualquer trabalho especializado, que impõe a ruptura do *establishment*.

Contudo, essa transformação não deve ser motivo de receio, mas comemorada, por dois motivos em especial.

Primeiro, porque a atuação integrada à AI permitirá ao advogado dedicar-se à essência da atividade jurídica, como o trabalho intelectual e o relacionamento com seus clientes.

Segundo, por ser crucial ao alinhamento da advocacia ao modelo econômico trazido pela Quarta Revolução Industrial, dando ensejo à Advocacia 4.0, como consequência da necessidade de desenvolvimento de habilidades mais amplas, não essencialmente ligadas às matérias de Direito, como definição de estratégia, gestão de risco, economia, estatística, dentre outras.

Mais do que uma evolução da atuação profissional, essa nova era da advocacia representa a ruptura do atual modelo de negócios dos escritórios de advocacia, especialmente em decorrência da facilidade de acesso ao conhecimento jurídico, da perda de relevância de argumentos baseados na autoridade e da necessidade de resolver conflitos rapidamente.

A chave para os advogados darem vazão a essa mudança de *mindset* é a conexão. É imprescindível estar conectado a diversas plataformas, a seus clientes e, especialmente a profissionais de áreas não necessariamente ligadas ao Direito, buscando diversificar seus conhecimentos.

Se até então o sucesso esteve diretamente relacionado à vastidão de conhecimentos técnicos sobre um determinado assunto, a nova economia demanda conhecimento contextualizado, mais abrangente, conectado.

A razão é simples. Na nova era da advocacia, como as máquinas superinteligentes executarão, com velocidade e acerto impressionantes, qualquer trabalho especializado, caberá aos operadores humanos do Direito analisar e compreender, profundamente, como as situações que lhes serão postas estão inseridas dentro de um contexto mais amplo.

Esse desafio demanda conhecimento contextualizado, se contrapondo ao estritamente especializado, porque a transformação atingirá os mais diversos segmentos econômicos, cada vez mais entremeados.

Imagine essa conexão como sendo um tecido. Não é possível compreender qualquer parte dele sem analisar a formação de sua trama. É preciso afastar o foco do objeto a ser compreendido e observar de maneira mais ampla a estrutura maior, buscando uma compreensão geral de como aquela situação específica se relaciona com o todo.

Essa capacidade de abstração, que nos distingue dos demais animais e garantiu o sucesso do *homo sapiens* sobre as demais espécies humanas, como defende Yuval Noah Harari, em “*Sapiens – uma breve história da humanidade*”, é condição *sine qua non* para a mudança de *mindset* que habilitará o profissional do Direito a exercer a Advocacia 4.0. 

Do estado de direito liberal ao estado de direito social

■ POR RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA

“Não podem ser esquecidos aqueles fatos pretéritos, até para que, aprendendo com eles, não sejam repetidos os erros do passado, afinal “fazer história significa construir pontes entre o passado e o presente, observando ambas as margens e agindo nas duas”. De toda maneira, esperemos que esta tragédia represente, como diria Canotilho (ainda que em outro contexto, obviamente), uma viragem histórica para a humanidade, e que não continuemos a ser “apenas mais um tijolo na parede.”



Para o liberalismo clássico, “o Estado foi sempre o fantasma que atemorizou o indivíduo” e, conseqüentemente, o poder era quase sempre concebido “como o maior inimigo da liberdade”, de uma tal maneira que representava uma verdadeira antinomia a ideia da liberdade individual com o (imprescindível) poder estatal.¹

O bem comum, para os teóricos e defensores do liberalismo clássico, somente seria inteiramente alcançável se fosse dada aos indivíduos a possibilidade de, livre e plenamente, “expandir suas energias criadoras, fora de qualquer estorvo de natureza estatal”.²

Assim, por exemplo, para Mill, ninguém, “nem qualquer número de pessoas, tem permissão de dizer a outro ser humano de idade madura, que ele não deve fazer com sua vida para seu próprio benefício aquilo que escolhe fazer com ela”, afinal “ela é a pessoa mais interessada em seu próprio bem-estar”. Para o filósofo inglês, certamente um dos mais importantes e reconhecidos defensores do liberalismo político,

[...] a interferência da sociedade para governar seu julgamento e propósitos naquilo que concerne a ele próprio, deve estar fundamentado em suposições gerais, que podem estar completamente erradas, e mesmo se certas, podem provavelmente ser mal aplicadas aos casos individuais por pessoas não melhores conhecedoras das circunstâncias de tais casos do que aquelas que os veem exteriormente.³

O Estado, para os liberais ortodoxos, seria ele próprio, “uma criação deliberada e consciente da vontade dos indivíduos” (segundo a doutrina do contratualismo social), sendo, portanto, “revogável se deixasse de ser o aparelho de que se serve o homem para alcançar na sociedade a realização de seus fins”.⁴

De toda maneira, é importante salientar, firme na lição de Scruton, que o liberalismo comporta uma série de sentidos, muitos sobrepostos, inclusive. Assim, pode ser considerado “uma atitude com relação ao Estado e suas funções”, mas também concebido como uma verdadeira “Teoria do Estado”. Além destes dois aspectos mais visíveis a partir da literatura específica, segundo Scruton, o liberalismo pode ser visto também desde “uma perspectiva moral, escondida nas fendas da vida cotidiana”. Neste aspecto, é interessante a metáfora trazida pelo teórico inglês do conservadorismo, ao dizer que “no subúrbio liberal perfeito, os jardins são de tamanho igual, embora adornados com a maior variedade possível de gnomos de plástico”.⁵

Mas, como monopolizador do poder, o Leviatã (Hobbes), desrespeitando a ideia de um Estado de base contratual (na esteira do pensamento de John Locke), e ignorando os seus próprios “criadores”, volta-se o Estado contra o próprio indivíduo, oprimindo-o, nada obstante ter sido por ele criado: trata-se da criatura voltando-se contra o seu criador, tal como na passagem bíblica.

Eis uma das razões pelas quais os jusnaturalistas conceberam a ideia de uma liberdade possível para o homem, mesmo diante do Estado soberano, aquele verdadeiro “depositário da coação incondicionada”.⁶

Sem confundir Moral e Direito – o que, de resto, não se pode admitir mesmo!, nada obstante nem sempre ter isso ocorrido no *jusnaturalismo*, muito pelo contrário -, os jusnaturalistas, especialmente a partir da Renascença (já que na Idade Média, metafisicamente, a “doutrina do direito natural é obra de católicos, teólogos, moralistas e religiosos”), preocuparam-se em “saber onde ancorar o Direito, na ausência de regras positivas”, partindo-se, desde Grócio, do Direito Internacional Público, o Direito das Gentes, saber específico do Direito onde se pudesse talvez encontrar “princípios que se imponham ao respeito de todos”.⁷

A propósito, segundo Jaucourt, “o direito natural é o sistema das leis naturais, aquelas que Deus impõe a todos os homens e que eles podem descobrir através das luzes de sua razão, considerando atentamente sua natureza e seu estado”.⁸

No entanto, a partir do século XX, como se fora num *revival* da escolástica e da metafísica, “caí-se na conta de que o Direito não pode prescindir de princípios orientadores e de que, para os aplicar, é preciso reconhecê-los como anteriores ao Direito positivo”.⁹

Com razão Geovane Peixoto, ao anotar que o *jusnaturalismo*

[...] defendia, como corrente *jusfilosófica*, um reconhecimento entre o direito e a moral, marcando a história do ser humano até o advento da modernidade, determinando as marcas características do reconhecimento do homem como titular de direitos, pela sua própria natureza, já em uma vertente moderna. Após a decadência desta construção teórica, com o advento de um novo paradigma (o *juspositivismo*) modifica-se a base jurídica e filosófica dos direitos humanos/fundamentais.¹⁰

De toda maneira, e não sendo o objetivo deste artigo traçar um histórico sobre as teorias do Direito Natural, sintetiza-se, com Bobbio, para afirmar que “a esfera do direito natural limita-se àquilo que se demonstra *a priori*; aquela do direito positivo começa, ao contrário, onde a decisão sobre se uma coisa constitui, ou não, direito depende da vontade de um legislador”.¹¹

A propósito, na literatura mundial talvez não haja obra mais marcante sobre o tema do que *Antígona*, de Sófocles, afinal, conforme notou Sérgio Buarque de Holanda, “ninguém exprimiu com mais intensidade do que Sófocles, a oposição, e mesmo a incompatibilidade fundamental”, entre família e Estado.¹² Como escreveu o sociólogo, autor do clássico *Raízes do Brasil*,

Creonte encarna a noção abstrata, impessoal da Cidade em luta contra essa realidade concreta e tangível que é a família. *Antígona*, sepultando Políniche contra as ordenações do Estado, atrai sobre si a cólera do irmão¹³, que não age em nome de sua vontade pessoal, mas da suposta vontade geral dos cidadãos, da pátria.¹⁴

Assim, “o conflito entre Antígona e Creonte é de todas as épocas e preserva-se ainda em nossos dias”.¹⁵

Por fim, e para concluir esta introdução, faz-se uma distinção entre o liberalismo clássico e o que se convencionou chamar, desde o século passado, de neoliberalismo,

[...] precisamente o desenvolvimento da lógica do mercado como lógica normativa generalizada, desde o Estado até o mais íntimo da subjetividade. (...) Muitos psicanalistas dizem receber no consultório pacientes que sofrem de sintomas que revelam uma nova era do sujeito. Esse novo estado subjetivo é frequentemente referido na literatura clínica como a ‘era da ciência’ ou o ‘discurso capitalista’.¹⁶

O ESTADO DE DIREITO LIBERAL

Com a Revolução Francesa, e a ascensão histórica da burguesia, começa a se delinear com mais precisão as ideias e os ideais do Estado de Direito Liberal, consolidando-se os princípios e os postulados do liberalismo clássico. Sem dúvidas, conforme Bonavides, com a Revolução, “a burguesia, classe dominada a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social”.¹⁷

Neste aspecto, muito pertinente é a observação de Huberman:

[...] foi essa classe média, a burguesia, que provocou a Revolução Francesa, e que mais lucrou com ela. A burguesia provocou a Revolução porque tinha de fazê-lo. Se não derrubasse seus opressores, teria sido por eles esmagada. (...) Não desejando ser asfixiada até morrer penosamente, a classe média burguesa que surgia tratou de fazer com que a casca (toda a sociedade feudal decadente e corrupta) fosse rompida.¹⁸

Com efeito, como observa Hobsbawm, “entre todas as revoluções contemporâneas, a Revolução Francesa foi a única ecumênica. Seus exércitos partiram para revolucionar o mundo; suas ideias de fato o revolucionaram”, tendo sido, diferentemente de todos os outros marcos revolucionários – e na visão do historiador egípcio –, um acontecimento histórico único, ocasionando, inclusive, outros movimentos revolucionários “que levaram à libertação da América Latina depois de 1808”, tendo fornecido “o padrão para todos os movimentos revolucionários subsequentes”. Este autor faz questão de ressaltar que, com isso, não estava

[...] subestimando a influência da Revolução Americana, pois, sem dúvida, ela ajudou a estimular a Revolução Francesa, e, em um sentido mais estreito, forneceu modelos constitucionais – competindo e às vezes se alternando com a Revolução Francesa – para vários Estados latino-americanos e inspiração para movimentos democrático-radicais de tempos em tempos.¹⁹

Aliás, a propósito, a Revolução Americana foi influenciada por muitos autores do iluminismo, especialmente John Locke, para quem

[...] a maioria tem o direito de fazer valer seu ponto de vista e, quando o Estado não cumpre seus objetivos e não assegura aos cidadãos a possibilidade de defender seus direitos naturais, os cidadãos podem e devem fazer uma revolução para depô-lo.²⁰

Voltando à França, ressalta-se que, em que pese a genuína formulação teórica e prática (revolucionária), os burgueses franceses, subindo ao Poder, já não mais se interessaram “em manter na prática a universalidade daqueles princípios, como apanágio de todos os homens”, sustentando-os apenas formalmente, “uma vez que no plano de aplicação política eles se conservam, de fato, princípios constitutivos de uma ideologia de classe”.²¹

Afinal, a ambição (*a auri sacra fames*), como dizia Weber, “é tão velha quanto a história da humanidade que conhecemos”. Segundo Weber:

A ordem econômica capitalista é um imenso cosmos em que o indivíduo já nasce dentro e que para ele, ao menos enquanto indivíduo, se dá como um fato, uma crosta que ele não pode alterar e dentro da qual tem que viver. Esse cosmos impõe ao indivíduo, preso nas redes do mercado, as normas de ação econômica.²²

Assim, “o fabricante que insistir em transgredir essas normas é indefectivelmente eliminado, do mesmo modo que o operário que a elas não possa ou não queira se adaptar é posto no olho da rua como desempregado”.²³

Aliás, os propósitos iniciais da Revolução Francesa, iluministas e libertários por excelência, foram, ao longo da Revolução, paulatinamente esquecidos, numa batalha fratricida, culminando no período de terror que manchou, indelevelmente, e para sempre, a memória dos protagonistas daquela história. Os ideais revolucionários e iluministas foram, finalmente, derrotados por um “país faminto e anárquico, afligido pela discórdia civil e pela guerra com potências estrangeiras”.²⁴

Sobre o Estado de Direito Liberal, correta é a observação de Miguel Calmon Dantas, segundo a qual se trata da

[...] institucionalização de um Estado que não almeja a intervenção sistemática na ordem econômica, abstendo-se da formulação de políticas econômicas que deveriam resultar de um planejamento voltado ao direcionamento da economia para o atendimento de determinadas finalidades.²⁵

Para o jurista baiano:

O Estado Liberal propiciou a incorporação e exaltação dos princípios basilares que eram necessários para a institucionalização do sistema econômico capitalista, consistentes na liberdade econômica, na livre concorrência e na propriedade privada dos bens de produção.²⁶

Do ponto de vista estritamente constitucional, como bem observa Miguel Calmon Dantas, no Estado de Direito Liberal “não havia uma constituição

econômica expressa, abstendo-se o Estado de regular e dirigir as relações travadas no sistema econômico”.²⁷

Quanto aos seus objetivos mais proeminentes, destacam-se aqueles com caráter externo

[...] à sociedade civil e ao mercado, não cabendo ao Estado neles intervir, notadamente no mercado, mas apenas garantir as condições externas para que os agentes econômicos se desenvolvessem amplamente segundo suas próprias forças e os princípios regulativos que lhe são inerentes. [De uma tal maneira que] ao Estado caberia a segurança contra fatores externos, mantendo a unidade e a soberania da nação, como também diante de fatores internos de desagregação, resguardando a propriedade e as liberdades pela proteção da esfera privada mediante o poder de polícia e a ordem pública.²⁸

Aqui, imprescindível citar a obra do escocês Adam Smith, considerado o principal teórico do liberalismo econômico clássico, e um dos pensadores mais importantes da história contemporânea. Sua obra, para além da economia, influenciou diretamente outras áreas do conhecimento, tais como a ética, a educação, a sociologia e a ciência política.²⁹ Além de Smith, faz-se referência a pensadores liberais importantes como Hayek, Popper, Friedman e tantos outros filósofos e economistas, especialmente aqueles que, em 1947, fundaram a Mont Pèlerin Society, organização internacional ícone do liberalismo clássico.³⁰

Pois bem.

A “Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos”, promulgada em 5 de fevereiro de 1917, pode ser considerada um dos marcos legais que caracterizam a transição, ao menos do ponto de vista constitucional, do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social.

Com efeito, segundo anota Comparato, a sua “fonte ideológica foi a doutrina anarcossindicalista, que se difundiu no último quartel do século XIX em toda a Europa, mas principalmente na Rússia, na Espanha e na Itália”, especialmente a partir do pensamento de Mikhail Bakunin.³¹ Como se sabe, o russo Bakunin foi, certamente, o principal teórico da doutrina anarquista, sendo um dos fundadores da tradição social anarquista. Bakunin

[...] muito influenciou Ricardo Flore Magón, líder do grupo Regeneración, que reunia jovens intelectuais contrários a ditadura de Porfirio Díaz. O grupo lançou clandestinamente, em 1906, um manifesto de ampla repercussão, no qual se apresentaram as propostas que viriam a ser as linhas-mestras do texto constitucional de 1917: proibição de reeleição do Presidente da República (Porfirio Díaz havia governado mediante reeleições sucessivas, de 1876 a 1911), garantias para as liberdades individuais e políticas (sistematicamente negadas a todos os opositores do presidente-ditador), quebra do poderio da Igreja Católica, expansão do sistema de educação pública, reforma agrária e proteção do trabalho assalariado.³²

Nada obstante a legitimidade e o espírito revolucionário do ideário mexicano, é certo que este novo constitucionalismo (de feição dirigente e

programática) “produziu um efeito político exatamente contrário ao objetivo visado”, criando-se uma

[...] sólida estrutura estatal, independente da figura do chefe de Estado, ainda que a Constituição o tenha dotado de poderes incomensuravelmente maiores do que o texto constitucional norte-americano atribuiu ao presidente da república. [Assim], o ideário anarquista de destruição de todos os centros de poder engendrou contraditoriamente, a partir da fundação do Partido Revolucionário Institucional em 1929, uma estrutura monocrática nacional em substituição à multiplicidade de caudilhos locais. A Carta Política mexicana de 1917 foi a primeira a atribuir aos direitos trabalhistas a qualidade de direitos fundamentais, juntamente com as liberdades individuais e os direitos políticos (arts. 5º e 123).³³

Obviamente que este fato não pode fazer *tabula rasa* desse importante precedente histórico, “pois na Europa a consciência de que os direitos humanos têm também uma dimensão social só veio a se firmar após a grande guerra de 1914-1918, que encerrou de fato o ‘longo século XIX’”.³⁴

Efetivamente, agora na Europa, a Constituição de Weimar, em 1919,

[...] trilhou a mesma via da Carta mexicana, e todas as convenções aprovadas pela então recém-criada Organização Internacional do Trabalho, na Conferência de Washington do mesmo ano de 1919, regularam matérias que já constavam da Constituição mexicana: a limitação da jornada de trabalho, o desemprego, a proteção da maternidade, a idade mínima de admissão nos trabalhos industriais e o trabalho noturno dos menores na indústria.³⁵

Importante salientar, outrossim, que:

Entre a Constituição mexicana e a *Weimarer Verfassung*, eclode a Revolução Russa, um acontecimento decisivo na evolução da humanidade do século XX. O III Congresso Pan-Russo dos Sovietes, de Deputados Operários, Soldados e Camponeses, reunido em Moscou, adotou em 4 (17) de janeiro de 1918, portanto antes do término da 1ª Guerra Mundial, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado. Nesse documento são afirmadas e levadas às suas consequências, agora com apoio da doutrina marxista, várias medidas constantes da Constituição mexicana, tanto no campo socioeconômico quanto no político.³⁶

A transição do Estado de Direito Liberal para o Estado de Direito Social, nada obstante fincar origens anteriormente (como se viu), sem dúvidas teve seu marco legal estabelecido a partir de 1930, quando a Alemanha

[...] sofreu uma crise econômica e social acentuada, dando ensejo à progressiva concentração de poder e ao aprofundamento do positivismo jurídico formalista, reduzindo-se o Estado de Direito Liberal a um mero sentido técni-

co, dando azo ao surgimento do regime que se manteve até fins da Segunda Guerra Mundial, cujas atrocidades discrepam profundamente do quanto constitucionalmente estabelecida e que defluía da solidariedade, da dignidade, da igualdade material e, finalmente, do próprio sentido republicano.³⁷

Por fim, fazemos referência também à expressão francesa *laissez-faire, laissez-passer*, como significante mais adequado – digamos assim – para o liberalismo econômico, segundo o qual o mercado deve funcionar livremente, sem interferência estatal, apenas confiando na “mão invisível” de que falara Adam Smith. Evidentemente, hoje, tal expressão não serve mais para caracterizar plenamente o liberalismo, pois outros conteúdos “tomaram maior consistência, como a indissolúvel relação entre Liberalismo e democracia ou a redescoberta da função da religião como antídoto contra o materialismo da sociedade opulenta”.³⁸

O ESTADO DE DIREITO SOCIAL

Com o constitucionalismo do século XIX começa a se delinear as primeiras ideias e as concepções iniciais de um novo modelo de Estado, com a promulgação de constituições “cada vez mais exigentes de conteúdo destinado a fazer valer objetivamente as liberdades concretas e dignificadoras da personalidade humana”.³⁹

O Estado de Direito Social caracteriza-se pela concepção da chamada Questão Social, que se revela “como uma decorrência estrutural do sistema econômico capitalista, fundando na economia de livre mercado, dirigida pelo poder econômico, governado pelo lucro e pela acumulação de capital”, e não apenas, como poderia parecer a princípio, numa visão mais simplista, “por um conjunto de problemas sociais que são coetâneos e próprios de determinadas épocas”, tratando-se

[...] de um problema relativo às próprias estruturas das relações sociais, derivadas da adoção do sistema econômico capitalista, exprimindo ainda uma auto representação da coletividade como sociedade, em que os vínculos sociais são frouxos e efêmeros, governados os indivíduos pelos intentos egoísticos próprios do individualismo.⁴⁰

Na economia, prevalecem as ideias do economista britânico John Maynard Keynes que, definitivamente, foi um dos pensadores mais importantes para a formulação de uma teoria e prática da macroeconomia moderna que, sistematizadas (as ideias), deram origem à escola de pensamento conhecida como keynesianismo, adotadas pelas principais potências econômicas do Ocidente, no período do pós-guerra.

Também é de se salientar o Princípio da Solidariedade, que possui

[...] um conteúdo jurídico que embasa a noção de comprometimento comunitário apenas pelo fato natural de pertencimento à determinada comuni-

dade, impositivo do vínculo jurídico de partilhar e participar de fins e interesses de todos sem o desejo de contraprestação ou benefício específico em caráter de retribuição ou contraprestação, [não se reduzindo] à inspiração apenas e tão-somente dos direitos fundamentais de terceira dimensão, os coletivos e os difusos, possuindo.⁴¹

Este princípio busca estabelecer as bases teóricas (e também pragmáticas) de uma sociedade verdadeiramente justa, onde se permita, conforme Piketty, ao conjunto de seus membros ter acesso aos bens fundamentais da forma mais extensa possível, tais como a educação e a saúde, além de permitir a participação mais completa do cidadão nos mais diversos âmbitos da vida social, cultural, econômica, cívica e política, não significando necessariamente, como admite o economista francês, que uma sociedade justa seja absolutamente uniforme e igualitária.⁴²

Sob o aspecto constitucional, no Estado de Direito Social prevalecem as

[...] constituições econômicas de feição dirigente por força das normas programáticas que lhe são comuns. Disso se verifica que o constitucionalismo social instituidor do Estado Social como expressão do consenso tácito proveniente de uma comunidade acerca da responsabilidade pela promoção de determinado estado pertinente à superação da Questão Social e à integração entre capital e trabalho encerra um caráter utópico, que o habilita não apenas a uma crítica do *status quo*, mas a promover a transformação das estruturas sociais subjacentes, projetando as utopias na crítica do *status quo*, como ocorrido anteriormente durante o *jusnaturalismo*.⁴³

Importante destacar, ainda que *en passant*, o conjunto de programas implementados nos Estados Unidos entre 1933 e 1937, sob o governo do Presidente Franklin Delano Roosevelt, com o objetivo de recuperar e reformar a economia norte-americana, além de auxiliar os prejudicados pela Grande Depressão. Deu-se a esta série de medidas econômicas e sociais o nome New Deal, inspirado em Square Deal, nome dado por Theodore Roosevelt à sua política econômica. Conforme Miguel Dantas:

O *New Deal* se fundava na compreensão de que, mesmo aquelas vozes insubordinadas em face da intervenção do Estado, dela dependiam substancialmente. Assim, o problema do *laissez-faire* não é ser injusto para os pobres, mas ser uma inadequada descrição de qualquer sistema liberal, inclusive do livre mercado, eis que tanto o mercado quanto a riqueza dependem do governo. Para ensejar a construção do *Welfare State* seria imprescindível, além de uma nova concepção acerca dos direitos, que demonstrasse a insuficiência do *common law* como sua fonte e que denotasse a necessidade tanto das liberdades como dos novos direitos sociais dependerem da ação estatal, uma reestruturação da relação entre o governo federal e os Estados, como também a inserção de vários atores no processo de intervenção do Estado, com a ampliação das suas funções.⁴⁴

Também importante fazer referência ao Plano Marshall, elaborado pelo democrata Truman, nos Estados Unidos, no pós-guerra (1947), além do *Troubled Asset Relief Program*, aprovado pelo Congresso americano, após a bolha imobiliária que assolou a economia americana, em 2008, época na qual o parlamento norte-americano era controlado pelo Partido Democrata.⁴⁵

Por fim, do ponto de vista democrático, destaca-se que no Estado de Direito Social deve prevalecer a ideia de uma democracia participativa (mais do que a democracia semidireta), significando uma nova gramática de organização da sociedade e da relação entre o Estado e a sociedade. Trata-se de uma visão não hegemônica da democracia – nos termos do pensamento de Boaventura de Souza Santos -, representando uma verdadeira e legítima forma de romper (positivamente) com tradições estabelecidas pelas visões hegemônicas sobre a democracia, estabelecendo-se novas determinações, novas normas e novas leis no sistema político, jurídico e econômico de uma nação.⁴⁶

Neste sentido, Boaventura critica inclusive a posição de Habermas – segundo a qual “a esfera pública seria um espaço no qual indivíduos (mulheres, negros, trabalhadores, minorias raciais) podem problematizar em público uma condição de desigualdade na esfera privada” -, afirmando que o pensamento habermasiano “tende a se concentrar em uma proposta de democracia para certos grupos sociais e para os países do Norte”.⁴⁷

Numa democracia efetivamente participativa, concebe-se os movimentos sociais como forma de transformação de práticas dominantes, pelo aumento da cidadania e pela inserção na política de atores sociais excluídos, inclusive e principalmente como uma forma de libertação do colonialismo (como ocorreu na Índia, em Moçambique e na África do Sul), ou mesmo como um ideal de democratização (exemplos de Brasil, Portugal e Colômbia).

O jurista português cita expressamente, no caso brasileiro, os arts. 14, III e 29, XII e XIII, ambos da Constituição da República, além das experiências com o estabelecimento do orçamento participativo em Porto Alegre e Belo Horizonte.

Para Boaventura de Souza Santos, a democracia representativa possui algumas características marcantes que levam ao fortalecimento de uma visão eurocêntrica e hegemônica da própria ideia democrática; neste sentido, segundo ele, seria uma forma de privatização do bem público por elites mais ou menos restritas, além de estabelecer uma distância crescente entre representantes e representados, priorizar a acumulação de capital em relação à redistribuição social e limitar a participação cidadã para não “sobrecarregar” o regime democrático com demandas sociais (“sobrecarga democrática”).

Então, ele aponta o que seria “a crise da dupla patologia, a patologia da participação (tendo em vista o aumento dramático do abstencionismo) e a patologia da representação, em razão dos cidadãos considerarem-se cada vez menos representados por aqueles que elegeram”.⁴⁸

Assim, para a superação desta crise democrática, impõe-se a possibilidade da participação ampliada de atores sociais de diversos tipos no processo de tomada de decisões,

[...] protagonizada por comunidades e grupos sociais subalternos em luta contra a exclusão social e a trivialização da cidadania, mobilizados pela aspi-

ração de contratos sociais mais inclusivos e de democracia de mais alta intensidade, tratando-se de iniciativas locais, em contextos rurais ou urbanos, em diferentes partes do mundo, que vão desenvolvendo vínculos de interconhecimento e de alteração com iniciativas paralelas.⁴⁹

O jurista português, nada obstante, aponta o que ele chama de vulnerabilidades e ambiguidades da democracia participativa, que é o perigo da cooptação ou a integração pelas elites metropolitanas, citando, então, para exemplificar, o caso brasileiro:

O ativismo social dos empresários brasileiros contra a exclusão social mostra como o ideal da participação da sociedade civil pode ser cooptado por setores hegemônicos para cavalgar o desmonte das políticas públicas, sem o criticar, e, pelo contrário, aproveitando-o para realizar uma operação de 'marketing social'.⁵⁰

Para a implementação efetiva e gradual da democracia participativa, aponta-se três teses, a saber:

1. Fortalecimento da demodiversidade, com a coexistência pacífica ou conflituosa de diferentes modelos e práticas democráticas. Para ele:

Se a democracia tem um valor intrínseco e não é uma mera utilidade instrumental, esse valor não pode mais se assumir como universal. A modernidade ocidental pode coexistir com outras em um mundo que agora se reconhece como multicultural, não podendo reivindicar a universalidade dos seus valores.⁵¹

Para isso, é necessário que o sistema político abra mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas, devendo existir uma combinação entre democracia participativa e democracia representativa, seja pela coexistência, seja pela complementaridade;

2. Fortalecimento da articulação contra-hegemônica entre o local e o global, pois

[...] experiências alternativas bem-sucedidas precisam ser expandidas para que se apresentem como alternativas ao modelo hegemônico, sendo fundamental para o fortalecimento da democracia participativa, a passagem do contra-hegemônico do plano local para o global.⁵²

3. Ampliação do experimentalismo democrático, a partir de “novas gramáticas sociais” (histórica, social e cultural).⁵³

CONCLUSÃO

Quando este texto foi escrito o mundo ainda não sabia (como ainda não sabe) quando vai acabar a pandemia e, no Brasil, segundo a comunidade

científica, talvez nem sequer se atingira o pico da doença, e o nosso país já registrava milhares de mortes pelo coronavírus. Vê-se, não com entusiasmo, mas com um triste olhar de confirmação – como agora os homens (neoliberais) do mercado agitam-se e imploram ajuda ao Estado, esquecendo-se de se socorrerem da “mão invisível”, de Smith.⁵⁴

Dessa vez – como, aliás, deu-se em outras crises – o liberalismo econômico fracassou na sua missão de (livremente) regular o mercado e as relações socioeconômicas, dando-se como se fosse um pedido de socorro do Estado Liberal ao Estado Social. Aliás, foi exatamente assim que ocorreu, como já vimos outrora, especialmente nas crises de 1929, 1947 e 2008, para se referir apenas às catástrofes mais conhecidas e mais citadas na literatura contemporânea.

Hoje, como se vê mais uma vez, o mercado está nu!, tal como o rei só visto pela criança de Andersen, surgida de súbito dentre os súditos enquanto o tolo do rei desfilava sem roupas.⁵⁵ Nada obstante, receia-se que o mercado, ainda que saiba que a criança tem sempre razão e olhos só dela, continue exibindo-se desavergonhadamente como aquele mesmo rei da história, e mais indiferente do que nunca. Afinal, urge que continue o desfile, ainda que à custa da miséria e de milhões de vidas humanas.

É preciso aprender com os fatos históricos do passado, afinal,

[...] hoje os fragmentos do passado humano reunidos em nossa mente e em nossos livros pelo trabalho de muitas gerações, começam, aos poucos, a se encaixar num quadro consistente da história e do universo humano em geral, [afinal] o presente ilumina a compreensão do passado e a imersão neste ilumina o presente.⁵⁶

Não podem ser esquecidos aqueles fatos pretéritos, até para que, aprendendo com eles, não sejam repetidos os erros do passado, afinal “fazer história significa construir pontes entre o passado e o presente, observando ambas as margens e agindo nas duas”.⁵⁷

De toda maneira, esperemos que esta tragédia represente, como diria Canotilho (ainda que em outro contexto, obviamente), uma viragem histórica para a humanidade, e que não continuemos a ser “apenas mais um tijolo na parede”⁵⁸, tampouco aguardemos os últimos instantes para lembrarmos do nosso *Rosebud*, aquele velho trenó que Kane recordou momentos antes de morrer, e que lhe proporcionara, talvez, a sua única fase verdadeiramente feliz em toda a vida.⁵⁹

Esta crise mostra-nos como “no mundo muita coisa ainda está inconclusa”. E, exatamente por isso, é preciso “velejar em sonhos, sonhos diurnos, muitas vezes do tipo totalmente sem base na realidade”. Essa capacidade própria de nós, seres humanos, homens e mulheres, é que nos faz termos – e só a nós – a extraordinária capacidade de “fabular desejos e entrar em eferescência utópica, movendo-se os sonhos”.⁶⁰

E, afinal, a casa (para quem a tem), presos como estamos nela, não deixa de ser um exílio (como uma categoria metafísica) e, “se há algo de bom no exílio, é o fato de ensinar a humildade, lição suprema dessa virtude”.⁶¹ 

NOTAS

- 1 BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972, p. 2.
- 2 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 3.
- 3 MILL, Stuart. *Ensaio Sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Escala, 2006, p. 109.
- 4 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 3.
- 5 SCRUTON, Roger. *O que é conservadorismo*. São Paulo: É Realizações, 2015, p. 302.
- 6 BONAVIDES, Paulo. Idem.
- 7 LECLERCQ, Jacques. *Do Direito Natural à Sociologia*. São Paulo: Duas Cidades, p. 27.
- 8 DIDEROT, Denis e D'ALEMBERT, Jean le Rond. *Enciclopédia ou Dicionário Razoado das Ciências, das Artes e dos Ofícios*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, p. 217 (volume 4).
- 9 LECLERCQ, Jacques. *Do Direito Natural à Sociologia*. São Paulo: Duas Cidades, p. 31.
- 10 PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 214.
- 11 BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995, p. 22. Aqui, Bobbio estabelece seis critérios distintivos entre o direito natural e o direito positivo, a saber: a) universalidade/particularidade, isto é, enquanto o direito natural vale em toda parte, o direito positivo fica circunscrito; b) imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável e o direito positivo é mutável; c) *natura/potestas populus*: o direito natural vem da natureza e direito positivo da construção do povo; d) *ratio/voluntas*: o direito natural decorre da razão e o direito positivo da vontade do legislador; e) comportamentos regulados por um e por outro, pois, no direito natural os comportamentos podem ser bons e maus em si mesmos, ao passo que no direito positivo são indiferentes em si mesmo, mas, quando regulados, conservam a obrigatoriedade; por fim, o critério bom/útil: o direito natural estabelece aquilo que é bom e o direito positivo aquilo que é útil.
- 12 Na famosa tragédia, Antígona, a filha de Édipo, irmã de Polinices e de Etéocles, todos filhos e filhas do casamento incestuoso de Édipo com Jocasta, vê-se diante de um dilema que, no fundo, é da humanidade: obedecer as ordens dos homens (Estado) ou dos deuses? Antígona desafia Creonte, o rei: "Enterro meu irmão. Farei a minha parte. Poderão me matar, mas não dizer que eu o traí. Eu vou enterrar o nosso irmão. E me parece bela a possibilidade de morrer por isso. Devo respeitar mais os mortos do que os vivos, pois é com eles que vou morar mais tempo. Não é por não ter medo que tomo esta atitude. A minha loucura e a minha imprudência velam a honra de um morto querido. Arriscando-me por ele não corro o risco de uma morte inglória. A tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram. Não, eu não iria arriscar o castigo dos deuses para satisfazer o orgulho de um pobre rei". (SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015).
- 13 Na verdade, tanto no ciclo de tragédias de Sófocles, quanto na mitologia que lhe deu origem, Creonte é tio de Antígona, e não seu irmão.
- 14 HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 141.
- 15 HOLANDA, Sérgio Buarque de. Idem.
- 16 DARDOT, Pierre e LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo – Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 34-321.
- 17 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 5.
- 18 HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 159.
- 19 HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789 – 1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 100.
- 20 KARNAL, Leandro... (et al.). *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2011, p. 81.
- 21 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 5.
- 22 WEBER, Max. *A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, pp. 47, 48 e 50.

- 23 WEBER, Max. Idem.
- 24 SCURR, Ruth. *Pureza Fatal – Robespierre e a Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009, p. 281. “Com a mente macabra e infestada de campos de batalha, o coração furioso de mágoa, os olhos enlouquecidos pelos parisienses famintos, revoltados e destituídos, e os ouvidos zunindo com os relatos da revolta monarquista e católica nas províncias, Danton fez algo pelo que, um ano mais tarde, pediria perdão aos pés da guilhotina. Ele persuadiu a Convenção a reinstaurar o Tribunal Revolucionário (que havia sido já dissolvido no início do julgamento do rei), com poderes extraordinários de condenar pessoas à morte, sendo apoiado integralmente por Robespierre, que ainda propôs que a pena de morte fosse aplicada a todo tipo de ato contrarrevolucionário. Após um longo debate, o projeto quase havia sido descartado quando, próximo da meia-noite, Danton subiu apressadamente à tribuna e, sob a luz de velas, de forma nefasta, avisou aos colegas exaustos que não restava mais qualquer alternativa ao Tribunal, exceto um banho de sangue nas ruas”. O que ele não imaginara, certamente, é que, doze meses depois, ele mesmo seria a vítima do tribunal de exceção. Antes de ser executado na guilhotina, disse: “Há doze meses propus esse Tribunal infame, por meio do qual morremos e pelo qual imploro pelo perdão de Deus e dos homens”. (p. 281).
- 25 DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 145-146.
- 26 DANTAS, Miguel Calmon. Idem.
- 27 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, p. 149.
- 28 DANTAS, Miguel Calmon. Idem.
- 29 O seu livro *A Riqueza das Nações é apontado por muitos como o marco teórico do liberalismo econômico e da economia de mercado*. Nele encontra-se formulado um conjunto de novos conceitos e ideias que transformariam radicalmente o pensamento sobre a economia política.
- 30 “Após a Segunda Guerra Mundial, em 1947, quando muitos dos valores da civilização ocidental estavam ameaçados, 36 acadêmicos, principalmente economistas, com alguns historiadores e filósofos, foram convidados pelo professor Friedrich Hayek a se reunir em Mont Pelerin, perto de Montreux, na Suíça. O estado e o possível destino do liberalismo (no seu sentido clássico) no pensamento e na prática. O grupo se descreveu como a Sociedade Mont Pelerin, após o local da primeira reunião. Enfatizou que não pretendia criar uma ortodoxia, formar-se ou alinhar-se com nenhum partido ou partidos políticos, ou conduzir propaganda. Seu único objetivo era facilitar o intercâmbio de ideias entre estudiosos com ideias semelhantes, na esperança de fortalecer os princípios e práticas de uma sociedade livre e estudar o funcionamento, virtudes e defeitos dos sistemas econômicos orientados para o mercado. Os membros, que incluem altos funcionários do governo, ganhadores do Prêmio Nobel, jornalistas, especialistas em economia e finanças e juristas de todo o mundo, se reúnem regularmente para apresentar a análise mais atual de ideias, tendências e eventos”. *SOCIETY, The Mont Pèlerin*. Disponível em: <https://www.montpelerin.org/>. Acesso em 09 de julho de 2020.
- 31 COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em 09 de julho de 2020.
- 32 COMPARATO, Fábio Konder. Idem.
- 33 COMPARATO, Fábio Konder. Idem.
- 34 COMPARATO, Fábio Konder. Idem.
- 35 COMPARATO, Fábio Konder. Idem.
- 36 COMPARATO, Fábio Konder. Idem.
- 37 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, p. 214.
- 38 BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 688.
- 39 BONAVIDES, Paulo. Obra citada, p. 7.
- 40 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, p. 179.
- 41 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, p. 185. Sobre o conceito de Direitos sociais, indispensável a leitura de Luigi Ferrajoli, *Principia Iuris: Teoria del Diritto e Della Democrazia*. Roma: Editori Laterza, 2007 (especialmente a partir da p. 742 do primeiro volume: Teoria del Diritto).
- 42 PIKETTY, Thomas. *Capital i Ideologia*. Barcelona: Edicions 62, 2019, p. 1131 (tradução livre).

- 43 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, pp. 149 – 187.
- 44 DANTAS, Miguel Calmon. Obra citada, p. 217.
- 45 Este “Programa de Alívio de Ativo Problemático” previa a liberação de 700 bilhões de dólares em ajuda para os bancos. No seu anúncio, em 24 de setembro de 2008, disse o republicano George W. Bush: “Eu acredito muito na livre iniciativa, por isso o meu instinto natural é se opor a intervenção do governo. Eu acredito que as empresas que tomam más decisões devem sair do mercado. Em circunstâncias normais, eu teria seguido esse curso. Mas estas não são circunstâncias normais. O mercado não está funcionando corretamente. Houve uma perda generalizada de confiança, e grandes setores do sistema financeiro da América estão em risco”. (FREITAS, Bruno Alexandre. *Crise Financeira de 2008: você sabe o que aconteceu?*. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-financeira-de-2008/>. Acesso em 09 de julho de 2020).
- 46 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 51.
- 47 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Obra citada, p. 52.
- 48 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Obra citada, p. 42.
- 49 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Idem, p. 26.
- 50 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Idem, p. 64.
- 51 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Idem.
- 52 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Idem.
- 53 SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). Idem, pp. 77-78.
- 54 Veja, por exemplo, o que disse o presidente de uma grande empresa aérea: “Sem ajuda governamental a indústria não sobrevive. A depender de quanto tempo durar a crise, com demanda inexistente, as empresas chegarão em situação de insolvência absoluta. E aí vai precisar uma ajuda mais contundente. As empresas precisam ter acesso a crédito. E ele terá de vir de fundos públicos.” UOL Economia. São Paulo, 2020. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/22/setor-aereo-nao-sobrevive-sem-ajuda-do-governo-diz-presidente-da-latam.htm?fbclid=IwAR22At3khdY--bdgXHf7au2J0Y4thhfsWEEhBGp44YySuburrjNCBKg-4Q9wY>. Acesso em 26 de abril de 2020.
- 55 ANDERSEN, Hans Christian. *A roupa nova do Rei*. Conto de 1837.
- 56 ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 263 (volume 2).
- 57 SCHLINK, Bernhard. *O Leitor*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 198. Nesse romance, que trata muito bem as questões da culpa e da vergonha (adaptado para o cinema por Stephen Daldry, em 2008), Michael Berg, um jovem advogado, muito interessado no direito durante a época do Terceiro Reich, chega a uma conclusão a que também cheguei, há anos: “Era uma felicidade para mim ver como os artigos do código penal foram produzidos como guardiões solenes da boa ordem, transformando-as em leis que se esforçavam por ser belas e, com sua beleza, dar provas de sua verdade. Durante muito tempo acreditei que há um progresso na história do direito, apesar de terríveis retrocessos e passos para trás, um desenvolvimento em direção à maior beleza e à verdade, à racionalidade e à humanidade. Desde que me ficou claro o fato de tal crença ser uma quimera, trabalho com uma outra imagem do percurso da história do direito. Nessa imagem, o percurso ainda se orienta para uma meta, mas a meta de que se aproxima, após diversos abalos, desorientações e fanatismos, é o seu próprio ponto de partida, de onde, assim que o alcança, precisa partir novamente”. E pergunta, então, lembrando-se de Homero: “Ulisses não retorna para ficar, e sim para partir novamente. A Odisseia é a história de um movimento ao mesmo tempo em direção a uma meta e sem meta nenhuma, bem-sucedido e em vão. Em que a história do direito é diferente disso?”.
- 58 WATERS, Roger, “Another Brick In The Wall, Pt. 2”.
- 59 ORSON, Welles, “Citizen Kane” (1941).
- 60 BLOCH, Ernst. *O Princípio da Esperança*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 194.
- 61 BRODSKY, Joseph. *Sobre o Exílio*. Belo Horizonte: Âyiné, 2016, p. 21.

REFERÊNCIAS

- ANDERSEN, Hans Christian. *A roupa nova do Rei*. Conto de 1837.
- BLOCH, Ernst. *O Princípio da Esperança*. Rio de Janeiro: Contraponto, 2005, p. 194.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de Política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1997, p. 688.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico – Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo, Ícone, 1995, p. 22.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1972.
- BRODSKY, Joseph. *Sobre o Exílio*. Belo Horizonte: Âyiné, 2016, p. 21.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A Constituição Mexicana de 1917*. Disponível em <http://www.dhnet.org.br/educar/redeedh/anthist/mex1917.htm>. Acesso em 09 de julho de 2020.
- DANTAS, Miguel Calmon. *Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DAROT, Pierre e LAVAL, Christian. *A Nova Razão do Mundo – Ensaio sobre a sociedade neoliberal*. São Paulo: Editora Boitempo, 2016, pp. 34-321.
- DIDEROT, Denis e D'ALEMBERT, Jean le Rond. *Enciclopédia ou Dicionário Razoado das Ciências, das Artes e dos Ofícios*. São Paulo: Editora UNESP, 2015, p. 217 (volume 4).
- ELIAS, Norbert. *O Processo Civilizador: Formação do Estado e Civilização*. Rio de Janeiro: Zahar, 1993, p. 263 (volume 2).
- FREITAS, Bruno Alexandre. *Crise Financeira de 2008: você sabe o que aconteceu?. 2020*. Disponível em: <https://www.politize.com.br/crise-financeira-de-2008/>. Acesso em 09 de julho de 2020.
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era das Revoluções: 1789 – 1848*. São Paulo: Paz e Terra, 2011, p. 100.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 141.
- HUBERMAN, Leo. *História da Riqueza do Homem*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982, p. 159.
- KARNAL, Leandro... (et al.). *História dos Estados Unidos: das origens ao século XXI*. São Paulo: Contexto, 2011, p. 81.
- LECLERCQ, Jacques. *Do Direito Natural à Sociologia*. São Paulo: Duas Cidades.
- MILL, Stuart. *Ensaio Sobre a Liberdade*. São Paulo: Editora Escala, 2006, p. 109.
- ORSON, Welles, "Citizen Kane" (1941).
- PEIXOTO, Geovane. *Direitos Fundamentais, Hermenêutica e Jurisdição Constitucional*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2013, p. 214.
- PIKETTY, Thomas. *Capital i Ideologia*. Barcelona: Edicions 62, 2019, p. 1131 (tradução livre).
- SANTOS, Boaventura de Souza Santos (org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SCHLINK, Bernhard. *O Leitor*. Rio de Janeiro: Record, 2009, p. 198.
- SCRUTON, Roger. *O que é conservadorismo*. São Paulo: É Realizações, 2015, p. 302.
- SCURR, Ruth. *Pureza Fatal – Robespierre e a Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Editora Record, 2009, p. 281.
- SOCIETY, The Mont Pèlerin. Disponível em: <https://www.montpelerin.org/>. Acesso em 09 de julho de 2020.
- SÓFOCLES. *Édipo Rei*. Porto Alegre: L&PM Editores, 2015.
- UOL Economia. São Paulo, 2020. Disponível em <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2020/04/22/setor-aereo-nao-sobrevive-sem-ajuda-do-governo-diz-presidente-da-latam.htm?fbclid=IwAR22At3khdy--bdgXHf7au2J0Y4thfswEeHBGp4YySUBurrjNCBkg4Q9wY>. Acesso em 26 de abril de 2020.
- WATERS, Roger, "Another Brick In The Wall, Pt. 2".
- WEBER, Max. *A Ética Protestante e o "Espírito" do Capitalismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2018, p. 47, 48 e 50.

RÔMULO DE ANDRADE MOREIRA é Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia e Professor de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade Salvador – UNIFACS. Estudante de Jornalismo (UNIFACS) e Messtrando em Direito (UNIFACS). Especialista em Processo (UNIFACS) e pós-graduado, *lato sensu*, pela Universidade de Salamanca.

Violência contra a mulher: retrospectiva 2020

■ POR TAMMY FORTUNATO

“Como será 2021? Bem, dizem os astrólogos, que será um ano propício para relacionamentos, um ano de reconciliação com o amor. Que assim seja, que onde o amor e o respeito estejam presentes, o ódio não permaneça, porque uma coisa é certa: independente de estudos astrológicos, quem ama, respeita, cuida, zela. Quem ama, não machuca, não bate, não mata.”



Um ano atípico foi o que vivenciamos em 2020. Segundo a astrologia, um ano regido pelo sol, em que nada ficaria encoberto e muitas situações seriam reveladas, ocasionando uma grande mudança. Essas foram as previsões pelos estudiosos na área, feitas no apagar das luzes de 2019.

Bem, 2020 foi um ano que nos fez refletir sobre vários aspectos: econômico, profissional, saúde e, entre tantas coisas, trouxe à tona um assunto presente em boa parte da vida das pessoas, a violência contra a mulher.

Não que a violência cometida contra a mulher estivesse “acobertada”, “escondida”, até porque, desde os períodos mais remotos se tem notícias das violências sofridas pelas mulheres, principalmente no âmbito doméstico, chegando inclusive à prática da violência ser tolerada e aceita pela igreja católica.

A violência cometida contra as mulheres foi um dos assuntos mais comentados pela mídia no ano que passou, certamente porque houve um aumento significativo de relatos assustadores nesta temática.

Os astrólogos estavam certos, nada ficaria encoberto e as violências perpetradas contra as mulheres em seus lares, local em que deveriam se sentir mais protegidas, começaram a ser discutidas de modo mais enfático pela sociedade, buscando-se por mudanças e transformações.

O isolamento social fez crescer a convivência diuturna nos lares, acrescido de uma tensão ante a incerteza do dia seguinte. O consumo da ingestão de bebidas alcoólicas também foi uma crescente constatada durante a pandemia, resultando uma explosão nos índices de violência doméstica.

O álcool é ingerido muitas vezes como uma recompensa por um dia produtivo, como uma “válvula de escape” para um dia estressante, e até mesmo como uma forma de superar frustrações do dia-a-dia. No entanto, o consumo excessivo de álcool acaba diminuindo o chamado freio inibitório e, como consequência, encorajando o autor da violência a praticá-la.

É importante que a mulher tenha consciência de que a violência praticada contra ela, no momento em que o algoz estava alcoolizado, não ocorreu em virtude da ingestão da bebida, mas sim, pelo fato de ter sido encorajado a cometer a violência. O álcool não muda a personalidade das pessoas, simplesmente a aflora.

Durante a pandemia, em seu período mais severo de isolamento social, as mulheres se tornaram reféns de seus lares, convivendo com seus algozes e muitas vezes sem ter a quem recorrer, a quem pedir socorro, e a quem denunciar.

Os índices de registros¹ das ocorrências por violência doméstica caíram de modo significativo em todos os Estados da Federação durante os primeiros meses da pandemia, justamente por não terem como denunciar as agressões a que estavam sendo submetidas. As delegacias de polícia de muitas cidades, precisaram às pressas desenvolver um modo de atendimento *online* visando não deixar desacolhidas mulheres que tanto precisavam de ajuda.

A violência doméstica durante a pandemia foi sofrida em suas mais diversas facetas, por mulheres que até então não tinham experimentado tal sofrimento e, por tantas outras, que a tem como uma infeliz rotina.

Um dos primeiros sinais da violência doméstica é o isolamento da mulher, para que ela não tenha contato com familiares e amigos, justamente para que terceiros não percebam a violência sofrida pela mulher.

O isolamento social somado àquele provocado pelo autor da violência doméstica, foi a combinação perfeita ao início de práticas abusivas, à manutenção delas, ao aumento da frequência e à intensificação.

Mulheres não convivem com a violência doméstica porque gostam, como muitos pensam, mas sim, em virtude de dependência financeira e/ou emocional que têm. Mulheres que estão inseridas no triste ciclo da violência sofrem uma anestesia relacional, não conseguindo perceber o que acontece ao seu redor, guardando na memória apenas as boas lembranças.

Algumas pessoas questionam qual é o primeiro passo para sair de um relacionamento abusivo, e a resposta é muito simples, mas não fácil de ser percebida: reconhecer-se em um relacionamento abusivo, tanto como vítima, como autor da violência.

Muito se fala sobre o feminicídio, que inclusive teve um aumento nos índices² durante o período mais rigoroso da pandemia, mas este é só o auge da violência praticada contra a mulher, o ponto final de um ciclo de violência e, o que muitos desconhecem é que sim, o feminicídio é um crime prevenível em sua maioria.

Pouco se fala sobre prevenção e políticas públicas para que mais nenhuma mulher seja morta ou esteja a mercê de algum tipo de violência, principalmente no âmbito doméstico.

A COVID-19 serviu para mostrar um outro tipo de pandemia: a da violência praticada contra as mulheres, presente não só no Brasil – que ocupa a 5ª posição no ranking mundial – mas, infelizmente, em todo o mundo, não havendo um único país livre de tal brutalidade.

A violência contra as mulheres também está presente em todas as classes sociais, todas as raças, atingindo mulheres com os mais diversos níveis de escolaridade, que só desejam ser respeitadas, ser livres para expressar suas opiniões e desejos sem serem julgadas.

A violência cometida nos lares é silenciosa, causa vergonha, mas é preciso que cada vez mais a tornemos visível, inclusive para que desestimule o autor da violência a praticá-la.

Como será 2021? Bem, dizem os astrólogos, que será um ano propício para relacionamentos, um ano de reconciliação com o amor. Que assim seja, que onde o amor e o respeito estejam presentes, o ódio não permaneça, porque uma coisa é certa: independente de estudos astrológicos, quem ama, respeita, cuida, zela. Quem ama, não machuca, não bate, não mata. O amor e o ódio embora digam “andar” juntos, são muito diferentes.

Que 2021 seja um ano com uma quebra abrupta nos índices de violência contra a mulher, principalmente a violência cometida no âmbito doméstico. 

NOTAS

- 1 <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/dados-e-fontes/pesquisa/violencia-domestica-contra-a-mulher-na-pandemia-instituto-patricia-galvao-locomotiva-2020/>
- 2 <https://igarape.org.br/violencia-contra-mulheres-como-a-pandemia-calou-um-fenomeno-ja-silencioso/>

Vidas negras importam: o movimento racial e a busca pela isonomia substancial

■ POR FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO

“Embora traduza um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo ademais um dos valores centrais da ordem jurídico-constitucional, há muito a ser feito para que galguemos a colimada igualdade concreta, uma vez que, como asseverou Martin Luther King, aprendemos a voar como pássaros, a nadar como peixes, mas não a conviver como irmãos.”



PROPEDÊUTICA¹

Gênese axiológica

Consoante o perpassar da história, é possível pontuar que, desde as primevas eras, o direito fundamental à igualdade se fez presente – ainda que, timidamente, servindo: a) de lastro para o fomento das religiões; b) como pedra de toque para a Democracia Direta dos Gregos (Século de Péricles, entre VI e IV a.C.)² ou; ademais, c) como estofa para o exsurgir da *Magna Charta Libertatum*³, outorgada por João sem Terra, que trazia em seu bojo a afirmação de que nenhum homem (inclusive o rei) estaria acima da ordem legal.

Entrementes, é digno de nota que tão só no período das revoluções Liberais, em especial com a Revolução Francesa (1789-1799), que tal direito atingiu outro patamar.

Não por outra razão, debruçamo-nos sobre aquele momento histórico, muito bem retratado na obra *Les Misérables* (Victor Hugo) – que, de certa forma, exterioriza a realidade vivenciada, de maneira um pouco antecedente, pelo Padre francês Emmanuel Joseph Sieyès –, onde o alto clero (1º Estado) e a nobreza (2º Estado) participavam das deliberações políticas, que decidiam o norte do destino de toda nação, sem a participação da Burguesia-Povo (3º Estado), a quem sopesava uma alta incidência tributária.

Daí, a razão da Constituinte Burguesa (“O que é o Terceiro Estado? / *Qu’est-ce que le tier état?*”) que, escrita pelo próprio abade Sieyès, com estofa no *supreme power* de John Locke (Dois Tratados sobre o Governo) e no Contrato Social de Jean-Jacques Rousseau, proclamava a insurreição da Burguesia-Povo (3º Estado) para as decisões políticas que diziam respeito a sua própria sina.

Nesse passo, o direito à igualdade, já existente nos Estados Unidos da América (Declaração dos Direitos da Virgínia, de 1776), não tardou a aflorar.

No borbulhar da crise fiscal, somada a insatisfação emergente dos franceses com o rei Luís XVI (guilhotinado em 1793), a população (3º Estado), já inflamada com os ideais iluministas e com a obra de Sieyès, tomou a Bastilha⁴ e perpetrou a *Déclaration des Droits de l’Homme et du citoyen* (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão⁵), onde se trouxe a premissa de que “os homens nascem e são livres e iguais em direitos”⁶

Exsurgiu, deste modo, a chamada Teoria Paritária do direito à isonomia (igualdade formal). *Id est*, nasce o elucubrar de que todos os homens são iguais perante a lei⁷ – que foi mecanismo encontrado como forma de se contrapor ao absolutismo, até então, reinante.

Vale dizer. Com estofa no art. 6º da Declaração – “a lei é expressão da vontade geral (...). Ela deve ser a mesma para todos, seja para proteger, seja para

punir” –, passou-se a ter uma igualdade absoluta em termos jurídicos. Houve o debelar de uma sociedade pautada em privilégios hereditários e testamentais, traços do vetusto Regime da França pré-revolucionário⁸.

Dessa sorte, é translúcido que o tratamento legal há de ser igual para todos, independente das condições e circunstâncias pessoais (igualdade como imparcialidade). “Razão pela qual, nesta perspectiva, o princípio da igualdade de certo modo correspondia à exigência da generalidade e prevalência da lei, típica do Estado constitucional de matriz liberal”⁹.

Em síntese. Tal fato, além de ter se tornado um marco no estudo do Poder Constituinte, trouxe à baila uma luta pela igualdade, um dos *standards* da referida revolução (*Liberté, égalité, fraternité*) e que, posteriormente, nas palavras do tcheco Karel Vasak se tornou uma das dimensões¹⁰ (*in casu*, 2ª dimensão) dos direitos fundamentais.

Teoria Valorativa

Ocorre, entretanto, que a igualdade sempre foi um valor que andou de mãos dadas com a noção de justiça, muito embora com ela não se confunda¹¹.

De tal arte, ante uma sociedade plural e diversificada, notou-se que a igualdade perante a lei (Teoria Paritária), fruto da revolução francesa, trazia, por vezes, certas injustiças, haja vista que nem todos indivíduos apresentam as mesmas características naturais ou, ainda, encontram-se nas mesmas condições fáticas.

Em verdade, a isonomia formal, em vez de igualar, reforça a desigualdade que existe na vida, porquanto “dizer que todos devem lutar com suas armas é injusto quando as armas são de calibres tão diversos”¹².

Por este motivo, exuma-se das cinzas (tal qual a mitológica ave fênix¹³) a Aristotélica¹⁴ ideia de tratar o igual de forma igual e os desiguais de forma desigual, na medida da desigualdade; uma vez que desde aquele período a isonomia já se encontrava atrelada ao valor justiça – ao conceder algo a cada um de acordo com seus méritos e de exigir de cada um aquilo que sua capacidade e possibilidade permitiam¹⁵.

Como prelecionou Rui Barbosa, na Oração aos Moços, “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira igualdade.”, uma vez que “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”¹⁶

Ou seja, ao invés de uma igualdade absoluta em todos planos, exsurge uma Teoria Valorativa, apta a atingir uma igualdade fática¹⁷ (material) por intermédio de um dosador de diferenças – que traz em seu bojo uma função de “auxiliar a discernir entre desigualizações aceitáveis e desejáveis” daquelas “que são profundamente injustas e inaceitáveis.”¹⁸

Decerto, com a exigência de critérios razoáveis e justos (fins constitucionalmente protegidos), há uma compensação das desigualdades, sob o pálio da

premissa de que “se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então o tratamento igual é obrigatório”¹⁹.

Com essa tônica, e pelo fato de a isonomia ser um elemento estruturante do sistema global – conjugada dialeticamente com as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de direito democrático e social²⁰ –, o princípio da igualdade foi revalorado no plano internacional, de modo que a Teoria Valorativa foi inserida em diversos tratados e convenções (v.g. Declaração Universal de Direitos Humanos²¹, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos²², Convenção Americana de Direitos Humanos²³, etc), bem como, pelo efeito prisma, em diversas outras Constituições Nacionais²⁴.

DA INFORTUNA DISCRIMINAÇÃO²⁵

Nessa vertente, a igualdade, por ser um direito inerente a todo ser humano (como a liberdade²⁶), se tornou um direito fundamental. Até porque, trata-se de um valor indissociável à dignidade humana, vinculada a noção de que (de modo universal) todas as pessoas sejam tratadas com igual respeito e consideração.

Calha rememorar, contudo, que apesar da presente codificação do direito à igualdade em diversos ordenamentos pós-revolução francesa, historicamente, o ser humano tende a se vincular a diferenças, as empregando, inclusive, como fonte de discriminação (infelizmente!).

Tão só como recordação, é possível trazer à luz discriminações havidas (e, ainda, vividas) por motivos de religião²⁷ e sexo²⁸. Entretanto, é a questão racial que pretendemos enfrentar – e não só pelo funesto e recente episódio do assassinato de George Floyd, em 25 de maio do presente ano, que descortinou as maiores manifestações raciais desde a morte do Martin Luther King Júnior, igualmente morto.

Até porque, a discriminação racial é realizada com certa frequência até a presente data. De tão estrutural, arraigada nos costumes da população, muitas vezes passa despercebida. Isso quando não leva ao equivocado negacionismo. A falsa percepção de inexistência discriminatória – mesmo com a usual prática de abordagens violentas contra pessoas negras²⁹; com os olhares de maiores desconfianças dirigidos, por agentes de segurança, contra tal idiosincrasia ou, ainda, com deliberações judiciais que (em tempos atuais) destilam racismo institucional ao trazerem a questão da raça para asseverar a participação de determinada pessoa como integrante de organização criminosa³⁰.

Referida luta, portanto, externada pelo recente movimento “black lives matter” não é nova. Mas, com toda certeza, serve para trazer à tona mazelas pretéritas.

Nesse panorama, não há como olvidar o período da recente escravatura, onde africanos eram retirados coercitivamente de suas terras, de seus lares e do seio de sua família. Como mercadorias, atravessavam o Atlântico rumo ao novo mundo, onde seriam adquiridos (como se propriedades fossem) de acordo com sua procedência, idade ou, ainda, suas condições físicas e habilidades profissionais.

Em verdade, muitos aqui nem chegavam. Eram vitimados pelos tratos que recebiam dentro dos navios, uma vez amontoados em condições desumanas. Outros tantos, faleciam em razão de doenças, como o escorbuto (*scorbutus*), que além da tumefação purulenta das gengivas e dores nas articulações, causava a não cicatrização das feridas e hemorragias. Aos mortos, restava serem lançados ao mar.

Aos que aqui chegavam, a vida terrena se encontrava cheia de sacrifícios vindouros. É que, além do angustiante percurso até então realizado, os escravos em terra eram vendidos e segregados de seus companheiros de viagem ou do restante de suas famílias. Recebiam, a partir deste momento, destinos diferentes, mas com igual condição de vida: a desumana.

Eram, nessa vereda, submetidos a trabalhos forçados nas fazendas de cana ou nas minas de ouro. Sem períodos de descanso ou outras benesses, chegavam a trabalhar de quatorze a dezesseis horas corridas. Para dormir, restavam as senzalas, sujeitos ao frio, umidade e a pouca higiene. E, ademais, com o escopo de evitarem fugas, mal podiam se movimentar, uma vez que tinham que descansar acorrentados.

Aos “fracos”, que não suportavam as condições impostas, bem como aqueles que se contrapunham a este sistema, sobejava o castigo físico, geralmente perpetrado por açoites até que o escravo perdesse seus sentidos. Havia, ainda, outros mecanismos sancionatórios, como a tortura psicológica realizada pela máscara de flandres (que impedia os escravos de beberem) e a pena de morte.

Infeliz, de mais a mais, era a vida das escravas, pois, além da lida similar àquela já professada, muitas vezes eram subjugadas pelos senhores da terra (ou seus capatazes) a com eles praticarem relações sexuais forçadas.

A escravidão, tamanho o trato animalesco realizado, chegou a um ponto insustentável. Deste modo, diversas leis no mundo vieram a conceder a libertação do escravagismo.

O Brasil, não estanque a este fenômeno global, traduziu este processo de maneira paulatina, com a concreção da: a) Lei Eusébio de Queirós (1850³¹), fruto de pressão da Inglaterra pelo *Bill Aberdeen*, que punia os traficantes de escravos; b) Lei do Ventre Livre (1871³²), que dava liberdade aos filhos dos escravos que nascessem a partir daquele ano; c) Lei dos Sexagenários / Lei Saraiva-Cotegipe (1885³³), que concedia a liberdade aos maiores de sessenta anos; e, por fim, d) Lei Áurea (1888³⁴) que, assinada pela Princesa Isabel³⁵ e pelo ministro da Agricultura Rodrigo Augusto da Silva, aboliu o escravismo em nossa pátria.

Nos Estados Unidos da América, a libertação da escravidão se fez com a Proclamação da Emancipação (1863), realizada por Abraham Lincoln no transcorrer da guerra da Secessão (guerra civil americana), onde os estados escravistas do sul (Confederados) almejavam a separação (secessão) dos demais estados do norte.

Ocorre, entretanto, que com a vitória dos estados do norte, somada a ocupação militar dos estados do sul (até 1877), fomentou-se naquela região vencida o surgimento de grupos com a finalidade de segregação racial, atuando, muitas vezes, por intermédio da perseguição violenta de negros (antigos escravos).

Dentre tantos grupos, o de maior relevância foi o da Ku Klux Klan³⁶ (KKK), que, inicialmente (1865), tinha por finalidade obstar a integração dos negros recém-libertados. Com o advento temporal, tal desiderato permutou para uma eventual supremacia branca, acarretando a concreção de diversas atrocidades, indo de linchamentos a execuções sumárias de afrodescendentes – precipuamente.

Mutatis mutandis, no berço do mundo, a África do Sul também reverberou a segregação racial pelo regime do Apartheid (1948-1994), onde uma divisão dos habitantes em grupos raciais era imposta.

O direito de voto sopesava a uma minoria branca, detentora do poder político e econômico do país. Aos negros, grande maioria, recaia tão só a obrigação de obedecer a legislação separatista.

Verbi gratia: a) a Lei de Áreas de agrupamento (1950), que de forma coercitiva retirou muitos cidadãos de suas residências, haja vista a impossibilidade de raças distintas permanecerem vivendo lado a lado – delimitou-se, destarte, a localidade em que cada raça deveria permanecer; b) a Lei da Imoralidade, que no mesmo ano tornou crime relações sexuais entre pessoas de raças diferentes; c) a Lei de Reserva dos Benefícios Sociais (1953), que trazia em seu corpo a reserva de locais públicos para cada raça (e.g. como placas, em praças, com a inscrição: “somente para brancos”), etc.

Tal fato perdurou por quase cinquenta anos, vindo a findar por intermédio de um plebiscito fomentado pelo então presidente Frederick Willem de Klerk (ganhador do Nobel da Paz, em 1993, ao lado de Nelson Mandela), onde 69% da população branca deliberou no sentido de debelar tal regime.

Nos tempos contemporâneos, a discriminação racial muitas vezes é vislumbrada no mundo dos esportes. No primeiro semestre do ano de 2014, três fatos ocorreram em regiões distintas e eclodiram no epicentro dos noticiários globais.

O primeiro episódio se deu em 12 de fevereiro de 2014. Numa partida da competição Copa Libertadores da América, em Huancayo (Peru), a torcida da equipe Real Garcilaso emitia sons de macaco toda vez que o jogador brasileiro Tinga, do Cruzeiro, relava na bola. Empós tal episódio, tamanha sua frustração, Tinga declarou: “por mim, eu deixaria de ganhar qualquer título para que não houvesse desigualdade”. Situação bastante similar a vivenciada pelo arqueiro Aranha, dos Santos, em jogo disputado no Beira-Rio contra o time do Grêmio, no mesmo ano.

Em lapso não distante, no mês de abril, dia 27, foi veiculada pela TMZ o áudio de uma conversa do dono da equipe de basquete Los Angeles Clippers, Donald Sterling, com sua namorada V.Stiviano. O diálogo entre ambos se restringiu a recriminação dele pelo fato de sua amada ter retirado uma foto ao lado de um negro: Magic Johnson, um dos maiores nomes daquele esporte. Durante o colóquio, ademais, chegou a rogar para que ela não levasse negros para assistir aos jogos do Clippers.

Como penalidade, a Liga Americana de Basquete afastou o dono da franquia da NBA – uma vez que aquela não havia sido a primeira vez em que Donald Sterling se envolveu com situação similar – e, em contraproposta, nomeou Dick Parson (que é negro!) como diretor-executivo interino daquela equipe.

Enfim, por incrível que pareça, na mesma data (27 de abril), na cidade de Villarreal (Espanha), durante a partida de futebol entre os times de Barcelona e Villarreal, um torcedor local arremessou uma banana em direção ao lateral-direito da seleção brasileira, Daniel Alves. De maneira irreverente, e inesperada, o jogador abaixou-se e, depois, digeriu o alimento a ele lançado. O jornal Marca, em data subsequente ao evento, ponderou: “convivo há 11 com a mesma coisa na Espanha”.

Em 2017, em Charlottesville, policiais americanos mataram negros desarmados e rendidos. Episódio que, infelizmente, acaba de se repetir no corrente ano com George Floyd, Jacob e João Alberto. Daí, as indagações: até quando tais eventos não de perdurar? Há algo que possa ser feito, judicialmente, para acabar com indesejados episódios?

OS INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO

De maneira sucinta, é digno de nota que apesar de no jogo de xadrez o rei e o peão voltarem para a mesma caixa, as discriminações continuam a se perfazer (ainda que proibidas no direito das gentes – *v.g* Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial³⁷ – e em nossa Constituição – *v.g.* art. 5º, XLI, CRFB³⁸).

Deste modo, não basta que a igualdade seja assegurada tão só empós a morte das pessoas. Faz-se necessário que além dos textos constitucionais (ou de tratados, convenções), seja garantida uma igualdade palpável.

Razão pela qual, emergem veículos aptos a garantir uma isonomia concreta, seja no plano interno ou no plano internacional (*Droit des gens / Volkerrech / Law of Nations*), de acordo com duas estratégias: a) promocional, que visa propulsionar o avanço do direito a igualdade; e b) repressiva/punitiva, cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças.

Verbera-se desta forma que ambos os mecanismos se complementam, sendo interdependentes um do outro.

Como denota Flávia Piovesan³⁹, a medida repressiva (fundamental para que se garanta o pleno exercício dos direitos civis e políticos, como também dos direitos sociais e econômicos e culturais) é, por si só, insuficiente. Daí, a sua combinação com a vertente promocional se faz indispensável, com a inserção e inclusão de grupos socialmente vulneráveis nos diversos espaços sociais.

É nessa toada que veremos a perpetração de tais instrumentos de efetivação da igualdade – tanto no ordenamento jurídico interno como numa esfera macro, pelo Direito das Gentes.

A efetivação da igualdade no plano interno

Ações afirmativas / Discriminações positivas

Conforme visto até aqui, abordar o direito à igualdade é concretizar comparações – com o estabelecer de um ponto de referência para tanto. Isso porque,

deste modo, torna-se possível vislumbrar as desigualdades e concretizar, na medida do possível, medidas diferenciadas tendentes a debelar⁴⁰ ou, ao menos, atenuar as diferenças havidas (Teoria valorativa).

Decerto, desmiuda-se, nesse ponto, a obrigação do Poder Público de distribuir direitos e benefícios voltados à criação de condições materiais de igualdade (isonomia distributiva), uma vez que a própria Magna Carta traçou como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III, CRFB) a adoção de medidas tendentes à redução das desigualdades sociais (art. 170, VII, CRFB) e regionais (arts. 43; 165, § 7º; e 170, VII, CRFB).

Cumprir dizer. O direito à igualdade apresenta uma perspectiva positiva, impelindo o Poder Público a promover: a) igualdade entre pessoas em determinadas situações (arts. 7º, XX; e 37, VIII, CRFB); b) o acesso igual às prestações de bens, serviços, etc; bem como c) a concreção de discriminações positivas / ações afirmativas, onde há uma atuação estatal (seja na esfera fática ou normativa) focada na imposição constitucional de uma igualdade de oportunidades.

Nessa alheta, com o fito de se alcançar uma isonomia concreta, emergem determinadas políticas públicas (ou programas privados), ainda que de caráter temporário⁴¹, com o desiderato de diminuir as desigualdades. A esse fenômeno, deu-se o nome de ações afirmativas (fruto da Teoria do Impacto Desproporcional, elucubrada pela jurisprudência Estadunidense e gênese da tipologia *affirmative actions*).

Noutra palavra, sob a concessão de algum tipo de vantagem compensatória (daí, sua outra tipologia: discriminação positiva / inversa), as ações afirmativas são medidas jurídicas adotadas em favor de grupos objetivamente discriminados de forma injustificada (*v.g.* hipossuficiência econômica, debilidade física, por cunho racial, etc) e podem sopesar em favor de minorias (*v.g.* deficientes) ou majorias (*v.g.* mulheres), desde que proporcionando um favorecimento temporário até se atingir a isonomia concreta.

Traduzem, assim, um poderoso instrumento de inclusão social. São medidas especiais que tendem a acelerar o processo pela igualdade, muitas vezes remediando as condições resultantes de um passado de discriminação.

Com a justificação constitucional de galgar uma igualdade fática, cumpre uma finalidade pública essencial para o projeto democrático: assegurar a pluralidade social (art. 1º, V, CRFB). Isso, além de cunhar a ideia de que a igualdade deve “moldar-se no respeito à diferença e à diversidade”⁴².

Crível que, para o emprego dessas políticas compensatórias, há de se preencher alguns requisitos. Por intermédio de um estudo prévio, é imprescindível valorar as peculiaridades locais. De igual maneira, deve-se analisar a condição de os beneficiários destas ações não possuírem mecanismos de integração num futuro próximo, de modo que a discriminação seja tamanha a ponto de dificultar substancialmente (ou, talvez, impedir) o acesso destes grupos as mais variadas esferas sociais⁴³.

Isso porque, desta forma, dificulta-se a existência de “medidas aparentemente neutras sob o ponto de vista discriminatório, quando de sua aplicação”

e que trazem, em seu cerne, “efeitos nocivos e particularmente desproporcionais para determinados grupos de pessoas”⁴⁴. Medidas, estas, aptas a acarretarem uma discriminação reversa, haja vista que poderiam prejudicar outros grupos de modo a colocá-los em situação de desvantagem perante os demais segmentos sociais, fomentando, ao invés da igualdade almejada, uma real ojeriza por aqueles beneficiados.

Id est, hoje em dia não se discute mais a possibilidade de serem realizadas ações afirmativas, dada sua concreção positiva nos Estados Unidos da América, Europa e, hodiernamente, no Brasil. Daí, o único ponto, ainda, que resta a ser discutido são os critérios utilizados (e, eventualmente, o modo) para se aferir o rol de beneficiários destas medidas.

Transposto este introito, no que concerne aos grupos raciais, ao lado das bolsas de estudo e dos ensinamentos profissionalizantes, exsurge como uma das principais ações afirmativas o sistema de cotas, que consiste na reserva de um percentual de vagas para grupos discriminados (*v.g.* 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos realizados pela administração pública federal devem ser destinadas a candidatos negros⁴⁵).

Estatisticamente, o Brasil, em razão do largo período de escravidão e da miscigenação dela havida, é composto em sua maioria por cidadãos negros e pardos. Todavia, apesar do maior contingente da população brasileira ser afrodescendente, as referidas cotas não se sedimentam em solo pacífico, isento de críticas. Em verdade, há verdadeira e acalorada digladição acadêmica sobre referido tema.

Nas trincheiras doutrinárias, desta sorte, apresentam-se dois posicionamentos, com ponderações válidas para ambos luminas⁴⁶.

Em um primeiro momento, contrário ao sistema de cotas, há o raciocínio de que tais medidas apresentam um cunho imediatista, sem aptidão para executar o problema da disparidade racial de modo definitivo. Ou seja, se trataria de um mero sistema de maquiagem do problema, ao invés de um instrumento para sua real solução.

De mais a mais, ainda para denotado elucubrar, as reservas de vagas viriam a vilipendiar os princípios constitucionais da igualdade, da não discriminação e do devido processo legal. Isso porque, haveria indiscutível lesão ao direito de pessoas não inseridas no grupo beneficiado por estas ações, fato que sobejaria na indesejada discriminação reversa.

Como lastro de tal pensar, traz-se a ilustração do caso Blake (regentes da Universidade da Califórnia vs. Allan Blake), julgado em 1977 pela Suprema Corte norte-americana. É que, conforme consta, ante a reserva de 16 vagas das 100 (da escola de medicina) para membros de minoria em desvantagem educacional e econômica, se sustentou que “todo cidadão tem o direito constitucional de não sofrer desvantagem, pelo menos na competição por algum benefício público, porque a raça, religião ou seita, região ou outro grupo natural ou artificial ao qual pertença é objeto de preconceito ou desprezo⁴⁷”.

Vale pontuar. Para esta percepção, as cotas raciais fomentariam o racismo e ódio em relação aos negros.

Caso similar é aquele refletido por William Douglas⁴⁸, no que concerne ao sistema de cotas para concursos públicos. É que, ainda que favorável⁴⁹ às cotas para faculdades, estágios e até em programas de bolsas, para ele, não há como elas serem observadas em concursos públicos, sem que haja o fomento a uma discriminação reversa.

Em seu pensar, diferente do que se crê, as cotas para os concursos não traduzem uma evolução das cotas existentes para as universidades. Isso porque, enquanto as primeiras preparam para competir, as outras debelam a competição, onde ela é indispensável a bem do serviço público e dos seus destinatários. Ora, o cargo público não seria forma de ajudar alguém, mas “para alguém (servidor público) ajudar o cidadão”. De tal arte, almeja-se o mais preparado para aquela função, razão da existência de um concurso público.

Ademais, prossegue em seu luminar, o correto é assegurar uma meritocracia nessa situação. Pois, se assim não o for, o negro aprovado em um concurso público carregará a pecha, por toda carreira, de não ser bom o suficiente, mas mero aprovado pelas cotas.

De qualquer modo, antes de se permutar para o outro elucubrar, faz-se necessário trazer algumas ponderações:

a) A *limine*, imprescindível observar a inexistência de critérios objetivos válidos para asseverar se determinado indivíduo é, ou não, negro.

Exemplifica-se. No ano de 2007, dois irmãos gêmeos (univitelinos), filhos de pai negro e mãe branca, se inscreveram para o vestibular da Universidade de Brasília (UnB) utilizando o sistema de cotas (com o fundamento de que a nota de corte dos cotistas seria mais baixa). Ocorre, entretanto, que uma banca formada para a avaliação daqueles que seriam beneficiados pela ação afirmativa, ao analisarem as fotos anexadas na ficha de inscrição, julgaram que um dos irmãos (Alex) seria merecedor daquela política compensatória, enquanto o outro (Alan) não.

Respectiva ausência de critérios objetivos tem dado lastro a inúmeras burlas no bem engendrado sistema equitativo. Para se ter uma ideia, em 13 de julho do presente ano, a mesma Universidade de Brasília (UnB) identificou e puniu discentes que teriam se aproveitado dessa brecha – sendo 15 estudantes expulsos (4 do Direito, 4 da Medicina, 3 de Ciências Sociais, 1 de Letras, 1 de Ciência da Computação, 1 de Engenharia de Software e 1 de Medicina Veterinária) e outros dois egressos com diploma cassado⁵⁰.

b) Por demais, o critério racial, por si só observado, viria a colaborar precipuamente com negros de poder aquisitivo elevado, que tiveram melhores condições educacionais por frequentarem escolas de melhor qualidade.

Tal fato, de clareza solar, traria a injustiça de afastar aqueles mais necessitados dentre eles. Razão pela qual, há necessidade do reexame deste programa. Daí, a melhor solução, proposta pelo Min. Gilmar Mendes, é a de que o critério racial deveria ser cumulado com algum outro requisito, como a hipossuficiência econômica (por exemplo), de modo a evitar situações indesejáveis onde negros de boas condições socioeconômicas e de estudo se valham da política compensatória, numa “atitude arrivista, de aproveitar-se do modelo para aboletar-se em vagas” e “esquivar-se da concorrência legítima”⁵¹.

Em posição contraposta a ora esboçada, se apresenta o outro cunho da moeda: o luminar favorável às cotas raciais.

Num primeiro argumento (justiça compensatória), é necessário observar que o abismo social existente entre a população branca e negra não se deve necessariamente à formulação de políticas abertamente discriminatórias empós a Lei Áurea e a proclamação da república. Ocorre que, no momento em que o ex-escravo, recém liberto, adquire sua alforria (manumissão), todos papéis e posições na ordem social já estavam determinados por preferências de cor.

Deste modo, e também pelo extenso período de escravagismo, as ações afirmativas havidas pelo sistema de cotas raciais tentam compensar injustiças pretéritas cometidas, por particulares ou pelo governo, em face de fantasmas do passado.

Ou seja, com pálio num dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, que preconiza a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, CRFB), as políticas públicas realizadas por intermédio de cotas raciais visam reparar os danos perpetrados em relação aos negros, “por meio do resgate de uma dívida histórica, como no caso decorrente da escravidão”.⁵²

Até porque, se observarmos, a maior parte do contingente daqueles desfavorecidos socioeconomicamente é composta por negros – fruto da marginalização histórica pós-escravismo. Consoante pesquisa concretizada pelo o Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea), em um estudo publicado em 17 de novembro de 2005 sobre a desigualdade entre raças, dos 10% mais pobres da população, 64,6% são negros (e, passados nove anos desta estatística, tal panorama pouco se alterou).

Outro argumento válido, de mais a mais, se dá justamente pelo fato de que tais indivíduos, porque não tiveram as mesmas oportunidades, não se encontram em mesmo patamar de condições que os brancos.

Razão da legítima reivindicação de, por intermédio de tais ações, buscarem benefícios, vantagens e posições que teriam possuído se não houvesse a desigualdade existente. Noutro dizer. Busca-se, por essas políticas públicas, a existência de uma igualdade substancial, com a redução de desigualdades fáticas, por intermédio de uma “promoção de oportunidades para aqueles que não conseguem se fazer representar de maneira igualitária⁵³” (justiça distributiva).

Por derradeiro, com a distribuição de oportunidades e com a compensação das atrocidades de um passado que não pode ser esquecido, alcança-se um dos fundamentos da República Federativa do Brasil: o pluralismo social (art. 1º, V, CRFB), com uma sociedade mais diversificada, aberta, tolerante, miscigenada e multicultural.

É, portanto, aqui que reside o último argumento favorável às cotas raciais: o da promoção da diversidade.

Destarte, ainda que haja ponderações a serem observadas (como as feitas acima), o sistema de ações afirmativas voltadas ao benefício de grupos raciais traz em seu bojo um imperativo democrático deveras válido. Isso porque, de suas entranhas se extrai uma justiça social com carga de aliviar “um passado discriminatório e a fomentar no presente e no futuro transformações sociais

necessárias.”⁵⁴ Ventila um modelo constitucional apto a corrigir distorções corporificadas com o tempo e “resultantes de uma aplicação puramente formal do princípio da igualdade” (ADPF 186, re. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. 16-4-2012).

Não por outro motivo, a Lei nº 12.990/2014, que traz a reserva de 20% das vagas de concursos públicos para negros, é constitucional (ADC 41, rel. Min. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 8-6-2017). Dessa sorte, dá lastro para Resolução nº 203 do CNJ – que aplica referido percentual para o Quadro de Pessoal dos órgãos do Poder Judiciário e para ingresso na Magistratura – e se entende para as Forças Armadas, já que integram a Administração Pública Federal (ADC 41 ED/DF – rel. Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, j. 12-4-2018).

Mandado constitucional de criminalização

Como pontuado, para que haja uma isonomia concreta, fática, faz-se imperioso lançar mão de duas estratégias interdependentes (complementares): a) promocional, que visa propulsionar o avanço do direito a igualdade; e b) repressiva / punitiva, cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças.

Deste modo, passada as ações afirmativas (que apresentam percepção promocional), é imprescindível analisarmos os denominados mandados constitucionais de criminalização (que detêm idiosincrasia repressiva).

Antolha-se. O poder constituinte originário, ao elaborar nossa Bíblia Política, esquadrinhou o que havia de essencial para a nação e o exteriorizou no corpo da Constituição. Ocorre que, tamanha a quantidade de matérias relevantes, nossa Magna Carta se tornou extensa (analítica / prolixa), de modo a não poder verticalizar grande parte do conteúdo nela tratado – encargo, este, que restou a ser regulamentado pela lei infraconstitucional⁵⁵.

É neste ponto que emergem os mandados constitucionais de criminalização, onde, para a proteção de determinados valores jurídicos imprescindíveis, a constituição traça a obrigatoriedade de o Poder Legiferante vir a atuar com a criação de normas aptas à tutela de certos bens / interesses e a incriminação de condutas tendentes a vilipendia-los.

Isso porque, diante da importância de certas matérias, o poder constituinte originário (por bem) achou melhor externar aquilo que, em seu texto, possuía dignidade penal e deveria receber a tutela do Estado – frente a possibilidade (e porque não, risco) de o Poder Legislativo não abordá-las com devido cuidado.

Desta sorte, nascem os mandados constitucionais, que podem ser:

a) expressos, onde fica clara a necessidade de se criminalizar determinada conduta. *v.g.* art. 5º CRFB: a) XLI, a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (v. Decreto nº 5.397/05); b) XLII, a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeita a pena de reclusão nos termos da Lei (v. Lei nº 7.716/89); c) XLIII, a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e

os que, podendo evita-los, se omitirem (v. Lei nº 8.072/90, Lei nº 9.455/97, Lei nº 11.343/06); d) XLIV, constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático (v. Lei nº 7.170/83); etc.

b) implícitos, onde a ordem de criminalização se mostra velada. *v.g* art. 5º CRFB: a) *caput*, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos (nesse passo, ilustra-se com os arts. 121/128 do CP, que trazem os crimes contra a vida); b) VI, é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e suas liturgias (v. Título V do Código Penal Brasileiro);

c) X, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (v. Arts. 138/145 CP); d) XXII, é garantido o direito a propriedade (v. Título II CP); etc.

Decerto, uma vez presente a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, IV, CRFB), surge como mandado constitucional de criminalização a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 (Lei Caó), que definiu os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, etnia, religião ou procedência nacional.

No mesmo diapasão, apresenta-se o art. 140, § 3º do CP, que tipifica como crime a injúria preconceituosa – que verbera mais austeridade no seu tratamento jurídico-penal em relação à injúria simples⁵⁶. Tal modalidade específica da injúria pune aquele que ofende a dignidade ou decoro da vítima com o emprego de referências a raça, cor, etnia, religião ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

De qualquer forma, é digno de nota que a presente qualificadora da injúria não se confunde com o delito de racismo, trazido pela Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989 – apesar de já possuímos um julgado da 1ª turma do STF (ARE nº 983.531 AgR-DF, de 21 de agosto de 2017) equiparando os efeitos de ambos atos deletérios.

Isso porque, além das consequências práticas (crime imprescritível, inafiançável e perseguida mediante ação penal pública incondicionada), o racismo traduz uma espécie de segregação (de pôr à margem da sociedade) em função da raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Enquanto, de outro turno, a injúria preconceituosa (que é prescritível, afiançável e perseguida por ação penal pública condicionada à representação da vítima) é praticada por intermédio de xingamentos envolvendo a raça, cor, etnia religião ou origem da vítima.

Numa exemplificação clara e simples, Rogério Sanches Cunha ilustra a seguinte situação: xingar alguém fazendo referências à sua cor é injúria racial (*v.g.* caso do jogador Grafite, que em uma partida de futebol da Copa

Libertadores da América, em 13 de abril de 2005, foi xingado de macaco por Leandro Desábato); por outro lado, impedir alguém de ingressar numa festa por causa da sua cor é racismo⁵⁷.

Verbere, nessa senda, o alargamento da aplicabilidade da Lei Caó. Em princípio, com o caso Ellwanger, onde se discutiu o direito da liberdade de expressão v. a tipificação do art. 20, da Lei nº 7716/89 – em face da obra *Holocausto: Judeu ou Alemão?* (CASTAN, S.E. Porto Alegre: Revisão, 1988).

A Suprema Corte, ante a tal questionamento (HC82424/RS), trouxe que a negação de fatos históricos incontroversos “consubstanciadas na pretensa inferioridade e desqualificação do povo judeu, equivalem à incitação ao discrimen com acentuado conteúdo racista, reforçadas pelas consequências históricas dos atos em que se baseiam”. Aliás, “explícita conduta do agente responsável pelo agravo revelador de manifesto dolo, baseado na equivocada premissa de que os judeus não são só uma raça, mas mais do que isso, um segmento racial atávica e geneticamente menor e pernicioso”.

Nessa vertente, “o direito à livre expressão não pode abrigar em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. (...) O preceito fundamental da liberdade de expressão não consagra o direito à incitação ao racismo, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede nos crimes contra a honra”. (HC 82.424, rel Min. Moreira Alves, Relator para acórdão: Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j. 17-09-2003).

Deliberou-se, portanto, que racismo, antes de tudo, “é uma realidade social e política, sem nenhuma referência à raça enquanto caracterização física ou biológica, refletindo, na verdade, reprovável comportamento que decorre da convicção de que há hierarquia entre os grupos humanos, suficiente para justificar atos de segregação, inferiorização e até de eliminação de pessoas”.

Fora com estofo nessa linha teórica que o STF, em 13 de junho de 2019, aproveitando-se de ausência normativa (ADO 26 e MI 4733), ampliou novamente o campo de atuação da Lei Caó – tornando-a apta a punir os atos de homofobia e transfobia enquanto inexistir mandamento legal específico para tal desiderato.

Derradeiramente, ainda que não atinente à Lei nº 7.716/89, é fruto de mandado constitucional de criminalização, sob o pálio da promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – art. 3º, IV, CRFB), a recente Lei nº 12.984, de 2 de junho de 2014, que define como crime a discriminação dos portadores do vírus da imunodeficiência humana⁵⁸ (HIV) e doentes de aids⁵⁹ – dentre tantos outros exemplos possíveis.

A efetivação da igualdade no plano internacional

De maneira inicial, é inconfutável que o direito à isonomia, por ser inerente aos homens, foi reconhecido (de acordo com o local de sua previsão)

como direito fundamental, se inserido nas Constituições dos Estados; ou como direito humano, quando previsto em tratados internacionais.

Apesar desta distinção tipológica, é digno de nota que, seja no âmbito interno ou na esfera do *Droit des gens* (*Law of Nations / Volkerrecht*), há uma intensa luta para se proteger denotado direito.

Até porque, os Direitos Humanos (dentre eles o direito à igualdade) refletem um construído axiológico, a partir de um espaço simbólico de luta e ação social.⁶⁰ Traduzem processos que abrem e consolidam a busca pela dignidade humana.⁶¹ São, decerto, “um dado construído, uma invenção humana, em constante processo de construção e reconstrução”⁶², que simbolizam a lei do mais débil (fraco) contra a lei do mais forte, “na expressão de um contrapoder em face dos absolutismos, advenham do Estado, do setor privado ou mesmo da esfera doméstica”.⁶³

Daí, a morada de sua finalidade: como paradigma e referencial ético a orientar a ordem internacional.

Aliado a este fito (de modo que não retomemos a barbárie do totalitarismo, como o Nazismo, que negou o valor pessoa humana como fonte do Direito), surge a ideia de que a proteção dos Direitos Humanos não deve se reduzir ao domínio reservado do Estado, haja vista o fato deste tema revelar verdadeiro (e legítimo) interesse internacional.

Id est, passa-se a ter o ser humano como o fim do direito (não mais o meio). Flexibiliza-se o conceito de soberania nacional (indo da concepção de Hobbes – soberania centrada no Estado – para a de Kant – centrada na cidadania universal), de modo que os Direitos Humanos transcendem as fronteiras dos Estados, dada a valorização das pessoas humanas como novo interesse global.

Nessa vereda, empós a Declaração Universal dos Direitos Humanos (de 10 de dezembro de 1948), delineada pela Carta das Nações Unidas, criam-se diversos instrumentos internacionais de proteção a estes direitos. Forma-se, sobretudo em razão da consciência ética compartilhada entre os Estados contemporâneos, um sistema (integrado por tratados internacionais) voltado a salvaguarda de direitos mínimos aos seres humanos⁶⁴ (mínimo ético irreduzível).

Para uma maior tutela, conjuntamente com o sistema normativo global, emergem sistemas regionais de proteção (particularmente na Europa, América e África⁶⁵) que colimam internacionalizar os Direitos Humanos nos planos regionais. Nesta perspectiva, sob o *axio* da Declaração Universal, tais sistemas interagem em benefício dos indivíduos protegidos. Diga-se de passagem, complementam-se inclusive com o sistema nacional de proteção, proporcionando a maior efetividade possível na tutela e promoção de direitos fundamentais.

Nesse ponto, vislumbra-se que o direito existe para proteger a pessoa humana (v. princípio do *pro omine*), não devendo haver restrições formais entre o direito nacional e o Direito das Gentes, de modo que sempre se aplique ao ser humano a norma que a ele lhe seja mais protetiva (vasos comunicantes / cláusulas de retroalimentação, denominados, no direito interno, de diálogo das fontes / de complementaridade – com espeque em Erick Jaime).

É neste prisma, de igual modo ao já externado, que emergem no plano internacional as políticas promocionais (que propulsionam o avanço do direito a igualdade) e repressivas / punitivas (cujo objetivo é proibir, punir e, assim, eliminar as diferenças) para que se galgue uma igualdade fática.

Nesse sentido, a existência da: a) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação racial (que, no art. 1º, § 4º, prevê a possibilidade de discriminação positiva mediante a adoção de medidas especiais de proteção ou incentivo a grupos ou indivíduos, com o escopo de promover sua ascensão na sociedade até um nível de equiparação com os demais); bem como a b) Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher⁶⁶ (que traz a possibilidade de Estados concretizarem ações afirmativas temporárias, com o desiderato de acelerar o processo de igualização de status entre homens e mulheres) e a c) Convenção relativa aos direitos das pessoas com deficiência (único tratado internacional que foi recepcionado com status, material e formal⁶⁷, de norma constitucional em nosso ordenamento).

CONSIDERAÇÕES DERRADEIRAS

Em breve síntese, o direito à igualdade, que sempre esteve embutido dentro das mais diversas acepções de justiça – desde a antiguidade –, pugna pelo tratamento justo por intermédio de um regulador de diferenças.

Veda-se, nessa vertente, o emprego arbitrário de tratamentos iguais para aqueles que se encontram em situações manifestamente desiguais ou, ainda, diferenciações destituídas de justificação razoável, baseadas em critérios discriminatórios, preconceituosos ou injustificáveis.

De igual modo, proíbe-se a discriminação (sentido negativo do princípio da igualdade) e fomenta-se a insurgência do Poder Público (Estado intervencionista/social) para, por intermédio de ações afirmativas (discriminações positivas), compensar, ou quiçá eliminar, as desigualdades de natureza social, cultural e econômica (acepção positiva do referido axioma).

Isso porque, embora traduza um dos pilares do Estado Democrático de Direito, sendo ademais um dos valores centrais da ordem jurídico-constitucional, há muito a ser feito para que galguemos a colimada igualdade concreta, uma vez que, como asseverou Martin Luther King, aprendemos a voar como pássaros, a nadar como peixes, mas não a conviver como irmãos. 

NOTAS

- 1 A presente introdução é uma releitura do artigo “Direito Fundamental à Igualdade: da evolução à sua concreção”, publicada na nona edição da Revista Brasileira de Direitos Humanos. (PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso. *Direito Fundamental à Igualdade: da evolução à sua concreção*. In: Revista Brasileira de Direitos Humanos. Porto Alegre: Lex Magister, v. 9, abr./jun. 2014, p. 31-58)
- 2 Que, num movimento político-jurídico de estabelecer governos moderados e limitados em seus poderes (Constitucionalismo Antigo), tornou o Estado eletivo e subordinado à Assembleia dos Cidadãos. (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 1993. p. 7).

- 3 15 de junho de 1215. Tal documento, diga-se *en passant*, trouxe à baila o denominado *Rule of Law* – gênese do *due process of law* (devido processo legal) –, que substituiu o pretérito governo dos homens e serviu de inspiração para diversos documentos jurídicos de relevância, como a *Petition of Rights* (1628); *Habeas Corpus Act* (1679); *Bill of Rights* (1689); *Act of Settlement* (1701) e outros.
- 4 14 de julho de 1789.
- 5 Aprovado em 26 de agosto de 1789 e votado, em caráter definitivo, na data de 2 de outubro daquele ano.
- 6 Art. 1º de tal documento.
- 7 A partir deste momento, têm-se a positivação dos direitos tidos como inerentes ao homem, que, até dado instante, se encontravam mais afeiçoados a reivindicações políticas e filosóficas do que as normas jurídicas obrigatórias, exigíveis judicialmente.
- 8 DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005, p. 191-192.
- 9 GARCIA, Maria Glória F.P.D. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 36-37 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 539.
- 10 Calha acentuar que tal divisão em dimensões é meramente acadêmica, pois, obviamente, inadequado seria segregar os direitos voltados aos seres humanos em categorias estanques. Vale dizer, nesse passo, que as divisões realizadas pelos estudiosos só reverberam a valorização de determinados direitos em momentos históricos distintos. Até porque, didaticamente, é mais fácil lidar com celeumas em tomos administráveis, bem como, por demais, estatisticamente as discussões fragmentadas apresentam uma melhor absorção do conteúdo exteriorizado.
- 11 BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro. p. 14.
- 12 MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 718.
- 13 Pássaro oriundo da mitologia grega que, quando morria, entrava em autocombustão, vindo a renascer, vindouramente, das próprias cinzas
- 14 384aC a 322 a.C.
- 15 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 129.
- 16 BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003, p. 19.
- 17 MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I, p. 120.
- 18 VIEIRA, Oscar Vilhena. *Direitos fundamentais: Uma leitura da jurisprudência do STF*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 285 *apud* NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional: volume único*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013, p. 476.
- 19 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 411.
- 20 CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts. 1º a 107, 4. ed.* Coimbra: Coimbra, 2007, p. 336-337.
- 21 10 de dezembro de 1948. Art.VII: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”
- 22 16 de dezembro de 1966. Art. 26.
- 23 22 de novembro de 1969. Art. 24.
- 24 No Brasil, vide MS 26.690, rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, j. 03.09.2008.
- 25 “Toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o exercício, em igualdade de condições dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo. Logo, a discriminação significa sempre desigualdade.” (PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de pesquisa. v. 35, nº 124, jan/abr.2005, p. 48).
- 26 Desmiúde! Ambos conceitos, que se encontram interligados desde a revolução francesa, não são isentos de tensões (ainda que se complementem e tragam um equilíbrio entre as posições fundamentais de todos os indivíduos).

É que a liberdade (e os direitos da liberdade) garante ao indivíduo o direito a diferença e a desigualdade, o que sobeja em um potencial conflito entre a pretensão de liberdade na esfera da vida social, por um lado, e, por outro uma exigência de igualdade social. (KLOEPFER, Michael. *Verfassungsrecht II – Grundrechte*. München: C.H. Beck, 2010. p. 199 *apud* SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ob. cit. p. 541).

Noutro dizer! “A exigência política de maior liberdade social possível conflita com a exigência política de maior igualdade social possível, visto que a liberdade social também é a liberdade do mais forte e a igualdade social é justamente a igualdade de oportunidades por parte do mais fraco”. (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte, Staatsrecht II*. 20ª.ed. Heidelberg: C.F. Müller, 2004, p. 108 *apud idem ibidem*.).

27 Uma das discriminações mais antigas, e que se estende até os dias hodiernos.

Para ilustrar, podemos ponderar a intensa perseguição de cristãos, que hoje é feita muitas vezes por países de gênese islâmica.

É que, logo no eclodir da religião cristã, houve uma verdadeira caça destes por judeus (de cuja religião o Cristianismo era visto como uma ramificação) e pelos imperadores do Império Romano (que controlavam grande parte das terras onde o cristianismo primitivo se distribuía) – estes, diga-se *en passant*, muitas vezes se aproveitavam dos cristãos capturados para realizar a alegria de sua sociedade, uma vez que eles eram colocados nos coliseus para vivenciarem batalhas ou serem degustados por leões.

Do outro cunho da moeda, na época das trevas (Idade Média), no período das inquisições, a Igreja Católica, visando combater o sincretismo religioso, responsabilizava qualquer indivíduo dotado de credos distintos daqueles exigidos como hereges. (vide TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. p. 93 e MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960, p. 23).

Como consequência, delações anônimas conduziram milhares de pessoas tidas como feiticeiras, seguidores de Satã, a arderem como achas vivas em fogueiras ou, ainda, em momento posterior, a passarem por árduas provas (Ordálias ou Juízos de Deus) das quais os réus deveriam sair com vida, incólumes ou ilesos por graça divina – já que a função do pretor era desempenhada pelo Criador do Universo.

Como exemplificação destes Juízos de Deus, temos: a) o ato de o réu (eventual herege) caminhar sobre brasas durante algum tempo ou colocar a mão em um braseiro, de modo que sua resistência às chamas seria determinante de sua sinceridade; b) em temperatura inversa, também se encontrava o teste da água fria, onde o réu era lançado em um reservatório de água. Se submergisse, era tido como inocente ou titular do direito pleiteado; caso voltasse à tona, seria ele considerado culpado; c) outrossim, havia a prova das serpentes. O herege era colocado entre répteis, acreditando-se que somente seria picado se efetivamente fosse um criminoso (vide MORAIS, Paulo Herber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978, p. 12); d) como derradeiro exemplo, na antiga Pérsia, para se descobrir a verdade, havia a denominada prova do arroz. Para tanto, a parte deveria rapidamente engolir certa quantidade desse alimento, ainda cru. Se, ao final, não conseguisse ela digerir o cereal – antes de pontuar certa declaração –, estaria a parte indo em sentido antípodo ao da verdade (vide MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Ob. cit. p. 291).

Recentemente, no século passado, houve um momento histórico em que a lei se tornou a única fonte de direito. O *ius* se reduziu a *lex* (FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2001. p.24.). Debelou-se, para muitos juristas daquela época, a necessidade de compreensão dos demais ramos do saber, como a sociologia, história, filosofia, e todas outras matérias que alicerçavam o âmago daquilo exposto *in lege*.

Emergiu, desta forma, um Estado Legalista que, pautado na pura teoria do direito, começou a elaborar leis com diversas arbitrariedades e abusos, se intrometendo, *exempli gratia*, nos mais recônditos círculos da vida humana (vide MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 141; MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I. p. 27 e KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996. p. 1).

Aflorou, daí, o Partido Nacional Socialista (*National Socialist* / Estado Nazista), sectário e intolerante como as demais ditaduras, que absorveu inteiramente a personalidade humana e anulou todos os valores individuais.

Como um de seus escopos, houve a promoção da busca por judeus – que eram submetidos a: a) trabalhos forçados em funestos campos de concentração (v.g. Auschwitz-Birkenau, Dachau, Buchenwald, dentre outros 20 mil); b) experimentos, como os da ignóbil figura de Joseph Mengele (o anjo da morte / *Todesengel*) e de Sigmund Rascher (médico da força aérea / *Deutsche Luftwaffe*); e c) a mortes nefastas, em campos de extermínio, voltados para o excídio em massa muitas vezes realizado por envenenamento em câmaras de gás.

Com o findar da 2ª Grande Guerra Mundial, o saldo foi de 50 milhões de mortos, sendo 6 milhões só de judeus.

28 É hialino, antes de tudo, que embora iguais em dignidade, o ser humano apresenta diferenças biológicas entre sexos. A genética, hoje em seu auge, está aí para desmistificar tais complexidades, determinando a razão de fenótipos tão distintos.

Entretanto, antes do exsurgir desta recente ciência, cuja terminologia só foi dada em 1908 por William Bateson (em carta direcionada para Adam Sedgewick), as diferenças havidas entre os grupos sexuais (masculino e feminino) serviam de estofos para as mais variadas discriminações.

Nesse cipoal, estudos antropológicos sustentam que nas sociedades primitivas a própria divisão laboral já era apta a indicar a vetusta visão de inferioridade feminina. Quiçá pela tônica muscular, as mulheres ficavam restritas a atividades interiores, enquanto, de outro turno, aos homens competiam as funções de caça e guerra. Nascia, assim, a origem do patriarcalismo. Durante o Império Romano, um dos berços da civilização, a situação das mulheres piorou. Equiparadas a uma coisa, só adquiriam sua autonomia com as mortes de seu genitor e de seu marido.

Já no período da inquisição, retratado neste artigo, estima-se que entre 75% a 90% dos mortos pelos crimes de epidemia e más colheitas eram mulheres, razão pela qual, consideradas bruxas / feiticeiras, eram lançadas às fogueiras.

Tal panorama só começa a se alterar no perfazer do século XIX. Com a revolução industrial e o engatinhar do capitalismo, as mulheres, já organizadas em sindicatos, passaram a pleitear melhores salários e melhores condições de serviço. Infelizmente, para referida evolução, tão só em uma Indústria têxtil, em Nova Iorque (1857), centenas de trabalhadoras foram incineradas – situação similar, diga-se *en passant*, foi a razão do dia internacional da mulher se dar em março. É que, no referido mês, em 1911, um incêndio na fábrica têxtil Triangle Shirtwaist, igualmente em Nova Iorque, ceifou a vida de mais de 100 operárias, que não conseguiram se furtar em razão da precariedade do local.

De qualquer modo, é digno de nota que este caminhar pela igualdade entre homens e mulheres foi paulatino. Em 1879, as mulheres nem sequer podiam cursar nível superior. De mais a mais, o código civil de 1916, em sua origem, considerava as mulheres relativamente incapazes, havendo a necessidade de ratificação de seus maridos para que seus atos tivessem validade na órbita civil – talvez pelo fato de as ordenações Filipinas pontuarem a “fraqueza de seu entendimento”.

Em 1932, por demais, as mulheres passaram a ter o direito de voto, ainda que de modo opcional, haja vista que a obrigatoriedade deste só veio em 1946 – mesmo ano, curiosamente, em que o biquíni (muito criticado) foi usado pela primeira vez pela stripper parisiense Micheline Bernardine.

Cansadas da opressão vigente, em um ato que se tornou um marco do feminismo, quatrocentas mulheres do *Women's Liberation Movement* (WLM) saíram às ruas em 7 de setembro de 1968, em Atlantic City (EUA), e depositaram seus sutiãs, sapatos de salto alto e espartilhos em frente ao teatro onde ocorria o concurso de Miss América – evento tido como uma forma de exploração comercial das mulheres.

Empós denotado episódio, que recebeu o nome de “queima dos sutiãs” (apesar de nenhum deles ter sido queimado, de fato), María Estela Martínez de Perón assume a presidência da Argentina, e se torna, nesse passo, a primeira mulher a presidir um país.

Nos dias atuais, embora muitos direitos tenham sido alcançados (como a igualdade entre homens e mulheres, art. 5º, I, CRFB; igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges, art. 226, § 5º, CRFB, etc), é necessário professar que a desigualdade sexual se faz presente, porém, agora, implicitamente.

Com espeque em quadros estatísticos recém-avaliados, ainda que as mulheres alcancem 41% da força de trabalho atual, tão só 24% dos cargos de chefia existentes são ocupados por elas. Ademais, apesar de nossa bíblia política proibir diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo (art. 7º, XXX, CRFB), no que concerne ao salário, mesmo exercendo a mesma função, é apontado que as mulheres recebem 71% do valor adquirido pelos homens.

- 29 Em abordagem similar a perpetrada em face de George Floyd, em Minneapolis, uma mulher negra, de 51 anos de idade, teve seu pescoço pisado por agente da polícia militar, em 30 maio do presente ano, no Bairro de Parelheiros, zona sul da cidade de São Paulo.
- 30 Notícias de 12 de agosto de 2020 (e acessadas em mesma data) acerca da decisão prolatada na 1 Vara Criminal de Curitiba. A) Justiça cita raça ao condenar réu negro por organização criminosa (<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2020/08/12/juiza-diz-em-sentenca-que-reu-negro-era-seguramente-integrante-de-grupo-criminoso-em-razao-da-sua-raca.ghtml>); b) “Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça” (<https://www.migalhas.com.br/quentes/331923/seguramente-integrante-do-grupo-criminoso-em-razao-da-sua-raca-afirma-juiza-ao-condenar-homem>); c) “Seguramente integrante do grupo criminoso, em razão da sua raça”, escreve juíza ao condenar homem negro no Paraná (<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/seguramente-integrante-do-grupo-criminoso-em-razao-da-sua-raca-escreve-juiza-ao-condenar-homem-negro-no-parana/>); dentre outras mídias.
- 31 4 de setembro de 1850.
- 32 Lei nº 2.040, de 28 de setembro de 1871.
- 33 Lei nº 3.270, de 28 de setembro de 1885.
- 34 Lei Imperial nº 3.353, de 13 de maio de 1888.
- 35 Isabel Cristina Leopoldina Augusta Micaela Gabriela Rafaela Gonzaga de Bragança e Bourbon.
- 36 Em seu auge, por volta de 1920, chegou a possuir cerca de 4 milhões de membros.
- 37 Resolução 1904 da Assembleia Geral da ONU, de 20 de dezembro de 1963. Que, desde seu preâmbulo, traduz o fato de a “doutrina de superioridade baseada em diferenças raciais é cientificamente falsa, moralmente condenável, socialmente injusta e perigosa, inexistindo justificativa para a discriminação racial, em teoria ou prática, em lugar algum.”
- 38 “A lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”.
- 39 Ob. cit. p. 49.
- 40 Preleciona Joan Scott que a luta pela igualdade não significa “ausência ou eliminação da diferença, mas sim o reconhecimento da diferença e a decisão de ignorá-la ou de levá-la em consideração” (SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*. Florianópolis, nº 13 (1), jan./abr., 2005. p. 15).
- 41 A temporariedade reside no fato de as ações afirmativas, em regra, terem certo tempo de duração, uma vez que tais políticas devem ser extintas ao se alcançar o resultado por elas pretendido.
Digno de nota, todavia, a existência de certas exceções a ela (regra da temporariedade). Isso porque, as políticas públicas direcionadas aos grupos indígenas ou pessoas com deficiência tem caráter permanente (NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 485).
- 42 PIOVESAN, Flávia. Ob. cit. p. 50.
- 43 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 221. *apud* NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 484.
- 44 SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Ob. cit. p. 553.
- 45 Lei nº 12.990, de 10 de junho de 2014.
- 46 Se ao trazer fundamentos para ambos os lados é “politicamente incorreto”, necessário se faz observar os sábios dizeres de Martin Luther King – pastor negro que foi preso por falar sobre o

- racismo. “A covardia coloca a questão: é seguro? O comodismo coloca a questão: é popular? A etiqueta coloca a questão: é elegante? Mas a consciência coloca a questão: é correto? E chega uma altura em que temos que tomar uma posição que não é segura, não é elegante, não é popular, mas o temos de fazer porque a nossa consciência nos diz que é essa a atitude correta”.
- 47 DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.448. *apud* NOVELINO, Marcelo. Ob.cit. p.485.
- 48 DOUGLAS, William. *A propósito das cotas nos concursos públicos*. Disponível em: <http://www.atualidadesdireito.com.br/williamdouglas/2014/04/02/a-proposito-das-cotas-nos-concursos-publicos/>, Acesso em: 14 de junho de 2014.
- 49 William Douglas é membro da Educadro, Oscip franciscana que luta pela inclusão social.
- 50 Vide reportagem extraída do próprio portal institucional da Universidade de Brasília (<https://noticias.unb.br/76-institucional/4297-unb-expulsa-estudantes-que-fraudaram-sistema-de-cotas> . Acesso em 03 de agosto de 2020).
- 51 STF – RE 597.285/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski (09.05.2012). (Informativo 665/STF). De igual modo, *vide*: STF – ADPF 186/DF, rel. Min. Ricardo Lewandowski (25 e 26.04.2012)
- 52 KAUFMANN, Roberta Fragoso Menezes. *Ações afirmativas à brasileira: necessidade ou mito? Uma análise histórico-jurídico-comparativa do negro nos Estados Unidos da América e no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.222. *apud* NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 486.
- 53 Idem, p. 225. *apud* idem *ibidem*.
- 54 PIOVESAN, Flávia. A compatibilidade das cotas raciais com a ordem internacional e com a ordem constitucional brasileira. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaAcaoAfirmativa/anexo/cotasSTF2010rev1_Flavia_Piovesan.doc. p. 9. *apud* NOVELINO, Marcelo. Ob. cit. p. 487.
- 55 De passagem, esta é a morada dos conceitos estudados sobre eficácia das normas constitucionais, onde se consagram: as de eficácia plena, limitada / relativa complementável, contida / redutível / restringível (José Afonso da Silva); absoluta / supereficazes (Maria Helena Diniz); de eficácia exaurida / esvaída (Carlos Ayres Britto); autoexecutáveis / bastantes em si, não autoexecutáveis (Rui Barbosa e Thomas Cooley).
- 56 Como adverte Fernando de Almeida Pedroso, a sanção aqui imposta é equiparável a prevista para muitos crimes contra a vida (auto-aborto – art. 124 CP, homicídio culposo do Código Penal – art. 121, § 3º) e para uma lesão corporal de natureza grave (art. 129, § 1º CP). Deste modo, para não fazer “germinar ou vicejar uma injustiça, a injúria discriminatória deve ser apreciada *cum grano salis* na sua identificação com o respectivo figurino típico, instando sejam introduzidas estreitas limitações à sua configuração jurídica. Não será suficiente ao aperfeiçoamento da injúria qualificada pelo preconceito, destarte, que alguém ultraje outrem pejorativamente chamando-o de negro, baiano, judeu, macaco, africano, carcamano, etc., fato que simplesmente trará a descortino a injúria na sua modalidade simples. Sempre será necessário agregar-se ao simples dolo de ofender a incolumidade moral alheia o elemento subjetivo do injusto, a conferir-lhe maior amplitude e contundência, consistente numa manifestação do sentimento de revelar, de forma prevalecte, a intenção de ferir não apenas a pessoa particularmente considerada e propriamente dita, mas de discriminá-la pela sua raça, etnia, religião, etc” (PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Método, 2008, p. 424-425)
- 57 CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 96.
- 58 Qualquer pessoa infectada pelo vírus e que na grande maioria das vezes está totalmente saudável.
- 59 Fase da infecção, de onde surgem inúmeras doenças oportunistas geradas pela deficiência do sistema imunológico do doente, resultado da ação do vírus.
- 60 PIOVESAN, Flávia. “Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano”. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M.; LOUREIRO, João Carlos. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, 2012, 3. v. p. 743.

- 61 FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência*. Mimeo, p. 7 *apud* PIOVESAN, Flávia. "Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano". Ob. cit. p. 743.
- 62 ARENDT, Hannah. *As origens do totalitarismo*. Trad. Roberto Raposo, Rio de Janeiro, 1979. A respeito, ver também: LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia das Letras, 1988, p. 134, *apud*. Idem. p. 744.
- 63 FERRAJOLI, Luigi. *Diritti fondamentali – um dibattito teórico, a cura di Ermanno Vitale*. Roma/Bari: Laterza, 2002. p. 338. *apud*. Idem *ibidem*.
- 64 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 7. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 186.
- 65 Há um incipiente sistema árabe e a proposta de um sistema regional asiático (v. Carta Asiática de Direitos Humanos, em 1997, sob a forma de uma declaração feita por expressivas ONG's).
- 66 Na órbita das Nações Unidas há, ainda, a Declaração de Pequim (1995) e, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), existe a Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (1994).
- Desmiude! Para a convenção Interamericana, entende-se por violência contra a mulher qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher – tanto na esfera pública quanto na esfera privada (art. 1º).
- Daí, destaca Erival da Silva Oliveira, "a discriminação contra mulher significa toda distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo, exercício, pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo." (OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional: direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 71)
- 67 Inexiste, em nosso ordenamento, dispositivo que pontue acerca da hierarquia de tratado internacional no Brasil.
- Nesse passo, com a EC 45/04 e a inclusão do § 3º, art. 5º CRFB, competiu ao STF (RE 466343/SP) se posicionar sobre o assunto. E, assim o fazendo, o Min. Gilmar Mendes (e maioria do STF) deliberou no sentido de que tratados de Direitos Humanos tem hierarquia supralegal (podendo ter status constitucional) e os demais tratados comuns tem hierarquia de lei ordinária.
- Ocorre que, conforme adverte Valério Mazzuoli, esse luminar de status de lei ordinária aos tratados comuns é bastante criticado.
- Isso porque: a) o STF fez pouco caso com relação a responsabilidade do Estado Brasileiro, pois admite que um compromisso internacional perca vigência em virtude da edição de lei posterior que com ele conflite (ou seja, viabiliza que, sem denúncia, um tratado possa unilateralmente ser revogado por um Estado-parte); b) por demais, tal fato sinaliza uma má-fe no âmbito internacional, já que pela Teoria do ato próprio (*venire contra factum proprium non valet*), o Congresso Nacional, ao aprovar um tratado internacional, assume uma obrigação negativa de não legislar em sentido contrário as obrigações assumidas. Deste modo, se o Congresso Nacional assim o fizer (legislar), estaria obrando em oposição a conduta que teve anteriormente. (v. MAZZUOLI, Valério Oliveira. Ob. cit., p. 91-100).
- Desta forma, a solução seria andar na esteira do art. 5º CP e art. 1º CPP, concedendo, a tais tratados comuns, hierarquia supralegal (Note! Os de Direitos Humanos, independentemente de sua internalização por maioria qualificada, teriam status constitucional material; e, empós sua internalização, com aprovação congressual qualificada, teriam status constitucional material e formal).

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- BOBBIO, Norberto. *Igualdade e Liberdade*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. 2. ed. Rio de Janeiro: Ediouro.

- CANOTILHO, J.J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts. 1º a 107, 4. ed.* Coimbra: Coimbra, 2007.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Direito Penal: parte especial*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- DÍEZ-PICAZO, Luís María. *Sistema de derechos fundamentales*. 2. ed. Madrid: Civitas, 2005.
- DOUGLAS, William. *A propósito das cotas nos concursos públicos*. Disponível em: <www.atualidadesdireito.com.br/williamdouglas/2014/04/02/a-proposito-das-cotas-nos-concursos-publicos>, Acesso em: 14 de junho de 2014.
- FERRAZ, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito*. 3. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2001, p. 24.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- FRANCO, Francisco Manoel de Mello; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 5. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1996.
- LOPES, João Batista; MORAIS, Paulo Herber de. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978.
- MALUF, Sahid. *Teoria geral do Estado*. Revista e atualizada pelo Prof. Miguel Alfredo Malufe Neto. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. *Teoria geral do processo*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. v. I.
- MARQUES, José Frederico. *Estudos de direito processual penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1960.
- MARTINS, Flávio. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direito internacional público: parte geral*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MEDEIROS, Rui; MIRANDA, Jorge. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I.
- MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição portuguesa anotada*. Coimbra: Coimbra, 2005. Vol. I.
- MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAIS, Paulo Herber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas: Julex Livros LTDA., 1978.
- MOREIRA, Vital; CANOTILHO, J.J. Gomes. *Constituição da República Portuguesa anotada – Arts. 1º a 107, 4. ed.* Coimbra: Coimbra, 2007.
- NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional: volume único*. 8. ed. São Paulo: Método, 2013.
- OLIVEIRA, Erival da Silva. *Direito constitucional: direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Direito Penal: parte especial*. São Paulo: Método, 2008.
- PEDROSO, Fernando Gentil Gizzi de Almeida Pedroso. *Direito Fundamental à Igualdade: da evolução à sua concreção*. In: Revista Brasileira de Direitos Humanos. Porto Alegre: Lex Magister, v.9, abr./jun. 2014.
- PIOVESAN, Flávia. *Ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos*. Cadernos de pesquisa. v. 35, nº 124, jan/abr.2005.
- _____. “Proteção dos direitos sociais: desafios do sistema global, regional e sul-americano”. In: CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jônatas E.M; LOUREIRO, João Carlos. (coord.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra, 2012, 3. v.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- SCOTT, Joan. O enigma da igualdade. *Estudos Feministas*. Florianópolis, nº 13 (1), jan./abr., 2005.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1986.
- VILLAR, Mauro de Salles; HOUAISS, Antônio; FRANCO, Francisco Manoel de Mello. *Minidicionário Houaiss da língua portuguesa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2004.

FERNANDO GENTIL GIZZI DE ALMEIDA PEDROSO é Doutorando e Mestre em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP), do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos (IBDH), da Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP – Madrid) e do International Center of Economic Penal Studies (ICEPS– New York). Advogado e professor.

Segurança pública – estamos lutando a guerra errada?

■ POR LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO

“Estamos lutando uma guerra errada no combate ao tráfico ilícito de drogas. O foco está inteiramente no traficante, quando, na verdade, deveria estar, também, no usuário. Tal foco no usuário, porém, não deve ser do ponto de vista criminal, pois o usuário efetivamente é um dependente químico, e não um criminoso.”



É indiscutível que se trava, hoje em dia, uma guerra contra a criminalidade, tendo, de um lado, o Estado e, de outro, o criminoso. O Estado defende seu povo, principal alvo da violência. O criminoso defende aquilo que entende por “seu território” ou simplesmente não defende nada, a não ser seu próprio interesse ou desejo.

Nesta guerra, cada lado utiliza as armas que tem e pode utilizar. O Estado procura agir dentro dos limites da lei, do respeito aos direitos humanos e do não uso da violência. O criminoso, por sua vez, desconhece a lei e seus limites, os direitos humanos e faz uso da violência. O Estado crê no controle dos registros e comércio de armas de fogo. O criminoso utiliza armas de fogo não registradas, contrabandeadas, ilegais e não comercializadas formalmente, ignorando solenemente o desarmamento.

A consequência é uma desigualdade, uma disparidade de armas, ações e táticas que levam claramente à potencial e arriscada vantagem de um dos lados, aquele que não tem em seu caminho nenhum limite ou respeito a observar.

Um exemplo prático explorado neste estudo é o do tráfico de drogas. Por mais bem intencionadas que sejam as políticas de segurança pública neste sentido, e por mais bem preparados e técnicos que sejam seus gestores, o fato é que a falta de sintonia entre os órgãos e instituições direta e indiretamente relacionados à segurança pública leva a um desvio de foco na conduta de tais políticas.

Pretendo demonstrar como um simples desvio de olhar, do ponto de vista unicamente criminal para um ponto de vista sanitário concomitante, do combate somente ao traficante sem se preocupar com o usuário para uma estratégia de retirada do vício do usuário (e não de retirada do usuário do vício, coisas diferentes), pode alterar significativamente o quadro da guerra às drogas.

Nunca é demais, também, lembrar os princípios orientativos de Sir Robert Peel, Ministro do Interior britânico, que, em 1829, estabeleceu um rol de vetores orientadores da atividade de segurança pública, lembrados pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID:

1. La misión principal por la que existe la policía es prevenir el crimen y el desorden.
2. La habilidad de la policía para realizar sus funciones depende de la aprobación pública de sus acciones.
3. La policía debe asegurar la cooperación voluntaria del público en la observancia de la ley para ser capaz de mantener su respeto.
4. El grado de colaboración del público disminuye proporcionalmente con la necesidad del uso de la fuerza.
5. La policía consigue y mantiene una opinión pública favorable no satisfaciendo los distintos deseos, sino más bien por la demostración constante del servicio a la ley, absolutamente imparcial.
6. La policía solo debe usar la fuerza para mantener la ley y el orden cuando sea absolutamente necesario y únicamente cuando el uso de la persuasión, el consejo y la advertencia resulte insuficiente.

7. La policía, en todo momento, debe mantener una relación con el público que demuestre que la policía es la ciudadanía y el ciudadano es el policía. Los policías simplemente son miembros de la ciudadanía a los que se les paga para que presten plena dedicación a los deberes que incumben a todos en aras del bienestar y la coexistencia de la comunidad.

8. La policía debe restringir su actuación a sus funciones concretas sin usurpar los poderes de la judicatura.

9. La prueba de la efectividad de la policía está en la ausencia de crimen y desorden, no en la acción evidente contra la delincuencia.

(BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)Curso: Líderes para la Gestión en Seguridad Ciudadana y Justiciafile:///C:/Users/libero.filho/Documents/asset-v1_IDBx+IDB17x+2018_T1+type@asset+block@modulo1_Seguridad_Ciudadana_como_politica_publica.pdf)

Estes princípios continuam muito atuais, porém é certo que de 1829 até hoje houveram

alterações na dinâmica social, sendo correto anotar que a aprovação social, o apoio, a ajuda da população à polícia se dão também na medida do acesso de todos à educação.

Em 1997, o Congresso norte-americano encomendou ao criminólogo Lawrence Sherman um estudo sobre o que funciona, o que não funciona e o que é promissor em segurança pública. Sherman chegou ao seguinte resultado, aqui trazido novamente pelo BID:

Lo que funciona

- ◇ Visita frecuente de trabajadores sociales a infantes.
- ◇ Terapia de familia y entrenamiento parental.
- ◇ Formación profesional para antiguos delincuentes.
- ◇ Patrullaje intensivo en zonas críticas (Hot Spots).
- ◇ Monitoreo y seguimiento de reincidentes.

Lo que no funciona

- ◇ Devolución de armas a cambio de dinero o bonos.
- ◇ Vigilancia de barrio organizada por la policía.
- ◇ Campos correccionales que utilizan estilos militares.
- ◇ Detención domiciliar con monitoreo electrónico.
- ◇ Incremento de arrestos y allanamientos de expendios de droga.

Lo que es prometedor

- ◇ Mayor número de policías en las ciudades.
- ◇ Programas de recreación luego de la escuela.
- ◇ Arresto proactivo a los tenedores de armas ilegales.
- ◇ Supervisión intensiva de jóvenes criminales.
- ◇ Albergues para mujeres maltratadas.

(BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)Curso: Líderes para la Gestión en Seguridad Ciudadana y Justiciafile:///C:/Users/libero.filho/Documents/asset-v1_IDBx+IDB17x+2018_T1+type@asset+block@modulo1_Seguridad_Ciudadana_como_politica_publica.pdf)

Muito do que Sherman concluiu cabe no Brasil, porém deve haver uma política pública séria, prioritária, para a segurança, de acordo com nossa realidade.

UM MARCO CONCEITUAL E TEÓRICO DO CRIME E DA VIOLÊNCIA

Os recentes estudos do Banco Interamericano de Desenvolvimento foram muito importantes na elaboração deste trabalho. Ali é exposta uma teorização necessária acerca do crime e da violência. Escolas e teorias são ali elencadas, em acréscimo ao que já foi até aqui mencionado.

Apesar da recenticidade da criminologia, que remonta a meados do século XIX (se comparada ao fato de que a violência e o crime existem desde o início da raça humana), causa espécie que ainda hoje, em pleno século XXI, estejamos às voltas com o entendimento equivocado destes fenômenos sociais.

Novos temas, como o dano e sua reparação e a violência de gênero, por exemplo, têm sido debatidos pela criminologia, assim como aspectos do sistema penitenciário, notadamente pelo esgotamento das vagas carcerárias.

A justiça restaurativa passou a se ocupar mais das necessidades de reparação das vítimas, mais do que da punição do criminoso, atitude louvável, porém o ideal é a preocupação com a reparação possível da vítima em conjunto com a prática do crime pelo agente, pois há danos irreparáveis quando se fala de ilícito penal, como, por exemplo, o trauma psicológico.

Escolas e teorias surgiram e surgem aos borbotões, para tentar abarcar o mais possível uma definição e caracterização do crime e da violência.

Assim, tivemos a escola positivista, que acreditava que frustrações sociais e fatores genéticos levavam o indivíduo ao crime. Analisando aspectos antropométricos, esta escola declarava o criminoso um enfermo social sem possibilidade de recuperação.

Nomes como Lombroso tornaram esta escola célebre, sob muitas críticas, principalmente o aspecto generalista, estigmatizante e determinista que a caracterizava.

A escola crítica abordou a questão sob o prisma da desigualdade social, o que levou a uma concepção marxista de que as classes sociais menos favorecidas eram mais criminalizadas do que as classes mais altas.

A continuidade psicológica deste raciocínio levou à constatação, já nos anos setenta, de que indivíduos viam a si próprios como menos favorecidos em comparação a outros, uma vítima do sistema econômico e, por isto, ingressava no crime.

Fazemos uma crítica a esta teoria, na medida em que estigmatiza o pobre como criminoso, o que não é verdade. Além disso, a visão da escola crítica leva a uma visão historicista e instrumental marxista, reduzindo um fenômeno cultural complexo a uma definição classista econômica.

A teoria ecológica, no início do século XX, tem viés sociológico, pois surgiu da associação que sociólogos da Universidade de Chicago fizeram, em 1920, nos seguintes moldes: numa cidade, bairros onde não há estrutura social e presença das instituições terão aparecimento e crescimento da delinquência juvenil, pois zonas industriais, desemprego e desordem geram este fenômeno.

Anotamos que esta teoria em parte é correta, porque tais cenários efetivamente podem levar à criminalidade e violência, porém a teoria ecológica não é capaz de explicar todo o fenômeno, na medida em que o crime surgiu com a raça humana, porém as cidades, zonas industriais e instituições públicas não.

Além disso, esta teoria também traz o risco de interpretações estigmatizantes da pobreza como condição de criminalidade, ignorando as características pessoais de cada ser humano.

Por fim, aduz-se que, se por um lado, a desordem leva ao crime, também se pode dizer que o crime leva à desordem.

A teoria do controle afirma que indivíduos com menos vínculos afetivos tenderiam ao crime, pois cada um de nós se conforma com a norma porque a sociedade exerce este controle sobre nós. A família e a escola são dois sistemas que contribuem para esta conformidade à norma.

Esta teoria é interessante, mas peca em alguns aspectos: a) o psicopata é notoriamente uma pessoa com absoluta ciência de seus atos, porém sem vínculos afetivos. Não obstante, há inúmeros psicopatas que não praticam crimes; b) há crimes entre atores dos sistemas familiar e educacional, inclusive dentro de lares e escolas.

Há outras teorizações, como a dos tempos de ócio não estruturados, teoria da associação diferencial, do desenvolvimento da criminalidade, das atividades rotineiras e prevenção situacional, teoria da anomia, por exemplo, mas dizem respeito a aspectos das teorias e escolas já mencionadas.

O mais importante na análise de todas estas teorias e escolas é constatar uma estrutura básica que surge daí: o triângulo de criminalidade de Cohen e Felson, conhecido notoriamente e reproduzido em BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)Curso: Líderes para la Gestión en Seguridad Ciudadana y Justiciafile:///C:/Users/libero.filho/Documents/asset-v1_IDBx+IDB17x+2018_T1+type@asset+block@modulo1_Seguridad_Ciudadana_como_politica_publica.pdf da seguinte forma:



Para que um crime seja cometido, necessitamos de três fatores: um delinquente motivado, um alvo apropriado e a ausência de uma vigilância adequada. Trata-se, é claro, de uma esquematização geral, destinada a fornecer vetores amplos à prevenção, ao invés de analisar crime por crime.

É evidente que é uma esquematização auxiliar, pois não considera aspectos regionais e particulares da dinâmica criminal em cada país ou cidade, as variantes no comportamento do criminoso frente a obstáculos, por exemplo.

Também não considera este triângulo as particularidades do cibercrime, assunto este que considero interessante para um livro próprio.

A ESTRUTURA DA SEGURANÇA PÚBLICA BRASILEIRA

É na Constituição Federal de 1988 que encontramos a primeira construção estrutural de nossa segurança pública. O artigo 144 do texto constitucional assim dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – polícia ferroviária federal;

IV – polícias civis;

V – polícias militares e corpos de bombeiros militares.

VI – polícias penais federal, estaduais e distrital.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

§ 2º A polícia rodoviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das rodovias federais.

§ 3º A polícia ferroviária federal, órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se, na forma da lei, ao patrulhamento ostensivo das ferrovias federais.

§ 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

§ 5º Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

§ 5º-A. Às polícias penais, vinculadas ao órgão administrador do sistema penal da unidade federativa a que pertencem, cabe a segurança dos estabelecimentos penais.

§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

§ 8º Os Municípios poderão constituir guardas municipais destinadas à proteção de seus bens, serviços e instalações, conforme dispuser a lei.

§ 9º A remuneração dos servidores policiais integrantes dos órgãos relacionados neste artigo será fixada na forma do § 4º do art. 39.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão o direito à mobilidade urbana eficiente; e

II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.

Inicialmente, aponte-se que a Guarda Municipal, pelo texto de sua criação, não tem a função precípua de realizar a segurança pública, e sim a guarda de bens e serviços da municipalidade.

Isto, porém, não tem o condão de impedir que qualquer membro da Guarda Municipal, no exercício de suas atribuições, exerça legitimamente a força, caso depare-se com resistência específica a estas atribuições ou, ainda, caso depare-se com a prática de crime em andamento. Nunca é demais lembrar que se qualquer um do povo pode dar voz de flagrante a quem esteja cometendo ilícito (artigo 40 do Código de Processo Penal), muito mais o poderá a Guarda Municipal, mais preparada para lidar com tais situações.

Uma outra importante nota é que a Constituição Federal dispõe ser a segurança pública responsabilidade do Estado. As Guardas Municipais são integrantes do Estado, do poder público. Via de consequência, são detentoras do dever de segurança pública. Esta é uma interpretação lógica.

Outra interessante observação é sobre órgãos que recebem o nome “polícia”, porém não exercem tal atividade em sentido amplo, como por exemplo, a Polícia Legislativa e a recém-criada Polícia Judicial.

A Polícia Legislativa detém atribuições restritas às dependências do Congresso Nacional, atendendo a ocorrências ali havidas e referentes aos bens jurídicos atacados, conforme sejam sujeitos passivos membros e bens do legislativo.

A Polícia Judicial, nos mesmos moldes da legislativa, cuidará da segurança dos integrantes, bens e dependências do judiciário.

Deste modo, apesar do nome “Polícia” em sua titularidade, a atuação destes órgãos mencionados assemelha-se mais à de segurança privada de órgão público, não lhes cabendo, portanto, fazer primordialmente a segurança pública.

O texto constitucional é autoexplicativo quanto às atribuições das polícias ali elencadas, porém é repleto de falhas técnicas na sua redação. Cito, como exemplo, os parágrafos 1º ao 5º-A do referido artigo 144. Ali, descreve-se as atribuições de cada polícia, porém, em nenhum momento, estabelece-se que tais atribuições são exclusivas ou privativas destas polícias.

Com base nesta dita inexistência de atribuição privativa, face omissão do texto constitucional, o Ministério Público cuidou de buscar ocupar-se também de atividades investigativas criminais.

Apesar disso, e apenas a título de curiosidade, anote-se aqui que o § 1º do artigo 8º da Lei nº 7.347/85 não faz qualquer menção à exclusividade do Ministério Público para a instauração do inquérito civil. Pelo contrário, ao especificar alguma legitimidade, no caso para ação civil pública, a referida lei amplia as possibilidades, até mesmo a associação cujos fins sejam a defesa dos valores ali esposados. Na defesa da ordem pública e social, a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil poderia inserir-se neste rol.

A Constituição Federal, em seu artigo 129, estabelece:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

...

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Como se nota, não há nenhum vocábulo, expressão, menção, ressalva, dubiedade, nada enfim, que leve à conclusão de que tal iniciativa compete exclusivamente, privativamente, ao Ministério Público. Ao contrário, o que se vê é que o referido artigo é preciso, claro, quando quer tratar da exclusividade, quando menciona a exclusividade da titularidade da ação penal (inciso I). Fora isto, não há mais ressalvas.

A leitura sistêmica, em uma visão periférica mais aberta, demonstra que o mesmo artigo 129 assim preleciona:

§ 1º A legitimação do Ministério Público para as ações civis previstas neste artigo não impede a de terceiros, nas mesmas hipóteses, segundo o disposto nesta Constituição e na lei.

Em outras palavras, ao mesmo tempo em que o artigo 129 traz de forma expressa qual a função privativa do Ministério Público, não traz ele qualquer reserva quanto à legitimidade para propor o inquérito civil, chegando mesmo a dispor que a legitimação para as ações ali previstas não impede a de terceiros, segundo o disposto na constituição e nas leis.

Até porque ambas Constituição e leis não trazem qualquer cláusula de exclusividade nem impedimento de nenhuma ordem à iniciativa de terceiros ao inquérito civil. E nem poderia ser de outra maneira, posto que restringir a iniciativa seria restringir o acesso à justiça, seria tolher o exercício da cidadania e de direitos e garantias fundamentais ligados ao meio-ambiente, às relações de consumo, dentre muitos outros, e dos quais o Ministério Público não é o único guardião.

Na nobre ação de zelar pela segurança pública, inclui-se a guarda da ordem pública, financeira e econômica, paz social, meio-ambiente, relações de consumo, de trabalho, dentre outros. Não é à toa que possuímos Delegacias de Polícia especializadas em proteção a estas áreas citadas. O que se faz ali? Nada mais nada menos do que a defesa dos bens jurídicos ameaçados pelas condutas contrárias a tais instituições dos direitos humanos fundamentais.

Neste sentido, o Delegado de Polícia, que muitas vezes toma contato com o problema antes de qualquer outro órgão público, na qualidade de primeiro garantidor da ordem pública e social, é também agente político habilitado a tal garantia.

A expressão “funções institucionais” contida no caput do artigo 129 da Constituição Federal, não se confunde com ideia de legitimidade privada ou exclusiva. Segundo os mais abalizados dicionários da língua portuguesa, a palavra “institucional” traz apenas a referência a uma instituição, relativo a uma organização institucional, porém nunca algo exclusivo. Ou seja, o inquérito civil é função da instituição ali mencionada, isto não se discute, porém não é função exclusiva ou privativa de tal instituição. Esta última ilação só pode ser construída pela imaginação ou pela política, mas nunca pela lei.

Apenas para exemplificar, a função de investigar crimes é institucional da polícia civil, porém é exercida também por outras instituições.

Assim, é forçoso concluir que o Delegado de Polícia, como agente garantidor da ordem pública, econômica, financeira e social, e de peculiar formação jurídica superior igual à formação do Promotor de Justiça e do Juiz de Direito, age cotidiana e institucionalmente na defesa dos bens jurídicos e coletivos lesados pelas condutas ofensivas não só à liberdade individual e a vida, mas também aos direitos difusos e coletivos, consumidor, acidentes de trabalho, idosos, adolescentes, meio-ambiente e muitos outros. Isto lhe confere legitimidade formal e material para instauração do inquérito civil.

Por outro lado, não há nenhum dispositivo legal constitucional ou infraconstitucional que declare ser a instauração do inquérito civil atribuição privativa ou exclusiva do Ministério Público. Isto também confere legitimação ao Delegado de Polícia para tal medida.

Com o passar do tempo, decisões judiciais foram ocupando os espaços vagos deixados pela omissão do legislador, e reconhecendo ao Ministério Público também a função investigativa criminal, através dos PIC's (procedimentos de investigação criminal).

Anotou-se, entretanto, doutrinária e jurisprudencialmente, que, uma vez iniciado o PIC pelo Ministério Público, não pode o procedimento ser enviado à delegacia de polícia para continuidade de investigações, cabendo tão somente seu arquivamento caso ocorra insucesso nas investigações ministeriais.

Outro grave erro no texto constitucional foi o de dividir as competências da União, estados e municípios de forma concorrente no que concerne à saúde e à educação, mas não fazê-lo, de igual modo, com a segurança pública, cuja competência foi estabelecida entre União e Estados, apenas.

Com base neste erro grotesco, prejudicados foram, em muito, os serviços, ações e políticas relacionados à segurança pública:

– os gestores dos municípios são aqueles que primeiro e de forma mais próxima conhecem os problemas da comunidade local. Sua sujeição a uma estrutura centralizada e engessada de poder e distribuição de recursos somente faz aumentar o abismo entre os serviços estatais prestados e as necessidades da população;

– a exclusão da municipalidade deste cenário de verticalização de competências aumenta o sentimento de não responsabilidade, de isenção, do prefeito que, comodamente, afirma que nada pode fazer, porque “segundo a Constituição, segurança é dever do estado”, ou, quando algo faz, o faz como se estivesse agindo de forma benevolente, concedendo um luxo à população.

Na tentativa de criar alternativas para esta falha estrutural, imaginou-se órgãos e serviços que pudessem suprir tal defeito, como, por exemplo, conselhos municipais de segurança e os famosos Gabinetes de Gestão Integrada Municipal – GGIM’s.

A realidade, porém, mostrou que tais órgãos não lograram satisfazer seu objetivo, pois a verdade é que não detêm poder deliberativo. Suas resoluções não têm caráter vinculativo, coativo. Em virtude disto, muitos municípios simplesmente deixaram de fazer as reuniões de seus GGIM’s.

Também não se pode deixar de apontar a importância da criação do Sistema Único de Segurança Pública – SUSP pelo governo brasileiro, plataforma integrando as diferentes secretarias de segurança pública dos Estados e Distrito Federal.

O SUSP foi criado através da Lei nº 13.675 de 11 de junho de 2018 e “disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, nos termos do § 7º do art. 144 da Constituição Federal; cria a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS); institui o Sistema Único de Segurança Pública (Susp); altera a Lei Complementar nº 79, de 7 de janeiro de 1994, a Lei nº 10.201, de 14 de fevereiro de 2001, e a Lei nº 11.530, de 24 de outubro de 2007; e revoga dispositivos da Lei nº 12.681, de 4 de julho de 2012.”

A referida Lei nº 13.675/2018 traz, em seu artigo 2º, um texto muito interessante, dentro desta discussão sobre a municipalização da segurança pública. Enquanto a omissa Constituição Federal de 1988 deixa de lado a questão da municipalização, a referida lei, feita trinta anos depois, sente os reflexos da dura realidade, e estabelece em seu artigo 2º:

Art. 2º A segurança pública é dever do Estado e responsabilidade de todos, compreendendo a União, os Estados, o Distrito Federal e os *Municípios*, no âmbito das competências e atribuições legais de cada um. (grifo nosso)

Aqui, os Municípios já aparecem como destinatários da obrigação com a segurança pública, no mínimo sob o aspecto da “responsabilidade de todos”. Como se não bastasse, o artigo 3º subsequente vem afirmar:

Art. 3º Compete à União estabelecer a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS) e aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer suas respectivas políticas, observadas as diretrizes da política nacional, especialmente para análise e enfrentamento dos riscos à harmonia da convivência social, com destaque às situações de emergência e aos crimes interestaduais e transnacionais. (grifo nosso)

Os demais dispositivos da mesma lei vêm no mesmo sentido, estabelecendo sempre a participação ativa (e agora por força de lei) dos Municípios no processo de oferecimento da segurança pública. Interessante notar que a lei que coloca o Município no centro do palco da segurança pública não é inconstitucional, antes ajusta-se com perfeição à responsabilidade imposta constitucionalmente no *caput* do artigo 144 da Constituição Federal.

Apenas a título exemplificativo, observe-se alguns outros dispositivos da Lei nº 13.675/18 neste sentido:

Art. 5º São diretrizes da PNSPDS:

...

IV – atuação integrada entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios em ações de segurança pública e políticas transversais para a preservação da vida, do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana;

...

XII – ênfase nas ações de policiamento de proximidade, com foco na resolução de problemas;

XIII – modernização do sistema e da legislação de acordo com a evolução social; Ver tópico

XIV – participação social nas questões de segurança pública;

XV – integração entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário no aprimoramento e na aplicação da legislação penal; Ver tópico

XVI – colaboração do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública na elaboração de estratégias e metas para alcançar os objetivos desta Política; (obs. do autor: esta colaboração é limitada por uma legislação leniente, que permite a soltura e prisão repetidas do criminoso, num retrabalho desnecessário)

...

XIX – incentivo ao desenvolvimento de programas e projetos com foco na promoção da cultura de paz, na segurança comunitária e na integração das políticas de segurança com as políticas sociais existentes em outros órgãos e entidades não pertencentes ao sistema de segurança pública;

...

V – promover a participação social nos Conselhos de segurança pública;

...

XI – estimular a padronização da formação, da capacitação e da qualificação dos profissionais de segurança pública, respeitadas as especificidades e as diversidades regionais, em consonância com esta Política, nos âmbitos federal, estadual, distrital e municipal;

...

XIX – promover uma relação colaborativa entre os órgãos de segurança pública e os integrantes do sistema judiciário para a construção das estratégias e o desenvolvimento das ações necessárias ao alcance das metas estabelecidas; (vide observação ao inciso XVI retro)

...

DO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA

Seção I

Da Composição do Sistema

Art. 9º É instituído o Sistema Único de Segurança Pública (Susp), que tem como órgão central o Ministério Extraordinário da Segurança Pública e é integrado pelos órgãos de que trata o art. 144 da Constituição Federal, pelos agentes penitenciários, pelas guardas municipais e pelos demais integrantes estratégicos e operacionais, que atuarão nos limites de suas competências, de forma cooperativa, sistêmica e harmônica.

§ 1º São integrantes estratégicos do Susp:

I – a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, por intermédio dos respectivos Poderes Executivos; Ver tópico

II – os Conselhos de Segurança Pública e Defesa Social dos três entes federados. Ver tópico

§ 2º São integrantes operacionais do Susp:

I – polícia federal;

II – polícia rodoviária federal;

III – (VETADO); Ver tópico

IV – polícias civis;

V – polícias militares;

VI – corpos de bombeiros militares;

VII – guardas municipais;

VIII – órgãos do sistema penitenciário;

IX – (VETADO);

X – institutos oficiais de criminalística, medicina legal e identificação;

XI – Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp);

XII – secretarias estaduais de segurança pública ou congêneres;

XIII – Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec);

XIV – Secretaria Nacional de Política Sobre Drogas (Senad);

XV – agentes de trânsito;

XVI – guarda portuária.

§ 3º (VETADO).

§ 4º Os sistemas estaduais, distrital e municipais serão responsáveis pela implementação dos respectivos programas, ações e projetos de segurança pública, com liberdade de organização e funcionamento, respeitado o disposto nesta Lei.

Art 10

§ 2º As operações combinadas, planejadas e desencadeadas em equipe poderão ser ostensivas, investigativas, de inteligência ou mistas, e contar com a participação de órgãos integrantes do Susp e, nos limites de suas competências, com o Sisbin e outros órgãos dos sistemas federal, estadual, distrital ou municipal, não necessariamente vinculados diretamente aos órgãos de segurança pública e defesa social, especialmente quando se tratar de enfrentamento a organizações criminosas.

§ 3º O planejamento e a coordenação das operações referidas no § 2º deste artigo serão exercidos conjuntamente pelos participantes.

Art. 13. ...

III – efetivar o intercâmbio de experiências técnicas e operacionais entre os órgãos policiais federais, estaduais, distrital e as guardas municipais;

...

DOS CONSELHOS DE SEGURANÇA PÚBLICA E DEFESA SOCIAL

Seção I

Da Composição

Art. 20. Serão criados Conselhos de Segurança Pública e Defesa Social, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, mediante proposta dos chefes dos Poderes Executivos, encaminhadas aos respectivos Poderes Legislativos. Ver tópico (11 documentos)

§ 1º O Conselho Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, com atribuições, funcionamento e composição estabelecidos em regulamento, terá a participação de representantes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§ 2º Os Conselhos de Segurança Pública e Defesa Social congregarão representantes com poder de decisão dentro de suas estruturas governamentais e terão natureza de colegiado, com competência consultiva, sugestiva e de acompanhamento social das atividades de segurança pública e defesa social, respeitadas as instâncias decisórias e as normas de organização da Administração Pública.

§ 5º Caberá aos Conselhos propor diretrizes para as políticas públicas de segurança pública e defesa social, com vistas à prevenção e à repressão da violência e da criminalidade. Ver tópico

§ 6º A organização, o funcionamento e as demais competências dos Conselhos serão regulamentados por ato do Poder Executivo, nos limites estabelecidos por esta Lei.

§ 7º Os Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Segurança Pública e Defesa Social, que contarão também com representantes da sociedade civil organizada e de representantes dos trabalhadores, poderão ser descentralizados ou congregados por região para melhor atuação e intercâmbio comunitário.

...

Art 22 ...

§ 1º As políticas públicas de segurança não se restringem aos integrantes do Susp, pois devem considerar um contexto social amplo, com abrangência de outras áreas do serviço público, como educação, saúde, lazer e cultura, respeitadas as atribuições e as finalidades de cada área do serviço público.

...

§ 5º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão, com base no Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, elaborar e implantar seus planos correspondentes em até 2 (dois) anos a partir da publicação do documento nacional, sob pena de não poderem receber recursos da União para a execução de programas ou ações de segurança pública e defesa social.

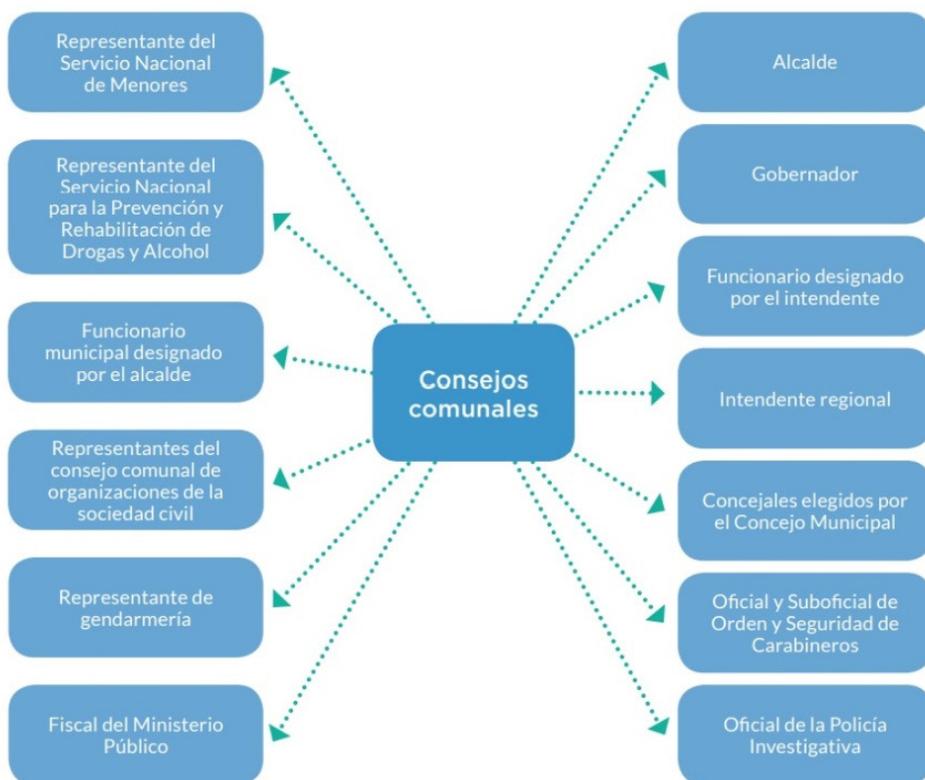
...

Art. 23. A União, em articulação com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, realizará avaliações anuais sobre a implementação do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social, com o objetivo de verificar o cumprimento das metas estabelecidas e elaborar recomendações aos gestores e operadores das políticas públicas.

Parágrafo único. A primeira avaliação do Plano Nacional de Segurança Pública e Defesa Social realizar-se-á no segundo ano de vigência desta Lei, cabendo ao Poder Legislativo Federal acompanhá-la. (obs do autor: esta primeira avaliação seria no presente ano de 2020, porém a pandemia Covid 19 não permitiu).

A intenção, aqui, porém, não é elaborar um tratado de temas já discutidos na segurança pública, e sim trazer aspectos diferenciais ao assunto.

Havendo a tão necessária municipalização da segurança pública no Brasil, podemos pensar na existência de conselhos municipais com poder realmente deliberativo, obedecendo estrutura semelhante à adotada no Chile:



Fuente: Elaboración propia basada en <http://consejoscomunales.spd.gob.cl>.

POLÍTICAS PARA UMA EFETIVA SEGURANÇA PÚBLICA

Segurança Pública não é apenas polícia, e polícia não é apenas prender bandidos. O encarceramento de criminosos é atividade importantíssima, mas é óbvio que segurança pública requer um feixe de ações múltiplas.

Uma política pública legítima de segurança pública preocupa-se com o antes (a prevenção do crime), o durante (as ações repressivas policiais) e o depois (o *follow-up* ou monitoramento e recolocação do criminoso ex-presidiário e recém-liberto).

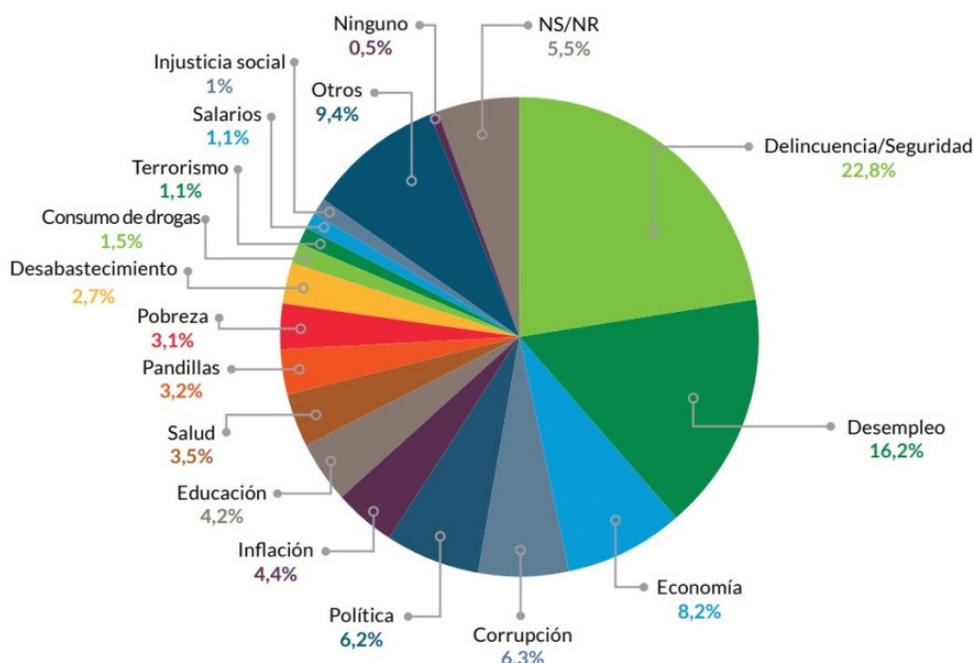
Se o Estado providencia o funcionamento eficaz e eficiente de sua rede de serviços atinentes à segurança pública, os resultados são incontestes no sentido de redução dos índices de criminalidade.

Ausência de qualificação policial, falta de unidades de tratamento e recuperação de toxicômanos, conflitos institucionais pelo poder, notadamente entre Ministério Público e Polícia Judiciária, são questões que podem e devem ser tratadas em sede de negociação.

E a participação da sociedade no crime de tráfico, de forma *sui generis*, completa o panorama: onde falta o Estado, o traficante supre a lacuna. Na favela onde o ser humano não é lembrado como cidadão, o chefe local do tráfico é polícia e juiz, é governo e sacerdote.

Em levantamento do Banco Interamericano de Desenvolvimento – BID, observou-se, a partir de 2015, uma inversão na posição de maior queixa da população quanto a problemas enfrentados. A partir de 2015, a segurança pública assumiu a liderança das queixas, deixando o desemprego em segundo lugar, isto para a América Latina e Caribe.

Observe-se, na figura a seguir:



Fuente: Latinobarómetro, (2015)

Já as políticas adotadas para uma reformulação das polícias em países da América Latina resultaram nos seguintes quadros:

Uma visão mais tradicional das alterações devidas:

Tabla 1. Visiones tradicionales de la reforma policial

Visión normativa	Se enfoca en la reformulación de leyes y normas que regulan la seguridad pública con la “ilusión ingenua” de que estos cambios llevarán a una reestructuración de las instituciones policiales.
Visión organizacional	Se centra en el rediseño de los programas de formación policial y la estructura organizacional centralizada, con el propósito de impulsar cambios en la cultura institucional y así evitar las conductas inadecuadas. Sin embargo, se limita a cambiar los aspectos formales de la organización sin revisar las competencias y funciones de las distintas unidades y prácticas policiales.
Visión comunitarista	Propone la participación ciudadana en temas de seguridad local y monitoreo del desempeño policial, con la esperanza de hacer más eficiente y honesta la actuación policial. Esto conllevaría a “una ruptura, al menos local, del monopolio de la policía sobre la seguridad y sentaría nuevas bases institucionales para la policía”.

Fuente: Arias, P., Rosada-Granados, H., y Sain, M. F. (2012).

Fonte: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)Curso: Líderes para la Gestión en Seguridad Ciudadana y Justiciafile:///C:/Users/libero.filho/Documents/asset-v1_IDBx+IDB17x+2018_T1+type@asset+block@modulo1_Seguridad_Ciudadana_como_politica_publica.pdf

REFORMAS POLICIALES EN AMÉRICA LATINA

Encontramos cuatro ejemplos que contaron con procesos distintos en reforma policial: dos casos enfocados en depuración de la policía y acercamiento a la comunidad, pero motivado por grupos políticos (Colombia y Honduras), un caso enfocado principalmente en reducir los abusos policiales y ganar la confianza de la ciudadanía (Brasil), y un caso con trasfondo diferente, que contaba originalmente con la confianza y aprobación de la población hacia la institución (Chile).

PAÍS	CAUSA	TIPO DE REFORMA	OBJETIVOS DE LA REFORMA	RESULTADOS A CORTO PLAZO
Chile Policía Nacional “Carabineros” 1990-2003	Transición democrática, percepción de incremento del crimen violento (1990).	Gradual: mejora de la efectividad policial, responsabilidad hacia la comunidad.	Mejorar el control civil sobre la policía, incrementar el control local, incrementar la transparencia.	Mejora gradual: los carabineros pueden controlar la agenda y el camino de las reformas, emergen con una posición más fuerte.
Colombia Policía Nacional 1993-2003	Ministro de Defensa Civil, 1991; Escándalos de corrupción 1994.	Gradual: purga de oficiales corruptos, introducción de reformas de gestión.	Desmilitarizar y democratizar la policía, mejorar la efectividad, reducir la corrupción, incrementar el control policial.	Efectos limitados: La policía resiste las reformas, reaparición de los escándalos de corrupción (2003), impacto de los medios de comunicación por el fuerte liderazgo.
Brasil (Sao Paulo) Área metropolitana 1992-2000	Desencanto de la comunidad de empresarios con la actuación policial.	Innovadora: creación de alianzas público-privadas para la reforma de la policía.	Promover la cooperación de la sociedad civil y su participación en la reforma policial, mejorar la eficacia y responsabilidad de la policía.	Mejora de la participación de la sociedad civil en la prevención del crimen y la represión. Mejora de la efectividad policial.
Honduras Policía Nacional, inició en 2012	Movimiento ciudadano que pedía la reforma policial.	Gradual: Reforma legal e institucional. Fortalecimiento del sistema de educación policial y de la investigación criminal. Depuración del personal policial.	Mejorar la confianza. Implementar un modelo de prevención de delitos y de violencia social. Coadyuvar en la reducción de la impunidad. Fomentar la corresponsabilidad ciudadana. Institucionalizar la transparencia, rendición de cuentas, Derechos Humanos y equidad de género.	Percepción generalizada de que la desconfianza ciudadana ha disminuido. Creación de un nuevo modelo de investigación y construcción de laboratorios. Creación de una nueva entidad de inteligencia. Avances en la profesionalización de los recursos humanos.

Fonte: BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID)Curso: Líderes para la Gestión en Seguridad Ciudadana y Justiciafile:///C:/Users/libero.filho/Documents/asset-v1_IDBx+IDB17x+2018_T1+type@asset+block@modulo1_Seguridad_Ciudadana_como_politica_publica.pdf

Por uma questão didática, limitaremos-nos a discutir a segurança pública no Brasil, sempre lembrando, porém, a necessidade de um sistema integrado transnacional.

Quando ainda se estudava a criação de um Ministério da Segurança Pública, alertava eu:

“Propostas há para a criação de um Ministério da Segurança Pública. Afirmar que tal iniciativa é viável ou não é precipitado, do ponto de vista técnico. Um projeto desta natureza envolve estudos estratégicos, econômicos, estruturais e administrativos, aos quais a prudência manda submeter o tema antes de qualquer conclusão.

“Do ponto de vista político, embora menos solicitado o aspecto técnico, a criação de tal ministério pressupõe alinhamento entre política interna e externa, mesmo porque não há como pensar em um ministério da República sem o diálogo integracionista entre o Brasil e o mundo.” (Segurança pública transnacional e geopolítica das drogas, 2010).

Falar de segurança pública é falar do direito de cada um de nós à manutenção da integridade física e psicológica, ao direito de ir e vir, à liberdade e encarceramento. Fala-se de morte e vida, mesmo. Portanto, do ponto de vista individual, nosso direito à segurança pública equipara-se aos mais caros direitos fundamentais.

Sob o aspecto coletivo, a segurança pública é meio necessário de harmonização da convivência do ser humano em sociedade. Viver em uma sociedade que se norteia pelo estado democrático de direito é viver sob a égide da segurança e da certeza jurídicas.

As políticas de saúde visam oferecer-nos condições físicas e mentais para uma existência digna. As políticas de educação visam oferecer-nos condições intelectuais para uma produtividade também repleta de dignidade. A segurança pública, por sua vez, visa garantir e defender o exercício destas políticas de saúde e educação.

É lógico que outras políticas de melhoria social são adotadas, mas a análise deste eixo saúde-educação-segurança foi eleita como central por razões apenas de delimitação do tema estudado.

Já de antes se visualizavam algumas iniciativas:

A primeira dessas novas ameaças a ser abordada no contexto do sistema interamericano foi o tráfico ilícito de drogas, com a criação, em 1986, da Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD). A Comissão, que se reúne duas vezes por ano, tem por objetivo fortalecer as capacidades institucionais e canalizar os esforços coletivos dos Estados-Membros para reduzir a produção, o tráfico e o uso e abuso de drogas no hemisfério, em conformidade com as convenções internacionais (<http://www.adepolrj.com.br/adepol/Admin/Noticias/ImagensNoticias/20130506SeguranAaPA%C2%BAblicaeCrimeOrganizad.pdf>)

Ainda hoje, porém, as soluções patinam na pouca vontade política e na difícil construção de um ideário de segurança comum a todos os países. Em pleno 2017, ainda se faziam planos de implantação, e não de ação:

O Ministério das Relações Exteriores buscará acordos e a colaboração com países vizinhos para combater crimes nas fronteiras e para ajudar a impedir a circulação de drogas e armas na América do Sul. Antes mesmo desse plano ser lançado, no entanto, o governo tem tomado medidas para melhorar a segurança no País. No fim do ano passado, o Fundo Penitenciário Nacional (Funpen) repassou R\$ 1,2 bilhão para os estados. Dessa forma, eles poderão melhorar as condições dos seus sistemas prisionais. (<http://www2.planalto.gov.br/acompanhe-planalto/noticias/2017/01/plano-nacional-de-seguranca-publica-vai-racionalizar-sistema-penitenciario>)

Uma peculiaridade da segurança pública é que, ao contrário da saúde e da educação, não pode ser tal atividade privatizada de modo generalizado. Enquanto hospitais e escolas públicas convivem com hospitais e escolas particulares, num fornecimento de serviços a toda a população em geral, a segurança pública não pode ser privatizada.

Somente no âmbito da proteção patrimonial de determinadas empresas e instituições é possível privatizar alguns serviços de segurança. No espectro da coletividade, no entanto, não é possível imaginar a privatização dos serviços da Polícia Civil ou da Polícia Militar, por exemplo.

A atividade armada ostensiva em público não pode ser entregue a interesses particulares ou corporativos, sob risco de desvirtuamento do interesse público que guia a administração pública.

Vista, desta maneira, como uma iniciativa de Estado, e não apenas de governos, pode-se imaginar um país com uma segurança pública que se envolva com os seus problemas internos de violência e criminalidade numa análise conjuntural com a realidade dos países que o cercam.

A correção desta visão pode ser verificada quando determinados ilícitos se sobressaem na conjuntura, como tráfico de drogas, tráfico de pessoas, atentados aos direitos humanos dos povos, genocídio, crimes financeiros internacionais, todos de caráter notadamente transnacional.

À medida que os países estreitam e unificam suas metas e interesses econômicos, juntamente com as reduções de incompatibilidades sócio-econômicas, caminham a passos largos para a criação de um núcleo transnacional de segurança pública, pois não só o bem-estar de seus povos passa a ser de interesse comum como as migrações populacionais e as atividades entre fronteiras far-se-ão sentir com mais força.

A criação de entidade supranacional como uma Mercopol pode ser a solução para uma implementação eficaz da segurança pública transnacional. Esta medida retiraria entraves que hoje em dia só contribuem para o atraso, a lentidão do combate ao crime. As dificuldades deste processo são sabidas:

... no direito penal, por ser uma questão acentuadamente nacional, devido a questões como a história e a cultura do país, a internacionalização é ainda mais difícil, apesar de acreditar ser necessária. "Como a circulação de pessoas está mais fácil e por haver criminalidade transnacional que ultrapassa fronteiras, é preciso também uma regulação penal internacional." (diretor do Instituto Max Planck de Direito Penal Internacional e Estrangeiro em Freiburg, Hans-Jörg

Albrecht. <http://dwh.com.br/pt-br/noticias/para-pesquisador-alemao-taxa-de-homicidio-brasileira-seria-considerada-guerra-civil-na-alemanha>)

A Mercopol, pelo menos no cenário internacional, retiraria a abordagem da segurança pública do patamar onde ela hoje se encontra, com embates institucionais entre polícias, entre polícias e Ministério Público e entre instituições governamentais e organismos não governamentais.

Outro ponto importante é estabelecer as bases e diretrizes estruturais e programáticas de uma segurança pública transnacional. Há as mais diversas posições doutrinárias a respeito. Alguns autores querem dividir a segurança pública em formal e informal. Outros querem categorizá-la em “tradicional” e “humana”.

Embora a recenticidade e pouca referência teórica sobre o tema ainda não permitam na afirmação de existir esta ou aquela corrente doutrinária, fica claro que tentar dividir a segurança pública em categorias é um equívoco, pois a segurança pública é uma só, o que muda é a amplitude com que se a estuda.

Dividir a segurança pública em formal ou informal é inteiramente errôneo, posto que o termo “segurança informal” leva automaticamente à idéia de uma segurança marginal, pirateada, não institucional, portanto sem legalidade e legitimidade.

Rotular a segurança pública em “tradicional” e “humana”, além de tecnicamente falho, é simplista e conceitualmente confuso. É que toda segurança pública tem como alvo o ser humano e sua convivência em sociedade e, portanto, só pode ser humana. Célebres as palavras de Immanuel Kant: “Um Estado não é um patrimônio... Ele é uma sociedade de homens...”

Além disso, por ser a segurança pública una, como já dito anteriormente, e por ser atividade do Estado, não se pode dizê-la “não-estrutural”. Ela será sempre estrutural, ou não será segurança pública. Toda política pública obedece a uma organização sistêmica e é, portanto, estrutural.

Deduz-se, então, que o que se pode afirmar em termos de diferenciação categórica na segurança pública é que ela é uma conceitualmente, mas sua área de ação é divisível. A divisão mais aceitável, portanto, é aquela que menciona a segurança pública nacional e a transnacional.

Ambas são estruturadas, estatais, formais, políticas. A segurança nacional, porém, ocupar-se-á das questões internas, da população de seu país, da violência e da criminalidade entre fronteiras nacionais. A segurança transnacional, por sua vez, ocupar-se-á dos ilícitos em âmbito extrafronteiras nacionais.

Ambas as visões geográficas de segurança pública, porém, devem ser preocupação conjunta das pastas de defesa, justiça e relações exteriores. Observe-se, como exemplo, as implicações advindas internamente, mas com reflexos externos, no que trange a eventos como olimpíadas, copa de mundo de futebol, que se dão num país determinado, mas estão intrinsecamente vinculados aos interesses de outros países. No dizer da ABIN:

O diagnóstico de organizações criminosas que exploram e ameaçam o território brasileiro e os bens do País tem valor estratégico no processo de tomada de decisão da Presidência da República e de órgãos do Poder Executivo. (<http://www.abin.gov.br/atuacao/fontes-de-ameacas/crimes-transnacionais/>)

Urge, portanto, agir, sem o aferrar-se ao monismo hegeliano ou ao monismo kelseniano. Não deve existir uma supremacia da ordem jurídica interna sobre a internacional ou vice-versa. E não se deve confundir o dualismo de Triepel com uma exigência de supremacia jurídica.

Explica-se: o dualismo prega que uma regra de direito internacional, para valer em um país, deve ser incorporada ao seu arcabouço jurídico (teoria da incorporação). Isto não significa imposição da ordem interna sobre a internacional, mas somente adaptação necessária de ordenamentos por vezes díspares.

Segurança pública transnacional é, assim, medida urgente de integração entre os países interessados em unificar economias e harmonizar diferenças em busca de um mercado comum, um bloco que funcione mais do que uma simples zona aduaneira.

LIMITES CONVENCIONAIS AO PODER DE INVESTIGAÇÃO

A Assembléia-Geral da ONU, por meio da resolução A/RES/55/25, de 15.11.2000, adotou a Convenção contra o Crime Organizado Transnacional (CCOT), também conhecida como United Nations Convention against Transnational Organized Crime (CTOC), também chamada de Convenção de Palermo.

Inserida no repertório jurídico brasileiro através do Decreto nº 5.015 de 12.03.2004, a Convenção de Palermo tem por objetivo cooperar com a prevenção e o combate ao crime organizado transnacional, e trouxe para nossa ordem jurídica outros três pactos adicionais: o Protocolo para Prevenir e Punir o Tráfico de Pessoas (Dec. 5.017/2004), Protocolo contra o Contrabando de Pessoas por Terra, Mar e Ar (Dec. 5.016/2004) e o Protocolo contra a Produção Ilícita e o Tráfico de Armas de Fogo, suas Partes, Componentes e Munição (Dec. 5.941/2006).

Cuida a Convenção de Palermo de coletar e analisar dados estatísticos relativos à criminalidade transnacional, como lavagem de dinheiro, obstrução da Justiça, além de estabelecer parâmetros de organização e serviços empregados nesta atuação.

O âmbito de atuação da Convenção de Palermo é flexibilizado pela regulação de suas normas. O texto convencional preocupou-se com sua adaptabilidade aos ordenamentos jurídicos dos países subscritores, como se vê em seu artigo 34, item 2, a seguir:

“As infrações enunciadas nos artigos 5, 6, 8 e 23 da presente Convenção serão incorporadas no direito interno de cada Estado-Parte, independentemente de sua natureza transnacional ou da implicação de um grupo criminoso organizado nos termos do § 1 do artigo 3 da presente Convenção, salvo na medida em que o artigo 5 da presente Convenção exija o envolvimento de um grupo criminoso organizado.”

É interessante apontar que a maioria das definições da expressão “crime organizado” refere-se à sua estruturação e ramificação a ponto de espriar-se de forma tentacular nas instituições oficiais, comprometendo a ordem jurídico-institucional de um país, e, conseqüentemente, sua segurança nacional.

O mais interessante, porém, é notar que, enquanto esta grande maioria assim define o crime organizado, capitaneada pelo FBI, o NCIS britânico acrescenta em sua definição o fator geográfico, ao acrescentar que esta atividade criminosa é “conduzida independentemente das fronteiras nacionais.”

A Convenção de Palermo prevê a possibilidade de confisco de bens ilícitos e a presunção de ilicitude de produto da atividade criminosa, porém tais previsões esbarram em limites constitucionais. O confisco, por exemplo, depende de identificação dos bens, pedido justificado do país solicitante, ordem judicial a legitimar a ação.

A presunção de ilicitude de produtos de crime conflita, pelo menos em nosso ordenamento jurídico, com o princípio constitucional da presunção de inocência.

Outra ação investigativa prevista pela convenção é a entrega vigiada, que consiste no acompanhamento controlado, pela autoridade policial, do transporte e entrega de produtos de crime, para sua apreensão no momento adequado. Ao contrário da ação controlada no tráfico de drogas, a entrega vigiada não especifica quais os produtos vigiados, abrindo um leque amplo para o desenvolvimento da ação policial.

O INTEGRACIONISMO E O COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS

A América do Sul precisa de uma cultura de segurança pública integracionista, que abarque não só as metas econômicas almejadas por seus países, como também as aspirações de bem-estar dos povos que o compõem. E aí incluem-se as metas referentes à segurança pública.

A simples análise dos indicadores sociais e econômicos destes países revela o quão díspares são as suas realidades. Países como o Brasil com um PIB quatro, cinco vezes maior que outros, países com taxas de mortalidade altas e de escolaridade baixas. Integrar nestas condições é difícil, mas não impossível.

Interferências externas só contribuem negativamente. O exemplo do Plano Colômbia, na zona de Putumayo, se presta a ilustrar este ponto de vista. Quando o Presidente Pastrana o idealizou, em 1998, a intenção deste Plano Colômbia era reduzir os altos índices de pobreza, criando uma zona cocaleira onde, ao mesmo tempo, se combatesse o tráfico de drogas.

O foco das ações antitráfico seria nas grandes organizações de tráfico de drogas do norte do país. As pequenas e numerosas organizações criminosas do sul ficaram de fora dos objetivos de combate. Neste momento, ao buscar suporte financeiro para suas pretensões, Pastrana obteve sinal receptivo dos Estados Unidos.

O preço deste apoio financeiro, porém, foi a desfiguração do Plano Colômbia, desviando-se o alvo do combate ao tráfico, retirando as grandes organizações criminosas da alça de mira da ação do governo. E o braço mais poderoso destas organizações deslocou-se para a fronteira com a Venezuela.

A visão militarista do combate ao tráfico de drogas trazida pelos Estados Unidos chocou-se de frente com organizações como as FARC, além de conviver com o surgimento de grupos paramilitares como a AUC – Autodefensas Unidas de Colombia.

A Colômbia é citada como exemplo porque tem extensas áreas de plantio de coca, enquanto Bolívia e Peru as têm menores. Além disso, é na Colômbia que situam-se as atividades das FARC, definidas como de narcoguerrilha.

O Brasil aparece neste cenário como uma grande potência sul-americana, que busca o tom conciliador, sem envolver-se direta ou abertamente na guerra contra a narcoguerrilha, e que tem que buscar o apoio estratégico decisivo da Argentina, cujo papel relevante é de conhecimento de qualquer um que lide com a geopolítica da droga na região. Foi esta a fala do Presidente Michel Temer no ano de 2016:

Discurso durante reunião Ministerial do Cone Sul sobre Segurança nas Fronteiras

Tipo de documento: Discurso

Autor: Presidente da República Michel Temer

Local e data: Brasília, 16/11/2016

“Por isto a oportunidade extraordinária desta reunião para instituir mais uma vez um plano estratégico de fronteiras. E digo isto porque, historicamente, ir e vir em ambiente seguro é, nas democracias, um direito fundamental de cada indivíduo. A novidade dos últimos anos e décadas, ninguém aqui a ignora, é que as ameaças à segurança pública se tornam crescentemente complexas. E cada vez mais, é interessante, ultrapassam as fronteiras. É como se a globalização que se deu no plano comercial, no plano político, no plano das comunicações, também se tivesse dado na questão dos crimes transnacionais. (...) Especialmente porque um traço fundamental dessa insegurança, digamos assim, está na chamada dependência química. Exatamente a questão do narcotráfico – não é? – que ultrapassa todas as fronteiras e chega aos mais distantes países, ganha força de tragédia, no destino de crianças, mulheres, mães que até muitas vezes, socialmente vulneráveis, acabam sendo cooptadas por redes criminosas do narcotráfico, da pornografia, da prostituição, portanto, até do tráfico de pessoas. E disto está, na base de tudo isso, para dizer uma trivialidade, está exatamente o avanço dos crimes transnacionais. (...) Até porque os que praticam crimes não conhecem limites. Eles atuam sem nenhum constrangimento e tiram proveito muitas vezes, digamos assim, da porosidade das nossas fronteiras. Nós aqui temos fronteiras equivalente a 17 mil km sendo, fazendo fronteira com os estados que estão aqui e com outros estados que também são contíguos ao nosso país. (...) Em face, vamos dizer assim, da globalização do crime, da transnacionalidade do crime, eu acho que essa ação conjunta é fundamental para os nossos países. (...) eu proponho que, um pouco diferente daquela coisa das fronteiras, do plano estratégico fronteiras que nós conduzimos no passado, mas que eram episódicos. Porque, evidentemente, no momento em que se noticiava que haveria uma ação nas fronteiras das Forças Nacionais e das Forças do Estado faz fronteira, é claro que o crime se recolhia, os criminosos se recolhiam. Então, talvez a solução – e esta é uma proposta que deixo aos senhores para debate – é que hajam meios e modos de que essas operações sejam permanentes, para que se recolha a criminalidade na medida em que saibam que esta não é uma atuação episódica, transitória, mas é uma operação permanente.

(...) Por isso, nossas fronteiras, nós sabemos, tem um significativo potencial de desenvolvimento. Devem confirmar-se a cada dia como um espaço de integração econômica, social, cultural e humana. Aliás, até registro aos senhores que, na nossa Constituição, fruto até, senhores ministros, de uma proposta que, na época, me fez o então governador Franco Montoro – que era muito ligado à América Latina – que se traduziu num dispositivo constitucional que estabelece a necessidade do Estado brasileiro fazer uma espécie de pactuação com todos os estados da América Latina, formando uma espécie de uma grande federação latinoamericana de nações.” (<http://www.funag.gov.br/ipri/repertorio/index.php/categorias/57-america-do-sul/integracao-fronteirica/408-discurso-durante-reuniao-ministerial-do-cone-sul-sobre-seguranca-nas-fronteiras>)

O controle de fontes e recursos naturais, como a água, também é de importância destacada para o domínio estratégico da região. Neutralizar as rotas da Argentina e do Equador também é uma ação válida para travar a circulação da droga, assim como questionar seriamente quando suspeitas de lavagem de dinheiro forem levantadas.

As pretensões de considerar o tráfico de drogas um crime transnacional, unificar as legislações penais e procedimentos judiciais no MERCOSUL são consideráveis, relevantes mesmo, assim como foros específicos sobre terrorismo, segurança cidadã, informática, comunicações e tráfico de material nuclear e radioativo, capacitação policial e temas migratórios.

Por último, deve ser repensada a adequação e utilização dos efeitos do Protocolo de Olivos na adoção de medidas de solução de conflitos entre os países do MERCOSUL. O Protocolo de Olivos, assinado em 18 de fevereiro de 2002 e em vigor entre nós por força do Decreto nº 4.982 de 09 de fevereiro de 2004, é instrumento substancial para a solução de conflitos regionais.

Se for considerado que o Protocolo de Olivos traz diretivas apenas políticas e destina-se à arbitragem e solução de controvérsias exclusivamente comerciais, e não jurisdicionais ou penais para a solução regional de conflitos, então é caso de que seja tal protocolo a inspiração de novo protocolo específico, que preencha a lacuna existente.

Com este novo protocolo, seria possível a efetiva implementação de uma polícia de bloco, a MERCOPOL, na mesma essência da EUROPOL, atuando em foro conjunto com os Ministérios da Justiça e das Relações Exteriores dos países integrantes do pacto.

Só assim será possível uma ação estatal transnacional que combata o tráfico de drogas em sua amplitude geopolítica, e não apenas setorizada.

O MODELO DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

O Estado do Espírito Santo adota modelo de enfrentamento à criminalidade e violência, intitulado Estado Presente, desde 2011. O eixo deste programa que primeiro surgiu foi o da proteção policial. No ano de 2020, acrescentou-se o eixo Proteção Social, a cargo da Secretaria Estadual de Direitos Humanos.

“O Programa Estado Presente em Defesa da Vida é desenvolvido pelo Governo do Estado do Espírito Santo em todo o território estadual com o

foco na defesa da vida, por meio de ações estratégicas e articuladas nos eixos policial e social.” (<https://www.es.gov.br/Noticia/manual-apresenta-dados-do-eixo-protecao-social-do-programa-estado-presente-em-defesa-da-vida>).

Em dezembro de 2013, foi editada a Lei complementar estadual nº 756/2013, posteriormente modificada. Esta lei reestruturou a Polícia Civil do Estado do Espírito Santo, dividindo o estado em superintendências regionais, cada qual, por sua vez, compreendendo áreas integradas de segurança pública (AISPs), as quais, por sua vez, são integradas por determinada quantidade de municípios, cada uma.

AISPs, gestão integrada. O caso prático da AISP 2:

Quando a Polícia Civil do Espírito Santo foi reestruturada, em dezembro do ano de 2013, fui chamado para ser Delegado Chefe da recém-criada 17ª Regional Nova Venécia, que abrange os municípios de São Gabriel da Palha, Vila Valério, Vila Pavão, Nova Venécia, Boa Esperança, Pinheiros, Montanha, Mucurici, Ponto Belo. Juntamente com o Comando do 2º Batalhão de Polícia Militar de Nova Venécia, constituímos, Polícia Civil e Polícia Militar, a AISP 2 (Área Integrada de Segurança Pública 2).

Aproximadamente 6400 km quadrados de área, a maior regional do Estado do Espírito Santo. Assumi no dia 20 de janeiro de 2014, quando já havia um enorme número de homicídios na região, sendo que apenas Pinheiros, uma cidade de pouco mais de 27.000 habitantes, já contabilizava 5 homicídios só na primeira quinzena de janeiro de 2014.

O primeiro ato foi me reunir com o comando da PM na região e modificar radicalmente todo o paradigma de relacionamento entre Polícia Civil e Polícia Militar. Encontrei no Tenente-Coronel PM/ES Rogério Maciel Barcelos o interlocutor ideal. Os resultados já apareceram no primeiro mês de trabalho.

Durante anos, a 17ª Regional, que, juntamente com o Segundo Batalhão de Polícia Militar formava a Aisp 2 (Área integrada de segurança pública 2), foi o carro-chefe de bons resultados na redução dos índices de criminalidade, notadamente homicídios. As cidades da região, antes caracterizados por constantes homicídios, passaram a ficar meses sem registrar este tipo de crime.

O ano de 2016, particularmente, foi especial para a Aisp 2, a qual foi a única área do estado a fechar o ano no verde, ou seja, com índices positivos em todos os municípios da região. Em 2016, substituindo os Superintendentes de Polícia Regiões Norte e Noroeste, atuei no grupo de trabalho para as Olimpíadas, o mesmo ocorrendo quando da realização do Enem e de eleições.

Não por acaso, os índices de homicídios durante suas gestões mantiveram-se em constante melhora, exceção feita ao fatídico período da chamada “greve da PM”, em fevereiro de 2017, força maior que aumentou, num curto período, o número de homicídios, e 2019, quando uma onda de recrudescimento de homicídios tomou conta de vários estados brasileiros.

Gerir segurança pública é saber entender e relacionar-se com instituições, as quais, por sua vez, são compostas por pessoas, às quais nos cabe saber analisar e compreender. É ser cegamente fiel a um plano de governança, ter espírito de equipe no governo estadual e saber que políticas públicas sérias não são laboratório para realizar experimentos mirabolantes.

O gestor de segurança pública tem que saber ser estratégico, tático, operacional, combatente, político, psicólogo, acadêmico, sociólogo, antropólogo, administrador gerencial e de crises.

Na Polícia Civil, o foco principal deve ser o estrito alinhamento com a linha de ações da Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social, numa gestão de dúplice feição: a) gestão administrativa sob a tutela do Delegado-Geral, mas com a gerência a cargo de profissional da administração; b) gestão policial, sob tutela e gerência direta do Delegado-Geral.

Trata-se de divisão que proporcionaria ao Delegado-Geral maior mobilidade, rapidez e eficiência nas suas ações e decisões, bem como maior fiscalização e transparência sobre os atos do Delegado-Geral como ordenador de despesas.

Parceria técnica entre a Polícia Civil e o Tribunal de Contas do estado também propiciaria uma maior segurança e transparência, com potencial de evitar que o Delegado-Geral responda perante aquele tribunal por irregularidades.

Parceria técnica com Escola de Magistratura do ES, SESP e agências de segurança nacionais e internacionais propiciaria que a Academia de Polícia Civil – Acadepol oferecesse aos policiais civis do estado preparação, qualificação e treinamento, no campo acadêmico, científico e operacional.

A GUERRA ERRADA

Pode parecer estranha a lembrança das regras de mercado quando falamos de segurança pública, afinal a fala econômica remete ao frio trato de assuntos como câmbio, fluxo de mercadorias e capitais, regras de comércio e panorama econômico mundial, porém não estão assim tão dissociadas estas matérias do trato das vidas humanas na segurança pública.

O componente econômico está presente em todas as particularidades de nossas vidas. Uma das causas dos índices de criminalidade conhecidas é, por sinal, o consumismo, assim entendido como um aspecto desviante do consumo. Enquanto o consumo é uma atividade normal do homem em busca de sua manutenção, sobrevivência e lazer, o consumismo é a prática exacerbada do consumo, a saber, uma prática compulsiva.

O consumismo está intimamente ligado à nossa busca identitária numa sociedade que baseia sua própria identidade no ter e não no ser. Move-o uma tentativa de incluir-se em um grupamento social através da aquisição de bens cuja posse é característica desta classe social à qual deseja se unir.

Na falta de meios para alcançar o grupo social almejado, o pretendente à dita ascensão buscará todos os meios para adquirir os itens materiais que o elevem a esta suposta “classe social superior”. Os mais jovens sentem este desejo de forma mais angustiante. O mercado cria necessidades para nós, e nem sempre temos condições de suprir estas novas necessidades.

Não se trata, porém, apenas de uma busca de identidade e ascensão de status, é também um problema de pura ganância e sede de poder. Os prazeres mediatos e supérfluos podem ser conquistados pelo poder e pelo dinheiro. E um dos mais rápidos meios de fazer dinheiro num panorama de ausência de educação, saneamento e moradia é o tráfico de drogas.

Por mais criminoso que seja o tráfico de drogas, é fato que não deixa de ser um comércio, com todas as suas características: fabricantes, distribuidores, clientes, fluxo de caixa, lucro etc. O tráfico ilícito de drogas vem sendo combatido com uso de força policial, apenas, sem preocupação com os aspectos econômicos e sanitários cabíveis.

O aspecto econômico é digno de nota quando se fala da figura do traficante de drogas. Dos grandes produtores estrangeiros até sua chegada ao consumidor nacional, a droga tem um itinerário amplamente tributável, conforme seja o momento e o local de sua apreensão.

Do ponto de vista estritamente tributário, a droga é mercadoria fabricada, industrializada, transportada, comercializada, e sobre cada uma destas etapas de produção e circulação incide uma série de tributos brasileiros. A tributação da renda sobre os ganhos da atividade do tráfico é um exemplo de uma frente de combate não policial que pode ser muito efetiva.

O princípio *non olet* (não tem cheiro) vem da história. O imperador Vespasiano queria taxar o uso de banheiros públicos e, questionado sobre tal ideia, afirmou que o dinheiro não tem cheiro. Não importa para o fisco a origem do dinheiro, e sim se este dinheiro é ou não tributável.

Não parece haver nenhuma dificuldade de ordem técnica para tributar e cobrar o tributo do traficante, muito menos executar uma sentença judicial por sonegação fiscal. Estamos falando da seara tributária, da constrição de bens, do bloqueio de contas e ativos financeiros. A ação criminal é uma área à parte, se bem que possivelmente concomitante.

Do ponto de vista sanitário, também parece haver um equívoco “humanitário”. Tem este nome tal equívoco porque baseia-se em premissas válidas do humanismo para chegar a um resultado falacioso. Explico: é fato que o Estado, há muito tempo, deixou de ter condições de atender plenamente à demanda de segurança pública da sociedade.

O tecido social é complexo, dinâmico, móvel, flexível, avança em estágios cada vez mais velozes, fortemente influenciado pelas intensas mudanças técnicas, tecnológicas, culturais, numa sociedade mais e mais subjugada pelo metadado, pela histeria do presente, a euforia do agora, o apagar das distâncias e dos intervalos de tempo.

Em meio a esta efervescência contínua das necessidades do homem e da sociedade, o Estado se vê imóvel, na mesma estrutura engessada de séculos atrás, lidando com processos e subprocessos que se arrastam penosamente em meio a uma burocracia acachapante, o que faz com que a velocidade e a eficiência do Estado sejam insuficientes para atender nossas demandas.

Por esta razão, eu já me referira, em textos anteriores, a uma impossibilidade de o Estado erguer um muro de Adriano à volta de seu território e de seu povo e controlar uma sociedade que é a Biblioteca de Babel de Borges.

Ciente de que o império romano já não tinha como mensurar e controlar totalmente as vastas extensões de suas posses, o imperador Adriano quis construir um muro em volta de toda a faixa de dominação mundial romana, o que, como é óbvio, era impossível. O amigo Ives Gandra da Silva Martins, neste particular, me lembra recentemente que Adriano queria, na verdade, impedir o avanço dos Pictos e dos Caledônios pela fronteira da Britânia, e a

versão da construção do muro para mero controle das dimensões territoriais do império romano teria a finalidade de evitar ferir suscetibilidades de reinos circunvizinhos.

O escritor Jorge Luis Borges, por sua vez, nos fala de uma biblioteca formada por compartimentos hexagonais, cada um contendo um tipo de conhecimento, porém, em cada um destes compartimentos havia a passagem para um outro, novo, sendo a biblioteca infinita.

O fato é que o dito equívoco humanitário se baseia num sentimento legítimo de proteção à dignidade da pessoa humana, porém este sentimento não enxerga valores isolados, particularidades, exceções, como se direitos humanos fossem absolutos, o que não são.

O equívoco humanitário é mais uma espécie do gênero “Síndrome de Felícia”. Felícia é personagem de desenhos animados cujo amor pelos animais é tão desmesurado que sua ânsia de proteção esmaga e sufoca os pobres animais, que tentam fugir dela a todo custo.

Estamos lutando uma guerra errada no combate ao tráfico ilícito de drogas. O foco está inteiramente no traficante, quando, na verdade, deveria estar, também, no usuário. Tal foco no usuário, porém, não deve ser do ponto de vista criminal, pois o usuário efetivamente é um dependente químico, e não um criminoso.

Neste sentido, o foco sobre o usuário deve ser sob o ponto de vista de sua saúde física e mental, e ainda, da saúde pública. E aqui voltamos à questão da demanda e da oferta: o tráfico de drogas só existe porque existe a outra ponta do processo, o usuário, o consumidor.

A internação compulsória do dependente químico é uma ação muito bem vinda, mormente se considerarmos que o usuário de drogas que vive nas ruas por ter vendido todos os seus bens e que rouba, tudo para sustentar o vício, já não é dono de sua própria vontade.

Este usuário não tem condições de manifestar escolhas conscientemente, livremente, pois está cooptado pelo efeito devastador da droga. Tanto é assim que nosso Código Civil o considera relativamente incapaz. Obviamente, se perguntado por um assistente social o que deseja, o usuário irá dizer apenas “mais droga”.

Há, porém, ainda uma outra frente de trabalho não explorada: a pesquisa científica médica. Assim como se produziram adesivos e substâncias para levar o fumante a deixar o vício, vacinas e substâncias deflagradoras de intolerância orgânica à droga poderiam ser produzidas.

O problema, aqui, é que o usuário, ainda assim, poderia recusar-se a receber tal tratamento. Por ser um caso de saúde pública, que pode afetar a toda a sociedade, e não só o usuário, como de fato afeta, tal vacina ou substância teria que ser administrada por meio de fornecimento coletivo de serviços, como, por exemplo, foi feito com o flúor acrescido nas estações de tratamento de água das cidades a partir do momento em que o poder público constatou que este meio seria eficiente para diminuir as cáries.

Causando intolerância orgânica na população a drogas como crack, cocaína, heroína, falece o mercado do tráfico de drogas por falta de demanda. Uma regra básica da economia: sem demanda, sem oferta.

A proteção à pessoa do usuário, de seus familiares, da população, passa por iniciativas como estas, as quais não significam, de modo algum, ofensa à dignidade humana. Por sinal, a presença de zumbis deixados à morte pelo poder público nas cracolândias é que é um gravíssimo atentado a saúde e segurança públicas e à dignidade daquelas pessoas à margem da sociedade.

A deficiência estatal para lidar satisfatoriamente com a segurança pública significa que o Estado faliu neste mister. Isto, porém, não significa que tenhamos que privatizar ou terceirizar a segurança pública. Ao contrário de áreas como saúde e educação, onde hospitais e escolas públicas convivem com particulares, a segurança pública envolve combate armado em situações de enfrentamento.

Não posso concordar com propostas como as de Hans Hermann-Hopper, em “Democracia, o deus que falhou”, na qual o autor sugere privatização total da segurança pública, que ficaria a cargo de agências de seguro. Na visão do autor, as seguradoras lidariam como lidam com metas e concorrência privada.

O erro de Hopper é considerar que seguradoras poderiam assumir integralmente a tarefa da segurança pública e possuir agentes armados para garantir a imposição de metas. Parece-me tal iniciativa algo totalitária, submetendo nossa integridade física e mental ao alvedrio de regras puras de mercado, um mercado dotado de força armada particular, diga-se de passagem.

O caminho parece ser o inverso: a segurança pública deve ficar a cargo do Estado, o qual deve cuidar de seu reforço, aparelhamento técnico e prerrogativas funcionais. No Brasil, a polícia não detém prerrogativas básicas para uma boa prestação de serviços em atenção à moralidade, impessoalidade e eficiência previstas em nossa Constituição: a polícia não tem inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de salários. Não possui autonomia administrativa, financeira, orçamentária.

Ora, sujeita aos ventos incertos da atividade política, como crer numa investigação policial eficaz sem autonomia e independência? Costuma-se dizer que a polícia não pode ter autonomia por ser uma instituição armada. Esta fala, muito comum, revela alguns pontos de vista questionáveis: a) parece que a instituição “Polícia” não é confiável nem capaz; b) parece haver uma certa falta de critério, na medida em que outras instituições também possuem membros que andam armados, sendo notável a existência da Polícia Legislativa e a recente criação da Polícia Judicial, inseridas em poderes com autonomia total.

Além disso, as Forças Armadas possuem esta autonomia de que tanto falamos. A pergunta que se faz é: que segurança tem a população sobre uma investigação sujeita ao poder político?

Parece que corrigir o erro desta guerra contra o tráfico, contra a violência e a criminalidade passa pela eliminação de problemas como orgulho, vaidade, adotando-se um posicionamento mais científico, além do estratégico-tático-operacional.

O posicionamento científico compreende a elaboração de estudos mais preocupados com dados concretos e raciocínio lógico do que com ideologia. A ideologia é algo menor, mesquinho, que somente atrapalha o desenvolvimento do homem, e, como tal, deve ser solenemente desprezada quando se empreende cientificamente.

O posicionamento científico compreende, ainda, a reforma legislativa, adotando-se um corpo legal dotado de bom senso, vinculado com as necessidades do povo que a democracia representativa diz atender, o que, infelizmente, não ocorre.

O posicionamento estratégico-tático-operacional irá apenas dar seguimento e aplicação instrumental ao científico. Um sem o outro será inócuo. Para isto tudo, porém, será preciso pensar em solução macro.

CONCLUSÃO – SOLUÇÃO MACRO

Fica claro que, além de uma nova visão de saúde humanitária, onde o usuário é o foco, não somente o traficante, ao retirar o vício do usuário e não o usuário do vício, vacinas, substâncias inibidoras de uso de drogas, também precisamos de: tributação do tráfico; polícia como órgão de estado e não de governo: lei orgânica, prerrogativas, organização interna, regimentos internos, padronização de procedimentos e planilhas de índices, autonomia das corregedorias, é necessária uma solução macro: reforma do sistema jurídico constitucional: uma nova constituição; o quarto poder.

Em O quarto poder, publicado neste mesmo periódico da ZK Editora, em 2020, eu já dissera:

“O modelo inglês de integração e o modelo norte-americano de separação entre os poderes são substituídos pelo modelo brasileiro da invasão entre os poderes, são as palavras trazidas por Celso Campos em “A constituição contra o Brasil”. A posição ranzinza de Celso Campos sobre a teratologia, notadamente econômica, da Constituição de 1988, infelizmente é verdadeira.

Trata-se de uma Constituição Federal descolada da realidade desde seu nascedouro. De acordo com seu texto, a partir de 05 de outubro de 1988 estão eliminados de nossa plêiade de problemas a fome, a desigualdade e a má distribuição de renda. Então, levanta-se os olhos do papel e a realidade em volta insiste em negar o sonho infantil pregado pelo texto constitucional.

Nascida sem vinculação com a realidade, prolixa, mal escrita, ideologicamente viciada, a Constituição de 1988 foi remendada mais de cem vezes ao longo destes anos, tornando-se um compilado de soluções emergenciais paliativas, sem eficácia, sem implementar o que prega, e é uma das principais causas dos embates institucionais que paralisam o Brasil hoje em dia.

O texto constitucional de inspiração socialista no tocante a direitos sociais, paradoxalmente reflete, na verdade, o instinto protetor da aristocracia que guiou Aristóteles, Locke e Montesquieu na idealização de um sistema tripartite de poder e a empreitada norte-americana de criação e execução do sistema de freios e contrapesos.

José Américo M. Pessanha e Bolivar Lamounier lembram que Montesquieu “... opta claramente pelos interesses da nobreza, quando põe a aristocracia a salvo tanto do rei quanto da burguesia. Do rei, quando a teoria da separação dos poderes impede o Executivo de penetrar nas funções judiciárias; dos burgueses quando estabelece que os nobres não podem ser julgados por magistrados populares. (...) (...) Por outro lado, como autêntico aristocrata, de-

sagrada-lhe a idéia de o povo todo possuir poder. Por isso estabeleceu a necessidade de uma Câmara Alta no Legislativo, composta por nobres. A nobreza, além de contrabalançar o poder da burguesia [estamento social em rápida ascensão social e econômica na França dos séculos XVII e XVIII], era vista por ele como capacitada, por sua superioridade natural, a ensinar ao povo que as grandezas são respeitáveis e que monarquia moderada é o melhor regime político." Pessanha, José Américo Motta e Lamounier, Bolívar: Montesquieu (1689-1755): Vida e Obra. pág. XXIII.

Observe-se que Montesquieu fala de poderes efetivamente separados e sob controle, equilibrados. O equilíbrio é a ideia mais recorrente em Montesquieu, mais do que a própria ideia de tripartição. Tudo, então, é para possibilitar a sobrevivência e hegemonia do Estado, e não para alcançar o bem comum e a liberdade do povo."

"A própria estrutura clássica do "Estado" está saturada, prisioneira de seu inchaço, sua burocracia em excesso, seus processos engessados, lentos, sua cada vez maior necessidade de expansão estrutural e consequente expansão orçamentária, num círculo vicioso que resulta na ineficiência e, por vezes, na inoperância estatal mesmo. O célebre dito popular de que "o elefante é um rato projetado pelo Estado" nunca esteve tão em voga.

Não é mais possível ao Estado deter-se indefinidamente em infindáveis análises de macroprocessos, processos e subprocessos na gestão de projetos, em intermináveis estudos sobre milhares de leis muitas vezes mal escritas e contraditórias entre si, quando, na outra ponta, está uma sociedade que se movimenta na velocidade do algoritmo, num clique, no agora. O abismo se forma, entre as aspirações desta sociedade e o que o poder público oferece, num desacordo que traz insatisfação ao cidadão.

O cidadão, por sua vez, confrontado com o hiato entre suas necessidades e aspirações e a insuficiência do que o Estado pode lhe oferecer, tende a desenvolver o sentimento de descrédito e revolta. É aqui que começam as iniciativas populares de se substituir ao Estado: justiça com as próprias mãos, linchamentos, por exemplo, como expliquei em "Linchamento de criminosos – Durkheim explica."

Em suma, o Estado clássico, tradicional, como o conhecemos, faliu. A verdade é que o Estado nunca teve condições de cumprir o que prometeu aos seus cidadãos. No decorrer dos últimos cem anos, porém, esta insuficiência atávica se tornou mais e mais evidente. A evolução tecnológica trouxe novos empregos e funções. A evolução técnica trouxe novos saberes. Mais uma vez, a ciência fez girar a roda do mundo. E isto acarretou uma cada vez mais veloz alteração nas estruturas sociais, nas relações de trabalho, nas necessidades de consumo. Enquanto isto, o Estado continuou com seus princípios, processos, conceitos e dinâmica de duzentos anos atrás.

Este atraso, este peso estatal, é ainda pior quando se constata que o Estado detém, também, o monopólio da maioria de seus serviços. Considerando que entre estes serviços estão segurança, saúde e educação, é fácil notar a real gravidade pelo seu não fornecimento adequado".

"Importantíssimo é observar que, atualmente, não é mais possível discutir um conceito ou um processo sem analisar elementos interligados, elementos

estes que, até bem pouco tempo, não eram vistos como vinculados e sim como ilhas, estanques. O homem, democracia, meio ambiente, são temas obrigatórios nesta análise. São conceitos que vão explicar por que as coisas são como são, por que ocorreram de forma que não pudemos prever.

Existe, atualmente, um ambiente sistêmico, onde todos os fatos nele observados influem em todas as consequências nele constatadas. A análise do poder moderador de 1824 leva a estudar o homem como ser humano e não o sagrado, o homem desenvolve ações que influem no meio e determinam processos essenciais, inclusive a própria manutenção da vida, o meio leva à alteração cultural e econômica, as quais desaguam em alterações políticas e sociais abrangentes e, nestas alterações, pode-se chegar à conclusão de que o conceito humano e sagrado de uma era já não é mais recebido pela época atual, o que pode ser exemplificado na sucessão de constituições federais que não reproduziram o artigo 98 da constituição de 1824.”

Não é de hoje que se define o Brasil como um estado que pretende ser federado, mas não o é, na realidade. O estado federado verdadeiro compõe-se, de um lado, de um governo federal cujas atribuições são estratégicas e afeitas a um espectro reduzido de competências e, de outro lado, de estados com autonomia jurídica, financeira, legislativa e administrativa bem maiores que os estados brasileiros.

Um exemplo de carência por incompletude do texto constitucional está exatamente na segurança pública. Enquanto saúde e educação possuem distribuição de competências verticalizada entre união, estados e municípios, a segurança pública não segue o mesmo caminho. Ocorre que, na realidade, assim como há alunos e pacientes em rede federal, estadual e municipal, também há criminosos e vítimas em sede federal, estadual e municipal.

A consequência é o não atendimento eficiente das demandas da segurança pública dos municípios. A concentração das políticas de segurança pública na esfera federal e estadual afasta tais políticas do contato direto com as demandas municipais neste sentido.

Uma verticalização da segurança pública, tal como é feito com saúde e educação, pode desembaraçar o processo de atendimento às já mencionadas demandas locais, possibilitando um melhor financiamento, inclusive, das ações respectivas. É uma descentralização a favor da modernidade, da dinâmica ágil do crime e da violência, mais uma vez algo não previsto em nossa Constituição Federal. Luiz Philippe Orleans e Bragança expõe:

Outro ponto importante na constituinte é desinchar o governo federal, transferindo obrigações e competências para os estados e municípios brasileiros. As unidades federativas e municípios devem ter autonomia. A delegação de tarefas reduz a burocracia e aumenta a eficiência. Este modelo adotado nos países desenvolvidos nos ensina que um Estado central inchado é ineficaz, e que a subsidiariedade é o caminho para prosperidade. O papel da União, comumente conhecida como Governo Federal, deve ser o de guardião, intervindo apenas quando algum estado ou cidade infringir as normas, ou quando um burocrata cometa abuso de poder. (LUIZ PHILIPPE DE ORLEANS E BRAGANÇA,

O Brasil precisa de uma nova constituição libertadora. <http://lpbraganca.com.br/nova-constituicao-brasil-povo/>)

Outra voz que emergiu no Congresso Nacional neste sentido foi do deputado Ronaldo Lessa, que elaborou, em 2017, uma PEC acrescentando artigo 115 à constituição federal, no seguinte sentido:

Proposta de Emenda à Constituição nº de 2017 (do Deputado Ronaldo Lessa) Acrescenta artigo 115 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias para convocação de Assembleia Nacional Constituinte. As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte emenda ao texto Constitucional: Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte artigo 115: “Art. 115 Os deputados federais e senadores eleitos nas eleições gerais de 2018 reunir-se-ão em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, a ser instalada no dia de início da primeira sessão legislativa dos seus mandatos. I – O prazo máximo para a conclusão dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte será de dois anos, contados de sua instalação. II – A nova Constituição Federal será promulgada após a Parágrafo único. Os senadores eleitos nas eleições gerais de 2014 também estarão investidos do poder constituinte originário, a partir da data prevista no caput. Art. 2º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

A justificativa da proposição é autoexplicativa:

Justificativa Toda Constituição deve estar em sintonia com os anseios de seu povo, pois, é a partir dos princípios e regras ali estabelecidos que o ordenamento jurídico do país é construído e desenvolvido. Se seu texto está em descompasso com os anseios populares, passam a surgir cada vez mais pontos de tensão. Para manter o texto constitucional atual, em sintonia com a dinâmica social, o Constituição autoriza modificações em seu texto. Todavia, em determinados momentos, o distanciamento entre Constituição e seu povo é tamanha que não resta outra solução, senão a elaboração de novo texto constitucional. Esta emenda à Constituição de 1988 tem como objetivo autorizar a constituição de Assembleia Constituinte e, com isso, a elaboração de nova Constituição Federal. A Constituição Federal de 1988 foi redigida em momento onde a sociedade brasileira ansiava por ver seus direitos e garantias fundamentais protegidos. Diante desse anseio maior decorrente dos mais de 20 anos de ditadura militar, o constituinte originário debruçou-se particularmente no sentido de assegurar o máximo de direitos ao indivíduo, o que é facilmente comprovado a partir da leitura do famoso artigo 5º. É verdade que a Constituição tratou de inúmeros outros assuntos também importantes e que nos levaram até os dias de hoje; contudo, não resta dúvida de que foram os direitos e garantias fundamentais os protagonistas do texto maior. Por mais que Constituição autorize seu emendamento e, assim, garanta sua continuidade, não parece razoável o número de emendas já aprovadas. Até o presente momento, o Congresso Nacional já havia aprovado 95 emendas, número que, por si só, já demonstra, no mínimo, uma tensão entre constitui-

ção e sociedade. Não parece razoável esse número, sobretudo, se for feito trabalho de comparação com outras constituições pelo mundo. Se esse dado não bastasse para demonstrar essa tensão, as centenas de propostas de emenda à Constituição (PEC) em tramitação nas duas Casas do Congresso Nacional provavelmente serão suficientes para, no mínimo, se questionar a adequação do atual texto constitucional. Não está aqui a se duvidar do trabalho feito pelo constituinte de 1988. Pelo contrário, a Constituição brasileira é exemplo de texto jurídico, sobretudo, quando trata dos direitos individuais e sociais, do meio ambiente, da educação e da saúde. Todavia, entendendo que os modelos tributário, político, a relação entre os Poderes, dentre tantos outros temas, precisam ser debatidos com profundidade, o que não parece ser possível via emenda, mas só no âmbito do poder constituinte originário. Apenas a título de exemplo, é nítido o fato de a estrutura político-administrativa do país encontrar-se às margens de desequilíbrio preocupante, o que é fruto de pacto federativo que não condiz com as atuais necessidades sociais. O atrito violento entre os Poderes da República é inaceitável e demonstra nítida crise no sistema de separação de Poderes adotado pela Constituição. Tudo isso precisa ser revisto com cuidado e aprofundamento. Por conta do exposto, apresento a presente proposta de emenda à Constituição que, se aprovada, proporcionará ao verdadeiro detentor do poder, o glorioso povo brasileiro, a oportunidade de constituir um Congresso com poder constituinte originário para elaborar novo texto constitucional, texto esse mais moderno e pertinente com os inúmeros anseios da população brasileira. Brasília, de março de 2017. Deputado federal Ronaldo Lessa (PDT/AL) (GRIFOS NOSSOS)

Dentro do próprio poder executivo, em 2018, ressoou a voz do então Ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann:

Para o ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, além de novos recursos, é necessário mudar a arquitetura institucional para que haja uma redistribuição das atribuições, já que, atualmente, os estados são os maiores responsáveis pela questão, que se tornou transnacional. Citando a Constituição Federal de 1988, ele voltou a afirmar que o sistema de segurança atual está “falido”, assim como havia feito em janeiro, quando ainda era ministro da Defesa.

Congresso precisa ter coragem para fazer mudanças na segurança pública, diz Jungmann¹

O ministro da Segurança Pública, Raul Jungmann, afirmou nesta terça-feira (6), durante sessão temática no Senado, que o Brasil precisa de uma “nova arquitetura constitucional” e da “união da sociedade” para enfrentar a crise na segurança pública. Para ele, o problema já é antigo, mas com o amadurecimento da crise, o Congresso Nacional tem a oportunidade de fazer mudanças que antes poderiam não ser aceitas.

– Senhores senadores, nós precisamos de coragem para enfrentar aquilo que, de certa forma, no passado, não seria possível, porque a crise hoje é, em larga medida, madura e é transversal: todas as classes, todos os estados, todas as regiões a vivem. Existem diferenças de grau, não de natureza a respeito desse problema – disse o Ministro, ao comparar o crescimento da violência ao enfrentamento da superinflação, nos anos 1990.

Para Jungmann, a Constituição garantiu pisos de investimento em saúde e educação, por exemplo, mas não à segurança pública. Ao mesmo tempo, também não prevê a obrigatoriedade de que a União assuma os gastos, como ocorre com a Previdência e a assistência social. O resultado disso, argumentou, é que o Brasil não conseguiu universalizar o direito à segurança pública.

– O sistema ou a arquitetura constituída em 1988 está falida. Ele faliu e eu não estou me referindo aos operadores que fazem isso. Eu estou dizendo simplesmente que, com esse sistema, nós não vamos superar essa crise que nós estamos vivendo. Isso inclui, primeiro, a questão da redistribuição das atribuições entre os entes federativos – afirmou.

Recursos

Para Jungman, é um erro colocar a maior parte da conta da segurança pública, cerca de 80%, sob a responsabilidade dos estados, que não têm condições de arcar com esse peso. Ao mesmo tempo, seria preciso garantir uma fonte de recursos para que a União assumisse parte dos gastos. Além disso, não incluir os municípios no sistema de segurança, como acontece hoje, é um problema, porque as cidades têm uma capacidade maior de identificar as vulnerabilidades na área.

– O Brasil tem muitas prioridades. E se tivéssemos que colocar esse nível de prioridade, prioridade um, talvez, tivéssemos uma quantidade muito grande de prioridade [número] 1. No entanto estamos diante de um caso de urgência. Entre as prioridades, um caso de urgência. A segurança pública se tornou um caso de urgência e de emergência; praticamente uma UTI. (<http://www.defesanet.com.br/seguranca/noticia/28624/Jungmann-defende-no-Senado-a-redistribuicao-de-papeis-na-seguranca-publi>)

E o Supremo Tribunal Federal, o que já disse a respeito? Em 25/06/2013, a seguinte reportagem foi publicada na Folha de São Paulo:

“Ministros do STF descartam uma constituinte parcial

Ministros do Supremo Tribunal Federal ouvidos ontem em caráter reservado avaliam que não é possível fazer uma constituinte exclusivamente para a reforma política.

Segundo os ministros, a Constituição de 1988 não permite que partes específicas de seu texto sejam modificadas por meio de assembleias específicas. Eles avaliam que a única forma de modificar a Constituição, prevista em seu artigo 60, é por meio de PEC (Proposta de Emenda Constitucional). Não seria possível, portanto, que um plebiscito definisse uma nova forma de alterar o texto constitucional.

Além disso, os integrantes do STF disseram que o tribunal considera o artigo 60 uma ‘cláusula pétrea’, ou seja, inalterável. Para eles, qualquer tentativa de mudar a Constituição de outra maneira representaria golpe e seria declarada inconstitucional.

A única possibilidade de haver uma constituinte seria revogar toda a Carta atual, o que só aconteceria no caso de um golpe ou uma revolução.”

Ainda não está clara a proposta da presidente, mas para entender por que a ideia de uma assembleia constituinte convocada por plebiscito foi inicialmente criticada por juristas, temos que entender dois conceitos.

O primeiro é o de cláusula pétrea.

Quando a Constituição foi feita, o constituinte sabia que ela não era perfeita. Por isso ele deixou uma porta aberta para casos de emergência: as PECs (propostas de emenda à Constituição). Basicamente, ele deixou nas mãos do Congresso a responsabilidade de fazer modificações no texto aprovado em 1988. É como o dono da casa que deixa a chave nas mãos do inquilino.

Só que ele não deu um poder irrestrito ao Congresso. Algumas cláusulas da Constituição não podem sofrer modificações. São as chamadas cláusulas pétreas. Ainda que o Congresso aprovasse por unanimidade uma PEC que modificasse uma cláusula pétrea, essa emenda seria inconstitucional, porque a própria Constituição diz que tais cláusulas não podem ser modificadas por meio de uma PEC.

Ou seja, o dono da casa deu as chaves, mas proibiu o inquilino de fazer determinadas mudanças.

Porque a Constituição diz claramente que tais cláusulas não podem ser modificadas, elas são chamadas de cláusulas pétreas explícitas.

Mas agora pense nesse exemplo: um artigo de uma norma diz que outro artigo daquela mesma norma não pode ser modificado. Como é que poderíamos facilmente modificar o artigo que a norma diz que não pode ser modificado? Fácil: basta modificar o artigo que proíbe que se modifique o outro artigo.

E é exatamente isso que poderia acontecer no caso das cláusulas pétreas. O artigo 60 §4º da Constituição, que estabelece as cláusulas pétreas, não veda mudanças nele mesmo.

O constituinte se esqueceu de dizer que o artigo da Constituição que proíbe tais modificações também não pode ser modificado.

Para evitar que usássemos essa brecha para fazer com que as cláusulas pétreas deixassem de ser cláusulas pétreas, nossos juristas adotaram uma teoria interessante: a das cláusulas pétreas implícitas. Basicamente, disseram que há alguns artigos em nossa Constituição que são tão importantes que se eles fossem modificados a Constituição iria por água abaixo. Por isso eles não podem ser modificados de forma alguma, mesmo que a Constituição não tenha feito essa vedação de forma expressa. Por isso são chamados de cláusulas pétreas implícitas. E esse é o caso do artigo que estabelece as cláusulas pétreas. E é a isso que a matéria acima se refere.

Mas o debate não termina aí porque até hoje tínhamos ‘certeza’ que o § 4º do art. 60 era cláusula pétrea implícita (já que é o § 4º que trata das cláusulas pétreas). Só que não é o § 4º que trata das PECs. É o caput do art. 60 que trata das PECs. Logo, o assunto ainda pode gerar pano pra manga e deve ser decidido mais na base da vontade política do que argumentos jurídicos, porque poderíamos interpretá-lo (com bons argumentos) nas duas direções.

Se isso já não fosse controverso o suficiente, o último parágrafo é ainda mais controverso.

Em teoria, nada impede de termos uma PEC convocando eleições para uma nova constituinte. Foi, aliás, esse o processo através do qual saímos da ditadura e fizemos a atual Constituição. Durante a vigência da constituição anterior, aprovamos uma PEC (Emenda Constitucional 26, em novembro de 1985) que criou uma Assembleia Nacional Constituinte para formular uma nova constituição.

Seria perigoso para a democracia se os eleitores não pudessem nunca mais ter uma nova constituinte, exceto se pegassem em armas. Seriam as gerações passadas trancafiando a vontade das gerações futuras.

A última questão – e talvez muito mais importante – que ninguém está debatendo ainda é que queremos convocar uma assembleia constituinte para fazer uma reforma nas leis que geram nossa política. Mas os constituintes serão eleitos pelas regras atuais, dentro do sistema partidário atual, com o atual sistema de financiamento, etc. Com o devido limite da analogia, seria como pedir aos lobos para fazerem uma norma que assegure que os lobos não comerão as ovelhas. Sem implementar mudanças que possibilitem às ovelhas participarem do processo de formulação das regras que as protegerão, é pouco provável que realmente surjam mudanças para melhor. Ao menos não do ponto de vista das ovelhas. (<http://direito.folha.uol.com.br/blog/podemos-convocar-constituente-por-plebiscito>)

Grifei os, digamos assim, “pontos altos” do artigo, por razões diversas. Primeiro, chamo atenção para um ponto altamente negativo, que é a afirmação entre aspas, sem referência direta a seu autor, no sentido de que “A única possibilidade de haver uma constituinte seria revogar toda a Carta atual, o que só aconteceria no caso de um golpe ou uma revolução.”

Esta afirmação é absolutamente equivocada. Primeiro, porque o processo constituinte pressupõe a alteração na ordem jurídica constitucional de um país sob qualquer aspecto, bastando a ruptura institucional, mas não especificando seja esta ruptura via golpe, armas ou qualquer outro meio.

Em segundo lugar, fosse tal afirmação verdadeira, estaríamos aferrados à condenação eterna, a uma imutabilidade constitucional que absolutamente não existe na prática, pois a sociedade avança, muda, sempre, e, junto com ela, a ordem jurídica. Não por acaso, na mesma reportagem, encontramos:

Seria perigoso para a democracia se os eleitores não pudessem nunca mais ter uma nova constituinte, exceto se pegassem em armas. Seriam as gerações passadas trancafiando a vontade das gerações futuras.

Estamos lutando a guerra contra os inimigos errados. Ainda há tempo de corrigir a estratégia. 

REFERÊNCIAS

- AMORIM, Celso. A diplomacia multilateral do Brasil – um tributo a Rui Barbosa. Fundação Alexandre de Gusmão, Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais, Brasília, 2007.
- JAGUARIBE, Helio. Brasil, Mundo e homem na atualidade: estudos diversos. Brasília – FUNAG – 2008.
- GOMES, Rodrigo Carneiro. Limites constitucionais das investigações no Brasil – investigação criminal na Convenção de Palermo: instrumento e limites *in* Limites Constitucionais da Investigação / coordenação Rogério Sanches Cunha, Pedro Taques, Luiz Flávio Gomes. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- PUENTE, Carlos Alfonso Iglesias. A cooperação técnica horizontal brasileira como instrumento da política externa: a evolução da cooperação técnica com países em desenvolvimento – CTPD – no período 1995-2005. Brasília – FUNAG – 2010.

- UZIEL, Eduardo. Conselho de segurança, as operações e manutenção da paz e a inserção do Brasil no mecanismo de segurança coletiva das Nações Unidas. Brasília – FUNAG – 2010.
- NAPOLEÃO, Thomaz Mayer Alexandre; RIBEIRO, Hermano Telles. Repertório de Política Externa: posições do Brasil (2008-2009). Brasília – FUNAG – 2010.
- Estatísticas = statistics / Compilação Ministério das Relações Exteriores; com a colaboração da Oficial de Chancelaria Tânia Maria Melo de Assis Fonseca. Brasília – FUNAG – 2008.
- KANT, Immanuel. À paz perpétua. Porto Alegre – RS, Ed. LP&M, 2008.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. O contrato social. Porto Alegre – RS, Ed. LP&M, 2008.
- http://www.ucamcesec.com.br/links.php?cod_proj=5
- cchla.ufpb.br/saeculum/saeculum13
- http://issuu.com/flacso.chile/docs/violencia_criminalidad_flacsobid
- http://www.flacso.cl/programas_cursos_ficha.php?programa_id=5&proyecto_id=55
- <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJCF2BAE97ITEMIDC2081310B0FD4053A9FE642E1612A-CA8PTBRIE.htm>
- <http://www.planalto.gov.br>
- Foracchi, Marialice M. Sociologia e sociedade: leituras de introdução a sociologia / Marialice Men- carini Foracchi, José de Souza Martins. – Rio de Janeiro: LTC, 2008.
- O Conceito de Anomia – Prof. Ms. Humberto Rodrigues Moreira – <http://www.cambury.edu.br/blog/direito/2010/11/02/o-conceito-de-anomia/>
- http://www.professores.uff.br/seleneherculano/images/stories/A_SOCIOLOGIA_DE_MILE_DURKHEIM_MODERAO_E_SOLIDARIEDADE.pdf
- CREMONEZE, Paulo Henrique. A aplicação da teoria da guerra justa nas políticas de segurança pública no combate da criminalidade no Brasil. Jus Navigandi, Teresina, ano 13, n. 1948, 31 out. 2008. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/11912>>. Acesso em: 25 mar. 2011.
- REIS, Hilton Teixeira. Teoria Geral da Segurança Pública. <http://www.andhep.org.br/downloads/trabalhos/Vencontro/HiltonTeixeiradosReis.pdf>
- McGINNIS, Joyce. The “Broken Windows” Theory and Community Supervision. http://www.csosa.gov/newsmedia/newsletter_articles/brokenwindowstheory.aspx
- CAMPOS, Tiago Cerqueira. Bittner: Uma unidade teórica fundamental dos Estudos Estratégicos. <http://www.posgraduacaocesec.com/jacqueline8.pdf>.
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira; JUNIOR, Domício Proença. Bases Conceituais de Métricas e Padrões de Medida do Desempenho Policial. <http://www.fpce.up.pt/ciie/pubs/artigos/controlosocial.doc>
- NEVES, Tiago. Controlo social formal e definições de normalidade em territórios psicotrópicos. www.fpce.up.pt/ciie/pubs/artigos/controlosocial.doc
- ANDRADE, Erico. Uma crítica à teoria da complexidade proposta por Edgar Morin. www.ufpel.edu.br/isp/dissertatio/revistas/26/26-08.pdf
- http://www.conseg.pr.gov.br/arquivos2/File/material_didatico/03_Curso_POP_UNIDAVI_CrimologiaAmbiental_e_suas_teo.pdf
- http://www.ucamcesec.com.br/links.php?cod_proj=5
- <http://www.defesanet.com.br/seguranca/noticia/28624/Jungmann-defende-no-Senado-a-redistribuiçao-de-papeis-na-seguranca-publi>
- HOPPER, HansHermann. Democracia, o deus que falhou. Ed. Mises, 2014.
- CARVALHO FILHO, Líbero Penello de. Revista Conceito Jurídico, 2020.

LÍBERO PENELLO DE CARVALHO FILHO é Servidor público. Delegado de Polícia Civil. Graduando em Filosofia. Graduando em Segurança Pública. Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade de Buenos Aires – Argentina. Mestrando em Cultura Jurídica: segurança, justiça e direito, Universidade de Girona, Espanha. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Especialista em Direito e Processo Penal. Escritor. Pesquisador. Professor universitário de graduação em Direito, Ciências Políticas e de pós-graduação em Direito e em Gestão Pública. Membro da Sociedade Internacional de Direito Criminal (International Criminal Law Society – Berlim – Alemanha). Sócio efetivo do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior – São Paulo (Seção brasileira da Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale – SIDTSS – Suíça). Membro da Société Française pour le Droit International – Université Paris Ouest Nanterre La Défense – Paris – França. Membro do Institut des Hautes Études sur la Justice – IHEJ – Paris, França. Membro da Associação Internacional de Direito Penal – Paris, França. Membro do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judiciário – IBRAJUS. Membro do Instituto Histórico e Geográfico do Espírito Santo.

*Se a sociedade não pode igualar os que a natureza criou desiguais,
cada um, nos limites da sua energia moral,
pode reagir sobre as desigualdades nativas, pela educação,
atividade e perseverança. Tal a missão do trabalho.*

Rui Barbosa



*Desejamos aos clientes, colaboradores e amigos muito sucesso
e que os desafios se transformem em novas oportunidades
para muitas realizações.*

Feliz Ano Novo!