

# DIREITOS HUMANOS NA CONTEMPORANEIDADE

Luciana Turatti  
Fernanda Storck Pinheiro  
*(Organizadoras)*



Luciana Turatti  
Fernanda Storck Pinheiro  
(Organizadoras)

# Direitos humanos na contemporaneidade

1<sup>a</sup> edição



EDITORAS  
**UNIVATES**

Lajeado, 2018

**Universidade do Vale do Taquari - Univates****Reitor:** Prof. Me. Ney José Lazzari**Vice-Reitor e Presidente da Fuvates:** Prof. Dr. Carlos Cândido da Silva Cyrne**Pró-Reitora de Pesquisa, Extensão e Pós-Graduação:** Profa. Dra. Maria Madalena Dullius**Pró-Reitora de Ensino:** Profa. Dra. Fernanda Storck Pinheiro**Pró-Reitora de Desenvolvimento Institucional:** Profa. Dra. Júlia Elisabete Barden**Pró-Reitor Administrativo:** Prof. Me. Oto Roberto Moerschbaecher**Editora Univates****Coordenação:** Ana Paula Lisboa Monteiro**Editoração:** Glauber Röhrig e Marlon Alceu Cristófoli**Conselho Editorial da Editora Univates****Titulares**

Alexandre André Feil

Fernanda Rocha da Trindade

João Miguel Back

Sônia Elisa Marchi Gonzatti

**Suplementos**

Fernanda Cristina Wiebusch Sindelar

Adriane Pozzobon

Rogério José Schuck

Evandro Franzen

Av. Avelino Talini, 171 - Bairro Universitário - Lajeado - RS - Brasil

Fone: (51) 3714-7024 / Fone/Fax: (51) 3714-7000, R.: 5984

E-mail: editora@univates.br / <http://www.univates.br/editora>

D598 Turatti, Luciana

Direitos Humanos na contemporaneidade / Luciana Turatti, Fernanda Storck Pinheiro (Org.) - Lajeado : Ed. da Univates, 2018.

244 p.

ISBN 978-85-8167-251-9

1. Direito. 2. Direitos humanos. 3. Direitos fundamentais. I. Turatti, Luciana. II. Pinheiro, Fernanda Storck. III. Título.

CDU: 342.7

Catalogação na publicação (CIP) – Biblioteca da Univates  
Bibliotecária Andrieli Mara Lanferdini – CRB 10/2279

**As opiniões e os conceitos emitidos, bem como a exatidão, adequação e procedência das citações e referências, são de exclusiva responsabilidade dos autores.**

# APRESENTAÇÃO

Não estamos perdidos.  
Pelo contrário, venceremos se não tivermos desaprendido a aprender.  
Rosa Luxemburgo

Falar em direitos humanos é falar sobre marcos civilizatórios mínimos construídos ao longo da história, a partir de movimentos de resistência contra a opressão e a tirania e na busca de condições mínimas de dignidade para uma convivência social possível. Trata-se de um conquista da modernidade, cuja evolução deve acompanhar as mudanças de cenário e seus diversos fatores de influência, tais como mudanças econômicas, políticas, tecnológicas e ambientais. Nesse sentido, pensar os direitos humanos implica reconhecê-los como conquistas em constante construção e fixá-los como um ponto de partida sobre o qual não se pode admitir retrocessos.

Assim, a presente obra se propõe a trazer à discussão aspectos sensíveis aos direitos humanos e suas diversas interfaces, enquanto direitos inerentes à condição humana e necessários à própria subsistência e sobrevivência digna do ser humano, como a proteção contra a discriminação, os direitos dos trabalhadores, a justiça fiscal, o direito à cidade, o direito ambiental, perpassando sua concretização através de políticas públicas, o papel da jurisdição e os desafios trazidos pelas recentes ondas reformistas de tais direitos e também pelas inovações tecnológicas e suas incertezas, sem descuidar dos desafios do próprio ensino jurídico diante de tais movimentos.

Este livro é fruto do IX *Encuentro Hispano-Brasileño de Filosofía y Derechos Humanos*, realizado de 11 a 13 de dezembro de 2017 junto à Universidade de Sevilha, Espanha. Trata-se de uma feliz iniciativa na realização de um evento que reúne uma rede de pesquisadores de diversos países sul-americanos, sempre gentilmente acolhidos pela Universidade de Sevilha e seu qualificado corpo docente e que se propõe a refletir acerca de tais temáticas, no intuito de contribuir de forma consistente com a pesquisa jurídica. Nos três dias daquele evento, foi possível perceber que, partindo de trajetórias diferentes e de bases teóricas diversas todos os conferencistas, que aqui figuram como articulistas, a seu modo levantaram problemáticas contemporâneas e de extrema relevância no que diz respeito aos direitos humanos, aspectos que perpassam a condição humana e que sem dúvida impactam na própria convivência em sociedade.

Assim, espera-se que o leitor encontre nestas páginas contribuições enriquecedoras ao debate e à defesa da concretização dos direitos humanos diante dos desafios apresentados no mundo contemporâneo que, são, ao fim e ao cabo, desafios à nossa própria capacidade de viver juntos.

Lajeado, julho de 2018.

*Profa. Dra. Fernanda Storck Pinheiro*  
Pró-reitora de Ensino da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES

# SUMÁRIO

<b>JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS: UM BREVE ENSAIO SOBRE O CONTROLE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO NA FISCALIZAÇÃO/IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL.....</b>	<b>7</b>
Alberto Barreto Goerch	
<b>CIUDADES Y SITUACIONES HÍDRICAS EXTREMAS: UNA PERSPECTIVA EUROPEA .....</b>	<b>19</b>
Alvaro A. Sánchez Bravo	
<b>DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO REFORMADOS NO BRASIL .....</b>	<b>31</b>
André Jobim de Azevedo	
<b>OS TRABALHADORES BRASILEIROS E O DIREITO DE DEFINIR SUA CATEGORIA PROFISSIONAL E SINDICAL .....</b>	<b>41</b>
Antonio Augusto Bonatto Barcellos	
<b>ENSAIO SOBRE A DESCONEXÃO ENTRE MAGISTRATURA E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA: POR UM PODER JUDICIÁRIO CONCRETIZADOR DE DIREITOS HUMANOS.....</b>	<b>56</b>
Bruno Seligman de Menezes	
<b>ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: REVOLUCIONÁRIO OU MANTENEDOR DO STATUS QUO? .....</b>	<b>67</b>
Clovis Gorczewski	
<b>O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL ALCANÇADO PELAS MÃOS DA ARTE URBANA .....</b>	<b>75</b>
Cristiane Penning Pauli de Menezes	
<b>O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DO PROJETO DE DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL: EM BUSCA DE UMA RACIONALIDADE DE RESISTÊNCIA.....</b>	<b>87</b>
Fernanda Storck Pinheiro	
<b>DO PARADIGMA CLÁSSICO ÀS ATUAIS PERSPECTIVAS: A CONCEITUAÇÃO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR NOS RECENTES JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....</b>	<b>98</b>
Francieli Puntel Raminelli	

<b>NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A REFORMA TRABALHISTA.....</b>	<b>109</b>
Gilberto Sturmer	
<b>CRISE HÍDRICA E A POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE EM PERSPECTIVA COMPARADA COM A UNIÃO EUROPEIA .....</b>	<b>124</b>
Jacson Roberto Cervi	
<b>O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO.....</b>	<b>138</b>
José Alcebiades de Oliveira Junior	
<b>O DIREITO HUMANO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL .....</b>	<b>146</b>
Josiane Paula da Luz	
<b>O DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA: AS CONTRIBUIÇÕES DA DIRETIVA-QUADRO DA ÁGUA.....</b>	<b>154</b>
Luciana Turatti	
<b>DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A (DES)ARTICULAÇÃO DAS FEMINILIDADES E MASCULINIDADES NO ESPAÇO CONTEMPORÂNEO .....</b>	<b>165</b>
Luciane de Freitas Mazzardo	
<b>JOHNNY VERSUS JOÃO: UMA ESTÓRIA SOBRE A HIPOCRISIA E A INJUSTIÇA FISCAL BRASILEIRA .....</b>	<b>173</b>
Marciano Buffon	
<b>LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES EN EL CONTEXTO ESPAÑOL: UN PROYECTO INACABADO .....</b>	<b>183</b>
Nuria Beloso Martín	
<b>ADESÃO AO PROGRAMA INTITULADO SEGURO-DESEMPREGO COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS EMPREGOS E ENFRENTAMENTO DA ATUAL CRISE BRASILEIRA.....</b>	<b>201</b>
Paulo César do Amaral de Pauli	
<b>BELEZA E PERFEIÇÃO EM OSCAR WILDE: EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA E DIREITO .....</b>	<b>213</b>
Taciana Damo Cervi	
<b>A SOCIEDADE EM REDE E AS MUTAÇÕES DA PRIVACIDADE.....</b>	<b>223</b>
Têmis Limberger	
<b>INSTITUIÇÕES E O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NOS PAÍSES .....</b>	<b>233</b>
Thami Covatti Piaia	

# **JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E DIREITOS HUMANOS: UM BREVE ENSAIO SOBRE O CONTROLE E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO NA FISCALIZAÇÃO/IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO SOCIAL**

Alberto Barreto Goerch<sup>1</sup>

## **INTRODUÇÃO**

Ao se realizar uma leitura constitucional sobre a posição adotada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto ao seu papel na fiscalização/implementação de Políticas Públicas de inclusão social (possibilidade e legitimidade ou não do controle jurisdicional de políticas públicas), contrasta-se com as diferentes hipóteses (omissão, insuficiência e desvirtuamento de política pública existente), a fim de verificar-se se e, eventualmente, qual a repercussão que estes aspectos implicam nas decisões sobre o tema.

Dessa forma, o que se apresenta, é a de que haveria alguma diferença, na posição/atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quanto a sua legitimidade para o controle de Políticas Públicas de inclusão social, quando se trata de inexistência (omissão do Legislativo e do Executivo) ou de insuficiência e quando há desvirtuamento de Políticas Públicas já existentes; tendo como foco as decisões/posição do STF.

Primeiramente neste trabalho, serão abordados aspectos da Jurisdição Constitucional e do Estado Democrático de direito, além da contextualização com os fenômenos do ativismo judicial, da judicialização da política e politização do Judiciário. Na sequência, uma reflexão sobre as políticas públicas como instrumento de realização de Direitos Fundamentais e Inclusão Social. Analisando as espécies de políticas públicas e as particularidades das de inclusão social; dimensão objetiva dos direitos fundamentais, o dever de proteção e a discricionariedade enquanto elementos que repercutem no espaço de atuação dos Poderes Públicos na criação e na implementação de Políticas Públicas e as hipóteses de atuação jurisdicional no controle de Políticas Públicas de inclusão social: omissão, insuficiência e desvirtuamento.

E por fim, um breve passeio pelo controle jurisdicional de políticas públicas nas decisões do Supremo Tribunal Federal brasileiro e sua posição nas hipóteses de omissão, insuficiência e desvirtuamento. Abordando a ausência de regulamentação de Políticas Públicas de inclusão social pelo Poder Legislativo e de aplicabilidade dessas pelo Poder Executivo; Posição do STF na fiscalização/implementação de Políticas Públicas de inclusão social: omissão, insuficiência e desvirtuamento e A possibilidade e a legitimidade do controle jurisdicional

---

<sup>1</sup> Advogado. Doutorando em Diversidade Cultural e Inclusão Social pela Universidade FEEVALE, Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera - UNIDERP e Pós-graduado Lato Sensu em Direito com Especialização em Direito Processual Civil pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES. Docente do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN e da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA. Professor em Cursos Preparatórios para Carreiras Jurídicas. Vice-Presidente da Comissão de Direitos Humanos da OAB/Subseção de Santa Maria. Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Constitucionalismo Contemporâneo, Políticas Públicas, Direitos Humanos, Direitos Sociais, Novos Direitos e Inclusão Social. E-mail: betogoerch@gmail.com

de Políticas Públicas na autocompreensão do Supremo Tribunal Federal nos casos de omissão, insuficiência e desvirtuamento: semelhanças e diferenças.

## DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E OS FÊNOMENOS DO ATIVISMO JUDICIAL, JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E POLITIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO

A jurisdição constitucional tem seu histórico vinculado às transformações da Constituição no decorrer do tempo, mudanças essas vinculadas aos mais diversos modelos de Estado, comportando nesse sentido toda a construção jurídica desde a evolução social do período liberal até os dias atuais<sup>2</sup> com uma estrutura normativa e jurisdicional já diferente.

Nesse sentido, imperioso é ressaltar que assim como a própria Constituição se desenvolveu na perspectiva do Estado, também o papel da garantia e as formas de atuação da jurisdição constitucional se modificaram na esteira dessas transformações (LEAL, 2007, p.5). Sendo que o formato de Constituição liberal, meramente organizatória das funções e poderes do Estado, evolui para a necessidade de se incorporar valores coletivos, tornando evidente que as Constituições a partir do Século XX assumem uma visão mais ampla, não somente como estruturante do Estado, mas também da sociedade.

Ainda quanto à origem da idéia de Constituição – e do papel que deve desempenhar – percorreu um longo caminho, pois o constitucionalismo liberal, com sua ênfase nos aspectos de organização do Estado e na proteção de um elenco limitado de direitos de liberdade, cedeu espaço para o constitucionalismo social. Direitos ligados à promoção da igualdade material passam a ter assento constitucional e dá-se uma ampliação notável das tarefas a serem desempenhadas pelo Estado no plano econômico e social (BARROSO, 2006, p.147). Afirma ainda que:

Essa mudança, uma verdadeira revolução silenciosa, tornou-se possível graças à disseminação da jurisdição constitucional, com a criação de inúmeros tribunais constitucionais pelo mundo afora. Como já assinalado, o quadro descrito acima encontrou exceção notável na experiência norte-americana, em que o constitucionalismo sempre foi marcado pela normatividade ampla e pela judicialização das questões constitucionais, na linha do precedente firmado com o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, pela Suprema Corte, em 1803.

Conforme elucida Mônica Clarissa Hennig Leal (2007, p.6), a questão da jurisdição constitucional e sua legitimidade tem sido objeto de inúmeros e acirrados debates teóricos ao longo do tempo, especialmente desde meados do século passado, quando, em meio ao segundo pós-guerra e ao florescimento de um Estado vinculado à noção de direitos fundamentais e dignidade humana, deu-se um recrudescimento das funções e das atividades dos chamados Tribunais Constitucionais que, apesar de suas variantes, passaram a avocar para si um papel importante no sentido de concretização e de preservação da ordem social e jurídica estabelecida.

Em continuidade, deve-se referir, nas palavras de Nicola Matteucci (1998, p.23), que o termo “constitucionalismo”,

<sup>2</sup> O controle difuso permite que qualquer juiz ou tribunal reconheça a inconstitucionalidade de determinado ato jurídico, tendo como origem o caso *Marbury v. Madison*, diferenciando-se do sistema austriaco, em que apenas a Corte Constitucional detém poder para tanto. No Brasil o controle difuso faz-se presente desde a primeira Constituição Republicana, assim, qualquer juiz de primeiro grau, bem como Ministros do Supremo Tribunal Federal detém competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato. Caberá ao Supremo Tribunal Federal julgar recurso extraordinário contra decisão inferior que “julgue válida lei local contestada em face da lei federal”. (A Constituição e o Supremo, 4ª ed., Brasília: Secretaria de Documentação, 2011).

[...] indica no tanto un período histórico, en el que tendría su explicación, ni una corriente de ideas políticas y sociales, en la que encontrase su propia unidad, sino un <<tipo ideal>> para reflexionar sobre la realidad histórica, o una categoría analítica para sacar a la luz y mostrar aspectos particulares de la experiencia política: de esta concepción derivan, con un notable nivel de abstracción, algunos elementos que permiten cribar el material histórico.

Nesse sentido, a jurisdição constitucional assume um crescente protagonismo na esfera judicial. E justamente na intenção de elucidar um conceito para esse Estado de Direito, Ernst-Wolfgang Böckenförde (2000, p.19-20) elenca como aspectos básicos do termo a renúncia a toda idéia e/ou objetivo transcendental do Estado (cujo fundamento é o indivíduo); a limitação do Estado em face dos direitos individuais; e, em síntese, a separação de poderes.

Por se tratar de um breve ensaio sobre a temática, faz-se necessário um salto temporal para o Estado Democrático de Direito (LEAL, 2007, p.40), que por sua vez, especialmente em face do recrudescimento da idéia dos direitos fundamentais e da noção de dignidade humana, a Constituição acaba, mais do que nunca, assumindo uma função principiológica, assentada em dispositivos de textura aberta, numa estrutura que permite uma aferição ampla de seus conteúdos na realidade cotidiana, isto é, em face da vida constitucional propriamente dita.

Nesse momento, o polo de tensão, que nos modelos de Estado anteriores eram respectivamente o Legislativo e o Executivo, passa então a ser o Poder Judiciário, visto que o ponto central reside agora na concretização de direitos. A instrumentalização dos valores constitucionais e a aferição da conformidade ou não das leis ao texto constitucional se estabelece, por seu turno, através do que se convencionou chamar de justiça constitucional, mediante o mecanismo da jurisdição constitucional (STRECK, 2002, p.99).

Muito relevante ao estudo proposto é a análise dos dois grandes modelos de jurisdição constitucional que, de certa forma, tiveram grande influência no sistema de controle de constitucionalidade pátrio. Conforme assevera Mônica Clarissa Hennig Leal (2003, p.95), “existem, grosso modo, dois modelos jurisdicionais distintos de aferição de constitucionalidade: um difuso, oriundo dos países da *common law*, e outro concentrado, característico dos países de tradição civilística”.

Surge assim o chamado *judicial review* nos Estados Unidos, que segue o modelo de controle difuso de constitucionalidade (2005, p.58):

A criação do controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário, o chamado “judicial review”, e a noção de Supremacia da Constituição são considerados o maior contributo do gênio norte-americano para a teoria política e para a teoria da constituição. É assente que a Constituição norte-americana não traz expressa a legitimidade do Poder Judiciário para avaliar a constitucionalidade das Leis e que tal controle foi fixado em 1803, através do voto “opinion” proferido pelo então Chief-Justice Marshall, o “judicial review” foi uma consequência lógica do princípio da supremacia da constituição; princípio esse inaugurado com a promulgação da Constituição norte-americana de 1787.

Por sua vez, surge o modelo concentrado nos moldes do Tribunal Constitucional austríaco, tendo por base a Constituição Austríaca de 1920 (*Oktoberverfassung*) e a fundamentação teórica de Hans Kelsen sobre a hierarquia suprema da Constituição em relação às demais normas jurídicas (SANGOLI, 2008, p.63).

Importante destacar que a justiça constitucional na Europa teve seu início no primeiro pós-guerra e não se pode deixar de destacar, quanto ao controle de constitucionalidade naquele continente, o embate jurídico sobre a Constituição de Weimar, entre Hans Kelsen e Carl Schmitt, na tentativa de identificar a quem melhor exerceria o papel de zelar pela Constituição.

Nesse embate, foi a posição de Kelsen que prevaleceu, pois no seu sistema (LEAL, 2007, p.48), o Poder Legislativo divide-se em dois órgãos distintos: o primeiro é o Parlamento, titular da iniciativa política, o outro é o Tribunal Constitucional, que elimina, para manter a coerência do sistema, as leis que não respeitam a Constituição. Esses dois modelos de jurisdição constitucional foram adotados pelo ordenamento pátrio: o primeiro incorporado foi o difuso (século XIX), de inspiração norte-americana, e, bem mais tarde, o concentrado (a partir da Constituição de Weimar).

No Brasil, as alterações na forma de atuação do Judiciário começaram a ser evidentes a partir do advento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no que concerne à jurisdição constitucional, coroando o Estado Democrático de Direito. Constituição essa que, aliás, muito acreditou na Justiça, conferindo poderes aos juízes como nunca antes; assim, perante uma Constituição que se reputa do tipo dirigente, ao Judiciário já não mais se reserva o tradicional papel de inerte espectador da realidade, mas ao contrário, dele se reclama postura diversa (GERVASONI, 2011, p.56).

Diante dessa nova conformação, o Judiciário é tão responsável quantos os demais Poderes estatais pela consecução dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Sendo Poder constituído, evidentemente subordinado à vontade constituinte, não tem direito de sentir-se alheio ao projeto de edificar uma sociedade livre, justa e solidária. O descompasso entre a formação dogmática e arcaica e os reclamos de uma nova ordem explica, em certa medida, o fato de parecer o juiz liberado de perseguir as metas postas no texto constitucional porque (supostamente) distante da pugna política (NALINI, 2008, p.306).

Segundo Leal (2006, p.291), tem-se na passagem para o Estado Democrático de Direito um acréscimo do ideal participativo e democrático amplo ao aspecto formal, que como o próprio nome indica, o faz, notadamente, por meio do Direito. Assim, Estado Liberal, Estado Social ou de Bem-Estar Social e Estado Democrático de Direito nada mais são do que versões, pautadas por fins e aspectos materiais e de conteúdo diferenciados, da forma Estado de Direito surgida na Idade Moderna por ocasião da consecução jurídica dos ideais burgueses na ruptura com o absolutismo, consolidadas e institucionalizadas no primeiro.

Esse quadro elucida, por sua vez, que o surgimento do paradigma do Estado Democrático de Direito traz implícita a problemática da tensão entre jurisdição e legislação, diante da constatação de que as normas constitucionais nem sempre podem ser interpretadas sem o recurso a valorações políticas e não partidárias (que são, sempre, até determinado ponto, subjetivas). Assim, inevitável a relação de tensão entre o Direito e a Política, porque o juiz constitucional aplica certamente o direito, mas ocorre que a aplicação deste direito passa a acarretar, necessariamente, que se proceda, também, a valorações políticas (ainda que não se tenha como garantir que tais valorações possam ser classificadas propriamente como políticas, porque elas são, antes de mais nada, também jurídicas; o fato é que elas, quase que invariavelmente, por tratarem de questões estratégicas, possuem uma repercussão política importante) (STRECK, 2002, p.102).

Diante do crescente protagonismo judicial, nesse sentido, merece destaque o entendimento de Streck (2011), para quem essa grande interferência judicial não é boa para a democracia, senão vejamos:

Os juízes (e a doutrina também é culpada), que agora deveriam aplicar a Constituição e fazer filtragem das leis ruins, quer dizer, aquelas inconstitucionais, passaram a achar que sabiam mais do que o constituinte. Saímos, assim, de uma estagnação para um ativismo, entendido como a substituição do Direito por juízos subjetivos do julgador. Além disso, caímos em uma espécie de pan-principiologismo, isto é, quando não concordamos com a lei ou com a Constituição, construímos um princípio. Pergunto: se estamos de acordo que princípio é norma (e tem mais de 200 teses de doutorado dizendo isso), o que fazer com um princípio

como o da cooperação processual, da monogamia, da situação excepcional consolidada ou da confiança no juiz da causa?

Consoante se verifica, o autor entende que o ativismo judicial, dentre outros malefícios, contribui para aumentar a carga de processos nos tribunais superiores, especialmente em razão da liberdade que se está dando aos juízes de buscarem os fundamentos para suas decisões fora das leis e da Constituição. A morosidade para o julgamento da questão referente às uniões homoafetivas<sup>3</sup>, por exemplo, nos faz refletir sobre o real interesse e finalidade do Supremo Tribunal Federal nas suas decisões protagonistas.

Referente a alguns fenômenos que estão hodiernamente presentes na jurisdição constitucional, alude Leal (2011, p.97) que no contexto do Estado Democrático e Constitucional, dada sua relevância, é alvo de críticas e questionamentos, especialmente em face de fenômenos como o assim chamado “ativismo judicial”, a “judicialização da política” e a politização do judiciário”, todos relacionados, em certa medida, com a legitimidade de suas decisões, dada a sua proeminência no sentido de realização e de concretização dos direitos fundamentais e dos conteúdos da Constituição. Esse processo de judicialização da política enseja uma atuação compatível entre a responsabilidade democrática dos juízes e o respeito à garantia e à concretização dos direitos assentados em bases do constitucionalismo democrático. No passado, esse processo sofreu críticas postadas na defesa de uma hermenêutica constitucional e que, notadamente agora, não se sustenta, dada a evolução do constitucionalismo democrático e dos princípios da separação dos Poderes (CITTADINO, 2002, p.24.).

Sendo assim, a pretensão de autonomia absoluta do direito em relação à política é impossível de se realizar, haja vista que as soluções para os casos concretos nem sempre (se não raramente) são encontradas prontas no ordenamento jurídico, mas precisam ser construídas argumentativamente por juízes e tribunais (BARROSO, 2011, p.45-46).

## REALIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E INCUSÃO SOCIAL ATRAVÉS DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Quanto às políticas públicas, é cada vez mais crescente o interesse acadêmico pelo estudo do tema; algumas razões de modo geral favorecem o interesse, como, por exemplo, o aumento da escala de intervenção do Estado e a complexidade dos governos nos dias atuais, o que acarreta problemas mais complexos para que os responsáveis pelas decisões dirimam; seja na esfera pública, na sociedade civil ou na iniciativa privada.

Nesse sentido, devem-se observar, quanto aos aspectos conceituais, três dimensões da política, quais sejam: *a polity*, *a politics* e *a policy*. A primeira, *polity*, refere-se “à ordem do sistema político, delineada pelo sistema jurídico, e à estrutura institucional do sistema político-administrativo” (FREY, 2000, p.216); ou seja, cuida da análise das instituições políticas e das questões administrativas. A segunda, *politics*, por sua vez, abrange a dimensão dos processos que compõem a dinâmica política e da competição pelo poder, que lhe é inerente. Esta

3 A ADI 4277 foi protocolada na Corte inicialmente como ADPF 178. A ação buscou a declaração de reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar. Pediu, também, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis fossem estendidos aos companheiros nas uniões entre pessoas do mesmo sexo. Já na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, o governo do Estado do Rio de Janeiro (RJ) alegou que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria preceitos fundamentais como igualdade, liberdade (da qual decorre a autonomia da vontade) e o princípio da dignidade da pessoa humana, todos da Constituição Federal. Com esse argumento, pediu que o STF aplicasse o regime jurídico das uniões estáveis, previsto no artigo 1.723 do Código Civil, às uniões homoafetivas de funcionários públicos civis do Rio de Janeiro. (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=178931>)

trata da análise dos processos que procuram captar o relacionamento dinâmico dos atores políticos. E por fim, a *policy*, que compreende os conteúdos concretos da política, as políticas públicas; elas são o “Estado em ação”, o resultado da política institucional e processual (SCHMIDT, 2008, p.2310-2311).

A análise do conceito de política pública jamais poderá, em si, conter uma observação meramente jurídica. Importa dizer que o conceito de política pública extraído de uma observação dos juristas tende a atender outros campos, pois, como visto, é um campo no qual se encontram os fundamentos e as bases de ação tanto do direito como da própria política. Nesta esteira é que, de antemão, pode-se afirmar que, estruturalmente, a base de uma política pública será o direito, mas o conteúdo material são os fins e os objetivos políticos que não deixam de estar também expressos na Constituição, muitos deles explícitos no próprio Texto Constitucional (BITENCOURT, 2012, p.34).

A literatura especializada apresenta tipologias baseadas em outros critérios, sendo a mais conhecida a de Theodor Lowi, que identifica quatro tipos de políticas, sendo elas (SCHMIDT, 2008, p.2313-2315): primeiramente, têm-se as *Políticas distributivas*, que consistem na distribuição de recursos da sociedade a regiões ou segmentos sociais específicos. Não têm caráter de universalidade, mas em geral não geram a conflitividade comum das políticas redistributivas, pois os segmentos não beneficiados por elas não percebem prejuízos ou custos para si próprios. As segundas, *políticas redistributivas*, consistem na redistribuição de renda, com deslocamento de recursos das camadas sociais mais abastadas para as camadas pobres, as políticas “Robin Hood”, bem como as políticas sociais universais, como segurança social. As *políticas regulatórias*, por sua vez, regulam e ordenam, mediante ordens, proibições, decretos, portarias; criam normas para funcionamento de serviços e instalação de equipamentos públicos. Podem tanto distribuir custos e benefícios de forma equilibrada entre grupos e setores sociais, como atender a interesses particulares. E, por fim, as *políticas constitutivas ou estruturadoras*, que definem procedimentos gerais da política; determinam as regras do jogo, as estruturas e os processos da política. Elas afetam as condições pelas quais são negociadas as demais políticas.

Os processos são eminentemente dinâmicos, cabendo ao analista de políticas acompanhar os movimentos dos atores em diversas arenas (formais e informais). A relação entre os Poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), a relação dos Poderes com as forças da sociedade civil e as que acontecem entre as próprias forças sociais são aspectos que definem o resultado das políticas públicas (SCHMIDT, 2008, p.2326):

As relações entre os atores políticos sempre acontecem em um determinado espaço social, um palco no qual acontece o jogo de tensões entre os atores, dotados de um grau diferenciado de poder. É o que denomina de *arenas políticas*. É fundamental na análise política identificar a natureza e as características das arenas nas quais ocorrem as interações dos atores de uma determinada política. Algumas arenas são mais formais (um comitê legislativo, por exemplo); outras são menos formais (“as ruas”, onde os movimentos sociais e outros atores mobilizam-se). Algumas são mais transparentes (os tribunais); outras são menos transparentes (negociações a portas fechadas). Do ponto de vista democrático, é fundamental que as arenas formais repercutam os debates que acontecem nas arenas informais, e que as arenas transparentes revelem as negociações feitas nos bastidores.

Além do grau de consolidação democrática, deve-se levar em conta outros fatores, sobretudo a cultura política e administrativa, que são responsáveis pela configuração específica das estruturas, dos processos e funções de cada sociedade. Desta forma, a *policy analysis*, na Alemanha, por exemplo, atua em um ambiente político-administrativo que é caracterizado pela “perseverança de tradições institucionais”. [...] A necessidade de uma orientação da análise de políticas públicas, aqui exposta a partir de uma análise da realidade brasileira, está de acordo com a tendência do neo-institucionalismo de dirigir a sua atenção não apenas para as instituições em si, mas também para os próprios atores políticos. O neo-constitucionalismo busca contribuir para o aumento da

capacidade dos atores políticos de compreender o funcionamento das instituições políticas e, desta maneira, saber conduzi-las de forma mais eficiente. (FREY, 2000, p.248-251).

Em se tratando, mais especificamente, de políticas públicas de inclusão social e seus pressupostos na contemporaneidade, evidencia-se que repensar as políticas públicas, especialmente as políticas públicas de inclusão social, que se coadunem com a realidade de um mundo globalizado, não apenas economicamente, mas também no âmbito social, é, antes de tudo, analisar o fenômeno da globalização, o qual não deve ser visto apenas sob o prisma econômico. (STURZA; NUNES, 2011, p.332).

Considerando ainda o fato de o presente trabalho ser um breve ensaio sobre o referido tema, importante é também, mesmo que superficialmente, atentar para a compreensão da perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, sendo necessário o entendimento de que tanto as normas de direitos fundamentais consagradoras de direitos subjetivos individuais, quanto as que impõem obrigação de cunho objetivo aos poderes públicos, podem ter tanto a natureza de regra, quanto a de princípio, motivo pelo qual se necessita diferenciar quando se refere à perspectiva objetiva em seu cunho axiológico, como a ordem objetiva dos valores, ou no sentido da mais valia, no sentido de reconhecimento e efeitos jurídicos autônomos (ALEXY, 2008).

No entanto, percebe-se que a perspectiva dos direitos fundamentais é uma função axiologicamente vinculada, visto que a realização dos direitos subjetivos individuais, de certa forma, está condicionada ao seu reconhecimento pela comunidade a qual integra, com base no interesse público prevalente, como uma espécie de função limitadora dos direitos subjetivos individuais (SARLET, 2004, p.153-154).

Nesse sentido, como afirma Caroline Müller Bitencourt (2012, p.105), no que tange à dimensão objetiva e subjetiva das políticas públicas, em primeiro ponto, entende-se política pública não como um direito, mas como um programa voltado à realização de um direito. Somente essa afirmação implica uma série de consequências. Se é um programa, a política pública *per si* não traduz efeitos como, por exemplo, um direito social. Assevera ainda que,

Sendo assim, se a idéia de direitos fundamentais sociais como direitos subjetivos significa abrir ao indivíduo, titular de um direito, a possibilidade de reivindicar juridicamente seus interesses diante de um destinatário, não se pode atribuir a um indivíduo o direito de reivindicar uma política pública, mas poderá, sim, reivindicar o acesso a determinado direito, cabendo ao poder público realizá-lo via política pública ou não, o que não implica ao cidadão escolher diretamente a política pública, nem mesmo ao Judiciário escolher qual a política pública que atenderá a determinado direito. Sempre que um direito social for realizado de forma individual ou coletiva, mas não contiver nele as características atribuídas às políticas públicas já elencadas no primeiro capítulo, estar-se-á ante a concretização dos direitos sociais, que se dará via judicial, ou legislativa ou ainda executiva, mas não ante uma política pública.

Referente à discricionariedade dos poderes públicos, relevante é a análise desta e sua repercussão na criação ou implementação de políticas públicas. Nesse sentido, cumpre ressaltar que, no que tange à separação de Poderes, alude Elival da Silva Ramos (2012, p. 121-122) que o tema da discricionariedade tem sido intensamente trabalhado no âmbito do Direito Administrativo, mas muito pouco nos demais setores da Dogmática Jurídica, exsurgindo em algumas reflexões da Teoria do Direito, usualmente relacionadas ao modo de compreender a interpretação e aplicação de textos normativos, ou seja, estuda-se abundantemente a discricionariedade na função administrativa (Executivo), porém assim não ocorre em sede de legislação e de jurisdição.

Para Kelsen (1987, p.371), a discricionariedade é da essência da função jurisdicional, pois se a norma superior “determina não só o processo em que a norma inferior ou ato de execução são postos, mas também,

eventualmente, o conteúdo da norma a estabelecer ou do ato de execução a realizar”, o certo é que “esta determinação nunca é, porém, completa: a norma do escalão superior não pode vincular em todas as direções (sob todos os aspectos) o ato através do qual é aplicada”. Tem sempre de ficar uma margem, ora maior ora menor, de livre apreciação, de tal forma que a norma do escalão superior tem sempre, em relação ao ato de produção normativa ou de execução que a aplica, o caráter de um quadro ou moldura a preencher por este ato. Assevera ainda Ramos (2010, p.128) que,

A discretionariedade judicial também floresce no espaço em que os balizamentos normativos autorizam o julgador a se movimentar, porém com a sensível diferença de que o controle, nesse caso, compete ao próprio órgão que ao qual foi deferido o poder discretionário, o que não significa que possa, em harmonia com o sistema, tudo fazer. Percebe-se, destarte a importância de construções doutrinárias que permitam indicar os limites normativos da discretionariedade judicial, trabalho esse que, se consistente, poderá resultar eficaz, mercê da estrutura plural do Poder Judiciário e das características de seu modo de atuar (devido processo legal), favoráveis à prevalência da racionalidade jurídica.

Dessa forma, torna-se evidente a importância da discussão sobre a necessidade de políticas públicas, principalmente as destinadas a assegurar a realização de direitos fundamentais e inclusão social.

## DO CONTROLE JURISDICIAL COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Muitas são as posições, invariavelmente divergentes, quando o tema em questão é o controle jurisdicional de políticas públicas, notadamente por parte do Supremo Tribunal Federal brasileiro, quase sempre respaldada nas hipóteses de omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas de inclusão social. Dessa forma, a omissão em sentido técnico-jurídico não resulta de um silêncio ou inação do legislador, mas sim desse silêncio ou inação quando a Constituição impõe um “dever de atuação”, isto é, uma exigência constitucional de ação (QUEIROS, 2009, p.315). Além disso, existem os casos onde não se trata de omissão, mas sim de insuficiência ou desvirtuamento de política pública de inclusão social.

Segundo John Rawls (2000, p.396), a Constituição assume, como nos albores do liberalismo, a feição de uma *Constituição-garantia*, que especifica um procedimento político justo e incorpora as restrições pelas quais os direitos e liberdades fundamentais serão protegidos e terão assegurada a sua prioridade. O resto fica a cargo do estágio legislativo. Uma Constituição desse tipo está em conformidade com a idéia tradicional de governo democrático, ao mesmo tempo em que abre um espaço para a revisão judicial.

Quanto a esse (novo) papel (político) assumido pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, se deve a alguns fatores que, com o decorrer do tempo modificaram a ideia inicial de jurisdição, como assevera Mônica Clarissa Hennig Leal (2012, p.45):

Este protagonismo está vinculado y es resultado, a su vez, entre otros aspectos, de la supremacía de la Constitución y de la dimensión objetiva atribuida a los derechos fundamentales y a los derechos humanos, que poseen um carácter marcadamente principiológico, dependiente de interpretación y de concretización integrativa con la realidad concreta. Además de eso, la preocupación con la fuerza normativa de la Constitución hace con que los órganos encargados de su guardia adquieran relevancia, ampliándose, así, los espacios de su actuación. Lo mismo se puede decir de las Cortes Internacionales, que an ganado fuerza, especialmente a partir del segundo post-guerra.

Evidencia-se, dessa forma, que o Poder Judiciário se apresenta como instrumento de controle e implementação de políticas públicas, pois se trata naturalmente de uma pretensão consciente do potencial

transformador da realidade social que o Judiciário, ao lado dos demais órgãos estatais, igualmente pode desempenhar. Contudo, esta mesma pretensão preocupa-se igualmente com os limites dessa capacidade/legitimidade do Judiciário em imbricar-se na seara política.

Luís Roberto Barroso (2006, p.53-54) afirma que, das diversas críticas dirigidas à justiça constitucional, podem-se destacar duas: (a) a denominada dificuldade contramajoritária (*countermajoritarian difficulty*), segundo a qual órgãos compostos por agentes públicos não eletivos não deveriam ter competência para invalidar decisões dos órgãos legitimados pela escolha popular e a (b) de que os pronunciamentos dos órgãos judiciais não estariam sujeitos a qualquer tipo de controle, salvo a edição da emenda à Constituição.

Diante de divergências de posicionamentos sobre atuação da Suprema Corte no controle de políticas públicas, surgem algumas distinções interessantes, como as que alude Cristina Queiroz (2009, p.290), de que certos autores, na maioria italianos, têm vindo a estabelecer uma dicotomia entre o conceito de “garantia” e o de “controle”:

No primeiro caso, afirmam, compreendem as atividades de defesa da ordem constitucional por métodos exclusivamente jurídicos. No segundo, a defesa dos valores plasmados e pressupostos no texto constitucional, independentemente da forma concreta pela qual essa garantia se concretiza, por meios jurídicos ou por meios políticos. Contudo, cremos que tanto o instituto da garantia como o instituto do controle se compreendem ambos no conceito mais amplo de “controle constitucional”. Ambos se reportam à defesa da constituição, independentemente dos métodos ou critérios de valorização do juízo de constitucionalidade ou da estrutura através da qual esse controle se efetua.

A atividade do Poder Judiciário implica também na intervenção direta no espaço tradicionalmente reservado aos demais Poderes, quando então passa a exercer o controle de políticas públicas. Este controle demanda, pois, plena independência político-administrativa do Poder Judiciário, razão pela qual o Constituinte de 1988 previu, ao longo do art. 96, as garantias necessárias, na forma de instrumentos jurídicos que lhe asseguram plena autonomia (APPIO, 2006, p.65-66).

Cumpre ressaltar que, ao assumir esta função, o Poder Judiciário acaba tendo que aceitar as críticas políticas dessa discussão, no sentido de que sua atuação importará limitação da liberdade dos demais Poderes, sendo certo que somente no Estado constitucional e democrático é possível tal sorte de controle tornando-se muito evidente essa atuação nas hipóteses de omissão, insuficiência e desvirtuamento de políticas públicas de inclusão social.

Corroborando o entendimento favorável à atuação, pelo Poder Judiciário, no controle de políticas públicas, afirma Appio (2006, p. 150) que a intervenção deste não poder ser conceituada como uma invasão da atividade legislativa ou administrativa, nos casos em que não exista a reserva absoluta da lei ou ainda quando a Constituição não houver reservado ao administrador (Executivo) a margem de discricionariedade necessária ao exercício de sua função. Não havendo a reserva absoluta da lei, a intervenção judicial na própria formulação das políticas públicas se mostra compatível com a democracia, desde que observados mecanismos de comunicação entre a instância judicial e a sociedade, através das instâncias da democracia participativa.

Para Caroline Müller Bitencourt (2012, p.208), uma política pública pressupõe uma série de atos interligados, que devem manter enlaces entre si. Dizer que uma política pública pode ser controlável judicialmente não diz, na verdade, nada, no seguinte sentido: se o conceito de política pública pressupõe uma série de decisões que mantêm coerência narrativa, logo, quando se pensa em controle de política pública,

torna-se impossível tratar isso com um único momento, motivo pelo qual o que se pode controlar em termos de políticas públicas está relacionado às partes e não ao todo. Assevera ainda a autora que

Mormente, no decorrer da investigação sobre os elementos e os tipos de controle que incidem nos diferentes momentos das decisões que formam a política pública, imperioso demonstrar as diferentes formas de se observar quando for uma opção ligada ao Legislativo e quando for uma opção ligada ao Poder Executivo, lembrando-se que o espaço de conformação do legislador em tese é mais amplo que o espaço do Executivo, haja vista que este último tem como fio condutor dos seus atos a idéia de vinculação e discricionariedade. Isso faz com que surja outro problema a ser enfrentado: qual será o limite da discricionariedade administrativa em termos de constitucionalismo contemporâneo, ou dito de outra forma: o quanto é vinculada a discricionariedade administrativa? Sim, pois isso tem uma importante implicação: quanto mais foi vinculada a atividade administrativa, maior será o espaço da atuação jurisdicional, e o inverso também é verdadeiro.

Por fim, não encerrando a discussão, mas como forma de reflexão, com inteligência as palavras de Canotilho (1999, p.451) que já demonstrava preocupação com o tema da invasão da esfera do Poder Executivo pelo Judiciário, aludindo que “para atenuar esta desoladora conclusão adianta-se, por vezes, que a única vinculação razoável e possível do Estado em sede de direitos sociais reconduz à garantia do mínimo social que resulta do dever indeclinável dos poderes públicos de garantir a dignidade da pessoa humana e não de qualquer densificação jurídico-constitucional de direitos sociais”.

## CONCLUSÃO

Concluindo o presente trabalho, mas sem esgotar as discussões sobre o tema; considera-se a hipótese que se apresenta como possível resposta a esse questionamento, importante ressaltar a falta de regulamentação o que se deve diretamente à omissão do Poder Legislativo, bem como a literal ausência ou desvirtuamento de políticas públicas existentes por parte do Poder Executivo.

Dessa forma, evidencia-se como resposta que justifique a posição e atuação do Supremo Tribunal Federal brasileiro quando do julgamento dessas ações, aspectos como omissão, inexistência e desvirtuamento de Políticas Públicas como mencionado anteriormente. O que acabaria por reforçar uma legitimidade quanto a um novo papel político e concretizador de direitos, sendo esse papel o controle jurisdicional de Políticas Públicas de inclusão social.

Logo, tais lacunas acabam por reforçar a atuação e intervenção do Supremo Tribunal Federal brasileiro como uma alternativa de execução e concretização de direitos fundamentais e sociais; tendo como fundamentação o princípio da prevalência dos direitos humanos, utilizando da técnica de interpretação conforme à Constituição.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo. *Controle judicial de políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá Editora, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A Constituição no direito constitucional contemporâneo*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Retrospectiva 2008 – judicialização, ativismo e legitimidade democrática. Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.18, abril/maio/junho, 2009. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rede.asp>. Acesso em: 25/10/12.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BITENCOURT, Caroline Müller. *O controle jurisdiccional de políticas públicas a partir das contribuições da Teoria Discursiva e Democrática com base na dogmática e na realidade brasileira*. Tese (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2012.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2007.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 5.ed. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de poderes. In: VIANNA, Luiz Werneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil*. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil*. Planejamento e políticas públicas, n.21, jun 2000, p.211-259. Disponível em: [www.ipea.gov.br/pub/ppp](http://www.ipea.gov.br/pub/ppp). Acesso em: 13/05/12.

GERVASONI, Tássia Aparecida. *A jurisdição constitucional brasileira entre judicialização da política e ativismo judicial: A (auto) compreensão do Supremo Tribunal Federal acerca desses conceitos e dos seus limites de atuação em face do princípio da separação dos poderes – Uma análise teórica e jurisprudencial*. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado) – UNISC, Santa Cruz do Sul, 2011.

HÄBERLE, Peter. *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado Constitucional*. Madrid: Minima Trotta, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução: João Baptista Machado. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEAL, Mônica Clarissa Hennig. *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais alemã e norte-americana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

\_\_\_\_\_. *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional brasileira*. Barueri: Manole, 2003.

\_\_\_\_\_. *Estado de Direito*. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Org.). *Dicionário de filosofia do direito*. São Leopoldo e Rio de Janeiro: UNISINOS e Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Amicus Curie: Instrumento de abertura e de democratização da jurisdição constitucional ou mecanismo judicial de legitimação das decisões? Uma análise de sua função justificadora no Recurso Extraordinário n. 597.165/DF*. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 11. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.

\_\_\_\_\_. La inducción de políticas públicas por los tribunales constitucionales y por los tribunales internacionales: judicialización X activismo judicial. In: COSTA, Marli Marlene Moraes da; LEAL, Mônica Clarissa Hennig (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 12. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2012.

MATTEUCCI, Nicola. *Organización del poder y libertad*. Historia del constitucionalismo moderno. Traducción de Francisco Javier Ansútegui Roig y Manuel Martínez Neira. Madrid: Trotta, 1998.

MAUS, Ingeborg. José Renato. *O judiciário como superego da sociedade – sobre o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. Tradução de Martonio Mont’alverne Barreto Lima e Paulo Menezes Albuquerque. In: Novos Estudos, n.58, São Paulo: CEBRAP, 2000.

NALINI, José Renato. *A rebelião da toga*. 2.ed. Campinas: Millennium, 2008.

QUEIROS, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do Estado Democrático e Constitucional*. Coimbra/São Paulo: Editora Coimbra e Revista dos Tribunais, 2009.

RAMOS, José Renato. Elival da Silva *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficacia dos directos fundamentais*. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SCHMIDT, João Pedro. *Para entender as políticas públicas: aspectos conceituais e metodológicos*. In: REIS, Jorge Renato; LEAL, Rogério Gesta (Org.). *Direitos sociais & políticas públicas: desafios contemporâneos*. Tomo 8. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008.

STAMATO, Bianca. *Jurisdição Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumem Júris, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

\_\_\_\_\_. Entrevista concedida ao sítio eletrônico Consultor Jurídico. Consulta em: <http://www.conjur.com.br/2009-mar-15/intervista-lenio-streck-procurador-justica-rio-grande-sul>. Acesso: 23/09/2012.

VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

# **CIUDADES Y SITUACIONES HÍDRICAS EXTREMAS: UNA PERSPECTIVA EUROPEA**

Alvaro A. Sánchez Bravo<sup>1</sup>

## **1. UNIÓN EUROPEA Y CAMBIO CLIMÁTICO: IMPACTOS EN LAS CIUDADES**

Una gran parte de los ciudadanos europeos habitan en zonas urbanas, donde, muy a su pesar, la calidad de sus vidas y sus quehaceres se ve afectada por una progresiva degradación de los sistemas de movilidad y de las condiciones ambientales, sociales y de acceso a los servicios básicos.

Pero, a la vez, son el motor económico y el centro de toda clase de operaciones y de inversión.

Como ha señalado el CESE<sup>2</sup>, “para alcanzar un crecimiento sostenible y reactivar la competitividad y la innovación es indispensable afrontar en las ciudades problemas complejos como el deterioro ambiental la congestión del tráfico, los problemas de alojamiento, la inseguridad y la delincuencia, la crisis del empleo y las reconversiones industriales, la exclusión social –en particular de los jóvenes y las personas de edad avanzada- y la segregación espacial y étnica”.

Es por ello, que la apuesta es que en el medio ambiente urbano se consiga el modelo de “territorio socialmente responsable”. Un territorio orientado hacia la sostenibilidad<sup>3</sup> , y que incluya en su propia configuración las dimensiones sociales, económicas y medio ambientales.

La Comisión Europea, ha puesto de manifiesto que, entre las causas de los problemas ambientales se encuentran nuestro cambio en la forma de vida y los cambios demográficos. Nos encontramos ante problemas complejos que solo serán resueltos innovando soluciones y con la premisa de que deben plantearse enfoques integrados para la gestión de los entornos urbanos y adoptar planes a medio plazo, en los que se analicen los vínculos entre las distintas políticas y compromisos, y los distintos niveles de actuación político-administrativa<sup>4</sup>.

Como ha señalado la Comisión, “el papel de las administraciones locales es decisivo a la hora de mejorar el medio ambiente urbano. La diversidad del entorno urbano en cuanto a historia, geografía, clima o condiciones administrativas y jurídicas requiere soluciones hechas a medida y desarrolladas a nivel local. La aplicación del

1 Doctor en Derecho. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Expert European Research Council Executive Agency. European Comission. Expert WaterLex. Académico Correspondiente Academia SulRioGrandense de Direito do Trabalho. Coeditor Revista Internacional de Direito Ambiental (RIDA).

2 Comité Económico y Social Europeo. (2006/C 318/15). DOCE C 318/86, 23.12.2006.

3 El desarrollo sostenible significa que las necesidades de la actual generación deberían satisfacerse sin comprometer la posibilidad de que las futuras generaciones satisfagan sus propias necesidades. Estrategia de la Unión Europea para un desarrollo sostenible, en Ambiente. Revista del Ministerio de Medio Ambiente, nº59. Octubre 2006.

4 Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia temática para el medio ambiente urbano, COM (2005) 718 final, Bruselas 11.01.2006

*principio de subsidiariedad, según el cual la actuación debe realizarse en el nivel más eficaz, también supone que ésta se inscriba en el plano local”.*

El cambio climático constituye uno de esos retos inaplazables, que las ciudades europeas deben asumir, sino quieren verse sometidas a catástrofes cuyos efectos podrían ser altamente destructivos.

De manera genérica, denominamos cambio climático a la variación global del clima de la tierra, debida a causas naturales, pero también a la acción del hombre.

Existe consenso en la comunidad científica internacional respecto a que el modo de producción actual y el consumo energético están generando una alteración climática global. Nuestro planeta se calienta, ya que en el transcurso del siglo XX su temperatura se elevó alrededor de 0,7º C. Pero, como indica el Informe del IPCC<sup>5</sup>, lo más grave es que se sigue calentando cada vez más rápido: 0,2ºC por década.

Las principales conclusiones del Informe apuntan a que el futuro es inquietante. Según los distintos modelos planteados, el aumento de la temperatura en el siglo XXI oscilará entre 1,8 y 4ºC. Ello dependerá, dentro de lo problemático y complejo que es prever el clima, de la evolución de la población mundial, de las decisiones tecnológicas (carbón/renovables), del tipo de crecimiento (servicios e información/consumo material)<sup>6</sup>.

La inercia física básica del sistema climático significa que el soslayamiento de las advertencias científicas conllevará consecuencias sin precedentes, costosas y potencialmente imposibles de gestionar<sup>7</sup>.

Para limitar el aumento de la temperatura media del planeta a un máximo de 2ºC respecto a la época preindustrial, las emisiones globales deben alcanzar su nivel máximo antes de 2020 y, a partir de ahí, reducirse hasta llegar en 2050 a un valor inferior al 50% de los niveles de 1990<sup>8</sup>.

Superar los 2ºC implicará un aumento de la escasez de alimentos y de agua, de los fenómenos meteorológicos extremos, y una grave amenaza para los ecosistemas únicos. Ahora bien, no todo es negativo. Si decidimos actuar, y actuar bien, se abrirán nuevas oportunidades de solucionar conjuntamente el cambio climático, la seguridad energética y la recesión económica. Como ha señalado la Comisión Europea, “*Controlar el cambio climático necesitará significativas inversiones públicas y privadas y ayudará a la transición hacia una economía hipocarbónica, lo que abrirá nuevas posibilidades de crecimiento y empleo y fomentará el desarrollo sostenible*”<sup>9</sup>.

5 Al detectar el problema del cambio climático mundial, la Organización Meteorológica Mundial (OMM) y el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) crearon el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC) en 1988. Se trata de un grupo abierto a todos los Miembros de las Naciones Unidas y de la OMM. La función del IPCC consiste en analizar, de forma exhaustiva, objetiva, abierta y transparente, la información científica, técnica y socioeconómica relevante para entender los elementos científicos del riesgo que supone el cambio climático provocado por las actividades humanas, sus posibles repercusiones y las posibilidades de adaptación y atenuación del mismo. El IPCC no realiza investigaciones ni controla datos relativos al clima u otros parámetros pertinentes, sino que basa su evaluación principalmente en la literatura científica y técnica revisada por homólogos y publicada. Una de las principales actividades del IPCC es hacer una evaluación periódica de los conocimientos sobre el cambio climático. El IPCC elabora, asimismo, Informes Especiales y Documentos Técnicos sobre temas en los que se consideran necesarios la información y el asesoramiento científicos e independientes, y respalda la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMCC) mediante su labor sobre las metodologías relativas a los inventarios nacionales de gases de efecto invernadero. [http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4\\_syr\\_sp.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar4/syr/ar4_syr_sp.pdf)

6 “Demasiado tarde para quedarse esperando”, en Research.eu. Revista del Espacio Europeo de Investigación, nº 52, junio 2007, p .8.

7 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Hacia la consecución de un acuerdo a gran escala sobre el cambio climático en Copenhague. COM (2009) 39. Bruselas. 28.01.2009.

8 IP/09/141. Bruselas. 28.01.2009.

9 COMUNICACIÓN.... cit. COM (2009) 39. Bruselas. 28.01.2009.

Como indicamos anteriormente, los más avezados climatólogos prevén que, sin una reducción drástica y definitiva de las emisiones de gases de efecto invernadero, la temperatura media mundial puede aumentar entre 1,8 y 4°C en el transcurrir de este siglo.

El deshielo de los glaciares, y su toral desaparición, por el incremento de las temperaturas hará que más de mil millones de personas dejaran de tener acceso al agua durante las estaciones secas<sup>10</sup>.

En Europa los efectos ya se hacen sentir, habiendo aumentado las temperaturas casi 1°C en el último siglo.

El Sur de Europa y la cuenca mediterránea<sup>11</sup>, serán las zonas de más alta influencia de las sequias. Algunas previsiones apuntan a una reducción de las precipitaciones anuales de hasta un 40%, respecto a los niveles de 1990. Las temperaturas se incrementarán de 4 a 5°C.

En Europa occidental y atlántica<sup>12</sup>, aumentaran la frecuencia de tormentas e inundaciones. Las temperaturas se incrementarán de 2 a 3,5°C.

En el norte de Europa, se incrementarán las temperaturas y precipitaciones hasta un 40%, aumentando el riesgo de inundaciones, permitiendo la ampliación de las zonas agrícolas, pero con unos efectos muy adversos para los bosques.

Entre 3 y 4°C aumentará la temperatura en Europa Central y del Este, con más lluvia en invierno, pero menos en verano, respecto a los índices actuales. La agricultura se resentirá por la erosión del suelo, y las sequias y altas temperaturas, aunque, en contrapartida, podrían beneficiarse de temporadas más largas de cultivo.

Las zonas árticas, como ya ocurre en la actualidad, sufrirán los mayores aumentos de temperaturas, lo que acelerará el deshielo del hielo marino y terrestre y del permafrost<sup>13</sup>.

El cambio climático, no tendrá por tanto, sólo una incidencia geográfica sino que afectara a sectores vitales de nuestra existencia.

En la agricultura, afectarán los rendimientos de las cosechas y la gestión ganadera, así como en la modificación de las zonas dedicadas a producción. El suelo también se modificará, con pérdida de materia orgánica, y su consiguiente fertilidad. La pesca y la acuicultura se verán ciertamente presionadas, y los ecosistemas marítimos y terrestres se verán sometidos a altas tasas de erosión.

En el sector energético, habrá evidentes modificaciones, tanta en demanda como en oferta. El deshielo de los glaciares hará que la producción hidráulica aumente un 5% en el norte de Europa, pero disminuya un 25% en el sur. Además las olas de calor o de frío harán que aumente la demanda de la población.

El turismo modificará sus padrones, al reducirse la capa de nieve en las zonas alpinas, y el aumento de las temperaturas en el mediterráneo.

10 Comisión Europea, *La acción de la UE contra el cambio climático. Trabajar con los países en desarrollo para luchar contra el cambio climático*, OPOCE, Luxemburgo, 2008, p. 9.

11 Portugal, España, sur de Francia, Italia, Eslovenia, Grecia, Malta, Chipre, Bulgaria y sur de Rumania.

12 Benelux, zonas de Francia, norte de Alemania, Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

13 En geología permafrost es la capa de hielo permanentemente congelado en los niveles superficiales del suelo de las regiones muy frías. Sinónimos de esta palabra en español: permagel y permacongelamiento. <http://universo.iaa.es/php/1045-capa-permafrost.htm>

La sanidad humana y la salud animal y vegetal también se resentirán. El cambio climático podría acelerar la propagación de enfermedades infecciosas, incluidas las zoonosis<sup>14</sup>.

Estas son las previsiones establecidas por los propios expertos, para un escenario de aumento de las temperaturas de 3,4°C respecto al nivel actual, para 2080.

## 2. CIUDADES Y CAMBIO CLIMÁTICO

Para la Unión Europea, el objetivo prioritario consiste en *estabilizar las concentraciones atmosféricas de gases de efecto invernadero en un nivel que no provoque variaciones no naturales en el clima terrestre*.<sup>15</sup>

Como hemos expuesto anteriormente, hay consenso en el mundo científico a la hora de afirmar que se está produciendo un cambio climático y que la actividad humana está provocando un aumento de las concentraciones de gases de efecto invernadero, responsables de ese problema. Las zonas urbanas son especialmente sensible ante las consecuencias de cambio climático, como sequías o inundaciones, por lo que deben incorporarse medidas para limitar e riesgo medio ambiental en los planes de gestión urbana.

Ahora bien, dos ámbitos son definidos como prioritarios para la intervención de las autoridades locales:

- Planes de desarrollo urbano sostenible: uso de vehículos de bajo índices de emisiones de CO2 y bajo consumo energético.
- Construcción sostenible para la mejora del rendimiento energético. *Las autoridades locales pueden impulsar formas sostenibles de construcción mediante la sensibilización del ciudadano, fijando e imponiendo normas cuando sea posible y haciendo suyas las mejores prácticas en sus propios edificios y en aquellos cuya construcción adjudiquen a través de contratación pública respetuosa del medio ambiente*<sup>16</sup>. En este sentido, no debe restarse importancia a la rehabilitación de edificios ya existentes.

Dentro del Programa “Energía inteligente para Europa”, se seguirá impulsando la eficiencia energética y el uso de energías renovables a nivel regional y local<sup>17</sup>.

14 LIBRO BLANCO. Adaptación al cambio climático: hacia un marco europeo de actuación. COM (2009) 147. Bruselas. 01.04.2009, pp.4-6.

15 Para una visión detallada de la estrategia europea contra el cambio climático vid. Programa Europeo para el Cambio Climático en <http://ec.europa.eu/environment/climat/eccp.htm>

16 Vid. ¡Compras Ecológicas! Manual sobre la contratación pública ecológica. Comisión Europea, OPOCE, 2005. [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying\\_green\\_handbook\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_es.pdf)

17 La tecnología está llamada a desempeñar un papel fundamental ante los objetivos de la nueva Política energética para Europa. Por ello la Comisión va a invertir entre 2007 y 2013 mil millones de euros al año en investigación e innovación tecnológicas. La tecnología permitirá reducir los costes de las energías renovables, fomentar un uso eficiente y colocar a la industria europea en la vanguardia mundial. La Unión Europea se propone situarse a la cabeza del cambio en la producción, distribución y uso de energía: para ello, la Comisión preparará en 2007 el primer Plan estratégico de tecnología energética dentro de su Política energética para Europa. La Unión Europea se ha marcado tres objetivos clave en el desarrollo de su tecnología energética: reducir los costes actuales de la energía renovable, facilitar un uso eficiente y situar a las industrias europeas en primera línea de las tecnologías con bajas emisiones de carbono. Ello abarca energías renovables tales como la eólica, la solar y la de los biocarburantes junto a centrales sostenibles de carbón y gas natural, incluidas la captación y el almacenamiento de CO2, y, más adelante, las pilas de combustible e hidrógeno y técnicas avanzadas de fisión y fusión. Todo ello debería sumarse a un mejor uso de la energía en los procesos de conversión, en los edificios, la industria y el transporte. El objetivo principal del Plan estratégico europeo de tecnología energética propuesto es acelerar la innovación de las tecnologías energéticas y, ulteriormente, impulsar a la industria europea para que transforme la amenaza del cambio climático y la seguridad de abastecimiento en oportunidades para aumentar su competitividad.

Para ello se precisa un nuevo planteamiento, más estratégico y plenamente integrador de las capacidades europeas, en la forma de desarrollar la tecnología energética, comercializarla y utilizarla. A juicio de la Comisión, el aumento presupuestario para investigación e innovación tecnológicas en energía dentro del Séptimo Programa Marco (un 50%, que pasa de 574 millones de euros anuales a 886 millones de euros anuales) así como del Programa Energía Inteligente para Europa (un 100%, de 50 millones de euros anuales a 100 millones de euros anuales) para el periodo de 2007 a 2013, fueron el punto de partida en el buen camino con el que los Estados miembros y el sector deberían por lo menos ajustar el paso. European Union, Press Releases. MEMO 07/14. 10.01.2007.

Por tanto, se impone la puesta en marcha de medidas tendentes, por un lado a mitigar, los efectos del cambio climático, y, simultáneamente, medidas de adaptación que nos permitan prepararnos para los impactos que han de venir.

Es por ello prioritario que los gobiernos actúen para la mejora de los programas y medios de gestión de crisis y se pongan ya a trabajar en estrategias de amplio espectro para adaptarse a los nuevos escenarios climáticos futuros.

En este sentido, los gobiernos locales, por su proximidad a los ciudadanos, tienen un conocimiento más directo de los problemas que puedan plantearse y de las estrategias para superarlos.

*"Establecer unos requisitos mínimos para la planificación territorial, el uso del suelo y el cambio del mismo relacionados con la adaptación podrían mejorar la conciencia de los responsables políticos, los agentes económicos y la opinión general sobre la necesidad de adaptarse"*<sup>18</sup>.

Este conocimiento más próximo también permite diseñar estrategias adaptadas al mantenimiento y gestión de sus ecosistemas naturales que estén sanos y sean resistentes al cambio climático, como mecanismo para controlar el impacto y prevenir futuras catástrofes, como está establecida en la reciente Estrategia<sup>19</sup> europea al respecto<sup>20</sup>.

No olvidemos que, entre 1990 y 2015, la Unión Europea asistió a un notable aumento del número y la gravedad de las catástrofes naturales y de origen humano; este aumento fue especialmente importante en el caso de las catástrofes naturales. La mayor frecuencia e intensidad de los fenómenos meteorológicos extremos, como olas de calor, tormentas y lluvias torrenciales<sup>21</sup>, como consecuencia del cambio climático, hace prever un aumento de la pérdida de vidas humanas, la destrucción de infraestructuras económicas y sociales y la degradación de ecosistemas ya frágiles de por sí<sup>22</sup>.

Como ha señalado Citeis Alliance, las ciudades se enfrentan a tres cuestiones clave en materia de cambio climático:

- Cómo adaptarse a los cambios y retos que trae o traerá el calentamiento de la Tierra tales como el mayor número de tormentas, inundaciones, deslizamientos de tierra, olas de calor y, posiblemente, escasez de agua?
- Cómo reducir las emisiones de gases de efecto invernadero (mitigación) para desacelerar y, en definitiva, detener el calentamiento de la Tierra provocado por el hombre?
- Cómo lograr un marco institucional de respaldo externo, el cual proviene de los niveles superiores del gobierno y de los organismos internacionales, para ayudar a los gobiernos municipales a responder a los cambios y retos suscitados por el calentamiento global?<sup>22</sup>.

Nuestra exposición se centrará en los impactos de las situaciones hídricas extremas, sus impactos en las ciudades y las políticas europeas desarrolladas para prevenirlas, adaptarnos y mitigar sus efectos.

18 Comisión Europea, *La acción de la UE contra el cambio climático*, cit., p. 18.

19 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano. COM (2009) 82. Bruselas. 23.02.2009.

20 LIBRO BLANCO.cit., p. 6.

21 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano. cit., p.3.

22 [http://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CIVIS\\_1\\_Spanish.pdf](http://www.citiesalliance.org/sites/citiesalliance.org/files/CIVIS_1_Spanish.pdf)

### 3. PLANES EUROPEOS DE ADAPTACIÓN A SITUACIONES HÍDRICAS EXTREMAS

Como señaló Naciones Unidas allá por 2002, y posteriormente en 2010<sup>23</sup>, el derecho humano al agua es indispensable para llevar una vida en dignidad humana<sup>24</sup>, lo que supone un derecho universal a una cantidad suficiente de agua segura, aceptable, físicamente accesible y asequible para uso personal y doméstico. Establecida esta capital premisa, debemos considerar que el agua, como efectos de fenómenos adversos, en cantidad y calidad, no siempre cumple una función beatífica, sobre todo en los entornos urbanos. Los impactos sobre los habitantes e infraestructuras son, en ocasiones, catastróficos.

Se siguen registrando nuevos récords en materia de temperaturas mundiales y europeas, de altura del nivel del mar y de reducción del hielo marino en el Ártico. Las pautas de precipitación están cambiando, volviéndose más húmedas las regiones europeas que ya lo son y más áridas las secas. El volumen de los glaciares y la cobertura de nieve están disminuyendo. Al mismo tiempo, los fenómenos extremos relacionados con el clima, como las olas de calor, las precipitaciones intensas y las sequías, se producen con cada vez más frecuencia e intensidad en numerosas regiones.

Todas las regiones europeas son vulnerables al cambio climático, aunque algunas de ellas experimentarán más repercusiones negativas que otras. Según los pronósticos, el sur y sudeste de Europa serán puntos críticos del cambio climático, ya que está previsto que padecan el mayor número de impactos adversos. Estas regiones están experimentando ya un acusado aumento de las temperaturas máximas y una consiguiente disminución de las precipitaciones y del caudal de los ríos, lo que supone asimismo un incremento del riesgo de sequías más intensas, una pérdida de rendimiento de los cultivos, una pérdida de biodiversidad y un aumento de los incendios forestales. Está previsto que las olas de calor más frecuentes y los cambios en la distribución de enfermedades infecciosas sensibles al cambio climático se traduzcan en un aumento de los riesgos para la salud y el bienestar humanos.

Las zonas costeras y las llanuras de inundación de Europa occidental también se consideran puntos críticos, ya que se exponen a un mayor riesgo de inundaciones derivado del aumento del nivel del mar y a un posible aumento de los fenómenos tormentosos<sup>25</sup>.

Como señala Robrecht, el cambio climático tendrá diversos efectos en las ciudades. En Europa, lo más probable es que se produzca un mayor número de episodios meteorológicos extremos, como inundaciones, tormentas y olas de calor, que podrían afectar seriamente a infraestructuras urbanas tales como redes de transporte, redes de alcantarillado e incluso redes de suministro de alimentos. En los casos de fuertes lluvias e inundaciones, el riesgo es que nuestras redes de drenaje y alcantarillado no puedan aguantar. Las lluvias intensas también pueden causar corrimientos de tierra en montañas y colinas a las afueras de las ciudades. Estos corrimientos de tierras pueden cortar carreteras y dificultar el suministro de alimentos y otras mercancías. El cambio climático ejerce presión sobre nuestras infraestructuras «duras», como son carreteras, viviendas y

23 El 28 de julio de 2010, a través de la Resolución 64/292, la Asamblea General de las Naciones Unidas reconoció explícitamente el derecho humano al agua y al saneamiento, reafirmando que un agua potable limpia y el saneamiento son esenciales para la realización de todos los derechos humanos. La Resolución exhorta a los Estados y organizaciones internacionales a proporcionar recursos financieros, a propiciar la capacitación y la transferencia de tecnología para ayudar a los países, en particular a los países en vías de desarrollo, a proporcionar un suministro de agua potable y saneamiento saludable, limpio, accesible y asequible para todos. En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptó la Observación General nº 15 sobre el derecho al agua. El artículo I.1 establece que “El derecho humano al agua es indispensable para una vida humana digna”. [http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human\\_right\\_to\\_water.shtml](http://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml)

24 SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. Hacia un reconocimiento del agua como derecho humano universal. Revista de direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 3, p. 220-238, set./dez. 2017.

25 Agencia Europea del Medio Ambiente, *Cambio climático, impactos y vulnerabilidad en Europa 2016*.

redes de alcantarillado, pero también en las «blandas», como son nuestros sistemas de salud. Esto resulta muy obvio durante las olas de calor, que son otro de los problemas que afecta a las zonas urbanas. Las ciudades crean «islas de calor», mucho más calurosas que las áreas rurales. El riesgo de muerte es especialmente serio para las personas mayores de las áreas urbanas. Esto supone un nuevo reto para nuestros sistemas sanitarios<sup>26</sup>.

Aunque Europa no sea un continente árido, el suministro de agua preocupa ahora a casi la mitad de la población de la Unión Europea (UE). El índice de explotación del agua indica la proporción que la cantidad extraída cada año representa dentro del total de los recursos de agua dulce disponibles a largo plazo. Se trata de un indicador de la presión o del estrés que ejercemos sobre los recursos de agua dulce: cuando se sitúa por encima del 20 %, indica que el recurso hídrico está sometido a estrés, y, si su valor supera el 40 %, advierte de que el recurso sufre un grave estrés hídrico y un uso claramente insostenible. Bélgica, Bulgaria, Chipre, España, Italia y Malta están consumiendo anualmente el 20 % o más de sus suministros a largo plazo. En el caso de Chipre, que ha atravesado un episodio de fuerte sequía, se ha consumido ya sobradamente más del 40 % de sus suministros renovables.

La geografía y el clima de Europa hacen que el reparto del agua sea desigual dentro de la UE, y esta situación no hace más que empeorar por causa de la actividad humana. En el sur de Europa, por ejemplo, el desarrollo del turismo ha aumentado la demanda de agua, y esto ha traído como resultado fenómenos de desertificación y de salinización de acuíferos localizados en zonas costeras de agua dulce. Pero, aunque la escasez de agua sea más preocupante en las regiones del sur, ello no significa en modo alguno que este problema se limite a ellas: la mayor parte de los Estados miembros ha sufrido episodios de sequía desde 1976, y muchos de ellos informan ahora de frecuentes problemas de escasez de agua y de acuíferos sobreexplotados<sup>27</sup>.

La Unión Europea no ha obviado esta problemática y desde hace una década ha desarrollado políticas y planes para, como señalamos anteriormente, prevenir, mitigar y adaptarnos a los fenómenos hídricos extremos.

En materia de inundaciones, En 2007, se aprueba la Directiva relativa a las inundaciones<sup>28</sup>, cuyo objetivo fundamental es crear un marco común que permita evaluar y reducir en la Unión Europea (UE) los riesgos de las inundaciones para la salud humana, el medio ambiente, los bienes y las actividades económicas.

La Directiva cubre todo tipo de inundaciones, desde las que afectan a riberas y zonas costeras de la UE, hasta las ocasionadas en medio urbano por la escorrentía o por la saturación de la red de evacuación de aguas.

Las medidas contempladas para la prevención y gestión de los riesgos se organizan por demarcaciones hidrográficas. Estas demarcaciones, que pueden abarcar varias cuencas hidrográficas, son las que se establecen en la Directiva Marco del agua. Las medidas prevén principalmente la realización de una evaluación preliminar de los riesgos, la confección de mapas de las zonas de riesgo y la elaboración de planes de gestión de las inundaciones.

Los Estados miembros deben a una evaluación preliminar de los riesgos por cada demarcación o porción de demarcación hidrográfica situada en su territorio. Dicha evaluación ha de incluir, entre otra información, los datos referentes a la ubicación de las cuencas hidrográficas dentro de las demarcaciones, a las inundaciones

26 ROBRECHT, H. “El cambio climático y las ciudades”, en Señales, 2015. <https://www.eea.europa.eu/es/señales/señales-2015/entrevista/el-cambio-climatico-y-las-ciudades>

27 Comisión Europea, *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*, 2010, p. 2

28 Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación. DOUE L 288. 06.11.2007.

sufridas en el pasado, a la probabilidad de inundaciones futuras y a las consecuencias que se prevea pueden tener éstas.

Basándose en esa evaluación, los Estados miembros deben clasificar cada cuenca hidrográfica como «zona de riesgo potencial significativo» o como «zona sin riesgo potencial significativo». Tanto la evaluación como la clasificación resultante de ella deben ponerse a disposición del público y han de revisarse, por primera vez no después del 22 de diciembre de 2018 y, subsiguientemente cada seis años.

Igualmente, los Estados miembros deben cartografiar todas las zonas de riesgo confeccionando mapas que delimiten y clasifiquen esas zonas según su nivel de riesgo (alto, medio o bajo), y que indiquen los daños potenciales que pueda ocasionar una inundación a la población local, a los bienes y al medio ambiente.

Estos mapas, tienen que ponerse a disposición del público y han de revisarse cada seis años.

Deben elaborarse y aplicarse por los Estados Miembros, a nivel de demarcación hidrográfica un plan de gestión de los riesgos de inundación. Si la zona considerada se sitúa en varios países, los Estados miembros tienen que cooperar con el fin de llegar, en la medida de lo posible, al establecimiento de un solo plan de gestión.

Los planes deben fijar un nivel de protección adecuado para cada cuenca hidrográfica, subcuenca o franja litoral, y han de establecer medidas que permitan respetar ese nivel de protección.

Las medidas de gestión deben encaminarse a reducir el riesgo de inundaciones y la amplitud de las consecuencias que puedan tener éstas. Su objetivo ha de ser la prevención, la protección y la preparación, y en su elaboración han de tenerse en cuenta todos los aspectos pertinentes, como la gestión del agua y del suelo, la ordenación del territorio, los usos de la tierra y la protección de la naturaleza. Estas medidas no deben traer consigo un aumento del riesgo de inundación en países vecinos, a menos que hayan sido coordinadas y que los Estados miembros interesados hayan acordado una solución.

Los planes de gestión deben contener cierto número de datos (particularmente, el grado de protección que ofrezcan y las medidas que contemplen), así como mapas que representen los riesgos de inundación en presencia. En el caso de los planes posteriores, ha de incluirse una evaluación de los avances realizados desde la aplicación del plan anterior.

Los «mapas de riesgo de inundación» y los «planes de gestión» deben ajustarse a la Directiva marco del agua, especialmente en lo que se refiere a la caracterización de las cuencas hidrográficas y a los planes de gestión de éstas, así como a los procedimientos de consulta y de información al público.

En materia de sequias y escasez de aguas, como hemos visto anteriormente, la conjunción del aumento de las temperaturas y de la disminución de las lluvias veraniegas incrementará las olas de calor y de sequía. Los problemas vendrán de su insuficiencia, bien por una disminución temporal de la cantidad disponible debido, por ejemplo, a un déficit pluviométrico (sequía), o bien por una situación permanente en la que las necesidades de agua sean superiores a los recursos hídricos explotables (escasez de agua). En la Europa meridional estos fenómenos intensificarán la evaporación, lo que conducirá inevitablemente a una disminución de la humedad el suelo, y provocará sequias mas frecuentes e intensas.

Ante esta constatación, la Comisión elaboró una Comunicación relativa a la escasez de agua y sequía en la Unión Europea<sup>29</sup>.

El punto de partida para un correcto justiprecio de la situación, ha de tener en cuenta una serie de elementos importantes, entre los que cabe destacar los siguientes:

- la necesidad de proseguir la aplicación de la Directiva marco en el sector del agua;
- la ineeficacia que suelen presentar a nivel nacional las políticas actuales de tarificación del agua;
- la ordenación del territorio;
- la necesidad de privilegiar medidas que tiendan a ahorrar agua, lo que supone jerarquizar las prioridades tanto en las soluciones que se adopten (para evitar en lo posible el recurso a infraestructuras de abastecimiento suplementarias), como en el destino que se dé al agua (el suministro a las poblaciones es, en este sentido, prioritario);
- la necesidad de actuar de forma integrada y de basarse en información científica.

La Comunicación presenta un abanico de orientaciones que pueden aplicarse a la gestión de los problemas de escasez de agua y de sequía, tanto en el ámbito de la UE como en el de los Estados miembros, y cita una serie de buenas prácticas que existen ya en varios países.

En aplicación del art. 9 de la Directiva marco del agua<sup>30</sup>, los Estados miembros deben fijar un precio justo para el agua gracias, por una parte, a una política de tarificación que se base en el análisis económico de los usos y del valor del agua y, por otra parte, a la puesta en marcha de programas que obliguen a medir su consumo.

Para limitar los efectos negativos del desarrollo económico de algunas cuencas hidrográficas y fomentar el uso racional del agua, es necesario hacer más eficaz el reparto de los recursos hídricos y de los fondos a ellos vinculados. En este sentido, debería hacerse hincapié en medidas que permitieran mejorar la ordenación del

<sup>29</sup> Comunicación de la Comisión, de 18 de julio de 2007, «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea» COM (2007) 414. Bruselas. 18.07.2009.

<sup>30</sup> Artículo 9. Recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

1. Los Estados miembros tendrán en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de que “quien contamina paga”. Los Estados miembros garantizarán, a más tardar en 2010:

- que la política de precios del agua proporcione incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y, por tanto, contribuyan a los objetivos medioambientales de la presente Directiva,
- una contribución adecuada de los diversos usos del agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, basada en el análisis económico efectuado con arreglo al anexo III y teniendo en cuenta el principio de que “quien contamina paga”.

Al hacerlo, los Estados miembros podrán tener en cuenta los efectos sociales, medioambientales y económicos de la recuperación y las condiciones geográficas y climáticas de la región o regiones afectadas.

2. Los Estados miembros incluirán en los planes hidrológicos de cuenca información sobre las medidas que tienen la intención de adoptar para la aplicación del apartado 1 y que contribuyan al logro de los objetivos medioambientales de la presente Directiva, así como sobre la contribución efectuada por los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua.

3. Lo dispuesto en el presente artículo no impedirá la financiación de medidas preventivas o correctivas específicas con objeto de lograr los objetivos de la presente Directiva.

4. Los Estados miembros no incumplirán la presente Directiva si deciden no aplicar, de acuerdo con prácticas establecidas, las disposiciones de la segunda frase del apartado 1 y, a tal fin, las disposiciones correspondientes del apartado 2, para una determinada actividad de uso de agua, siempre y cuando ello no comprometa ni los objetivos ni el logro de los objetivos de la presente Directiva. Los Estados miembros informarán en los planes hidrológicos de cuenca de los motivos por los que no han aplicado plenamente la segunda frase del apartado 1.

Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOUE L 327. 22.12.2000.

territorio. Entre ellas se cuentan, de forma especial, las siguientes: integrar los problemas de disponibilidad de agua en la explotación de las tierras agrícolas, aplicar estrictamente la Directiva sobre la evaluación estratégica de los efectos del medio ambiente<sup>31</sup>, efectuar el censo de las cuencas hidrográficas que sufren con frecuencia o de forma permanente problemas de falta de agua y adoptar normas de gestión que sean adecuadas para dichas cuencas.

Además, la financiación de los usos racionales del agua exige, entre otras medidas, las siguientes: perfilar mejor las directrices comunitarias para la financiación de las estructuras de suministro de agua, evaluar si es preciso establecer condiciones ambientales suplementarias previas a esa financiación, financiar con fondos comunitarios medidas sectoriales que contribuyan a una gestión eficaz del agua, garantizar que esos fondos se utilicen de forma adecuada y adoptar a nivel nacional incentivos fiscales que favorezcan el uso racional del agua.

La Comunicación contiene orientaciones concretas para mejorar la gestión de los riesgos de sequía. La Comisión preconiza así, como se prevé en la Directiva marco del agua, que cada Estado miembro elabore un plan de gestión de esos riesgos de aquí a 2009 basándose en las buenas prácticas intercambiadas con otros países y en los métodos elaborados a nivel comunitario. La Comisión contempla también la creación de un observatorio y de un sistema de alerta rápida para las sequías (la adopción de su prototipo y de sus disposiciones de aplicación está prevista para no después de 2012), y propone optimizar la utilización del Fondo de Solidaridad de la UE y del Mecanismo Europeo de Protección Civil para permitir que los Estados miembros gravemente afectados por la sequía reciban una ayuda rápida y adaptada.

La Comisión estima que la creación de infraestructuras de abastecimiento de agua suplementarias sólo deberá contemplarse cuando ya se hayan establecido todas las disposiciones preventivas y todas las medidas de ahorro de agua y de eficacia en su uso que sean necesarias. La creación de esas infraestructuras debe sujetarse a condiciones rigurosas, privilegiando las medidas alternativas que tengan por objeto ahorrar agua, minimizando lo más posible el impacto causado en el medio ambiente (por ejemplo, por el almacenamiento o la desviación de masas de agua o por la creación de plantas de desalinización) y garantizando la compatibilidad de estas intervenciones con las otras prioridades medioambientales y energéticas de la UE.

El despilfarro y las pérdidas de agua podrían reducirse aplicando tecnologías y prácticas que permitiesen un uso racional de este bien. La Comisión propugna así, entre otras, las medidas siguientes: establecer normas para los materiales que utilizan agua (particularmente para fines agrícolas), estudiar la conveniencia de una normativa específica para los productos que no consumen energía pero sí agua (por ejemplo, grifos, alcachofas de ducha, inodoros, etc.), integrar las consideraciones relativas al uso del agua en las normas aplicables a los productos y a los edificios, impulsar la investigación, analizar la posible creación de un indicador de eficiencia basado en el uso del agua o establecer acuerdos voluntarios con los sectores que utilizan agua en sus procesos de fabricación.

Es necesario, asimismo, implicar a los consumidores y a los agentes económicos, favoreciendo el nacimiento de una cultura de ahorro de agua en Europa. Para ello, debe estudiarse la adopción de medidas que tengan por objeto informar y responsabilizar a unos y otros, como, por ejemplo, las siguientes: emprender una iniciativa coordinada para el uso racional del agua en las empresas que estén comprometidas en el ámbito de su responsabilidad social, integrar normas de gestión del agua en los sistemas de garantía de calidad y de certificación, ampliar los sistemas de etiquetado comunitario y prestar apoyo a nivel nacional a los programas

31 DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. DOUE L 26. 28.01.2012.

de educación, a los servicios de asesoría, al intercambio de buenas prácticas y a las campañas de información que se centren en la disponibilidad del agua.

La toma de decisiones ha de basarse en una información de calidad, lo que obliga a aumentar los conocimientos y mejorar la recogida de datos. Para ello, se instituyó el Observatorio Europeo de la Sequía (EDO), dentro del Proyecto Copernicus<sup>32</sup>, dedicado al monitoreo de la sequía basándose en el análisis de una serie de indicadores de sequía, representando diferentes componentes del ciclo hidrológico (por ejemplo, precipitación, humedad del suelo, niveles del yacimiento, flujo del río, niveles de agua subterránea) o impactos (por ejemplo, estrés hídrico en la vegetación). Por lo general, los indicadores representan anomalías estadísticas de la situación actual con respecto a la climatología a largo plazo en un lugar y período determinados. Como tales, son una medida de la severidad probabilística de un evento dado.

Para facilitar la interpretación y proporcionar información para la toma de decisiones, los indicadores individuales pueden combinarse lógicamente en indicadores de alto nivel que resaltan diferentes niveles de advertencia con respecto a un sector económico determinado o al medio ambiente. Un ejemplo es el Indicador Combinado de Sequía (CDI), para la sequía agrícola y de los ecosistemas.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

El cambio climático es una realidad de la que ya nos es posible dudar. Sus efectos se dejan sentir cada vez más próximos, en frecuencia e intensidad. En materia de aguas, las sequias e inundaciones se suceden sin solución de continuidad, colocando a nuestras ciudades y ecosistemas ante nuevos retos, de cuya adecuada solución dependerá nuestro futuro bienestar, y hasta nuestra existencia.

Las pérdidas económicas totales provocadas por los fenómenos meteorológicos y climáticos extremos en los 33 países miembros de la AEMA, durante el período 1980-2016, ascienden a más de 450 mil millones EUR. La proporción más elevada de impactos económicos correspondió a las inundaciones (40 % aproximadamente), seguida de las tormentas (25 %), sequías (10 % aproximadamente) y olas de calor (5 % aproximadamente). La cobertura del seguro total para todos estos riesgos es de en torno al 35 %. Una amplia proporción de las pérdidas totales fue debida a un reducido número de fenómenos<sup>33</sup>.

Ante esta realidad, necesitamos nuevos modelos de gobernanza entre los niveles nacionales y locales, juntos a otros sectores. Debe ahondarse en políticas de prevención de riesgos y planificación espacial, como la provisión de espacio para ríos con el fin de reducir las inundaciones, proyectos agroforestales para reducir la erosión del suelo, y la construcción de parques y elementos acuáticos que refresquen las ciudades en verano y retengan la escorrentía provocada por las fuertes precipitaciones.

Debemos partir en la consideración de lo urbano, no de concepciones aisladas como el suelo, el agua o la calidad del aire, sino del nuevo concepto de metabolismo urbano, permite describir las funcionalidades de

32 Copérnico es el Programa de Observación de la Tierra de la Unión Europea, que mira a nuestro planeta y su entorno para el máximo beneficio de todos los ciudadanos europeos. Ofrece servicios de información basados en la observación de la Tierra por satélite y en datos in situ (no espaciales). El programa es coordinado y gestionado por la Comisión Europea. Se implementa en asociación con los Estados miembros, la Agencia Espacial Europea (ESA), la Organización Europea para la Explotación de Satélites Meteorológicos (EUMETSAT), el Centro Europeo de Pronósticos Meteorológicos de Mediano Plazo (ECMWF), las agencias de la UE y Mercator Océan. Se están utilizando grandes cantidades de datos mundiales de satélites y de sistemas de medición terrestres, aéreos y marítimos para proporcionar información que ayude a los proveedores de servicios, las autoridades públicas y otras organizaciones internacionales a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos de Europa. Los servicios de información proporcionados son de acceso libre y abierto para sus usuarios. <http://www.copernicus.eu/main/overview>

33 <https://www.eea.europa.eu/es/highlights/preparar-a-europa-para-el>

las áreas urbanas y evaluar los impactos ambientales de los patrones urbanos y de los procesos de urbanización en curso.

Sólo de una manera integrada y cooperativa podremos prevenir, mitigar y/o adaptarnos a las mudanzas presentes y a las que están por venir. Que el agua, fuente de vida, no se convierta en destrucción y desastres.

## REFERÊNCIAS

LIBRO BLANCO. Adaptación al cambio climático: hacia un marco europeo de actuación. COM (2009) 147. Bruselas. 01.04.2009, pp.4-6.

ROBRECHT, H. “*El cambio climático y las ciudades*”, en Señales, 2015. <https://www.eea.europa.eu/es/señales/señales-2015/entrevista/el-cambio-climatico-y-las-ciudades>

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. Hacia un reconocimiento del agua como derecho humano universal. Revista de direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v .8, n. 3, p. 220-238, set./dez. 2017.

*Demasiado tarde para quedarse esperando*, en Research.eu. Revista del Espacio Europeo de Investigación, nº 52, junio 2007, p .8.

UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Hacia la consecución de un acuerdo a gran escala sobre el cambio climático en Copenhague. COM (2009) 39. Bruselas. 28.01.2009.

UNIÓN EUROPEA. IP/09/141. Bruselas. 28.01.2009.

UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea, *La acción de la UE contra el cambio climático. Trabajar con los países en desarrollo para luchar contra el cambio climático*, OPOCE, Luxemburgo, 2008

UNIÓN EUROPEA. Comisión Europea, *Escasez de agua y sequía en la Unión Europea*, 2010, p. 2

Directiva 2007/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, relativa a la evaluación y gestión de los riesgos de inundación. DOUE L 288. 06.11.2007.

UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión, de 18 de julio de 2007, «Afrontar el desafío de la escasez de agua y la sequía en la Unión Europea» COM (2007) 414. Bruselas. 18.07.2009.

UNIÓN EUROPEA. Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas. DOUE L 327. 22.12.2000.

UNIÓN EUROPEA. DIRECTIVA 2011/92/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 13 de diciembre de 2011 relativa a la evaluación de las repercusiones de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente. DOUE L 26. 28.01.2012.

UNIÓN EUROPEA. Comité Económico y Social Europeo. (2006/C 318/15). DOCE C 318/86, 23.12.2006.

UNIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una estrategia temática para el medio ambiente urbano, COM (2005) 718 final, Bruselas 11.01.2006

UNIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Un enfoque comunitario para la prevención de catástrofes naturales y de origen humano. COM (2009) 82. Bruselas. 23.02.2009.

# DIREITO DO TRABALHO E PROCESSUAL DO TRABALHO REFORMADOS NO BRASIL

André Jobim de Azevedo<sup>1</sup>

## Introdução

É da maior relevância a possibilidade de discussão em Sevilla da recente Reforma Trabalhista. Com o risco inerente às primeiras interpretações acerca de tão complexo texto legal, a discussão promete ser bastante acalorada. São muitos- e distintos – os entendimentos sobre as novas normativas e que ainda sequer foram postos em prática, o que contará, ainda posteriormente com a interpretação judicial, à qual se pretende alcançar elementos e argumentos capazes de melhor aplicá-las.

A proposição articulada ora iniciada – sem, contudo, esgotar o tema – busca realizar abordagem relativa ao novel mundo do trabalho, do direito do trabalho e processual do trabalho, seu espaço constitucional e sua efetiva incidência em foros de realidade contemporânea.

Por óbvio a base do direito laboral é já bastante antiga, podendo-se afirmar que a disciplina nasce e afirma-se a partir da Revolução Industrial, cujo momento da história se centra depois dos anos de 1700. É que com a substancial alteração na forma de produzir e trabalhar com o advento do maquinismo, mudam significativamente as relações de trabalho. Em tempos de afirmação do liberalismo, com a predominância das regras de direito civil, que prestigiava a autonomia plena da vontade, com a consequente liberdade contratual, impondo aos particulares agir em seu interesse e por esse zelar, o novel fato social trabalho (subordinado, livre e assalariado) a tanto não se afeiçoava. A despeito da enorme importância humanística da concepção que dava força e autonomia ao indivíduo no sentido de construção de sua própria vida, em termos de relações do trabalho não foi esse o resultado. É que o pressuposto da aplicação do direito civil e da liberdade contratual é justamente a capacidade das partes em decidir seus desideratos em condições de igualdade, sendo por suas decisões responsáveis. O Estado não deveria intervir na relação entre os particulares. Contudo, a condição de absoluta desigualdade entre os trabalhadores e os donos das máquinas, empregadores, futuros industriais, evidenciou a incapacidade de boa regência da novel situação de trabalho pelo Direito então prevalente.

<sup>1</sup> Advogado sócio de Faraco de Azevedo Advogados, formado pela UFRGS, Professor Universitário da PUCRS (Processo Civil e Direito do Trabalho) desde 1990, especialista e mestre pela mesma Instituição, Titular da Cadeira 89 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho (ABDT). Árbitro. Presidente da Câmara de Arbitragem da Federasul. Membro do Conselho Superior da Comissão de Arbitragem da OAB/RS. Presidente fundador da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho (ASRDT) e Titular da Cadeira 02. Professor Convidado Curso de Pós graduação PUCPR desde 2006; Professor Convidado da UNISC (Universidade de Santa Cruz do Sul, 2009); Presidente da Sociedade de Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul, 1995/1997; Vice Presidente da Federasul, desde 2000 -1017; Diretor Jurídico da Bienal de Artes Visuais do Mercosul desde 2000/2017 e Diretor Institucional 2013; Fundador, Coordenador e Conselheiro Ad hoc do Comitê de ética e Pesquisa em Seres Humanos do Sistema Mãe de Deus de Saúde (2001/2017); Membro indicado para Prova de sentença do 1º Concurso Nacional para Magistratura Federal do Trabalho 2017.

Por conta disso, surge a intervenção do Estado, Direito do Trabalho, com a necessária regência especializada própria de uma relação de direito material distinta daquela civil e que ensejou produção legislativa intensa, no sentido de limitar a liberdade contratual, impondo restrições ao livre manejo e desenvolvimento dessas relações.

## 2. A Reforma Trabalhista e o novo mundo do Trabalho. Reforma do Processo

Admirável mundo novo nos cerca nesta segunda década do século XXI. É surpreendente o que, por vezes não percebemos, mas é a atual realidade. A evolução dos meios de transporte e de comunicação parecem ter-nos levado a este estado de coisas. Vivemos a era da tecnologia e da velocidade. Para tudo. Comunicamo-nos com inimaginável velocidade e somos capazes de atingir a qualquer localidade do globo em questão de horas. Assistimos fatos onde quer que eles aconteçam segundos ou minutos após sua efetivação, em vivas reproduções filmadas e sonorizadas, muitas vezes ao vivo. O mundo parece pequeno. As redes sociais estão aí para comprovar.

Essa condição que nos cerca nos faz partícipes desse cenário contemporâneo não como meros expectadores ou testemunhas, mas verdadeiros atores e protagonistas.

Ao mesmo tempo perderam-se as referências antes vigentes relativas às grandes nações, aos grandes líderes, às instituições, às tradições, às profissões, aos partidos políticos e às agremiações. O centro do mundo passa a ser o indivíduo, como auto referência, convivendo com a enorme diversidade e pluralidade evidentes. As noções de destaque social efêmeras e calcadas nas mais diversas situações e diluição ou fragilidade de lideranças capazes de bem estimular visões mais próprias da corrente atribulada vida contemporânea.

A vida realmente está diferente e o mundo em constante mutação. Decorrem daí significativas alterações no mundo econômico e nele o mundo do trabalho.

As relações de trabalho que compõe estas observações por certo também são bastante distintas daquelas que historicamente manejamos. Por igual os sujeitos sociais e sujeitos econômicos desse processo produtivo igualmente distinguem-se.

Atribuo à essa novel condição produtiva e mercadológica alterações patentes na sociedade e necessariamente em seus sujeitos econômicos e não econômicos, onde causa e efeito se confundem.

As relações econômicas até a bem pouco tempo atrás eram restritas, limitadas e envolviam números muitíssimo menores de sujeitos. O mundo cresceu e ao mesmo tempo tornou-se menor. O mundo do trabalho tem direto reflexo da nova realidade.

Recentemente o mundo produtivo buscava atender às necessidades vizinhas de bens produzidos e serviços e a preocupação dos negócios estabelecia-se partir de noção tímida, acanhada, de competição com conhecidos concorrentes, da rua, da cidade, do estado, do país, este último apenas para os grande agentes da produção que conseguiam avançar para atuações nacionalmente ocorrentes.

A percepção, contudo, de que as distâncias encurtaram e que os horizontes produtivos elasteceram tornou-se um fato. Deixa-se apenas de focar a atuação produtiva e comercial em seu redor geográfico para perceber um entorno ilimitadamente existente e capaz de ameaçar a qualquer um e a todos, por conta de disputas que vão para muito além dos limites históricos e geográficos referidos.

Ao mesmo tempo, a perspectiva de livre circulação do trabalhador pelo mundo recrudesce, limitando-se a situação internamente aos grandes mercados comuns, mas que convive com inúmeras atividades que passaram a desnecessitar a presença física dos trabalhadores no antes local de trabalho, com pouco ou nenhum prejuízo de sua ausência, e até com vantagens significativas. Os meios telemáticos de contribuição insuperável para isto, estão envolvidos com a vida acentuadamente urbana. Convivência essa centralizada nas cidades, que não mais comportam tanto atropelo, resultando em enormes dificuldades de mobilidade urbana.

A facilidade de comunicação e transporte de bens, mercadorias e pessoas ensejou mudanças significativas na vida econômica do planeta e na atuação empresarial. Descobriu-se no oriente global, região do planeta de abundante mão de obra e condições de produção infinitamente melhores e mais econômicas do que aquelas existentes nos próprios locais originários de produção e consumo desta. Para lá foram transferidas unidades empresariais completas que se justificavam por essa vantagem econômica que a distância, antes intransponível, ora se supera pelo moderno transporte global. É imperiosa a alteração e transferência do resultado do trabalho, de sua produção aos destinos de uso e consumo em volumes gigantescos e cuja escala barateia novas linhas de distribuição.

Pontuando esta situação, toma-se seu principal exemplo a China, mas não o único, que encharca o mundo com todo o tipo e produtos lá produzidos que são entregues mundo a fora com preços FOB ("Free on Board"), em condições capazes de arrasar qualquer produção local. Condições absolutamente impróprias de competição e que demandam medidas difíceis de contenção desta situação.

Várias são as razões para estes resultados. Inicialmente refira-se que um país que tem mais de 1.3 bilhões de habitantes tem indiscutivelmente massa de trabalhadores disponíveis e capazes de compor mão de obra abundante com consequente redução no custo do trabalho. Junte-se a isso a obediência e disciplina impostas pela força dos regimes políticos e pouco também por questões culturais históricas. Características estas presentes nesta região do globo e não apenas no país exemplificado.

A globalização da economia como norte competitivo impõe à produção cada vez maior especialização e qualificação, pena de quebra do negócio. Cinde-se o processo produtivo como forma dessa melhoria de atuação necessária. Entrega-se a terceiro partes não essências ou finalísticas do trabalho, àqueles que tenham estas atuações parciais como cerne da sua atividade, e, portanto, com condições de melhor fabricar, prestar serviços, compondo um todo de melhor resultado final. É a participação coletiva e seriada de várias empresas, cada uma com seu mister para atender às exigências de consumo, cada vez mais intensas.

A inafastável necessidade de aprimoramento da gestão e administração empresariais é questão de sobrevivência, não só da pessoa jurídica, mas especialmente para aqueles que de seu trabalho dependem. A própria empresa precisa readequar-se às novas exigências de seus clientes, da sociedade, do mercado, sem os quais não tem qualquer possibilidade futura ou mesmo presente.

Interessante trecho que bem avalia esta realidade pelo estudo crítico de Feliciano (2013, p. 74):

Com efeito, a globalização econômica e a revolução tecnológica – ambos fenômenos contemporâneos à pós-modernidade, senão a ela inerente – sinalizam para a *desterritorialização das relações de trabalho* (POCHAMANN, 2006:65), obtendo-se trabalho mais ou menos subordinado nas distâncias mais abissais e nos mais diversos e inusitados pontos do planeta. O exemplo de THOMAS FRIEDMAN é emblemático: a *Infosys Technologies Limited*, pérola da indústria de TI Indiana, pode convocar reuniões virtuais com os principais elos de toda a cadeia global de fornecimento de qualquer de seus projetos, estabelecendo diálogos em tempo real com seus *designers* estadunidenses, fabricantes asiáticos e programadores indianos; na verdade, a empresa "gira" 24 horas por dia nos 365 dias ao ano, considerando-se a atividade de seus colaboradores em vários pontos do mundo: nas costas oeste e leste dos Estados Unidos, no

---

distrito de Greenwich (Londres), na própria Índia, em Cingapura, em Hong Kong, no Japão e até na Austrália (FRIEDMANN, T. L., 2005, 14-15).

É assim uma realidade desafiadora, que ao lado dessas observações, maneja por igual, assento constitucional que não só evidencia a necessidade de proteção do ser humano em sua condição individual e de dignidade, e entre estes o trabalhador, mas também o adequado exercício da atividade produtiva e econômica com liberdade capaz de manter possível e viável aqueles que concedem o trabalho.

É neste cenário que foi promulgada a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, publicada no DOU de 14 de julho de 2017, cuja introdução previa entrada em vigor em novembro, no dia 11.11.2017, superado este período de “vacatio legis”, passou a viger. Poucos dias após foi editada pelo Presidente da República a MP 808/17 que corrige uma série de aspectos, esclarecendo alguns pontos importantes. A mesma, contudo, pode perder a vigência- e assim voltar ao texto original da Lei nº 13.467 – se não for votada no Congresso Nacional até meados de abril de 2018. Cenário ainda mais confuso, que parece provável, ante a ausência de qualquer movimento no sentido no Congresso.

A extensão e amplitude das alterações mudam o cenário trabalhista e processual trabalhista significativamente. Um passo importante em favor da responsabilidade. De todos os que atuam e interferem no processo judicial e nas relações de trabalho. Empregados, Empregadores, advogados, Sindicatos, testemunhas, juízes, têm agora novas imposições que exigem destes posturas e modos de agir mais responsável ainda, no sentido da seriedade de sua participação. Muito há a avaliar e abordar nas alterações havidas, pelo que fazermos, como no presente texto, de parte dela é adequado. Trato de questões gerais das alterações e no capítulo seguinte sobre questões processuais relacionadas à inicial, defesa do réu e comparecimento das partes.

### **3. Alguns Aspectos Gerais**

A alteração legislativa é significativamente extensa e complexa abordando questões de direito material do trabalho, processual do trabalho e administrativo do trabalho, sendo que nada se observará acerca deste último, em nosso sentir, de menor relevância.

Inafastável destacar o contexto em que tal se apresenta, no sentido de que se pode, sim, afirmar que se trata de verdadeira reação ao excessivo protecionismo praticado pelo Tribunais, notadamente pelo Tribunal Superior do Trabalho, deixando menor espaço adequado para partição de poderes do estado e agindo como verdadeiro legislador. Na área do direito do trabalho, percebe-se a criativa situação de uma nova “espécie” de sistema jurídico no mundo, híbrido, quem sabe, entre o sistema da Common Law e o da Civil Law (Romano-germânico). Teoricamente deveríamos no país ser conduzidos pela força normativa da lei e não pela casuística, jurisprudência ou direito costumeiro. Esta, contudo, não pode ser uma conclusão segura ou serena, uma vez que nossa CLT tem 922 artigos e no TST entre Súmulas, Enunciados, Precedentes, são mais de 1400 “normativas”!

Talvez o maior e mais evidente exemplo disto que se afirma seja o Enunciado 277, que trata da Ultratividade, quando se opõe à a regra legal expressa no sentido da vigência das normas coletivas o ser por prazo determinado! Outro exemplo impressionante é o da Súmula 244 do mesmo TST, que confere estabilidade à gestante, mesmo na típica hipótese de Contrato por Prazo Determinado, e após o vencimento do prazo neste previsto e contratado.

São apenas duas ululantes situações em que se extrapola a condição judiciária, para criar direitos afrontosamente “contra legem”, e que distorce e geram insegurança jurídica insuportável nas relações de trabalho.

Pois é neste ambiente que as históricas tentativas de atualização normativa, sempre denegadas por motivos diversos e que as regências vigentes identificavam-se dissociadas da realidade contemporânea, se apresenta a mudança.

Quando se apresenta o espaço político que enseja reformar, ela vem sim com força e extensão.

São alterações no Direito Coletivo e Individual, quer material, quer processual. Todas, em princípio, protegendo o que chamamos de “núcleo duro” trabalhista da Constituição Federal, notadamente o artigo 7º. Resguardadas que foram as garantias constitucionais, o âmbito infraconstitucional domina as alterações e impõe significativas mudanças.

A dita prevalência do negociado sobre o legislado, o reforço da autonomia da vontade individual do trabalhador, questões importantes e delicadas que merecerão estudo profundo e adequada interpretação e aplicação, mas que, desde já, põe em revisão o tradicional Princípio da Aplicação da norma Mais Favorável. A regência das Convenções Coletivas de Trabalho e os Acordos coletivos de Trabalho, a possibilidade de anulação pelo Judiciário de cláusulas destes, a ultratividade e até a própria extinção da contribuição Sindical. Nesta, particularmente alterando décadas de sistemática de custeio da importante atividade sindical e que já conta com articulação política para que outra alternativa de suporte institucional seja criada, quem sabe até por medida provisória de autoria do Presidente da República.

A “regulamentação” do Trabalho autônomo e assertiva de que sua condição é legítima e deve ser reconhecida, sem que, contudo, tenha deixado de existir o Princípio da Primazia da Realidade. Inserção civilista na CLT. Tal qual se afirmou no artigo 442, parágrafo único da CLT, no que respeita às cooperativas e ao Estagiário na lei própria, que não formam vínculo de emprego. Uma norma pouco eficiente, quiçá principiológica (?). Vem ainda embaçada pela referência à possibilidade de exclusividade na realização do trabalho.

A ampliação e regulamentação da terceirização, cujo temor de precarização, se supera em muito pela vantajosa e segura regência posta. São novos direitos aos terceirizados, subsidiariedade no cumprimento das obrigações, inviabilização da temida “pejotização”, a criação de quarentena para alterações, garantia de mesmas condições aos terceirizados quanto à alimentação oferecida em refeitório da contratante, seus serviços de transporte, atendimento médico ou ambulatorial, treinamento, tudo em evidente melhor regramento. Neste sentido também a questão da contratação sucessiva, a responsabilização solidária, a exigência da comprovação mensal de cumprimento das obrigações. A regência da Sumula 331 do TST, pouco contribuiu no sentido. Mais que isto, está na pauta do Supremo Tribunal Federal a definição acerca do tema, com a tramitação de uma “reclamação” e que gerou a suspensão de mais de 300.000 feitos por conta da aplicação do novel incidente processual civil da suspensão das demandas repetitivas. Aliás, importante registrar, que mal estamos interpretando a aplicação cruzada subsidiária do novo Código de Processo Civil (já nem tão novo assim), que ora conta com a novel norma de seu artigo 8º tratando da aplicação do mesmo ao processo do trabalho, e já temos outras relevantes questões a avaliar.

As alterações das jornadas de trabalho, o antigo regime 12x36, integralmente praticado nos Hospitais, por exemplo, a questão dos intervalos reduzidos, questão do maior interesse do empregado de modos a escapar dos horários de “rush” e retornar mais cedo para casa. O intervalo antes das horas extras. Os bancos de horas anuais, semestrais e mensais. As horas extras habituais, os acordos de compensação.

A já tardia adequada normatização do “tele Trabalho” ou trabalho “à distância”, o Trabalho Intermittente, que traz à proteção trabalhista, os antes totalmente desprotegidos “Free lancers”, trabalhadores eventuais sem vínculo de emprego. A nova regência do Trabalho a Tempo Parcial, com evidente avanço de direitos, por exemplo nos períodos de concessão das férias.

A supressão das abusivas “horas in itinere” antes indevidamente generalizadas e a regulamentação do tempo à disposição.

Os temas relativos aos salários, prêmios bônus, gratificações, das concessões espontâneas, do salário utilidade, a equiparação salarial. As férias em nova partição que não geral qualquer prejuízo em tempos tão velozes. A questão dos uniformes, logomarcas, sua higienização e tempo de vestimenta, melhor regrados.

A dispensa da obrigatoriedade de homologação das rescisões, que, de fato, para nada serviam – com tantas ressalvas e ausência de efetiva quitação dos direitos – senão como forma de apresentação de profissional que pudesse eventualmente representar judicialmente o despedido.

A importante possibilidade de distrato entre as partes e a realização de acordo extrajudicial, além do manejo da jurisdição voluntária. As dispensas individuais e coletivas. A possibilidade de utilização do importante método adequado de solução de conflitos que é a arbitragem para alguns trabalhadores (os que percebam salários superiores ao dobro do teto de benefício previdenciário), a sucessão, os grupos econômicos. A Correção dos enormes abusos praticados contra sócios retirantes definindo claramente sua responsabilidade. A antes não regulamentada regra constitucional da representação dos empregados naquelas empresas com mais de 200 empregados, e que não se confunda com a atividade sindical, a quitação anual das obrigações.

No âmbito do processo a imposição de novas e importantes responsabilidades, ensejando maior seriedade ao litígio ao impor significativas mudanças nos requisitos da petição inicial. A regulação da sucumbência, da Assistência judiciária gratuita, momento da produção da defesa, as desistências, a contagem de prazos conforme já o fez o NCPC. A representação da empresa na audiência que pode indicar quem queira, pois, afinal por atos deste responderá. A presença das partes e as consequências de suas ausências, a revelia. Na audiência a questão da alteração do ônus de prova. A litigância de má fé e a penalização à testemunha mentirosa.

Em especial a simplificação da exceção de incompetência, afastando a ocorrência de malicioso ajuizamento longe da sede do local de trabalho impondo custos enormes e indevidos ao empregador que lá deveria defender-se, mas que acabava por forçar a realização de composição. A tormentosa questão do dano extrapatrimonial, sua fixação e dimensionamento teto.

No que respeita aos recursos, o depósito recursal, o poder do relator no recurso, a transcendência do Recurso de Revista, tornaram mais técnico e de mais difícil trâmite.

A mudança relevante no procedimento de criação e alteração dos Tribunais para a formulação de súmulas, afastando a criação de direitos e obrigações não previstas em lei, estas de competência do poder legislativo. A impossibilidade geral de execução de ofício pelo julgador, garantida, contudo, nas hipóteses em que o autor não é representado por advogado. A atribuição firme de consequência ao executado com cadastramento em órgãos como SERASA e SPC, além do já vigente Cadastro Nacional de Devedores Trabalhistas, sendo que a execução, passa a ser possível de garantia por meio de seguro. A prescrição intercorrente na execução.

Esta tentativa, por certo ineficiente e incompleta, de arrolamento da integralidade das mudanças é feita para que se tenha com clareza e certeza a nova dimensão das relações do trabalho e processo do trabalho.

Avaliando alguns aspectos processuais importantes como abaixo, se vê a dimensão da alteração em curso no País.

A alteração do Título X, Capítulo II, Seção IV -A, Da Responsabilidade por Dano Processual, no artigo 793-A, B e C são a comprovação do recém afirmado, acerca da mudança de parâmetro dos litígios que ora se impõe. A firme penalização do litigante de má-fé aos titulares do litígio e interveniente é fundamental. Confesso que em mais de 30 anos de advocacia, me ressinto de haver enfrentado inúmeras, quiçá centenas de situações que como tal se configuraram e que foram relativizadas, sem a devida punição correspondente.

A regência do artigo 793-A, B e C, espelham a norma processual civil dos artigos 79,80 e 81 no sentido de, com adaptação terminológica (reclamante e reclamado), trazer para o diploma que regra o Processo do Trabalho regra Processual Civil. Já compreendia a mesma como plenamente aplicada ao Âmbito trabalhista, mas que de maneira expressa se afirma. Resta aguardar firmeza na aplicação das mesmas, por quem de direito.

No que toca à fixação do valor nas causas de valor irrisório ou inestimável, contudo, diferentemente do CPC, o limite tem como parâmetro, duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, e não em 10 salários mínimos como no processo civil, abrandada, portanto, a regra importada. A extensão expressa dessas punições à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa vem em boa hora. Absolutamente comum na tramitação dos feitos a ocorrência de testemunhos diametralmente opostos, o que, por óbvio evidencia que há falta de verdade nas declarações, pelo menos por das partes. Responderão civil e, quem sabe criminalmente, por falso testemunho. Tudo ensejador de celeridade, por execução nos mesmos autos (parágrafo único, do artigo 793, D.).

O alterado artigo 800 da CLT, acerca da Exceção de Incompetência em razão do lugar (territorial – “Racione loci”) traz importantíssima e simplificadora alteração nesta arguição. Em muitas vezes, irresponsavelmente distribuída a ação em foro impróprio, obrigava o deslocamento do reclamado, com as despesas correspondentes, ao foro da audiência inaugural, sem que a este devesse corresponder o processamento da ação. Funcionava como medida de indevida pressão, para indução à uma conciliação.

A apresentação prévia à realização da audiência inaugural – ato de cartório, secretaria da vara – e a adequação do procedimento pelos parágrafos que o disciplinam vem em favor da simplificação e correção do direito de ajuizar. A suspensão do processo e a garantia de nova oportunidade para a apresentação de defesa de mérito é da maior importância e assegura a aplicação da mesma.

O artigo 840, traz alteração no mesmo sentido de responsabilização antes invocado. A alteração é da correção dos destinatários, não mais “Presidente de Junta”, nem explicitando o juiz de direito, mas agora ao juízo, ampliando ainda de reclamante e reclamado, para partes.

A significativa alteração, contudo, foi a de adjetivar e delimitar que o pedido agora deve ser “certo, determinado e com indicação de seu valor”. Obrigação inafastável que poderá determinar a extinção sem julgamento de mérito (parágrafo 3º), se descumprida. Faz mais séria e pontual a formulação da peça vestibular, imprimindo maior seriedade e segurança à peça vestibular. Deve ser apresentada em valor líquido. É sim fundamental que quem vem a juízo assim proceda, bem avaliada a pretensão e dimensionada concretamente, de modo a possibilitar a adequada formulação de defesa e exercício do contraditório. A preocupação do legislador em deixar a petição inicial mais livre, por assim dizer, é de outro tempo em que se praticavam reclamações

---

verbais, sem a participação dos profissionais do direito. Por conta do parágrafo segundo, mantida a reclamação verbal, perdeu-se a oportunidade de afastamento dessa vetusta e quase extinta hipótese. E com razão. Os que eventualmente se aventuravam nesta auto iniciativa, eram resistidos avassaladoramente pelos adversários que invariavelmente se faziam acompanhar para atuação do profissional do direito, o advogado.

Impõe ainda avaliar a alteração no que respeita ao procedimento sumaríssimo, mantido no artigo 852 e suas alíneas (de A a I) e parágrafos. A exigência no tocante ao procedimento sumaríssimo tem como consequência a extinção sem julgamento de mérito e arquivamento do feito, com condenação ao pagamento de custas. No procedimento ordinário comum (sumário), extingue-se o/os pedido(s), também sem julgamento de mérito, prosseguindo o feito relativamente aos demais pedidos . Crê-se que há aqui o espaço para determinação de correção da inicial em despacho de caráter saneador, oportunizando correção e assegurando o devido acesso ao Poder Judiciário, constitucionalmente assegurado. As determinações ora estabelecidas são sim de natureza cogente.

A novel introdução do parágrafo 3º ao artigo 841 consolidado é norma de adequação e equilíbrio entre as partes, explicitando a limitação da desistência da ação, quando ciente e conhecidos os argumentos da defesa. Tal se apresenta como óbvia adequação.

Outra importantíssima mudança é a regra do 843, que introduz o parágrafo 3º, em assimilação à demanda civil. Contrariando entendimento jurisprudencial - a meu ver absolutamente equivocado – bem afasta a obrigatoriedade de que o preposto seja empregado do réu. Além disso, equipara a liberdade de representação ao previsto pelo parágrafo anterior, em favor do reclamante.

Nesse sentido também, a alteração ao 844 da CLT, redisciplinando o comparecimento das partes a juízo. Segue protegendo o motivo relevante, antes no parágrafo único da regra. Agrava no seu novel parágrafo 2º, no entanto, a ausência do reclamante que doravante poderá ser onerado com sua injustificada ausência. Diz-se assim porque, cautelosamente, enseja a justificação legal à ausência que é capaz sim de afastar qualquer penalidade. O não cumprimento da mesma, expressamente prevista pelo parágrafo 3º, inviabiliza nova propositura, tratado como condição da ação.

Já o novo parágrafo 4º e seus incisos, maneja a decretação do estado de revelia de forma a aludir quando não produz os efeitos da aplicação da penalidade de confissão ficta, invertendo a lógica do antes caput do 844. Os incisos I a IV explicitam as hipóteses em que há defesa por outro reclamado (I), aproveitando ao ausente, a impossibilidade dessa situação quando o litígio versar sobre direitos indisponíveis (II), vício insuperável da petição inicial (III) e incorreção de alegação inverossímil ou contrária à prova dos autos (IV).

A alteração quanto à apresentação da defesa é matéria que historicamente invoquei, no sentido de que a clara evidência de interesse em se defender pela presença do advogado munido de defesa e seus documentos, haveriam de afastar a decretação da revelia. Agora é regra, como disposto no parágrafo 5º, parágrafos antecedentes.

O artigo 847, explicita a possibilidade de apresentação da defesa escrita até a audiência, o que agora sim altera a, esta sim, regra legal, antes atropelada pela Resolução 136 do CSJT, artigo 29. Antes da alteração da CLT ora em comento, a contestação sempre foi ato de audiência, pelo que nela poderia e deveria ser produzido o ato defesa, independentemente do processo eletrônico. Sem contar com a possibilidade de defesa oral ser produzida no ato da audiência, conforme artigos 844 e 847, de duvidosa remanescência.

A alteração faz com que a defesa possa ser apresentada a qualquer momento antes da audiência, podendo ainda ser mantida sob sigilo, até seu desbloqueio pelo julgador em audiência, caso presentes as partes e desenvolvimento regular do feito.

## CONCLUSÃO

No presente artigo estão comentários gerais da reforma – excetuados os de direito administrativo do trabalho- acrescentados ou modificados da CLT que estão mais diretamente vinculados ao processo como noveis requisitos da petição inicial, à defesa e ao comparecimento das partes em juízo.

É factível afirmar, portanto, que a parte processual da chamada Reforma Trabalhista, instituída pela Lei 13.467/2017 altera diversos dispositivos da CLT sem se preocupar com a efetividade do direito fundamental de acesso à Justiça do Trabalho e os princípios fundamentais da cidadania, da dignidade da pessoa humana, do valor social do trabalho e do valor social da livre iniciativa, o que nos autoriza concluir, nesses breves comentários, que a nova lei aponta no sentido da desconstitucionalização do direito processual do trabalho. A alteração trazida, mas sujeita à reversão, da MP 808/17 promete ainda mais turbulência , se até abril de 2018,não for votada no Congresso, ou ainda, como última possibilidade, nova edição da mesma Medida Provisória.

Nesse sentido, alertamos aos que manejam e aplicam o processo, juízes e tribunais trabalhistas para que estejam atentos para a adequada interpretação e aplicação dos novos dispositivos da CLT e não lhes pode faltar coragem e determinação para adotarem as técnicas da hermenêutica constitucional concretizadora dos direitos e garantias fundamentais, especialmente dos cidadãos trabalhadores hoje nem tão vulneráveis e hipossuficientes econômicos como no passado, mas ainda destinatários de proteção, os quais têm na Justiça do Trabalho a última trincheira para reivindicarem ou resgatarem os seus direitos lesados ou ameaçados de lesão. É necessário que nos tomemos de espírito inovador de modo a corrigir incorreções e desvirtuamentos que se apresentaram ao longo das últimas décadas.

## Referências

AZEVEDO, André Jobim de. **Direito do Trabalho, Constituição e Efetividade.** In: Direito Constitucional do Trabalho: Vinte Anos Depois. Constituição Federal de 1988.In: Coord. Marco Antonio Villatore. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

AZEVEDO, André Jobim de. **Principio de la indistanciabilidad del control jurisdiccional, otros y Constitución Federal.** Revista de Derecho Procesal (Madrid), v. 22, pp. 389-398, 2006.

AZEVEDO, André Jobim de. **Notas ao Processo de Reforma Trabalhista.** Revista Magister de Direito Trabalhista e Previdenciário, Porto Alegre, v. 3, 2004.

BARROS, Cássio Mesquita. **A Constituição Federal de 1988 Interpretação.** Rio Janeiro: Forense Universitária: Fundação Don Cabral : Academia Internacional de Direito e Economia, 1988.

BOMFIM, Vília. **Direito do Trabalho.** São Paulo. 13ª ed. Método,2017

CABANELAS, Angel Gomez-Iglesias. **La Influencia de Derecho Laboral.** Buenos Aires: Bibliográfica Ameba, 1968.

CUNHA, Maria inês Moura. **Direito do Trabalho.** São Paulo: Saraiva, 1995.

CUEVA, Mario de la. **Derecho Mexicano Del Trabajo,** Cidade do México: Porrúa, 1960.

FELICIANO, Guilherme Guimarães. **Curso crítico de direito do trabalho:** Teoria geral do direito do trabalho /São Paulo: Saraiva, 2013.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito Processual do Trabalho.** 6<sup>a</sup> Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

GOMES, Júlio Manuel Vieira Gomes. **Direito do Trabalho.** Coimbra: 2007.

GOMES, Orlando Gottschalk Elson. **Curso de Direito do Trabalho.** 14<sup>a</sup>. Ed, Rio de Janeiro: Editora Forense; 1997.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Primeiras Linhas de Direito do Trabalho.** Curitiba: Juruá, 1996.

KROTONSCHIN, Ernesto. **Instituciones de Derecho Del Trabajo.** Buenos Aires: Depalma.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do Trabalho.** 4<sup>a</sup> Ed. Lisboa: Almedina. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários à CLT.** 6<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 33<sup>a</sup>. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho.** São Paulo – Saraiva: 13<sup>a</sup> Ed. 1997.

OLEA, Manuel Alonso. **Introdução ao Direito do Trabalho.** Curitiba: Genesis, 1997.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho.** Trad. De Wagner Giglio. São Paulo. Editora, Universidade de São Paulo: 1978.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho.** 5<sup>a</sup> Edição. Curitiba: Juruá. 1995.

STURMER, Gilberto. **Direito Constitucional do Trabalho no Brasil-** São Paulo: Atlas 2014.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito constitucional do trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

# OS TRABALHADORES BRASILEIROS E O DIREITO DE DEFINIR SUA CATEGORIA PROFISSIONAL E SINDICAL

Antonio Augusto Bonatto Barcellos<sup>1</sup>

## Introdução

Com a recente reforma trabalhista (Lei 13.467/17) algumas questões ligadas aos sindicatos brasileiros voltaram à pauta. A reforma corrigiu um dos problemas históricos do direito sindical brasileiro: a contribuição sindical compulsória. Contudo, um outro problema persiste, a despeito da existência de inúmeras convenções e tratados internacionais a exemplo da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho que trata sobre o direito à sindicalização livre como direito básico e fundamental dos trabalhadores.

No Brasil, pela regra celetista e constitucional, somente pode existir um sindicato por categoria profissional e por base territorial. Como a questão foi plasmada na Constituição de 1988 sequer comportaria alterações pela via de lei ordinária, sendo necessária uma emenda constitucional. A definição do que é uma categoria profissional é um conceito chave para chegar ao sindicato e aos trabalhadores que serão por ele representados. Obviamente, a existência do sindicato único é resquício do sistema corporativo do início do século XX e tal sistema já foi abolido há muito pelos países precursores de tal forma sindical: Itália e Espanha. Na Itália, há a ampla liberdade de formação de sindicatos e categorias profissionais desde 1948 e na Espanha desde a década de 1970.

Como em muitas outras áreas, o direito e a realidade brasileira, encontraram o método para a criação quase ilimitada de sindicatos: a criação e o desmembramento de categorias profissionais. Temos um grande número de sindicatos, apesar da limitação do sindicato único por categoria e base territorial. O presente trabalho pretende fornecer um panorama de algumas pautas e diretrizes internacionais sobre a formação dos sindicatos, sobre o conceito de categoria e sobre as relações coletivas de trabalho no Brasil.

## As classificações brasileira e internacionais de ocupações

Desde 1958, a Organização Internacional do Trabalho publica uma classificação internacional das ocupações (International Standard Classification of Occupations – ISCO-58) como forma de auxiliar nas comparações estatísticas internacionais e guiar a elaboração de classificações no nível de cada país. A Itália, por exemplo, já realiza semelhante classificação desde 1881 e já atualizou sua atual classificação em 2013.

<sup>1</sup> Doutor em Ciências Sociais pela *Universidad de Salamanca*, Professor Colaborador do *Máster Universitario en Antropología de Iberoamérica* das Universidades de Salamanca, Valladolid e León. Advogado especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC-RS.

O modelo Italiano atual já foi atualizado segundo a última versão apresentada pela Organização Internacional do Trabalho (ISCO-08). Segundo o *Istituto Nazionale di Stadistica*, a necessidade de conhecer as profissões dos cidadãos, bem como a necessidade de que existissem padrões mínimos como forma de possibilitar comparações, mostrou-se necessária já na realização do primeiro censo realizado em 1861. Já naquela época, revelava-se o interesse em conhecer a profissão de cada um, principalmente daqueles exercentes de profissões liberais onde os limites, a complexidade e dificuldade de classificação são maiores. Conhecer as profissões de cada um, segundo a entidade oficial Italiana, possibilita ter um retrato da sociedade e da posição que cada um ocupa na hierarquia social. (ITALIA, 2013)

A Espanha também atualizou a *Clasificación Nacional de Ocupaciones* (CNO-11 – ESPANHA, 2012) no ano de 2011 e o novo modelo já está de acordo com a ISCO-08. No entanto, a classificação espanhola aumentou o número de categorias de classificação com relação à ISCO-08 e apresenta um total de 10 Grupos, 62 Subgrupos Principais, 170 Subgrupos e 502 Grupos Primários. A classificação traz também alguns conceitos sobre o que seriam trabalho e ocupação:

Se entiende por empleo un conjunto de “tareas y cometidos desempeñados por una persona, o que se prevé que ésta desempeñe”, en su puesto de trabajo. Se entiende por ocupación “un conjunto de empleos cuyas principales tareas y cometidos se caracterizan por un alto grado de similitud”. Por ejemplo la ocupación de periodista podría reunir varios empleos distintos como son: presentador de informativos, reportero o conductor de debates en TV. (ESPAÑA, 2012:2)

As classificações mudaram bastante ao longo do tempo. A primeira classificação internacional (ISCO-58) utilizava critérios de agrupamento distintos da última classificação realizada (ISCO-88). Não é nosso objetivo entrar nos detalhes utilizados para o agrupamento de profissões em cada uma das classificações. No entanto, ainda que com pequenas amostras, podemos ter uma ideia de como evoluíram certos seguimentos de profissões segundo a classificação internacional.

No caso, por exemplo, dos músicos, pode-se notar um aumento no número de atividades listadas desde 1958, em comparação com 2008:

Músicos ISCO-58 (OIT, 1958)	Músicos ISCO-08 (OIT, 2008)
Instrumentalista	Líder de Banda
Cantor	Instrumentalista
Compositor	Compositor
Condutor de Banda e Orquestra	Condutor Musical
Orquestrador	Músico de Night Club
	Cantor de Night Club
	Orquestrador
	Músico de Rua
	Cantor de Rua
	Cantor

Esse pequeno exemplo demonstra como evoluíram as profissões nos últimos 50 anos. Como soe acontecer, algumas profissões fundiram-se e outras foram divididas, criando novas ocupações. A tendência, tal e como afirmava Durkheim (1982), é que a complexidade da sociedade incrementaria o grau de divisão social do trabalho.

Como se pode notar o que antes mostrava como condutor de banda e orquestra agora simplesmente foi transformado em condutor musical já que existem mais possibilidades de atuação do condutor musical além da banda e da orquestra. Por outro lado, a atividade de cantor foi dividida em cantor, cantor de *night club* e cantor de rua. Certamente, as condições de vida do cantor de rua e do cantor de *night club* diferem muito das atividades dos demais cantores e, por isso, ganharam uma referência especial no subitem destinado aos músicos. Todas essas circunstâncias também importam desde o ponto de vista sindical para a formação de categorias sindicais entre trabalhadores.

Ainda, o próprio número de categorias e subcategorias aumentou exponencialmente em 50 anos, dando conta da especialização cada vez mais elevada, a tendência em nossa sociedade. Segue um quadro comparativo dos itens e sub-itens entre a ISCO-58 e a ISCO-08:

ISCO-58	ISCO-88
10 Major Groups	10 Major Groups
-----	43 Sub-Major Groups
73 Minor Groups	130 Minor Groups
201 Unit Groups	436 Unit Groups

Os critérios utilizados pela ISCO-58 envolvem a definição do termo “ocupação” definido como o escopo de atividades realizado por determinado trabalhador na maioria dos países. Os próprios realizadores da ISCO-58 reconhecem que em cada país, o escopo de atividades poderá ser mais restrito ou mais amplo e que um trabalhador considerado muito qualificado em determinado local pode estar na média da qualificação em outro local. Além disso, os realizadores da ISCO-58 também pontuam, com propriedade, sobre a dificuldade de realizar uma classificação como a de ocupações. Segundo os autores, nenhuma classificação é absoluta e, ao final, o julgamento de quem realiza a classificação é que determinará os pontos de inclusão e exclusão para diferenciar uma categoria de outra (OIT, 1958).

Na ISCO-08, o objetivo é fornecer um instrumento internacional de referência para a comparação estatística, bem como auxiliar a globalização e crescente mobilidade do mercado de trabalho. Além disso, com a ISCO-08, pretendeu-se ter uma noção do impacto das tecnologias e comunicações no mercado de trabalho e atualizar as definições e conceitos de quase todas as categorias, entre outras utilidades e pontos de partida (OIT, 2008).

A ISCO-08 também traz os conceitos de *job* (trabalho) e *occupation* (ocupação) que são definidos como:

41 A job is defined in ISCO-08 as a set of tasks and duties performed, or meant to be performed, by one person, including for an employer or in self employment.

42 Occupation refers to the kind of work performed in a job. The concept of occupation is defined as a set of Jobs whose main tasks and duties are characterized by a high degree of similarity. A person may be associated with an occupation through the main job currently held, a second job, a future job or a job previously held. (OIT, 2008:11)

Cumpre ressaltar que tais definições são bastante difíceis de encontrar em publicações oficiais o que conduz a inúmeras dúvidas e dificuldades, inclusive na auto-atribuição, pelos cidadãos, da nomenclatura correta. Pela definição apresentada, nota-se que o conceito de ocupação é mais abrangente que o de trabalho e que também as pessoas podem ser associadas com ocupações, inclusive por trabalhos realizados anteriormente e sem vínculo atual. O assunto é importante na medida em que permite algo até a atualidade proibido no Brasil, a sindicalização, por exemplo, dos desempregados de determinado ramo de atividade. Como no Brasil

a sindicalização, via de regra, segue o ramo de atividade desempenhada pelo empregador, o trabalhador desempregado, assim como o autônomo (na maior parte dos casos) ficam alijados do sistema sindical, não podendo reivindicar melhores condições de trabalho ou de empregabilidade.

No Brasil, a Classificação Brasileira de Ocupações é a versão nacional da classificação de ocupações e foi atualizada pela última vez em 2002, não contemplando as atualizações da ISCO-08. A classificação brasileira também oferece alguns conceitos bastante próximos da classificação internacional:

Ocupação é um conceito sintético não natural, artificialmente construído pelos analistas ocupacionais. O que existe no mundo concreto são as atividades exercidas pelo cidadão em um emprego ou outro tipo de relação de trabalho (autônomo, por exemplo).

Ocupação é a agregação de empregos ou situações de trabalho similares quanto às atividades realizadas. O título ocupacional, em uma classificação, surge da agregação de situações similares de emprego e/ou trabalho. Outros dois conceitos sustentam a construção da nomenclatura da CBO 2002:

Emprego ou situação de trabalho: definido como um conjunto de atividades desempenhadas por uma pessoa, com ou sem vínculo empregatício. Esta é a unidade estatística da CBO. (...) (BRASIL, 2010:7)

A Classificação Brasileira de Ocupações traz também conceito do que seria “trabalho” e “ocupação”. O conceito é bastante parecido com aquele fornecido pela ISCO-08 e também coloca a ocupação como algo mais abrangente que o trabalho. A ocupação é uma soma de atividades similares capazes de formar um grupo conjunto devido à proximidade da tarefa desempenhada. A ocupação reúne, portanto, tipos de trabalhos similares.

Note-se que a CBO utiliza o tipo de trabalho desenvolvido pelo trabalhador para agrupá-lo nesta ou naquela família de ocupações. Por este motivo, é possível encontrar divergências entre as categorias sindicais (onde se considera que as atividades são similares e conexas para formar um sindicato comum) e as famílias ocupacionais relacionadas na CBO. Como exemplo podemos citar os trabalhadores da indústria metalúrgica, divididos em muitas e diferentes ocupações segundo a CBO (técnico em soldagem, técnico em caldeiraria, inspetor de sondagem, técnico em estruturas metálicas) entre outras diversas funções que também são enquadradas apenas na Metalurgia para fins de representação sindical.

A estrutura da CBO é similar à da ISCO-08 e baseada principalmente na ISCO-88. São 10 grandes grupos, 48 subgrupos principais, 192 subgrupos e 607 grupos de base ou famílias ocupacionais e um total de 2.511 ocupações com aproximadamente 7.500 títulos sinônimos (BRASIL, 2010). Os sinônimos fazem parte da própria nomenclatura de cada ocupação como, por exemplo, o Trabalhador na Manutenção de Edificações que traz consigo nada menos que 10 (dez) sinônimos<sup>2</sup>.

Outro importante ponto no qual toca a CBO é a diferenciação entre a formação acadêmico-profissional/titulação ostentada pelo trabalhador e a função efetivamente desempenhada. A CBO esclarece que a classificação se dá de acordo com a atividade efetivamente desempenhada pelo trabalhador, ou seja, a sua formação não terá total prevalência para a definição do título da ocupação. A própria CBO fornece alguns exemplos:

2 Como segue: 5143-25 Trabalhador da manutenção de edificações - Auxiliar de conservação de barragens; Auxiliar de conservação de obras civis; Auxiliar de manutenção predial; Auxiliar de serviços gerais (manutenção de edifícios); Oficial de manutenção; Oficial de manutenção predial; Oficial de serviços diversos; Oficial de serviços gerais; Trabalhador de manutenção de edifícios; Trabalhador na conservação de edifícios.

---

Um engenheiro que trabalha como analista financeiro de um banco será classificado como analista financeiro e não como engenheiro. Um médico que trabalha na função de director de um hospital será classificado como diretor de um hospital e não como médico. Também será classificado como diretor de hospital o administrador que ocupar essa posição. Portanto, a relação formação –ocupação não é necessariamente uma relação biunívoca. (BRASIL, 2010:14)

As classificações internacionais nos revelam que existe uma preocupação estatística com o tema das profissões já há muitos anos. Por outro lado, as classificações são sempre subjetivas e sujeitas ao juízo do tempo histórico, das circunstâncias e dos classificadores. No entanto, o critério utilizado, em todas elas, baseia-se nas atividades efetivamente desempenhadas pelo trabalhador singular. A ISCO-08, realiza, inclusive, uma série de questionários e perguntas a integrantes do mercado de trabalho (trabalhadores, empresários, diretores empresariais, funcionários públicos, políticos etc.). Assim, a percepção dos trabalhadores e participantes das relações de trabalho também é relevante para o entendimento das funções desempenhadas individualmente.

Portanto, do ponto de vista adotado pelos técnicos que elaboram as classificações de ocupações a distintos níveis, a circunstância verdadeiramente fundamental, é a atividade efetivamente exercida pelo trabalhador. Neste ponto, não são relevantes a formação e tampouco a categoria econômica do empregador para a inserção da ocupação neste ou naquele grupo. Como se pode notar, as classificações das ocupações adotam critérios bastante distintos daqueles utilizados no Brasil para incluir o trabalhador (forçosamente, destaque-se) neste ou naquele sindicato para fins de representação obrigatória. Se a convenção é uma forma de quebrar a rigidez da lei e aproximar a norma da realidade parece um contrassenso que o sindicato precise de lei para formar-se.

## O quadro de atividades e profissões da Consolidação das Leis do Trabalho

A Consolidação das Leis do Trabalho incorporou ao texto consolidado um decreto de 1939 (BRASIL, 1939) que definia as profissões e atividades econômicas para os fins sindicais. O mencionado decreto trazia as diversas previsões sobre a associação sindical, deveres e direitos dos sindicatos que hoje estão presentes no texto consolidado. Assim, o art. 54 do Decreto 1.402/39 virou o atual art. 577 da atual consolidação. Tal artigo 54 assim versava (e ainda versa, apenas com outro número): “Art. 54. O Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio organizará, para os fins da presente lei, o quadro das atividades e profissões. (BRASIL, 1939)”

Façamos um parênteses, apenas para referir que o ocorrido acima com as disposições sobre associações sindicais é um dos motivos para que a principal lei trabalhista brasileira receba o nome de “consolidação”. O Brasil, ao contrário de outros países, não possui um código do trabalho ou um estatuto especialmente elaborado. Para receber a denominação de “código” a legislação deve guardar um mínimo de sistematicidade e coerência interna capaz de conferir-lhe essa característica especial de induzir a interpretação e aferição do seu espírito e dos seus princípios. A Consolidação, a seu turno, é uma colcha de retalhos de leis e decretos pré-existentes, com alguns acréscimos, não possuindo organicidade, coerência interna e sistematicidade necessárias a uma legislação pós-moderna sobre um tema tão relevante como o é a regulamentação das relações de trabalho, fundamento do Estado brasileiro, pela dicção do artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Pois, em 1939, foi dada ao Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio a missão de organizar em um quadro todas as atividades econômicas e profissionais existentes, classificando-as hierarquicamente nos três graus de representação sindical (confederação, federação e sindicato) e guardando relação de paridade entre o sindicato obreiro e o sindicato patronal. Desde então, o quadro de atividades e profissões constitui o documento

oficial para o enquadramento sindical de trabalhadores e empregadores. Alguns autores, a exemplo de José Carlos Arouca (1976), referem que foram colocados no quadro “inimagináveis agrupamentos de trabalhadores”.

O quadro de atividades e profissões também define aquelas que são categorias profissionais diferenciadas e profissões liberais. Uma das poucas distinções existentes entre profissão liberal e categoria profissional diferenciada, está em uma *Nota Técnica* da Secretaria de Relações de Trabalho do Ministério do Trabalho<sup>3</sup>. Segundo a mencionada nota, os profissionais liberais são aqueles que exercem suas atividades de forma autônoma ou empregados, mas que estão habilitados legalmente, registrados nos respectivos conselhos profissionais, após o atendimento dos requisitos técnico-científicos e legais necessários ao exercício profissional. A mesma *Nota Técnica* tratou de conceituar a categoria diferenciada, que seria condição dos trabalhadores que exercem suas funções nas circunstâncias de trabalho previstas em legislação própria, especial ou que, do desempenho das atividades, resulte igualdade de condições de vida.

A confusão entre uma e outra é comum. Ao comentar as exceções à regra da sindicalização, Süsskind (2004) conceitua os trabalhadores excepcionados como aqueles que “exerçam profissões ou ofícios diferenciados por estatutos ou regulamentos especiais ou que irradiam condições de vida peculiares” e nessa categoria inclui a possibilidade de haver profissionais liberais. Para Romita (1976:19):

(...) os integrantes do grupo estão unidos por uma rede ou sistema de relações sociais; eles atuam entre si, de acordo com normas ou *standards* aceitos pelo grupo. Essas relações e essa interação se baseiam em uma série de papéis e de *status* inter-relacionados, que permitem diferenciar seus membros de quem não seja membro do grupo.

Segundo a opinião dos autores mencionados, o que se pode perceber é que os profissionais liberais são uma espécie dentro do gênero das categorias profissionais diferenciadas. A primeira pode estar inserta na última, mas não o contrário.

Contudo, embora Romita (1976) mencione que existe uma rede ou sistema de relações sociais entre os integrantes de um grupo (no caso o grupo de que falamos é uma mesma categoria profissional) a regra geral da elaboração do quadro de atividades e profissões é privilegiar o enquadramento dos empregados a partir da categoria de atividade do empregador. Ou seja, na classificação criada para fins sindicais, levou-se em consideração a realidade de 1939, bem como os ajustes necessários, de maneira a possibilitar a ordenação das atividades existentes. Partiu aquele legislador da presunção de que a atividade sindical nasce do exercício de atividades em comum. Para o caso das profissões diferenciadas ou liberais, também o legislador assumiu que, por ostentar o mesmo título ou a mesma profissão, os trabalhadores possuem identidade de interesses no plano da ação coletiva.

E foi justamente em tal conjunto de presunções que surgiu o caráter autoritário e retrógrado da legislação brasileira. Em primeiro lugar, e isso parece já ter sido demonstrado pela história, os regimes populistas e fascistas, substituíram a vontade individual e a coletiva pela vontade do Estado na busca do “interesse geral” e do progresso da economia. Portanto, o quadro de atividades e profissões não foi organizado atendendo ao interesse dos trabalhadores e sim como parte do projeto de tutelar e dirigir integralmente as atividades econômicas nacionais.

Mary Douglas (2004) já referia que as classificações são uma forma de controle. Neste caso, visivelmente, a classificação foi criada para exercer controle sobre a atividade sindical ao realizar o enquadramento automático

<sup>3</sup> BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Secretaria das Relações de Trabalho. **Nota 11/2006**. Disponível em: <[http://www.sinfo.org.br/arquivos/contribuicao/MTE\\_Nota\\_Tecnica\\_11.pdf](http://www.sinfo.org.br/arquivos/contribuicao/MTE_Nota_Tecnica_11.pdf)> Acesso em: 05/04/2017.

dos trabalhadores e empregadores em categorias pré-existentes e somente permitir a existência de um sindicato por categoria. Isso sem contar que possuímos uma classificação moderna, derivada de uma sociedade industrial incipiente, aplicada hoje a uma sociedade pós-moderna e pós-industrial, onde as necessidades e realidades são completamente distintas.

Não é preciso dizer que o quadro de atividades e profissões gerou milhares de dúvidas e confusões ao ponto de o Ministério do Trabalho criar uma Comissão de Enquadramento Sindical (CES) para resolver as dúvidas e conflitos com relação ao referido enquadramento sindical. Um exemplo destes conflitos era o enquadramento de uma indústria que produzia e, por óbvio, também vendia seus produtos e, portanto, deveria integrar a categoria da indústria ou do comércio. Ou o caso do enquadramento da indústria que possui filiais que somente comercializam os produtos produzidos pela matriz. A extinta comissão de enquadramento resolia tais situações determinado para qual categoria se deveria recolher a contribuição sindical e em qual categoria se enquadrava a empresa e, por consequência, seus empregados.

O quadro de atividades e profissões recebeu poucas atualizações com alguns acréscimos, modificações ou eliminação de categorias. A maior destas atualizações, ao que parece, aconteceu em 1970. No entanto, desde a Constituição de 1988, entendemos que o quadro de atividades e profissões perdeu sua eficácia já que a Constituição estendeu maior liberdade no âmbito sindical à exceção da contribuição compulsória e da unicidade sindical.

Portanto, continua vigente a determinação para a existência de somente um sindicato por categoria. No entanto, os trabalhadores, dentro dos ainda estritos limites legais, após a Constituição de 1988, passaram a criar novas categorias como forma de instituição de novos sindicatos. A atividade de criação de categorias a partir de uma nova profissão ou atividade (fato perfeitamente normal e natural, principalmente no caso dos trabalhadores do setor de tecnologia da informação) ou o desmembramento de categorias anteriormente existentes é perfeitamente possível. Como já adverte Homero Batista da Silva (2010), no Brasil, mesmo com a limitação de apenas um sindicato por categoria e por base territorial, no período posterior à Constituição de 1988, houve um considerável aumento no número de novos sindicatos, principalmente a partir do artifício de criação de categorias.

Mesmo com essa aparente liberdade para a criação de sindicatos, os trabalhadores seguem sofrendo com limitações inexplicáveis no momento da criação de uma entidade sindical. É impossível, em pleno século XXI, que vários trabalhadores de diversos ramos de atividade distintos possam se reunir em um sindicato único em busca de um interesse comum, por exemplo, todos os trabalhadores que laboram no período noturno, sejam porteiros, vigilantes ou trabalhadores de hospitais. Outras profissões multifacetadas e complexas como é o caso da Educação Física (BONATTO BARCELLOS, 2015), e que possuem profissionais que atuam desde o ensino escolar até a reabilitação física, da recreação ao esporte de alto rendimento constituem somente a categoria profissional diferenciada dos profissionais de educação física o que, quiçá, não atende às expectativas e necessidades de todos os profissionais.

Como bem ressalta Gustavo Barbosa Garcia (2017), a tarefa de definir o que é uma categoria profissional é da sociologia e não do direito, ainda que o fato social adquira importante relevância jurídica. Aqui pensamos que o autor referiu a sociologia como forma de referir-se às ciências sociais e humanas, diferenciando-as do direito. Acrescentamos que o tema da categoria é certamente interdisciplinar e a antropologia, a qual, desde Spencer, já trata sobre o tema da divisão do trabalho, tem muito a contribuir para a definição das categorias. De fato, no atual estado de coisas brasileiro, acreditamos que o profissional mais habilitado para realizar a aferição da relevância social de uma categoria e da representatividade do sindicato seja o antropólogo, a partir de um

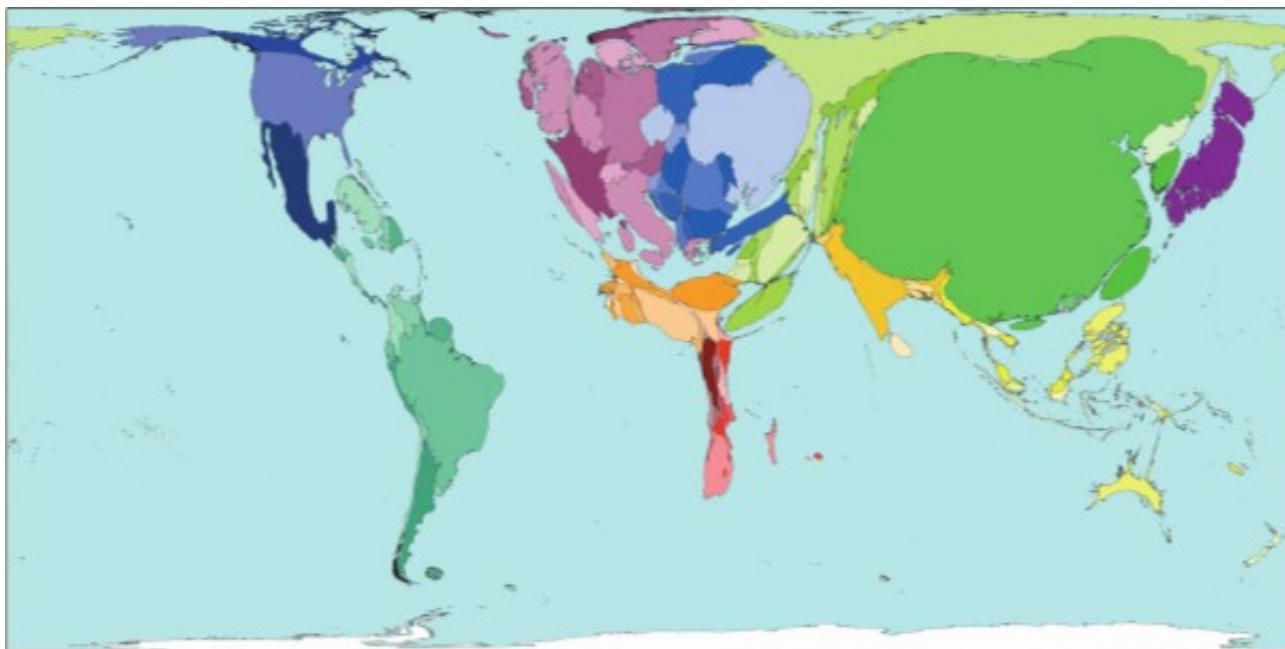
estudo denso. Situações similares já têm sido resolvidas com o auxílio de laudos antropológicos para verificar a existência ou não de comunidades indígenas ou quilombolas, sua autenticidade e arraigo ao território. O mesmo poderia ser realizado com relação aos sindicatos e categorias profissionais para o que acreditamos a antropologia tem muito a contribuir.

## Alguns dados estatísticos

A Organização Internacional do Trabalho mantém um banco de dados estatístico com diversos dados estatísticos relevantes. Infelizmente, a realidade brasileira não consta em diversos destes estudos, talvez pela impossibilidade de comparar os dados de países onde a sindicalização não seja livre. Mesmo assim, aportaremos alguns dos dados da Organização Internacional do Trabalho assim como de outros órgãos como o Ministério do Trabalho e Emprego e o DIEESE, por exemplo.

Um grupo de pesquisa da Universidade de Sheffield (Inglaterra) e da Universidade de Michigan (Estados Unidos)<sup>4</sup> produziu um *mapa mundi*<sup>5</sup> acorde com o número de membros sindicais por habitante. O tamanho dos países varia conforme um maior número de membros sindicais por mil habitantes.

Mapa proporcional ao número de sindicalizados por 1000 habitantes



A recordista de membros sindicais por mil habitantes segundo o mencionado estudo é a Ucrânia, onde 447 trabalhadores são sindicalizados a cada mil habitantes. Note-se que o termo habitantes refere-se a toda a população, incluídos aposentados, crianças, jovens e aquelas pessoas que por qualquer motivo não trabalham. Sendo assim, os valores ucranianos revelam que a maior parte dos trabalhadores provavelmente é sindicalizado.

Nos sete primeiros postos, ou seja, onde há mais trabalhadores sindicalizados por habitante, estão a Ucrânia (1º), a Bielorrússia (3º) e os demais cinco postos pertencem aos países Escandinavos, reconhecidamente onde também está presente um dos melhores Índices de Desenvolvimento Humano e os melhores sistemas

4 Membros destas duas universidades produzem uma série de mapas disponíveis no website [www.worldmapper.org](http://www.worldmapper.org). Os dados são do ano de 2004.

5 Disponível em: <http://www.worldmapper.org/display.php?selected=357> Acesso em: 11/05/2016.

públicos educativos do mundo. O ranking está assim conformado: Suécia (2º), Finlândia (4º), Islândia (5º), Dinamarca (6º) e Noruega (7º). Os dez primeiros lugares são completados por Rússia (8º), Bélgica (9º) e Cuba (10º).

Como se pode perceber, os dez primeiros postos são todos ocupados ou pelos países escandinavos ou pelos países da antiga tradição (inclusive Cuba evidentemente influenciada por aquela). A única exceção é a Bélgica que figura como um dos dez países onde há maior índice de sindicalização e é um país da Europa Ocidental.

Por sua vez, o estudo refere que um terço dos trabalhadores sindicalizados do mundo está na China apesar de, na proporção, estar não figurar entre os primeiros colocados. O Brasil também é referido como local de muitos trabalhadores sindicalizados sem, entretanto, gozar de alta proporção com relação ao total da população.

Na verdade, os dados do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE) demonstram uma baixíssima taxa de sindicalização entre os trabalhadores brasileiros. É verdade que o número de trabalhadores sindicalizados apresenta um crescimento uniforme ao longo dos anos. No entanto, em proporção similar também aumenta o número de trabalhadores não sindicalizados o que indica existir um crescimento geral do mercado de trabalho e não de uma categoria isoladamente considerada. Os últimos dados apresentados pelo DIEESE<sup>6</sup> são do ano de 2009:

<b>BRASIL - 2009</b>	
Trabalhadores Sindicalizados	16.450.356
Trabalhadores Não-Sindicalizados	76.238.897

De outra banda, é notável o baixo número de trabalhadores sindicalizados em relação total de trabalhadores formais do sistema. O número de trabalhadores não sindicalizados supera em mais de quatro vezes o número de trabalhadores sindicalizados. A evolução de ambos os grupos é bastante similar na série apresentada como se pode notar<sup>7</sup>:

<b>ANO</b>	<b>NÃO-SINDICALIZADOS</b>	<b>ANO</b>	<b>SINDICALIZADOS</b>
1999	61.546.540	1999	11.788.212
2000	-----	2000	-----
2001	63.362.239	2001	12.733.350
2002	65.659.075	2002	13.299.208
2003	65.991.834	2003	14.169.802
2004	67.926.531	2004	14.889.996
2005	69.727.017	2005	15.662.572
2006	72.722.764	2006	16.594.477
2007	74.747.138	2007	16.038.881
2008	75.624.450	2008	16.770.135
2009	76.238.897	2009	16.450.356

O crescimento é constante em ambos os grupos, a denotar um maior aumento do número de trabalhadores em geral e, consequentemente, do número de sindicalizados e não-sindicalizados. Além disso, no

<sup>6</sup> Dados disponíveis no Anuário do Trabalhador. Disponível em: <[www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br)> Acesso em: 12/05/2016.

<sup>7</sup> Dados disponíveis no Anuário do Trabalhador. Disponível em: <[www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br)> Acesso em: 12/05/2016.

ano de 2009, houve já uma redução do número de trabalhadores sindicalizados em comparação ao ano anterior, fato inédito na série decenal e não verificado com relação ao número de trabalhadores não-sindicalizados.

O número de sindicatos, a seu turno, apresenta um crescimento constante. A série é irregular, mas podemos notar que o número de sindicatos praticamente dobrou no período de vigência da Constituição de 1988, mesmo esta tendo corroborado o sistema sindical consagrado pela Consolidação das Leis do Trabalho. Em 1987, eram 5.648 sindicatos no Brasil e, em 2001, últimos dados disponíveis, eram 11.354 sindicatos. Em 2015, segundo pesquisa do DIEESE, existiam 11.173 entidades sindicais representativas apenas dos trabalhadores, sem contar as entidades patronais.<sup>8</sup>

No Brasil, a densidade do número de filiados aos sindicatos, sem embargo, vem diminuindo entre 2008 e 2013, conforme dados da Organização Internacional do Trabalho:

<b>DENSIDADE DE TRABALHADORES SINDICALIZADOS</b>					
<b>ENTRE 2008 e 2013 - BRASIL</b>					
2008	2009	2010	2011	2012	2013
22,2%	19,1%	-----	17,8%	17,5%	16,6%

A mesma tendência não foi verificada em países onde a sindicalização é livre como Espanha e Itália. Na Itália, no mesmo período, verificou-se um aumento da densidade dos sindicalizados e, na Espanha, o número manteve-se constante, com diferenças pouco significativas de um ano para outro.

<b>DENSIDADE DE TRABALHADORES SINDICALIZADOS</b>					
<b>ENTRE 2008 e 2013 – ESPANHA</b>					
2008	2009	2010	2011	2012	2013
17,4%	17,8%	17,6%	17,2%	17,5%	17,2%
<b>DENSIDADE DE TRABALHADORES SINDICALIZADOS</b>					
<b>ENTRE 2008 e 2013 – ITÁLIA</b>					
2008	2009	2010	2011	2012	2013
33,4%	34,7%	35,5%	35,7%	36,3%	36,9%

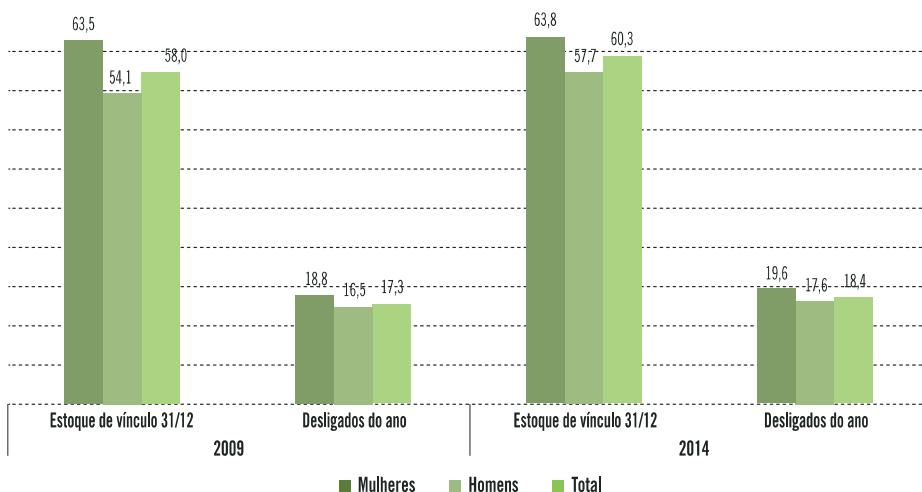
Há de se considerar a forte crise econômica pela qual passou a Europa desde 2008, principalmente os países do eixo mediterrâneo e que, mesmo assim, viram pouco afetada a filiação sindical. Por outro lado, no Brasil, em 2008 (BRASIL, 2008), foi promulgada lei que incluiu no sistema sindical as chamadas Centrais Sindicais, entidades *sui generis*, de abrangência nacional e que não constavam originalmente do sistema sindical concebido pela CLT.

Existem diversos outros dados úteis ao nosso trabalho e sobre os quais é mister refletir. O tempo médio de permanência no emprego aumentou entre 2009 e 2014, ainda que o aumento não tenha sido extremamente significativo. O tempo médio no emprego no Brasil, considerando-se, evidentemente, apenas empregos formais, foi de aproximadamente 60 (sessenta) meses, ou seja, 5 (cinco) anos de trabalho. Segue gráfico de estudo, também do DIEESE (2015:84):

<sup>8</sup> Disponível em: <[www.dieese.org.br](http://www.dieese.org.br)> Acesso em: 15/06/2016

### Tempo médio de permanência em empregos formais segundo sexo

Brasil 2009 e 2014 (em meses)



Como se pode notar, ao contrário do imaginário popular, as mulheres possuem maiores tempos médios de permanência no emprego. Além disso, o tempo médio de permanência é bastante considerável levando-se em consideração a cada vez maior taxa de rotatividade da mão de obra (*turn over*). Este tempo médio de permanência no emprego é compatível com a afirmação de Sennet (2000), segundo quem, na pós-modernidade, os indivíduos passam por 5 ou 6 diferentes ocupações ao longo da vida. Levando-se em consideração de o tempo de trabalho necessário para aposentadoria está entre 30 e 35 anos na maioria dos países, parece adequado supor que existe, efetivamente, a possibilidade de que o indivíduo execute 5 ou 6 diferentes ocupações ao longo de sua vida laboral.

Ainda, é mister destacar que, apesar do grande volume de ações judiciais no Brasil, apenas uma pequena parte (no que tange ao mundo laboral) vai parar efetivamente no Poder Judiciário. Com relação ao trabalhador individual, o número de desligamentos (final do contrato de trabalho seja por iniciativa do trabalhador ou do empregador) é imensamente superior ao número de demandas ajuizadas. No ano de 2014 é possível ter uma ideia de tal correlação:

<b>BRASIL</b>	
Número total de desligamentos no Mercado de Trabalho em 2014 (DIEESE, 2015:80)	<b>26.536.000</b>
Número total de novas ações nas Varas do Trabalho (1ª instância) em 2014 (BRASIL, 2015:6)	<b>2.365.547</b>

Os dados acima comprovam que nem uma décima parte dos desligamentos do mercado laboral brasileiro acabam por se transformar em ações judiciais para a discussão das questões relativas aos contratos individuais de trabalho. Por certo, o prazo prescricional para o ajuizamento de ações é de dois anos após o final do contrato de trabalho, mas, no entanto, o número de ações do total do ano de 2014, pode traduzir desligamentos do ano anterior, assim como os desligados do ano de 2014 podem ajuizar ações somente no ano de 2015, assim que as possibilidades provavelmente são compensadas sem maior relevância para o dado central apresentado. Ademais, é importante ressaltar que os principais assuntos veiculados em demandas laborais versam sobre as verbas devidas por ocasião do encerramento do contrato de trabalho, sendo que as cinco primeiras posições do ranking de assuntos da justiça do trabalho brasileira apontam justamente para diferentes aspectos das verbas devidas na rescisão do contrato de trabalho (BRASIL, 2016).

Seria interessante para o presente estudo, saber o número exato de ações propostas por entidades sindicais e por advogados sindicais em prol da categoria ou de trabalhadores isoladamente considerados. No entanto, após diversos contatos com os centros de estatística do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho, foi-nos dito que tal dado não está mensurado.

Contudo, este dado encontrado no cotejo entre os dados do CAGED e do Relatório Geral da Justiça do Trabalho, desmente uma das ideias pré-concebidas que possuímos sobre as relações de trabalho como fadadas a terminar em uma vara do trabalho e onde o trabalhador sempre vencerá. Neste contexto, no ano de 2014, o último que possuía um relatório detalhado emitido e que utilizamos como exemplo, foram 26.536.000 (vinte e seis milhões quinhentos e trinta e seis mil) desligamentos em relações de trabalho formais. Aqui, note-se, estão computadas apenas as relações de trabalho devidamente registradas e informadas aos órgãos públicos. No entanto, no mesmo ano, foram apenas 2.365.547 (dois milhões trezentos e sessenta e cinco mil quinhentas e quarenta sete) novas ações trabalhistas ajuizadas.

Em outras palavras, se fosse possível estabelecer uma relação direta, diríamos que menos de 10% dos desligamentos laborais acaba se tornando uma disputa judicial. É claro que a estatística não é peremptória e apresenta diversos pontos frágeis como por exemplo: a possibilidade do ajuizamento de ações até dois anos após o final do contrato de trabalho; a possibilidade do ajuizamento de ações coletivas que beneficiem dois ou mais trabalhadores; a existência de ações mesmo durante o contrato de trabalho e também a possibilidade de ajuizamento de ações versando sobre relações de trabalho até então não reconhecidas e fora, portanto, das estatísticas oficiais. No entanto, mesmo levando-se em consideração todas estas questões, acreditamos que a proporção seja efetivamente próxima aos 10% de demandas em relação ao total de desligamentos. Em outras palavras, apenas uma pequena fração das desavenças entre empregados e empregadores e também seus respectivos sindicatos vai ser decidida pela Justiça do Trabalho.

Todas estas estatísticas, brasileiras e mundiais, bem como os critérios classificatórios adotados pelas organizações internacionais e por diversos países servem para nos dar uma visão panorâmica das relações de trabalho brasileiras principalmente com relação às profissões, aos sindicatos e à justiça especializada em questões laborais.

## Considerações Finais

Segundo o que tratamos no presente estudo, sindicalismo é a culminação de um processo histórico onde influíram mudanças econômicas, sociais e culturais. Ao menos desde o final da Segunda Guerra Mundial, passou-se a reconhecer o direito à associação em sindicatos como um elemento básico de cidadania, o qual deveria ser garantido a todos. Neste sentido, os convênios internacionais e maioria das constituições que romperam com regimes autoritários anteriores reconheceram a plena liberdade de associação civil e de associação em sindicatos.

A realidade sindical brasileira, embora originada em contexto muito similar ao das realidades, à época, da Itália e Espanha, possui suas próprias vicissitudes que delineiam um contexto *sui generis* até a presente data. Na primeira metade do século XX, os três tiveram a subida ao poder de regimes autoritários alinhados com o fascismo. Mussolini, Franco e Getúlio tiveram muito em comum em diversos aspectos, dentre os quais está a imposição de um modelo de organização sindical pensado para controlar os trabalhadores e colocar o movimento sindical a serviço do Estado.

Foi em um contexto, de incipientes descontentamentos obreiros capitaneados por um grande número de imigrantes de primeira ou segunda geração e escravos libertos e seus descendentes que surgiu a normativa sindical de Getúlio Vargas. Pelas próprias condições apontadas, não havia coesão social e tampouco um movimento sindical organizado. Assim, Getúlio não só criou e impôs categorias, sindicatos e contribuições (talvez um movimento acertado para o contexto).

Os sindicatos brasileiros apresentam uma mácula de origem, tal qual a federação brasileira. Tanto um como outro foram criados “de cima para baixo”. Isto é, no Brasil foi criado, desde sempre, um poder central que resolveu, em determinado momento, ceder uma pequena parte do poder aos entes federados que agora agonizam ante a impossibilidade de arcar com todas as suas responsabilidades. O mesmo se pode dizer com relação aos sindicatos, foram criados por um governo central como forma de controle dos trabalhadores e direção, pelo Estado brasileiro, da economia nacional. Não surgiram de movimentos obreiros organizados.

A Itália, logo após a Segunda Guerra Mundial, evento que abalou significativamente a realidade italiana causou um rompimento total com o regime anterior e, desde 1948, a Itália reconhece a liberdade sindical plena de acordo com os acordos internacionais da qual é firmatária. No caso Espanhol, o mesmo ocorreu a partir da derrocada do regime franquista e da nova constituição de 1978 que rompeu com o regime anterior consagrando a liberdade sindical plena. O Brasil teve a mesma oportunidade em 1988 e a unicidade sindical foi um dos grandes pontos de atrito nos debates constitucionais. Note-se que diversos constituintes representavam interesses sindicais, bem como empresariais, e, para a imensa maioria, vencidos alguns poucos, era mais conveniente a manutenção da unicidade sindical e, consequentemente, a cobrança da contribuição sindical.

A questão da categoria, que foi uma preocupação na Itália até o fim do sistema corporativo, inclusive com a publicação de obras inteiras e específicas tratando do assunto, parece nunca ter sido uma preocupação séria no Brasil. Ora, em um sistema sindical estruturado a partir de categorias econômicas e profissionais, parece lógico que a questão da categoria, seus limites, sua formação seja a pauta central nos estudos sindicais. A categoria, já nos ensinava Danilo Guerrieri (1963), pode adotar diversas formas, pode existir uma categoria profissional ou econômica, outra categoria contratual (a de abrangência dos acordos e convenções coletivas) e, por fim, a categoria sindical formalmente organizada em sindicatos. O sistema corporativo unifica todas as categorias anteriores em apenas uma, tornando obrigatória a correspondência entre categorias profissional-econômica, sindical e contratual. Como já aprendemos da experiência italiana, não necessariamente existirá essa correspondência em um regime de liberdade sindical plena, o que torna as relações muito mais complexas e laboriosas.

*Contrario sensu*, entenderam, jurisprudência e doutrina que, a partir da Constituição de 1988, o quadro de atividades e profissões da Consolidação das Leis do Trabalho não é mais vinculante e, assim, podem ser criadas novas categorias profissionais distintas daquelas previstas no mencionado quadro. Tal situação provocou um grande aumento do número de sindicatos no Brasil, desde 1988, embora persista a regra de apenas um sindicato por categoria e por base territorial. A lógica é a do desmembramento infinito de categorias para a criação de novos sindicatos e a consequente legitimação para recebimento da contribuição sindical devida pelos “representados” embora estes últimos estejam distantes ou sequer saibam que possuem um novo sindicato que os representa.

A conjugação da ausência de mudança legislativa, bem como a falta de preocupação com a questão da categoria, conduziram o Brasil ao cenário atual onde, na prática, tem-se o pior de ambos os mundos. Como não se pode fundar um novo sindicato sem que “nasça” uma nova categoria, a criação de categorias virou um negócio que “redistribui” a renda obtida com a contribuição sindical compulsória. As categorias são criadas com

base em interesses, na maior parte das vezes, distintos daqueles dos trabalhadores, apenas para abocanhar uma fatia da contribuição sindical compulsória, sem importar a combatividade sindical e os serviços assistenciais oferecidos aos representados.

O atual sistema sindical brasileiro também exclui da atividade sindical diversas categorias que participam ativamente no mercado como, para citar alguns exemplos, os empregados domésticos, os autônomos e os desempregados. Todas essas pessoas são trabalhadores ou potenciais trabalhadores que tem todo o direito de exercitar seu direito às reivindicações sindicais pela melhora das condições de trabalho, por maior oferta de empregos, por insatisfações com os tributos, por melhora nas prestações sociais oferecidas pelo Estado. Seria perfeitamente justo que tais classes de trabalhadores também pudessem participar da atividade sindical, o que, pela atual legislação lhes é vedado, embora existam algumas instituições ditas “sindicatos”, que se utilizam de tal nomenclatura apesar de, efetivamente, não o serem, de acordo com a legislação. Embora existam alguns sindicatos que utilizam tal nomenclatura apesar de, efetivamente, não o serem de acordo com a lei.

Observando a evolução histórica dos problemas surgidos com o reconhecimento da liberdade sindical, pode-se notar que o principal deles reside na abrangência dos contratos coletivos e na legitimidade para negociar em nome de alguma categoria. Na Itália, entendeu-se como necessário que o trabalhador tenha manifestado seu consentimento ao menos no primeiro nível, ou seja, o trabalhador filia-se ao sindicato X que, por sua vez, filia-se à confederação Y que negocia um acordo de nível nacional e que portanto afetará também o trabalhador daquele sindicato X. Já na Espanha optou-se pela regra do sindicato mais representativo de cada categoria a quem incumbirá negociar em nome daquela categoria e suas decisões vincularão aos demais sindicatos e trabalhadores. Na Itália, portanto, o problema da definição exata de categorias deixou de ser um óbice ao estabelecimento de contratos coletivos e da definição da abrangência destes.

O problema da categoria, a bem da verdade, parece ser uma herança medieval, mais precisamente das corporações de ofício. Houve uma época em que, segundo Durkheim, os próprios trajes profissionais (indumentárias próprias de cada profissão) buscavam ressaltar ou esconder características morfológicas derivadas do exercício de cada profissão. Além de características morfológicas próprias, cada profissão também continha um amplo leque de características identitárias próprias, além das vestimentas, como festas próprias e divindades associadas àquela profissão determinada, um longo ciclo formativo com rituais de iniciação e passagem, uma linguagem própria e até mesmo a residência em locais previamente determinados. Todas estas circunstâncias fizeram com que a humanidade se acostumasse a classificar os humanos de acordo com a profissão que exercem tal e qual ocorre com as nacionalidades. A pós-modernidade e a globalização (achatamento do mundo segundo Friedman) vêm reduzindo sensivelmente as diferenças entre ambos e cada vez mais há uma homogeneização de condutas, costumes e práticas, embora a humanidade necessite de tais classificações como forma de prever a conduta do outro, em razão dos rótulos que lhe são possíveis de atribuir.

Atualmente, ao que deduzimos, a grande maioria das profissões deixou de apresentar grandes diferenças com relação às demais e os trabalhos tornaram-se, em muito, apoiados na tecnologia, reduzindo drasticamente as distinções morfológicas e identitárias de cada profissão. A categoria do século XXI deveria ser formada de acordo com interesses comuns manifestados pelos trabalhadores que decidem fundar um sindicato. Como já expusemos anteriormente, diversos trabalhadores de distintos ramos de atividade podem apresentar interesses em comum e desejar unir-se para reivindicar melhores condições neste sentido. Por outro lado, mesmo ao trocar de atividade, pode ser que determinado trabalhador deseje manter-se filiado ao sindicato de sua confiança o que também deveria ser possível.

As perspectivas de futuro são justamente essas. Uma eliminação cada vez maior das diferenças entre cada atividade e uma aproximação, inclusive, das ciências entre si tendo em vista que todas fazem partes do conhecimento humano. Nesse contexto, entendemos que a categoria num futuro onde haja liberdade sindical plena será aquela decidida de acordo com os interesses comuns e a vontade dos trabalhadores que precisarão, finalmente, tomar as rédeas da atividade sindical brasileira após mais de 60 anos.

## Referências

- AROUCA, José Carlos. **Dicionários LTR, vol. II – Enquadramento Sindical, jurisprudência.** São Paulo: LTr, 1986.
- BONATTO BARCELLOS, Antonio Augusto et al. A sindicalização dos profissionais de Educação Física. *in: Revista Conexões*, Campinas, v. 13, n. 3, p. 146-174, jul./set. 2015.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. **Classificação Brasileira de Ocupações.** Brasília: 2010. p. 7
- BRASIL. Presidência da República. **Decreto 1.402 de 5 de julho de 1939.**
- BRASIL. Presidência da República. **Lei nº 11.648 de 31 de março de 2008.**
- BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa. **Relatório Geral da Justiça do Trabalho.** Brasília: Cestp, 2015. p.6
- BRASIL. TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Coordenadoria de Estatística e Pesquisa. **Casos novos por assunto – varas do trabalho.** Brasília: Cestp, 2016.
- BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. Secretaria das Relações de Trabalho. **Nota 11/2006.** Disponível em: <[http://www.sinfo.org.br/arquivos/contribuicao/MTE\\_Nota\\_Tecnica\\_11.pdf](http://www.sinfo.org.br/arquivos/contribuicao/MTE_Nota_Tecnica_11.pdf)> Acesso em: 05/04/2017.
- DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Anuário do Sistema Público de Emprego, Trabalho e Renda 2015: Livro 1, Mercado de Trabalho.** São Paulo: DIEESE, 2015. p. 84
- DOUGLAS, Mary. **Natural Symbols. Explorations in Cosmology.** Londres: Routledge, 2004.
- DURKHEIM, Émile. **La división del trabajo social.** Madrid: Akal, 1982.
- ESPAÑA. Instituto Nacional de Estadística. **Clasificación Nacional de Ocupaciones.** Madrid: 2012.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Curso de Direito do Trabalho.** Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- GUERRIERI, Danilo. **La categoria nell'ordinamento giuridico del lavoro.** Milano: A. Giuffré, 1963.
- ITÁLIA. Istituto Nazionale Statistica. **Classificazione delle Professione.** Roma: Stealth, 2013.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **International Standard Classification of Occupations.** Genebra: 1958.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **International Standard Classification of Occupations.** Genebra: 2012.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direito Sindical Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Brasília, 1976. p. 19
- SENNET, Richard. **La corrosión del carácter. Las consecuencias personales del trabajo en el nuevo capitalismo.** Barcelona: Anagrama, 2000.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado, vol. 7: Direito Coletivo do Trabalho.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

# **ENSAIO SOBRE A DESCONEXÃO ENTRE MAGISTRATURA E A REALIDADE SOCIAL BRASILEIRA: POR UM PODER JUDICIÁRIO CONCRETIZADOR DE DIREITOS HUMANOS**

Bruno Seligman de Menezes<sup>1</sup>

## **CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

A crise da modernidade<sup>2</sup> representou o declínio de toda uma forma de ciência que buscava legitimar conceitos absolutos e totalizantes, como os de verdade, imparcialidade, neutralidade (POZZEBON, 2010, p. 219), o que acabou, por consequência, por fundar um pensamento que superasse o cartesianismo do tempo passado. A ciência moderna tornou-se empírica, experimental e objetiva, sepultando, em certa medida, o dogmatismo do período anterior, sem, contudo, conseguir que os institutos jurídicos a ela se adaptassem.

Objetivamente, com relação à atividade jurisdicional, pode-se dizer que não se permite ao juiz pós-moderno ser apenas o *bouche-de-la-loi*, como alguém que apenas exterioriza a *vontade da lei*. Primeiro, porque a lei não tem vontade, sendo algo morto que somente ganha vida na interpretação do julgador. Segundo porque, não tendo uma vontade, a linha de interpretação não é única, variando de acordo com a formação do juízo do intérprete.

Entretanto, em um universo de questões complexas que são postas à frente do julgador, surge um Poder Judiciário bastante homogêneo, seja quanto à sua origem privilegiada, seja quanto à forma de pensar questões complexas. Neste universo, questionam-se até que ponto tal suposto engessamento não acaba por constranger a construção de uma cultura de respeito e efetivação a Direitos Humanos no cenário brasileiro.

## **2. DISCUSSÃO CRÍTICA [OU COLOCANDO O DEDO NA FERIDA]**

Hans-Georg Gadamer anota que a noção de juízo, contrariamente ao que se crê, decorre do senso comum, e não de um julgamento superior. É tal senso comum que se contrapõe à ausência de senso algum, próprio aos tolos. Neste sentido, observa:

Agora, no entanto, deve-se observar nessa determinação do julgamento, que aqui não é simplesmente aplicado um conceito pré-existente da coisa, mas que o sensorial-individual em si, acaba chegando

<sup>1</sup> Doutorando (Universidad de Buenos Aires); Mestre em Ciências Criminais (PUCRS); Especialista em Direito Penal Empresarial. Professor Universitário da FADISMA e UFN. Advogado Criminalista. E-mail: bruno@bmmc.adv.br

<sup>2</sup> O uso da expressão ‘modernidade’, tanto aqui, como nas demais vezes em que tornará a aparecer, não pretendeu guardar qualquer correlação com as divisões históricas operadas pela literatura, a fim de melhor sistematizar a evolução do pensamento moderno. Utiliza-se-a da forma como pensa Jean-François Lyotard, não como um período histórico, mas como “uma forma de dar forma a uma seqüência de momentos, de modo a que esta última aceite uma taxa elevada de contingência”. (1997, p. 74). Com isto, se pode dizer que muito mais do que um período histórico, se pretendeu a expressão como sinônimo de contemporaneidade, ou, de um tempo novo, de uma ruptura com o clássico e com o tradicional.

à apreensão, na medida em que se percebe nele a concordância do muito no uno. O decisivo, aqui, portanto, não é a aplicação de um universal, mas a concordância interna (1999, p. 76-77).

Ainda, complementa que é justamente o senso comum que permite desenvolver relações entre justo e injusto, factível e infactível, de modo que o juízo não é uma faculdade, mas uma exigência comum a todos, de desenvolverem seu juízo a partir do senso comum, um conceito que dialoga muito mais com a noção de plausibilidade do que de verdade (GADAMER, 1999, p. 63). Com isto, adverte que o “*sensus communis* é um momento do ser burguês-ético”, de modo que sua decisão decorre invariavelmente do seu local de fala (GADAMER, 1999, p. 78-79).

É nesta mesma linha que Francesco Carnelutti lembra que a decisão judicial não representa, necessariamente, um caminho racional de formação do convencimento do julgador. Isso porque, segundo o autor italiano, primeiro o juiz julga, depois inicia um caminho de racionalização de seu convencimento, e passa a testá-lo com argumentos válidos que possam ser utilizados (1965, p. 4-9). É um artifício criado a legitimar o ato de julgar. É inegável que a racionalização da ciência trouxe como consequência a primazia da técnica. No julgar penal, a técnica e a necessidade de fundamentação das decisões judiciais<sup>32</sup> criaram a falsa ilusão de que a razão pode ser blindada da influência da emoção. É premissa falsa, como bem esclarece António Damásio:

Fui advertido, desde muito cedo de que decisões sensatas provêm de uma cabeça fria e de que emoções e razão se misturam tanto quanto a água e o azeite. Cresci habituado a aceitar que os mecanismos da razão existiam numa região separada da mente onde as emoções não estavam autorizadas a penetrar e, quando pensava no cérebro subjacente a essa mente, assumia a existência de sistemas neurológicos diferentes para a razão e para a emoção. Essa era então uma perspectiva largamente difundida acerca da relação entre razão e emoção, tanto em termos mentais como em termos neurológicos. (...) Limiteme a sugerir que certos aspectos do processo da emoção e do sentimento são indispensáveis para a racionalidade (2010, p. 11-13).

Carlos Maria Cárcova observa que sendo o direito uma prática social discursiva, implica reconhecer que muito mais do que palavras, ele consiste em comportamentos, símbolos, conhecimentos. Trata-se de um conjunto de representações, que se estrutura em três níveis. O primeiro, da norma; o segundo, da interpretação; e o terceiro, que tem uma atuação muito mais pungente, é o dos elementos imaginários, dos jogos ficcionais e os mitos operativos do direito (2001, p. 15). E assim conclui:

Que hacen, entonces, los jueces cuando juzgan? Según parece: conocen, interpretan, valoran, deslindan, estipulan. No de una manera monádica, aislados, solitarios y caprichosos. Sino como seres sociales, portadores de una cultura técnica, pero irredimiblemente permeables al conjunto de representaciones, estados de conciencia y visiones del mundo que comparten con sus congéneres y que coadyuvan, con su trabajo, a veces a conservar y otras veces a transformar (2001, p. 17).

O ato de decidir, portanto, encontra-se sujeito tanto a influências externas (discursos punitivistas encampados pela opinião pública), como internas (o próprio perfil do juiz).

Os primeiros somente podem ser compreendidos a partir de um diálogo da sociologia com a psicanálise. E neste ponto, merece observação o relevante papel que teve Michel Foucault, ao desenvolver o conceito de sociedade disciplinar, que acabou por nortear o direito penal do século XX. Para ele, o direito se apresenta muito mais como um procedimento de sujeição, do que como uma legitimidade a ser efetivamente estabelecida (2007, p. 182).

3 No Brasil, o dever de motivação das decisões judiciais adquiriu dignidade constitucional, a partir da Emenda Constitucional nº. 45/2004, que deu a seguinte redação ao art. 93, IX da Constituição Federal: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação*”.

Com efeito, as diversas transformações sociais dos séculos anteriores conduziram a uma alteração nas relações de poder, de modo que o *vigiar* se apresentava como mais importante do que apenas *punir*. Se mecanismos disciplinares precedem o surgimento da denominada *sociedade disciplinar*, eles nunca antes foram tão concatenados e organizados. Foram, ao longo dos anos, mecanismos isolados e fragmentados, de sorte que não conseguiam exercer o poder que posteriormente conquistaram.

Assim, não só o cárcere, mas também a escola, a fábrica, o quartel, o hospital, reuniam o mesmo grupo de características. Regra geral, as *instituições totais*<sup>43</sup> têm relação direta com a sociedade disciplinar, e têm por característica comum o isolamento físico, a mortificação de um *eu civil* a ela subordinado, deteriorando a sua autoimagem e, consequentemente, sua individualidade.

As sociedades disciplinares possuíam um modelo de confinamento muito próprio, que era mais visível no meio fabril (*concentrar, distribuir no espaço, ordenar no tempo, compor no espaço tempo uma força produtiva de efeito superior à soma das forças elementares*), porém de vida breve e efêmera. Surgiram sucedendo as sociedades de soberania, em que os objetivos maiores eram de acumular mercadorias em grande quantidade, para causar a escassez e, assim, vender a preço muito mais elevado, em vez de organizar a produção; ou de decidir sobre a morte, em vez de gerir a vida, mudanças que foram iniciadas por Napoleão, no sentido das sociedades disciplinares, que vivenciaram seu apogeu, entre o século XVIII e o início do século XX (DELEUZE, 1992, p. 219).

A partir da Segunda Guerra Mundial, a sociedade disciplinar entrou em declínio, dando lugar a um novo modelo, que necessitava conter novas forças que vinham se instalando lentamente nos mecanismos de confinamento. Busca-se reformar a família, a escola, a indústria, o hospital, o exército, a prisão, mesmo sabendo serem instituições condenadas, a um certo prazo. O papel contemporâneo seria o de “*gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam*” (DELEUZE, 1992, p. 219-220).

E tais forças novas, prenunciadas por Gilles Deleuze, logo se apresentaram sob a forma da *sociedade de controle*. Muito se deve a contribuições de William Burroughs, a quem se atribui a origem da expressão *controle* no sentido ora tratado, que inicia a abordagem do *controle* a partir do calendário maia, considerado um dos mais precisos e herméticos calendários de controle.

Especificamente no campo da punição, David Garland parte da ideia *foucaltiana* de adestramento de indivíduos a partir dos mecanismos de poder, como o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e o exame, para conceber um novo modelo, não tão instrumental e funcionalista da punição (SALLA; GAUTO; ALVAREZ, 2006, p. 337).

David Garland aponta que o estado do bem-estar assegurou, no pós-guerra, tanto na Europa como nos Estados Unidos, por meio de um Estado intervencionista, a socialização dos riscos e um certo grau de redistribuição, por meio dos quais se concretizaram novos níveis de segurança econômica e social (2005, p. 98). Entretanto, a este formato sucedeu um movimento reacionário, a partir das gestões Ronald Reagan e Margaret Thatcher, que evidenciava uma antipatia às transformações implementadas pelo estado do bem-estar. Os dispositivos sociais construídos até então foram sendo gradualmente desmantelados (2005, p. 171-172).

4 Erving Goffman define cinco grupos de instituições totais: 1) as que se destinam a cuidar de pessoas incapazes e inofensivas (casas para cegos, velhos, órfãos e indigentes); 2) os que se voltam a cuidar de pessoas consideradas incapazes de cuidar de si mesmas e que representam uma ameaça à sociedade (sanatórios para tuberculosos, hospitais para doentes mentais e leprosários); 3) as que se prestam a proteger a comunidade contra perigos intencionais (cadeias, penitenciárias, campos de prisioneiros de guerra, campos de concentração); 4) as que têm por intenção organizar de forma mais adequada alguma tarefa de trabalho (quartéis, navios escolas internas, campos de trabalho, colônias e grandes mansões); e 5) aquelas destinadas a servir de refúgio do mundo (abadias, mosteiros, conventos e outros claustros) (2008, p. 16-17).

A dicotomia se tornou mais evidente na medida em que a economia caminhava a passos largos para a implementação do neoliberalismo, a partir da reafirmação das disciplinas de mercado, ao passo em que o neoconservadorismo se apresentava latente, por meio da reafirmação das disciplinas morais. Dito de outra forma, buscava-se uma redução do Estado, sob uma ótica econômica, enquanto no âmbito punitivo o Estado era cada vez mais presente, forte e autoritário. Se, por um lado, a socialdemocracia do pós-guerra apoiava-se em um controle econômico e uma liberação social, por outro, a política dos anos oitenta inverteu essa lógica, caracterizando-se por uma liberdade econômica e um controle social (GARLAND, 2005, p. 172-174).

Segundo Manuel A. Iturralde, a desregulação da economia, por seu turno, deu lugar à intensificação de desigualdades sociais e econômicas. A sensação de insegurança causada pelos problemas sociais foi campo fértil para o surgimento de políticas defensivas e punitivas contra aqueles que sucumbem frente uma sociedade altamente competitiva e individualista (2007, p. 62).

No mesmo sentido, Roberto Bergalli aponta alguns elementos por meio dos quais se comprehende a forma pela qual a sociedade do mercado neoliberal promove o delito e perpetua a exclusão social. Para ele, a sociedade de mercado promove o delito a partir do crescimento da desigualdade social causado pelas concentrações de renda nas mãos de poucos, acarretando privação econômica dos demais.

Entende que a sociedade de mercado deteriora os recursos locais, e desvaloriza o espaço urbano, de modo que, ao não estimular a socialização e supervisão dos jovens nas comunidades locais, acaba por estimular apenas medos e ansiedades. A elevada competitividade causada pela sociedade de mercado é elemento deflagrador de tensões e pressões que acabam sendo suportados pela unidade familiar, o que, quando não se consegue administrar, é vetor de desintegração familiar.

A sociedade de mercado, por meio de institutos que lhe são próprios, como a privatização de serviços sociais, iniciada nos Estados Unidos mas acompanhada por outros países que adotaram o modelo neoliberal, como o Brasil dos anos noventa, afasta das prestações públicas quem está fora do mercado. Somente usufrui quem pode pagar pelos serviços. Por fim, na visão do autor, a sociedade de mercado alavancou uma sociedade de consumo, não permitindo que todos os cidadãos tenham acesso a todos os bens (BERGALLI, 2008, p. 5).

O direito penal desse novo tempo preocupa-se em proteger bens, em especial daqueles que têm bens a serem protegidos. Roberto Bergalli descortina uma face perversa do mecanismo de controle penal:

[...] las visiones de la originaria sociedad industrial y de mercado de los siglos XVIII y XIX, con libre oferta y demanda, pelo alimentada por la explotación del trabajo assalariado, requirieron de un control punitivo que fue elaborado por un derecho penal liberal concentrado en la protección de bienes jurídicos individuales y un conocimiento criminológico ensimesmado en la búsqueda de las causas individuales del comportamiento criminal. Los excluidos del mercado de trabajo, no proprietarios de bienes y sólo de su fuerza de trabajo convertida en mercancia, se constituyeron así en la clientela de los sistemas penales (2008, p. 10).

E conclui que esse sistema se estruturou prioritariamente sobre o proletariado, como forma a dar força ao binômio *cárcere x fábrica*. Quem não aprendia as regras sociais do comportamento fabril, deveria aprender no âmbito carcerário.

O acerto das conclusões de Roberto Bergalli se evidencia na medida em que o sistema penal efetivamente se fortalece a partir da utilização (por vezes forçada, por outras “apenas” estimulada) da mão de obra do preso. Tanto na Argentina (1996), como no Brasil (1984), insere-se dentre os deveres do preso. O Código Penal brasileiro fala que o indivíduo somente terá seu regime progredido para o regime semiaberto

aberto mediante o trabalho (1940), ao passo em que o Código Penal argentino prescreve trabalho obrigatório tanto para a pena de reclusão, como para a de prisão (1984).

Roberto Bergalli comenta sobre essa preferência político-criminal, que, a despeito de satisfazer as classes mais elevadas, é um importante instrumento de exclusão social:

Una muestra explicativa de esta preferencia se puede encontrar, dentro de la filosofía punitiva así orientada ideológicamente, en el conocido como fin de la ejecución de penas, asentado en el principio de la resocialización o readaptación social del condenado [...], el cual se articuló sobre un tratamiento penitenciario prioritariamente orientado hacia el retorno a una vida social en la que el trabajo dependiente fue una constante (2008, p. 10).

Héctor C. Silveira Gorski e Iñaki Rivera Beira identificam esse fenômeno a partir de reflexão sobre o panorama carcerário da Europa. Apontam os jovens, as mulheres e os estrangeiros como especialmente vulneráveis, já que o direito penal está posto para modelo de homem adulto e nacional, o cidadão padrão, sujeito de direitos e destinatário natural das normas. Embora a população jovem reclusa não seja numericamente significativa, são muito sujeitos a medidas específicas para menores. As mulheres, porque são submetidas a um controle social muito mais intenso do que os homens (família, escola, igreja, etc.), e respondem por delitos muito próprios de pessoas sem poder (crimes de drogas e patrimoniais). Por fim, os estrangeiros representam um índice bastante significativo, a ponto de os autores considerarem que podem acabar representando o que a raça negra, nos Estados Unidos, representa com relação aos objetivos do controle punitivo. O sistema penal, neste ponto, acaba sendo usado como mecanismo de controle de fluxos migratórios (2008, p. 22-23).

Essa seletividade do sistema penal não é nenhuma novidade e já foi apontada com absoluta propriedade por Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia e Alejandro Slokar. Sustentam os autores que não é possível criminalizar todas as condutas, o tempo todo. Assim, compete às agências de criminalização secundária o papel de escolher quem serão as pessoas criminalizadas, e também quem serão as vítimas (2009).

A grande inquietação desse sistema seletivo se dá a partir da indagação a respeito de *quem punir*. Raciocínio lógico permite concluir que esse sistema será mais democrático à medida em que for menos seletivo possível.

Hannah Arendt, sob uma ótica que envereda pelo aspecto moral do ato de julgar, perquire-se a respeito das influências de que pode sofrer o julgador, e, por tal razão, a respeito da própria legitimidade de seu ato decisório:

Há várias razões pelas quais a discussão do direito ou da capacidade de julgar incide na mais importante questão moral. Duas coisas estão implicadas nesse ponto: primeiro, como posso distinguir o certo do errado, se a maioria ou a totalidade do meu ambiente prejulgou a questão? Quem sou eu para julgar? E, segundo, em que medida, se é que há alguma medida, podemos julgar acontecimentos ou ocorrências passados em que não estávamos presentes? (2004, p. 81)

Se o segundo questionamento parece absolutamente improcedente, porque nenhum julgamento seria viável se fosse negado ao julgador a capacidade de conhecer um fato pretérito a partir de seu resgate histórico, com base nos elementos de prova; o primeiro provoca reflexões profundas sobre a possibilidade de se ter, efetivamente, um juiz imparcial.

E é exatamente aqui que se insere a questão relacionada aos aspectos internos da magistratura brasileira.

Em recente pesquisa promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (2015), os dados apontados evidenciam uma magistratura que não apenas representa um segmento muito particular e hegemônico da sociedade brasileira, como, em muitas oportunidades, absolutamente descontextualizada de seu papel transformador, que lhe seria inerente.

O magistrado brasileiro é, fundamentalmente, homem (72,1%), branco (84,4%), com 47,7 anos de idade média. Vem de família em que 57,1% dos pais e 55,7% das mães têm pelo menos segundo grau completo (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 7-8).

Cerca de três quartos dos juízes brasileiros que responderam à pesquisa (76,3%) a renda familiar de seus pais era acima de 4 salários-mínimos. Este número reduz-se para aproximadamente 46,2% se for excluída a faixa de 4 a 10 salários-mínimos (30,2%), limitando-se a renda familiar acima de 11 salários-mínimos. Ao passo em que a renda média familiar é significativamente superior às médias nacionais (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2016), as famílias de onde se originam os juízes que responderam à pesquisa são menores – média de 3,5 irmãos, dos quais 2,2 com curso superior (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 9).

E é exatamente neste ponto que a seletividade denuncia o sistema penal brasileiro como absolutamente contrário aos princípios reitores trazidos pela Carta Constitucional, de 1988. O ultimo *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen* (2015), de junho de 2014, agrega o elemento empírico necessário a legitimar as conclusões teóricas que se pretende oferecer.

O preso brasileiro é, fundamentalmente, jovem, negro, de baixa escolaridade, cumprindo pena por tráfico de entorpecentes ou crimes patrimoniais. Curioso paralelo traça o relatório, quando apresenta os dados do sistema prisional frente os da população brasileira. Ao passo em que nesta, o negro representa cerca de metade do todo, no sistema prisional, ele representa mais de dois terços do todo (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2015, p. 48-59).

Com relação à formação, o juiz brasileiro divide-se entre os originários de faculdades públicas (50,1%) e privadas (49,9%). O que impressiona, entretanto, é que apenas 28,4% dos que responderam têm curso de mestrado ou doutorado, e 10,4% apenas estão matriculados em programas de mestrado, doutorado ou pós-doutorado. Com relação a especializações, 63,2% dos entrevistados afirmou possuir o título, e 10,8% afirmaram estar matriculados em um curso de especialização (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 11).

Causa curiosidade o fato de que a própria pesquisa apontou como significativos os números de magistrados que não responderam se têm ou se estão cursando algum curso de pós-graduação. Sem dúvidas, o fato de um número significativo não ter respondido faz com que os percentuais absolutos sejam bastante inferiores aos apresentados, os quais trataram apenas com os que responderem às perguntas. Também pode ser interpretado como um assunto desagradável aos magistrados, afirmar que não possuem qualificação adicional.

O baixo percentual de magistrados envolvidos com cursos de atualização e capacitação, associado ao baixíssimo índice de respostas ao questionário, cerca de 30% dos associados da AMB (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 5), evidencia que a magistratura brasileira se encontra encastelada em suas próprias atividades. Não vê necessidade no aprimoramento teórico, tampouco sente-se estimulada a compartilhar as suas visões sobre a carreira. Não há qualquer dúvida que esta visão autocentrada acaba por refletir na qualidade de suas decisões.

No âmbito penal, ainda tomando por base apenas as respostas dadas ao questionário, 48,1% dos que responderam são *favoráveis ou totalmente favoráveis* à redução da maioridade penal. Com relação ao aumento do tempo de internação de adolescentes infratores, 84,1% são *favoráveis ou totalmente favoráveis*; 80% mostraram-se *favoráveis ou totalmente favoráveis* ao aumento das hipóteses de internação de adolescentes infratores (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 42).

Com relação ao cumprimento de pena, 90,2% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* ao aumento do tempo de cumprimento de pena para a obtenção de benefícios, em crimes graves; 84,4% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* ao aumento do cumprimento de pena para a obtenção do livramento condicional. Dos que responderam ao questionário, 78,5% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* à ampliação das hipóteses de investigação sigilosa para crimes graves; 69,5% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* ao aumento do tempo máximo de pena (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 42-43).

Especificamente no que se refere aos crimes envolvendo entorpecentes, 71,7% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* ao aumento de pena mínima para o tráfico; 67% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* à proibição de liberdade provisória, com ou sem fiança, a esses crimes. Quando questionados sobre a desriminalização do uso de entorpecentes, 59,9% são *contrários ou totalmente contrários* (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 42-43).

Ainda, sobre os crimes hediondos, 80,1% são *contrários ou totalmente contrários* à supressão desta figura. Questionados, ainda, sobre a Lei de Anistia, apenas 35,6% são *favoráveis ou totalmente favoráveis* à revisão (ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2015, p. 43).

Do apanhado acima, é cristalino que o Judiciário brasileiro, a partir da amostragem oferecida representa um reflexo bastante homogêneo da elite brasileira e, como tal, absolutamente conservador, mostrando-se refratário a mudanças no paradigma político-criminal vigente.

A respeito da tão propalada independência judicial, Roberto Bergalli entende que no contexto latinoamericano representa muito mais um mito do que uma realidade. O autor aponta que, derivada de uma formação franco-germânica, o juiz latinoamericano é muito mais apegado a mecanismos normativos do que a compromissos de efetiva transformação social (1999, p. 281-284). Neste sentido é que conclui que

[...] la idea de una administración de justicia que aplica meramente el ordenamiento jurídico ha impedido que surgieran interrogantes o que se cuestionara el papel que la jurisdicción cumplía frente a regímenes de injusticia social (1999, p. 281).

A questão judicial, a qual está intimamente ligada à independência judicial, relaciona-se fundamentalmente com a seleção dos juízes que compõem todos os níveis da jurisdição (BERGALLI, 1999, p. 284). A deficiente cultura jurídica e política dos juízes dos níveis mais elementares, bem como a interferência direta dos poderes executivo e legislativo na escolha dos membros de Cortes Supremas, faz com que a independência não seja efetiva, se não apenas um mito. Para ilustrar o que diz aponta o fato de que em muitos países latino-americanos há efetiva interferência do poder executivo em promoções de juízes, por exemplo (BERGALLI, 1999, p. 288).

A formação dos juízes e a maneira pela qual se estrutura o corpo técnico dos tribunais conduz a uma homogeneidade que não é favorável à criação de uma jurisprudência crítica e inovadora. Nesse sentido:

[...] la concepción tradicional de la jerarquía puesta de manifiesto por los propios integrantes del cuerpo judicial, ha estado en la Argentina claramente dirigida a inducir en los jueces la homogeneidad

ideológica y el conformismo. [...] Ella se entronca con una concepción de la justicia, de los actos propios de administrarla y de la interpretación de las fuentes legales que se describe como meramente técnica, desprovista de toda creatividad y encuadrada en una absoluta asepsia ideológica como si el momento jurisdiccional no estuviera profundamente marcado por una carga valorativa. Por tanto, cualquier actitud crítica queda excluida por vía teórica y es absolutamente inimaginable para esta concepción formal-legalista que ha dominado el discurso judicial argentino, lo cual ha servido muy bien para obtener la asdrípción de los jueces (BERGALLI, 1984, p. 62-63).

Ao passo em que a jurisprudência pode ser vetor para um *novo direito*, muitas vezes é a responsável pelo engessamento de um direito arcaico, a partir da substituição de discussões arejadas em detrimento da reprodução de velhos julgados. Amilton Bueno de Carvalho, ao reconhecer esse papel importante pelo qual a jurisprudência vem se destacando, adverte que se de um lado a jurisprudência pode “*contribuir para o avanço do Direito numa diretiva emancipatório-democrática*”, ao passo em que por outro pode acabar sendo um “*instrumento do entorpecimento do jurídico, com seu dogmático-esclerosamento*”. E adverte do risco de se inverterem dogmas: a lei pelo pensamento dos juízes, forma igualmente cruel de inibir a criatividade do operador jurídico (2002, p. 1).

De posse de todas essas informações, não se crê, logicamente, que o juiz condene um perfil de pessoas deliberadamente. Entretanto, a homogenia de características acima demonstradas acaba por criar uma consciência de classe extremamente forte.

É indiscutível que a independência do julgador frente a fatores externos é elemento fundamental para garantir a tão buscada imparcialidade judicial. Conforme Augusto Hortal Alonso:

Juzgar con justicia requiere imparcialidad. La imparcialidad requiere independencia. Sin independencia real y buscada no hay sino parcialidad; sin imparcialidad para juzgar los casos conforme a la ley ante la que todos somos supuestamente iguales no hay justicia. (2009, p. 43)

Segundo o mesmo autor, a discussão sobre a independência pressupõe uma reflexão sobre atuações, mecanismos e procedimentos que possibilitem aos juízes exercerem sua atividade com a independência necessária para prolatar decisões imparciais, justas, dando o que corresponde às partes em litígio. Desta forma,

[...] de poco sirven los mecanismos, procedimientos y garantías si el juez no quiere ser independiente, si no tiene convicción y fuerza suficiente para creer más en la justicia que se espera que imparta que en las presiones o promesas políticas, en los sobornos o favores económicos, en los vínculos familiares o de amistad, en la propia imagen que difunden de él los medios, o en el apego a las modas o a las ideologías, etc (ALONSO, 2009, p. 43).

David Zimerman se vale da metáfora de um iceberg para explicar a relação *consciente x inconsciente*. A parte visível do iceberg seria o consciente, facilmente identificável, ao passo em que a parte oculta equivaleria ao inconsciente. O efeito devastador para navios pode ser comparado ao efeito devastador que o inconsciente exerce nas vidas de psicóticos, psicopatas, neuróticos, e de quem os rodeia (2010, p. 118). Sobre isso, importante é a lição de Sigmund Freud:

‘Estar consciente’ é, em primeiro lugar, um termo puramente descritivo, que repousa na percepção do caráter mais imediato e certo. A experiência demonstra que um elemento psíquico (uma ideia, por exemplo) não é, via de regra, consciente por um período de tempo prolongado. Pelo contrário, um estado de consciência é, caracteristicamente, muito transitório; uma ideia que é consciente agora não o é mais um momento depois, embora assim possa tornar-se novamente, em certas condições que são facilmente ocasionadas. No intervalo, a ideia foi... Não sabemos o quê. Podemos dizer que esteve *latente*, e, por isso, queremos dizer que era *capaz de tornar-se consciente* a qualquer momento. Ora, se dissermos que era *inconsciente*, estaremos também dando uma descrição correta dela. Aqui ‘inconsciente’ coincide com ‘latente e capaz de tornar-se consciente’ (2006, p. 27-28).

A civilização e a própria existência humana, como indivíduo inserido socialmente, somente são explicadas a partir do gasto de energia para conter os impulsos primitivos de violência e satisfação de desejos prazerosos a qualquer custo (DIVAN, 2010, p. 85). Conforme Sigmund Freud, a satisfação irrestrita de todas as necessidades é a forma mais tentadora de se conduzir a vida, mas “*significa pôr o gozo à frente da cautela, trazendo logo o seu próprio castigo*” (2011, p. 21).

### 3. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES FINAIS

Eis o desafio do juiz: fazer com que surja um novo protagonismo questionador de valores e bens jurídicos tradicionais, a fim de dar efetividade a valores constitucionais. É bem verdade que, nessa perspectiva, os princípios de ética profissional que norteiam a atuação do juiz são postos a prova, de modo que suas convicções morais devem ser submetidas a parâmetros de estreita legalidade, para aplicar ou não uma determinada lei. É o momento, pois, para o surgimento de uma nova hermenêutica constitucional, a qual deve nortear a aplicação da lei, pelos juízes, dentro de “*espacios inevitables de autonomía moral y de responsabilidad política*” (BERGALLI, 1999, p. 314).

A par de servir de efetivo instrumento de transformação social, não raras vezes acaba indo na contramão de tantas outras fontes. A jurisprudência, pelo menos aquela que questiona, que transforma, que constrói o direito, é o produto indissociável do ativismo judicial, de modo que não se pode examinar a primeira, sem aprofundar breves linhas nas garantias inerentes à jurisdição.

A solução, pelo que se apresenta, não está no final desta cadeia, lá onde se selecionam juízes, senão que em sua origem. É a deficiente formação básica de qualidade, associada a um ensino jurídico acrítico e voltado para concursos públicos que acaba fazendo com que discursos de direitos humanos apresentem-se muito mais como temas etéreos e abstratos do que como uma cultura a ser consolidada dia-a-dia. É passada a hora de a academia auxiliar na construção da prática jurídica, não apenas capacitando, como também se alimentando do que é nela produzido.

## REFERÊNCIAS

- ALONSO, Augusto Hortal. La Independencia del Juez y la Esfera de la Justicia. In: YÁÑEZ, Miguel Grande (coord.). **Independencia Judicial: Problemática Ética**. Madrid: Dykinson. 2009. pp. 39-54
- ARENKT, Hannah. Responsabilidade pessoal sob a ditadura. In: ARENDT, Hannah. **Responsabilidade e julgamento**. São Paulo: Companhia das Letras. 2004. pp. 79-111.
- ARGENTINA. **Código Penal de la Nación Argentina**. Ley 11.179, de 21 de diciembre de 1984. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>> Acesso em 29.out.2016.
- \_\_\_\_\_. **Ejecución de la Pena Privativa de Libertad**. Ley 24.660, de 8 de Julio de 1996. Disponível em <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/35000-39999/37872/texact.htm>> Acesso em 29.out.2016.
- ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS. **A AMB quer ouvir você**. 2015. Disponível em <<http://www.amb.com.br/novo/wp-content/uploads/2015/12/Pesquisa-PDF.pdf>> Acesso em 29.out.2016.
- BERGALLI, Roberto. **Estado Democrático y Cuestión Judicial**: vías para alcanzar una auténtica y democrática independencia judicial. Buenos Aires: Depalma. 1984.
- \_\_\_\_\_. La Quiebra de los Mitos (Independencia judicial y selección de los jueces). In: \_\_\_\_\_. **Hacia una Cultura de la Jurisdicción: Ideologías de Jueces y Fiscales**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999. pp. 281-303.

\_\_\_\_\_. Protagonismo Judicial y Cultura de los Jueces. In: \_\_\_\_\_. **Hacia una Cultura de la Jurisdicción: Ideologías de Jueces y Fiscales**. Buenos Aires: Ad-Hoc. 1999. pp. 305-315.

\_\_\_\_\_. Violencia y sistema penal. Fundamentos ideológicos de las políticas criminales de exclusión social. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera; BOMBINI, Gabriel (org.). **Violencia y sistema penal**. Buenos Aires: Del Puerto. 2008. pp. 3-15

BERIZONCE, Roberto Omar. La administración de justicia en Argentina. In: OVALLE FAVELA, José. **Administración de justicia en Iberoamérica y sistemas judiciales comparados**. México: UNAM. 2006. pp. 3-44.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 29.out.2016.

\_\_\_\_\_. **Lei de Execução Penal**. Lei nº. 7.210, de 11 de julho de 1984. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm)> Acesso em 29.out.2016.

CÁRCOVA, Carlos Maria. Qué Hacen los Jueces Cuando Juzgan? **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**. v. 35. Curitiba: UFPR. 2001. pp. 7-17.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. **Rivista di Diritto Processuale**. Vol XX. Padova: Cedam. 1965. pp. 4-9.

CARVALHO, Amilton Bueno de. O Juiz e a Jurisprudência – Um Desabafo Crítico. In: BONATO, Gilson (org.). **Garantias Constitucionais e Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002. pp. 1-12.

DAMÁSIO, António R. **O Erro de Descartes**: emoção, razão e o cérebro humano. 2. ed. 4. reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras. 2010.

DELEUZE, Gilles. Post-Scriptum sobre as sociedades de controle. In: \_\_\_\_\_. **Conversações 1972-1990**. São Paulo: Ed. 34. 1992. pp. 219-226.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**. Infopen – Junho de 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>> Acesso em 29.out.2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão Judicial nos Crimes Sexuais**: o julgador e o réu interior. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

FOUCAULT, Michel. Soberania e Disciplina. In: \_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. 24. ed. Rio de Janeiro. 2007. pp. 179-191.

FREUD, Sigmund. O Ego e o Id. In: \_\_\_\_\_. **Obras psicológicas completas de Sigmund Freud**: edição standard brasileira. Vol. XIX. Rio de Janeiro: Imago. 2006. pp. 21-163.

\_\_\_\_\_. **O Mal-Estar na Civilização**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras. 2011. pp. 25-71.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método**: Traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica. 3. ed. Petrópolis: Vozes. 1999.

GARLAND, David. **La Cultura del Control**. Barcelona: Gedisa. 2005.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, Prisões e Conventos**. 8. ed. São Paulo: Editora Perspectiva. 2008.

GORSKI, Héctor C. Silveira; BEIRAS, Iñaki Rivera. La biopolítica contemporánea ante los flujos migratorios y el universo carcelario. Una reflexión sobre el regreso de los “campos” en Europa. In: BERGALLI, Roberto; BEIRAS, Iñaki Rivera; BOMBINI, Gabriel. **Violencia y sistema penal**. Buenos Aires: Del Puerto. 2008. pp. 17-32.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua – 1º Trimestre de 2016**. Disponível em <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho\\_e\\_Rendimento/Pesquisa\\_Nacional\\_por\\_Amostra\\_de\\_Domicilios\\_continua/Trimestral/Fasciculos\\_Indicadores\\_IBGE/pnadc\\_201601\\_trimestre\\_caderno\\_20160519\\_113000.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/pnadc_201601_trimestre_caderno_20160519_113000.pdf)> Acesso em 29.out.2016.

ITURRALDE, Manuel A. La Sociología del Castigo de David Garland: El Control del Crimen en las Sociedades Modernas Tardías. In: GARLAND, David. **Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía**. Bogotá: Siglo del Hombre Editores/ Universidad de los Andes/ Pontifícia Universidad Javeriana. 2007. pp. 21-122.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Metodologia Científica**. 2. ed. São Paulo: Atlas. 1992.

LYOTARD, Jean-François. **O Inumano: considerações sobre o tempo**. Lisboa: Estampa, 1997

POPPER, Karl. **A Lógica da Pesquisa Científica**. 16. ed. São Paulo: Editora Cultrix. 2006. pp. 46-50.

POZZEBON, Fabrício Dreyer de Ávila. A ampliação da visibilidade nos julgamentos criminais. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (org). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Vol.2. Porto Alegre: EDIPUCRS. 2010.

SALLA, Fernando; GAUTO, Maitê; ALVAREZ, Marcos César. A contribuição de David Garland: a sociologia da punição. **Tempo Social**: Revista de Sociologia da USP. v. 18. n. 1. junho. São Paulo: USP. 2006. pp. 329-350.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho Penal**: Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar. 2002.

ZIMERMAN, David. Uma Resenha Simplificada de como Funciona o Psiquismo. In: ZIMERMAN, David; COLTRO, Antônio Carlos Mathias (org.). **Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica**. 3. ed. Campinas: Millennium. 2010. pp. 1713-124.

# **ENSINO JURÍDICO NO BRASIL: REVOLUCIONÁRIO OU MANTENEDOR DO STATUS QUO?**

Clovis Gorczevski<sup>1</sup>

## **Considerações Iniciais**

Enquanto o mundo moderno, com cerca de 200 Estados, possui aproximadamente 1.100 Faculdades de Direito, a República Federativa do Brasil possui hoje 1.280 Faculdades de Direito, com 694.000 alunos matriculados. Isto significa que o Estado brasileiro forma, aproximadamente, 10 bacharéis, por hora, o que equivale a 243 por dia, ou mais de 88.000 ao ano (GIESELER, texto digital). A isso deve-se incorporar os milhares já inseridos na sociedade (1.140.909, um milhão, cento e quarenta mil e novecentos e nove inscritos na Ordem) (OAB, texto digital) e cerca de 3 milhões de bacharéis não aprovados no exame de habilitação)

A pergunta que se impõe é: necessitamos de tanto operadores jurídicos?

Para divagarmos sobre o tema dois caminhos podem ser seguidos: sendo que de forma simplista ambos levam a uma resposta positiva, o que justificaria a espantosa quantidade de cursos jurídicos.

## **A Faculdade de Direito formando advogados**

Primeiramente sim, precisamos de muitos operadores do direito, e isso decorre de nosso próprio caráter cultural. Ocorre que na sociedade ocidental, o Estado para constituir-se, para manter-se e se fortalecer, avançou tão profundamente na vida privada e de forma tão marcada que sucumbiu o particular a esta contundente intervenção estatal. Vivemos então a clara primazia do Estado sobre o indivíduo, com o consequente esquecimento da autonomia da vontade. Vivemos o paternalismo estatal em todas as esferas da sociedade e assim também se aceitou e se atribuiu ao Estado a responsabilidade de governar nossas vidas. Práticas seculares introjetaram no imaginário social a ideia de que o Estado é o responsável pela solução dos conflitos individuais, ele é que sabe o que é melhor para nós, ele resolverá os conflitos. Com isso nos convertemos em uma sociedade conflitiva e litigante, não sabemos conciliar, não resolvemos nossos problemas, levamos tudo para o Estado que deve dar a solução para os mais singelos conflitos sociais. Desta forma realmente há necessidade de um número quase ilimitado de operadores jurídicos.

<sup>1</sup> Advogado, doutor em Direito (*Universidad de Burgos*, 2001), pós-doutor em direito (CAPES – *Universidad de Sevilla*, 2007); (CAPES – *Fundación Carolina – Universidad de La Laguna*, 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul. clovisg@unisc.br.

## A Faculdade de Direito formando cidadãos

Por outro lado, analisando a questão de uma forma mais abrangente, deve-seclarear que, desde a promulgação da Lei nº 8.906 de julho de 1994, as faculdades de direito não formam necessariamente advogados e sim bacharéis;<sup>2</sup> que nem todos os bacharéis em direito serão necessariamente operadores do direito – no sentido profissional. O conhecimento do direito é indispensável a qualquer cidadão, independentemente de sua atuação na sociedade. Com o curso jurídico, estaríamos formando cidadãos preparados intelectualmente, cientes, aptos, capazes de exercer seus direitos e deveres e exigir que outros os cumpram, criando assim uma sociedade intelectualizada, consciente e participativa. Como bem lembra Cambeses Junior (2006) que sem uma educação suficiente e de qualidade, restringe-se acentuadamente o direito a receber informações e opiniões e de difundi-las, sem limitação de fronteiras, por qualquer meio de expressão (previsto no artigo XIX da Declaração Universal dos Direitos Humanos); torna-se impossível a adequada satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais, indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade (previsto no artigo XXII); limita-se drasticamente o direito ao trabalho em condições equitativas e satisfatórias (artigo XXIII); corta-se o direito a participar da vida cultural, a gozar das artes e a participar do progresso científico e nos benefícios que dele resultem; e, em geral, faz-se difícil ou impossível desfrutar dos direitos humanos e da cidadania e contribuir para que outros também o façam. Uma seria limitação ao pleno exercício da cidadania é a de não reclamar seus direitos fundamentais e, ainda mais grave, sequer saber da existência desses, situações das quais frequentemente se aproveitam os governos para negá-los, oferece-los como favor, ou pior, como moeda de troca.

Dificilmente conseguiremos um perfil adequado de cidadão – independentemente da tradição filosófica que se deseje – liberal, comunitarista ou republicana – se o indivíduo não possui uma adequada formação e instrução para formar seus próprios conceitos, para que forje suas próprias convicções, para que adquira uma responsabilidade cívica, para que seja capaz de resolver conflitos sem o uso da violência, e tantas outras possibilidades para as quais somente uma adequada educação abre as portas.

E, com uma sociedade não educada, como poderemos falar em justiça, participação e democracia?

Deve-se reconhecer também que a proliferação de Faculdades de Direito levou-as a instalarem-se também em locais antes esquecidos ou desprezados. Isso faz com que o conhecimento e a cultura (ainda que de qualidade questionável) cheguem a estas comunidades permitindo aos profissionais ali instalados (bancário, policial, contador) ou mesmo ao empresariado local elevar seu conhecimento ou quiçá sonhar com nova atividade.

Contudo há, ainda, dois aspectos a serem analisados. Ambos tidos como temas-tabu: interesses econômicos e ideológicos.

2 Lei nº 8.906/94. Art. 8º. Para inscrição como advogado é necessário:

I - ...  
II - ...  
III - ...

IV – Aprovação em Exame de Ordem.

O antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 4.215/63) preconizava que, para inscrever-se como advogado era necessário: o diploma de bacharel e comprovação da realização de estágio ou habilitação no exame de Ordem. Como se observa, o exame para ingresso na classe era facultativo.

## Interesses econômicos

Passado o milagre econômico dos anos 70 as sucessivas crises econômicas levam os governos a minguar os serviços públicos. Os que subsistem, assumem um caráter meramente assistencialista e, ato contínuo, permitindo a iniciativa privada assumir estas funções públicas. No que se refere ao ensino superior, isto leva as instituições privadas assumirem quase 90% das instituições de ensino superior existentes no território nacional (SALLES, texto digital).

Efetivamente o numero de matriculas no ensino superior no Brasil dobrou. Somente entre 2011 e 2012, por exemplo, 867 mil brasileiros concluíram o ensino superior, segundo o IBGE (COSTA, texto digital).

Neste cenário as Faculdades de Direito assumem especial relevância para o empresariado da educação. Quem autoriza sua criação é o Ministério da Educação, após ouvir a Ordem dos Advogados do Brasil, cujo parecer é obrigatório, mas não vinculante. Trata-se de um empreendimento altamente lucrativo com baixo investimento, pois a atividade precípua é a reprodução do conhecimento (arcaico e conservador), assim não há necessidade de laboratórios, pesquisas ou equipamentos sofisticados. Limita-se o investimento no espaço físico (facilmente adaptável a qualquer outro ramo de negócio), a contratação de professores (em sua maioria juízes, promotores, procuradores, advogados, que no exercício de atividade paralela possuem ínfima dedicação ao magistério o que leva a uma baixa remuneração) e uma biblioteca (não raras vezes compradas de herdeiros de antigos profissionais do direito que não sabem o que fazer com os milhares de livros deixados pelo ascendente).

Para Machado (2009, p. 59),

Não seria exagero dizer que o ensino jurídico no Brasil está praticamente entregue à lógica do lucro e da exploração econômica, levada a efeito pelos empresários da educação que passaram a enxergar nesse “filão” de mercado um negócio extremamente lucrativo.

Nas últimas décadas a educação brasileira, especialmente o ensino superior, foi entregue a grupos econômicos norte-americanos, que investem na bolsa e que, portanto, devem resultados a seus investidores e não a seus estudantes. Transformando-se as Faculdades de Direito em meras empresas, seguem, por evidente, a lógica do mercado: nenhum compromisso com a sociedade e sim com a satisfação do cliente. O estudante-cliente paga, portanto, deve ser aprovado. Não lhes interessam os questionamentos sociais ou filosóficos e sim temas que lhes permitam alcançar seus objetivos imediatos, como a provação em concurso público ou ascensão profissional.

Assim, algumas propostas incoerentes, para não se dizer indecentes, são ventiladas: a redução do prazo para conclusão do curso de Direito de cinco para quatro anos, sendo que a proposta que tramita no Conselho Federal de Educação é de três anos – o que atende a pressão do empresariado que pretende reduzir o custo operacional do curso, objetivando majorar lucros. Outras propostas são: exclusão dos Núcleos de Práticas Jurídicas, a extinção do TCC (Trabalho de Conclusão de Curso), autorização de cursos de direito com 100% à distância e criação de cursos técnicos em serviços jurídicos, com matriz similar ao curso de graduação em direito.

## Interesses ideológicos

Por fim, não se pode deixar de apreciar a utilização dos cursos jurídicos como instrumento político, mantenedor do *status quo*.

Para Salles, a expansão da oferta de ensino jurídico deve ser analisada também como estratégia do Estado de ministrar para o máximo possível de sua população a ideologia jurídica dominante, multiplicando, assim, a quantidade de seus difusores (SALLES, texto digital). Seria ingenuidade crer-se que através do direito se possa realizar uma revolução sócio-econômica-cultural ora, o direito, desde a Revolução Francesa, tem servido de ferramenta para o controle social e a manutenção da ordem pré-estabelecida.

O ensino jurídico tem se limitado ao processo de mera transmissão do conhecimento. Isto contribui para a reprodução da ideologia liberal na formação dos operadores do direito, considerando-se a estrutura metodológica deficiente e o direcionamento das grades curriculares.

A carreira jurídica é, ou deveria ser, absolutamente humanista. O estudo do direito como um conjunto de princípios e normas positivadas que dão as sociedades a si mesmas, para conviver em paz, está ligado a um mínimo conhecimento da história, da cultura e dos valores de cada sociedade e, atualmente, como ensina Quintero Olivares, em um profundo conhecimento da política e da realidade global (OLIVARES, 2010).

Igualmente não se vislumbra nos cursos jurídicos, por exemplo, qualquer questionamento à realidade a muito denunciada por Kennedy: *los vínculos existentes entre derecho y poder, mostrando el carácter no neutral del derecho – su decidido pero siempre discreto u oculto servicio a los sectores más poderosos de la sociedad*. O direito não é como se diz, independente da política: o direito é política (GARGARELLA, 2012).

Conteúdos como antropologia, ciências políticas, ética, filosofia, história, psicologia, sociologia e mesmo direitos humanos, passam ao largo que qualquer estudo mais aprofundado. Mesmo disciplinas como mediação, negociação e conciliação não raras vezes são desprezadas. Assim fica impossível realizar o pleno desenvolvimento da pessoa e prepará-la para o exercício da cidadania (que pressupõe participação, equidade, compromisso com a justiça). Qualificação para o trabalho? Talvez fosse o objetivo primeiro: limitar a formação de bacharéis a um conhecimento técnico-profissional. O que se denota é que mesmo um ensino técnico, desprovido de crítica, tem atendido a expectativa do mercado, servindo unicamente para propiciar agentes mantenedores do aparato estatal autoritário – como comprova a própria OAB quando ‘reprova’ quase 70% dos bacharéis.

Até mesmo a pós-graduação estrito senso - última trincheira do pensamento jurídico apurado, produtora de pensadores, pesquisadores e multiplicadores do pensamento jurídico - foi duramente atacada. O Diário Oficial da União, edição de 28.11.2017, traz a homologação do Parecer 462/2017 do Conselho Nacional de Educação. Fica autorizada a criação de programas de mestrado/doutorado, totalmente a distância; ingresso no doutorado qualquer titulação, exceto a graduação; associação entre instituições para criação de mestrados/doutorados interinstitucional permanentes; defesa direta de tese, com a concessão do título de doutor. A pós-graduação passa a ser também mais um local de mera reprodução de conhecimento.

A questão que se impõe é basicamente una: a quem interessa este retrocesso? Nos últimos 500 anos, o homem superou drasticamente todo o conhecimento adquirido ao longo dos últimos 2 milhões de anos de história. Isto somente foi possível com a aquisição de novos conhecimentos e novas capacidades oriundas de pesquisas científicas. No início da Idade Média já havia governos e patrocinadores de bolsas de estudos e pesquisas, mas o objetivo não era alterar o *status quo*. Os recursos distribuídos a filósofos, padres e artistas visavam unicamente legitimar o poder e manter a ordem social. Não interessava e não se fomentava qualquer questionamento sobre o sistema de controle social, a distribuição de direitos e de regulação da sociedade.<sup>3</sup>

3 Ver HARARI, Yuval Noah. *Sapiens. Uma breve história da humanidade*. Porto Alegre: LP&M 2017 p. 257 e ss.

Todos os questionamentos modernos, como a legitimidade do poder, organização do Estado, direitos humanos, controle social são frutos de profundos questionamentos oriundos de estudos, pesquisas e aquisição de novos conhecimentos.

## A determinação constitucional e o ensino nas faculdades de direito

Em que pese o significativo aumento de diplomados no Brasil, estes novos profissionais têm decepcionado o mercado. São inúmeros os relatos de administradores recém-formados que não sabem escrever um relatório ou fazer um orçamento, arquitetos que não conseguem resolver equações simples ou estagiários que ignoram as regras básicas da linguagem e tem dificuldades de se expressar com lógica.

Segundo o Instituto Paulo Montenegro, o índice de analfabetismo funcional entre universitários brasileiros chega a 38%. Na prática isso significa que quatro em cada dez universitários no país até conseguem ler textos simples, mas são incapazes de interpretar e associar informações (COSTA, texto digital).

Tudo isso fica comprovado na prova do Exame Nacional de Desempenho dos Estudantes (Enade). A média das notas dos alunos concluintes em todo o país vem variando entre 41,6 a 47,3, dependendo do curso avaliado. Isso significa que, em uma escala de 0 a 100, os universitários brasileiros estão se formando com menos de 50% dos conhecimentos e competências necessárias à suas profissões.

No Direito, a própria Ordem dos Advogados do Brasil aprova anualmente menos de 30% dos diplomados com pretensão de exercer a advocacia.<sup>4</sup>

O direito tem sido apresentado aos estudantes como uma ciência. Normas emanadas da autoridade, que obedecendo a uma norma superior, regula as relações sociais, punindo as condutas não desejadas. Estuda-se a técnica, a hierarquia, a aplicabilidade. Mas alerta Faria:

Ao reduzir o direito a um sistema de normas, que se limita a dar sentido jurídico aos fatos sociais à medida que estes são enquadrados no esquema normativo vigente, tal concepção torna desnecessário o questionamento dos dogmas. Despreza, assim, a discussão relativa à função social das leis e dos códigos, valorizando seus aspectos técnicos e procedimentais (FARIA, 1994, p. 12).

Neste sentido já alertavam Reis e Bitencourt que o ensino jurídico está fadado ao fracasso se não se abrir a uma nova interpretação, para além do positivismo estrito sob a bandeira da segurança jurídica, a fim de proporcionar força normativa para dar verdadeira efetividade aos direitos humanos. Para isso é fundamental uma releitura do direito, a certeza de que este está imbricado com o conjunto dos problemas universais da própria vida humana, de valores e conceitos comuns como a liberdade, a moralidade, a justiça a segurança, a equidade, a ecologia, na busca de uma concepção total do mundo e da vida (REIS e BITENCOURT, 2009).

Não obstante a circunspecta preocupação da Ordem dos Advogados do Brasil, assim como de setores reformistas da sociedade o que se percebe é a colossal dificuldade quanto a inserção de mudanças nas estruturas jurídicas já de longa data alicerçadas no país e a tendência de manutenção

<sup>4</sup> Deve-se reconhecer que a baixa qualidade dos cursos jurídicos não constitui fenômeno atual. Em março de 1968, o juiz de Direito Ennio Bastos de Barros, da 10ª Vara Cível de São Paulo, grifando palavras como “denunciados”, “vestijos”, “emeditatos” e “possível”, encaminhou à seccional Paulista da OAB, petição subscrita por um profissional, assim manifestando-se: O advogado “se revelou de um primarismo palmar”, que entrava a partir daquele momento para o rol de operadores do direito de “ignóbil nível de conhecimento jurídico”, com erros crassos de português e sem “o mínimo de formação cultural”. Sugeria que seria de interesse daquela seccional apurar as razões da inépcia desse integrante de seus quadros. Ver: <http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI225938,41046-Como+surgiu+o+exame+de+Ordem>. Acesso em 19.02.2018.

do modelo. Parece-nos que a propagação das Faculdades de Direito no Brasil está mais vinculada a atender interesses de grupos econômicos assim como a formação de cidadãos alinhados com os órgãos repressores do Estado, aptos a contestarem dentro do sistema, não o próprio sistema. Tal intento, ainda que de forma velada não é fruto da modernidade. A história nos mostra que os grandes advogados sempre sofreram profunda oposição daqueles que de forma tirânica exercem o poder, quer público quer privado.

Resta-nos confirmar a afirmação de Machado (2009, p. 171):

O acelerado processo de privatização do ensino superior do direito, este predominantemente reproduzido no âmbito das escolas particulares, funciona como verdadeiro obstáculo à concepção de um curso com preocupações humanistas e proposta crítica, pelo simples motivo de que as mantenedoras do ensino privado, orientadas pelo princípio de mercado, como a sua lógica de eficiência, lucro e competitividade, não tem nenhum interesse em formar bacharéis com visão crítica que possam vir a criticar justamente os pressupostos e o funcionamento desse mesmo mercado.

É importante lembrar que a CF de 1988, ao tratar da educação nacional, expressa em seu Art. 205, que essa tem como objetivos o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. Imagina-se que os cursos jurídicos devessem atender aos três desígnios, mas uma rápida olhada nas grades curriculares dos cursos de direito, deixa claro a desconsideração por uma formação humanista, social e política.

Advogando uma educação voltada aos Direitos Humanos, temos, em outras oportunidades, evitado a expressão Educação para a Cidadania Mesmo reconhecendo que o importante está no conteúdo, parecemos que educar para a cidadania induz a uma educação para os valores do nacionalismo, do patriotismo que, ao contrário dos direitos humanos, são nacionais, temporais e relativos (GORCZEVSKI e MARTIN, 2014). E a modernidade nos atribuiu uma concepção de cidadania que induz à uniformidade, que nos faz não aceitar as diferenças. Isso significa que cidadania pode, inclusive, estar em oposição aos direitos humanos, porque o nacionalismo segue uma lógica distinta. E, como afirmam Carracedo, Rosales e Méndez, trata-se de uma lógica tendenciosamente inclusiva e, por isso mesmo, excessivamente excludente (pureza étnica, direitos históricos, língua próprias, etc.) (CARRACEDO, et. al., 2000).

Entretanto, nossa Carta Magna determina uma educação voltada ao *exercício da cidadania*. Partindo do conceito sustentado por Garcia y Lukes - que consideram a cidadania como uma conjunção de três elementos: 1) pertencer a uma comunidade política determinada (normalmente um Estado); (2) a garantia de certos direitos, assim como a obrigação de cumprir certos deveres para com uma sociedade específica; e, (3) a oportunidade de contribuir na vida pública desta comunidade através da participação - temos que o exercício da cidadania supõe participar ativamente dos assuntos públicos. Portanto, cidadania implica em ser cidadão ativo, tomar decisões e sentir-se responsável pelo destino da sua sociedade. Então, o objeto de estudo de uma educação para o exercício da cidadania é *el espacio formativo que se ubica entre el yo* (ética de *la alteridade individual*) e *el nosotros* (ética de *la alteridade social*) e *las instituciones* (ética de *la aliedad*), o que alude ocupar um espaço sem dúvida político já que, de fato, a política deve unir as instituições com a cidadania, então, de fato estamos falando em uma educação política (CAÑELLAS e VERDERA, 2007, p. 10).

Efetivamente, o indivíduo não nasce com conhecimento das leis, dos seus direitos e dos seus deveres; isto pressupõe um longo processo de socialização e escolarização. Então, a educação formal é fundamental. E, como defende Dantas, a academia é um dos últimos redutos onde se pode estabelecer uma noção de coletividade, porque “a tomada de consciência política é, necessariamente uma questão pública” (DANTAS,

2017, p. 21). Entretanto, como já afirmamos, conteúdos humanistas, filosóficos, sociológicos e políticos, passam de soslaio nos currículos escolares, mesmo nos cursos jurídicos.

Quanto a qualificação para o trabalho, cremos dispensável lembrar que, em se tratando do ensino jurídico, a própria Ordem dos Advogados do Brasil, tem rejeitado cerca de 70% dos diplomados para seus quadros.

Em resumo, o que se observa é que as próprias diretrizes da educação nacional, as Faculdades de Direito, assim como os órgãos fiscalizadores da educação, tem ignorado as determinações do constituinte de 1988.

## Considerações Finais

Tudo isso leva a permitir o aumento indiscriminado de vagas e a criação de faculdades de direito sem qualquer compromisso, que unicamente ajudam a enriquecer os dirigentes, a fraca fiscalização – que se preocupa mais com o aspecto material das instituições que com a efetiva qualidade do ensino, a permissividade de currículos conservadores, ultrapassados e caducos, confinados aos limites estreitos e formalistas de uma estrutura dogmática reproduziva e não criativa, patrimonialista e individualista, a inexistência de pesquisas, o desprestígio com o corpo docente.

Poder-se-ia pensar que as Universidades Públicas ou Comunitárias compensassem este disparate. No que se refere à questão econômica, seria possível, mas alerta Machado (2009) que não se pode criar muita expectativa neste sentido posto que a grande parte delas já absorveu a lógica produtivista que caracteriza a universidade privada. E complementa Salles (texto digital) lembrando que ambas, universidades públicas e privadas, integram o mesmo aparelho ideológico do Estado, assim tocam na mesma orquestra, regidas pela partitura única que é a Ideologia de Estado, voltada para a reprodução das relações de produção de modo de produção capitalista.

A verdade é que a partir do 11 de setembro uma nova crise civilizatória se estabelece. Os próprios direitos humanos são flexibilizados, a liberdade e a intimidade são violadas em nome da segurança, novos paradigmas são estabelecidos e um tsunami de conservadorismo alimentado pelo medo, arrebata os povos. Tudo isso tem profundo reflexo no direito, que passa a ser utilizado como fundamentador da soberania, do poder, do conservadorismo, em outras palavras, do *status quo*.

Urge uma reação que aparentemente não podemos esperar do direito. A sociedade organizada, os próprios poderes e instituições, em todos os níveis e instâncias, devem atentar para a importância do ensino jurídico crítico e humanizador como elemento criador de profissionais garantidores de uma sociedade justa e democrática como a melhor forma de preservar o *status quo* que desejamos: de desenvolvimento, equidade e paz social.

## REFERÊNCIAS

- CAMBESES JUNIOR, Manuel. "Globalização, Educação e Direitos Humanos". In Expediente. Revista da Aeronáutica nº 254. Jan\fev. 2006.
- CARRACEDO, José Rubio; ROSALES, José María; MÉNDEZ, Manuel Toscano. Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos. Madrid: Trotta. 2000.

COLOM CAÑELLAS, Antonio J.; RINCÓN VERDERA, Juan C. *Educación, República y Nueva Ciudadanía. Ensayo sobre los fundamentos de la educación cívica*, Valencia: Tirant lo blanch. 2007.

COSTAS, Ruth. *Geração do diploma lota faculdades, mas decepciona empresários*. Disponível em <http://economia.terra.com.br/geracao-do-diploma-lota-faculdades-mas-decepciona-empresarios,97c303e8d8f91410VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>. Acesso em 10.10.2013.

DANTAS, Julia. "Cidadania não se aprende em casa". In: Caderno DOC. Jornal JH, edição 4/5 de novembro de 2017.

FARIA, José Eduardo. "A cultura e as profissões jurídicas numa sociedade em transformação". In: José Renato Nalini (Coord). *Formação Jurídica*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1994.

GARGARELLA, Roberto. *Presentación "Volver a Duncan Kennedy"*. In: KENNEDY, Duncan. *La enseñanza del derecho como forma de acción política*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores. 2012.

GIESELER, Maurício. *Blog do exame da Ordem. Brasil forma 10 bacharéis em direito por hora*. Disponível em [http://blogexamedeordem.com.br/brasil-forma-10-bachareis-em-direito-por-hora-243-por-dia-88-695-por-anо](http://blogexamedeordem.com.br/brasil-forma-10-bachareis-em-direito-por-hora-243-por-dia-88-695-por-anو)

GORCZEVSKI, Clovis; MARTIN, Nuria Beloso. *Educar para os Direitos Humanos. Considerações, Obstáculos, Propostas*. São Paulo: Salta. 2014

MACHADO, Antônio Alberto. *Ensino jurídico e mudança social*. 2 ed. São Paulo: Vozes, 2009. P. 59

OAB. *Quadro advogados*. Disponível em [www.oab.org.br/institucional/conselhofederal/quadroadvogados](http://www.oab.org.br/institucional/conselhofederal/quadroadvogados). Acesso em 14 de fevereiro 2018.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La enseñanza de derecho en la encrucijada*. Navarra: Thomson Reuters. 2010.

REIS, Jorge Renato dos; WEBER, Eliana e BITENCOURT, Caroline Muller. *Estudos Ambientais: Livro em homenagem ao Prof. João Telmo Vieira*. Porto Alegre (s.c.p.) 2009.

SALLES, Luiz Caetano de. "Expansão do ensino jurídico no Brasil: associação de interesses econômicos e ideológicos". In: [http://www.ambito-juridico.com.br/site?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17436&revista\\_caderno=13](http://www.ambito-juridico.com.br/site?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17436&revista_caderno=13). Acesso em 22.09.2017.

# O DIREITO À CIDADE SUSTENTÁVEL ALCANÇADO PELAS MÃOS DA ARTE URBANA

Cristiane Penning Pauli de Menezes<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente estudo buscou responder, enquanto problema de pesquisa, se os grafismos podem ser compreendidos enquanto um mecanismo apto para garantir o Direito à Cidade Sustentável. Assim, a questão que fica é: a reivindicação da Arte Urbana, a partir da inserção dos grafismos na urbe, pode ser vislumbrada com uma forma legítima de busca pelo reconhecimento do Direito a Cidade Sustentável?

Para responder tal problemática buscou-se analisar o conceito de Direito à Cidade e sua ligação ao vocábulo sustentabilidade, imbrincando seu conceito às multidimensões.

Oportuno destacar que, em âmbito nacional, o fenômeno da urbanização trouxe consigo uma segregação social, na qual minorias foram gradativamente estigmatizadas (que, atualmente, vivem à margem da cidade, mas, invariavelmente, à margem da lei e do sistema) e há tempos compõem – de forma ostensiva – a estética da cidade, pois restam expulsos espacialmente do contexto social urbano e buscam formas de existir e coexistir na periferia.

A existência e persistência periférica destes indivíduos perturba o cidadão urbanizado, uma vez que suas manifestações não cabem dentro da ideia daquilo que é considerado aceito esteticamente. Assim, redefinem-se conceitos até então postos e incontestáveis.

Nessa ótica, é imperioso destacar que o Direito à Cidade deve ser garantido a todos indivíduos que nela vivem. No entanto, o que se observa é que no meio urbano há uma grande segregação e o espaço urbano, contrariamente do que deveria ocorrer, não é privilégio de todos. Estes segregados são considerados os excluídos urbanos.

Nesse sentido, considerando que os grafismos urbanos estão cada vez mais presentes e integram a paisagem urbana, é fundamental que se promova uma discussão acerca deste fenômeno que se apresentada interligado ao Direito à Cidade.

A metodologia e estratégia de ação para viabilizar este estudo obedece ao trinômio: Teoria de Base e Abordagem, Procedimento e Técnica. Ambos se interpenetram em uma relação sistêmico-complexa para

<sup>1</sup> Coordenadora do Núcleo de Estudos em Direito Internacional (NEDI) da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Professora de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria (FADISMA). Mestre (2016) pelo Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria - UFSM, com ênfase em Direitos Emergentes na Sociedade Global. Membro Integrante do Grupo de Pesquisa em Propriedade Intelectual na Contemporaneidade, registrado no Diretório de Grupos do CNPq e certificado pela UFSM. Advogada na empresa Francini Feversani & Cristiane Pauli Administração Judicial.

configuração de um método que permita uma abordagem de pesquisa interdisciplinar e em sinergia com as diferentes áreas do conhecimento: Ciências Sociais, Sociais Aplicadas e Ciências Humanas.

Como Teoria de Base e Abordagem, o presente estudo tem como referencial teórico a matriz epistemológica pragmático-sistêmica, que permite um enfoque sistêmico-complexo e interdisciplinar. Isso porque a temática proposta exige um olhar sistêmico dos grafismos urbanos e do direito à cidade, fugindo de seus conceitos individualizados, analisando-os de forma multidisciplinar e interdisciplinar.

Ainda, utiliza-se da Teoria Crítica de Frankfurt, a partir de uma ótica pautada na quebra de imposições hegemônicas. Ademais, a teoria crítica é aquela que traz consigo a crítica à sociedade, à cultura e às formas de racionalidade.

A abordagem do Procedimento utilizada foi a bibliográfica e documental. A instrumentalização técnica desenvolveu-se por intermédio da produção de resenhas, e resumos. Para tanto o trabalho restou dividido em dois capítulos. No primeiro, analisou-se a evolução do conceito de Direito à Cidade. No segundo, buscou-se analisar o Conceito de Direito à cidade em consonância ao conceito multifacetado de sustentabilidade.

## 2. A VIRADA DAS CONCEPÇÕES DE DIREITO À CIDADE

A cidade é resultado de um sistema de interações sociais, da partilha de técnicas e de conhecimentos em diversos níveis. Ela compreende um emaranhado de ações e reações que permite a troca de interações culturais e sociais. Assim, as cidades nascem em função do comércio e, portanto, da divisão do trabalho. Obviamente, além do trabalho e do comércio, outras funções são acrescidas nesse contexto. Assim, pode-se dizer que a maior característica de uma cidade é a aglomeração de pessoas e sua interação. Justamente por este motivo as cidades são divididas entre pequenas, médias, grandes e metrópoles, fazendo referência a sua extensão populacional (RIBEIRO, 2005).

“A cidade é o lugar em que o mundo se move mais; e os homens também. A co-presença ensina aos homens a diferença. Por isso a cidade é o lugar da educação e da reeducação” (SANTOS, 1994, p.40). Essa característica é que demonstra a grandiosidade dos movimentos que se dão no âmbito das cidades.

Assim, infere-se que o ambiente urbano é complexo. A forma de vida urbana vem alterando-se de forma significativa a partir da segunda metade do século XX, notadamente com o declínio do *Welfare State*. Dessa maneira, as formas de vivência e convivência foram modificando-se nesta simbiose do cotidiano urbano.

Segundo José Manuel Valenzuela Arce (1999, p.27), pode-se dizer que “a favelização brasileira se desenvolveu de maneira impactante durante a década de 40”. Segundo o autor, cumpre destacar que tal período coincidiu com a Lei do Inquilinato de 1942, somada, então, à grande especulação imobiliária do período, que, a partir de um “efeito dominó”, expulsou a população menos favorecida para a periferia das cidades.

Tal fenômeno trouxe, por consequência, uma segregação social de minorias que foram gradativamente estigmatizadas. Além disso, a reunião destas minorias pode ser percebida em diversos locais no perímetro urbano e principalmente em seu entorno, recebendo nomenclaturas diferenciadas, a exemplo de favela, cidades perdidas, cinturões da miséria, etc. (ARCE, 1999).

Esse nicho social vive não apenas à margem da cidade, mas, invariavelmente, à margem da lei e do sistema. Outrossim, há tempos compõem – de forma ostensiva – a estética da cidade, pois restam expulsos espacialmente do contexto social urbano e buscam formas de existir e coexistir na periferia.

A existência e persistência periférica destes indivíduos incomoda o cidadão urbano. E fato notório é que o modelo neoliberal imposto amplia problemas sociais preexistentes de forma sistêmica no seio da sociedade. Tais consequências possuem o condão de provocar respostas sociais das minorias, através da luta de classes, que por diversas oportunidades rechaçam os ideais hegemônicos impostos, questionando assim o sistema.

Ou seja, pode-se falar na busca do direito ao acesso à cidade. Para a discussão que traz por pano de fundo a virada estética da cidade com a inserção de grafismos urbanos, é necessário pensar na ótica social, sobretudo, posto que os movimentos e a formação de manifestações culturais nascem dentro de um contexto. E, no caso dos fenômenos dos grafismos urbanos, há que se pensar nas questões sociais que figuram por detrás de sua existência e insistência, por mais que existam contrapontos a serem discutidos na esfera da propriedade privada.

Ocorre que todos os indivíduos devem ter garantido seu direito de acesso à cidade. Contudo, como já referido, é inegável que dentro do âmbito urbano há muita segregação e, por conseguinte, a busca pelo espaço por parte destes, que são os chamados excluídos urbanos. Nesse ponto, oportuno trazer à baila os apontamentos de Henri Lefebvre, em uma de suas mais difundidas obras, *O Direito à cidade*:

Mesmo onde a separação dos grupos sociais não aparece de imediato com uma evidência berrante, surgem, ao exame, uma pressão nesse sentido e indícios de segregação. O caso-limite, o último resultado é o gueto. Observemos que há vários guetos: os dos judeus e os dos negros, mas também os dos intelectuais e operários. A seu modo, os bairros residenciais são guetos; as pessoas de alta posição, devido às rendas ou ao poder, vêm a se isolam em guetos da riqueza (LEFEBVRE, 2001, p.98).

Falar em Direito à Cidade é falar em uma mudança extrema no modelo social hoje imposto e existente. Em 2016, Jordi Sanchez Cuenca Alomar realizou uma análise comparativa da referida obra de Lefebvre com a de Edésio Fernandes, publicada no ano de 2007. Segundo a obra de Fernandes, o Direito à Cidade consiste no direito, inerente a todos os cidadãos, de usufruir da vida urbana em todas as suas particularidades, mas para além da habitação no âmbito urbano, o que se busca é inclusive a participação direta na gestão das cidades (ALOMAR, 2016).

Alomar (2016), além de traçar um paralelo entre Lefebvre e Fernandes, ainda propõe uma releitura de Lefebvre a partir de David Harvey (2008). Nesse passo, para ele, o Direito à Cidade apenas se efetiva quando além de buscar o acesso à cidade, encontra-se a possibilidade de modificar o próprio ser ao modificar o ambiente urbano, ou seja, deve ser compreendido como direito que o cidadão deve ter em controlar o ambiente urbano.

Ao aproveitar o gancho trazido por Alomar (2016), cumpre elucidar de forma mais rica as contribuições de David Harvey (2008), que salienta em sua obra que a crise de Estado forma condições ideais para a busca de novas identidades urbanas, novas formas de cidadania e de pertencimento, uma vez que os ideais já postos passam a ruir e já não conseguem se sustentar. Assim, nascem movimentos urbanos que buscam remodelar as cidades, para além da imagem urbana até então aceita (ALOMAR, 2012, p.72).

O Direito à Cidade deve ser visto e pensado como uma forma de ideal político e, portanto, deve ser um direito que necessita ser democratizado, para que possa ser construído um movimento social que possa fortalecer seu significado e sua importância, o que acarretará um novo modelo de urbanização, menos excludente (ALOMAR, 2012, p.89).

Por mais que seja evidente a exclusão social nas cidades, é oportuno ainda demonstrar que nem todos os excluídos socialmente se comportam da mesma forma. Nessa ideia, os jovens acabam reunindo-se em grupos, buscando soluções para suas demandas, reunindo-se com mais facilidade. Hodiernamente, diversos

antropólogos buscam descrever tais encontros, na tentativa de explicar a reunião juvenil urbana, apontando seus comportamentos e tentando traçar perfis. Nesse sentido, Garbin e Pereira (2009, p.02)

Em Porto Alegre, são muitas as cenas juvenis que podem ser observadas numa breve caminhada pelas ruas das cidades, principalmente aos sábados e domingos, quando a partir de determinados horários, jovens pertencentes a diferentes tribos se encontram para estarem juntos. Andando sem parar, sem ter um ponto fixo, com visual somado a determinados gestos e linguagens, jovens chamam atenção, causam estranheza, chocam, recebendo atributo de caricaturescos.

Wiviam Weller (2005) aponta que a apropriação de estilos culturais pela juventude foi, pelos pesquisadores da década de 70 e 80, como uma espécie de “solução mágica” para os problemas que aparecem no cotidiano juvenil, que perpassam por insatisfações familiares e sociais. Desse modo, como forma de resistência de classes menos favorecidas financeiramente, aparecem com mais força. E, assim, contemporaneamente, tais estilos culturais são diretamente ligados às mudanças que ocorrem na sociedade complexa, que derivam principalmente da desigualdade social, de classe e étnica.

Com estas inserções o que se busca – ao procurar o direito à cidade – é o direito ao espaço, é o direito a ter um lugar reservado dentro do ambiente urbano. Falar em espaço, assim como falar em cultura e ideologia, é falar de um conceito que por muito tempo não foi solidificado. Além disso, pode-se dizer que ainda não o é, uma vez que diversos autores se arriscam na sua descrição.

O capitalismo e o neocapitalismo impuseram no espaço a lógica da mercadoria, onde a cidade assume a forma de um “berço da acumulação, lugar da riqueza, sujeito da história, centro do espeço histórico” (LEFEBVRE, 2007, p.86). E, é esta forma de pensar e ver o espaço que faz com que tudo que não seja visto como mercadoria seja rechaçado. Nesse ponto, é que vem umas das mais importantes construções de Lefebvre (2000, p.89-90):

É preciso reconhecer, no entanto, que a burguesia dirige sua luta pelo espaço e no espaço conservando a iniciativa. O que responde à questão já colocada: a passividade, o silêncio dos “usuários”. O espaço abstrato funciona de maneira altamente complexa. Ao mesmo título que o diálogo, esse espaço implica um acordo tácito, um pacto de não agressão, um quase contrato de não-violência. Ou seja, de reciprocidade, de uso partilhado. Na rua, cada passante é presumido não atacar o que encontra; o agressor que transgride essa lei comete um ato criminoso. Um tal espaço supõe uma “economia espacial”, solidária da economia verbal, apesar de distinta, que valoriza para as pessoas algumas relações em alguns lugares (os magazines e butiques, os cafés, os cinemas etc.) e, por conseguinte, suscita discursos conotativos a propósito desses lugares, levando a um “consenso” e a uma convenção: nesses locais, evita-se os aborrecimentos, propõe-se andar tranquilamente, estar bem etc. Quanto aos discursos denotativos, isto é, descritivos, têm um aspecto quase jurídico, também conduzindo a um consenso: não se luta para ocupar o mesmo local; deixa-se espaços disponíveis, ordenando-se, ressalvada a impossibilidade, os “proxêmios”, as distâncias respeitosas. O que, por sua vez, exercita uma lógica e uma estratégia da propriedade no espaço: “o que é seu não é meu, lugares e coisas”. E, não obstante, existem lugares comuns, lugares partilhados, cuja posse e consumo não podem ser inteiramente privados, como os cafés, as praças, os monumentos. O consenso espacial, aqui rapidamente descrito, faz parte da civilização, como a interdição de determinados atos grosseiros ou ofensivos (vis-à-vis das crianças, das mulheres, dos velhos e mesmo de toda a população). Portanto, ele opõe à luta de classes, como a outras violências, um fim de não-receber.

Ou seja, fugir dessa lógica hegemônica, que dita aquilo que é permitido dentro do espaço, faz com que seus usuários sejam vistos como criminosos. Ademais, é isto que acontece na ótica dos grafismos urbanos, uma vez que aqueles que buscam o acesso ao espaço urbano por meios dos grafismos “ferem”, de certa forma, os padrões hegemonicamente impostos.

Assim, há uma luta pelo Direito à Cidade que, segundo Ani Fani Alessandri Carlos (2007) é uma cisão entre a apropriação e a dominação do espaço, que se revela pela luta de espaços no ambiente urbano. Assim, no âmbito urbano, o que se tem é a preocupação com diversos aspectos que não levam em conta a grandiosidade de formas de manifestações existentes.

Nasce, com a quebra de padrões estéticos, uma nova cidade, que coloca na pauta o direito à propriedade, negando a mesma, onde coloca-se em cheque inclusive a função da própria cidade e a segregação advinda de um modo de pensar capitalista (CARLOS, 2007).

Com os construtos acima expostos, é perfeitamente possível entender que o movimento dos grafismos (*pixo, graffiti*) no ambiente urbano é um bom exemplo que de um movimento que remodelar a cidade, revirando seus conceitos. São as vozes dos excluídos sociais que aparecem no branco das paredes da urbe.

Por essa razão, buscar-se-á trazer no próximo capítulo a relação da arte urbana com o Direito à Cidade Sustentável, uma vez que o conceito de Direito à Cidade de Lefebvre ganha sua máxima compreensão quando pensados a partir da lógica da multidimensões da sustentabilidade.

### 3. A ARTE URBANA E SEU IMBRICAMENTO COM A QUESTÃO DA CIDADE SUSTENTÁVEL

O conceito de Arte Urbana, ao ser abordado de forma não científica, vem sempre ligado ao conceito de Estética. Mas, ao revés das conversas sem embasamento teórico, há que se referir que o vocábulo “estética” não pode ser abordado de forma sucinta e, para construir seu conceito, é necessário trazer as contribuições da Teoria Estética de Adorno, que já em sua época, afirmava que a arte não pode configurar-se a partir de um só conceito, uma vez que variam de acordo com diversos fatores (ADORNO, 2008).

Ou seja, não se pode refutar novas formas estéticas e artísticas pelo simples fato de que se apresentam de forma diversa daquela existente, imposta socialmente. Refere-se que estética e a arte estão inseridas dentro de um contexto temporal e cultural e não cabem em modelos pré-definidos. Elas modificam-se com as experiências humanas e são, portanto, dotadas de autonomia e liquidez. “A arte, através da construção, gostaria de se libertar, pela sua própria força, da sua situação nominalista, do sentimento do contingente, e de atingir a envolvência do obrigatório, do universal” (ADORNO, 2008, p.94).

Contudo, em que pese deva ser adotado um conceito aberto, para a convivência social, aceitar uma manifestação artística enquanto arte perpassa necessariamente por aquilo que esteticamente é considerado belo. Ou seja, se uma obra ou manifestação foge do habitual, não é aceita na galeria de arte.

Ocorre que na Teoria Estética de Adorno o conceito de belo não recebe enfoque, isso porque tal conceito já nasce trazendo consigo predefinições, que firmadas a partir de um pensamento hegemônico, rechaçam tudo aquilo que esteticamente não se enquadra no que é considerado belo. Justamente por existir o belo, é que existe a discussão estética. O belo é exatamente aquilo que não agride, que é harmônico, que não foge da lógica do senso comum (ADORNO, 2008).

Neste sentido, o autor de Álvaro L. M. Valls, na reflexão chamada “O que é Ética”, traz o pensamento acerca dos desafios contemporâneos da ética, uma vez que o autor menciona que as “questões da ética nos aparecem a cada dia” (1994, p.09). Assim, as artes trazem problemas para a ética, uma vez que pode ser utilizada para condicionar o comportamento das pessoas.

As questões éticas e estéticas sofrem modificações no curso do tempo e, o que é considerado em um determinado período enquanto “correto”, pode se tornar “errado” e, o que é aceito, pode ser tido enquanto proibido. Valls (1994) provoca ao questionar se não seria mais simples simplesmente existir uma listagem, ainda que provisória, acerca das convenções sociais provisórias.

O entrelaçamento do conceito de ética e estética pode ser bem trazido a partir da leitura de Nadja Hermann, que aduz que ao tratar da pluralidade na ética, “a estética se interpõe pela sua possibilidade de transcender as fronteiras racionais, criando formas de sensibilidade e experiências de subjetividade que exigem novos modos de tratamento ético” (2005, p.11). Para a autora, a tentativa da estética pode ser descrita enquanto a luta pela emancipação dos sentidos. Tal ideia, ampliada, hoje se reflete em sua consequência, que se configura a partir de mudança cultural radical, onde o corpo e os sentidos se tornam tão importantes quanto a razão e o intelecto.

A questão que fica é: a reivindicação da Arte Urbana, a partir da inserção dos grafismos na urbe, pode ser vislumbrada com uma forma legítima de busca pelo reconhecimento do Direito a Cidade Sustentável?

Antes de falar na possibilidade de existência de uma cidade sustentável, ainda mais na busca por ela, é necessário abordar o conceito de sustentabilidade, o que implica adentrar em um conceito nada solidificado pela doutrina moderna, uma vez que o cenário de desenvolvimento atual foi construído a partir de um modelo que prioriza valores econômicos.

Cabe aduzir que o termo *sustentável* foi, primordialmente, debatido na década de 70, pela comunidade científica, utilizado para designar a possibilidade de um ecossistema não perder sua resiliência; sendo, após este momento, utilizado nos anos 80, para qualificar o termo *desenvolvimento* (VEIGA, 2006).

Nesse sentido, Juarez Freitas define a sustentabilidade como um princípio, que determina a responsabilidade do Estado, em conjunto com a sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, ambientalmente limpo, inovador, no intuito de assegurar o direito ao bem-estar (FREITAS, 2012).

Há que se ressaltar que foi no ano de 1988, com a publicação do relatório *Nossa Futuro Comum*, conhecido como *Relatório Brundtland*, pela Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento da ONU, que o conceito mais simplista e difundido de sustentabilidade se tornou conhecido, como sendo “aquele que atende às necessidades do presente sem comprometer a possibilidade de as gerações futuras atenderem às suas necessidades” (ONU, 1988).

Contudo, a ideia de sustentabilidade ligada estritamente com relação ao meio ambiente resta ultrapassada. Dessa forma, portanto, sofreu diversas críticas de autores que defendem a ideia de que a sustentabilidade de possuir um viés multidimensional. Assim, o conceito de sustentabilidade deve ser concebido como sendo um conceito multifacetado, contudo, em relação ao número de dimensões e quais seriam elas os doutrinadores não são uníssonos.

A título de exemplo, Juarez de Freitas (2012) apresenta cinco dimensões, quais sejam: ambiental, econômica, social, ética e jurídico-política. Enquanto que José Eli da Veiga (2006) refere que o *Relatório Brundtland* determina que a sustentabilidade permeia as sete dimensões da vida, a saber: econômica, social, territorial, científica e tecnológica, política e cultural.

Ignacy Sachs (1994), chegou a referir que a sustentabilidade apresentava cinco dimensões, quais sejam: sustentabilidade social; sustentabilidade econômica; sustentabilidade ecológica; sustentabilidade espacial e sustentabilidade cultural. E posteriormente, o mesmo autor, em 2002, passou a referir que a sustentabilidade possui oito dimensões.

Denival Francisco da Silva, Luiz Gonzaga Silva Adolfo e Sonia Aparecida de Carvalho (2015), aduziram que são três as dimensões da sustentabilidade: a ecológica, a social e econômica. Ainda, o autor Jerônimo Tybusch (2011) defende que a sustentabilidade possui seis dimensões: ecológica, cultural, social, econômica, política e jurídica.

Optou-se, neste estudo, por abordar as dimensões trazidas por Freitas (2012). Assim sendo, a dimensão social da sustentabilidade é de suma relevância para os construtos deste trabalho, posto que sua aplicação remete à negação de um modelo de desenvolvimento excludente e injusto. E é nesta dimensão que ganham espaço os direitos fundamentais sociais.

Já a dimensão ética da sustentabilidade é conceituada pelo autor com um viés atrelado ao “sentido de que todos os seres possuem uma ligação intersubjetiva e natural, donde segue a empática solidariedade como dever universalizável de deixar o legado positivo na face da terra” (FREITAS, 2012). Assim, pode-se entender que a dimensão ética é intimamente ligada ao conceito de cooperação e de busca por um modelo de ética universal, que reconheça a dignidade intrínseca dos seres vivos, “acima dos formalismos abstratos e dos famigerados transcendentalismos vazios” (FREITAS, 2012, p.63).

A dimensão ambiental representa o conceito mais difundido, uma vez que remete à abordagem trazida em 1988 no *Relatório de Brundtland*, ou seja, aborda o direito das gerações atuais, sem prejuízo das futuras, ao ambiente limpo. Tal conceito perdeu força quando analisado de forma isolada pois tornou-se insuficiente, contudo, é uma peça importante no quebra-cabeça da sustentabilidade (FREITAS, 2012).

A dimensão econômica, segundo Freitas (2012, p. 66) “não pode ser separada da medição de consequências de longo prazo. Nessa perspectiva, o consumo e a produção precisam ser reestruturados completamente”. Com isso, o autor defende a ideia de que a natureza não pode ser vista como um bem disponível. Portanto, o Estado deve agir e insurgir-se no sentido de coibir sua capitalização que ignora a complexidade do mundo natural.

Por sua vez, a dimensão jurídico-política pode ser representada pela ideia de direito ao futuro e, portanto, apresenta-se como dever constitucional a proteção da liberdade de cada cidadão (FREITAS, 2012).

Ao fim e ao cabo, o autor defende a importância do entrelaçamento destas dimensões, tendo em vista que constituem mutuamente uma dialética da sustentabilidade e que não pode ser rompida, sob pena de irremediável prejuízo e que se tratam de componentes essenciais à modelagem do desenvolvimento (FREITAS, 2012).

Diante disso, resta evidente que a sustentabilidade apenas possui concretude quando referida em consonância a um lugar e a um tempo específicos, ao sujeito do discurso, sobretudo, aos atores e agentes cuja razão social seria a implementação de um modelo de desenvolvimento sustentável (MANTOVÉLI JÚNIR, 2012).

O desenvolvimento sustentável, da mesma forma, só faz sentido quando observado a partir da ótica multidimensional, pois configura hodiernamente um desafio que pressupõe a consideração das diversas dimensões culturais e éticas no processo de tomada de decisão, e as ações coletivas e altruisticamente

motivadas, de modo a retirar toda a carga devastadora das decisões pautadas na maximização de interesses individuais de agentes econômicos específicos (ROMEIRO, 2010).

Costuma-se ligar o conceito de desenvolvimento ao desenvolvimento econômico. Contudo, autores como Amartya Sen apresentam uma nova perspectiva de desenvolvimento, desatrelada destas variáveis, consistindo em uma concepção que considera a liberdade como meio e fim do desenvolvimento. Nesse sentido, o autor considera que

Os fins e os meios do desenvolvimento requerem análise e exame minuciosos para uma compreensão mais plena do processo de desenvolvimento; é sem dúvida inadequado adotar como nosso objetivo básico apenas a maximização da renda ou da riqueza, que é, como observou Aristóteles, “meramente útil e em proveito de alguma outra coisa”. Pela mesma razão, o crescimento econômico não pode sensatamente ser considerado um fim em si mesmo. O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhora da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos (SEN, 2000, p.29).

A privação de liberdades, que é verificada atualmente no contexto contemporâneo, consiste notadamente na carência de oportunidades de acesso à saúde, educação, emprego remunerado, segurança social, serviços de saúde, saneamento básico e água tratada. Nessa senda, o desenvolvimento pode ser visto como um processo de emancipação das liberdades reais que as pessoas desfrutam.

A partir dessa perspectiva, o desenvolvimento para ser efetivo carece da remoção das principais fontes de privação de liberdade, quais sejam: pobreza e tirania, carência de oportunidade econômica e destruição social sistemática, negligência dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva dos Estados.

Na mesma linha de raciocínio, Juarez Freitas (2012) faz referência à inconsistência do conceito de desenvolvimento sustentável, referindo acerca do fato que as crises atuais se interagem entre si, compondo uma crise sistêmica:

Trata-se, sem dúvida, de crise superlativa e complexa. Crise do aquecimento global, do ar irrespirável, da desigualdade brutal de renda, da favelização incontida da tributação regressiva e indireta, da escassez visível de democracia participativa, da carência flagrante de qualidade da educação (inclusive ambiental), das doenças facilmente evitáveis, da falta de paternidade e maternidade conscientes, do stress hídrico global, da regulação inerte, tardia ou impotente, do desaparecimento de espécies, da queimada criminosa, da produção de resíduos que cresce em ritmo superior ao da população e da impressionante imobilidade urbana (FREITAS, 2012, p.25-26).

No cenário contemporâneo, não há mais espaço para pensar no conceito de desenvolvimento sustentável e no conceito de sustentabilidade como um padrão ligado a questões econômicas e ambientais tão somente. Portanto, suas multidimensões devem ser consideradas de forma conjunta.

A partir da análise multidimensional da sustentabilidade, notadamente atendo-se à sustentabilidade social, pode-se concluir que não pode haver – ou ser permitida – a existência de uma “discriminação negativa” (FREITAS, 2012, p.58). Pois, segundo a análise de Juarez Freitas, as únicas distinções possíveis dão-se no sentido de incluir minorias, e não o contrário. O autor é cirúrgico ao concluir sua abordagem no seguinte sentido:

Consigne-se que, comprovadamente, as sociedades equitativas, não as mais ricas e assim éticas, são aquelas percebidas como as mais aptas a produzir bem-estar. Em suma, a sustentabilidade na sua dimensão social, reclama:

- a) o incremento da equidade intra e intergeracional;
- b) condições propícias ao florescimento virtuoso das potencialidades humanas, com educação de qualidade para o convívio; e

c) por último, mas não menos importante, o engajamento na causa do desenvolvimento que perdura e faz a sociedade mais apta a sobreviver, a longo prazo, com dignidade e respeito à dignidade dos demais seres vivos. (FREITAS, 2012, p.58).

Ou seja, pode-se falar na busca do direito ao acesso à Cidade Sustentável. Este conceito, ou melhor, a preocupação com as cidades sustentáveis não data de hoje, uma vez que, desde a Conferência da ONU sobre Desenvolvimento e Meio Ambiente, verificou-se um debate voltado também para políticas urbanas (ACSELRAD, 2001).

Assim, pensando na multidimensão social da sustentabilidade um dos pontos que devem ser buscados no ambiente urbano é a qualidade de vida. Nesse sentido, oportuno trazer o que aduziu Henri Acselrad (2001, p. 43):

Tal representação da cidadania urbana tende a espraiar-se para o conjunto das políticas urbanas, justificando estruturas que favorecem o desenvolvimento do diálogo e da negociação, bem como a realização de pactos de atribuição de sentido à duração das cidades, não só em sua materialidade, mas enquanto institucionalidade sociopolítica.

O autor se refere a uma necessidade de manutenção da institucionalidade sociopolítica. Ocorre que esta só pode ser percebida a partir da preservação de identidades, de culturas diversas, de um ambiente que comtemple a todos os usuários das cidades.

Para Flávio Ahmed (2009), garantir o direito à cidade sustentável é garantir a função social de uma cidade. O ambiente urbano deve ser o local onde o cidadão possa exercer de forma ampla a cidadania, tendo garantida a qualidade de vida e o pleno exercício de todos os direitos sociais. Assim:

Não é possível se imaginar um projeto de sustentabilidade com o alijamento de condições para o fomento de lazer e de cultura, mesmo porque são atividades plenamente associadas ao trinômio moradia-trabalho-consumo- em que assenta a vida urbana a um projeto de realização do cidadão na perspectiva de consumo e cidadanias sustentáveis (AHMED, 2009, p.19).

O autor faz a importante referência de que, no âmbito das cidades, não é admissível que políticas urbanas excluam o lazer e a cultura, seja qual for o nível de hierarquização (AHMED, 2009).

Para a discussão que traz por pano de fundo a virada estética da cidade com a inserção de grafismos urbanos é necessário pensar na ótica social que nasce detrás da existência das manifestações culturais, por mais que hajam contrapontos a serem discutidos na esfera da propriedade privada, que indubitavelmente é atacada. Nesse sentido, Ribeiro (2005, p.60) questiona se pode ou não uma cidade ser sustentável:

Ora, essa pergunta só faria sentido se a cidade fosse um organismo vivo, autônomo, dotado de desejo e de capacidade de reprodução. Isso não ocorre. A cidade é, antes de mais nada, realização humana, obra edificada ao longo de muitos séculos. A concentração dos seres humanos em cidades é que deve ser analisada sobre a ótica da sustentabilidade. O que deve ser sustentável não é a cidade, mas o estilo de vida urbano, que tem nas cidades mais uma forma de manifestação.

E como fazer então que o estilo de vida urbano seja sustentável? Segundo Gregori e Loureiro (2013), isso somente é possível se forem propostas e realizadas atitudes concretas dos municípios, “tanto para fatores diretos de sustentabilidade como para uma paulatina educação ambiental dos cidadãos” (GREGORI; LOUREIRO, 2013, p.465). No mesmo sentido, aduziu Osório e Mengassi (2002, p.47):

A sustentabilidade de uma cidade também é determinada pela qualidade de sua governança. Somente um processo de governança urbana transparente de responsável poderá assegurar o desenvolvimento sustentável das cidades com justiça social e preservação ambiental.

Assim, cotejando o que disseram Osório e Menegassi (2002), com a parte final do primeiro capítulo, e com o que disse Ahmed (2009), não pode ser aceita uma política urbana que não inclua a preocupação com a preservação e respeito com bens materiais e imateriais.

Propiciar tais atividades ou, antes de qualquer coisa criar condições, através de políticas de ordenamento urbano sólidas, para que venham a substanciar de modo efetivo, deve permear a agenda estatal na formulação da política urbana na lógica da sustentabilidade, sob pena de esclerosar a vida citadina, matizada que é pelo florescimento de expressão da criação (AHMED, 2009, p.19).

A cidade não nasce sustentável. E a busca pela cidade sustentável implica observar todas as suas multidimensões, garantindo direitos sociais a todos os usuários de ambiente urbano, que devem ter garantido muito mais do que o acesso à cidade, mas sim a tudo que ela oferece, em sentido amplo. Afinal, os espaços devem ser mais do que públicos, devem ser populares, com respeito a toda a diversidade que é propiciada e vislumbrada em um mundo globalizado.

Ao fim e ao cabo, parece interessante encerrar esse trabalho com uma contribuição de Flávio Ahmed (2009) que, em outro contexto, falando de cidades sustentáveis, assim refere: “a cidade é um texto, mas deve ser vista como obra a ser escrita pelos seus anseios e vocações culturais que cabem ser estimuladas” (AHMED, 2009, p.21). Dessa forma, há que se deixar que todos os atores sociais possam escrever na sua cidade.

## CONCLUSÃO

Sem a intenção de esgotar a temática tratada, o presente estudo buscou descortinar em que medida os grafismos urbanos podem ser compreendidos como uma forma legítima de busca pelo acesso à cidade.

Analizando os construtos de Arte Urbana tem-se que os grafismos urbanos podem ser reconhecidos culturalmente e respeitados enquanto produção cultural formada por um grupo da sociedade brasileira.

Os atores sociais que inserem na clandestinidade seus grafismos na urbe, tem por objetivo adentrar no espaço urbano e ter acesso à cidade. Percebe-se a evidência da intenção em chamar a atenção da sociedade e do governo para problemas sociais. Tratam-se de reivindicações e reclames que geralmente partem de uma minoria social, excluída do ambiente urbano.

Em que pese haja certa procedência no discurso social, percebeu-se com este estudo que, todos os indivíduos devem ter garantido seu direito de acesso à cidade. Ademais, falar na busca pela cidade é falar na busca pelo acesso em sentido amplo, ou seja, deve ser garantido o direito à cidade sustentável, que somente pode ser alcançado quando observadas todas as suas multidimensões, principalmente a social, que é atrelada e indissociada à qualidade de vida dos cidadãos, com a preservação e garantia de direitos sociais.

Ocorre que, atualmente, a lógica capitalista está presente em diversas esferas e, com ela, criam-se padrões que só possuem validade quando observados enquanto mercadoria. Desse modo, tudo que não pode ser comercializado perde a razão de ser. É o que justifica o fato de que os *outdoors* são aceitos de forma ostensiva, enquanto os grafismos urbanos são rechaçados.

Assim, o que se percebe é que os espaços devem ser mais do que públicos, devem ser populares, com respeito a toda a diversidade que é propiciada e vislumbrada em um mundo globalizado e plural.

## REFERÊNCIAS:

- ACSELRAD, Henri. Sentidos da Sustentabilidade Urbana. In: ACSELRAD, Henri. (Org.) *A duração da cidade: sustentabilidade e risco nas políticas urbanas*. Rio de Janeiro: DP&A, 2001. p. 27-56.
- ADORNO, Theodor Wiesengrund. Teoria Estética. Tradução de Arthur Morão. Lisboa: Edições 70, 1970.
- \_\_\_\_\_. *Indústria Cultural e Sociedade*. Tradução: Augustin Wernet e Jorfe Matos Brito de Almeida. São Paulo: Paz e Terra, 2002.
- AHMED, Flávio. A cultura e o lazer na perspectiva da sustentabilidade das cidades. In: AHMED, Flávio; COUTINHO, Ronaldo. (Orgs.) *Cidades Sustentáveis no Brasil e sua tutela jurídica*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- ALOMAR, Jordi Sanchés-Cuenca. Habitação social e o direito à cidade: Parâmetros de avaliação de políticas e programas. Disponível em: <[https://m.box.com/shared\\_item/https%3A%2F%2Fapp.box.com%2Fs%2Fd54c57156475587tms23azv5xeexv5y](https://m.box.com/shared_item/https%3A%2F%2Fapp.box.com%2Fs%2Fd54c57156475587tms23azv5xeexv5y)>. Acesso em: 22.set.2016.
- ARCE, José Manuel Venzuela. *Vida da barro duro: cultura popular juvenil e grafite*. Tradução de Heloísa Rocha. Rio de Janeiro: UFRJ, 1999.
- FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade**: Direito ao Futuro. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- GARBIN, Elisabete Maria; PEREIRA, Angélica Silvana. Juventudes caricaturizadas: novas sociabilidades nas ruas. In: **VIII Reunión de Antropología del Mercosur**: Diversidad y poder en América Latina, 2009, Buenos Aires. VIII Reunión de Antropología del Mercosur: Diversidad y poder en América Latina, 2009. v. VIII. p. 1-10.
- GREGORI, Isabel Christine de; LOUREIRO, Monica Michelotti. Como construir cidades sustentáveis? **I Congresso Internacional de Direito Ambiental e Ecologia Política III Seminário de Ecologia Política e Direito na América Latina**. 2013. p.458-469. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8348/5030#V-R6hJMrl9c>>. Acesso em: 07 set. 2016.
- HERMANN, Nadja. *Ética e estética: a relação quase esquecida*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005. Leitura: Parte I
- LEFEBVRE, Henri. **O direito à cidade**. Tradução: Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.
- \_\_\_\_\_. **A produção do espaço**. Trad. Doralice Barros Pereira e Sérgio Martins (do original: *La production de l'espace*. 4e éd. Paris: Éditions Anthropos, 2000). Primeira versão: início – fev, 2006.
- MANTOVANELI JÚNIOR, Oklinger. A sustentabilidade como projeto para a cidadania planetária. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; SAMPAIO, Carlos Alberto Cioce; FERNANDES, Valdir. **Gestão de natureza pública e sustentabilidade**. Barueri: Manole, 2012.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. Disponível em:  
<<http://www.onu.org.br/>>. Acesso em: 07 set. 2016.
- OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jacqueline. A reapropriação das cidades no Contexto da Globalização. In: Org: OSÓRIO, Letícia Marques. **Estatuto da Cidade e Reforma Urbana**: Novas Perspectivas para as cidades brasileiras. 2002. p.39-60.
- RIBEIRO, Wagner Costa. Cidades ou sociedades sustentáveis? In: CARLOS, Ana Fani Alessandri; CARRERAS, Carles. **Urbanização e Mundialização**: estudos sobre a metrópole. São Paulo: Contexto. 2005. p.60-70.
- ROMEIRO, Ademar Ribeiro. Economia ou economia política da sustentabilidade. In. Peter May (org.) **Economia do meio ambiente**: teoria e prática. 2 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SACHS, Ignacy. Estratégias de transição para o século XXI. In: BURSZTYN, Marcel (org.). **Para pensar o desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

SANTOS, Milton. **Técnica, espaço e tempo:** globalização e meio técnico-científico informacional. São Paulo: HUCITEC, 1994.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade.** Tradução Laura Teixeira Mota. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Francisco Denival da; ADOLFO; Luiz Gonzaga Silva; CARVALHO, Sônia Aparecida de. Direitos Humanos, desenvolvimento sustentável e sustentabilidade. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM.** v.10, n.1/2015. Disponível em: <<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/viewFile/15383/pdf>>. Acesso em: 22 set. 2016.

TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. **Sustentabilidade Multidimensional:** Elementos reflexivos na produção da técnica jurídico-ambiental. 2011. 222 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2011.

VEIGA, José Eli da. **Meio ambiente e desenvolvimento.** São Paulo: Senac São Paulo. 2006.

\_\_\_\_\_. **Sustentabilidade:** a legitimação de um novo valor. São Paulo: SENAC, 2010.

VALLS, Alvaro. O que é ética? Coleção Primeiros Passos - No 177. São Paulo, Editora Brasiliense, 1994.

WELLWE, Wivian. A presença feminina nas (sub)culturas juvenis: a arte de se tornar visível. In: **Estudos Feministas.** v.13, n.1, p. 107-126, jan. abril, 2005.

# O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO DOS DIREITOS HUMANOS DIANTE DO PROJETO DE DESCONSTRUÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL: EM BUSCA DE UMA RACIONALIDADE DE RESISTÊNCIA

Fernanda Storck Pinheiro<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Não é de hoje que os direitos sociais encontram-se sob fogo cruzado. Historicamente, essa categoria de direitos representou uma barreira civilizatória aos movimentos exploratórios do sistema econômico capitalista e, justamente por isso, encontraram resistência em sua aplicação. No Brasil, a chamada Constituição Cidadã, que desde 1988 inaugura um novo panorama jurídico e social, buscou concretizar promessas voltadas à construção de um Estado Social e Democrático de Direito. Essa concretização, no caso brasileiro, nunca se perfectibilizou, à medida em que se sucedem crises econômicas cíclicas, cenário atualmente agravado por profunda crise política.

Nesse panorama, assiste-se à proliferação de propostas de alterações legislativas que afetam diretamente os direitos sociais. Essa conjuntura não é nova. No âmbito dos direitos dos trabalhadores há, historicamente, uma gama de leis que diminuíram o espectro protetivo da classe trabalhadora, seja no âmbito material, seja processual (aqui referidas aquelas medidas que afetam diretamente o acesso à Justiça). Mais recentemente, a crise da década de 1990 possibilitou o advento de diversas medidas flexibilizadoras (ou desconstrutoras) de direitos. Em 2017, através da aprovação pelo Congresso Nacional da Lei 13.467, em processo legislativo apressado e eivado de vícios formais, deu-se a modificação da legislação trabalhista ordinária existente até então que, numa interpretação estrita e positivista, pode ser vista como um dos maiores retrocessos históricos quanto à matéria.

Direitos trabalhistas são direitos sociais, cuja busca permanente de concretização é um compromisso assumido pela Constituição Federal de 1988. Cabe, então, analisar em que medida as alterações perfectibilizadas através de referida lei ordinária afrontam aquilo que doutrina e jurisprudência denominam cláusulas pétreas da Constituição e o quanto inobservam o princípio de proibição de retrocesso social que norteia os direitos humanos.

Para tanto, buscar-se-á analisar a posição de referidos direitos no constitucionalismo contemporâneo, seu conteúdo eficacial, a evolução histórica destes direitos e a impossibilidade de reformas que incorram em retrocessos sociais, destacando, por fim, a necessária adoção de uma hermenêutica capaz de ler todo o sistema de proteção aos direitos humanos como aquilo que ele realmente é: um sistema integrado, coerente e que se autocomplementa em busca da proteção aos direitos humanos. Destaca-se desde já que não se pretende

<sup>1</sup> Doutora em Direito (PUCRS), Mestre em Direito (UNISC), Advogada. Professora e pesquisadora vinculada aos cursos de Mestrado e Doutorado do Programa de Pós-graduação em Ambiente e Desenvolvimento da Universidade do Vale do Taquari - Univates. Pesquisadora do grupo de pesquisa Trabalho e Capital (FEMARGS/UFRGS). Pesquisadora do grupo de pesquisa Identidades Étnicas em espaços territoriais da Bacia Hidrográfica do Taquari-Antas: história, movimentações e desdobramentos socioambientais (Univates). E-mail fernandabrod@univates.br

analisar pontualmente as alterações (que foram muitas) ocasionadas pela referida lei, mas sim destacar mecanismos de resistência à aplicação das medidas desconstrutoras nela previstas.

## 1. Os direitos sociais no constitucionalismo contemporâneo e seu conteúdo eficacial

Parte-se do pressuposto que os direitos humanos são realidades históricas que derivam das lutas e batalhas existentes no transcorrer dos séculos, em prol da asseveração do princípio da dignidade humana (SARMENTO, 2010). Assim, necessário o breve exame da forma que foram concebidos no decorrer da história, de sorte a comprovar a necessidade de sua valoração na contemporaneidade.

No paradigma liberal, com o advento da Revolução Francesa, os direitos humanos eram aplicados como balizas impostas ao poder que o Estado possuía sobre os indivíduos. Direitos dessa natureza coibiam a intromissão do Estado, a fim de delimitar as relações da sociedade civil e do próprio Estado, ou seja, entre o público e o privado, uma vez que o Estado, com toda superioridade, interferia consideravelmente na sociedade, prejudicando seu desenvolvimento (SARMENTO, 2010). A Constituição surgiu como um instrumento “adequado de contenção dos poderes estatais, onde o *constitucionalismo* e os *direitos humanos* são os pilares sobre os quais se erige o Estado Liberal, que vem a substituir o Estado Absoluto” (PEREIRA, 2006).

Posteriormente, motivada pelo advento do sistema econômico capitalista e a franca exploração do trabalho pelo capital, o que gerou profunda crise social na Europa do século XIX e a necessidade de criação de medidas protetivas de cunho social, assiste-se ao surgimento de um novo modelo de Estado. Nesse momento, o modelo liberal de Estado foi substituído pelo Social, e a partir deste, aliado ao aprofundamento dos estudos do Direito Constitucional na Europa, especialmente após a reconstrução realizada com o término da Segunda Guerra Mundial, brotou uma nova compreensão sobre direitos humanos. Era perceptível que a mera segurança física garantida pelo Estado Liberal não era suficiente para evitar a exploração do homem pelo homem e para evitar barbáries como as perpetradas durante a Segunda Guerra. A segurança econômica também era um horizonte a ser buscado e para isso esse modelo de Estado adota políticas públicas para realização de prestações positivas em prol da efetivação dos direitos sociais (os chamados direitos humanos de segunda dimensão),<sup>2</sup> como forma de compensar as desigualdades originadas pelos meios de produção. Nessa perspectiva, o poder mais fortalecido deixa de ser o legislativo e passa a ser o poder executivo, encarregado de editar e colocar em prática políticas públicas de intervenção na economia, para a efetivação de direitos.

A nova concepção partiu do pressuposto segundo o qual os direitos fundamentais exprimem os valores nucleares da ordem jurídica democrática, ou seja, seus efeitos não podem apenas limitar as ações do Estado. É necessário que seus valores irradiem para os demais campos do ordenamento jurídico e, de igual forma, sustentem a orientem os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (SARMENTO, 2010).

Já com o surgimento da crise do petróleo, na década de 1970, este modelo de Estado, também chamado Estado de Bem-Estar Social, entra em crise, pois o Estado que havia expandido desordenadamente, encontra empecilhos para cumprir as tarefas que honrou. Agrega-se, ainda, a influência da globalização da economia, e o argumento (falacioso) de incapacidade de fiscalização e regulamentação do mercado,<sup>3</sup> determinantes para garantir os direitos sociais. Surge então, o modelo de Estado Democrático de Direito, voltado não apenas à

2 Trata-se de modalidade de direitos que exige prestações positivas do estado “atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social” (SARLET, 2009, p. 47).

3 Ou, os principais dogmas do liberalismo econômico (como, por exemplo, a infalibilidade do Mercado, as benfeitorias da concorrência generalizada, a privatização dos serviços públicos, a desregulamentação do trabalho, a livre circulação de capitais e mercadorias), que se tornaram, em poucos anos, uma espécie de “religião oficial” (SUPIOT, 2014).

promoção de políticas públicas, mas à transformação da realidade mediante a própria reestruturação da realidade social. Conforme Morais (1996, p. 83):

Quando assume o feitio democrático, o Estado de Direito tem como objetivo a igualdade e, assim, não lhe basta a limitação ou a promoção da atuação estatal, mas referenda a pretensão à transformação do *status quo*. A lei aparece como instrumento de transformação da sociedade, não estando mais atrelada inelutavelmente à sanção ou à promoção. O fim a que pretende é a constante reestruturação das próprias relações sociais.

Nessa perspectiva, todo o arcabouço jurídico deve voltar-se a tais objetivos e as Constituições, no âmbito interno e os tratados de direitos humanos, no âmbito internacional, aportam como guias mestra do modelo de sociedade que se pretende construir. O Direito se apresenta “não só como um sistema de regras que não se deve transgredir, mas também como um conjunto de fins a atingir” (SUPIOT, 2014).

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 foi a primeira das Constituições brasileiras a conter, em capítulo próprio, os princípios fundamentais, já no início do texto, restado evidente o objetivo do Constituinte em conceder aos princípios fundamentais a base da ordem constitucional. Ou seja, no âmbito do direito brasileiro, o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais aparece seja em face da literalidade do texto constitucional, seja em razão da opção por manter um Estado inserido em um modelo capitalista de produção que, no entanto, promova uma sociedade justa, fraterna e solidária. Os direitos dos trabalhadores foram erigidos à categoria de direitos fundamentais, previstos em rol próprio contido no artigo 7º da norma constitucional, o qual acena para um mínimo protetivo de direitos dos trabalhadores, possibilitando a adoção de “outros, que visem à melhoria de sua condição social”, tal como anunciado no *caput* de referido dispositivo, aspecto ao qual retornaremos em seguida, dada sua importância diante das atuais circunstâncias.

## 2. A reforma trabalhista e o projeto de desconstrução da Justiça do Trabalho no Brasil

Como foi visto, não é de hoje que os direitos dos trabalhadores são alvo de críticas e de tentativas de desconstrução. Embora não sejam uma medida revolucionária, mas ao contrário, sirvam para assegurar a perenidade do sistema capitalista,<sup>4</sup> foram (e são) alvo de constantes críticas e ataques. A história do direito do trabalho no Brasil é, assim, marcada por constante resistência. Embora a construção teórica de que a legislação trabalhista teria sido uma outorga da classe política então no poder,<sup>5</sup> a resistência ao cumprimento pela classe empresarial de uma legislação minimamente protetiva e a ausência de fiscalização efetiva são elementos que comprovam justamente o contrário.<sup>6</sup>

Nesse viés, a Justiça do Trabalho ocupa um espaço destinado a uma última alternativa, quando o capital já deu conta de desrespeitar direitos (não nos olvidemos de que o empregador detém o poder de autotutela) e o Estado falhou em fiscalizar. Justamente por isso, medidas voltadas à desconstrução do direito do trabalho são também medidas voltadas à fragilização da Justiça do Trabalho.

4 Assim como os demais direitos sociais. O modelo de Estado Social não promove a destruição do sistema capitalista. Ao contrário insere os mercados num quadro normativo próprio, possibilitando garantir seu funcionamento durante o tempo de gerações sucessivas. “O Direito Social fez reaparecer no cenário dos câmbios sua inscrição em uma cadeia generalizante, assim como suas perturbações físicas e os elos de solidariedade que os unem ou que se lhes opõem” (SUPIOT, 2014, p. 42).

5 O autor aponta a posição de Oliveira Vianna, no sentido de reforçar o argumento de que a legislação trabalhista teria resultado de “outorga generosa dos dirigentes políticos e não de uma conquista realizada pelas classes trabalhadoras” (VIANNA, 1999, p. 361).

6 Luiz Werneck Vianna destaca registros documentais da resistência à aplicação da Lei de Férias, de 1925, pela classe empresarial, assim como a leniência do Estado em realizar a efetiva fiscalização de seu cumprimento. (VIANNA, 1999)

Originalmente vinculada ao Poder Executivo (como um braço do Ministério do Trabalho), os primeiros registros da Justiça do Trabalho como um espaço voltado para a resolução de conflitos de trabalho datam de 1922, dizem respeito à criação dos Tribunais Rurais do Estado de São Paulo, através da Lei Paulista n. 1.869, de 10 de novembro de 1922, já com representação classista. Em 1932 surgiram as Comissões Mistas de Conciliação (através do Decreto n. 21.396, de 12 de maio) e em 1934 as Juntas de Conciliação e Julgamento (Decreto n. 22.132, de 25 de novembro, alterado pelo de n. 24.742, de 1934), de cujas decisões era possível recorrer ao Ministério do Trabalho, sendo frequentes as anulações das decisões (MALTA, 1993).

As Constituições de 1934 e de 1937 mantiveram a solução dos conflitos de trabalho no âmbito do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, como expressão de um contencioso administrativo, o que marcou não apenas o procedimento, como a própria nomenclatura de alguns institutos processuais trabalhistas. Sob o ponto de vista jurídico-formal, a Justiça do Trabalho somente passou a integrar o Poder Judiciário em 1946 (através do Decreto-lei n. 9.777, de 9 de setembro de 1946). Tal condição, contudo, não foi sinônimo de efetiva consolidação do direito do trabalho no Brasil pois, como lembram Souto Maior e Severo, “ainda que houvesse uma preocupação no sentido de formação de uma entidade de natureza social, o fato é que o Direito do Trabalho, ele próprio, ainda estava por ser construído e havia, como ainda há, um grande obstáculo cultural para a efetiva aplicação desse direito” (SOUTO MAIOR e SEVERO, 2015, p. 22).

Embora historicamente diversas tenham sido as medidas de fragilização do direito do trabalho e, consequentemente, da Justiça Especializada responsável pela resolução de seus conflitos (exemplificativamente, cabe lembrar que o regime do Fundo de Garantia, que afastou a obrigatoriedade da estabilidade decenal, é de 1967, o que denota que desde então já se alterou a legislação trabalhista em desfavor dos trabalhadores), foi a partir da década de 1990, com os ventos da globalização econômica, que se buscou implementar medidas mais drásticas nesse sentido.<sup>7</sup> Nesse período, as relações de trabalho em nível de empresas, especialmente aquelas de segmentos mais expostos à competição internacional, experimentaram reestruturação industrial baseada em novas tecnologias informacionais e novas formas de organização da produção. Passou-se a falar em “sistemas de qualidade”, através dos quais os problemas de produção passam a ser negociados entre trabalhadores e gerência, sem intervenção sindical. “Queixas não devem exceder os portões das fábricas” (CARDOSO, 2003, p. 41).

Nesse cenário, fortalece-se o fenômeno da terceirização de serviços, o que enfraquece as próprias relações de trabalho e o movimento sindical.<sup>8</sup> O fim da inflação, o apoio geral ao plano de ajuste econômico do governo Fernando Henrique Cardoso e a emergência da insegurança estrutural no emprego devido à reestruturação econômica, possibilitaram o advento de medidas que podem ser consideradas um retrocesso do ponto de vista dos direitos sociais, como foi o banco de horas e o contrato especial por prazo determinado (ambos instituídos pela Lei nº 9.601/1998), a previsão de contratação via cooperativas de trabalho (Lei

7 Ao se referir à cultura de desprestígio e isolamento cultural do Direito do Trabalho no Brasil, Maurício Godinho Delgado enfatiza que “a reunião, na década de 1990, do velho padrão cultural excluente aqui hegemônico, com as novas vertentes intelectuais justificadoras do descompromisso social, tudo conduziu a um movimento irreprimível de fustigação e desprestígio do Direito do Trabalho” (DELGADO, 2005, p. 110).

8 Em 1993, o Tribunal Superior do Trabalho alterou seu Enunciado 256, o qual considerava ilegal a contratação de trabalhador por empresa interposta, passando a admitir tal contratação por empresas públicas, sociedades de economia mista e órgãos da administração direta, autárquica e fundacional. Foi o primeiro passo rumo à aceitação da terceirização de serviços, posteriormente admitida pela jurisprudência trabalhista na forma da interpretação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho e, mais recentemente, admitida através de alteração na Lei 6.019/74 (Lei do Trabalho Temporário) ocasionadas pelas leis 13.429 e 13.467/2017. Sobre a história das alterações de interpretação a respeito da terceirização de serviços pelo Tribunal Superior do Trabalho, ver texto de BIAVASCHI, Magda e DROPPA, Alisson. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. In **Dossiê: classes sociais e transformação no mundo do trabalho**. DOI 10.5433/2176-6665.2011.v16n1, p.124.

nº 8.949/1994), a instauração de prescrição dos créditos trabalhistas para trabalhadores rurais (Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000) e, no âmbito dos mecanismos de resolução de conflitos, a instauração de Comissões de Conciliação Prévia, para onde deveriam acorrer os trabalhadores antes de ajuizar sua ação trabalhista (Lei nº 9.958/2000).<sup>9</sup>

Passada mais de uma década, período em que o país assistiu a um tímido ensaio de concretização de parte dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, assiste-se à retomada de políticas ultraliberais no Brasil, com consequente arrefecimento dos direitos sociais. Diante de um contexto político de exceção, após o afastamento através de um processo de impeachment, da Presidenta democraticamente eleita, o governo que a substituiu, enquanto ainda em exercício de forma interina, tratou de dar andamento a uma série de medidas ditas reformistas, dentre as quais a chamada reforma trabalhista, que se perfectibilizou especialmente diante da aprovação da Lei 13.367, de 13 de julho de 2017.<sup>10</sup>

A Lei nº 13.467/17 tramitou em tempo recorde (vendeu-se a ideia de urgência, de que a reforma tinha de ser avassaladora e inegociável), não se submeteu à comissão relativa à ordem fiscal, apesar de extinguir o chamado “imposto sindical”, iniciou com 11 artigos, que propunham uma reformulação na Lei n. 6.019/76 (trabalho temporário). O relatório apresentado em 12/04/17 tem 132 páginas (850 emendas), e altera mais de 200 dispositivos na CLT. Aprovado em regime de urgência, seguiu para o Senado, em que novo relatório foi feito, apontando várias inconstitucionalidades em relação às quais não foram aceitas emendas, apenas para que não retornasse à Câmara. O Senado se submeteu a um acordo draconiano, pelo qual foram aprovados artigos que a maioria reprovava, sob a promessa de que a presidência da república vetaria alguns tópicos, o que não ocorreu. Anunciava-se então a reforma da reforma. Em sua redação original, a Lei 13.467/2017 durou apenas três dias, sendo seguida por Medida Provisória que alterou 87 dispositivos da recente legislação.<sup>11</sup> O cenário é de profunda insegurança jurídica.

9 Em 13/05/2009 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento das ADIs 2139 e 2160, por maioria de votos, determinou que demandas trabalhistas podem ser submetidas ao Poder Judiciário antes que tenham sido analisadas por uma comissão de conciliação prévia. Para os ministros, esse entendimento preserva o direito universal dos cidadãos de acesso à Justiça.

10 A exceção se revela também na edição da MP 793, que perdoa os juros das dívidas do agronegócio para com a Previdência Social, parcela o valor histórico devido e ainda reduz a alíquota da contribuição para o próximo ano; além do anúncio de redução do valor do salário mínimo para 2018 e de cortes e do sucateamento de hospitais, universidades e outros setores do serviço público. Além disso, tramita no Congresso Nacional uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC 300) que altera a redação dos incisos XIII, XXI, XXVI e XXIX do art. 7º da Constituição Federal para dispor sobre jornada de trabalho de até dez horas diárias, aviso prévio de trinta dias, prevalência das disposições previstas em convenções ou acordos coletivos e prazo prescricional de dois anos até o limite de três meses para ações ajuizadas após a extinção do contrato de trabalho, obrigatoriamente submetidas à Comissão de Conciliação Prévia.

11 Além de alterar (na maioria das vezes de forma tímida) os pontos considerados mais polêmicos da legislação (tais como a jornada de 12 por 36; o dano extrapatrimonial; o trabalho da gestante/lactante em atividades insalubres; o trabalho autônomo; o contrato de trabalho intermitente; o conceito de salário e remuneração; as gorjetas; a comissão de representantes dos empregados nos locais de trabalho; os temas passíveis de negociação coletiva e questões relacionadas ao custeio da previdência social), referida Medida Provisória tratou também de prever em seu artigo 2º que a Lei 13.467/2017 se aplicaria também, na integralidade, aos contratos de trabalho vigentes, ignorando completamente qualquer hermenêutica que respeite o direito adquirido, a aplicação da norma mais favorável (decorrência do princípio protetor), ou mesmo a existência de tratados e convenções sobre direitos humanos que devem ser considerados na aplicação da norma, objeto do presente trabalho.

O argumento de urgência e a inegociabilidade<sup>12</sup> caem por terra quando se observa que vários assuntos, que estavam previstos na Constituição Federal de 1988 e que aguardavam regulamentação, ficaram de fora (tais como adicional de penosidade e proteção contra a despedida arbitrária ou sem justa causa ou ainda a proteção do trabalho contra a automação, para ficar apenas em alguns exemplos). Além disso, vários dispositivos foram redigidos em sentido declaradamente opostos ao entendimento que vinha sendo adotado pela jurisprudência trabalhista. Como lembra Homero Batista Mateus da Silva, “pelo regime de urgência desmesurado, pelo silêncio em torno de direitos fundamentais como a saúde e a liberdade sindical e pela excessiva preocupação em desmoralizar o TST,<sup>13</sup> a reforma de 2017 ficará indelevelmente marcada por seu viés autoritário” (SILVA, 2017, p. 11).

No que tange aos aspectos processuais, a reforma vem dificultar o acesso à Justiça do Trabalho prevendo, entre outras medidas, a possibilidade de realização de acordo extrajudicial com posterior homologação pela Justiça do Trabalho, a quitação anual das parcelas atinentes ao contrato de trabalho diretamente entre empregado e empregador, limitação da Gratuidade da Justiça, com ampliação dos requisitos para sua concessão e inclusive condenação ao pagamento de honorários periciais e advocatícios ainda que a parte sucumbente no objeto da perícia seja beneficiária da Justiça Gratuita. Por último, prevê a resolução de conflitos trabalhistas mediante Juízo Arbitral, para trabalhadores com maior remuneração, como se o valor do salário fosse suficiente para afastar a condição de subordinação e necessidade de proteção jurídica ao trabalhador.

Por todos esses motivos, seja no que toca a alterações no direito material, seja nas balizas de cunho processual e diante da conjuntura política do país, fica claro que a dita reforma trabalhista objetiva, ao fim e ao cabo, não apenas enfraquecer como mitigar completamente o alcance e a atuação da Justiça do Trabalho. Resta aos intérpretes e aplicadores do Direito comprometidos com uma ordem social justa e solidária, garantir uma leitura sintonizada com o sistema de proteção aos direitos humanos e com o projeto de sociedade instituído pela Constituição Federal de 1988. Para tanto, o resgate dos princípios informadores do sistema faz-se essencial.

### **3. O princípio da proibição de retrocesso dos direitos humanos diante do atual cenário de desconstrução de direitos**

Mesmo diante de um cenário ultroliberal, a existência de um sistema de direitos tidos como fundamentais na ordem jurídica, implica que a rationalidade do intérprete se volte à concretização destes direitos. Trata-se de resgatar a noção de sistema, como um conjunto harmônico e fundamentado em uma mesma rationalidade. No caso do direito do trabalho, alicerçado em seus princípios informadores, notadamente no princípio da proteção.

O princípio da proteção repousa na própria noção de dignidade da pessoa humana, que no contexto brasileiro apresenta seu caráter jurídico-normativo diante da previsão do artigo 1º da Constituição Federal, como um dos fundamentos da República. Sem dúvida trata-se de um valor importante, que decorre do reconhecimento da necessidade de firmar -se como razão de ser do Estado. Nesse sentido, sua existência há

12 Argumento próprio da revolução ultroliberal a que o mundo ocidental assiste, como lembra Carlo Bordoni: “As garantias sociais que até poucas décadas atrás eram o sustentáculo da existência individual foram descontinuadas, rebaixadas e esvaziadas de sentido. A certeza de emprego foi questionada por contratos rescindíveis, acirrando o fenômeno da insegurança do emprego temporário. Cortes nos gastos públicos limitam os serviços essenciais, desde o direito à educação até o atendimento de saúde, cuja insuficiência afeta a qualidade, a rapidez e a adequação da assistência aos doentes crônicos, aos debilitados e aos menos capazes. A necessidade de *revisões de despesas*, para economizar – em oposição ao hábito prolongado de desperdiçar recursos, pelo qual o sistema político foi responsável em primeiro lugar – põe em questão a legitimidade de direitos adquiridos, sancionados pela lei e pelo senso comum; [...] Tudo se tornou discutível, questionável, instável, destinado a perecer ou ser eliminado com uma canetada, em função de necessidades urgentes, problemas de orçamento e obediência a regulamentações” (BORDONI e BAUMAN, 2016, p. 72).

13 Em que pese, destacamos, um dos maiores entusiastas da reforma tenha sido o então presidente do Tribunal Superior do Trabalho, Ministro Ives Gandra Martins Filho.

de ser prestigiada.<sup>14</sup> No mesmo artigo 1º, o discurso constitucional brasileiro submete, inclusive, o exercício da livre iniciativa aos valores sociais do trabalho. “A opção política está, portanto, comprometida ao menos em parte ou em suas linhas mestras, com uma racionalidade tendente a superar o individualismo moderno” (SEVERO, 2016, p. 100).

Sob esse aspecto jurídico-normativo, no Brasil o *status* de direitos humanos impede qualquer proposta tendente a aboli-los, o que os enquadra nas chamadas cláusulas pétreas da Constituição Federal (artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal de 1988). Tal condição fundamenta-se na racionalidade de que, uma vez atingido determinado patamar social, o mesmo é incorporado ao patrimônio jurídico dos sujeitos, o que repousa substancialmente na noção de proibição de retrocesso social.

Canotilho assim define o princípio da proibição de retrocesso social:

o núcleo essencial dos direitos sociais (já realizado e efetivado, por meio de medidas legislativas), deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial (CANOTILHO, 1993, p. 340)

Mesmo diante de crises econômicas e recessões (contra as quais referido princípio nada pode fazer), a proibição de retrocesso social impede que o Estado adote medidas que flexibilizem ou expurguem tais conquistas. Com isso,

(...) quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (CANOTILHO, 1993, p. 338 e 339).

Por esse princípio, que não é expresso, “mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” (BARROSO, 2011, p. 158). Pode-se afirmar que o mesmo está umbilicalmente ligado a garantias como o respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada; limitações constitucionais às restrições legislativas aos direitos fundamentais; limites materiais ao poder de reforma da Constituição; e vedação de produção normativa que leve ao retrocesso na concretização dos Direitos Fundamentais. É possível conectá-lo, ainda, à segurança jurídica, por ser expressão inarredável do Estado de Direito, especialmente diante de um cenário reformista como o vivenciado atualmente. Nas palavras de Sarlet (2006, p. 06):

Aliás, justamente em face da instabilidade institucional, social e econômica vivenciada (e não estamos aqui em face de um fenômeno exclusivamente nacional), que inevitavelmente tem resultado numa maratona reformista, igualmente acompanhada por elevados níveis de insegurança, verifica-se que o

14 O que não significa, como lembra Valdete Souto Severo, reconhecer que essa previsão, por si só, é sinônimo de uma concepção plural, na qual o respeito à dignidade importe a garantia de condições boas de existência para *todos*. Ao contrário, os limites teóricos atuais, inseridos na lógica do Direito burguês, não questionam a realidade e, logo, “não propõem elementos capazes de promover a efetiva proteção da dignidade de todos e de cada um” e, ainda, “parte do pressuposto de que todos os direitos estão necessariamente sujeitos a limites e restrições, desenvolvendo então a noção de “reserva do possível”, um artifício econômico que serve para justificar e perpetuar a indignidade a que são relegadas milhares de pessoas no mundo ocidental. Ou seja, tão logo a própria teoria burguesa se veja levada a admitir a necessidade de preservação da dimensão plural do ser humano, necessariamente criará restrições capazes de mitigar sua aplicação ao caso concreto” (SEVERO, 2016, p. 100).

reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais.<sup>15</sup>

Segurança, na perspectiva de um Estado Social e Democrático e Direito, diz respeito não apenas à segurança física, mas também econômica, aspecto que já vinha ressaltado em 1944, quando da proclamação da Declaração de Filadélfia que preconizava: “todos os seres humanos, quaisquer que sejam sua raça, sua crença ou seu sexo, têm o direito de perseguir seu progresso material e seu desenvolvimento espiritual na liberdade e na dignidade, na segurança econômica e com chances iguais” (SUPROT, 2014, p. 23).

Sob o modesto título de Declaração sobre os fins e os objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), esse texto proclama os princípios “plenamente aplicáveis a todos os povos do mundo [...] nos quais a política de seus membros deveria se inspirar” (SUPROT, 2014, p. 23) e consta como anexo da Constituição da OIT. Este documento afirmou quatro princípios fundamentais, a saber: a) o respeito ao trabalho (“o trabalho não é uma mercadoria”); b) as liberdades coletivas (“a liberdade de expressão e de associação é uma condição indispensável a um progresso constante”); c) a solidariedade (“a pobreza, onde quer que ela exista, constitui um perigo para a prosperidade de todos”); d) a democracia social (“a luta contra a necessidade de ser conduzido [...] no coração de cada nação e por um esforço internacional contínuo e estudado, no qual os representantes dos trabalhadores e dos empregadores [...] participem em discussões livres e em decisões de caráter democrático, visando promover o bem comum”).

Também em nível internacional, a Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), proclama como um de seus princípios que “a justiça e a segurança sociais são as bases de uma paz duradoura”. E a Convenção Interamericana de Direito Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) de 1969, prevê o desenvolvimento progressivo visando à plena efetividade de direitos que decorrem das normas sociais. A leitura sistemática desses documentos reitera a ideia de uma proibição de retrocesso no que diz respeito aos direitos humanos e, em específico, aos direitos sociais.

No que diz respeito à proibição de retrocesso social, não há nem mesmo a necessidade de que determinado direito esteja previsto no texto constitucional para que esteja protegido por esta condição. Eles estão incluídos na proibição de modificação se forem decorrentes do regime dos princípios adotados pela Constituição ou dos tratados internacionais de que o Brasil seja parte (AVILA, 2006).

Estatisticamente há, de fato, um grande número de judicialização no que toca aos conflitos entre capital e trabalho. Mas isso não significa que atacar as consequências extirpará as causas de tais conflitos. Adalberto Moreira Cardoso aponta que o aumento das demandas trabalhistas individuais no Brasil decorre da deslegitimação do direito do trabalho pelos capitalistas e também da tentativa de os trabalhadores fazerem valer as regras da ordem. “A intensificação da judicialização das relações de classe é a resposta dos trabalhadores à crise da ordem jurídica mais geral que, por décadas, estruturou as relações de classe no país” (CARDOSO, 2003, p. 158). Após as medidas flexibilizadoras da década de 1990, o governo federal (voluntariamente) e o trabalho organizado (por debilitação do poder sindical) teriam perdido a capacidade de fazer valer o direito existente, restando como última alternativa o recurso à Justiça do Trabalho. Baseando-se, portanto, em um fenômeno social, Cardoso justifica o aumento vertiginoso de processos trabalhistas no fato de que os capitalistas estão

15 Ainda refere o autor: “Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana”.

testando os limites da nova ordem constitucional, num ambiente em que os trabalhadores organizados não conseguem impedi-los e o órgão fiscal de Estado parece desinteressado nisso.

É nesse cenário ultraliberal, que Supiot (2014) chama de “Mercado Total”, retomando o sentido dado por Ernst Jünger, sob a égide do qual as pessoas, os sinais e as coisas tem todos a finalidade de se tornarem comensuráveis e mobilizáveis, ou seja, tudo vira mercadoria, que os direitos sociais desvelam sua importância. Se a Declaração de Filadélfia comprometeu os países a adotarem medidas protetivas de cunho trabalhista e previdenciário, se direitos de tal natureza são resguardados por um princípio de não retrocesso, se a própria Constituição Federal reitera estes direitos e traz a dignidade humana como princípio norteador do sistema, é possível vislumbrar uma racionalidade de resistência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais constituem conquista histórica da humanidade e agem como marcos civilizatórios na busca de condições de vida adequadas à vida em sociedade. Sua implementação exige uma postura ativa por parte do Estado e, na maioria dos casos, prestações positivas para sua realização. Em momentos de crise econômica essa categoria de direitos tem sido alvo prioritário de reformas legislativas, sob a racionalidade de que sobre eles recai grande parte dos investimentos a serem feitos pelo Estado.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um rol de direitos sociais fundamentais, como alicerce de um modelo de Estado Social e Democrático. Desde então, estes direitos são objeto de questionamento e crítica e, em momentos de crise econômica mais acirrada, tornam-se alvo preferencial de desconstrução. Esta realidade não é prerrogativa brasileira, sendo possível observá-la no contexto da Europa das décadas de 1990 e 2000.

Recentemente, assiste-se no Brasil a uma nova investida legislativa, movida e incentivada por setores empresariais, na tentativa de desconstruir esse arcabouço social. Fala-se em prevalência do negociado sobre o legislado (olvidando-se, seus arautos, de que já é possível fazer prevalecer o negociado sobre o legislado, desde que observados os limites constitucionais ou desde que o negociado vise à melhoria da condição social do trabalhador).<sup>16</sup> O discurso corrente apresenta essas desconstruções como medidas modernizantes e favoráveis ao crescimento econômico.

Contudo, esquece-se do conteúdo histórico dos direitos sociais, e que sua prevalência se deu para abolir extremos que o Estado deve conter. Sob o ponto de vista dogmático, o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais retira a possibilidade de serem constitucionais mudanças tendentes a aboli-los. Além disso, o princípio do não retrocesso social impede que assim se faça e é nesse sentido que é possível pensar o papel dos aplicadores do Direito como forma de exercer o contrapeso às injustiças perpetradas por esta onda reformadora e desconstrutora de direitos.

Se esse contrapeso surtirá efeito, não é possível afirmar no momento. Sabe-se que já foram implementadas medidas com vistas a influenciar os próprios procedimentos voltados à resolução de conflitos. Sob conceitos como “previsibilidade”, “estabilidade” e “segurança jurídica”, o cenário que se apresenta parece desenhar um horizonte de decisões judiciais que se amoldem aos interesses do capital. Resta saber em que medida a(s) crise(s) e seus ciclos influenciarão a implementação dos direitos fundamentais em suas diversas

<sup>16</sup> Nas palavras de Jorge Luiz Souto Maior, o discurso da prevalência do negociado sobre o legislado não é uma tese, “mas uma ofensa explícita ao trabalhador”. Entrevista publicada em <http://www.adunicentro.org.br/noticias/ler/1945/o-negociado-sobre-o-legislado-nao-e-uma-tese-mas-uma-ofensa-explicita-aos-trabalhadores>. Acesso em 30 de agosto de 2016.

dimensões. E, como lembra David Harvey, “embora crises na experiência do espaço e do tempo, no sistema financeiro ou na economia mais ampla possam constituir uma condição necessária das mudanças políticas e culturais, as condições suficientes residem num plano mais profundo, inseridas na dialética internalizada do pensamento e da produção de conhecimento” (HARVEY, 1994, p. 309). É nas raízes de um discurso social e comprometido que residem as possibilidades de resistência.

## REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006
- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011
- BIAVASCHI, Magda e DROPPA, Alisson. A história da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho: a alteração na forma de compreender a terceirização. In **Dossiê: classes sociais e transformação no mundo do trabalho**. DOI 10.5433/2176-6665.2011.v16n1 p.124
- BOBBIO, Norberto; COUTINHO, Carlos Nelson. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1999
- BORDONI, Carlo. BAUMAN, Zygmunt. **Estado de crise**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993
- CARDOSO, Adalberto Moreira. **A década neoliberal e a crise dos sindicatos no Brasil**. São Paulo: Boitempo, 2003
- DELGADO, Maurício Godinho. As duas faces da nova competência da Justiça do Trabalho. In **Revista do TST**. Brasília, Vol. 71, n. 2, maio/ago 2005, pp. 104-117
- HARVEY, David. **Condição pós-moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. São Paulo: Loyola, 1994
- MALTA, Christóvão Piragibe Tostes. **Prática de processo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1993
- MORAIS, José Luis Bolzan de. **Do direito social aos interesses transindividuais**: o Estado e o Direito na ordem contemporânea. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996
- PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. Apontamentos sobre a Aplicação das Normas de Direito Fundamental nas Relações Jurídicas entre Particulares. In. BARROSO, Luiz Roberto (Org.) **A Nova Interpretação Constitucional**: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4ª Ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006
- \_\_\_\_\_. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In. SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **A Constituição Concretizada**: Construindo pontes com o público e o privado. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2000
- \_\_\_\_\_. **Constituição e Democracia**. Estudos em Homenagem ao Professor J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros, 2006
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. Lumen Juris Editora, 2010
- SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do direito do trabalho**: compreendendo as relações sociais de trabalho no Brasil. São Paulo: LTr, 2016

SILVA, Homero Batista Mateus. **Comentário à reforma trabalhista.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017

SOUTO MAIOR, Jorge e SEVERO, Valdete. **O processo do trabalho como instrumento do direito do trabalho e as ideias fora de lugar do novo CPC.** São Paulo: LTr, 2016

SUPIOT, Alain. **O espírito de Filadélfia:** a justiça social diante do mercado total. Porto Alegre: Sulina, 2014

VIANNA, Luiz Werneck. **Liberalismo e sindicato no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 1999.

# **DO PARADIGMA CLÁSSICO ÀS ATUAIS PERSPECTIVAS: A CONCEITUAÇÃO DE CONSUMIDOR E DE FORNECEDOR NOS RECENTES JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Fracieli Puntel Raminelli

## **INTRODUÇÃO**

O Direito do Consumidor no Brasil passou a ser regulado por uma lei específica a partir da promulgação da Lei 8.078/90, denominado Código de Defesa do Consumidor (CDC). Tido como uma referência internacional em termos de tutela de interesses consumeristas, o CDC volta-se a proteção daqueles tidos como partes mais vulneráveis em uma relação de consumo: os consumidores. No entanto, para a caracterização desta relação também deve estar presente a figura do fornecedor, elemento fundamental da relação.

Tanto o conceito de consumidor como o de fornecedor possuem objetiva e expressa determinação legal no CDC, que em seus primeiros artigos determina as características essenciais de cada figura. O conceito de consumidor se alarga, ainda, com a previsão de outros dois artigos no código que irão entender como consumidores também pessoas envolvidas e vitimadas pelos fatos do produto, serviço ou práticas abusivas. Não obstante, a aplicação destes conceitos para a verificação da relação de consumo, na prática, pode ser tarefa árdua, o que se demonstra em inúmeros julgamentos nos Tribunais de todo o país e, em especial, no Superior Tribunal de Justiça (STJ). Ocorre que o caso concreto, muitas vezes, possui nuances que dificultam a identificação dos elementos previstos em lei.

Neste cenário, questiona-se: tendo em vista as previsões clássicas legais que conceituam consumidor e fornecedor, o que o STJ decidiu em seus julgamentos mais recentes acerca do tema, nos anos de 2016 e 2017?

Objetivou-se analisar, em um primeiro momento, o conceito tradicional dos elementos subjetivos da relação de consumo, com base na lei e na doutrina para, posteriormente, analisar casos em que estes conceitos foram aplicados na prática, especialmente nos julgados do STJ nos últimos dois anos. Para isto, utilizou-se do método de abordagem dialético, pelo qual se contrastou os paradigmas tradicionais conceituais dos elementos subjetivos da relação de consumo para compreender de que forma estes são aplicados pelo Tribunal Federal Brasileiro. Como procedimento, utilizou-se o método de estudo de caso, bem como as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

O presente trabalho está dividido em dois capítulos: (1) Dos paradigmas clássicos da relação de consumo e (2) As possibilidades de entendimento de consumidor e fornecedor em consonância com julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Assim, passa-se a análise do conceito tradicional de consumidor.

## 1. DOS PARADIGMAS CLÁSSICOS DA RELAÇÃO DE CONSUMO

O código de Defesa do Consumidor (CDC) (BRASIL, 1990) entrou em vigor no Brasil em 1990, com o intuito de proteção e regramento de uma das relações civis mais cotidianas na sociedade: a relação de consumo. Assim, em seus cento e dezenove artigos são tratados de temas de relevância aos consumidores à época de sua criação.

Define, em seus primeiros artigos, quem serão os destinatários da proteção prevista em seus artigos. O artigo segundo, *caput*, prevê: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL, 1990).

Neste sentido, desde que atendido o elemento finalístico, ou seja, a utilização de produto ou serviço para si, estará presente a caracterização da relação de consumo. Este conceito, denominado conceito *stricto sensu* (MARQUES, 2016, p. 323), não é, no entanto, o fator determinante para caracterização de dita relação. Em muitas situações embora o texto legal não considere expressamente, estará presente a relação consumerista, o que se explica em razão da “técnica multiplicadora” do campo de aplicação do CDC, “a de dividir os indivíduos entre consumidores e pessoas comparadas a consumidor” (MARQUES, 2016, p. 322-323). Sendo assim, é possível que ocorra uma ampliação na aplicação do conceito, sempre que na análise do caso concreto fique evidenciada a vulnerabilidade de uma das partes.

A vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência e ultrapassa a mera diferença de poder econômico das partes. Entre outros, a vulnerabilidade prevê situações em que o indivíduo fica à mercê de terceiros, por exemplo, quando não recebe informações acerca de “bens e produtos cada vez mais complexos”, quanto é vítima de “manobras entre empresários para fraudar a livre concorrência e impor ao consumidor produtos caros e sem a qualidade desejada” ou quando sofre com “a utilização de sofisticados procedimentos de marketing que, antes de informar, criam a necessidade de consumir” (BESSA, 2007, p. 39).

Claudia Lima Marques define vulnerabilidade como “uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação” (MARQUES, 2016, p. 325-326). A subdivide, ainda, em quatro especificidades: técnica, jurídica, fática e informacional (MARQUES, 2016, p. 326-346).

Prosseguindo com a análise legal, o artigo segundo especificamente aponta que consumidor pode ser pessoa física ou jurídica. Neste caso, também a pessoa jurídica, quando *adquire* ou *utiliza* produto ou serviço como destinatária final, será consumidora. Ponto relevante neste momento é apontar sobre a pessoa jurídica como consumidora ainda que o consumo não seja finalístico, ou seja, quando utiliza-se do produto/serviço para uma atividade empresarial ou econômica.

É o denominado consumo intermediário, “assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço” (BRASIL, 2012). Paulo Valério Dal Pai Moraes e Cláudio Bonatto (MORAES; BONATTO, 2003) fazem referência ao termo “insumidor”, que seria então aquele que consome produtos mas com fins de utilizados como insumo, na busca por incrementar ou possibilitar atividade meio. É o caso, por exemplo, do lojista que compra produtos para revender ou do empresário que compra materiais indispensáveis para a prestação de algum serviço.

No entanto, em razão justamente do princípio da vulnerabilidade, observou-se que, em inúmeros casos, ainda que o consumo fosse intermediário, existia a vulnerabilidade das partes, que frente a grandes empresas não possuíam uma relação civil equilibrada. É o caso da costureira (BRASIL, 2010) que teve problemas com a

máquina de costura parcelada em vinte vezes e do freteiro que comprou carro zero que apresentou defeito (BRASIL, 2009).

Com isto, é necessário, primeiramente, referir as duas teorias iniciais que buscaram determinar a quem se pode compreender por consumidor de acordo com o texto legal: a teoria maximalista e a teoria finalista.

A teoria maximalista defende a ampliação da aplicação do Código consumerista. Entende que as regras protetivas devem aplicar-se a “todos os sujeitos do mercado de consumo, bastando, para tanto, que o bem ou serviço seja retirado de fato do mercado” (MORAES; BONATTO, 2003, p. 70). Esta corrente entende o CDC como um “novo regulamento do mercado de consumo” (MARQUES, 2016, p. 308), que protegerá qualquer pessoa que retire o produto do mercado e o consuma. De acordo com Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2016, p. 308), esta corrente não leva em consideração a vulnerabilidade no caso concreto, sendo importante apenas definir o destinatário fático do produto.

Já para a corrente defensora da teoria finalista, entre eles, Cláudia Lima Marques (MARQUES, 2016), a interpretação do artigo segundo do CDC deve ser restrita ao consumidor que retira o produto do mercado sob o ponto de vista econômico, ou seja, além de ser o destinatário fático, é, também, destinatário final. Somente poderá ser considerado consumidor aquele indivíduo que “exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo” (BRASIL, 2012).

Na aplicação do CDC a jurisprudência brasileira prevalece no entendimento finalista, em que, para ser consumidor, é necessária a comprovação da destinação final do produto ou serviço. No entanto, tendo em vista o princípio da vulnerabilidade, como já referido, em diversas situações entendeu o Superior Tribunal de Justiça que caberia a aplicação do CDC ainda que houvesse consumo intermediário. É o que se denomina teoria do finalismo aprofundado.

O finalismo aprofundado prevê que “em casos difíceis envolvendo pequenas empresas que utilizam insumos não direitos para a sua produção [...], principalmente na área de serviços, provada a vulnerabilidade, conclui-se pela destinação final de consumo prevalente” (MARQUES, 2016, p. 355-356). Neste sentido, o entendimento majoritário é que, em regra, o elemento teleológico (ser destinatário final) é obrigatório para que se configure a relação de consumo, salvo se, no caso concreto, for verificada a vulnerabilidade.

Deve o consumidor, ainda, “consumir ou utilizar produto ou serviço”, sendo que para Filomeno, “produto (entenda-se bens) é qualquer objeto de interesse em dada relação de consumo, e destinado a satisfazer uma necessidade do adquirente, como destinatário final” (FILOMENO, 2001, p. 44). Por serviços, para além da previsão legal do artigo segundo do CDC, ressalta-se que por “remuneração” não se confundem os impostos, taxas ou contribuições de melhoria; neste caso, tratar-se-ia de relação tributária, em que o destinatário é contribuinte, mas não consumidor (FILOMENO, 2001, p. 44).

Por fim, dentro do entendimento legalista clássico, outros dois artigos do Código de Defesa do Consumidor devem ser mencionados: o artigo 17 e o artigo 29. Em apertada síntese, o primeiro faz referência a grupos de indivíduos que sofram prejuízos por acidentes de consumo, mesmo que não possuam relação prévia com o fornecedor – denominados de “consumidor *bystander*” (BESSA, 2007, p. 64). Já o artigo 29, que é bastante amplo e resulta em diversas discussões doutrinárias, das quais, sucintamente, citar-se-ão três das conclusões majoritárias: em primeiro lugar, a previsão de uma proteção preventiva ao consumidor, que é protegido antes da ocorrência de qualquer prejuízo; em segundo lugar, a hipótese de uma proteção coletiva ao consumidor, ao referir-se a pessoas determinadas ou não; e, por fim, questão mais controvertida, o afastamento do elemento

teleológico, ou seja, ser destinatário final, para abranger todos os consumidores que sofreram com a prática abusiva/prejudicial.

O conceito de fornecedor, assim como de consumidor, tem sua previsão no Código de Defesa do Consumidor em seu art. 3º. Primeiramente, deve-se observar que a escolha pelo termo “fornecedor” não foi de maneira alguma gratuita, ou seja, foi intenção do legislador utilizar um termo genérico que pudesse abranger todo e qualquer possibilidade de conceituação do segundo protagonista da relação de consumo. Este termo, bem como a ampla definição do artigo terceiro, com a previsão de inúmeras atividades desenvolvidas, visam englobar o máximo possível de atividades daqueles que propiciam “a oferta de produtos ou serviços no mercado de consumo de maneira a atender às necessidades dos consumidores” (FILOMENO, 2001, p. 39).

Leonardo Bessa ressalta que, embora o artigo não preveja, é necessário que exista uma habitualidade, ou seja, que a atividade seja profissional e não eventual (BESSA, 2007, p. 82). Bruno Miragem, no mesmo sentido, defende que, embora no artigo terceiro do CDC não haja expressa referência aos termos “profissionalidade” ou “habitualidade”, o legislador, ao referir que o fornecedor é aquele que “desenvolve atividades” de produção, distribuição, comercialização, entre outras, permite interpretar o conceito vinculado a uma certa habitualidade desta conduta” (MIRAGEM, 2016, p. 177).

No entanto, ainda no conceito legal de fornecedor, a pessoa física poderá ser considerada fornecedora, desde que visualizada sua habitualidade. É a definição do próprio CDC, uma vez que “o fornecedor é aquele que atua profissionalmente no mercado, recebendo remuneração direta ou indireta pela produção, distribuição, comercialização de bens e prestação de serviços” (BESSA, 2007, p. 83).

Ainda dentro da primeira parte do dispositivo legal em análise, existe a referência aos “entes despersonalizados”, que também serão fornecedores. Por entes despersonalizados, entendem-se aqueles que “embora não dotados de personalidade jurídica, quer no âmbito mercantil, quer no civil, exercem atividades produtivas de bens e serviços” (FILOMENO, 2001, p. 40).

No pertinente às atividades, por fim, deve-se atentar ao fato de que o fornecedor somente se obrigará caso efetivamente coloque o produto/serviço no mercado, podendo gerar o dever de indenização em casos de vício ou fato do produto (FILOMENO, 2001).

Assim, necessário também é observar que deve existir a remuneração destas atividades para a aplicação do código de defesa do consumidor, ainda que indireta. Como exemplos clássicos, citam-se os estacionamentos em *shoppings*, em tese gratuitos mas que agregam valor e atraem clientes e também lavagens ditas gratuitas quando abastecido o carro em postos de combustível (MORAES; BONATTO, 2003).

Apesar de toda a amplitude do conceito de fornecedor previsto no CDC, no entanto, inúmeras situações fáticas demonstraram que o consumidor nem sempre consegue responsabilizar o causador de seus “prejuízos”. Ocorre que a “personalização do fornecedor quase desapareceu” (MARQUES, 2016, p. 432), e o consumidor se torna cativo tanto de empresas como de cadeias de fornecedores que monopolizam atividades (MARQUES, 2016). Dentre destas perspectivas é que se insere o entendimento do fornecedor equiparado.

O termo “fornecedor equiparado” é citado por Leonardo Bessa (2007, p. 135-141), que ressalta, inicialmente, que não há previsão legal para este conceito como acontece com o de consumidor em seus artigos 17 e 29. No entanto, justifica, ainda que o conceito genérico de fornecedor requeira alguns elementos, como os já vistos profissionalidade e remuneração, em determinados casos é possível que ocorra esta equiparação.

Observados os requisitos necessários para a configuração de consumidor e fornecedor na relação de consumo, tem-se que, ainda que seja genérico e abrangente, em inúmeras situações devem ser analisados os princípios que regem o direito do consumidor, bem como seus direitos básicos para que o entendimento correto ocorra. A aplicação do Código de Defesa do Consumidor, portanto, dependerá da correta interpretação da norma tendo em vista os demais postulados do direito, o que, no Brasil, pode ser visualizado nas decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Analizar estas decisões é o objetivo do próximo tópico.

## 2. DEFINIÇÕES DE CONSUMIDOR E FORNECEDOR E OS JULGADOS RECENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)

Embora os conceitos de consumidor e fornecedor estejam expressamente previstos no Código de Defesa do Consumidor (CDC), em muitas situações o caso concreto deverá ser analisado para verificar-se a (ine)existência de relação de consumo. É o que ocorre habitualmente nos casos analisados em sede de Recurso Especial (REsp) pelo Supremo Tribunal Federal quando há contrariedade a lei federal ou em casos de necessidade de uniformização de jurisprudência.

Neste sentido, buscar-se-á, neste capítulo, analisar julgados dos últimos dois anos do STJ, ou seja, os casos relevantes dos anos de 2016 e 2017. A escolha dos julgados se deu com base no recurso próprio do mecanismo de buscas do site do STJ, por meio dos informativos de jurisprudência em direito do consumidor. Delimitou-se que os REsps selecionados seriam os que tratassesem da conceituação e verificação dos elementos subjetivos da relação de consumo, quais sejam, consumidor e fornecedor. Iniciar-se-á com a análise do entendimento de consumidor pelo STJ.

No REsp 1.602.076-SP, julgado em setembro de 2016, discutia-se se o contrato entre franqueador e franqueado poderia ser entendido como relação de consumo, uma vez que para o entendimento da Ministra Nancy Andrigi, o “contrato de franquia ou franchising é inegavelmente um contrato de adesão” (BRASIL, 2016-a). Ocorre que no entendimento da ministra, “a relação entre o franqueador e o franqueado não é uma relação de consumo, mas sim de fomento econômico com o objetivo de estimular as atividades empresariais do franqueado”, sendo que o consumidor, neste caso, é aquele que tem relações comerciais com a franqueada, verdadeiro destinatário final (BRASIL, 2016-a).

No entanto, ainda que não se trate de relação de consumo, entendeu o STJ que a aplicação da legislação consumerista, no relativo ao contrato de adesão, poderia ser aplicada, visto que existe previsão de cláusula compromissória de arbitragem em contrato de adesão, cláusula esta que “só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula” (BRASIL, 1996).

Deste primeiro julgado, entende-se que ainda que não esteja configura a relação de consumo, poderá o CDC ser aplicado quando se tratar de matéria por ele regulada, uma vez que este se configura como um microssistema multidisciplinar, ou seja, trata de diversos temas e ramo do direito que são por ele disciplinados.

Um segundo caso que merece destaque é o do REsp. 1.560.728-MG (BRASIL, 2016-b), de 18 de outubro de 2016. Neste, o STJ entendeu que a coletividade composta por adquirentes de edifício se insere no conceito de consumidor para fins de representação de seus integrantes, embora não tenha personalidade

jurídica, e, portanto, não seja pessoa física ou jurídica. Esta “despersonalização” o exclui da conceituação geral do *caput* do artigo, no entanto, o insere dentro da definição do parágrafo único, que preleciona: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo” (BRASIL, 1990).

Referida decisão baseou-se em duas frentes: não considerando o condomínio de consumidores como polo ativo legítimo, estaria se violando a principiologia do CDC em âmbito material e processual. Material em razão da amplitude do conceito de consumidor conferido pelo código, que visivelmente pode ser aplicado no caso em tela; e processual devido ao fato que o CDC estimula a tutela coletiva, a qual seria impossibilitada se cada consumidor tivesse que ingressar com ação individual para discutir a mesma questão de fato e direito. Portanto, trata-se de decisão que converge com os princípios elementares do CDC, buscando a proteção dos mais vulneráveis bem como a facilitação de seu acesso à justiça.

Em março do presente ano, no REsp. 1.442.674-PR (BRASIL, 2017-d), o STJ entendeu que o CDC não é aplicável ao contrato de transporte de mercadorias vinculado a contratos de compra e venda de insumos. Trata-se de caso em que a autora da ação, empresa que exerce atividade no comércio, requereu a declaração de existência de relação de consumo com fins de responsabilização da ré, contratada para o transporte de mercadorias que foram extraviadas. O juízo de origem e o Tribunal *a quo* entenderam que essa relação jurídica de transporte de carga configuraria relação de consumo, fazendo uma distinção com a relação jurídica estabelecida no contrato principal.

No entanto, o STJ entendeu que a relação de transporte de insumos não configura a parte autora como consumidora, mas “insumidora”, no sentido de que não é a destinatária final dos produtos. Não foi aplicada a teoria do finalismo aprofundado uma vez que a empresa autora sequer alegou sua vulnerabilidade frente a demandada, critério essencial para a flexibilização da teoria finalista no caso concreto. Ademais, considerou-se que o contrato de transporte se vincula a destinação do mesmo, não existindo elementos suficientes para caracterizar a relação de consumo.

Ainda sobre a caracterização de consumidor, o STJ julgou o REsp 1.608.700-PR (BRASIL, 2017-e) em que se discute se o cessionário de um contrato de participação financeira poderia ser classificado como consumidor para fins de aplicação do CDC em especial seu art. 101 (competência do foro de domicílio do consumidor) (BRASIL, 1990). No caso concreto, o consumidor, destinatário final, cedeu sua participação financeira (ações) a uma empresa especializada na compra e venda dessas. Com o intuito de fixação de competência em seu domicílio, a empresa cessionária questionou sua qualidade de consumidora.

O STJ ponderou que, apesar de ser pacífica sua jurisprudência no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor é aplicável às ações que têm como objeto o cumprimento de contratos de participação financeira, pois diretamente atrelados ao serviço de telefonia, não era o caso dos autos. Na hipótese, a empresa cessionária é detentora de milhares de contratos de participação financeira, não havendo qualquer vínculo entre as ações e a intenção originária de uso da linha telefônica do cedente.

Por fim, um último caso do ano de 2017 merece destaque: o REsp 1.599.535-RS (BRASIL, 2017-b), que trata de uma ação de indenização por danos materiais e morais, cumulada com devolução em dobro de valores utilizados em operações realizadas no mercado de capitais supostamente ilegais feitas em nome da demandante (no REsp, demandada). Novamente neste caso se discute a existência ou não de relação de consumo para fins de fixação de competência, uma vez que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de agravo de instrumento, entendeu que não é aplicável o CDC às operações financeiras no mercado de capitais.

Diferente entendimento foi o do STJ. Após a análise do conceito *stantand* de consumidor, a decisão fez referência aos tipos de vulnerabilidade reconhecidos pela doutrina, como citado anteriormente. Ocorre que, inicialmente, entendeu o STJ, o valor dos contratos firmados não tem o condão de retirar a natureza jurídica de consumidor do indivíduo, a ele atribuída pela lei consumerista. Refere que “o CDC é aplicável tanto ao comércio popular quanto ao consumo de alto padrão” (BRASIL, 2017-b), uma vez que, no caso dos autos, a soma de dinheiro confiada pelo consumidor a requerida era muito alta, mas não excluía sua característica de consumidor.

Ademais, tendo em vista a vulnerabilidade técnica, entendeu o STJ ser incabível desconsiderar a condição de consumidor àquele que, presumivelmente, possui nível de discernimento acima da média dos consumidores. Neste sentido, entendeu que “mesmo que a recorrente haja um discernimento acima da média dos consumidores [...] não deixa de se encontrar, em relação às recorridas, numa situação de clara vulnerabilidade referente à prestação de serviço contratada” (BRASIL, 2017-b).

Assim como a definição de consumidor é relevante para a existência da relação de consumo, também a definição de fornecedor o será. E da mesma forma o entendimento acerca da caracterização deste elemento vai depender da existência das características previstas em lei. Para exemplificar a análise deste elemento, apresentar-se-ão julgados do STJ, que foram escolhidos com base nos recentes julgamentos e que versam sobre a compreensão do Tribunal sobre o conceito de fornecedor. Apesar de existirem vários julgados em diferentes processos, muitos regulamentam situações similares quanto a planos de previdência complementar fechada e aberta.

O primeiro caso se refere a súmula 563 (BRASIL, 2016-c), aprovada em fevereiro de 2016 e com fundamentos no REsp 1.536.786-MG, que determina: “O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às entidades abertas de previdência complementar, não incidindo nos contratos previdenciários celebrados com entidades fechadas”.

No caso em concreto, a demandada foi a Fundação Vale do Rio Doce de Seguridade Social (Valia), uma entidade fechada de previdência complementar privada (EFPC) criada com o objetivo de administrar o plano de previdência complementar dos empregados da mineradora Vale. O demandante, um dos funcionários aposentados da Vale, ajuizou ação afirmando que a entidade não cumpriu uma das cláusulas do regulamento do plano de previdência. Com isto, por não haver nenhuma regra específica sobre o tema na LC 109/2001, postulou que a questão deveria ser resolvida mediante a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

Para o STJ, no entanto, o Código de Defesa do Consumidor não é aplicável à relação jurídica entre participantes ou assistidos de plano de benefício e entidade de previdência complementar fechada, mesmo em situações que não sejam regulamentadas pela legislação especial. As entidades fechadas de previdência privada não comercializam os seus benefícios ao público em geral ou os distribuem no mercado de consumo, não podendo, por isso mesmo, ser enquadradas no conceito legal de fornecedor. Além disso, não há remuneração pela contraprestação dos serviços prestados e, consequentemente, a finalidade não é lucrativa, já que o patrimônio da entidade e respectivos rendimentos, auferidos pela capitalização de investimentos, revertem-se integralmente na concessão e manutenção do pagamento de benefícios aos seus participantes e assistidos.

Assim, a relação jurídica existente entre os fundos de pensão e seus participantes é de caráter estatutário, sendo regida por leis específicas (LC 108 e 109/2001), bem como pelos planos de custeio e de benefícios, de modo que, apenas em caráter subsidiário, aplicam-se a legislação previdenciária e a civil, não podendo incidir normas peculiares de outros microssistemas legais, tais como o Código de Defesa do Consumidor e a Consolidação das Leis do Trabalho.

Por fim, apresenta-se a decisão tomada no REsp 1671016-RS, que traz o entendimento de que o CDC não será aplicado aos planos de saúde de autogestão, fazendo exceção à súmula 469 (BRASIL, 2010-b) que determina a aplicação do Código aos planos de saúde.

Ocorre que planos de saúde de autogestão (também chamados de planos fechados de saúde) são criados por órgãos, entidades ou empresas para beneficiar um grupo restrito de filiados com a prestação de serviços de saúde. Tais planos são mantidos por instituições sem fins lucrativos e administrados paritariamente, de forma que no seu conselho deliberativo ou de administração, há representantes do órgão ou empresa instituidora e também dos associados ou usuários. O objetivo desses planos fechados é baratear para os usuários o custo dos serviços de saúde, tendo em vista que não visam ao lucro. Como exemplo, cita-se o CASSI (Caixa de Assistência dos Funcionários do Banco do Brasil), que serve para determinado grupo de indivíduos. Tais planos diferenciam-se dos planos de saúde comerciais, que são comercializados para o público em geral, em regime de mercado, e buscam auferir lucro com as contribuições vertidas pelos participantes (proveito econômico).

Por conta dessas diferenças, os atos regulamentares da Agencia Nacional de Saúde Suplementar (ANS) conferem tratamento diferenciado para os planos de saúde de autogestão, com a finalidade de atender às características próprias dessa modalidade de operadora, possibilitando a redução dos custos de sua manutenção, cujos serviços são prestados, não mediante contraprestação pecuniária com a finalidade de obtenção de lucro, mas a partir de contribuições dos participantes calculadas, em regra, com base nos seus salários/aposentadorias etc., observando-se, com isso, os princípios do mutualismo e da solidariedade.

Assim, entendeu o STJ que as regras do CDC não se aplicam às relações envolvendo entidades de planos de saúde constituídas sob a modalidade de autogestão. Isso porque tais entidades não oferecem serviços no mercado e não exercem empresa com o intuito de lucro, razão pela qual não se lhes aplica o conceito de fornecedor estabelecido no art. 3º, § 2º do CDC.

O tratamento legal a ser dado na relação jurídica entre os associados e os planos de saúde de autogestão, os chamados planos fechados, não pode ser o mesmo dos planos comuns, sob pena de se criar prejuízos e desequilíbrios que, se não inviabilizarem a instituição, acabarão elevando o ônus dos demais associados, desrespeitando normas e regulamentos que eles próprios criaram para que o plano se viabilize.

Analisados alguns casos recentes de julgados do Superior Tribunal de Justiça, observa-se que os requisitos legais para a caracterização do conceito de fornecedor são sempre verificados e adequados às hipóteses fáticas. Ressalta-se o quesito de finalidade econômica bem como a necessidade de que os serviços/produtos sejam oferecidos ao público em geral, ou seja, o mercado de consumo, outro requisito previsto em lei.

Portanto, como pondera Humberto Martins “o direito do consumidor desenvolve-se e reinventa-se surpreendentemente, incitando o julgador a acompanhá-lo. Interpretar, e julgar matéria tão dinâmica, interdisciplinar e de imensa importância social é, sem dúvida, um desafio constante para o Poder Judiciário” (MARTINS, 2016). É o que se conclui a partir da análise de alguns dos tão relevantes julgamentos do STJ no relativo aos direitos do consumidor no Brasil.

## CONCLUSÃO

Os conceitos de consumidor e fornecedor, no Brasil, estão previstos nos artigos segundo e terceiro do Código de Defesa do Consumidor. Nestes, em breve síntese, define-se que o consumidor será pessoa física ou

jurídica que consuma ou faça uso de produtos ou serviços como destinatário final e fornecedor aquele que ofereça produto ou preste serviço, de forma ampla, com fins econômicos envolvidos.

Os conceitos legais, por si, possuem interpretação diversas, sendo que para alguns, por exemplo, é possível que se estenda o entendimento de consumidor para abranger também pessoas jurídicas, ou seja, os consumidores fáticos mas não finais, enquanto que para outros é necessário levar em conta o elemento teleológico. Tratam-se das teorias maximalista e finalista de interpretação do consumidor. Uma terceira corrente, denominada finalismo aprofundado, no entanto, foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que a análise da vulnerabilidade, no caso concreto, poderá trazer mais justiça para casos que a lei *stricto sensu* não alcançaria.

Da mesma forma, ainda que não previsto legalmente, uma teoria também ampliou o rol de figuras possíveis de serem configuradas como fornecedores. É o caso do fornecedor equiparado, que vai elevar a categoria de fornecedor mesmo aqueles que não tenham, por exemplo, a atividade econômica ou uma determinada “profissionalidade” no exercício de suas atividades.

Estas construções que, de certa forma, ampliam os conceitos dos elementos subjetivos da relação de consumo, em boa parte surgiram de construções jurisprudenciais em que se buscou a proteção do mais vulnerável na relação de consumo. Buscou-se, neste artigo, analisar julgados recentes do Superior Tribunal de Justiça com o intuito de verificar se esta proteção permanece na interpretação da lei consumerista, utilizando-se, para isto, de sete recursos especiais que foram analisados de forma pormenorizada em seus fundamentos.

Dos julgados em que se analisaram o conceito de consumidor até os que buscaram definir e diferenciar o de fornecedor encontrou-se uma resposta positiva: são os casos concretos com suas pormenoridades que determinaram a existência ou não de relação de consumo, sempre tendo em vista as previsões legais e o princípio da vulnerabilidade nas hipóteses analisadas. Com o devido cuidado e diligência, as fundamentações jurídicas das resoluções legais apresentadas pelos Ministros são lógicas e coerentes, seja com a lei, com a principiologia do CDC ou com seus próprios julgados antecedentes, que servem como parâmetro muitas vezes para o julgamento de novos casos.

Portanto, visualiza-se que embora muitas vezes o julgamento de casos concretos seja tarefa árdua, no direito do consumidor, nos últimos anos, se está mantendo o esperado dos julgamentos no pertinente a decisões sobre (ine)existência de relação de consumo: o uso da lei, da jurisprudência e, principalmente, de um raciocínio lógico e coerente necessário a um tema que tanto intermedeia o dia-a-dia de todo o cidadão brasileiro.

## REFERÊNCIAS

BESSA, Leonardo Roscoe. **Aplicação do código de defesa do consumidor:** análise crítica da relação de consumo. Brasília: Brasília Jurídica, 2007.

BESSA, Leonardo Roscoe. Fornecedor Equiparado. **Revista de Direito do Consumidor.** São Paulo, n. 61, jan/mar. 2007. p. 135-141.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da União, Brasília, 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 28 ago. 2017.

BRASIL. **Lei Complementar nº 109**, de 29 de maio de 2001. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp109.htm)>. Acesso em: 27 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 9.307/96.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 25 set. 2017.

BRASIL. **Lei nº 13.460,** de 26 de junho de 2017. Dispõe sobre participação, proteção e defesa dos direitos do usuário dos serviços públicos da administração pública. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13460.htm)>. Acesso em: 23 set. 2017 – a.

BRASIL. **Lei nº 8.078,** de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm)>. Acesso em: 20 set. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. 1. CONTRATO DE ADESÃO. ARBITRAGEM. REQUISITO DE VALIDADE DO ART. 4º, § 2º, DA LEI 9.307/1996. DESCUMPRIMENTO. 2. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVADO. **REsp 1.602.076-SP**, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15/9/2016, Terceira Turma - a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE. [...] **REsp: 1195642 RJ 2010/0094391-6**, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 13/11/2012, T3 - Terceira Turma.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. DEMANDA ENVOLVENDO CONDOMÍNIO DE ADQUIRENTES DE UNIDADES IMOBILIÁRIAS E A CONSTRUTORA/INCORPORADORA. PATRIMÔNIO DE AFETAÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO. COLETIVIDADE DE CONSUMIDORES. POSSIBILIDADE DE INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS PROBATÓRIO. PRECEDENTES DO STJ. **REsp 1.560.728-MG**, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 18/10/2016, Terceira Turma – b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CORRETAGEM DE VALORES E TÍTULOS MOBILIÁRIOS. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. **REsp: 1599535 RS 2016/0124615-3**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 14/03/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 21/03/2017 – b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PLANO DE SAÚDE DE AUTOGESTÃO. REAJUSTE DAS MENSALIDADES. ABUSIVIDADE. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA **REsp: 1671016 RS 2017/0108236-4**, Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, Data de Publicação: DJ 01/08/2017 – c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIREnte. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO. **REsp: 1010834 GO 2007/0283503-8**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 03/08/2010, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/10/2010 – a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM INDENIZAÇÃO. FABRICANTE. ADQUIREnte. FRETEIRO. HIPOSSUFICIÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. VULNERABILIDADE. **REsp: 1080719 MG 2008/0179393-5**, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 10/02/2009, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. CIVIL E EMPRESARIAL. CONTRATO DE TRANSPORTE INTERNACIONAL DE CARGA. INSUMOS. RELAÇÃO DE CONSUMO. INOCORRÊNCIA. VINCULAÇÃO ENTRE O CONTRATO PRINCIPAL E O CONTRATO ACESSÓRIO DE TRANSPORTE. **REsp: 1442674 PR 2014/0059284-8**, Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Data de Julgamento: 07/03/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 30/03/2017 – d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. INADIMPLEMENTO CONTRATUAL. SUBSCRIÇÃO DE AÇÕES. CESSÃO. CONTRATOS DE PARTICIPAÇÃO FINANCEIRA. MILHARES. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. CARACTERÍSTICAS PESSOAIS DO CEDENTE. TRANSFERÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. VULNERABILIDADE. HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO IDENTIFICAÇÃO. COMPETÊNCIA. LOCAL DE CUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES. DOMICÍLIO DO DEVEDOR. **REsp: 1608700 PR 2016/0163461-2**, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Data de Julgamento: 09/03/2017, T3 - Terceira Turma, Data de Publicação: DJe 31/03/2017 – e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 563**, Segunda Seção, julgado em 24/02/2016, DJe 29/02/2016 – c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 469**, Segunda Seção, julgado em 24/11/2010, DJe 06/12/2010 – b.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Título I: Dos Direitos do Consumidor. GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* **Código brasileiro de defesa do consumidor:** comentado pelos autores do anteprojeto. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor:** o novo regime das relações contratuais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Humberto. Diretrizes jurisprudenciais do Superior Tribunal de Justiça relacionadas à proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 106, p. 17-36. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul/ago 2016.

MIRAGEM, BRUNO. **Curso de Direito do Consumidor.** 6 ed. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2016.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; BONATTO, Cláudio. **Questões controvertidas no Código de Defesa do Consumidor:** principiologia, conceitos, contratos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

# **NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL E A REFORMA TRABALHISTA<sup>1</sup>**

Gilberto Sturmer<sup>2</sup>

## **Introdução**

Este trabalho, apresentado em 12 de dezembro de 2017, durante o “IX Encuentro Hispano-Brasileño de Filosofia del Derecho y Derechos Humanos” na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla, Espanha, com o título “Liberdade Sindical e Negociação Coletiva de Trabalho como Direitos Humanos (A Reforma Trabalhista no Brasil)”, tem o objetivo de analisar a resolução dos “Conflitos Coletivos de Trabalho” com ênfase na via autocompositiva. A negociação coletiva de trabalho, incentivada no âmbito do direito interno e também internacionalmente, é o caminho a ser buscado.

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI, ou seja, no âmbito dos direitos fundamentais.

Faz parte do contexto, o fato de que o Brasil, signatário da Organização Internacional do Trabalho desde a sua criação em 1919 – em que pese não haver internalizado a Convenção 87 que trata da liberdade sindical, ratificou as convenções 98 e 154, que tratam de negociação coletiva de trabalho.

Assim, com base nos fundamentos jurídicos acima expostos, a ideia do texto é examinar a Lei nº 13.467/2017, que trata da denominada Reforma Trabalhista, tendo sido publicada em 13 de julho.

A fim de delimitar o tema, importante referir que a análise diz respeito aos artigos 611-A e 611-B, incluídos na Consolidação das Leis do Trabalho. A redação do artigo 611-A estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre determinadas matérias. Já o artigo 611-B trata do inverso, ou seja, arrola as matérias (direitos) que não podem ser reduzidos ou suprimidos por fazerem parte do rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas, por serem considerados cláusulas pétreas da Constituição da República de 1988.

---

<sup>1</sup> O presente texto está inserido no Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Fundamentais, Relações de Trabalho e contemporaneidade”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e ao Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho e Sindicalismo”, liderado por este autor.

<sup>2</sup> Advogado e Parecerista. Conselheiro Seccional da OAB/RS (2013/2015). Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Membro da Associação dos Advogados Trabalhistas de Empresas no Rio Grande do Sul (SATERGS). Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho. Titular da Cadeira nº 4 e Fundador da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Doutor em Direito do Trabalho pela Universidade Federal de Santa Catarina (2005) e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilla (Espanha) (2014). Coordenador do Núcleo de Direito Social da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Professor Titular de Direito do Trabalho nos Cursos de Graduação e Pós-Graduação (Especialização, Mestrado e Doutorado) na mesma Escola.

O texto é fechado com conclusões que levam em consideração o momento atual do ponto de vista político, jurídico e social pelos quais atravessa o Brasil. Também é relevante reiterar que a análise se dá em relação a uma lei recentemente aprovada e publicada sem vetos, mas que se encontra em período de vacatio legis de cento e vinte dias.

## 1. Conflitos Coletivos de Trabalho

Para Jean-Claude Javillier (1988, p. 213 e 233), “os conflitos coletivos de trabalho e as negociações coletivas são inseparáveis”. Para ele, a negociação coletiva é o meio pelo qual empregadores e empregados, esses representados por sindicatos, estabelecem normas sobre as relações individuais de trabalho, sendo o único meio apto a efetivar a consideração dos interesses dos trabalhadores empregados nos seus contratos de trabalho.

O espanhol Olea (1994) entende a negociação coletiva como composição de uma situação de conflito, pois, segundo ele, é através dela que se ajustam interesses tidos como antagônicos. O acordo, que surge de forma autônoma entre organizações de trabalhadores e empresas, pode ser facilmente alcançado pelos entes coletivos ou ser precedido de demonstrações de força, como a greve e o locaute.

Para Martinez (2016, p. 882-883), a negociação coletiva é “um procedimento por meio do qual dois ou mais sujeitos de interesses em conflito ou seus representantes, mediante uma série de contemporizações, cedem naquilo que lhes seja possível ou conveniente para o alcance dos resultados pretendidos”.

Na visão da doutrina em geral, a ideia de conflito coletivo de trabalho confunde-se com a negociação coletiva de trabalho. Na prática, a segunda é consequência da primeira.

Os conflitos de trabalho têm um divisor de águas. É da natureza humana que, aqueles que dão a sua força de trabalho para outrem, busquem sempre melhores condições de trabalho e de salário. Por outro lado, os que dispõem da atividade econômica visam lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busque melhores condições de trabalho e o empregador, dono do empreendimento procure lucro, há um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato<sup>3</sup>.

Esta é a linha divisória, já que os conflitos posteriores ao contrato têm natureza jurídica, ou seja, em regra se discutem cláusulas desrespeitadas ou cuja interpretação é divergente.

Arouca (2016), por exemplo, vincula a noção de negociação coletiva mais à defesa de interesses do que à solução de conflitos. O autor reputa a negociação coletiva de trabalho como meio de defesa direta de interesses coletivos pela organização sindical de empregados ou empregadores, frisando que ela ocorre quando os entes sindicais se valem apenas da sua própria ação. Nesse sentido, conclusão favorável redundaria na convenção coletiva de trabalho.

Inserem-se nesse contexto os conflitos de natureza econômica, já que, estabelecidos os parâmetros iniciais, a tendência é buscar sempre o melhor. Para Martins (2004, p. 709) “os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito”.

<sup>3</sup> No caso da relação individual, o contrato de trabalho; no caso das relações coletivas, as normas coletivas (acordo, convenção, sentença normativa ou laudo arbitral).

Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve” (MARTINS, 2004, p. 709).

Para Brito Filho (2015, p. 152) negociação coletiva é “o processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho”.

Nascimento, por sua vez, entende que:

[o] conflito não é apenas um fenômeno de dimensões sociológicas. É também um fato jurídico, estruturado em conjunto com instrumentos criados pela cultura jurídica dos povos, incluído nos sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos (2000, p. 253).

Assim, sendo o conflito de trabalho e, especialmente, o conflito coletivo de trabalho, um fato social e jurídico, é certo que existe por insatisfação, mas também é certo que existe com o objetivo fundamental de busca da paz social, o que se dá através dos instrumentos de solução previstos no ordenamento jurídico.

## 2. Negociação Coletiva de Trabalho como direito fundamental

Como visto no item anterior, a ideia de conflito coletivo de trabalho acaba por se confundir com negociação coletiva de trabalho. O conflito originário, sociológico, tende a ser resolvido pela via negocial.

As formas de solução ou de composição dos conflitos coletivos de trabalho são basicamente três, com suas subdivisões. Martins (2004) fala em autodefesa, autocomposição e heterocomposição.

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes (MARTINS, 2004). As fontes formais de Direito do Trabalho privilegiam a autocomposição<sup>4</sup>. É meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho a negociação coletiva. O resultado da negociação pode ser a convenção coletiva de trabalho<sup>5</sup> ou o acordo coletivo de trabalho<sup>6</sup>.

A heterocomposição dos conflitos coletivos de trabalho surge ante o insucesso da negociação e pressupõe a participação de uma fonte suprapartes, com a prerrogativa de imposição da solução do conflito, à qual as partes deverão se submeter. São formas tradicionais de heterocomposição, a arbitragem<sup>7</sup> e a jurisdição<sup>8</sup>.

Cabe aqui registrar uma posição contrária à maioria da doutrina, que entende a mediação como forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho (MARTINS, 2004, p.710).

Nesse contexto, entende-se que a mediação seria uma forma híbrida entre autocomposição e heterocomposição dos conflitos. Ocorre que há a participação de um terceiro (em regra a autoridade regional

4 É o caso da Constituição Federal, nos artigos 7º, XXVI; 8º, III e VI; 114, § 2º (BRASIL, 1988) e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos artigos 611, 611, § 1º, e 616. (BRASIL, 1943).

5 Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

6 Art. 611, § 1º, CLT (BRASIL, 1943).

7 Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988); Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (BRASIL, 1996).

8 Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988); Art. 856 a 875, da CLT (BRASIL, 1943); Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 4, de 8 de junho de 1993* (Cancelada pela Resolução n. 116, de 20 de março de 2003). Uniformiza o procedimento nos dissídios coletivos de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jun. 1993. Seção 1, p. 11807 (BRASIL, 1993).

do Ministério do Trabalho), mas não há imposição obrigatória da solução apresentada pelo mediador, como ocorre na arbitragem e na jurisdição.

Por fim, a autodefesa, como forma em que as próprias partes procedem à defesa dos seus interesses (MARTINS, 2004, p. 710). É dividida em greve<sup>9</sup> e locaute<sup>10</sup>.

As formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho são levadas a efeito por meios legais que buscam o chamado fim normativo<sup>11</sup>. Na autocomposição, já foi referido que o meio utilizado é a negociação coletiva. Para Nascimento (2000, p. 267), a negociação coletiva é característica do *plurinormativismo* do Direito, já que o seu resultado (convenção coletiva de trabalho) tem força de lei entre as partes.

A Constituição da República de 1988, sétima brasileira, sexta republicana e quinta a arrolar direitos sociais trabalhistas, foi a primeira da história constitucional brasileira a inserí-los no âmbito dos direitos e garantias fundamentais.

O Título II é que trata dos direitos e garantias fundamentais. Neste título, o Capítulo II trata dos direitos sociais, sendo os direitos sociais trabalhistas encontrados no artigo 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social, entre outros, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, ou seja, o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho.<sup>12</sup>

Segundo Mendes e Branco (2011, p. 671), a Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais:

Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

Especificamente sobre os direitos fundamentais sociais trabalhistas, já reconhecidos, como visto acima, como cláusulas pétreas, dizem Mendes e Branco:

A Constituição contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais.

É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. Nesse sentido, as garantias arroladas no artigo 7º (2011, p. 683).

No que concerne à negociação coletiva de trabalho, esses autores consideram que, no caso do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, o constituinte pretendeu explicitar um dever

9 Na forma do art. 2º, da Lei nº 7.783/1989, “greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador” (BRASIL, 1989).

10 “Paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados” (Art. 17, Lei 7.783/1989). O locaute é proibido no Brasil.

11 As normas coletivas (acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas e laudos arbitrais são leis entre as partes).

12 Art. 7º, XXVI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

geral de proteção por parte do legislador. Referem que tal norma, assim como outras, contém diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração, com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador no sentido de criar disciplina normativa apta ao reconhecimento e aplicação das convenções e acordos coletivos. Destacam, ainda, que:

(...) não se pode falar em um direito subjetivo em face do empregador, mas mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estarão a reclamar continuamente normas de organização e procedimento (MENDES; BRANCO, 2011, p. 684-685).

Tal circunstância denota que devem haver ajustes de acordo com a necessidade social do momento. É possível, portanto, alterar as regras que regulam as relações de trabalho e de emprego, preservando-se o caráter de cláusulas pétreas dos direitos arrolados no artigo 7º da Constituição.

No contexto da dignidade da pessoa humana, também os direitos fundamentais têm papel essencial, entre os quais os direitos sociais trabalhistas, com ênfase na organização sindical e na negociação coletiva de trabalho. Este é o pensamento de Sarlet (2001, p. 92):

Também os assim denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas (e aqui fixamo-nos nos exemplos mais conhecidos) foi resultado das reivindicações das classes trabalhadoras.

Sobre negociação coletiva, já na primeira metade do século XX, Cornelutti (1936, p. 136) abordava a sua construção e origem:

Il regolamento collettivo, norma o sistema di norme che disciplinano tutti i rapporti di lavoro compresi in una data categoria, nasce da uno di questi tre fatti: il *contratto* (colettivo), la *ordinanza* (corporativa), la *sentenza* (del magistrato di lavoro). Queste sono pertanto le sue fonti, come la legge (meglio forse l'atto legislativo) e la consuetudine sono nell'ordine vigente, le fonti della norma giuridica vera e propria.

Quando si dice che el regolamento giuridico nasce dal contratto, dalla ordinanza o dalla sentenza e, allo stesso modo, che na norma giuridica nasce dall'atto legislativo o dall'uso, i quali perciò ne costituiscono le fonti, si parla in modo figurato. In realtà il regolamento collettivo no è se non la espressione della efficacia che a questi fatti riconosce l'ordine giuridico, come la norma giuridica è l'espressione della efficacia che altre norme superiori, o, al sommo, la consciencia comune attribuiscono agli altri fatti ora ricordati. Com la stessa figura si dice che la luce sorge dalla lampada o l'ombra del corpo opaco. Fonte del regolamento collettivo è dunque il fatto, a cui la legge attribuisce la efficacia caratteristica di quel regolamento.

A negociação coletiva de trabalho e a fonte formal dela decorrente – convenção coletiva de trabalho - têm uma base conceitual equânime na doutrina internacional.

Por outro lado, verifica-se que, a par do fato de ser a negociação coletiva de trabalho um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, a sua estrutura é moldada no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos, de modo a inserí-la no contexto social, econômico e contemporâneo das necessidades sociais. Isto, por si só, evidencia a necessidade de adaptação do direito à realidade social.

De outra parte, é importante salientar o fato de que, nas relações coletivas de trabalho previstas no sistema constitucional brasileiro, a representação da categoria profissional (empregados) se dá, obrigatoriamente, pela entidade sindical<sup>13</sup>. Este fato afasta a hipossuficiência dos empregados no âmbito coletivo. Entende-se como

13 Art. 8º, VI – é obrigatória a participação dos sindicatos na negociação coletiva de trabalho (BRASIL, 1988).

uma forma de aplicação do princípio da proteção (que é um princípio do Direito Individual do Trabalho) no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho.

Segadas Vianna (1972, p. 28-29) entendeu a vocação das organizações coletivas de trabalhadores para buscar melhores condições junto aos empregadores, mas também para combater a opressão excessiva, a injustiça e o descaso do Estado e das leis - o que se considera que hoje não ocorre.

Neste sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal acerca da negociação coletiva de trabalho e da autonomia privada coletiva do sindicato de classe. Em 2015, no conhecido caso dos Planos de Dispensa Voluntária (PDVs), o STF, no Recurso Extraordinário nº 590.415, com repercussão geral, publicado em 29 de maio de 2015 (Rel. Min. Roberto Barroso), destacou o seu significado no sentido de reduzir de impacto social de dispensas, dando validade da quitação plena passada por empregada ao PDV (BRASIL, Recurso Extraordinário 590415, texto digital).

No mesmo sentido, no Recurso Extraordinário nº 895.759, cujo acórdão foi publicado em 23/05/2017 (Rel. Teori Zavascki):

Os acordos coletivos entre sindicato e empresa em matéria e salário e jornada de trabalho podem se sobrepor à CLT, desde que o negociado não ultrapasse os limites da razoabilidade. No caso, houve supressão de horas *in itinere* em substituição a outros direitos. A decisão é de repercussão geral (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Justiça. RE 895759, texto digital).

Como medida de valorização da negociação coletiva de trabalho, destaca-se, ainda, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 323, a concessão de Medida Cautelar pelo STF (Min. Gilmar Mendes) para suspender os efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre a ultratividade das normas coletivas (17/10/16) (BRASIL. STF, texto digital).

A fim de contextualizar o tema, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) havia mudado entendimento sobre a matéria, alterando a redação da Súmula 277, dando ultratividade à norma coletiva. (BRASIL. Súmula nº 277 do TST, Texto digital) Nesse sentido, destaca-se que no texto da reforma trabalhista (PLC 38/2017) há previsão de proibir a ultratividade (art. 614, § 3º - NR) (BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL 6787/2016, texto digital*).

Com a dimensão da importância da negociação coletiva de trabalho – direito fundamental, da abertura das suas possibilidades à adequação social e, ao mesmo tempo, com os limites constitucionais bem definidos sobre direitos que não podem ser reduzidos ou eliminados, examina-se, a seguir, as normas internacionais sobre a matéria.

### 3. Tratados Internacionais sobre Negociação Coletiva

Em relação à negociação coletiva, recebem destaque as convenções 98 (1949)<sup>14</sup> e 154 (1981)<sup>15</sup> da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil respectivamente em 1953 e 1994. Já

<sup>14</sup> Ver ainda Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953. Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, a 1º de julho de 1949 (BRASIL, 1953).

<sup>15</sup> Ver Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981 (BRASIL, 1994).

a Convenção nº 87 da OIT, de 1948, que trata da liberdade sindical de forma mais ampla, não foi até hoje internalizada pelo Brasil.<sup>16</sup>

A Convenção nº 98 tem como título “O Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva”. Seu enfoque principal destaca que os trabalhadores empregados devem gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego (BRASIL, 1953).

Por outro lado, segundo a Convenção nº 154, a Negociação Coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: fixar as condições de trabalho e de emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez (BRASIL, 1994).

É, pois, uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam as diferentes posições existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições (MARTINS, 2002).

No Brasil, seguindo orientação da Convenção nº 154 da OIT, o procedimento da negociação coletiva segue os seguintes passos (STÜRMER, 2007, p. 67):

1. os sindicatos trabalhistas comunicam aos sindicatos patronais ou diretamente às empresas as suas reivindicações, iniciando-se um procedimento de negociação direta, sem interferência do Estado. A lei obriga às partes a manter o diálogo<sup>17</sup> e o Poder Judiciário tem admitido a instauração de instância (ajuizamento de dissídio coletivo) somente com prova robusta de que houve negociação e que a mesma se esgotou;
2. havendo recusa à negociação, O Ministério do Trabalho, através dos seus órgãos regionais, poderão convocar mesa redonda, iniciando-se, assim, a mediação que, como em toda a mediação, não terá poderes decisórios, mas apenas apresentará propostas que as partes aceitarão ou não;
3. havendo iminência de greve, também poderá ser convocada mesa redonda pela Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego;
4. não havendo autocomposição (convenção ou acordo coletivo de trabalho), sem ou com mediação, a lei autoriza a greve, segundo procedimento e nas hipóteses previstas;
5. finalmente, não havendo autocomposição, o conflito buscará a solução através da heterocomposição, transferindo-se para os tribunais do trabalho, caso as partes não tenham preferido a arbitragem<sup>18</sup>.

Ajuizado o dissídio coletivo, este será julgado pelos tribunais do trabalho (tribunais regionais de trabalho e TST) que, através de uma sentença normativa, decidirão o conflito, respeitadas, na decisão, as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente (STÜRMER, 2007, p. 67).

O poder judiciário age como poder legislativo, eis que fixa normas a serem observadas pelas partes conflituadas (STÜRMER, 2007, p. 67).

Consoante previsão constitucional, a negociação coletiva é um requisito para a arbitragem e para a jurisdição<sup>19</sup>. Ademais, a própria CLT<sup>20</sup>, condiciona a instauração da instância à comprovação cabal e inequívoca da tentativa de negociação prévia.

16 ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 87 de 1948. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização (OIT, 1948)

17 Art. 616 CLT (BRASIL, 1943).

18 Art. 114 e parágrafos, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

19 Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

20 Art. 856 e seguintes, CLT (BRASIL, 1943).

A negociação coletiva distingue-se da convenção e do acordo coletivo de trabalho, já que se trata de procedimento que visa superar divergência entre as partes, sendo o seu resultado, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho<sup>21</sup>.

A Constituição da República, como já referido, reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho<sup>22</sup>. Determina, ainda, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”<sup>23</sup>, e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”<sup>24</sup> Assim, como resultado das negociações coletivas de trabalho (formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho), o ordenamento jurídico abriga as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Segundo o artigo 611, da CLT:

Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.<sup>25</sup>

Com efeito, pelo menos dois sindicatos - de um lado, o dos trabalhadores e de outro, o dos empregadores – colocam um fim no conflito através de um acordo (negociação) que estabelece regras aplicáveis às relações individuais de trabalho da respectiva categoria no âmbito de sua representação, obedecida a regra da unicidade sindical (STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes).

O caráter é normativo porque a convenção coletiva é lei entre as partes. Por se tratar de um contrato, há também o caráter obrigacional das cláusulas e condições que estipulam regras entre os sindicatos convenentes. O parágrafo primeiro, do artigo 611 da CLT, dispõe que:

§1º. É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho<sup>26</sup>.

Assim, em menor escala, o sindicato dos trabalhadores poderá negociar com uma ou mais empresas, para estipular regras aplicáveis às relações de trabalho naquelas empresas.

Apesar de posições em contrário, entende-se que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o artigo 7º, inciso XXVI da Constituição reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho<sup>27</sup>. Assim, quando o artigo 8º, inciso VI, determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, é certo estar se referindo ao sindicato dos trabalhadores (categoria profissional)<sup>28</sup>.

21 Ver MARTINS, 2004, p. 727.

22 “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI – reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. (...)” (BRASIL, 1988)

23 Art. 8º, III, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

24 Art. 8º, VI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

25 Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

26 §1º do Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

27 Art. 7º, XXVI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

28 Art. 8º, inciso VI, Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ver STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

O artigo 616, da CLT, determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva, que visa a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

Registre-se, ainda, que nos termos do artigo 620, da CLT, as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Isto porque, sendo especial, em regra o acordo prevalece sobre a convenção. Todavia, em face do princípio protetor, no Direito do Trabalho vige a regra da norma mais favorável ao trabalhador, o que explica a regra prevista no artigo 620 da CLT<sup>29</sup>.

O sistema sindical brasileiro desenvolveu-se sob os nefastos mantos do corporativismo e do intervencionismo. Embora signatário da OIT desde a sua criação em 1919, o Brasil não recepcionou a principal Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948 e que dispõe sobre liberdade sindical<sup>30</sup>. Foi somente com a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que alguma luz de liberdade sindical surgiu no horizonte.<sup>31</sup>

O artigo 8º da Constituição Federal dispõe que é livre a associação profissional ou sindical e determina que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical<sup>32</sup>. Ocorre que o sindicalismo nacional ainda sofre com o intervencionismo e com a ausência de liberdade plena. Os traços marcantes são os seguintes (STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes):

- unicidade sindical: segundo o artigo 8º, II, da Constituição Federal<sup>33</sup>. A alternativa, através de emenda constitucional, seria o pluralismo ou até a unidade sindical, onde os sindicatos se unem sem imposição estatal.
- enquadramento sindical por categoria: segundo o artigo 570 e seguintes da CLT, o enquadramento sindical no Brasil se dá por categoria idêntica, similar ou conexa<sup>34</sup>, o que quer dizer que um trabalhador ou um empregador que exercem determinada atividade (por exemplo, ramo metalúrgico), não podem ser representado por outro sindicato que, por ventura, lhes seja mais representativo<sup>35</sup>. Alteração legislativa, em conjunto com as modificações constitucionais acima citadas, resolveria a questão.
- contribuição sindical compulsória: prevista nos artigos 578 e seguintes da CLT, existe desde 1940 e fere de morte o princípio da liberdade sindical e também a regra constitucional que diz que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato<sup>36</sup>. Os trabalhadores, os autônomos, os profissionais liberais e os empregadores são obrigados a contribuírem para o sistema sindical<sup>37</sup>. Tal circunstância, além de ser contrária à liberdade, faz com que se mantenham sindicatos que não

29 Art. 620, CLT (BRASIL, 1943). Ver RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 53.

30 Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948

31 BRASIL, 1988. Ver STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

32 Art. 8º, caput e inciso I, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

33 Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...) (BRASIL, 1988)

34 Nos termos do parágrafo único, do artigo 570, da CLT, “quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do quadro de atividades ou profissões.” (BRASIL, 1943)

35 Por tal circunstância entende-se que, salvo exceções, o Capítulo II, do Título V, da CLT, que trata do enquadramento sindical e abrange os artigos 570 a 577, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1943).

36 Art. 8º, V, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

37 Art. 580 e incisos, da CLT. (BRASIL, 1943)

são representativos, quando não verdadeiros fantasmas. A modificação depende de alteração na lei, mas, mais do que isso, depende da superação do lobismo, do conservadorismo, do corporativismo e do interventionismo que emperram o sindicalismo no Brasil.

- efetivo exercício do direito de greve: a Constituição Federal prevê o direito nos artigos 9º (trabalhadores privados) e 37, VII (servidores públicos). Os servidores públicos ainda não têm legislação que regulamente o direito. Os trabalhadores privados têm o seu direito de greve regulado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989,<sup>38</sup> mas a liberdade ao exercício do direito ainda é muito reprimida. O que não se pode olvidar é que, mais do que um fato jurídico, a greve é um fato social.

Estes são alguns exemplos da ausência de liberdade sindical no Brasil. Entende-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu uma oportunidade jurídica impar para o advento da liberdade sindical no Brasil<sup>39</sup>. O novo parágrafo 3º, do artigo 5º, dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais<sup>40</sup>.

A Convenção 87 da OIT que trata de liberdade sindical é, de fato, um tratado sobre direitos humanos. Havendo vontade política para superar a questão formal, o *status* de emenda constitucional abriria as portas para o pluralismo sindical, o fim do enquadramento, da contribuição compulsória e do poder normativo (STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes).

Para finalizar, propõe-se um conceito de liberdade sindical, onde efetivamente não há lugar para a unicidade sindical, o enquadramento sindical, a contribuição compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho (STÜRMER, 2007, p. 60-61):

direito de trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (executivo, legislativo ou judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.

Não há dúvida, portanto, que a constante busca pela efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988, mais especificamente nos seus artigos 7º e 8º, passa no Brasil, necessária e obrigatoriamente pela implantação da liberdade sindical.

#### **4. A reforma trabalhista**

Há muito se discute no Brasil, tanto reforma sindical, quanto reforma trabalhista. Entende-se, pelo que foi exposto nos itens anteriores, que a reforma sindical e a implantação da liberdade sindical deveriam ter preferência. Contudo, não é o que ocorre.

A reforma sindical ficou em segundo plano e, especialmente a partir de 2016, com a chegada ao poder do atual governo, a reforma trabalhista está em pauta. Ela trás em seu bojo a proposta de extinção da contribuição

<sup>38</sup> Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (BRASIL, 1989).

<sup>39</sup> BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências (BRASIL, 2004).

<sup>40</sup> Ver STÜRMER, Gilberto. *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

sindical compulsória<sup>41</sup>. No entanto, outras questões, especialmente a partir da internalização da Convenção 87 da OIT, deveriam vir no conjunto.

Esta reforma trabalhista que, na Câmara dos Deputados foi registrada como Projeto de Lei nº 6.787/2016, foi aprovada no final de abril de 2017. Remetida ao Senado da República, recebeu o número Projeto de Lei da Câmara (PLC) nº 38/2017 (BRASIL, 2016; 2017). Aprovada em 13 de julho de 2017, a Lei nº 13.467 passa a produzir efeitos cento e vinte dias após a sua publicação.

A Lei trata e altera diversos aspectos relativos às relações de trabalho e de emprego. Ela propõe uma revolução no mundo do trabalho que, como fundamentado nos itens precedentes, decorre da dinamicidade das relações sociais e trabalhistas neste já avançado início de século XXI. O Brasil simplesmente deve encaminhar a sua legislação laboral à realidade de mercado existente, o que é inexorável. Não se trata, aqui, de fazer uma análise ideológica sobre o mundo do trabalho, senão de adaptá-lo, de forma pragmática à realidade. É sabido que o direito corre atrás do fato social, mas sabe-se, também, que a realidade se vinga do direito quando este não se adequa a ela.

Já ocorreram grandes reformas trabalhistas em outros países, como, por exemplo, a Espanha e a Alemanha. A Espanha voltou a crescer a criar empregos depois das reformas de 2012. A França discute hoje mudança das regras.

Não se está, aqui, comparando os sistemas e países. O desemprego no Brasil historicamente é baixo e depende da economia. Por outro lado, há enormes custos de transação, além de “eternas” incertezas. As relações entre empregados e empregadores são radicais e com espaço restrito para negociação.

O espaço para negociação coletiva deve ser ampliado. Este é, de fato, um grande mérito da proposta de reforma trabalhista. Discorda-se da expressão “negociado X legislado”, muito utilizada na mídia. Não é disso que se trata. A Constituição da República, no seu núcleo fundamental, permanecerá incólume. A própria legislação infranconstitucional será o estatuto jurídico das categorias que não negociarem.

A possibilidade de que o acordo e a convenção coletiva de trabalho tenham força de lei para as categorias que assim preferirem, gerará ganhos para os dois lados. As questões específicas de cada categoria farão parte do contexto. Não se pode pensar em redução do intervalo para trinta minutos em situações em que não houver condições de alimentação e descanso no período. Já nos casos em que é possível, a vantagem é clara ao trabalhador empregado que volta para casa trinta minutos antes do que voltaria caso o intervalo não fosse reduzido.

Outro ponto importante, regulamentando o artigo 11 da Constituição da República, é a criação da representação dos empregados na empresa. O sistema de negociação inicia dentro da empresa. O representante trata de salários, mas também trata dos conflitos do dia a dia. Esse mecanismo será um filtro para evitar as demandas judiciais. Neste sentido, o projeto propõe diversos filtros a fim de reduzir o estratosférico número de ações trabalhistas que ingressam por ano no Brasil. O predomínio do acordo coletivo sobre a convenção coletiva também flexibiliza a possibilidade de que a empresa e os seus empregados estabeleçam condições diferentes daquelas gerais do setor, o que certamente é positivo.

Outros temas, como conciliação extrajudicial, negociação de quota de aprendizes e empregados com deficiência, tendem a ter melhores resultados. Reitera-se: a reforma não mexe em cláusulas pétreas da Constituição da República, nem revoga a Consolidação das Leis do Trabalho. O sindicato que não aceitar

41 Nova redação do Art. 578 e seguintes, conforme Lei nº 13.467/2017.

negociar, terá a lei ao seu lado. Por isso mesmo, também, a extinção da contribuição sindical obrigatória tende a manter vivos e atuantes apenas os sindicatos real e efetivamente representativos.

A regulação de novas sistemáticas, como teletrabalho, trabalho a tempo parcial e trabalho intermitente, gera benefícios aos que assim trabalham. São sistemáticas que, na prática, já existem. A alteração incluirá no campo legal trabalhadores que hoje estão na informalidade.

O direito às férias anuais permanece íntegro. A ideia é poder dividí-lo em três períodos, o que hoje não é permitido pela lei, embora, muitas vezes, seja interesse do próprio empregado.

A proposta de inserção do artigo 611-A, estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre:

- Jornada de trabalho, respeitados os limites constitucionais;
- Banco de horas individual;
- Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- Adesão ao programa seguro-desemprego;
- Plano de cargos, salários e funções, inclusive a de confiança;
- Regulamento empresarial;
- Representantes dos trabalhadores nos locais de trabalho, como já referido;
- Modalidade do registro de jornada;
- Troca do dia de feriado;
- Identificação dos cargos que demandam a fixação de quotas de aprendiz, também já mencionado;
- Enquadramento do grau de insalubridade;
- Prorrogação de jornada em ambientes insalubres sem necessidade de licença prévia;
- Prêmios de incentivo em bens ou serviços; participação em lucros e resultados da empresa.

Veja-se que a proposta de inserção de novo artigo 611-A na CLT não representa a ideia midiática de “negociado sobre legislado”. Como já referido, reitera-se, a Constituição é intocada e a legislação infraconstitucional integralmente mantida. Os direitos existentes na lei, que não podem ser suprimidos, poderão ganhar novos contornos no caso de serem aprovados na mesa de negociação. O que não agradar, pode retornar ao *status quo* na negociação seguinte. A ideia é preservar o que foi negociado entre as categorias profissional e econômica, evitando que esdrúxulas interpretações anulem aquilo que os sujeitos da negociação, albergados pela lei, livremente pactuaram.

O que deixa mais clara a preservação de direitos trabalhistas nucleares e, portanto, sem a possibilidade de serem objeto de negociação coletiva, é a proposta de nova redação do artigo 611-B. Este artigo repete os direitos arrolados no artigo 7º da Constituição da República, cláusulas pétreas como já referido, preservando-as e garantido a integridade dos trabalhadores e da relação jurídica de emprego.

Como referido, a proposta de reforma trabalhista que, neste momento, tramita no Senado da República (2017), visa adequar o mundo do trabalho às demandas atuais da sociedade. Há outros aspectos a serem

analisados, inclusive no que diz respeito ao processo do trabalho. Tais aspectos, certamente, serão objeto de outros escritos.

## Conclusão

Examinaram-se os conflitos coletivos de trabalho, suas definições a partir da proposta conceitual de autores eleitos como base teórica. Também se destacou a ligação do conflito com as suas formas de solução, especialmente a autocompositiva negociação coletiva de trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a negociação coletiva de trabalho está no rol dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Assim, portanto, a negociação coletiva de trabalho é um direito fundamental da classe trabalhadora. Este direito não altera o fato de que há direitos que não podem ser objeto de negociação coletiva por se tratarem de cláusulas pétreas.

Os conflitos coletivos de trabalho têm origem sociológica antes de jurídica. O sistema legal brasileiro privilegia a negociação coletiva de trabalho como meio de solução dos conflitos e as convenções e acordos coletivos de trabalho como resultado da autocomposição.

No âmbito internacional, o Brasil ratificou as convenções 98 e 154 da OIT, privilegiando a negociação coletiva de trabalho como direito. Infelizmente o mesmo não ocorreu com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, que pavimenta o caminho para a liberdade sindical.

Para melhor aproveitamento da negociação coletiva no sistema brasileiro, deve ser implantada a liberdade sindical plena, recepcionando a Convenção 87 da OIT, e estabelecendo o pluralismo sindical, o enquadramento sindical livre, o fim da contribuição sindical compulsória, a abertura ao direito constitucional de greve e a efetiva extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A adoção da Convenção 87 da OIT, que é um tratado internacional de direitos humanos, deveria se dar através do instrumento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda nº 45/2004. Nesse contexto, certamente seria aberto um caminho de implantação efetiva dos direitos sociais preconizados pela Carta.

Toda a discussão e embasamento citados, não teriam razão senão para enfrentar e discutir o bojo da chamada proposta de reforma trabalhista, Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.

Embora faça parte das discussões chegando antes de uma almejada reforma sindical, a referida reforma é ampla e, caso aprovada na íntegra, acabará com a contribuição sindical obrigatória, o que já é uma grande notícia a fim de abrir o país à liberdade sindical.

A proposta do texto, por outro lado, em uma ideia de delimitação do tema, foi, a partir das discussões e bases teóricas iniciais – conflito coletivo de trabalho, negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e exame das normas internacionais sobre negociação coletiva de trabalho, examinar o contexto da redação proposta para os novos artigos 611-A e 611-B da CLT.

Como referido, mas não desimportante repetir, não há falar em “negociado X legislado”, mas sim nas possibilidades de que a negociação coletiva de trabalho, como direito fundamental dos trabalhadores que é, abrir horizontes a fim de adaptar o Direito do Trabalho ao mundo real.

Ao contrário do que muitos pregam, não há falar em fim do Direito do Trabalho ou em acabar com a CLT. O que a reforma pretende, sim, é inserir o Direito do Trabalho ao mundo do trabalho contemporâneo, já que o direito sempre corre arás do fato social.

A leitura do texto demonstra de forma clara e inequívoca, que os direitos fundamentais sociais trabalhistas insculpidos no artigo 7º da Constituição da República são mantidos incólumes, o que não poderia deixar de ser, já que está a se falar em cláusulas pétreas.

O mesmo texto, no proposto artigo 611-B, deixa claras as situações e direitos que não podem ser objeto de negociação coletiva de trabalho.

Assim como a lei, os textos científicos devem guardar relação com a realidade, sob pena de não serem reconhecidos por ela. O que se pretendeu aqui, foi demonstrar que a negociação coletiva de trabalho, direito fundamental existente desde a origem da atual Constituição, tem espaço para se adaptar às novas realidades que se apresentam e que impõem uma análise e um reconhecimento aberto, quer pelo intérprete, quer pelos atores sociais.

## Referências

AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. 5 ed. São Paulo: ITr, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 13.467/2017. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 14 jul 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU de 5.10.1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953*. Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, a 1º de julho de 1949. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-33196-29-junho-1953-337486-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d1256.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1256.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc45.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. *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. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7783.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 277 do TST*. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em

14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <[http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_251\\_300.html#SUM-277](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 4, de 8 de junho de 1993* (Cancelada pela Resolução n. 116, de 20 de março de 2003). Uniformiza o procedimento nos dissídios coletivos de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jun. 1993. Seção 1, p. 11807.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590415 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Roberto Barroso. Acordão publicado no DJE 29/05/2015, Ata nº 78/2015. Brasília: DJE nº 101, divulgado em 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 895759 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRITO FILHO. José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT – Proposta de inserção da Comissão de Empresa*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del Regolamento Collettivo dei Rapporti di Lavoro*. 7º migliaio. Milan: Padova, 1936.

JAVILLIER, Lean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 87 de 1948. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SEGADAS VIANNA, José de. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.

STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

# CRISE HÍDRICA E A POLÍTICA ENERGÉTICA BRASILEIRA: UMA ANÁLISE EM PERSPECTIVA COMPARADA COM A UNIÃO EUROPEIA

Jacson Roberto Cervi<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

Não obstante o conceito de desenvolvimento sustentável ter emergido da Conferência de Estocolmo, assinalando a importância de um novo marco de relações entre o homem e o meio em que vive, sua efetivação se deu com base no modelo de desenvolvimento vigente, calcado no lucro e no intenso consumo.

Apesar da CF/88 tratar o direito ao desenvolvimento e os direitos sociais como complementares entre si, de mesma hierarquia, o que se percebe na realidade é uma frequente dissonância entre os mesmos, vistos como incompatíveis. Isso resulta de uma concepção de desenvolvimento ultrapassada, centrada no aspecto econômico.

A cultura jurídica brasileira, tradicionalmente arraigada ao pensamento liberal e privatista, carrega entraves à concretização de uma nova ordem econômica. A velha forma de pensar vem dando sinais de esgotamento, principalmente no Direito Constitucional contemporâneo, graças à inclusão das ideias de Constituição dirigente e, mais recentemente, do constitucionalismo comunitário.

Nesse contexto, a energia que move o Brasil provém, em maior parte, de fontes não renováveis, a exemplo do petróleo e derivados. No entanto, o percentual das fontes renováveis é um dos mais elevados do mundo, com previsão de aumento até 2030, priorizando-se a expansão das hidrelétricas e da biomassa. Essa constatação gera algumas dúvidas quanto à capacidade das atuais políticas públicas no âmbito energético de alcançar os seus objetivos, principalmente no que diz respeito à redução das emissões de gases que provocam efeito estufa. Outro problema, derivado da opção energética fundada em megaprojetos de hidrelétricas, reside nos graves impactos ambientais e conflitos sociais gerados.

Essas são algumas das questões que fazem do tema “energia” assunto da pauta atual dos governos e que merecem a atenção de todos. Em vista disso, no presente artigo, se abordará, em perspectiva comparada, a estrutura de organização, gestão e planejamento do setor energético brasileiro e europeu. Tendo em vista tanto as forças como as deficiências, se buscará investigar no que o Direito pode contribuir para a melhor definição de políticas públicas de geração, transmissão e distribuição de energia mais segura, acessível e sustentável, como estratégia de longo prazo rumo a uma economia de baixas emissões de gases causadores do efeito estufa.

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, com estágio doutoral na Universidade de Sevilha-ES. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Possui Graduação em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul e especialização em Direito Público pela mesma Instituição. Professor titular da graduação e pós-graduação (Mestrado e Doutorado) em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, Campus de Santo Ângelo. Advogado. Membro do grupo de pesquisa: Novos Direitos em Sociedades Complexas.

Ao confrontar a situação do Brasil com a Europa não se pretende importar ideias e fórmulas prontas, mas contrastar as alternativas que o próprio Brasil vêm construindo com as tendências verificadas na UE, particularmente quanto às seguintes variáveis: composição da matriz energética, participação dos cidadãos nas decisões sobre política energética, legitimidade social das políticas energéticas, acesso à informação e inclusão social proporcionada pelas políticas energéticas. Como se pode antever, a situação brasileira e europeia apresenta semelhanças do ponto de vista formal, porém é bastante diferente em aspectos práticos e contextuais. O método de abordagem é dialético e o de procedimento é comparativo.

## 1. DEMOCRACIA AMBIENTAL E A POLÍTICA ENERGÉTICA EUROPEIA

A UE, originariamente criada com o objetivo de uma união econômica, atualmente, pode ser considerada uma comunidade que compartilha políticas públicas e cidadania. A instituição da Comunidade Europeia, desde o princípio, baseia-se nos princípios do Estado democrático de direito, sendo este um dos principais requisitos para a adesão de novos países.

Os primeiros tratados que instituíram a Comunidade Econômica Europeia, não contemplaram políticas ambientais, por serem vistas como entraves ao desenvolvimento econômico. Porém, o agravamento dos problemas nessa área, atingindo extensões que não respeitavam fronteiras entre os Estados, demonstrou a incapacidade das leis nacionais para tratar da questão, o que tornou necessário a adoção de mecanismos de cooperação intergovernamental. Assim, na década de setenta, reconheceu-se na necessidade de uma política comunitária de meio ambiente era uma necessidade fundamental e legítima. (BRAVO, 2009, p. 397).

Desde então, a União Europeia vem desenvolvendo novas políticas de atuação em matéria ambiental, definindo novos marcos legislativos e atuando de forma destacada também em nível global, em especial no que diz respeito ao aquecimento global e as mudanças climáticas. O Tratado da União Europeia em mais de uma oportunidade deixa evidente essa postura, desde o seu preâmbulo, quando expressa a determinação de promover o progresso econômico e social dos seus povos, com base no princípio do desenvolvimento sustentável e da coesão e proteção do ambiente, a exemplo dos artigos 3º, 4º e 21. (UNIÃO EUROPEIA, 1992, p. 15, 17, 18 e 28).

A partir do Tratado de Maastricht, firmado em 1992, o meio ambiente deixou de ser considerado algo isolado dentro das políticas comunitárias. O Tratado sobre o funcionamento da União Europeia, no seu artigo 191, baseado nos princípios da precaução, da ação preventiva e do poluidor-pagador, estabelece os objetivos da política da União no que diz respeito ao meio ambiente.

A Europa, na medida em que busca estreitar os laços entre os países membros, em 7 de dezembro de 2000, através do Parlamento Europeu, proclama a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Por meio desta Carta, objetivou dar maior visibilidade, reforçar a proteção e uniformizar os direitos fundamentais da comunidade europeia, observando as tradições constitucionais e obrigações internacionais comuns dos Estados-membros. Ao lado de direitos tradicionalmente reconhecidos como dignidade, liberdade e igualdade, a proteção ambiental também fez parte do elenco de direitos fundamentais, considerando-se que “todas as políticas da União devem integrar um elevado nível de proteção do ambiente e a melhoria da sua qualidade, e assegurá-los de acordo com o princípio do desenvolvimento sustentável”, conforme artigo 37 da citada Carta. (UNIÃO EUROPEIA, 2010A, p. 403)

Diante disso, pode-se afirmar que, atualmente, ao menos em nível de legislação e no âmbito da União Europeia, o direito a um meio ambiente saudável é reconhecido como um direito humano fundamental. Como assinala Antônio-Enrique Pérez Luño, os direitos humanos consistem em um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico, refletem as exigências da dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser positivadas pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional. Porém, conforme adverte o referido Autor, ao analisar a questão do meio ambiente enquanto fim constitucional dos estados de direito, a importância que hoje representa a garantia constitucional do meio ambiente não pode revestir-se na ilusão de que essas normas tenham solucionado as ameaças contra o equilíbrio ecológico, as quais podem ter sua eficácia limitada por fatores alheios ao direito. (PÉREZ LUÑO, 2008, p. 24)

Atualmente, encontra-se em marcha o Sétimo Programa Geral de Ação Ambiental para 2020 em matéria de Ambiente, adotado pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho da UE em novembro de 2013. (UNIÃO EUROPEIA, 2013C, p. 2)

O programa identifica três áreas prioritárias onde é necessária uma maior ação para proteger a natureza e reforçar a resiliência ecológica, intensificar o crescimento hipocarbônico e eficiente na utilização dos recursos e reduzir as ameaças à saúde e ao bem-estar humanos relacionadas com a poluição, as substâncias químicas e os impactos das alterações climáticas. O novo programa possui uma base sólida e inclui um “quadro de viabilização” com quatro objetivos prioritários para ajudar a Europa a cumprir estas metas, quais sejam: 1) melhor aplicação da legislação; 2) melhor informação. 3) mais investimento e de melhor qualidade para o ambiente; e, 4) integração plena dos requisitos e considerações ambientais noutras políticas. (UNIÃO EUROPEIA, 2013C, p. 3)

Na realidade, a aplicação dos princípios e das políticas ambientais, no âmbito da UE, também encontra óbice na resistência dos Estados em compartilhar responsabilidades, fruto da prevalência de interesses econômicos e de um entendimento equivocado a respeito da autonomia nacional em detrimento da aplicação da legislação ambiental. A eficácia de qualquer ação em prol do meio ambiente, requer que os estados cumpram com suas responsabilidades e incorporem as Diretivas da UE. Na atualidade, o que se observa são numerosos casos de descumprimento da legislação ambiental, o que tem levado a proposições de medidas mais drásticas em matéria de meio ambiente, inclusive com a opção da proteção penal, a exemplo da Diretiva 2008/99 do Parlamento Europeu e do Conselho. (BRAVO, 2009, p. 400).

Digno de nota que o atual Programa Ambiental Europeu reconhece também a importância de um maior acesso público à informação e à justiça no que diz respeito às questões ambientais.

As medidas da União Europeia destinadas a melhorar o ambiente contam com um vasto apoio dos cidadãos. Uma sondagem de opinião pan-europeia realizada em meados de 2011 revelou que mais de 90% dos inquiridos consideram que o ambiente é uma preocupação pessoal importante. Quase nove em cada dez apóiam o financiamento pela União Europeia de atividades mais respeitadoras do ambiente e mais de oito em cada dez consideram que a legislação europeia é necessária para proteger o ambiente no seu próprio país. As preocupações ambientais mais evocadas foram a poluição das águas, o esgotamento dos recursos naturais e o aumento dos resíduos. (UNIÃO EUROPEIA, 2013C, p. 4)

Essa ampla aceitação, por parte dos cidadãos europeus, de medidas em prol da melhoria da qualidade do ambiente deriva de um processo altamente democrático na elaboração e adoção da legislação ambiental. Além do aparato institucional visando a ampla difusão de informação confiável em matéria de meio ambiente, a Comissão Europeia, antes mesmo de apresentar qualquer proposta legislativa, procede a amplas consultas às autoridades nacionais, organizações não governamentais e ao público em geral, oportunizando assim a

manifestação e ponderação dos mais diversos pontos de vista o que, somado à sólida base de dados científicos, tem favorecido tanto a elaboração de normas mais eficazes quanto efetivas.

A UE, consciente da necessidade de maior efetivação da legislação ambiental, o que depende da participação mais ativa da população, buscou desenvolver instrumentos que viabilizem tal desiderato, dos quais se destaca a Convenção da Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas sobre o acesso à informação, à participação pública no processo de decisão e o acesso à justiça em matéria ambiental, mais conhecida por “Convenção de Aarhus”. Com base jurídica nos artigos 191 a 193 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia<sup>2</sup> (TFUE) dita Convenção, firmada em 1998, com entrada em vigor em 30 de outubro de 2001, parte da premissa de que, quanto maior a conscientização e envolvimento das pessoas com as questões ambientais, mais efetiva será a proteção do ambiente. (UNIÃO EUROPEIA, 2001, p. 1)

O Programa Geral de Ação Ambiental para 2020 em matéria de Ambiente, atualmente em vigor na UE, possui dentre seus objetivos prioritários o de alcançar até 2020 uma economia hipocarbônica, eficiente na utilização dos recursos, verde e competitiva. Para isso, prevê a necessidade de investimentos em políticas integradas, fundadas em estratégias horizontais e de cooperação internacional, que considerem os custos ambientais das atividades econômicas. O novo Programa possui uma preocupação especial com os impactos provenientes das alterações climáticas, consistindo a política energética um dos principais exemplos de integração da política ambiental, em especial com as políticas econômica e social.

No que diz respeito à energia, o TFUE define os objetivos da política energética, quais sejam:

Artigo 194º

1. No âmbito do estabelecimento ou do funcionamento do mercado interno e tendo em conta a exigência de preservação e melhoria do ambiente, a política da União no domínio da energia tem por objetivos, num espírito de solidariedade entre os Estados-membros:
  - a) Assegurar o funcionamento do mercado da energia;
  - b) Assegurar a segurança do aprovisionamento energético da União;
  - c) Promover a eficiência energética e as economias de energia, bem como o desenvolvimento de energias novas e renováveis; e
  - d) Promover a interconexão das redes de energia. (UNIÃO EUROPEIA, 1992, p. 60)

O mesmo dispositivo legal, em seu número 2, considera algumas áreas da política energética como sendo de competência compartilhada, visando a definição de uma política energética comum para a UE. Essa nova forma de tratar a política energética aborda desde a preservação e melhora do meio ambiente, quanto a garantia de segurança no abastecimento e de funcionamento do mercado. A partir do citado dispositivo, a política energética na UE é convertida em política transversal, que visa imprimir o desenvolvimento do mercado interno, a busca de solidariedade entre os Estados-membros e acessível a todos os cidadãos europeus, independentemente de sua localização geográfica. (BRAVO, 2011, p. 33)

2 Artigo 191.o: 1. A política da União no domínio do ambiente contribuirá para a prossecução dos seguintes objetivos: a preservação, a proteção e a melhoria da qualidade do ambiente; a proteção da saúde das pessoas; a utilização prudente e racional dos recursos naturais; a promoção, no plano internacional, de medidas destinadas a enfrentar os problemas regionais ou mundiais do ambiente, e designadamente a combater as alterações climáticas.(...)

Artigo 192.o: 1. O Parlamento Europeu e o Conselho, deliberando de acordo com o processo legislativo ordinário e após consulta ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões, adotarão as ações a empreender pela União para realizar os objetivos previstos no artigo 191.o. (...)

Artigo 193.o: As medidas de proteção adotadas por força do artigo 192.o não obstam a que cada Estado- Membro mantenha ou introduza medidas de proteção reforçadas. Essas medidas devem ser compatíveis com os Tratados e serão notificadas à Comissão. (...) (UNIÃO EUROPEIA, Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2012, p. 59-60).

Muitos são os desafios que a Europa enfrenta diante do tema da energia e incluem: 1) aumento da dependência das importações; 2) diversificação limitada; 3) preços elevados e voláteis; 4) crescente demanda energética global; 5) os riscos em matéria de segurança; 6) as crescentes ameaças decorrentes das alterações climáticas; 7) o progresso lento em matéria de eficiência energética; 8) os desafios colocados pela crescente quota-parte de energias renováveis; e 9) a necessidade de uma maior transparência, integração e interligação dos mercados energéticos. (UNIÃO EUROPEIA, 2014A, p. 1)

Uma série de medidas foi e está sendo tomada para a realização dos objetivos da política energética no âmbito da União Europeia, tanto voltadas para a realização do mercado interno quanto para o fortalecimento das relações externas no domínio da energia, a exemplo do aprimoramento da segurança, do aprovisionamento energético, da promoção da eficiência energética, do melhor aproveitamento dos recursos energéticos endógenos da UE, incluindo as fontes renováveis de energia, além de fomento de projetos de investigação, desenvolvimento e demonstração de novas fontes energéticas mais limpas, seguras e eficientes. (UNIÃO EUROPEIA, 2014A, p. 2-4)

Em março de 2006, foi publicado o Livro Verde da Estratégia europeia para uma energia sustentável, competitiva e segura, o qual indica a forma para a UE alcançar seus objetivos econômicos sociais e ambientais. O Livro Verde apresenta sugestões e opções para a Europa ingressar em uma nova era da energia, servindo de base para a definição de uma nova política energia. Esse quadro, claro e flexível, contém seis domínios de ação prioritários para os quais a Comissão propõe medidas concretas a fim de pôr em prática uma política energética europeia: 1) realizar o mercado interno da energia; 2) solidariedade entre os Estados-membros; 3) cabaz energético mais sustentável, eficiente e diversificado; 4) posicionar a UE na vanguarda da luta contra as alterações climáticas e das tecnologias de energias mais limpas; 5) investigação e inovação ao serviço de política energética; e, 6) política energética externa. (UNIÃO EUROPEIA, 2006, p. 6-18)

Em 2007, o Conselho Europeu e a Comissão da União Europeia aprovaram uma série de objetivos energéticos. No que diz respeito às mudanças climáticas e à energia, visam atingir até 2020 redução nas emissões de gases com efeito de estufa equivalente a 20% (vinte por cento) em comparação aos níveis registrados em 1990, satisfazer 20% (vinte por cento) das necessidades energéticas a partir de fontes de energia renováveis e aumentar em 20% (vinte por cento) a eficiência energética. Contudo, indispensável também a redefinição dos instrumentos então vigentes para alcançar uma energia competitiva, sustentável e segura. (BRAVO, 2011, p. 36-37)

Nesse sentido, a UE lançou em 2010 a mais recente estratégia para o crescimento, a “Europa 2020”. No que diz respeito à temática ambiental, reconhece na política energética um fator fundamental para a promoção do crescimento inteligente (economia baseada no conhecimento e na inovação), sustentável (economia mais eficiente em termos de utilização dos recursos, mais ecológica e mais competitiva) e inclusivo (economia com nível elevado de emprego que assegure coesão social e territorial). Estas três prioridades se reforçam mutuamente e proporcionam uma visão da economia social de mercado da Europa para o século XXI. (UNIÃO EUROPEIA, 2010B, p. 13)

Com esta abordagem, apoiada na coesão económica, social e territorial, a UE entende possível prosperar economicamente em um mundo hipocarbônico e de recursos limitados, impedindo a degradação ambiental. Das iniciativas emblemáticas que visam estimular os progressos no tema do clima/energia, destaca-se «*Uma Europa eficiente em termos de recursos*», com o objetivo de apoiar a transição para uma economia hipocarbônica que utiliza de forma eficiente todos os recursos, dissociando crescimento económico da maior demanda por recursos e de energia, reduzir as emissões de gás carbônico, aumentar a

competitividade e promover uma maior segurança energética. Também a iniciativa «*Uma política industrial para a era da globalização*», tem por finalidade estabelecer uma política industrial moderna para enfrentar os desafios da globalização, da crise econômica e adaptar métodos de produção e os próprios produtos a uma economia hipocarbônica e competitiva, transformando os desafios em novas oportunidades comerciais. (UNIÃO EUROPEIA, 2010B, p. 19-21)

A busca consiste em uma maior coordenação das políticas econômicas nacionais, apoio financeiro via orçamento plurianual e uma ampla participação da sociedade. Nesse último aspecto, a estratégia envolve empresas, sindicados, ONGs e os próprios cidadãos, via Comitê Diretor, dotado de amplas redes de organizações sociais de toda a Europa. Graças a essa massiva adesão das autoridades regionais e locais, dos parceiros sociais e da sociedade civil, alguns resultados dessas iniciativas já podem ser sentidos, a exemplo da utilização mais eficiente dos recursos naturais, por parte dos consumidores e produtores, em todas as áreas relevantes e a utilização de fontes de energia mais limpas e o consumo de produtos mais respeitadores do meio ambiente, além de evitar distorções de concorrência no mercado. (UNIÃO EUROPEIA, 2013B, p. 8-11)

Uma vez constatado o registro de bons progressos no cumprimento das metas para 2020, em 27 de março de 2013, a Comissão publicou um Livro Verde intitulado “Um quadro para as políticas públicas de clima e energia em 2030 (COM (2013)0169), o qual inaugurou o debate a respeito dos objetivos e políticas pós 2020. Aproveitando-se desses progressos significativos das políticas em matéria de energia e clima para 2020, inspirando-se nos ensinamentos trazidos pela mesma, o estudo propõe melhoramentos, a exemplo de uma maior interação entre as atuais metas de redução de gases do efeito estufa e o aumento de fontes de energias renováveis e eficiência energética, reconhecendo que as mesmas, por si só, não implicarão na maior competitividade e segurança no aprovisionamento. (UNIÃO EUROPEIA, 2013A, p. 8-13)

Em 24 de Outubro de 2014, o Conselho Europeu estabeleceu um “Quadro de ação relativo ao clima e à energia para 2030”, aprovando uma meta vinculativa de, pelo menos, 40% (quarenta por cento) de redução interna de emissões de gases com efeito de estufa até 2030 em comparação com os valores de 1990, uma outra meta também vinculativa de pelo menos 27% (vinte e sete por cento) para a quota-partes das energias renováveis consumidas na UE em 2030 e, uma terceira meta, essa indicativa, de pelo menos 27% (vinte e sete por cento) em nível da UE para o aumento da eficiência energética em 2030 em relação às projeções do consumo futuro de energia com base nos critérios atuais. (UNIÃO EUROPÉIA, 2014B, p. 2 e 6)

Além disso, essa política de médio prazo leva em considerações outras iniciativas de prazo mais alongado. Através da Comunicação número COM(2011)0885, também conhecida como “Roteiro para a Energia 2050”, a UE analisa os desafios e oportunidades de uma economia hipocarbônica competitiva a longo prazo. Questões de ordem ambiental, associadas à competitividade do mercado, segurança e qualidade dos serviços prestados a preços acessíveis, tornam o tema da energia de grande complexidade e a demandar políticas de longo prazo, afinal, a energia a ser utilizada, os edifícios e os veículos de 2050, estão sendo projetados e construídos no momento presente. Diante disso, não obstante as muitas incertezas e variantes que naturalmente se apresentam em toda e qualquer tentativa em prever o futuro<sup>3</sup>, o mercado necessita de políticas claras que, ao menos, ofereçam aos investidores algum grau de certeza e segurança de retorno quanto aos investimentos em energias limpas, já que os resultados nesse setor também levam tempo a surtir efeitos. (UNIÃO EUROPEIA, 2011, p. 2-3)

3 Essas incertezas e variáveis, quanto ao assunto da política energética no âmbito da UE, incluem o ritmo de crescimento econômico, maior ou menor êxito da redução global das emissões, a evolução geopolítica, variação de preços da energia no mercado mundial, o desenvolvimento de novas tecnologias, a disponibilidade de recursos naturais, com destaque para as reservas de combustíveis fósseis, mudanças sociais e a opinião pública. (UNIÃO EUROPEIA, 2011, COM 885 final, p. 3)

O “Roteiro 2050” inaugura o debate a respeito do melhor caminho a seguir para se alcançar uma sociedade hipocarbônica. Não obstante as incertezas e obstáculos que se fazem presentes, a análise das políticas ambientais europeias, seja de curto, médio ou longo prazos, deixam evidente a necessidade de uma maior democratização no trato das questões ambientais, como condição de efetividade das mesmas, bem como demonstram a tendência de migração de um sistema centralizado, alimentado por fontes de combustíveis fósseis, para mecanismos alternativos de produção energética, caracterizado por novas tecnologias, unidades descentralizadas, de menores impactos ambientais e oriundas de fontes renováveis, a exemplo da energia hídrica, eólica, solar e bioenergia.

## 2. A ESTRATÉGIA BRASILEIRA EM MATÉRIA DE MEIO AMBIENTE E A SUSTENTABILIDADE SOCIOAMBIENTAL DO PLANEJAMENTO ENERGÉTICO BRASILEIRO

Enquanto a UE possui uma forte dependência energética de fontes não renováveis e do mercado externo, situação que torna imprescindível o desenvolvimento de uma nova matriz energética, o Brasil, a exemplo de toda a América Latina, se defronta com dilemas em que as questões ambientais se chocam com a necessidade de superação das urgências sociais de um continente em desenvolvimento, dependente da exploração primária dos recursos naturais, rumo à autossuficiência em matéria de energia.

Com baixo índice populacional (se comparado aos países do hemisfério Norte), a América Latina ainda mantém inexplorada boa parte da biodiversidade dos ecossistemas, a exemplo da Amazônia, os quais possuem importância vital para o equilíbrio ambiental do Planeta. Assim, a busca de uma matriz energética acessível e segura, tanto do ponto de vista econômico quanto ambiental, pode representar uma oportunidade de desenvolvimento sustentável, desde que se promova um debate multidisciplinar, com sopesamento e inter-relação das variáveis técnicas com as questões políticas e sociais, que se entrecruzam, em busca de uma convergência estratégica, a qual deve ser negociada de maneira livre e independente, sem cair nas tradicionais relações de subordinação. (ESTENSSORO, 2011, p. 19-20)

No cenário brasileiro, toda e qualquer política ambiental, da Política Nacional de Meio Ambiente à Política Energética Nacional, passando pela Política Nacional de Águas, é orientada segundo os princípios do desenvolvimento sustentável, da prevenção, precaução, informação, participação e cooperação internacional. Esse quadro normativo considera também as demais políticas públicas econômicas e sociais, a exemplo dos sucessivos Programas de Aceleração do Crescimento, políticas de saúde e saneamento básico e demais ações que visam a inclusão social e a erradicação da pobreza.

Na condição de País signatário da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, o Brasil tem a obrigação de elaborar e atualizar periodicamente o Inventário Nacional de Emissões Antrópicas por Fontes e Remoções por Sumidouros de Gases de Efeito Estufa não Controlados pelo Protocolo de Montreal. Motivado pelos compromissos assumidos, institui-se a Política Nacional sobre Mudança do Clima (PNMC), conforme Lei nº 12.187/2009 e regulada pelo Decreto nº 7.390/10. (BRASIL, 2010, p. 1-3)

Levantamentos mais recentes em âmbito global, desenvolvido por organismos internacionais e com maior tradição no acompanhamento das emissões de gases de efeitos estufa do que os mecanismos brasileiros, ao longo dos tempos, revelam que o Brasil vem aumentando significativamente suas emissões, estando entre as nações que mais poluem. Como exemplo, pode-se destacar as pesquisas do *World Resources Institute* (WRI), o qual desenvolveu recentemente uma nova versão de uma ferramenta *online* de visualização de emissões, o *Climate Analysis Indicators Tool* (CAIT 2.0), que apresenta de forma clara dados sobre as emissões mundiais

desde 1850, destacando que, desde então, considerando os últimos dados de 2011, a atividade humana foi responsável pelo aumento das emissões de gases de efeito estufa em 150 (cento e cinquenta) vezes. (WRI, 2011, p. 1)

Em síntese, o Brasil, no seu atual estágio de desenvolvimento, defronta-se com um grande paradoxo: crescer economicamente ou reduzir suas emissões de gases de efeito estufa. Visto do ponto de vista tradicional essa equação pode parecer sem solução mas, de uma ótica inovadora, a adoção de medidas em prol da sustentabilidade ambiental, de uma economia de mercado hipocarbônica, pode representar uma oportunidade de desenvolvimento, a exemplo do que já se observa no âmbito da UE. Nesse sentido, os rumos do setor de energia são estratégicos para tornar efetivas as políticas ambientais, em especial as referentes às alterações do clima.

A Política Nacional sobre Mudança do Clima, instituída pela Lei nº 12.187/2009, além de oferecer diretrizes gerais para o estabelecimento de estratégias integradas para a mitigação e adaptação às alterações climáticas, elege como um de seus principais instrumentos o Plano Nacional sobre Mudança do Clima, o qual se constitui em um marco relevante para a integração e harmonização de políticas públicas ambientais. Os objetivos estabelecidos no Plano são audaciosos, à semelhança da UE, com um dos maiores potenciais para a redução das emissões de gases de efeito. Para alcançar tais objetivos, o Plano, além de representar um marco na qualificação da elaboração e implementação das políticas públicas no País, representa um compromisso de avaliá-lo e aperfeiçoá-lo regularmente de forma cada vez mais participativa, por se entender que “as escolhas são feitas à medida que a sociedade reconhece o problema, comprehende a dinâmica das múltiplas forças que o provocam, define-se como parte da solução e se vê como beneficiária das decisões tomadas” (BRASIL, 2007B, p. 8).

A premissa fundamental sobre a qual o Plano Nacional de Mudanças Climáticas está assentado é a redução da desigualdade social e o aumento da renda, com uma dinâmica econômica diversa da trajetória de emissões crescentes do modelo-padrão dos países industrializados. Assim, o Plano estabelece medidas de mitigação, bem como de adaptação à mudança do clima. (BRASIL, 2007B, p. 27)

Em matéria de energia, o Brasil possui uma estrutura de fornecimento de eletricidade com características bem peculiares. Dada a sua extensa dimensão territorial e, consequentemente, as restrições de transmissão, o setor elétrico é dividido em quatro subsistemas, respeitando a organização geográfica, sendo um na região Sul, outro no Sudeste e Centro-Oeste, um na região Norte e outro no Nordeste, formando assim o Sistema Interligado Nacional (SIN). Esse sistema é alimentado em grande parte pela geração de energia proveniente de hidrelétricas com grandes reservatórios localizados em diferentes bacias hidrográficas, interligados por extensas linhas de transmissão, sendo o Sistema complementado por usinas termelétricas convencionais e nucleares. (BRASIL, 2007A, p. 29)

Nesse particular, o Brasil leva grande vantagem em relação à situação europeia, que ainda busca vencer o desafio de interligar os diversos sistemas de transmissão de energia entre os Estados-membros. Além disso, a UE carece de um mercado único, o que dificulta a inserção de novas fontes de energia na sua matriz energética.

O Plano Nacional de Energia 2030 ratifica a tendência de expansão do setor da energia com o aumento de fontes hidrelétricas. Mesmo consistindo em planejamento que prioriza a eficiência energética e a sustentabilidade socioambiental, com a integração dos diversos recursos energéticos disponíveis no Brasil, os estudos do PNE 2030, desenvolvidos pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE), sugere que a evolução da matriz energética brasileira no período de 2005 a 2030, em termos de capacidade instalada, amplie sua

diversificação, mantendo praticamente a elevada participação das fontes hidrelétricas e de carvão mineral, reduzindo-se significativamente a utilização de lenha e carvão vegetal.

Nesse cenário de longo prazo, o aproveitamento hidráulico da Região Norte, em especial da Bacia Amazônica, é considerado necessário e estratégico por possuir o maior potencial hídrico, sendo que o não aproveitamento desses recursos implicaria na necessidade de desenvolver um programa termelétrico adicional, de maiores custos e impactos ambientais. (BRASIL, 2007A, p. 30-35)

Os impactos do setor energético sobre o meio ambiente, a economia e a sociedade, evidenciam as peculiaridades e complexidades que envolvem o tema, sendo crescentes as manifestações sociais questionando suas consequências.

Com relação às energias renováveis consideradas não tradicionais, o PDE 2022 destaca como potencial promissor a utilização de centrais eólicas, centrais hidrelétricas de pequeno porte (PCH) e a bioeletricidade, as quais possuem um papel relevante no suprimento das demandas energéticas na busca pelo desenvolvimento sustentável do país. Nesse panorama, a energia eólica tem sido uma eficiente fonte de eletricidade com muitas vantagens face às energias tradicionais e mesmo em comparação a outros tipos de energias renováveis, assumindo assim um papel de destaque, dada especialmente a sua rápida implantação e o baixo impacto sobre o ambiente em sua fase de implantação.

Sua exploração é compatível com outros usos do terreno, apoia o crescimento econômico favorecendo o emprego, e auxilia o desenvolvimento rural ao possibilitar a criação de receitas alternativas aos agricultores que arrendem a sua terra. Por não emitir GEE na geração de energia, compensa a emissão de outras fontes, reduzindo a contribuição para as alterações climáticas globais. Por essa razão, se incluem na estratégia brasileira para atingir as metas de redução de emissões de GEE. Por outro lado, a interferência de projetos em áreas ambientais protegidas é a questão relevante nesse tipo de geração (BRASIL, 2013, p. 355).

Se é verdade que o Brasil pode ser considerado um exemplo de matriz energética limpa, com grande participação de fontes renováveis, uma das maiores do mundo, superando com larga vantagem a UE nesse quesito, também é verdade que a forte dependência hidrelétrica e do petróleo não geram a desejada segurança energética, além causar impactos socioambientais relevantes, que precisam de um melhor tratamento. Para tanto, avanços podem ser sentidos na esfera do planejamento, o qual vem reconhecendo a importância da articulação Inter setorial para compatibilizar a geração de energia com as políticas sociais e ambientais. Contudo, uma maior participação de fontes renováveis de energia consideradas não tradicionais – a exemplo da eólica, solar e mare motriz - é indispensável para uma maior diversificação da matriz energética brasileira, bem como para se alcançar a tão almejada segurança, acessibilidade e sustentabilidade no setor, condição estratégica para qualquer nação que pretenda desenvolver-se de forma constante e com autonomia.

Problemas dessa ordem, se agravam com a utilização de metodologias altamente impactantes e que não estão presentes em quaisquer planos ou programas oficiais. Essa é a situação do *fracking*, ou fraturamento hidráulico, expressão utilizada para representar a forma de extração de óleo e gás a partir de depósitos residuais localizados em poços de curta vida útil. Embora considerado um método economicamente barato de obtenção de fontes de energia, pode ser devastador para o solo, ar, águas superficiais e subterrâneas, e que pode afetar tanto a saúde das pessoas, quanto o meio ambiente e alguns setores da economia, principalmente o agrícola. (NYCZ, 2013, p. 1)

O Brasil possui reservas inexploradas de xisto concentradas nas Bacias de Parecis no Mato Grosso, Recôncavo, extremo leste do Nordeste, principalmente na Bahia, no Acre, na Parnaíba em territórios do

Maranhão, Piauí, São Francisco e no Paraná, sendo que as três últimas com fortes indícios da existência de xisto. Embora com grandes reservas de gás, o *fracking* nunca foi testado no Brasil, o que torna de fundamental importância que as autoridades redobrem a atenção para evitar riscos desnecessários. (GLOBO NEWS, 2013)

Esse exemplo ilustra bem as consequências negativas da definição dos rumos da exploração de energia sem acesso à informação ao público e a participação das comunidades. Enquanto nos EUA, o faturamento hidráulico vem sendo adotado sem a devida interface com as comunidades afetadas, gerando conflitos ambientais e pondo em risco a saúde das pessoas e o equilíbrio do meio ambiente, na UE a discussão sobre seu uso vem proporcionando melhor avaliação sobre a viabilidade dessa técnica e apontando alternativas para conciliar a exploração do xisto com menores impactos socioambientais. Resta saber o caminho que o Brasil escolherá: se irá desconsiderar a opinião pública ou se buscará uma aproximação com as comunidades para equacionar as divergências dos interesses do mercado com as da comunidade.

No âmbito das energias renováveis, a situação socioambiental também apresenta desafios para uma melhor prevenção e gestão dos riscos e conflitos gerados. A produção de energia via hidrelétrica pode ser mais sustentável, barata e ainda contribuir para a redução das emissões de gases de efeito estufa. No entanto, a grande dependência dessa matriz energética pode levar a certa vulnerabilidade diante da ocorrência de estiagens, cada vez mais frequentes e severas, em consequência do aquecimento global. Além disso, a não utilização de tecnologias e ferramentas mais sustentáveis, a resistência em mitigar os impactos negativos e a baixa preocupação com o desenvolvimento local, por parte das empresas, sempre visando a redução de custos, têm sido os principais fatores de graves conflitos socioambientais.

Os conflitos socioambientais gerados pelos mais recentes empreendimentos hidrelétricos evidenciam que os meios tradicionais de discussão, a exemplo das audiências públicas realizadas na fase de licenciamento ambiental, não são suficientes para conciliar os diversos interesses. A exemplo da UE, o Brasil necessita aperfeiçoar seu sistema de acesso à informação e participação comunitária nas definições da política energética, não apenas em empreendimentos específicos, mas também consultar a população a respeito dos rumos a serem tomados. Como sugestão, a alternativa encontrada pela legislação gaúcha de proteção aos afetados por barragens, com a realização de fóruns permanentes, pode ser uma solução viável. Além disso, a necessidade de enfrentar a opinião comunitária nas decisões públicas, mesmo sem caráter vinculante, nos moldes adotados pela UE, também é uma ideia que merece avaliação. Medidas como essas certamente se justificam em nome da relevância das convicções e valores comuns para a construção de uma legislação efetiva, soluções mais justas e o necessário equilíbrio Estado-mercado-comunidade.

Outra alternativa para reduzir os impactos socioambientais oriundos da geração de energia, bem como a dependência de fontes não renováveis ou das hidrelétricas, consiste no aumento da participação de fontes renováveis não convencionais. Nesse plano, denota-se uma grande expansão da energia eólica, mas muito pouco de energia solar e demais fontes, apesar do perfil favorável do Brasil para a geração de energia mais limpa em vista da diversidade de recursos energéticos disponíveis. A maior participação de renováveis não convencionais certamente não irá acabar com os conflitos ambientais oriundos da geração de energia, haja vista não existir forma de produção de energia conhecida que seja totalmente isenta de impactos ao meio ambiente e à sociedade, mas certamente pode amenizá-los de forma significativa.

Por fim, um valioso instrumento para equacionar a crescente demanda energética e as responsabilidades socioambientais reside na redução das perdas e no aumento da eficiência energética. A Lei 10.295, de 17/10/2011, também conhecida como lei da eficiência energética, regulamentada pelos Decretos números 4.059 de 19.12.2001 e 4.508 de 11.12.2002, dispõe sobre a Política Nacional de Conservação e Uso Racional de

Energia, fixando a obrigação do Poder Executivo, via Inmetro estabelecer níveis máximos de consumo específico de energia ou mínimos de eficiência energética, de máquinas e aparelhos consumidores de energia fabricados ou comercializados no País, com base em valores técnica e economicamente viáveis, considerando a vida útil das máquinas e aparelhos consumidores de energia, além da obrigação dos fabricantes e os importadores de máquinas e aparelhos consumidores de energia a adotar as medidas necessárias para que sejam obedecidos os níveis máximos de consumo de energia e mínimos de eficiência energética, constantes da regulamentação específica estabelecida para cada tipo de máquina e aparelho.<sup>4</sup> (BRASIL, Lei 10.285, 2001, art. 2º)

Não obstante esses e outros programas relacionados ao tema, o desempenho brasileiro em termos de aproveitamento energético ainda é incipiente, consistindo em campo para avanços relevantes. De acordo com o segundo relatório do Conselho Americano para Economia Energeticamente Eficiente (ACEEE), o qual avaliou performance em termos de eficiência energética das 16 principais economias mundiais, o Brasil aparece em 15º (décimo quinto) lugar, juntamente com nações como México, Rússia e EUA, enquanto a União Europeia lidera o ranking. Pelo estudo, todos os países analisados apresentam margem para melhorias, sendo que no Brasil, conhecido pelo seu potencial em fontes de energia renováveis, em termos de eficiência energética, áreas como construção civil e indústria foram as que mais demandam melhorias. Nesse aspecto, o país deveria observar exemplos da UE, mais especificamente de países como Espanha e França, no setor da construção, e Itália, quanto à eficiência energética da indústria. Como pontos positivos do Brasil, o levantamento destacou a eficiência do setor de transportes, ficando em quinto lugar nesse quesito, principalmente devido à economia de combustíveis em veículos de transporte coletivos e aos recentes investimentos em transporte ferroviário, o maior de todas as demais nações analisadas. (AMERICAN COUNCIL FOR AN ENERGY-EFFICIENT ECONOMY, 2014, p. 77)

A equação energia-desenvolvimento- meio ambiente possui variáveis complexas no mundo heterogêneo, de diferentes realidades socioeconômicas, relações de poder assimétricas e acesso diferenciado aos recursos naturais, de difícil solução, a qual deve ser buscada. As possíveis alternativas requerem uma ação humana fundamental consistente na ação política coordenada, que envolva os diversos setores governamentais, o mercado e a sociedade. O Brasil evoluiu em termos de legislação, conhecimento e consciência, precisa ampliar e aprimorar a conexão entre as políticas existentes no sentido de torná-la mais efetivas. Também, uma maior participação das fontes de energias renováveis não convencionais, associada a uma maior eficiência energética, podem contribuir significativamente para que o Brasil rume a uma matriz energética mais segura, limpa e sustentável, reduzindo as emissões de gases de efeito estufa e os demais impactos socioambientais, seguindo tendência mundial das nações comprometidas com a causa ambiental, a exemplo da UE. Se ainda pairam incertezas em relação à viabilidade econômica de algumas fontes renováveis, com algum receio do mercado, nota-se que esse quadro está mudando em virtude do forte interesse do mercado mundial, cabendo ao Brasil, via políticas públicas, incentivar o desenvolvimento do setor no âmbito nacional.

4 A partir da Lei 10.295, o Inmetro (Instituto Nacional de Metrologia) autarquia federal, vinculada ao Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, criada pela Lei 5.966, de 11 de dezembro de 1973, passou a estabelecer programas de avaliação da conformidade compulsórios na área de eficiência energética, dos quais destaca-se o Programa Brasileiro de Etiquetagem, o qual fornece informações sobre o desempenho dos produtos, considerando atributos como a eficiência energética, o ruído e outros critérios para orientar os consumidores na aquisição de produtos que consumam menos energia e estimular a competitividade da indústria na fabricação de produtos cada vez mais eficientes. Disponível em: [http://www2.inmetro.gov.br/pbe/conheca\\_o\\_programa.php](http://www2.inmetro.gov.br/pbe/conheca_o_programa.php). Acesso em: 28/08/2014.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os impactos socioambientais negativos gerados pela atual política energética brasileira e os benefícios resultantes de opções por fontes mais limpas, por si só, bastariam para justificar uma revisão do planejamento estratégico para o setor. No entanto, no ambiente de mercado, esses fatores, muitas vezes, não são suficientes para mover governos e investidores no rumo da sustentabilidade, fazendo-se necessário também demonstrar as desvantagens financeiras do atual sistema e fomentar a viabilidade econômica das mudanças propostas, tornando-as assim atrativas também do ponto de vista mercadológico.

A dependência em relação às hidrelétricas afeta tanto a segurança hídrica e energética quanto a sustentabilidade econômica do setor. O atual desequilíbrio no abastecimento de água, provocado por fatores como poluição, secas e crescente demanda da agricultura, agravado pelo uso dos mananciais hídricos para geração de energia elétrica, a exemplo do que se observou em 2014 no estado de São Paulo e mais recentemente nos estados do Nordeste, gera o dilema entre manter o nível das barragens para a geração de energia ou o abastecimento de água potável para a população.

A sustentabilidade da matriz energética brasileira demanda um processo de mudança que deve ser liderada pelo Estado. A definição de atribuições e responsabilidades, a instituição de incentivos fiscais e econômicos para a migração do setor para fontes mais limpas, a atuação direta na solução de conflitos ambientais, a difusão da importância da eficiência energética e o controle sobre o mercado, são algumas das ações de iniciativa do Estado brasileiro, para a definição de uma estratégia de desenvolvimento que leve em consideração a sustentabilidade socioambiental do planejamento energético.

Em matéria ambiental e, mais especificamente no que diz respeito à política energética, constata-se no Brasil a presença de importantes mecanismos de transparência e participação popular, mas que ainda são pouco efetivas e descontinuadas. Tanto políticas gerais, como a Política Nacional de Meio Ambiente, quanto políticas mais específicas, como a Política Nacional de Água e a Política Nacional de Energia, possuem em suas regras e programas a previsão de amplo acesso à informação e à participação cidadã na definição das mesmas, em nome da concretização dos demais princípios norteadores do Direito Ambiental.

No entanto, hoje, no Brasil, não se pode afirmar com segurança se as normas e políticas públicas de atuação do Estado refletem o desejo da sociedade. A carência de diálogo e debates sobre as convicções das pessoas, somada à baixa participação popular nas esferas existentes, geram profundas dúvidas a respeito da representatividade dos representantes do povo. Considerando que a legislação ambiental brasileira, do ponto de vista técnico, pode ser considerada como uma das mais modernas do mundo, possíveis dissonâncias entre essa qualidade formal e sua baixa efetividade ou aceitação popular, podem indicar a carência de políticas públicas para demonstrar seu valor, bem como políticas que incentivem a participação e deliberação popular na efetivação das mesmas.

Enfim, para a correta condução das questões ambientais, em especial no que diz respeito à política energética nacional, o Brasil necessita de algumas mudanças no marco legal e políticas públicas que incentivem a consolidação da indústria e do mercado de energias renováveis não convencionais como a eólica e a solar. Uma estratégia para o Brasil tornar-se líder mundial em energia realmente limpa, segura, renovável e acessível, deve envolver uma maior diversificação da sua matriz energética, com o aproveitamento de todo o manancial de recursos naturais disponíveis, de forma sustentável e amplamente democrática.

Para que a política energética brasileira se desenvolva e concretize nos marcos da segurança, acessibilidade, sustentabilidade socioambiental, viabilidade econômica e eficiência, é indispensável a

participação comunitária e o diálogo. É a participação que mediante o debate aberto dos diferentes interesses e pontos de vista em jogo pode proporcionar um ambiente de convergência e cooperação entre Estado, mercado e comunidade.

Diante dos gigantescos desafios da sociedade global contemporânea, a exemplo das questões ambientais, a necessidade de ações coletivas exige a renovação do espírito comunitário pautado na solidariedade social e na sensibilidade ambiental. As artificialidades das relações humanas, próprias de um modelo de desenvolvimento individualista e predador, precisam ser substituídas pela instituição de um processo de integração social, com a internalização de valores compartilhados, fundantes de uma consciência coletiva capaz de transformar crenças e condutas em nome de uma nova ordem social mais humana, democrática e sustentável, preceitos assentados na Constituição Federal Brasileira.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: promulgada em 5 de outubro de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 5 out 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 21 set. 2014.

BRASIL. Ministério de Ciências e Tecnologia. Convenção sobre Mudança do Clima. 1992. Disponível em: [http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao\\_clima.pdf](http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/convencao_clima.pdf). Acessado em: 30 set. 2014.

BRASIL. Lei 9.478, de 7 de agosto de 1997. Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/9478.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/9478.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 1992, Rio de Janeiro. Agenda 21. 3. ed. Brasília: Editora do Senado, 2001.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia; Empresa de Pesquisa Energética. Plano nacional de energia 2030. Brasília, DF, 2007. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/pne\\_2030/PlanoNacionalDeEnergia2030.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/publicacoes/pne_2030/PlanoNacionalDeEnergia2030.pdf)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Decreto nº 6.263, de 21 de novembro de 2007. Institui o Plano Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC. 2007. Disponível em: <[http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq\\_climaticas/\\_arquivos/plano\\_nacional\\_mudanca\\_clima.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/smcq_climaticas/_arquivos/plano_nacional_mudanca_clima.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRASIL. Governo Federal. Ministério de Minas e Energia. Plano nacional de eficiência energética: premissas e diretrizes básicas. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <<http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/PlanoNacEfiEnergetica.pdf>>. Acesso em: 26 mar. 2014.

BRASIL. Lei nº 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 de dez. 2009. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2014.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Plano Nacional de Eficiência Energética: premissas e diretrizes básicas. Brasília. 2011. Disponível em: <[http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2010/PNEf-Premissas\\_e\\_Dir\\_Basicas.pdf](http://www.mme.gov.br/mme/galerias/arquivos/noticias/2010/PNEf-Premissas_e_Dir_Basicas.pdf)>. Acesso em: 29 ago. 2014.

BRASIL, Ministério de Minas e Energia, Empresa de Pesquisa Energética. Plano decenal de expansão de energia 2022 / Ministério de Minas e Energia. Empresa de Pesquisa Energética. Brasília: MME/EPE, 2013. Disponível em: <[http://www.epe.gov.br/PDEE/20140124\\_1.pdf](http://www.epe.gov.br/PDEE/20140124_1.pdf)>. Acesso em: 15 ago. 2014.

BRAVO, A. A. Sánchez. Medidas reforzadas de protección del medio ambiente en La unión europea: la protección penal. Revista de Ciências Jurídicas e Sociais, UNIPAR. Umuarama, n. 2, V. 12, p. 397-419, jul./dez. 2009.

BRAVO, A. A. Sánchez. Estratégia Europea de la Energia: el nuevo paradigma del mercado y la sostenibilidad ambiental. In: Bravo, Alvaro Sánchez; e Gorczvski, Clovis. *Medio ambiente, energía e cambio climático*. Sevilla: ArCibel Editores, 2011, p. 31-52.

LUÑO, Antonio Henrique Pérez. Prólogo. IN: Bravo, Álvaro Sánchez; e Gorczvski, Clovis (Editores). Los nuevos retos de La sostenibilidade & La protección ambiental: reflexiones desde las dos orillas. Sevilha, Espanha: ArCibel Editores, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Tratado de Maastricht. Assinado em 7 de fevereiro de 1992, entrada em vigor em 1º de novembro de 1993. Disponível em: <[http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index\\_pt.htm](http://europa.eu/about-eu/basic-information/decision-making/treaties/index_pt.htm)>. Acesso em: 15 set. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) nº 1049 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001. Relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão. Diário Oficial das Comunidades Europeias. Bruxelas, 31 de maio de 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32001R1049&rid=2>>. Acesso em: 06 jul. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. COM (2010) 2020 final. EUROPA 2020: Estratégia para um crescimento inteligente, sustentável e inclusivo. Bruxelas, 3 de Março de 2010.

Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC2020&from=PT>>. Acesso em: 27 jul. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. COM(2011) 885 final: Comunicação da Comissão da Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões: Roteiro para a Energia 2050. Bruxelas, 15 de dezembro de 2011. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0885:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

UNIÃO EUROPEIA. COM(2013)169 final. Livro Verde: um quadro para as políticas de clima e de energia em 2030. Bruxelas, 27 de Março de 2013. Disponível em: <<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0169:FIN:PT:PDF>>. Acesso em: 10 jul. 2014.

UNIAO EUROPEIA. 7º PAA: Programa Geral de Ação da União para 2020 em matéria de Ambiente. Sine Loco, Serviço das Publicações da União Europeia, 2013. Disponível em <<http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/7eap/pt.pdf>>. Acesso em: 16/5/2014.

UNIÃO EUROPEIA. Fichas técnicas sobre a União EUROPEIA: Aplicação da Legislação EUROPEIA em matéria de ambiente. Sine Loco, Abril de 2014. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU\\_5.4.2.html](http://www.europarl.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.4.2.html)>. Acesso em: 06 jul. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Fichas técnicas sobre a União Europeia. Política energética: princípios gerais. Sine Loco, Abril, 2014. Disponível em: <[http://www.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU\\_5.7.1.html](http://www.europa.eu/aboutparliament/pt/displayFtu.html?ftuid=FTU_5.7.1.html)>. Acesso em: 28 Jun. 2014.

# O DIREITO NA ERA DA GLOBALIZAÇÃO

José Alcebiades de Oliveira Junior<sup>1</sup>

## Introdução

Uma vez mais, trazemos escritos para serem publicados sob os auspícios da “Asociacion Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible”, e que sintetizam palestra que proferimos em dezembro de 2017, a convite do prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo, na Universidade de Sevilla, reprisando temas sobre “Direito e Globalização”, que foram desenvolvidos em nosso livro de “Sociologia do Direito, desafios contemporâneos”, procurando ir além em alguns dos seus aspectos essenciais, principalmente a partir da obra “Globalização – um mapa dos problemas”, de Danilo Zolo. Gostaríamos também de nesta introdução agradecer ao prof. Álvaro Bravo pelo convite e a profa. Luciana Turatti pela excelente organização da obra junto a UNIVATES.

## 2 Direito e Democracia

Muito embora seja quase um “chavão”, a importância do Direito e do Poder Judiciário para democracia é indiscutível. Modernamente, o Direito vem sendo entendido como um saber construído sobre bases que podem ser tidas como científicas, embora muitos contestem essa afirmação. Desde Hans Kelsen, passando por um processo de amadurecimento posterior através de uma plêiade de juristas como Herbert Hart, Norberto Bobbio e outros, muito se construiu em termos de base desse saber. Por outro lado, há também a possibilidade de se constatar um desenvolvimento das instituições, dentre as quais encontramos o Poder Judiciário. De modo que o Direito e o Poder Judiciário são importantes para democracia quer do ponto de vista formal, como um sistema de garantias, quer do ponto de vista material, ao tratar de sustentar a importância de temas como a paz e os Direitos Humanos.

Mas como dissemos em nosso livro “Sociologia do Direito, desafios contemporâneos (2016)”, escrito em parceria com Leonardo da Rocha de Souza, muito com base em Delgado del Rincón (2002, p. 79 a 91), “a grande questão que se sobressai hoje em relação aos Direitos diz com as dificuldades em se tornar efetivas as constituições, catálogos por excelência dos direitos modernos e contemporâneos”. E, sobretudo, no que diz respeito aos conflitos de interesses e de valores, tais como as ideologias liberais e sociais, quanto aos interesses públicos e privados e, como dissemos no livro, quanto aos interesses em conflito na afirmação de que o Direito à saúde é um direito de todos e um dever do Estado, versus as questões orçamentárias e programadas que os governantes são obrigados a respeitar e que em muitos casos impedem a realização do Direito à saúde.

<sup>1</sup> Professor Titular da Faculdade de Direito da UFRGS. Pesquisador 1D do CNPq. Líder dos Projetos e Grupos de Pesquisa “Direitos Fundamentais e Novos Direitos” e “Novas contribuições para uma Sociologia Judiciária, Clínica de Estudos interdisciplinares entre o Direito, a Justiça e o Poder Judiciário”, UFRGS-CNPq.

Desses conflitos e dessas possibilidades de um Direito como um saber construído muitas vezes a cada momento e de modo imprevisível é que emerge a problemática que conduz a uma discussão sobre a legitimidade dos juízes. “De onde retiram política e sociologicamente a sua legitimidade?” (DELGADO DEL RINCÓN, 2002, p. 79, 80). Com efeito, como demonstra a própria realidade, “não é simplesmente do ingresso e talvez tenha que se considerar que essa legitimidade decorre do exercício da magistratura, caracterizando-se, portanto como uma legitimidade funcional” (DELGADO DEL RINCÓN, 2002. p. 79 e ss). De aí poder-se lembrar de duas visões ou crenças que foram se cristalizando na doutrina, uma ligada a Estado liberal e que sustentava que o juiz deveria ser a boca da lei; e outra, próxima do Estado social, sustentando que os juízes criam direito sim, e até mesmo diretamente. Mas o que resta de fundamental em meio a essa discussão é o seguinte: “quem controla os juízes? E por consequência a pergunta sobre quem controla os controladores?” (DELGADO DEL RINCÓN, 2002. p. 79 e ss). E ainda, que poder têm essas instituições na era da globalização?

Descendo a alguns detalhes sobre as questões de controle, inicialmente cabe referir que o controle da atividade jurisdicional pode se dar de duas formas: sistematicamente e extra-sistematicamente. No primeiro caso, “temos os ‘recursos’ previstos pelo próprio sistema; no segundo caso referimo-nos ‘ao controle exercido pela opinião pública’” (DELGADO DEL RINCÓN, 2002. p. 79 e ss). E esse último aspecto tem sido cada vez mais importante no Brasil, onde possuímos o televisionamento dos julgamentos de várias instâncias, o que permite a formação de juízes por parte da opinião pública.

No texto anteriormente escrito e anteriormente citado, é do caráter de constitucionalidade do direito moderno que podem advir dificuldades adicionais ao operador jurídico na construção de um Estado não apenas de direito, mas democrático de direito. Isso porque as normas jurídicas nem sempre são claras e objetivas, e, ao contrário, apresentam lacunas e são contraditórias. Até mesmo porque as normas jurídicas são formadas não só por regras, mas também por princípios, que são normas abertas e amplas que, para serem plenamente aplicadas, requerem uma hermenêutica finalística, de otimização. Com efeito, são normas que possibilitam reger não apenas o presente e a estrutura jurídico-política dos Estados, mas as metas futuras relativas aos direitos em geral e aos direitos fundamentais em particular, assumindo um caráter compromissório e programático.

Por isso, emerge a importante questão da eficácia das constituições e de como obtê-la de modo legítimo e não apenas discricionário, na medida em que elas tratam de interesses diversos. No entanto, “se temos duas normas constitucionais diferentes aplicáveis a um mesmo caso concreto, qual delas deveria ter preferência?”<sup>2</sup> O que fazer, por exemplo, quando temos o direito constitucional à saúde de um lado (previsto no art. 196 da Constituição Federal) e, de outro, as regras relacionadas às limitações orçamentárias (previstas no art. 167 da Constituição Federal)? Quando percebemos que, em casos como esses, é a decisão do Poder Judiciário que tem maior peso na determinação final, percebemos sua importância e seu protagonismo para a manutenção da democracia de forma substancial.

Como diz Delgado Rincón (2002, p. 79 a 91) “essa importância está relacionada à legitimidade democrática (de origem, funcional e constitucional) do Poder Judiciário. O modelo de justiça burocrática que temos hoje tem influência francesa e remonta ao início do constitucionalismo. Esse modelo implantou um sistema em que os juízes, ao invés de serem eleitos, passam a formar um corpo de funcionários, profissionais do Direito, como diria Max Weber, a quem se encomenda a função de aplicação da lei”.

<sup>2</sup> Como dissemos em nosso livro Sociologia do Direito (2016), p.120, “nesse passo são bastante discutidas as teses de Herbert Hart e Ronald Dworkin. O primeiro defendendo a discricionariedade do juiz diante de normas antinônicas; o segundo defendendo a tese da resposta correta, isto é, de que sempre existiria uma solução melhor que a outra e, portanto, uma norma que deveria ser preferencialmente aplicada”.

Por tudo isso é que a legitimidade de origem ou funcional também pode ser classificada como legitimidade constitucional, no sentido de que é a própria Constituição que em última instância legitima a origem dos juízes e o exercício de suas funções, (DELGADO DEL RINCÓN, 2002, p. 91) muito embora o problema do constitucionalismo resida muito mais num desigual jogo de forças oriundo da atual globalização econômica e tecnológica. Vejamos uma pouco disso.

### 3 O Direito na Era da Globalização

Em nosso texto ao início, afirmamos que para que o Poder Judiciário desempenhe sua função de garantidor da democracia e da dignidade humana precisa vencer o desafio da globalização. Mas como escrevemos no nosso livro de Sociologia do Direito referido (OLIVEIRA JUNIOR, 2016, p.122 a 125), esse desafio passa pelo entendimento de uma crise profunda e crescente do direito que se manifesta sob várias formas e em múltiplos níveis segundo os professores Luigi Ferrajoli e Boaventura de S. Santos, e que não podemos deixar de reproduzir aqui: 1) uma crise da legalidade; 2) uma inadequação estrutural das formas do Estado de Direito; 3) uma crise do Estado de Direito ligada à crise do Estado de Bem-Estar Social;<sup>3</sup> e, 4) uma luta contra o cosmopolitismo subordinado.<sup>4</sup> Por nossa parte, entendemos que todos esses ângulos da crise do direito de uma maneira ou de outra têm a ver com a globalização, e os procuremos traduzir de maneira breve.

(1) Quando Ferrajoli (apud OLIVEIRA JUNIOR, 1997, p. 89-109) fala da crise da legalidade, “sustenta a presença de máfias que controlam os Estados-nações e colocam em crise seu aparato político-jurídico”. Mas ele não se refere apenas ao domínio das máfias tradicionais. “Não se trata aqui de uma preocupação com forças ocultas dessa natureza, senão que com forças ocultas bem mais poderosas, criaturas e criadoras da nova ordem internacional”<sup>5</sup>. Como dissemos em nosso livro, “a globalização não é o efeito de um puro movimento autopoético”.<sup>6</sup> Exemplo claro dessas forças pode ser percebido “quando se difunde o discurso de que os países periféricos não fizeram o seu dever de casa”. De qualquer modo, a crise de legalidade de que fala Ferrajoli pode ser associada à globalização quando se toma em conta o quanto poderes executivos comprometidos (com o dever de casa) rompem o sistema de tripartição dos poderes, clássico no Estado de Direito, basicamente com a execução de uma enxurrada de medidas provisórias. Assim, configura-se o exercício do poder apenas com aparência formal de legalidade, de vez que a maioria das medidas se traduz em uma imprópria forma de legislar que, em nome da urgência, coloca decisões não discutidas pelos representantes eleitos para tal.

(2) O aspecto da inadequação estrutural das formas do Estado de direito às funções do Welfare State refere-se, por um lado, à inadequação da filosofia individualista que perpassa a prática dos tribunais diante de um mundo com problemas sociais coletivos e massificados, e, por outro, a uma falta de revisão de conceitos e ações que possam abranger as questões coletivas. Como diz Ferrajoli,

3 Os pontos 1, 2 e 3 são analisados com base em: FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Trad. Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org.). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109

4 O ponto 4 é analisado com base em: SANTOS, Boaventura de Sousa. *El uso Contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo*. In: *Anales de la Catedra Francisco Suárez*, n. 39, Granada, p. 347-400, 2005.

5 As grandes organizações multinacionais, oligopólios, etc.

6 Expressão utilizada por Niklas Luhmann para falar dos sistemas fechados, autorreferentes. Etimologicamente, o termo autopoiesis indica autoprodução, autocolocação ou, ainda, de forma mais clara, (re)produção a partir dos próprios produtos. Ver o texto “Estrutura e função do direito na teoria da sociedade”, de Daniela Ribeiro Mendes Nicola, in *Paradoxos da auto-observação: percursos da teoria jurídica contemporânea*, organizado por Leonel Severo Rocha. Curitiba: JM Editora, 1997, p. 227-228. Seria como supor que a ordem internacional se auto-organizasse sem qualquer intervenção de fora ou de alguém, atuando aí um conceito de complexidade “indomável”.

Essa crise está associada a uma espécie de contradição entre o paradigma clássico do Estado de direito, que consiste num conjunto de limites e de proibições impostos ao poder público de maneira certa, geral e abstrata, para tutela dos direitos e liberdades dos cidadãos, e o Estado social que, ao contrário, exige aos mesmos poderes a satisfação de direitos sociais mediante prestações positivas, nem sempre predetermináveis de forma geral e abstrata e, portanto eminentemente discricionárias ou contingentes subtraídas aos princípios da certeza e da estrita legalidade e confiadas à mediação burocrática e partidária (OLIVEIRA JUNIOR, 1997, p. 89-109).

Em outras palavras, como diria Enrique Zuleta Puceiro (1997), “vivemos uma lógica da emergência sob a camisa de força de uma lógica da racionalidade burocrática que tudo dificulta”. De certo modo, isso até justifica a referida enxurrada de *leggi-provvedimento* (medidas provisórias). E assim, lamentavelmente, quando a sociedade necessita de algo, em função do sistemismo e da burocracia, busca caminhos alternativos à política e ao direito tradicional.

(3) A crise do Estado social em face das integrações regionais e a globalização colocam, como diz Ferrajoli (1997), bem claramente a crise do direito e do Estado-nação em face à nova ordem. Está havendo perceptivelmente algumas alterações:

- a) Um deslocamento dos lugares da soberania;
- b) Uma alteração dos sistemas das fontes do direito;
- c) Um enfraquecimento do constitucionalismo;
- d) Enfim, avança, além de um direito comunitário, um direito do mercado, da produção, de ordem infra e supraconstitucional (direitos das favelas, arbitragem e mediação, por exemplo).

(4) Por outro lado, a luta contra o cosmopolitismo subordinado, segundo Boaventura S. Santos (2005, p. 361-362) “parte da constatação de que mesmo sendo a mundialização liberal a forma dominante de globalização, ela não é a única possível”. Com efeito, “a globalização dominante para Boaventura possui uma paternidade bem definida: é neoliberal, e é diante dela que se faz necessário pensar outra globalização”.

E o principal foco de preocupações dessa outra globalização “seria a inclusão social ou a luta contra a exclusão, por isso a denominação de cosmopolitismo subordinado. No âmbito de uma proposta alternativa para a globalização, se sobressai a necessidade de consideração do tema das “identidades” e das “diferenças”, para que se compreenda e coloque em questão as políticas homogeneizadoras e generalizantes de globalização econômica e jurídica” (SANTOS, 2005, p. 363).

Para que isso ocorra, destacamos a seguir três propostas de Boaventura Santos:<sup>7</sup>

- a) Uma discussão sobre o exclusivismo do Direito estatal/oficial, a verificação de outros instrumentos ou Direitos, bem como a tematização do monopólio sobre a declaração da legalidade e ilegalidade;
- b) Uma discussão sobre o uso não hegemônico dos instrumentos jurídicos, concluindo pela possibilidade integrá-los em mobilizações políticas mais amplas que poderiam incluir ações tanto legais quanto ilegais (ações que ficam no limiar dessa dicotomia, como movimentos de desobediência civil, ou mesmo ações no âmbito de esferas não reguladas);
- c) Observar que formas não hegemônicas de Direito (“lex mercatoria”, pluralismo jurídico, arbitragem, mediação...), não têm porque favorecer ou beneficiar automaticamente o cosmopolitismo subordinado.

<sup>7</sup> Essas propostas estão inseridas em oito teses denominadas de “sociologia da emergência” (SANTOS, 2005, p. 369-375).

Essas propostas de Boaventura estão relacionadas ao fato de que as sociedades não são homogêneas, não existe uma segmentação, e melhor nos expressaríamos se falássemos em um “mosaico”, com partes de distintas dimensões estéticas, colorativas, políticas etc., e que pelas características difusas e complexas se trata de uma obra difícil de ser realizada. Com efeito, “as zonas de contato entre as partes desse mosaico requerem muita sensibilidade para serem harmonizadas. Na definição bem mais precisa de Boaventura Santos (2005, p. 369-375),” zonas de contato são cenários sociais onde mundos de vida normativa distinta entram em contato e se chocam – ex: índios, imigrantes, legais ou ilegais, refugiados etc.”

Enfim, para completar essas reflexões, trazemos aqui o prof. José Eduardo Faria (1998, p.137-143) em seu texto sobre “Globalização e Justiça”: “por desconhecer limites de tempo e espaço, reduzir fronteiras jurídicas e burocráticas, tornar capitais financeiros imunes a fiscalizações governamentais (...) o fenômeno da globalização econômica levou a política a ser substituída pelo mercado como instância de regulação, esvaziando os instrumentos de controle nacionais (...). E essas são, a nosso ver, questões fundamentais de toda essa problemática de exclusão e de incógnitas da dominação de uns países sobre outros.

#### 4 Globalização e desmonte dos Estados Sociais

Conforme ao que nos propusemos neste breve texto, passemos agora a reprisar e insistir sobre tema que expusemos na obra “Derechos humanos, ciudadanía y Globalización”, coordenada pelo prof. Álvaro Sánchez Bravo, sobre o desmonte dos Estados sociais na globalização. Já naquele texto falamos de nosso descrédito sobre o estágio em que nos encontramos no Brasil quanto à efetividade dos Direitos Humanos e do nosso Estado social existente no papel. Como dissemos, ainda hoje, no Brasil, os problemas de realização e efetivação dos direitos humanos, quer individuais, coletivos e/ou difusos, requerem mais do que avanços da legislação, sobretudo porque a efetividade dos Direitos não se reduz às letras das leis ou mesmo às letras das constituições. É preciso muito mais do que isso! E é nesse sentido que gostaríamos de realizar algumas reflexões sobre esse *muito mais*, tal como transmitimos oralmente quando do Seminário Brasil e Espanha realizado na Universidade de Sevilla em 2016 e com o fundamental apoio da “Asociacion Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible”.

Em primeiro lugar, não temos a menor dúvida de que a efetividade dos Direitos Humanos em qualquer lugar, mas, sobretudo no Brasil, requer como diria C. Wright Mills (2003), uma adequada “imaginação sociológica”, isto é, uma não deturpada leitura da realidade brasileira, e que não se encontrasse capitaneada por preconceitos ou por interesses estratégicos de grupos sociais ou economicamente dominantes. Isso, talvez permitisse, ao menos, a ocorrência de uma necessária interlocução entre a sociedade civil e os poderes instituídos. Lamentavelmente, como demonstram alguns autores importantes como João Marcelo Maia e Luiz Fernando Almeida Pereira (2009) na obra “Pensando com a Sociologia” e André Botelho e Lilia Moritz Schwarcz (2012, p. 08-25) na obra “Cidadania um projeto em Construção”, segundo nossa interpretação, “parece que a cidadania e, portanto a efetividade dos Direitos Humanos são um projeto sempre adiado”. Isto é, as próximas gerações não terão à possibilidade de viver em um país mais igual. E como salientam esses autores, “ao contrário do processo de construção da cidadania descrito por T. H. Marshall, de começarmos com Direitos Civis, posteriormente obtermos os Direitos políticos e atingirmos, com a nossa luta, os Direitos Sociais, no Brasil, ocorreu o inverso, isto é, recebemos como “benesses” alguns desses direitos de cima para baixo, sobretudo quando do processo institucional que levou à ditadura do Estado Novo na era Vargas” (MAIA e PEREIRA, 2009, p. 37-65).

Quanto à democracia, é de conhecimento público que vivemos durante várias etapas de nossa história períodos de exceção, sendo o mais próximo deles o implantado em 1964 pelos militares, e que permaneceram por longo tempo ditando as regras do jogo e construindo uma nação voltada principalmente para o crescimento econômico e menos para outros aspectos socialmente importantes.

Como não é o momento de aprofundarmos essa discussão sobre os “por quês” desses déficits democráticos no Brasil, indiscutivelmente indo diretamente ao ponto, a corrupção sistêmica que se instalou já há algum tempo, nos vários poderes, sem dúvidas nenhuma é uma das principais causas de alguns dos déficits na efetividade dos Direitos Humanos no Brasil. Por óbvio, os bilhões de dólares que se esvaem nesses processos de corrupção, bem poderiam estar alimentando a concretização de vários direitos sociais já estampados constitucionalmente, em termos de saúde ou educação, por exemplo.

Por outro lado, não há como deixar de reconhecer a influência e domínio que exercem as grandes corporações manufatureiras ou mesmo financeiras, sobre os Estados nacionais. E para tratar desse assunto, temos lançado mão dos trabalhos de Manuel Atienza (2013) em sua obra “Podemos hacer mas” que ao tratar da inefetividade dos Direitos Humanos e portanto dos Estados sociais e multiculturais, se encontra justamente em um conflito bastante complexo entre as conquistas do constitucionalismo pós-guerra e a globalização econômica. Como salienta o Prof. Atienza (2013), “podemos observar, hoje em dia, que a globalização conduz a um esvaziamento do Direito em algumas áreas, principalmente quanto aos Direitos Sociais. Com a globalização, há uma priorização dos interesses corporativos, dentre os quais se sobressaem os interesses do sistema econômico e financeiro internacional”. E tais afirmações, se aproximam em muito com o que acontece em termos de realidade brasileira, quando o Estado brasileiro cada vez se volta mais para um dito “enxugamento” e um desaquecimento das políticas públicas em várias áreas, o que por vezes até pode se justificar, desde que não ultrapasse o fio daquele mínimo existencial necessário a proteção dos Direitos Humanos.

## Considerações finais

Neste final, trazemos algumas impressões a partir do pensador italiano Danilo Zolo que possui uma obra seminal sobre globalização. E, de imediato, como constatou esse autor, “existe um mapa de problemas sobre o assunto”. Existem dificuldades definitórias, apologistas e críticos, uma discussão sobre os interesses econômicos que estariam por de trás desse fenômeno, uma revolução informática e cultural global, a formação de uma possível forma de sociedade mais cosmopolita e em detrimento dos Estados-nação e fundamentalmente uma transformação do espaço jurídico global. E sobre este último aspecto, como comentamos em várias partes do nosso presente escrito e como se verifica na obra de Zolo (2010, p. 70-80), “assiste-se uma transformação não apenas das estruturas da política, mas também dos aparatos normativos, antes de tudo, do direito internacional”. Mas uma das transformações mais fundamentais ocorre na direção de uma cada vez mais privatização do Direito, de contratos comerciais e de trabalho realizados diretamente entre as corporações e à margem dos Estados constitucionais, funcionando fortemente no tom que alguns autores denominam de “lex mercatoria”.

E é muito em função dessas características da sociedade globalizada que, como dissemos, tem levado ao crescimento da função judiciária e do papel e poder dos juízes, na direção de uma tentativa de compensação. E também como já falamos inúmeras vezes em nossos textos desde os anos 1980 do século passado, tem crescido a denominada judicialização da política e uma politização do Direito, entrecruzando-se os poderes legislativo e judiciário.

O atual quadro de globalização tem aberto, como diz Zolo (2010), um importante debate sobre se seria mais favorável à cidadania manter-se a tutela dos Direitos nas mãos dos Estados nacionais ou se ela deveria ser confiada cada vez mais aos organismos supranacionais, discussão essa que advém desde Immanuel Kant. Mas esse é um tema em aberto devido aos múltiplos interesses das grandes potências e a relação que eventualmente podem desenvolver com os países menos ricos ou periféricos, o que é muito polêmico e requereria um trabalho mais específico e alentado, o que foge aos nossos interesses momentâneos.

Enfim, as pesquisas sobre as relações e a inserção do Direito na Era da Globalização devem continuar, sobretudo no que tange à proteção dos Direitos Humanos, assim como com a discussão de se seriam eles um fenômeno universal ou se essa afirmação, como diz Zolo (2010, p. 70-80), “seria apenas um postulado racionalista que careceria de confirmação”.

## REFERÊNCIAS

- ATIENZA, Manuel. *As razões do direito*. São Paulo: Landy, 2000.
- ATIENZA, Manuel. *Podemos hacer más: Otra forma de pensar el Derecho*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Multiculturalismo e Direitos humanos: um conflito insolúvel? In: BALDI, César Augusto (Coord.). *Direitos Humanos e sociedade cosmopolita*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 279-308
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOTELHO, André; SCHWARCZ, Lilia (Orgs.) *Cidadania, um projeto em construção. Minorias, Justiça e Direitos*. 1 ed. São Paulo: Claro Enigma, 2012.
- BRAVO, Álvaro Sánchez (Ed.). *Derechos humanos, ciudadanía y globalización*. Sevilla: Punto Rojo Livros, 2017.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis Esteban. *Constitución, Poder Judicial y Responsabilidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- DOUZINAS, Costas. *O Fim dos Direitos Humanos*. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2009.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito*. Trad. Candice Premaor Gullo. revisão da trad. Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.
- FARIA, José Eduardo. Globalização e Justiça. In OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O Poder das Metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*. Porto Alegre:Livraria do Advogado Editora, 1998. p .137-143.
- FERRAJOLI, Luigi. O direito como sistema de garantias. Trad. Eduardo Maia Costa. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. p. 89-109
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. I-II. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.
- HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 5. ed. Trad. Armindo Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Teoria da Decisão Judicial: Fundamentos de Direito*. Trad. Bruno Miragem. Revisão Claudia Lima Marques. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Trad. Raffaele De Giorgi e Michele Silbernagl. Bologna: Il Mulino, 1990.
- MAIA, João Marcelo Ehlert; PEREIRA, Luiz Fernando Almeida. *Pensando com a Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2009.

MILLS, Charles Wright. *La Imaginación Sociológica*. Trad. Florentino M. Tomer. 3. ed. México: FCE, 2003.

NICOLA, Daniela Ribeiro Mendes. Estrutura e Função do Direito na teoria da sociedade de Luhmann. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.) *Paradoxos da auto-observação – percursos da teoria jurídica contemporânea*. Curitiba: JM Editora, 1997. p. 227-228

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Boaventura de Souza Santos e o papel do Direito na globalização. *Direitos Culturais*, v. 2, p. 73-80, 2007.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. *Bobbio e a filosofia dos juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Casos Difíceis no Pós-Positivismo. In: BOUCAULT, Carlos E. de Abreu; RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). *Hermenêutica Plural*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 203-227.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. Cidadania e novos direitos. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de (Org). *O novo em direito e política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 191-200

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; BAGGIO, Moacir Camargo. Jurisdição: da litigiosidade à mediação. *Costituzionalismo.it* (Roma), v. 2, 2009. Disponível em: <<http://www.costituzionalismo.it/pdf/?pdfId=323>>. Acesso em: 24 jan. 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; MOREIRA, Pedro S. Multiculturalismo, Desacordo e Interpretação Constitucional. In: MIRANDA, Jorge; MORAIS, José Luis Bolzan de; RODRIGUES, Saulo Tarso; MARTIN, Nuria Beloso. (Org.). *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais: Homenagem ao Professor Jorge Miranda*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 193-212

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. Multiculturalismo e Meio Ambiente: uma proposta de inclusão do Outro a partir da teoria do discurso de Habermas. In: BRAVO, Álvaro Sánchez; CERVI, Jacson Roberto (Org.). *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*. Sevilla: Punto Rojo, 2015. p. 47-73

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades. Diálogos com o Prof. Manuel Atienza sobre condições de possibilidade de "Filosofias do Direito regionais". In: *Filosofia do Direito e Transformação Social*. ROSA, Alexandre Morais da; CRUZ, Paulo Márcio; SOARES, Josemar Sidnei. Itajaí: Univali, 2016. p. 21-39

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de; SOUZA, Leonardo da Rocha de. *Sociologia do Direito: desafios contemporâneos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. "Breve Agenda sobre o papel do Direito e da Justiça na gestão da globalização e proteção social". UNIO/CONPEDI, vol. 2/2017 – *Interconstitucionalidade: Democracia e cidadania de Direitos na sociedade mundial – Atualização e perspectivas*. Coordenação científica Alessandra Silveira, p.15-136.

ROCHA, Leonel Severo. *A Problemática Jurídica: Uma Introdução Transdisciplinar*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

ROCHA, Leonel Severo. *Epistemología Jurídica e Democracia*. São Leopoldo: Unisinos, 1998.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma Revolução Democrática da Justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *El uso Contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo*. In: *Anales de la Catedra Francisco Suárez*, n. 39, Granada, p. 347-400, 2005.

SUSÍN BETRÁN, Raúl. Cuestiones socio-jurídicas en torno a la sociedad del riesgo.: la 'seguridad' de la incertidumbre. In: SAN MARTÍN SEGURA, David; SUSÍN BETRÁN, Raúl (coords.). *Derecho y Política em la sociedad del riesgo: 8 propuestas de cine*. Logroño, Espanha: Universidad de La Rioja, Servicio de Publicaciones, 2009, p. 49-76.

WARAT, Luis Alberto. El sentido comum teórico. *Revista Contradogmáticas. Revista Intercontinental para uma Teoria Crítica do Direito*. Buenos Aires. Ano Experimental, n. 1. mar./jul., 1981.

ZOLO, Danilo. *Globalização: um mapa dos problemas*. Trad. Anderson Vichinkeski Teixeira. Florianópolis: Conceito, 2010.

ZULETA PUCEIRO, Enrique. *Teoría del derecho*. Buenos Aires: Depalma, 1997.

# O DIREITO HUMANO À INFORMAÇÃO AMBIENTAL

Josiane Paula da Luz<sup>1</sup>

## Introdução

A informação acerca de algum assunto se constitui num pressuposto para a tomada de decisão em qualquer esfera da vida social do ser humano. Nas questões ambientais não é diferente. Pelo contrário, as informações ambientais recebidas pelo cidadão passam a ter ainda mais importância.

A informação constitui a base para qualquer **tomada de decisão**, seja no âmbito dos governos, seja na iniciativa privada, seja nas movimentações sociais. É do conhecimento e da análise dos fatos que se podem propor medidas atinentes à busca de caminhos adequados às necessidades. Isso se aplica, também, ao meio ambiente (GRANZIERA, 2011, p. 67).

Assim, o enfoque desenvolvido no presente trabalho refere-se à relevância da informação prévia acerca de questões ambientais e como este tema se apresenta nas legislações, documentos e doutrina especializada sobre a temática. Se buscará também verificar em que medida a informação ambiental promove o exercício da cidadania ambiental. Por fim se verificará a possibilidade de categorizar o direito à informação ambiental como direito humano.

## 2. Análise legal e doutrinária

O direito à informação compõe o rol de direitos fundamentais do cidadão, desde 1948. A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, naquele ano, e assinada pelo Brasil, já dispunha, no artigo 19, que “[...] *toda pessoa tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferências, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios, independentemente de fronteiras*” (ASSEMBLEIA..., 1948).

A Declaração de Estocolmo (1972) também dispõe nos princípios 19 e 20 que:

Princípio 19: É indispensável um esforço para a educação em questões ambientais, dirigida tanto às gerações jovens como aos adultos e que preste a devida atenção ao setor da população menos privilegiado, para fundamentar as bases de uma opinião pública bem informada, e de uma conduta dos indivíduos, das empresas e das coletividades inspirada no sentido de sua responsabilidade sobre a proteção e melhoramento do meio ambiente em toda sua dimensão humana. É igualmente essencial que os meios de comunicação de massas evitem contribuir para a deterioração do meio ambiente humano e, ao contrário, difundam informação de caráter educativo sobre a necessidade de protegê-lo e melhorá-lo, a fim de que o homem possa desenvolver-se em todos os aspectos (grifo nosso).

<sup>1</sup> Doutora e Mestre em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari (UNIVATES). Professora Adjunta do Instituto Federal Sul-Rio-grandense, Câmpus Venâncio Aires, Rio Grande do Sul.

Princípio 20: Devem-se fomentar em todos os países, especialmente nos países em desenvolvimento, a pesquisa e o desenvolvimento científicos referentes aos problemas ambientais, tanto nacionais como multinacionais. Neste caso, o livre intercâmbio de informação científica atualizada e de experiência sobre a transferência deve ser objeto de apoio e de assistência, a fim de facilitar a solução dos problemas ambientais. As tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países (grifo nosso).

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) elenca como um dos princípios da Administração Pública a publicidade, ou seja, deve haver absoluta transparência na publicação dos atos da administração aos administrados. É o que se depreende do caput do art. 37: “*A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”* (BRASIL, 1988).

A CF/1988 trouxe o tema como garantia no art. 5º. XIV: É assegurado a todos o acesso à informação, sendo resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional. Também, no art. 37: “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de [...] publicidade [...]”.

A característica do texto constitucional é ter um viés principiológico, isto é, deve traçar normas gerais e deixar a regulamentação para o legislador ordinário. Observa-se, portanto, que o direito amplo à informação é garantido, estando incluso aqui o direito à informação ambiental.

Também a doutrina jurídica especializada define a informação a partir do pressuposto de que ela é um direito. Machado (2006), em obra específica sobre o direito à informação e ao meio ambiente, aborda os vários conceitos de informação, listando 12 (doze) conceitos diferentes<sup>2</sup>, relacionados a questões de conhecimento, curiosidade, relações humanas, manipulação, canais de discussão e participação, entre outros.

Numa abordagem clássica, Machado (2006) define a informação como sendo o registro do que existe ou do que está em processo de existir, “*dados acerca de alguém ou de algo*” (Machado, 2006, p. 25-26). A informação assume no ordenamento jurídico uma grande relevância, pois a Constituição Federal (BRASIL, 1988) elenca como um dos princípios da Administração Pública a publicidade, ou seja, deve haver absoluta transparência nos atos da administração junto aos administrados, no sentido de colocar as informações à disposição do cidadão, que é o que se depreende do caput do art. 37 da CF/1988.

Diante dessa constatação, é primordial que as informações que circulam neste meio consigam atingir a população que é diretamente afetada e interessada, para que haja uma participação consciente e fundamentada. Para corroborar, há o dispositivo constitucional que assegura que:

Art. 5º, XXXIII - Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado (BRASIL, 1988).

Mais recentemente, foi publicada a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011), que traz importantes avanços para a concretização dos referidos dispositivos constitucionais, além de inúmeras outras

<sup>2</sup> 1. Informação: o registro do que existe; 2. Informar como transmissão de conhecimento; 3. A informação como criadora de conhecimentos; 4. Informação e curiosidade; 5. Informação e espionagem; 6. Informação e devassa; 7. Informação e comunicação; 8. Informação e manipulação da informação; 9. Informação e liberdade de expressão e de opinião; 10. Informação e relações humanas; 11. Informação e tecnologia da informação; 12. Informação e participação.

legislações que tratam do direito à informação<sup>3</sup>. A Lei de Acesso à Informação obriga os órgãos públicos a prestarem as informações aos cidadãos que não a encontrem por conta própria, demonstrando ainda mais a importância desse direito, que deve estar ao alcance do cidadão, principalmente, quando forem de interesse público.

Oliveira (2010) afirma que o direito de acesso à informação é uma das principais prerrogativas para a efetivação do Estado Democrático de Direito. O autor lembra a redação do Princípio 10 da Conferência das Nações Unidas para o Meio Ambiente e Desenvolvimento que prevê:

No nível nacional, cada indivíduo terá acesso adequado às informações relativas ao meio ambiente de que disponham as autoridades públicas, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, bem como, a oportunidade de participar dos processos decisórios. Os estados facilitarão e estimularão a conscientização e a participação popular, colocando as informações à disposição de todos. Será proporcionado o acesso efetivo a mecanismos judiciais e administrativos, inclusive no que se refere à compensação e reparação de danos (OLIVEIRA, 2010, p. 59).

O autor cita ainda que a Lei nº 6938/1981 (BRASIL, 1981) - Política Nacional do Meio Ambiente – no inciso V do art. 4º relaciona a informação ambiental como um dos seus objetivos<sup>4</sup>. Este princípio revela que a informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública, mas, também, formar a consciência ambiental com canais próprios, administrativos e judiciais, para que o cidadão tenha condições de se manifestar.

Para Machado (2011), vive-se a “era” das comunicações, pois a todo o momento, estamos sendo informados, mas, muitas vezes, a informação recebida não é eficaz, isto é, não produz os resultados devidos. “A informação serve para o processo de educação de cada pessoa e da comunidade. Mas a informação visa, também, a dar a chance à pessoa informada de tomar posição ou pronunciar-se sobre a matéria informada” (2011, p. 103).

O autor defende que a informação ambiental não tem o fim exclusivo de formar a opinião pública, pois considera valioso formar a consciência ambiental, com canais próprios, administrativos e judiciais, para manifestar-se. Defende que o grande destinatário da informação – o povo, considerado em todos seus segmentos, incluindo o científico, o não-governamental, tem o que dizer e opinar.

A informação deve ser transmitida de forma sistemática; não só em casos de acidentes ambientais. Deve possibilitar tempo suficiente para que os informados analisem a situação para poderem agir junto à Administração Pública e ao Poder Judiciário. “A não-informação de eventos significativamente danosos ao meio ambiente por parte dos estados merece ser considerada crime internacional” (MACHADO, 2011, p. 105). Ainda mais quando se vivencia uma nova morfologia social, constituída por redes, como defende Castells (2002). Para ele, o novo paradigma social da tecnologia da informação é a base material penetrante em toda a estrutura social, pois “o poder dos fluxos é mais importante que os fluxos do poder” (CASTELLS, 2002, p. 565).

Para garantir a efetivação desse princípio/direito, conforme Oliveira (2010), foi editada a Lei nº 10.650/2003 (BRASIL, 2003), que dispõe sobre o acesso público aos dados e informações ambientais existentes nos órgãos e entidades integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA). Logo, qualquer

3 Decreto 7724/2012, que regulamenta a lei de acesso à informação; Lei 6938/81, art. 4º, V; Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, princípio 10.

4 Art. 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: [...]V - à difusão de tecnologias de manejo do meio ambiente, à divulgação de dados e informações ambientais e à formação de uma consciência pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico;

indivíduo, independentemente da comprovação de interesse específico, tem acesso às informações ambientais, mediante requerimento escrito<sup>5</sup>.

Atualmente, está em fase de implantação no site do Ministério do Meio Ambiente (MMA), o Sistema de Informações Gerenciais do Meio Ambiente<sup>6</sup> (SIGMA) e o Sistema Nacional de Informação sobre o Meio Ambiente<sup>7</sup> (SINIMA), cabendo aos cidadãos o acompanhamento e a fiscalização da sua real funcionalidade.

### 3. Cidadania e informação ambiental

A partir do exposto, comprehende-se que o direito à informação deve ser compreendido como um direito relacionado diretamente aos outros direitos, pois fomenta o exercício da cidadania, já que permite ao cidadão o acesso e a crítica aos instrumentos necessários ao exercício pleno do conjunto dos direitos de cidadania.

A informação pública é um pressuposto indispensável ao exercício da cidadania e fator decisivo no processo democrático (GENTILLI, 2005). O direito à informação é uma porta de acesso a outros direitos e deve ser pensado como aquele que reúne as condições necessárias para realizar as escolhas visando ao exercício pleno dos demais direitos:

O direito de cada um ter acesso às melhores condições possíveis para poder formar as próprias referências particulares, fazer suas escolhas e seus julgamentos de modo autônomo. Nestas condições é uma circunstância que gera um direito à autonomia; é, portanto, um fator de mão dupla no processo de democratizar a democracia (GENTILLI, 2005, p. 130).

Um Estado Democrático de Direito pressupõe o direito à informação, com o objetivo de proporcionar ao cidadão o pleno acesso às informações acerca de decisões que tenham repercussão na qualidade ambiental, “viabilizando que o cidadão, ciente dos rumos adotados, tenha condições de influenciá-las” (MARCHESAN; STEIGLEDER; CAPPELLI, 2011, p. 64).

O direito à informação deve ser compreendido como um direito que fomenta o exercício da cidadania, já que permite ao cidadão o acesso e a crítica aos instrumentos necessários ao exercício pleno do conjunto dos direitos de cidadania.

5 Art. 2º Os órgãos e entidades da Administração Pública, direta, indireta e fundacional, integrantes do SISNAMA, ficam obrigados a permitir o acesso público aos documentos, expedientes e processos administrativos que tratem de matéria ambiental e a fornecer todas as informações ambientais que estejam sob sua guarda, em meio escrito, visual, sonoro ou eletrônico, especialmente as relativas a: I - qualidade do meio ambiente; II - políticas, planos e programas potencialmente causadores de impacto ambiental; III - resultados de monitoramento e auditoria nos sistemas de controle de poluição e de atividades potencialmente poluidoras, bem como de planos e ações de recuperação de áreas degradadas; IV - acidentes, situações de risco ou de emergência ambientais; V - emissões de efluentes líquidos e gasosos, e produção de resíduos sólidos; VI - substâncias tóxicas e perigosas; VII - diversidade biológica; VIII - organismos geneticamente modificados (BRASIL, 2003).

6 O Sistema de Informações Gerenciais do Meio Ambiente (Sigma) é um sistema corporativo do Ministério do Meio Ambiente, desenvolvido para atender à demanda de todos os Programas e Projetos financiados com recursos externos (Empréstimos e Doações), no que tange aos aspectos que envolvem a sua Gestão. O Sigma foi instituído no Ministério do Meio Ambiente pela Portaria nº 164, de 11 de julho de 2000, que foi revogada pela Portaria nº 405, de 29 de outubro de 2001. A assinatura da Portaria nº 312, de 06 de agosto de 2003, que revogou a anterior, confirmou definitivamente a obrigatoriedade da utilização deste instrumento gerencial no âmbito do MMA. Embora tenha sido concebido para atender às demandas dos Programas e Projetos financiados com recursos externos, as funcionalidades do Sigma também se aplicam ao gerenciamento de projetos inteiramente financiados com recursos nacionais (MMA, texto digital).

7 O Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (SINIMA) é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no inciso VII do artigo 9º da Lei nº 6.938/81. O referido sistema é considerado pela Política de Informação do MMA como a plataforma conceitual baseada na integração e compartilhamento de informações entre os diversos sistemas existentes ou a construir no âmbito do SISNAMA (Lei n. 6.938/81), conforme Portaria nº 160 de 19 de maio de 2009. O SINIMA é o instrumento responsável pela gestão da informação no âmbito do Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama), de acordo com a lógica da gestão ambiental compartilhada entre as três esferas de governo (MMA, texto digital).

Leite e Ayala, ao trabalharem com o conceito de informação ambiental, defendem que se trata de informação com amplo acesso da população a notícias, informes, documentos; enfim, tudo que trate de matéria ambiental. “*Por via de regra, o meio ambiente é uma questão de interesse difuso e todos devem ter acesso a informações a seu respeito*” (LEITE e AYALA, 2004, p. 265). A informação torna-se ainda mais relevante se considerarmos o que os autores conceituam como sendo a “*sociedade de risco*”: para compreender a crise ambiental, é preciso uma visão transdisciplinar e um enfoque mais sociológico do risco, pois a sociedade de risco é aquela que, em função de seu contínuo crescimento econômico, pode sofrer a qualquer tempo as consequências de uma catástrofe ambiental.

[...] vivemos em uma sociedade de risco, que está sujeita a catástrofes em escala planetária e que minimamente exerce uma cidadania solidária e participativa, considerando a exigência de proteção de um bem que pertence a todos de forma difusa, e não no seu viés individualista e tradicional (LEITE e AYALA, 2004, p. 252).

Silva (2006) caracteriza o direito à informação a partir de um viés público e privado. Para ele, o espaço público sempre abarcará a gestão dos bens públicos, fazendo uma referência ao que os latinos chamavam de *res publica*. Importante diferenciar estas duas modalidades, pois informações privadas devem seguir um regramento próprio, baseando-se em princípios constitucionais que passam pelo respeito à privacidade e à vida privada das pessoas. Para Silva (2006):

Sem se tratar aqui, da proteção de determinados atos ou áreas pelo sigilo, enfatiza-se que cabe ao Poder Público ocupar-se da gestão da informação que diga respeito ao espaço público e assinala-se que os cidadãos têm direito constitucional a serem informados sobre o que concerne ao mencionado espaço público (grifo nosso) (SILVA, 2006, p. 60).

Há que se ter cautela no uso da informação, especialmente, a técnica-científica, uma vez que ela influencia os processos anteriormente descritos e pode ter um duplo viés: de um lado, o domínio e o acesso democrático e transparente à informação técnica pode estimular a participação direta e efetiva dos diversos atores envolvidos no processo, sem necessidade de intermediação; de outro, o uso do conhecimento de forma elitista e isolada pode alienar participantes que se sentem incapazes de participar do processo em condições de igualdade com outros que dominam o acesso à informação, o que pode gerar desmobilização, defendem Lemos et al (2010).

Outro ponto que a doutrina destaca como essencial é a necessidade de transparência (FONSECA e BURSZTYN, 2009; SOARES, 2010; SANTOS e JACOBI, 2012; DE STEFANO et al, 2013), que está fortemente associada ao “*direito de saber*”, no sentido de que os indivíduos impactados pelas ações de terceiros têm o direito de saber a quais riscos estão expostos e o potencial de impacto sobre sua saúde. Jacobi, Empinotti e Schmidt (2016) enfatizam que o acesso à informação e a transparência dos processos de negociação são chave na redução das assimetrias de poder recorrentes nos espaços de negociação e são considerados no processo de tomada de decisão.

Em tempos de avanços tecnológicos que facilitam a comunicação e o acesso à informação, convém não se iludir com a falsa impressão de que está informado, sensação provocada pela utilização das redes sociais como o *Facebook*, conforme aponta estudo realizado sobre a midiatização no *Facebook*, realizado pelos Comitês de Bacia no RS, por Mazzarino (2016).

#### 4. Discussão dos resultados

Os documentos analisados tratam a informação ambiental como primordial, sendo um pressuposto para uma vida com dignidade, em sintonia com os teóricos que abordam o tema. A importância da informação transcende reflexões teóricas, já que é garantia constitucional trazida inclusive no art. 5º, XIV e XXXIII, que assegura a todos o acesso à informação e a garantia de receber das autoridades públicas informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral. Também, o art. 37 do texto constitucional reforça que a administração pública deve obedecer ao princípio da publicidade (BRASIL, 1988).

Para Benjamin (2005) há na CF/88 princípios ambientais que podem ser explícitos ou implícitos, substantivos ou procedimentais e genéricos ou específicos. Os implícitos são aqueles que, com uma análise interpretativa, defluem da norma e do sistema constitucional de proteção do meio ambiente. Desta forma, o princípio do direito à informação ambiental pode ser extraído realizando-se um cotejamento entre vários dispositivos constitucionais, que não trazem dúvida sobre a sua existência e importância.

A CF/88 traz diversos dispositivos que tratam do direito amplo à informação que podem ser utilizados na esfera do direito ambiental. Como referido, o princípio da informação é consagrado na Constituição, no rol dos direitos fundamentais, no art. 5º, inc. XIV, e assegura a todos o acesso à informação, resguardando o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional.

A informação é um direito e, especificamente, em relação às informações ambientais também há previsão de garantias. Nesse sentido, pode-se citar a Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527/2011 (BRASIL, 2011) e a Lei de Acesso às informações ambientais, Lei nº 10.650/2003 (BRASIL, 2003).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê que toda a pessoa tem o direito de receber e transmitir informações (ASSEMBLEIA..., art. 19, 1948). Realizando-se um cotejamento com este direito humano e o direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, que emana do princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se compreender que a informação ambiental adquire status de direito humano fundamental, uma vez que sem esta informação não há vida com dignidade, que também é um direito humano fundamental.

A informação também pode ser compreendida como pressuposto para a participação. É necessária uma visão transdisciplinar e um enfoque mais sociológico do risco (LEITE E AYALA, 2004). A doutrina destaca como essencial a necessidade de transparência (FONSECA e BURSZTYN, 2009; SOARES, 2010; SANTOS e JACOBI, 2012; DE STEFANO et al, 2013), que está fortemente associada ao “direito de saber”, no sentido de que os indivíduos impactados pelas ações de terceiros têm o direito de saber a quais riscos estão expostos e o potencial de impacto sobre sua saúde.

#### Considerações finais

A difusão das informações ambientais necessita ser qualificada, especialmente para a sociedade, que exige mais transparência. Essa exigência requer ações de educação ambiental à sociedade, para que esta seja capaz de promover uma mudança cultural frente a esta temática.

A informação também precisa ser sistemática, fidedigna, oportuna, utilizável e acessível. É necessário o estabelecimento e o fortalecimento da capacidade de formação de redes eletrônicas e o fortalecimento interinstitucional, em nível internacional, para que se possa ampliar a capacidade de receber, de armazenar, de

difundir e de usar informação pertinente sobre o meio ambiente e prover ao público acesso apropriado a essa informação.

A existência de mecanismos perenes, funcionais e acessíveis para a sociedade, que apresentem fluxos de informação e comunicação dos resultados com garantia de transparéncia, é essencial para o avanço e a qualificação da informação ambiental para a sociedade em geral.

Também existe a necessidade de intercâmbio de informações sobre posições nacionais em foros ambientais internacionais e a apresentação de comunicações conjuntas sobre temas de interesse comum, uma vez que se considera a informação ambiental um direito humano fundamental, pelo já exposto anteriormente. A efetivação de políticas públicas perenes e solidificadas que garantissem o acesso a este direito seria um importante avanço na promoção de processos autênticos que promovessem a cidadania ambiental.

## REFERÊNCIAS

ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em [http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis\\_intern/ddh\\_bib\\_inter\\_universal.htm](http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/ddh_bib_inter_universal.htm), acesso em 16 ago. 2015.

BENJAMIN, Antônio Herman. **O Meio Ambiente na Constituição Federal de 1998**. In: KISHI, Sandra Akemi Shimada; SILVA, Solange Teles da; SOARES, Inês Virgínia Prado (Orgs.). Desafios do Direito Ambiental no Século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em 03 nov. 2013.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L6938.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm)>. Acesso em 06 jul. 2011.

BRASIL. **Lei 10.650, de 16 de abril de 2003**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2003/L10.650.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.650.htm)>. Acesso em 10 ago. 2011.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm)>. Acesso em 23 nov. 2015.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. Tradução: Roneide Venancio Majer. Paz e Terra: São Paulo, 2002.

DE STEFANO ET AL, Lúcia. Public participation and transparency in water management. In: DE STEFANO, Lúcia; LLAMAS, Ramon. (Org) **Water, agriculture and the environment in Spain can we square the circle?** Madrid: Taylor & Francis, 2013.

FONSECA, Igor Ferraz; BURSZTYN, Marcel. **Banalização da sustentabilidade**: reflexões sobre governança ambiental em escala local. Revista Sociedade e Estado, vol. 24, jan.-abr., 2009. pp. 17-46.

GENTILLI, Victor. **Democracia de massas**: jornalismo e cidadania: estudo sobre as sociedades contemporâneas e o direito dos cidadãos à informação. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2005.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. **Direito Ambiental**. São Paulo: Atlas, 2011.

JACOBI, Pedro Roberto; EMPINOTTI, Vanessa Lucena; SCHMIDT, Luísa. **Escassez Hídrica e Direitos Humanos**. Ambiente & Sociedade, vol.19 nº.1. São Paulo jan./mar. 2016. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-753X2016000100001&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-753X2016000100001&lng=pt&nrm=iso&tlang=pt)>.

LEITE, José Rubens Morato; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na sociedade de risco**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEMOS, Maria Carmem et al. Informação Técnica e Gestão Participativa de bacias Hidrográficas no Brasil. In: ABERS, Rebeca Neaera (org). **Água e política:** atores, instituições e poder nos Organismos Colegiados de Bacia Hidrográfica no Brasil. São Paulo: Annablume, 2010.

MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** 19<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.

MARCHESAN; Ana Maria Moreira CAPPELLI; Sílvia; STEIGLEDER Annelise Monteiro. Direito Ambiental, 6<sup>a</sup> Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

MAZZARINO. Jane Marcia. **Capital comunicacional socioambiental e educomunicação na midiatização de organizações da sociedade civil:** aproximações entre si e com o campo jornalístico. Revista de Ciências Ambientais. Vol. 10, nº 01. Canoas, 2016. Disponível em: <<http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/Rbca/article/view/1981-8858.16.23/pdf>>. Acesso em 15 ago. 2016.

OLIVEIRA, Fabiano Melo Gonçalves de. **Difusos e coletivos:** direito ambiental. 2<sup>a</sup> ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

SANTOS, Rosilene Aparecida Nunes dos; JACOBI, Pedro Roberto. Aprendizagem social e governança da água na sub-bacia hidrográfica Cotia-Guarapiranga, São Paulo. In: JACOBI, Pedro Roberto. **Novos paradigmas, práticas sociais e desafios para a Governança Ambiental.** São Paulo: Annablume, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** 9<sup>a</sup> ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOARES, Samira Lasbeck de Oliveira. **Mediação de conflitos ambientais:** um novo caminho para a governança da Água no Brasil? Curitiba: Juruá, 2010.

# O DIREITO HUMANO DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL NO CONTEXTO DA UNIÃO EUROPEIA: AS CONTRIBUIÇÕES DA DIRETIVA-QUADRO DA ÁGUA

Luciana Turatti<sup>1</sup>

## Notas iniciais

Entre as experiências que podem contribuir para a adoção de medidas potencialmente úteis ao intento de assegurar o direito humano de acesso à água potável, inegavelmente, os caminhos trilhados pelos europeus merecem destaque. Desde 23 de outubro de 2000, a União Europeia (UE) adotou a denominada Diretiva-Quadro da Água (DQA), como forma de estabelecer os princípios norteadores das políticas públicas relativamente à água.

Desde então vários programas foram instalados e medidas normativas e de ordem técnicas passaram a vigorar no cenário europeu. Ressaltam-se, neste sentido, a aprovação posterior a DQA das seguintes diretivas: Diretiva 2006/118/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à proteção das águas subterrâneas contra a poluição e a deterioração; Diretiva 2008/105/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2008, relativa a normas de qualidade ambiental no domínio da política da água; Diretiva 2010/75/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de novembro de 2010, relativa às emissões industriais (prevenção e controlo integrados da poluição); Diretiva 2006/7/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de fevereiro de 2006, relativa à gestão da qualidade das águas balneares; Diretiva 2007/60/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de outubro de 2007, relativa à avaliação e gestão dos riscos de inundações; Diretiva 2008/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de junho de 2008, que estabelece um quadro de ação comunitária no domínio da política para o meio marinho (Diretiva-Quadro Estratégia Marinha); Diretiva 2009/128/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de outubro de 2009, que estabelece um quadro de ação a nível comunitário para uma utilização sustentável dos pesticidas, entre outras.

E é por essa razão que se pretende, no presente estudo, analisar o contexto de formação da Diretiva, bem como, suas principais contribuições como modelo de gestão participativa das águas, haja vista que tal análise poderá servir de inspiração para países como o Brasil, que tem em sua legislação de águas, a previsão expressa da gestão democrática dos recursos hídricos, e que, na prática ainda se coloca como pouco efetiva.

<sup>1</sup> Doutora em Direito. Professora do Curso de Pós Graduação em Ambiente e Desenvolvimento (PPGAD) e da Pós Graduação em Sistemas Ambientais Sustentáveis (PPGSAS) da Universidade do Vale do Taquari – UNIVATES. E.mail: lucianat@univates.br

## 1. O contexto de formação da Diretiva

Várias etapas foram vivenciadas até se alcançar o texto da Diretiva. Irujo e Hölling (2009) as agruparam em 03, cuja primeira etapa – que teria ocorrido entre os anos de 1973 e 1980 – tinha como foco o controle da contaminação para melhoria da qualidade das águas. Para tanto, o primeiro Programa voltado para ações ambientais propôs duas estratégias: limitar as emissões de determinadas substâncias nas águas; e estabelecer parâmetros de qualidade para as águas considerando para tal os diferentes usos atribuídos às águas (água potável, águas de banho, águas para manutenção da fauna aquática e águas residuais urbanas).

A segunda etapa, compreendida entre os anos 1980 e 1991, caracterizou-se pela percepção das insuficiências relacionadas à etapa anterior, por exemplo, o fato de a legislação comunitária ter se fixado em demasia em alguns pontos específicos como a contaminação ocasionada pelas indústrias. O resultado foi a Diretiva 91/271/CEE do Conselho da UE, publicada em maio de 1991 (alterada posteriormente pela Diretiva 98/15/CE, em fevereiro de 1988), pertinente ao tratamento de águas residuais urbanas que se refere ao recolhimento, ao tratamento e à descarga de águas residuais urbanas de determinados setores industriais. O objetivo da diretiva é proteger o ambiente contra qualquer deterioração devido à descarga de águas residuais urbanas oriundas de aglomerações e de águas residuais industriais biodegradáveis provenientes do setor da indústria agroalimentar, estabelecendo que os Estados-Membros devem prever a recolha e o tratamento dessas águas.

Já a terceira e última etapa que antecedeu a publicação da Diretiva-Quadro ocorreu entre 1991 e 2000, período no qual se percebeu a necessidade de uma reforma no campo das ações ambientais comunitárias, com o objetivo de evitar a fragmentação existente, tendo em vista o reconhecimento de que a implementação de normas no âmbito nacional não era capaz, por si só, de solucionar os problemas ambientais. Baseado em tais constatações, inicia-se um processo de reforma da legislação de proteção dos recursos hídricos no território da União Europeia, buscando integrar os aspectos quantitativos e qualitativos de sua gestão, além de desenvolver ações para um uso racional da água.

O resultado final dessas iniciativas foi a proposta de Diretiva apresentada ao Conselho da União Europeia de estabelecimento de um marco comunitário de atuação no âmbito da política de águas com a pretensão de promover várias mudanças: ampliar a visão protetiva, considerando para tanto, o conceito de bacias hidrográficas; introduzir a denominada “abordagem combinada” de valores limite de emissão e normas de qualidade das águas que foram tratadas separadamente nas primeiras diretivas dos anos 1970; intensificar a participação dos cidadãos, assim como instaurar preços de água adequados (IRUJO e HÖLLING, 2009).

Zsögön (2005) lembra que, mediante a adoção da DQA, buscou-se estabelecer um marco comunitário de atuação na UE no âmbito das políticas das águas. Em suas considerações iniciais, a Diretiva deixa claro que a água não é um bem comercial como os demais, mas um patrimônio que deve ser protegido, defendido, e gerido dentro do ecossistema.

Essa diretiva se propôs a reformular e centralizar a política de recursos hídricos dos Estados integrantes da União Europeia em um único texto normativo, pautado por três pilares centrais:<sup>2</sup> ecologia (em que aparecem as preocupações com o denominado estado ecológico das águas, e com as metas propostas inicialmente para 2015, por meio dos Objetivos do Milênio, atualmente denominados Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, propostos para 2030); governança (ao passo que foram propostos novos órgãos de gestão vinculados às bacias hidrográficas responsáveis por tornar mais participativos os processos decisórios); e economia (em que os fornecedores de água foram incumbidos de alcançar o verdadeiro custo pela água até 2010, para permitir a cobrança desse recurso) (ANA, 2011, pp. 76-77).

Para Irujo (2009), a Diretiva permitiu a abertura de novas perspectivas para o desenvolvimento da política de águas na União Europeia e constitui um novo estágio na construção de uma política comunitária, pois implica a racionalização de todo o conjunto legislativo que existia até então, tido como fragmentado.

Diferentemente do quadro anterior, a nova diretriz seria capaz de oferecer um enfoque integrado e global, permitindo que a União levasse a cabo uma completa renovação da sua política de águas. Ademais, a Diretiva reconhece que a política comunitária de águas, assim como toda política ambiental comunitária, deve ser uma política transversal que afete “(...) otros ámbitos políticos comunitarios, tales como las políticas en materia de energía, transporte, agricultura, pesca, política regional y turismo, tal como indica el punto 16 de su preámbulo” (IRUJO e HÖLLING, 2009, p. 439)

Irujo e Hölling (2009) referem que são facilmente identificáveis na Diretiva as disposições que promovem uma aproximação à gestão das águas comunitárias, no sentido de referendar ideias gerais de globalidade e de integridade das águas.

En primer lugar, existe una aproximación “ecosistémica” o ecológica ya que el artículo 1.a) habla de prevenir todo deterioro adicional, proteger y mejorar el estado de los ecosistemas acuáticos, terrestres y humedales directamente dependientes de los ecosistemas acuáticos. Así, las preocupaciones no se centran en un uso concreto del agua, o en un tipo concreto de agua (dulce o salada) sino que se tiene en cuenta una zona amplia de un determinado territorio y se aplican a esa zona las disposiciones medioambientales sin acepción concreta, en principio (aunque en algunos casos se hagan especificaciones para zonas determinadas, por ejemplo, el artículo 4 establece diferentes objetivos medioambientales para las aguas superficiales, las aguas subterráneas y las zonas protegidas) y por ello, el ámbito de aplicación comprende tanto las aguas superficiales como las de transición, las aguas costeras y las subterráneas, por lo que constituye una visión novedosa incluso entre las legislaciones nacionales que normalmente tratan de forma separada las aguas dulces e saladas (IRUJO e HÖLLING, 2009, p. 440).

Traçadas as características gerais da Diretiva, passa-se à análise das considerações iniciais presentes no texto do próprio documento, as quais também realizam uma exposição de motivos que contribuem para caracterização do cenário presente no contexto europeu que conduziu à formatação da Diretiva.

2 Ainda segundo o documento intitulado “Cuidando das Águas”, “cada pilar engloba uma série de medidas a serem empreendidas em prazos determinados. Começando com o pilar da ecologia, a diretiva estabelece a meta de situação ecológica ‘boa’ e o processo decisório para apurar se determinadas águas superficiais ou subterrâneas estão em situação ruim, sofrível, moderada ou boa. Para alcançar a situação ‘boa’, determinados elementos físico-químicos, hidromorfológicos e biológicos devem mostrar pouca ou nenhuma alteração em relação às condições de referência (áreas de referência escolhidas para refletir a falta de distúrbios humanos). [...] Após caracterizar todos os corpos de água de uma bacia hidrográfica, cabe ao órgão de gestão da bacia elaborar programas de monitoramento e estabelecer uma série de objetivos e medidas para o alcance da situação ‘boa’, bem como a formulação de um plano de gestão da bacia” (ANA, 2011, p. 76-7).

## 2. Considerações iniciais da Diretiva

As considerações iniciais da Diretiva são de grande importância para a correta interpretação do texto normativo, pois apresentam as reais motivações que conduziram a União Europeia à adoção dessa norma. Entre estas destacam-se:

- a) as conclusões do Seminário Ministerial sobre a política comunitária da água, realizado em 1988, em Frankfurt, que demonstraram a necessidade de criação de uma legislação comunitária em relação à qualidade ecológica;
- b) a Declaração do Seminário Ministerial sobre águas subterrâneas, realizado em Haia em 1991, que reconheceu a necessidade de ações para evitar a deterioração a longo prazo da qualidade e da quantidade das águas doces e preconizou a criação de um programa de ações que deveria ser aplicado até o ano 2000 com o objetivo de garantir a gestão e a proteção sustentáveis dos recursos de águas doces;
- c) a crescente pressão em relação à água, devido ao contínuo aumento da procura de quantidades suficientes de águas de boa qualidade para usos diversos;
- d) a necessidade de desenvolver uma política comunitária integrada no domínio das águas;
- e) a previsão do artigo 174 da proposta de Constituição Europeia no sentido de que a política da União Europeia (UE) no âmbito do meio ambiente deve contribuir para alcançar os seguintes objetivos: a conservação, a proteção e a melhoria da qualidade do meio ambiente, e a utilização prudente e racional dos recursos naturais. Para tanto, apoia-se em diversos princípios fundamentais, como o da prevenção, da necessária reparação ao meio ambiente e do poluidor pagador;
- f) a compreensão de que o fornecimento de água é um serviço de interesse geral;
- g) e a existência de compromissos e obrigações assumidas pela UE e seus Estados-Membros em acordos internacionais anteriores como: a Convenção para a proteção do meio marinho na zona do mar Báltico, assinada em Helsinque, em 09 de abril de 1992, e aprovada pela Decisão 94/157/CE do Conselho, a Convenção para a proteção do meio marinho do Atlântico Nordeste, assinada em Paris, em 22 de setembro de 1992, e aprovada pela Decisão 98/249/CE do Conselho e a Convenção para a proteção do mar Mediterrâneo contra a poluição, assinada em Barcelona, em 16 de fevereiro de 1976, e aprovada pela Decisão 77/586/CEE do Conselho, assim como o seu Protocolo relativo à proteção do mar Mediterrâneo contra a poluição de origem telúrica, assinado em Atenas, em 17 de maio de 1980, e aprovado pela Decisão 83/101/CEE do Conselho.

Aliados a tais fatores, conforme informações contidas na própria página da internet da União Europeia, publicadas por meio de um informe em novembro de 2010, alguns fatos também contribuíram para o entendimento de que a formatação de uma Diretiva fazia-se necessária e vieram a influenciar seu próprio texto. Seguem os fatos (UNIÃO EUROPEIA (UE). Directiva Quadro Água. 2010, texto digital):

*FATO 1 – Os recursos hídricos da UE estavam ameaçados. Corroboram para tal entendimento dados que mostram que 20% das águas de superfície da UE correm sério risco de poluição e o fato de que 60% das cidades sobreexploram as suas águas subterrâneas, num cenário em que ¾ da poluição é abastecida de água a partir de recursos hídricos subterrâneos. Ainda sobre esse fato, a UE alude que a água é imprescindível para a vida humana, desempenhando um papel central não somente para o desenvolvimento econômico, mas também para manutenção dos ecossistemas naturais e para regulação climática. Ao mesmo tempo em que se reconhece sua importância, também há um reconhecimento dos perigos oferecidos a esse recurso em decorrência das formas de intervenção e apropriação humanas.*

**FATO 2** – São necessárias medidas ao nível da UE, porque as bacias hidrográficas e a poluição cruzam as fronteiras. A melhor maneira de gerir os recursos hídricos é com base nas bacias hidrográficas.

É grande a presença de bacias e recursos hídricos compartilhados ou tidos como transfronteiriços na UE. Conforme informações da Comissão, a União Europeia e os Estados-Membros dividiram as bacias hidrográficas e as zonas costeiras que lhes estão associadas em 110 regiões hidrográficas, correspondentes a cerca de 60% do território da UE. Dessas, 40 são compartilhadas por diversos Estados-Membros ou estendem-se além da UE.

Na descrição desse fato, também se evidencia o reconhecimento das bacias hidrográficas como território base para o gerenciamento dos recursos, posto que de nada adiantam intervenções isoladas que não considerem o que ocorre à jusante e à montante dos recursos. O gerenciamento baseado nas bacias hidrográficas é reconhecido como princípio subjacente da Diretiva-Quadro da água.

**FATO 3** – Para proteger a saúde das pessoas, o abastecimento de água, os ecossistemas naturais e a biodiversidade, é muito importante que as águas se encontrem num bom estado ecológico e químico.

O estado ecológico é definido como aquele que comporta a abundância de flora aquática e de fauna piscícola, a disponibilidade de nutrientes e aspectos como a salinidade, a temperatura e a poluição química, além da consideração de determinados parâmetros morfológicos das massas de água, como a quantidade, o caudal, a profundidade e a estrutura dos leitos fluviais.

A Diretiva-Quadro apresenta cinco níveis de classificação para o estado ecológico das águas de superfície: excelente, bom, razoável, mediocre e mau. O estado excelente é aquele em que se dá a inexistência da pressão humana ou onde esta é muito reduzida.

O estado químico, por sua vez, é definido a partir de normas de qualidade ambiental na UE para 08 poluentes químicos já previstos em regulamentações anteriores e 33 poluentes químicos novos. Contribuem para tal identificação e análise outros documentos como o Regulamento REACH (Registro, Avaliação, Autorização e Restrição de Produtos Químicos) de 01 de junho de 2007, relativo aos produtos químicos, e a diretiva relativa à prevenção e ao controle integrados da poluição (*International Plant Protection Convention – IPPC*), aplicável às instalações industriais.

**FATO 4** – A participação das pessoas é fundamental.

A partir da constatação do conjunto de fatos acima elencados, tornou-se possível viabilizar um texto que estivesse apto a oferecer uma resposta potencialmente eficaz às preocupações existentes. Com isso, foi elaborado um conjunto de regras consubstanciadas na denominada Diretiva, com as quais ora o trabalho se ocupa.

### **3. As regras da Diretiva**

Uma vez examinados os pressupostos fáticos elencados nas considerações iniciais, ingressa-se no exame do texto da Diretiva propriamente dito. Já no seu artigo 1º, são definidos os objetivos da Diretiva, os quais estão claramente voltados à criação de um regramento visando a proteção das águas de superfície interiores, das águas de transição, das águas costeiras e das águas subterrâneas que:

- a) Evite a contaminação da degradação e proteja e melhore o estado dos ecossistemas aquáticos, e também dos ecossistemas terrestres e zonas úmidas diretamente dependentes dos ecossistemas aquáticos, no que respeita às suas necessidades em água;

- b) Promova um consumo de água sustentável, baseado numa proteção a longo prazo dos recursos hídricos disponíveis;
- c) Vise uma proteção reforçada e um melhoramento do ambiente aquático, nomeadamente através de medidas específicas para a redução gradual das descargas, das emissões e perdas de substâncias prioritárias e da cessação ou eliminação por fases de descargas, emissões e perdas dessas substâncias prioritárias;
- d) Assegure a redução gradual da poluição das águas subterrâneas e evite a agravamento da sua poluição; e,
- e) Contribua para mitigar os efeitos das inundações e secas, contribuindo, dessa forma, para: fornecer quantidade suficiente de água superficial e subterrânea de boa qualidade, conforme necessário, para uma utilização sustentável, equilibrada e equitativa da água; reduzir significativamente a poluição das águas subterrâneas; proteger as águas marinhas e territoriais; cumprir os objetivos dos acordos internacionais pertinentes, incluindo os que se destinam à prevenção e à eliminação da poluição no ambiente marinho através de ações comunitárias nos termos do nº 3 do artigo 16, para cessar ou eliminar em fases as descargas, emissões e perdas de substâncias perigosas prioritárias, com o objetivo último de reduzir as concentrações no ambiente marinho para valores próximos dos de fundo para as substâncias naturalmente presentes e próximos de zero para as substâncias sintéticas antropogênicas (UE, 2010, texto digital, s/p.).

Para dar consecução a todas essas tarefas, a UE estabeleceu prazos referentes à Diretiva, sendo que as etapas encerraram-se em 2009, restando apenas a última, em 2015, a qual terá um caráter avaliativo das demais. Os prazos estabelecidos foram os seguintes:

- Dezembro de 2003: adaptação da legislação regional e nacional conforme a Diretiva. Criação das condições necessárias para a cooperação em nível de bacias hidrográficas.
- Dezembro de 2004: conclusão da análise das pressões e dos impactos que atingem as águas dos Estados-Membros e conclusão da análise econômica.
- Dezembro de 2006: os programas de monitoramento já devem estar sendo operacionalizados como base para gestão das águas.
- Dezembro de 2008: apresentação por meio de audiências públicas dos planos de gestão de bacias.
- Dezembro de 2009: publicação dos primeiros planos de gestão de bacias hidrográficas.
- Dezembro de 2015: as águas devem se encontrar em “bom estado” (UE, 2010, texto digital, s/p).

D'Isep (2010) refere-se à Diretiva mencionando que esta é considerada um marco divisor na política de águas europeia, não somente em decorrência do seu conteúdo, mas pela adoção do princípio da subsidiariedade, que permite que os Estados-Membros da UE possam aplicar o direito interno, caso o texto da Diretiva não possa ser aplicado, o que gera, por consequência, uma obrigação de resultado no tocante às suas determinações.

Outra característica interessante, voltada para a governança dos recursos hídricos, é o entendimento de que existem condições e necessidades diversas na UE, e estas requerem soluções específicas. Essa diversidade deve ser considerada no momento do planejamento e da execução das medidas destinadas a garantir a proteção e o uso sustentável da água dentro da bacia hidrográfica. As decisões devem ser tomadas o mais próximo possível dos lugares onde a água é utilizada ou degradada.

Nesse sentido, como forma de gerenciamento, a diretiva propõe um conhecimento aprofundado das condições das águas integrantes da UE e impõe, por consequência, aos Estados-Membros o dever de realizar análises das características das bacias hidrográficas e dos impactos da atividade humana, além de realizar uma análise econômica da utilização da água. Também devem ser identificadas as águas utilizadas para o consumo humano, cabendo aos Estados assegurar o cumprimento da Diretiva 80/778/CEE do Conselho, relativamente à qualidade das águas para o consumo humano.

O entendimento é de que uma política comunitária de água exige um enquadramento legal transparente, eficaz e coerente. A Diretiva estabelece que cabe à União Europeia a definição de princípios comuns e um enquadramento global para as suas ações, sendo orientada pelo princípio da subsidiariedade.

Essa tomada de decisões deve, obrigatoriamente, ser precedida de corretas informações sobre a realidade dos recursos hídricos, pois somente assim será permitida a efetiva participação e, por consequência, deliberação do público afetado.<sup>3</sup>

Entre os objetivos da presente Diretiva, destacam-se a conservação e a melhoria do ambiente aquático na UE, o qual está diretamente relacionado à qualidade das águas.

Sobre o tema, Zsögön (2005) salienta que o objetivo ambiental da Diretiva-Quadro é alcançar um bom estado ecológico para as águas da UE. Esse estado ecológico, por sua vez, é definido segundo a forma de tratamento das águas subterrâneas e superficiais. Para as águas superficiais, isso é determinado por fatores ecológicos e químicos, enquanto que as águas subterrâneas dependem de parâmetros químicos e quantitativos.

Para os Estados-Membros, foi estabelecido o objetivo de procurar alcançar um bom estado das águas, através da definição e da execução de medidas necessárias em programas integrados, tendo em conta as exigências comunitárias em vigor. Nos casos em que o estado da água já for considerado bom, o compromisso dos Estados passa a ser o de tentar mantê-lo. Já no caso das águas subterrâneas, para além do compromisso relacionado ao bom estado, deverá ser identificada e invertida qualquer tendência significativa e persistente para o aumento da concentração de poluentes.

Elementos como as bacias hidrográficas e a consideração do ciclo hidrológico também são lembrados. O texto refere que o objetivo relacionado à busca de um bom estado das águas deve ser perseguido por cada bacia hidrográfica, de modo que as medidas relativas às águas de superfície e subterrâneas que pertençam ao mesmo sistema ecológico, hidrológico e hidrogeológico sejam coordenadas.

Acerca do ciclo hidrológico, a Diretiva prevê que, para efeitos de proteção ambiental, é necessária uma maior integração dos aspectos qualitativos e quantitativos das águas de superfície e das águas subterrâneas, que considerem o fluxo natural das águas dentro do ciclo. Segundo Irujo,

La Directiva marco parte de una idea fundamental, que es la de que las diferentes partes del ciclo hidrológico se encuentran interconectadas, relacionadas, y no solamente en lo que se refiere a las aguas propiamente dichas, sino que esta relación implica también los ecosistemas que las rodean, el clima, etc. y que esa conexión que existe naturalmente no puede romperse de manera artificial. En consecuencia, los distintos componentes no pueden ser regulados de manera aislada y así, en contraste con el enfoque sectorial que caracterizaba la legislación anterior la Directiva marco propone un nuevo enfoque (IRUJO e HÖLLING, 2009, p. 439).

Como forma de se assegurar a qualidade das águas, a Diretiva estabelece requisitos mínimos para formulação da legislação comunitária, como a definição de normas de qualidade ambiental e valores limite de emissão comuns para determinados grupos ou famílias de poluentes.

3 Como lembra Irujo, “Ya en el preámbulo, la DMA enfatiza la importancia de la información y consulta al público. El artículo 14 instaura, siguiendo ese espíritu, un procedimiento de información y consulta pública que implica que los documentos de planificación y de gestión de los recursos hídricos son puestos a disposición del público en los diferentes plazos fijados por la propia norma y esto tiene como consecuencia el deber para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias de informar, de consultar al público y de notificarse mutuamente los datos hidrológicos”(IRUJO; HÖLLING, 2009, p. 443).

#### 4. O planejamento combinado contra a contaminação da água

Da análise precedente, constata-se que um dos objetivos centrais da Diretiva relaciona-se à busca de um bom estado ecológico das águas na UE. Para tanto, além se estabelecerem padrões de qualidade, foram previstas, na Diretiva, formas de se evitar a contaminação das águas.

Especificamente em relação às disposições que tratam da poluição da água, o artigo 10 indica a necessidade de um planejamento combinado das fontes pontuais e das fontes difusas de contaminação. Isso se define no artigo 2.36 e no ponto 40 do preâmbulo e se pode explicar da seguinte maneira: como é necessário controlar os lançamentos que ocorrem nas águas superficiais, os Estados devem estabelecer controles de emissão ou ainda valores limites de emissão, aplicando para tanto o princípio de correção/retificação dos danos ambientais preferentemente na fonte (IRUJO e HÖLLING, 2009).

Todavia, também chama atenção o fato de a Diretiva não ter estabelecido de forma clara os valores limite de emissão e as normas de qualidade ambiental, repassando aos Estados tal competência, o que faz com base no princípio da subsidiariedade, cabendo a estes a determinação de tais parâmetros a partir das várias diretrizes existentes.

O artigo 16 contém estratégias de combate à contaminação, determinando que o Parlamento Europeu e o Conselho venham a adotar medidas específicas contra a poluição da água por poluentes ou grupos de poluentes que apresentem um risco significativo incluindo riscos para as águas utilizadas para a captação de água potável.

A Diretiva ainda sugere que a Comissão apresentará uma proposta, contendo uma lista das substâncias prioritárias a serem reduzidas e monitoradas considerando o risco significativo para o ambiente aquático ou por seu intermédio. Para tanto, também deverá levar em consideração a seleção de substâncias de risco constante na legislação comunitária sobre substâncias perigosas ou nos acordos internacionais relevantes.

As propostas de controle que serão apresentadas pela Comissão deverão considerar a redução gradual dos lançamentos, das emissões e das perdas de substâncias em causa e nomeadamente e a cessação ou supressão gradual dos lançamentos, das emissões e das perdas das substâncias identificadas nos termos do nº 3, incluindo um calendário adequado para o efeito. O calendário não poderá exceder o prazo de 20 anos após a aprovação das propostas.

#### 5. Das recomendações acerca da participação dos cidadãos

A implementação dos objetivos até então expostos deve envolver uma maciça participação por parte dos cidadãos. Uma das etapas a impor uma participação mais direta dos interessados diz respeito à elaboração dos planos de bacia em que os Estados devem colocar à disposição do público os documentos necessários para que os cidadãos possam apresentar observações por escrito ou contribuir com a elaboração dos documentos de gestão. A Diretiva ressalta o fato de que tal etapa não pode representar um simples repasse de informações aos cidadãos, mas sim deve assegurar a participação destes.

Do contexto apresentado há como inferir que o modelo de participação proposto pela Diretiva se assemelha muito ao modelo brasileiro, haja vista que este também propõe a participação da população na elaboração dos planos de bacia, e também, de forma semelhante, deixa de informar como se dará tal processo e quais as formas de assegurar uma efetiva participação.

Apesar de não estabelecer como se ocorrerá o processo de aproximação com a população, é inegável a importância atribuída ao contexto da participação, o que se percebe nitidamente quando o artigo 14 refere que esta se coloca como essencial para consecução da Diretiva: “O êxito da presente Diretiva depende de uma colaboração estreita e uma atuação coerente da Comunidade, dos Estados-Membros e autoridades locais, assim como da informação, consultas e participação do público, incluídos os usuários” (UE, 2000, texto digital, s/p).

No ponto 46 da Diretiva, é possível encontrar uma menção concreta à participação do público, na qual se faz novamente referência aos usuários, no que tange à elaboração e à execução dos planos de bacia. Assim estabelece o ponto:

para assegurar a participação do público em geral, incluídos os usuários, no estabelecimento e atualização dos planos de bacia, é necessário facilitar a informação adequada das medidas previstas e dos progressos realizados durante sua aplicação, a fim de que o público em geral possa manifestar suas contribuições antes de serem adotadas as decisões finais sobre as medidas necessárias (UE, 2000, texto digital, s/p).

Segundo Irujo (2008), o sentido dado por este ponto se relaciona diretamente às obrigações das Administrações Públicas, dentre as quais está o dever de proporcionar uma informação pública permanente e real que permita a formulação, por parte do público, de contribuições em um tempo hábil, ou seja, antes que se adotem decisões definitivas sobre as medidas necessárias.

Percebe-se, a partir dessas premissas, que a Diretiva não impôs formas de participação orgânicas como a participação nos organismos de governo ou outros, nem instituiu organizações específicas de participação, mas ressaltou em várias oportunidades a necessidade de difusão das informações, estabelecendo isso como pressuposto à participação pública, no sentido de formulação de alternativas e ideias.

No entanto, como observa Irujo (2008), existe uma grande preocupação por parte do texto da Diretiva no sentido de não permitir que essa informação seja meramente formal e rotineira, e que permita ao público oportunidades autênticas de conhecimento da problemática e da formulação das suas políticas. Para tanto, busca-se a superação de práticas viciadas e conhecidas, nas quais a participação não passa de um rito colocado como necessário para a adoção das decisões que se julgam convenientes.

Neste ínterim, cabe novamente a crítica sobre o fato de a Diretiva não ter avançado por meio da sugestão de modelos que poderiam ser empregados para se assegurar tais objetivos em relação à participação do público. Outrossim, por mais real e adequada que seja a informação, a maior parte desta possui caráter técnico, o que impõe um conhecimento especializado, o qual não é comum à maior parte da população. Dessa forma, mais do que reais e permanentes, as informações precisam ser acessíveis a todos os níveis de conhecimento, pois somente assim se permitirá um debate igualitário e equilibrado entre todos os envolvidos.

## 6. Resultados produzidos

Há muito se sabe que não bastam previsões normativas para que o mundo dos fatos venha a ser alterado. Buscando a concretização das propostas desenhadas na Diretiva, a Comissão Europeia vem monitorando sua implementação, compartilhando das suas percepções por meio de Relatórios. Apesar dos avanços produzidos, o relatório intitulado “A Diretiva-Quadro Água e a Diretiva Inundações: ações tendentes à consecução do «bom estado» da água na UE e à redução dos riscos de inundações”, publicado em 2015, concluiu que cerca de metade das águas de superfície da UE ainda corriam o risco de não alcançar um bom estado ecológico até o ano de 2015. O relatório também fazia menção a presença de lacunas no monitoramento do estado químico

das águas de superfície, apontando que no ano da sua publicação, ainda era desconhecida o estado de cerca de 40% das massas de água, o que impedia a constituição de uma base de referência (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, texto digital).

A partir deste diagnóstico a Comissão buscou ampliar o diálogo com os Estados-Membros com o objetivo de trazer ao debate a avaliação realizada dos planos nacionais de gestão de bacias hidrográficas,clarear as obrigações previstas na DQA, e acordar ações específicas a favor da execução. Propondo uma ação mais efetiva o texto do relatório também informa que a Comissão se propõe a instaurar processos de infrações nos domínios prioritários, caso venha a identificar que as outras tentativas realizadas se tornaram ineficazes (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, texto digital).

Como resultados positivos o relatório menciona que:

A política da UE relativa à água também possibilitou à União desenvolver um setor hídrico dinâmico e líder a nível mundial, que inclui 9000 PME em atividade<sup>16</sup> e proporciona cerca de 500.000 postos de trabalho equivalentes a tempo inteiro. É, por conseguinte, muito mais do que uma resposta a um imperativo ambiental: é um dos fundamentos para a União Europeia fomentar o crescimento «azul» e «verde» e aplicar uma utilização mais eficiente dos recursos (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, texto digital).

Desenhando os cenários futuros e tecendo recomendações acerca das formas de execução da DQA o relatório menciona ainda que a redução da poluição com o intento de cumprir os objetivos da diretiva impõe a observância e execução das outras diretivas correlatas ao tema (como a Diretiva Tratamento de Águas Residuais Urbanas, a Diretiva Nitratos, a Diretiva Utilização Sustentável dos Pesticidas e a Diretiva Emissões Industriais), firmadas pelos Estados-Membros, o que, segundo o próprio informe não vem sendo observado.

Outro documento importante da Comissão que se preocupou em retratar as formas de execução da DQA foi o Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a execução da Diretiva-Quadro Água (2000/60/CE) – Planos de gestão de bacia hidrográfica, publicado em 2012.

A avaliação realizada pela Comissão dos planos de gestão de bacia hidrográfica teve como base os elementos fornecidos pelos Estados-Membros a partir dos planos que foram publicados. Segundo o relatório, do total de Estados-Membros, 23 tinham adotado ou comunicado seus planos até 2012 e 4 (Bélgica, Grécia, Espanha e Portugal) ou não haviam adotado nenhum plano ou teriam adotado e comunicado somente alguns. Até o ano de publicação do relatório a Comissão havia recebido 124 destes planos (dos 174 esperados), sendo a maioria destes (75 %) relativos a regiões hidrográficas transfronteiriças (COMISSÃO EUROPEIA, 2015, texto digital).

Uma das preocupações centrais do relatório demonstra ser com o bom estado das águas previsto na Diretiva-Quadro Água, uma vez que este se vincula diretamente a disponibilidade permanente de água de boa qualidade e em quantidade adequada. Sobre o tema a Comissão constatou, a partir da avaliação dos planos, que teriam havido progressos em relação ao cumprimento dos objetivos previamente estabelecidos na DQA, mas também demonstrou preocupação quanto as metas propostas para 2015, pois parcela significativa das massas de água ainda não possuíam seu estado químico conhecido. Dentre os obstáculos apresentados para consecução das metas a Comissão também mencionou a poluição e as sobrecaptações realizadas. Estas comprometeriam de forma significativa o meio aquático.

Enfim, como demonstram os relatórios analisados, mesmo concebendo-se que a DQA se coloca como um forte instrumento normativo a favor da melhoria da qualidade da água no plano europeu, ações efetivas por parte dos Estados-Membros fazem-se necessárias para permitir sua implementação. O mérito da Comissão está justamente no fato desta se colocar como um potente mecanismo de fiscalização das metas propostas.

## Á título de conclusão: As lições extraídas da Diretiva

Alguns aspectos merecem destaque ao final desta análise. A Diretiva demonstra uma grande preocupação com a compreensão por parte dos Estados-Membros de que as águas são transfronteiriças e fazem parte do conhecido (mas às vezes não lembrado) ciclo hidrológico, o que impõe um planejamento integrado das ações. Fica evidenciado assim que ações de caráter isolado terão pouco efeito na busca do estado ecológico e químico das águas, que é colocado como objetivo maior na diretiva.

Considerando o necessário olhar para o ciclo hidrológico das águas a DQA trata das águas de superfície, de transição, costeiras e subterrâneas, o que, no caso brasileiro, por exemplo, não foi motivo de tamanha atenção quando da elaboração do texto da Política Nacional, instituída por meio da Lei 9.433 em 1997.

A Diretiva também prevê metas claras e prazos para o seu atendimento e estabelece condições para uma fiscalização efetiva que, de forma direta é realizada pela Comissão Europeia e, de forma indireta, será feita pela população, por meio da participação. Quanto à participação efetiva, a DQA refere em algumas passagens, a preocupação com aquela que se coloca como pressuposto desta, que é a informação. No contexto da diretiva a informação precisa ser autêntica, ou seja, o uso das informações deve possibilitar a participação do maior número de envolvidos no processo.

Ainda em tempo vale lembrar que, como forma de permitir ajustes, necessários a qualquer tipo de planejamento, a DQA prevê que os programas devem ser atualizados de 06 em 06 anos.

Por fim, e considerando como preocupação maior o direito humano de acesso à água potável, tem-se que a Diretiva-Quadro da Água em execução desde 2000, mostra-se como uma potente ferramenta de implementação desta prerrogativa, diante de um universo no qual os riscos ambientais que assolam as águas também alcançam patamares consideráveis.

## REFERÊNCIAS

COMISSÃO EUROPEIA (CE). Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a execução da Diretiva-Quadro Água (2000/60/CE) - Planos de gestão de bacia hidrográfica. 2012. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A52012DC0670>, acesso em 03/07/2018

COMISSÃO EUROPEIA (CE). Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho - A Diretiva-Quadro Água e a Diretiva Inundações: ações tendentes à consecução do «bom estado» da água na UE e à redução dos riscos de inundações. 2015. Disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/HIS/?uri=CELEX:52015DC0120>, acesso em 03/07/2018

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. Água juridicamente sustentável. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

IRUJO, Antonio Embid. (Dir.) Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua. Thompson Civitas. Editorial Aranzadi. Pamplona, 2008

IRUJO, Antonio Embid. (Dir.); HÖLLING, Mario (Coord.). Gestión del agua y descentralización política: Conferencia Internacional de gestión del agua en países federales y semejantes a los federales. 9-11 de julio de 2008. Zaragoza: Thomson Reuters, Pamplona, 2009.

ZSÖGÖN, Silvia Jaquenod. Derecho Ambiental: La gobernanza de las aguas. Editorial Dykinson. Madrid, 2005

UNIÃO EUROPEIA (UE). Directiva Quadro Água. 2000. Disponível em: <http://ec.europa.eu/environment/pubs/pdf/factsheets/wfd/pt.pdf>. Acesso em: 23 jul. 2013.

# DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES: A (DES) ARTICULAÇÃO DAS FEMINILIDADES E MASCULINIDADES NO ESPAÇO CONTEMPORÂNEO

Luciane de Freitas Mazzardo<sup>1</sup>

"O problema da questão de gênero é que ela prescreve como devemos ser em vez de reconhecer como somos. Seríamos bem mais felizes, mais livres para sermos quem realmente somos se não tivéssemos o peso das expectativas de gênero" (Chimamanda Ngozi Adiche).

## INTRODUÇÃO

Calcado em padrões e referenciais masculinos, decorrentes de séculos de legitimada soberania de um poder opressivo, o código patriarcal - ora travestido com o verniz da modernidade - continua limitando a vida das mulheres, já que o espaço conquistado ao longo do tempo lhes permitiu galgar postos antes inatingíveis. Contudo, o sujeito feminino permanece fortemente atrelado a antigos estereótipos e atribuições, num flagrante contrassenso que marca densamente as avançadas sociedades contemporâneas.

Nesse quadro, importa o discernimento de que as relações de gênero são produzidas no contexto social e, por serem historicamente determinadas, fundam-se em esquemas (in)conscientes que são interiorizados e reproduzidos em conformidade com a dominante - e pretensamente imposta - cultura androcêntrica, de matriz patriarcal.

Muito há que se refletir quanto às estruturas que sustentam a desigualdade de gênero em suas diversas faces e atualizadas roupagens, sendo esta a proposta do presente estudo. Considerando a amplitude do desafio, tais questões requerem constante problematização, no intuito de romper os grilhões culturais que naturalizam as assimétricas relações de poder entre homens e mulheres.

É nesse contexto que se dá a abordagem quanto aos mecanismos de dominação que aviltam os direitos da população feminina, com expressivo eco nas instituições sociais, envoltas pela moralidade implícita nas práticas discursivas do ser homem e ser mulher. Nesse sentido, a discussão remete aos determinismos impressos no exercício das masculinidades, focando no caráter polarizado de tais relações.

Avançando na apreciação da temática, discute-se a relevância das políticas públicas sensíveis ao gênero, bem como os desafios no que tange a necessária qualificação das instituições sociais, em favor da promoção dos

<sup>1</sup> Advogada. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Especialista em Direito Processual Civil e Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil - ULBRA. Especialista em Fundamentos da Educação e Graduada em Pedagogia pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA. Tem experiência docente nas áreas de Direito Internacional Privado, Direito Processual Civil, Direito Civil, com ênfase em Direito de Família e Educação, desenvolvendo e orientando pesquisas sobre Relações de Gênero e Promoção dos Direitos Humanos das Mulheres, Políticas Públicas de Inclusão Social e Direito Familiarista. Professora do Curso de Direito da Faculdade de Direito de Santa Maria - FADISMA e da Faculdade Metodista de Santa Maria - FAMES. Professora convidada do Curso de Especialização em Direito de Família e Mediação de Conflitos da Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS.

direitos humanos das mulheres e sua condição de agentes de transformações sociais. Para tanto, empregou-se o método dedutivo de abordagem, aliado ao procedimento histórico e monográfico, uma vez que a temática é explorada em sua origem, perante diferentes aspectos conjugados entre si. A técnica de pesquisa é de caráter bibliográfico, tendo em vista o consistente aporte teórico que fundamenta o estudo.

## 1. INTERFACES DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

De maneira muito intensa no passado e hoje, quiçá, em menor parte ou proporção, mas ao abrigo de renovadas formas, subsiste a dominação dos homens sobre as mulheres. A dimensão antagônica dessas relações torna-se evidente pelo fato de que a afirmação das mulheres em suas lutas para modificar normas e eliminar desigualdades se deu por elas mesmas.

Ao examinar a questão segundo a premissa de que as contradições de gênero perpassam as diversas colorações políticas e de classe, restam elucidadas as razões pelas quais o comportamento feminino reivindicador de uma participação mais plena na sociedade sempre foi interpretado como uma “ameaça à ordem constituída, sob o signo dos interesses masculinos, na qual se teme a perda de seu predomínio nas relações de poder entre os gêneros” (SOIHET, 2001, p. 99).

Em um recorte histórico, percebe-se que “a forma como a questão foi abordada durante milênios remonta à cultura grega e à maneira androcêntrica<sup>2</sup> de caracterizar a humanidade”, condição que reduzia as mulheres “à insignificância, excluídas do mundo do pensamento e do conhecimento, deveras valorizado naquela civilização” (MAZZARDO; COSTA, 2014, p. 04).

Tratando desta predominante visão androcêntrica, Beauvoir (1986, p. 97) reflete sobre o tratamento destinado a mulher, como uma “força precária” que “determina-se e diferencia-se em relação ao homem, e não este em relação a ela; a fêmea é o inessencial perante o essencial. O homem é o Sujeito, o Absoluto; ela é o Outro”.

Segundo essa perspectiva, Perrot (2013, p. 11) explana que “no século XVIII ainda se discutia se as mulheres eram seres humanos ou se estavam mais próximas dos animais irracionais”, condição que se estendeu até o final do século XIX, quando então tiveram reconhecido o seu direito à educação, e bem mais tarde, o ingresso nas universidades.

Por conta disso, a omissão sistemática de referências às mulheres nos relatos sobre o passado era a regra que prevalecia, tratando de excluir qualquer “questão feminina” da organização social e ideológica fundada no escalonamento macho-fêmea, enquanto estratégia da cultura patriarcal, que servia para reforçar o argumento central da dominação: “as mulheres não são tão importantes quanto os homens” (EISLER, 2007, p. 177).

Somente no século XX que sobreveio maior inquietação quanto à publicação da história das mulheres, bem como o discernimento de que elas próprias deveriam tentar tomar as rédeas dessa narrativa e escrevê-la, divulgando seus movimentos e reivindicações, suas lutas e seus direitos, empoderando suas vozes em meio às desigualdades que permeiam todas as arenas de convívio (PERROT, 2013).

2 De seus estudos tratando da androcêntrica ordem social constituída na sociedade tribal cabila, na África, Bourdieu (2007) extraiu elementos para a compreensão de alguns aspectos presentes nas relações na sociedade contemporânea que, embora mais avançada economicamente, ainda mantém vivas as estruturas da dominação masculina e divisão sexual do trabalho, ancorada em mecanismos históricos, produto de um trabalho de eternização que compete a uma rede de instituições interligadas – Família, Igreja, Escola, Estado e Mídia – que neutralizam e entravam as forças transformadoras, contribuindo para perpetuar a subordinação feminina.

Sob a égide do patriarcado, até mesmo a possibilidade de buscar a felicidade e a realização amorosa era subtraída das mulheres, pois o amor conjugal não era uma meta a ser perseguida, sendo seu fim precípua a procriação, realidade que selava os casamentos arranjados. A mulher tinha um espaço de realização extremamente restrito, justificado pelo papel a ser desempenhado pela sua natureza e pela moral<sup>3</sup> imperante, como cita Scott (2013). Na razão inversa, aos maridos não se aplicavam tais limites, autorizados que eram por uma dupla moralidade que lhes concedia a prerrogativa de um livre exercício de seu poder e sexualidade.

Pela amplitude e antiguidade de seu uso, o termo “patriarcado” mudou de sentido ao longo dos tempos, razão pela qual Delphy (2009, p. 173-174) assinala que, na acepção feminista, o patriarcado designa “uma formação social em que os homens detêm o poder”, sendo utilizado como “quase sinônimo de ‘dominação masculina’ ou de opressão das mulheres”, para designar sistema(s) que oprime(m) as mulheres e que deve(m) ser combatido(s).

Nesse compasso, a modulação patriarcal cuidou de avigorar os atributos tidos como femininos - ligados à relação maternal, a mulher como cuidadora e o homem como provedor - atendendo a uma lógica de pertencimento ao espaço público e suas designações de poder, assentando os homens em posição privilegiada em relação às mulheres.

Obviamente, a força e poder do patriarcado, que se precipitou sobre a população feminina, também afetaram de forma decisiva as definições de masculinidade, uma vez que os homens deviam corresponder aos padrões traçados e assumir seus papéis dominantes, independente da personalidade de cada sujeito.

Stearns (2010) confirma que, em regra, os homens deviam evitar as demonstrações de carinho pelas mulheres em público, ao passo que deviam estar sempre prontos a assumir deveres militares e lideranças, sendo os primeiros responsáveis pelo provimento da família, dando mostras de sua superioridade ante a ascensão e aprofundamento dos sistemas patriarcais de relações de gênero.

**À vista disso, as feminilidades e masculinidades revelam-se como elaborações sociais que implantam posições hierárquicas onde grassam as desigualdades e discriminações. Inegavelmente, como preleciona Martín, (2005), o gênero é o fator determinante das áreas de poder, de onde emanam distintos efeitos sociais, ou seja, para o homem o poder econômico, racional, como líder político, construindo o mundo para a mulher, para quem seria destinado o poder afetivo, enquanto líder das afeições que vinculam à família.**

O sobrevivente postulado da superioridade natural do homem sobre a mulher, além de instituir uma categoria de indivíduos inferiores, reedita a antiga diferenciação hierárquica dos sexos, sendo que “a dominação de sexo não é somente legitimada: ela se torna invisível como dominação” e é justamente essa “invisibilidade que permite tratar as mulheres como uma categoria homogênea, cujos direitos e deveres não obedecem a uma lei geral elaborada para e por todos, mas a regras específicas válidas unicamente para essa ‘categoria’” (VARIKAS, 2009, p. 117).

Para a autora, esse princípio organizador da sociedade serviu como arma para o desenvolvimento de relações sociais antagônicas, com pressupostos implícitos e significados dominantes como, por exemplo, a ideia de que os ofícios assumidos pelos homens são mais qualificados e os das mulheres subqualificados (VARIKAS, 2009).

3 Para os fins pretendidos nesse estudo, aborda-se a questão moral tão somente no sentido de demonstrar o quanto as estruturas de poder, ainda imersas em um persistente sistema patriarcal, contribuem para eternizar a dominação e a subjugação dos sujeitos femininos, valendo-se dos duplos padrões de um implícito regimento moralizante que exclui e estigmatiza a mulher, de sorte que as referências aos julgamentos morais em desfavor das mulheres, que perpassam a discussão ora apresentada, não enveredam pelo caminho das diversas teorias, conceituações e estudos consagrados sobre a moral e/ou formação moral dos sujeitos.

Esse cenário permanece atual, eis que as instituições sociais não se desvincularam do determinismo patriarcal, a exemplo da linguagem expressa na mídia, que se vale de discursos e padrões impositivos. Logo, o sentido de dominação é mais abrangente, denota o tratamento de uma pessoa como mercadoria, desconsiderando sua personalidade ou dignidade. Nesse sentido, verifica-se a recorrente mercantilização do corpo feminino na publicidade<sup>4</sup>, apresentando as mulheres como objetos sexuais, atributo de destaque no que tange à perpetuação da desigualdade de gênero, que resulta na temida violência.

A oposição de duas visões gerais de mundo – tanto cultural quanto social – aclamada em uma retórica simplista que coloca a mulher como “proletário do homem”, como descreve Touraine (2011, p. 74), resulta de uma sociedade criada e polarizada pelo masculino em categorias superiores e inferiorizadas, oferecendo uma avaliação insuficiente da realidade, com representações que precisam ser resistidas.

Em consonância com esse alerta, verifica-se que as multifacetadas formas de violência perpetradas contra as meninas e mulheres ocorrem em razão do gênero, retratando antigas posturas, em atualizadas roupagens, que exigem ações concretas e determinadas, por parte de todos, homens, mulheres, instituições e movimentos sociais, conforme se discute na sequência.

## 2. DA SUBMISSÃO À EMANCIPAÇÃO: QUE CAMINHO É ESSE?

“Essa não é, nem será uma revolução de veludo” (Manuel Castells).

Mesmo com todas as transformações sociais que culminaram no século XX, o patriarcado resistiu e permanece fortemente entrincheirado em vastas áreas do mundo, onde despontam movimentos neopatriarcais, fortalecidos por argumentos religiosos. O princípio da chefia masculina na vida familiar foi e está sendo amplamente questionado, no entanto, tais preceitos ainda vigoram em muitas regiões, onde o marido tem pleno controle sobre a vida da esposa, sua mobilidade e decisões, da mesma forma que a violência institucionalizada contra a mulher ainda não foi extinta do contexto sociofamiliar (THERBORN, 2006).

Seguindo essa linha de entendimento, mesmo diante da certeza que os atos de quem sofre dominação são condicionados pela força do reconhecimento e submissão, que os faz agir em conformidade com os esquemas originários da relação de dominação, Bourdieu (2007) reconhece que os dominados também apresentam possibilidades de resistência contra as imposições simbólicas, representando uma luta cognitiva que implica na interpretação de tais prescrições.

No debate acerca das possibilidades de superação dos discursos hegemônicos, Mill, (2006, p. 56-57) adverte que “o domínio dos homens sobre as mulheres é diferente de todos os outros porque não é imposto pela força: é aceito voluntariamente, e as mulheres não só se queixam como são co-responsáveis por nele consentirem”. O autor considera ainda que muitas delas que não aceitam e, desde que conquistaram a possibilidade de “exteriorizar seus sentimentos pela escrita [...], um número crescente delas tem vindo a registrar protestos contra a sua presente condição social”.

Certo é que o poder permanece concentrado em mãos masculinas há milênios, e os homens temem perder tais privilégios. Segundo alerta Saffioti (1987), a compreensão do processo discriminatório em face

4 Com a Campanha “Por um Planeta 50-50 em 2030”, que promove o Pacto de Mídia “Dê um passo pela igualdade de gênero”, a ONU Mulheres Brasil mobiliza a mídia para desempenhar seu papel na implantação da Agenda de Desenvolvimento Sustentável focando em igualdade de gênero e em questões de direitos das mulheres em duas frentes: em suas divulgações de informações, quebrando estereótipos e preconceitos; aumentando o número de mulheres nos meios de comunicação, inclusive ocupando funções de liderança e de tomada de decisão (ONU MULHERES BRASIL, 2016).

dos elementos femininos, com suas profundas raízes socioculturais, poderá promover grandes avanços na caminhada pela atuação e libertação, quer de mulheres, quer de homens, a fim de que se possa desvendar esse pretenso caráter *natural* das desigualdades.

A questão latente nesse quadro é a desconstrução dessa suposta superioridade masculina, que implica, necessariamente, na busca por novas possibilidades de relações pessoais e sociais, o que não é tarefa simples, pois parte de uma ideologia que engendrou e autorizou a desigualdade entre os gêneros, haja vista que, apesar da proclamação da igualdade pelos organismos internacionais e constituições democráticas no pós-feminismo, “a desigualdade de gêneros não está dissolvida, ou seja, a mulher continua sendo objeto da igualdade enquanto o homem é o paradigma desse pretenso sistema de igualdade” (PEREIRA, 2005, p. 143).

É sob esta ampla moldura que se vislumbra a forma com que foi conduzido o exercício das masculinidades e feminilidades, ressaltando-se a importância de romper o caráter polarizado de tais vivências. Segundo Touraine (2006, p. 193), “se as dominações jamais são completas, ou totais, elas também nunca deixam de existir”, razão pela qual as ciências sociais não podem limitar-se a crítica dos “sistemas autoritários e todas as formas de dominação. Elas devem igualmente convencer que jamais um ator é reduzido à impotência e à falsa consciência, e que em toda a parte existem vozes que falam de ações possíveis”.

Ainda que esta constatação pareça demasiado otimista, as empreitadas a caminho da ruptura dos círculos de dominação passam, antes de qualquer coisa, pelo entendimento de que é possível subverter os determinismos que permeiam a realidade. De acordo com Touraine (2006), é preciso que cada vez mais mulheres se considerem como sujeitos, mulheres com uma forte consciência de si - sem esquecer que sofreram e sofrem desigualdades - mas demonstram sua capacidade de agir e ultrapassam os limites impostos por um sistema social dotado de hierarquias e normas inscritas na sua cultura, sentindo-se mais livres do que dependentes, e passem a atuar em coletividade para impulsionar as transformações.

Corrobora tal entendimento a visão de Badinter (2005, p. 53), ao afirmar que não se pode encerrar homens em mulheres em dois campos opostos, condição que “fecha a porta a qualquer esperança de compreendermos a influência recíproca que eles exercem e de medir sua inserção comum na humanidade”. Não há que ceder ao apelo do separatismo, na medida em que a sociedade ratifica esse discurso, promove o distanciamento entre as condições masculinas e femininas, restaurando fronteiras que deterioraram as relações, uma armadilha que pode refrear todos os avanços rumo à igualdade entre os gêneros (BADINTER, 2005).

De tal modo, evidencia-se que as mulheres estão em vias de instaurar um novo modelo de sociedade, elas passaram “de uma função de consumidoras para uma função de produtoras de uma organização social, de representações culturais, de ideologias”. Para que seja transformada a imagem “caricatural” das mulheres, reduzidas a dependência dos homens, “é necessário insistir na diversidade interna dessa vasta categoria e, principalmente, procurar as atrizes por detrás das vítimas” (TOURAIN, 2011. p. 78).

Ao encontro dessa reflexão, Touraine (2007, p. 214), elabora a proposição de um novo modelo cultural, considerado por ele como o único capaz de oferecer nova vida, contrapondo-se ao decadente modelo da *polarização/oposição* através de um movimento inverso, o da *recomposição/recombinação* dos elementos que haviam sido separados, permitindo assim que um dominasse o outro. Não se trata de substituir a dominação masculina pela dominação feminina, mas a sugestão de uma ideia de criação e administração do novo, pela emancipação daquelas que eram as principais figuras da dependência e colonização por parte do outro - as mulheres - que passam a ocupar um lugar mais central nessa nova cultura.

Implica, pois, no empoderamento das próprias mulheres para que possam atuar como agentes de mutações sociais, condição bem retratada por Sen (2000), ao argumentar que a influência do fortalecimento do poder e a condição de “agente independente das mulheres, inclui a correção das iniquidades que arruínam a vida e o bem-estar das mulheres [...]. As vidas que as mulheres salvam por meio de uma condição de agente mais poderosa certamente incluem as suas próprias” e de suas famílias (SEN, 2000, p. 224).

A tese sustentada por Touraine (2007, p. 231) também aponta para o longo caminho de superação percorrido pelas mulheres enquanto *agentes* da integração de si mesmo e do mundo, o que não as leva, atualmente, a rejeitar o âmbito privado e sim a reinterpretar tais vivências; tampouco buscam inverter as relações de poder e sim “ultrapassá-las”, no intuito de desconstruir a lógica que determinava sua inferiorização, incluindo os homens neste debate, qualificando, dessa forma, as vivências sociais.

O desenvolvimento de muitos países está diametralmente ligado ao ganho de poder das mulheres, o que pode ser verificado por intermédio de fatores como acesso à educação, a oportunidades de emprego e funcionamento do mercado de trabalho, assim como ao padrão de propriedade, reiterando que “a condição de agente das mulheres é um dos principais mediadores da mudança econômica e social” (SEN, 2000, p. 235).

Consoante argumenta Sen (2000), atendidas tais condições, somadas ao adequado reconhecimento da importância da sua participação e liderança sociopolítica e econômica - assim empoderadas – as mulheres podem reverter a sua força com grande projeção sobre a economia política do desenvolvimento das sociedades.

Conhecendo essa realidade, a busca pelo *status* de agente por parte das mulheres relaciona-se de forma direta à conquista da independência econômica e emancipação social, oportunidades de empoderamento que estão diretamente vinculadas aos investimentos em políticas públicas educacionais com viés de *gênero*, que favorecem a igualdade entre os gêneros.

Mesmo com diferentes valores de socialização, as mulheres estão cada vez mais presentes nos territórios do masculino, num movimento de aproximação que trouxeram consigo para ser esmerado na modernidade. Conforme sugere Oliveira (2012), o futuro do movimento em prol dos direitos humanos das mulheres é angustiar e mobilizar toda sociedade, confrontando-a com os problemas que até agora elas enfrentaram sozinhas.

No dizer de Castells, considerando que “a violência interpessoal e o abuso psicológico tem se expandido, justamente em virtude da ira masculina, tanto individual quanto coletiva, ante a perda de poder”, Castells (2008, p. 170-171) adianta que não se trata de uma revolução de veludo: “A paisagem humana da liberação feminina está coalhada de cadáveres de vidas partidas, como acontece em todas as verdadeiras revoluções”.

Ao abrigo desse entendimento, o caminho que se abre no combate a desigualdade e violência que assola a vida das mulheres é um percurso que não pode ser solitário, uma luta permanente, que deve acontecer na coletividade, eis que a construção de uma sociedade mais harmônica e igualitária implica num efetivo engajamento de todos os seus atores sociais.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao problematizar o caráter naturalizado das desigualdades que mantém a polarização no exercício das masculinidades/feminilidades, obstaculizando a cidadania ativa e existência digna dos sujeitos, a reflexão ora empreendida deu enfoque a necessidade de promover os direitos e a condição de agente das mulheres.

Sinalizou-se a importância de que sejam redimensionados os espaços de atuação e participação, frente à pretensa subjugação dos sujeitos femininos.

Tais questões precisam ser visibilizadas, trazendo à discussão o exercício das masculinidades - especialmente das masculinidades tóxicas - que se traduzem em atitudes de poder e domínio sobre o corpo e a vida das meninas e mulheres, incluindo a sua pior expressão, a violência em razão do gênero. O padrão de conduta imposto pelas estruturas androcêntricas não mais se coaduna ao moderno e tecnológico cenário evolutivo das sociedades.

Atentando-se aos fatos da complexa conjuntura que a sociedade brasileira atravessa, com o avanço de posições extremistas, em que se observa a exacerbação da violência e da cultura misógina, mais do que nunca se faz necessário o conhecimento e a propagação desta causa, em favor da garantia dos direitos historicamente conquistados, prevenindo quaisquer retrocessos nessa seara.

A questão latente nesse panorama é a importância de reconhecer os padrões de gênero que contribuem para a perpetuação das variadas formas de abusos contra a mulher, especialmente a dominação, que acaba formando uma barreira invisível a sua ascensão. Não se trata de uma inversão de papéis e sim do desmantelamento das estruturas hierárquicas que se fazem tão opressoras, por tentar delimitar a capacidade de atuação feminina.

A superação dessas barreiras converge em grande potencial a partir da adoção de estratégias de fomento às lideranças entre as próprias mulheres, para que possam assumir a plenitude de sua condição de agentes, capazes de mobilizar ações políticas para ocupar espaços predominantemente masculinos, especialmente nas esferas de poder e decisão.

Muitos são os desafios que se impõem no sentido de elevar os níveis de educação da população brasileira, com a necessária qualificação das instituições democráticas para atuar com políticas públicas sensíveis ao gênero, enquanto relevante conjunto de ações em favor da promoção dos direitos humanos das mulheres.

Tendo por suporte as vivências de um passado restringente, o neofeminismo recusa uma adesão acrítica ao universo masculino, ao contrário, propõe um modo de vida que não seja baseado na superposição de experiências masculinas e femininas, mas sim na variedade, na mistura desses elementos, em relações que se estabelecem na reciprocidade.

A promoção do *status* de agente dos sujeitos femininos é condição que se reverte em grandes benefícios para a humanidade, pois à mulher não é facultado o poder, mas dela emana um grande e latente potencial, que garimpa espaço para se desenvolver, articulando o exercício de um poder mais humanizado e agregador, conforme se propôs a demonstrar este breve estudo.

## REFERÊNCIAS

- BADINTER, Elisabeth. **Rumo equivocado**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- BEAUVOIR, S. 1. **O Segundo Sexo**. Fatos e Mitos. Tradução de Sergio Milliet. 3. Ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1983.
- BOURDIEU, Pierre. **A Dominação Masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
- CASTELLS, Manuel. **O poder da identidade**. A era da informação: economia, sociedade e cultura; v. 2. São Paulo: Paz e Terra, 2008.

- DELPHY, Christine. Patriarcado (teorias do). In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.
- EISLER, Riane. **O cálice e a espada**: nosso passado, nosso futuro. São Paulo: Palas Athena, 2007.
- MAZZARDO, L. F.; COSTA, M. M. M. Desafios contemporâneos para uma temática recorrente: emancipação da mulher enquanto pressuposto da cidadania. In: **Revista de Estudos Jurídicos Unesp**, v. 18, p. 1-13, 2014.
- MARTÍN, Núria Beloso. **Os novos desafios da cidadania**. Tradução: Clóvis Gorczevski. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2005.
- MILL, John Stuart. **A Sujeição das Mulheres**. Tradução de Benedita Bettencourt. Coimbra: Edições Almedina S. A. Julho, 2006.
- OLIVEIRA, Rosiska Darcy. **Elogio da diferença**: o feminino emergente. Rio de Janeiro: Rocco, 2012.
- ONU MULHERES BRASIL. **Planeta 50-50 em 2030**. Disponível em: <<http://www.onumulheres.org.br/planeta5050/>>. Acesso em 30 mar. 2018.
- PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais Norteadores para o Direito de Família**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- PERROT, Michelle. **Minha história das mulheres**. São Paulo: Contexto, 2013.
- SAFFIOTTI, Heleith I. B. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SOIHET, Rachel. Sutileza, ironia e zombaria: instrumento no descrédito das lutas das mulheres pela emancipação. In: MURARO, Rose Marie; PUPPIN, Andrea Brandão. **Mulher, Gênero e Sociedade**. Rio de Janeiro: Relume Dumará: FAPERJ, 2001.
- STEARNS, Peter N. **História das relações de gênero**. São Paulo: Contexto, 2010.
- THERBORN, Göran. **Sexo e Poder**: a família no mundo 1900-2000. Tradução de Elisabete Dória Bilac. São Paulo: Contexto, 2006.
- TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Joana Chaves. Lisboa: Instituto Piaget, 2006, p. 193.
- TOURAINE, Alain. **O mundo das mulheres**. Tradução de Francisco Moras. 3. ed., Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.
- TOURAINE, Alain. **Um novo paradigma**: para compreender o mundo de hoje/Alain Touraine; tradução de Gentil Avelino Triton. Petrópolis, RJ: Vozes, 2007.
- VARIKAS, Eleni. Igualdade. In: HIRATA, Helena; LABORIE, Françoise; LE DOARÉ, Hélène; SENOTIER, Danièle (Orgs.). **Dicionário crítico do feminismo**. São Paulo: Editora UNESP, 2009.

# **JOHNNY VERSUS JOÃO: UMA ESTÓRIA SOBRE A HIPOCRISIA E A INJUSTIÇA FISCAL BRASILEIRA**

Marciano Buffon<sup>1</sup>

## **Considerações iniciais**

Aos caros leitores deste texto, é necessário um alerta inicial: trata-se de um pequeno artigo que se distancia do rigor científico normalmente observado em trabalhos acadêmicos dessa natureza. Isso não se faz por desleixo ou desconsideração da importância da científicidade, a qual indiscutivelmente continua a ocupar o posto central em qualquer pesquisa que queira merecer o rótulo da seriedade.

Não obstante, pede-se uma “quase licença” e compreensão da comunidade científica para falar sobre as mazelas da tributação brasileira ao ritmo de um texto literário, mesmo porque, também, é inegável que a literatura ainda tem muito a ensinar a todos, inclusive àqueles que trilham o caminho da pesquisa, notadamente na área das ciências humanas e sociais.

Muito tem sido pesquisado e escrito sobre o modelo de tributação brasileiro. Invariavelmente, adota-se uma postura bastante crítica e, às vezes, até ácida, diante do quadro grave de iniquidades produzidas pela adoção de tal modelo, o qual se mostra incompatível com os princípios e objetivos fundamentais constantes na Constituição que fundou, por aqui, o Estado Democrático de Direito, em 1988.

De um lado, tributam-se, prioritariamente, pessoas desprovidas de capacidade econômica, inexoravelmente atingindo o mínimo vital e, por conseguinte, faz-se tábula rasa do princípio que constitui o elemento central dos direitos fundamentais positivados na Magna Carta Brasileira: dignidade da pessoa humana. Isso ocorre mediante a imposição de uma incomparável carga fiscal sobre o consumo, cujos tributos respectivos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, ISSQN, CIDE, CPRB) possuem o inquebrantável efeito regressivo, sem que haja a adoção de normas eficazes no sentido de exonerar mercadorias e serviços tidos como básicos e essenciais à sobrevivência digna.

Não bastasse isso, todos os trabalhadores empregados submetem-se ao desconto em folha da contribuição previdenciária de, no mínimo, 8% sobre os salários mensalmente recebidos, inclusive salário mínimo. Em caso de rendimentos um pouco maiores, ocorre, então, a incidência – diretamente na fonte – do imposto de renda, mesmo que essa não alcance o mínimo necessário, previsto na própria Constituição, para satisfazer as necessidades básicas de uma família (art. 7º IV).

Por outro lado, a renda oriunda do capital recebe um tratamento jurídico notoriamente satisfatório, na medida que não há tributação dos dividendos e lucros (além do Brasil só a Estônia assim o procede), incidem

<sup>1</sup> Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) e da graduação na UNISINOS. Advogado na área tributária.

alíquotas reduzidas sobre rendimentos financeiros e permite-se a dedutibilidade de juros sobre o capital próprio dos lucros obtidos pelas pessoas jurídicas (algo genuinamente brasileiro). Nessa linha, também os impostos incidentes sobre a propriedade ocupam um espaço quase desprezível no montante da arrecadação (menos de 4% do total).

Quanto às exportações, por quanto se possa sustentar a adequação da regra de não tributar produtos industrializados destinados ao exterior, é difícil entender como legítima esta imunidade em relação aos produtos primários e semielaborados. Trata-se de riqueza finita – especialmente no caso dos minérios – cuja exploração, além de tudo, causa danos ambientais e potenciais riscos de tragédias (vide o caso de Mariana – MG).

Enfim, este é o cenário em que está inserida esta pretensa estória contemporânea. Para levar adiante tal intento, utiliza-se dois protagonistas antagônicos, cujas trajetórias têm como elemento comum apenas o nome do qual foram batizados. É claro que o texto, por vezes, necessita recorrer a uma descrição de cenários e ações não diretamente conectados com a questão central da tributação. Todavia, acredita-se que isso, inclusive, possa colaborar para, irônica e sarcasticamente, relatar alguns traços de uma espécie de “hipocrisia coletiva”, a qual parece ter “tomado de assalto” os insensatos dias ora vividos.

## 2. A incrível vida de Johnny

Havia um país um tanto estranho. Nele vivia João, ou melhor, Johnny, pois naquele tempo adotar um nome estrangeiro agregava respeitabilidade social. Aliás, Johnny acalentava o sonho de viver no “primeiro mundo” e começou por assumir um apelido adequado para tanto. Johnny era um advogado bem-sucedido, o que significava ter uma boa conta bancária, mesmo que em algum paraíso fiscal. Acima de tudo, denotava que Johnny era esperto - não necessariamente um “expert” - pois escrúpulos costumavam atrapalhar. Enfim, “às favas com os escrúpulos” pensava ele, como dissera outrora um conhecido ministro de um tal país.<sup>2</sup>

Naquele tempo, não bastava ser secretamente feliz. Era imprescindível que esta felicidade fosse pública. Por isso, Johnny ansiava ter um jatinho para, nos finais de semana, frequentar os “points” badalados da alta sociedade, em especial uma bela praia de uma província vizinha. Isso renderia prestígio, além de invejáveis fotos para sua rede social, tais quais aquelas, do último verão nos trópicos, em que um homem bem-sucedido mandara o garçom lavar seus pés, sujos de areia, com uma “veuve clicquot”, que ele havia pedido.

Procurou, então, a empresa que fabricava tais jatinhos, além de consultar um especialista da estranha legislação tributária do peculiar país, com o objetivo de pagar o menor valor possível de tributos – tudo dentro da lei. Descobriu, pois, que, naquele paraíso dos trópicos, seria possível ter um jatinho sem gastar muito. A fórmula parecia intrincada, mas perfeitamente factível:

- a) a fabricante não venderia o jatinho diretamente ao interessado; faria uma exportação – com imunidade tributária - para uma instituição financeira no exterior, podendo, ainda, restituir os

2 Corria o ano da graça de 1968. Estábamos na antevéspera do fatídico 13 de dezembro em que foi promulgado o Ato Institucional nº 5, cujo preâmbulo autorizava o Presidente da República a “decretar a intervenção nos estados e municípios, sem as limitações previstas na Constituição, suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais”. Começava, naquele momento, o período mais violento da ditadura brasileira, cujo fim apenas viria vinte anos depois de sua implantação. Houve uma reunião na qual foi definida a edição do AI5. Alguém, e há dúvidas de quem, em meio a tal evento levantou a questão relativa a eventuais “escrúpulos de consciência” com a implantação de tal norma, que entre outras, fechava o Congresso Nacional. Em resposta a tal questionamento, o então ministro do Trabalho e da Previdência Social - Jarbas Passarinho - entrou para história ao dizer “Às favas, senhor presidente, neste momento, todos os escrúpulos de consciência” (muito embora na ata tenha tal expressão sido substituída pela palavra “ignoro”).

tributos incidentes sobre as matérias primas utilizadas na industrialização, não havendo a obrigação de pagar ICMS, IPI<sup>3</sup>, PIS e COFINS<sup>4</sup>;

- b) a instituição financeira do exterior, por sua vez, não venderia o jatinho; celebraria um contrato de arrendamento mercantil (à época denominavam isso de *leasing*), uma espécie de aluguel com a possibilidade de compra ao final por um valor ínfimo; não havendo, portanto, uma importação, o que possibilitaria deixar de recolher tributos normalmente incidentes sobre tais operações;<sup>5</sup>
- c) o jatinho poderia ser registrado em nome de uma empresa, cujo sócio majoritário era Johnny, a qual era tributada com base no denominado lucro mais do que real, sendo que os valores das parcelas mensalmente pagas poderiam ser registrados, inclusive, como despesas dedutíveis, o que reduziria, por óbvio, o tal lucro e, consequentemente, o Imposto sobre a Renda e a Contribuição Social, ambos respectivamente incidentes;
- d) o protagonista, não bastasse isso, também foi comunicado que não precisava preocupar-se com o “injusto” Imposto sobre Veículos Móvidos a Motores, uma vez que, segundo o entendimento da Super Suprema Corte daquele país, tal imposto só incidiria sobre automóveis, e não sobre jatinhos, helicópteros ou embarcações<sup>6</sup>.

Quanto à última benesse, até Johnny achou um tanto estranho, imaginando como um jatinho voaria por algo que não fosse um motor; sorriu, sarcasticamente, e disse ao seu supertributarista: “O meu jatinho é movido a pensamento positivo!” Ah... Johnny acreditava em livros de autoajuda e os lia avidamente, pois nada pode ser mais eficaz ou útil do que receitas simples para alcançar o sucesso e a felicidade, sem ter que despender grande esforço.

Aquele dia foi marcante na vida de Johnny. Um dia, de fato, muito feliz; ora, como ficar triste ao saber que seu país tratava tão bem aqueles que, unicamente, por esforço e mérito (acima explicado no caso de Johnny) pudessem ter acesso a um jatinho. Logo um jatinho! Quanto seria admirado e até verdadeiramente amado, afinal, entre outras coisas, um jatinho garantia até amor verdadeiro. Naquele dia, nosso herói desistiu de deixar o país para viver no primeiro mundo. O paraíso era aqui, com imunidade tributária e a devida inveja daqueles que ainda não haviam logrado êxito em transpor a inexpugnável porta da sala VIP daqueles tempos. Tempos insólitos aqueles....especialmente para os invejosos.

<sup>3</sup> Conforme estabelece o artigo 155, inciso X, da Constituição Brasileira, em sua alínea “a”, o ICMS não incidirá “sobre operações que destinem mercadorias para o exterior, nem sobre serviços prestados a destinatários no exterior, assegurada a manutenção e o aproveitamento do montante do imposto cobrado nas operações e prestações anteriores”. Neste sentido também o disposto no art. 153, § 3º, inciso III, da CF/88 prevê a não incidência de IPI sobre produtos exportados (BRASIL, 1988).

<sup>4</sup> Conforme estabelece o §2º do artigo 149, da CF/88, “As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo: I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação”. Entre referidas contribuições encontram-se a COFINS e a Contribuição para o PIS, as quais incidem sobre as receitas obtidas por uma pessoa jurídica no mercado interno (BRASIL, 1988).

<sup>5</sup> De acordo com a notícia contida no site do Supremo Tribunal Federal, de 11 de setembro de 2014: “**Não incide ICMS em operações de importação por leasing, decide STF** por maioria. O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que não incide o Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS) sobre operações de importação feitas por meio de arrendamento mercantil (*leasing*). A decisão foi proferida no Recurso Extraordinário (RE) 540829, com repercussão geral reconhecida, na qual o Estado de São Paulo questionava uma operação realizada por uma empresa do ramo metalúrgico. Na sessão plenária desta quinta-feira (11), o recurso foi desprovido por maioria de votos, vencidos o relator, ministro Gilmar Mendes, e o ministro Teori Zavascki. Segundo o presidente da Corte, ministro Ricardo Lewandowski, o julgamento significa a solução de, pelo menos, 406 processos que estavam sobrestados nas demais instâncias, em virtude do instituto da repercussão geral”. (BRASIL. STF, texto digital)

<sup>6</sup> “Embarcações e aeronaves não devem pagar o Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores (IPVA). Esta foi a decisão do Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ao dar provimento, por maioria, ao Recurso Extraordinário (RE)379.572. O recurso foi interposto contra decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ), que havia julgado válidos o artigo 5º , II , da Lei estadual 948 /85 e o artigo 1º , parágrafo único do Decreto 9.146 /86 . Estes dispositivos faziam incidir o IPVA sobre proprietários de veículos automotores, incluindo embarcações e aviões.” (JUSBRASIL, texto digital)

Com seu novo brinquedo, Johnny postou muitas fotos nas redes sociais existentes nessa época, em uma delas chegou a escrever: “esse foi Deus quem me deu”. Deus generoso esse que se preocupava em realizar o sonho de Johnny... Por um tempo, ele estava muito feliz, até porque nada poderia tornar o tal doutor, alguém mais apreciável do que ter um jatinho para curtir seus finais de semana. (E um tal de Bauman (2008) - sociólogo - ainda dizendo que os seres humanos transformaram-se em mercadorias...)<sup>7</sup>

No entanto, como toda felicidade, em tais circunstâncias, é efêmera, Johnny já estava insatisfeito. O que faria ele para ganhar mais dinheiro, já que o sucesso da advocacia parecia-lhe ser monetariamente insuficiente para aplacar seus novos desejos. Pensou, pesquisou e brilhantemente concluiu: “Vou fundar uma igreja!” A dificuldade residia em criar uma nova concepção religiosa, afinal de contas, esse campo parecia saturado. Ao consultar sua maior fonte de pesquisa – na época pronunciava-se “gugou” – descobriu que um sujeito, de nome Saramago (do qual nunca ouvira falar), escrevera um livro intitulado “As intermitências da morte”. Tratava-se de uma estória maluca, de um lugar onde a morte não mais ocorria (era tudo que tinha no resumo e ele não gostava de ler mais do que resumos).<sup>8</sup>

Teve, então, sua grande sacada: criar uma nova religião que prometesse que ninguém mais morreria, pelo menos aqueles que a seguissem e pagassem a mensalidade. Claro que Johnny não acreditava nisso, bem como sabia que a morte continuaria a matar seus fiéis, mas sua esperteza o fez pensar na saída: fraudar os recibos e justificar a morte dos seus fiéis pelo atraso no pagamento (para isso, Johnny daria o recibo com um mês de atraso). Não pagou, a morte chamou! Tudo estava perfeito! Fundou, por fim, a “Non Mortis”.

Como acertara na compra do jatinho, Johnny consultou novamente seu supertributarista, sobre o quanto teria que pagar de tributos com o novo negócio (ops!), com sua igreja. Descobriu, então, que a constituição daquele país assegurava a total imunidade tributária<sup>9</sup> para o seu caso, significando, segundo entendimento da Suprema Corte de Controle, que qualquer atividade exercida em nome daquela pessoa jurídica, desde que os frutos fossem destinados à sua finalidade social, estaria abrangida pela exoneração.<sup>10</sup>

Poderia locar imóveis, vender imagens, receber doações e, talvez, até emprestar dinheiro e receber juros, sem se preocupar com tributos. Como não ficar feliz? Descobriu, ainda, que o “laico” Poder Legislativo

7 O autor faz uma descrição da sociedade em seu atual estágio, em que pessoas mercantilizam sua subjetividade nas redes sociais e reconhecem o outro, sobretudo pelo consumo, além de tratar coisas e relacionamentos de uma forma efêmera. A inclusão social dá-se pelo consumo, não importando se isso implica uma exposição da mais profunda intimidade nas redes sociais (BAUMAN, 2008).

8 Segundo Saramago (2005) “Cansada de ser detestada pela humanidade, a ossuda resolve suspender suas atividades. De repente, num certo país fabuloso, as pessoas simplesmente param de morrer. E o que no início provoca um verdadeiro clamor patriótico logo se revela um grave problema. Idosos e doentes agonizam em seus leitos sem poder “passar desta para melhor”. Os empresários do serviço funerário se vêem “brutalmente desprovidos da sua matéria-prima”. Hospitais e asilos geriátricos enfrentam uma superlotação crônica, que não para de aumentar. O negócio das companhias de seguros entra em crise. O primeiro-ministro não sabe o que fazer, enquanto o cardeal se desconsola, porque “sem morte não há ressurreição, e sem ressurreição não há igreja”. Um por um, ficam expostos os vínculos que ligam o Estado, as religiões e o cotidiano à mortalidade comum de todos os cidadãos. Mas, na sua intermitência, a morte pode a qualquer momento retomar os afazeres de sempre. Então, o que vai ser da nação já habituada ao caos da vida eterna?”. Apresentação do Livro feita pela própria editora. <https://www.companhiadasletras.com.br/detalhe.php?codigo=12188>

9 Este, pois é o teor da Súmula Vinculante nº 52 “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição Federal, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades para as quais tais entidades foram constituídas”, bem como da Súmula 724 do STF: “Ainda quando alugado a terceiros, permanece imune ao IPTU o imóvel pertencente a qualquer das entidades referidas pelo art. 150, VI, “c”, da Constituição, desde que o valor dos aluguéis seja aplicado nas atividades essenciais de tais entidades.”

10 Neste sentido, em decisão do Pleno da Suprema Corte, posicionou-se em favor da imunidade do ICMS na venda de pães realizada por entidade sem fins lucrativos, cujo resultado é revertido para suas atividades essenciais, sob o fundamento de que a cobrança desse imposto resultaria em um déficit de receita da entidade embargada, afetando a eficiência da assistência social que, em última análise, substitui o papel que deveria ser exercido pelo Estado (RE 210251, ATA nº 5, de 26/02/2003). Embora tal entendimento diga respeito à imunidade prevista na alínea “c” do inciso VI, do artigo 150 da CF/88, nada obsta que seja também adotado em relação às entidades religiosas.

do país, recentemente, havia garantido a não incidência da contribuição previdenciária sobre as comissões que viessem a ser pagas aos seus representantes pela conversão de novos fiéis.<sup>11</sup> “Estava de bom tamanho...ora se estava!”, vibrava baixinho nosso protagonista.

Porém, até Johnny surpreendeu-se quando foi informado que, na província onde vivia – cujo hino evocava grandes façanhas do passado a servir de modelo a toda terra – aprovou-se, recentemente, uma lei que dispensava o pagamento de um imposto chato, o qual incidia sobre o fornecimento de energia elétrica e sobre as contas de telefone (ICMS). Sarcasticamente sorriu e disse: “É óbvio! Preciso me comunicar com a divindade pelo celular! Isso é atividade fim!” Logicamente, registrou todas as contas telefônicas de seus convertidos fiéis em nome da “non mortis”.<sup>12</sup> Johnny, que outrora pensava ser feliz com apenas um jatinho, percebeu que as possibilidades de ser feliz naquele paraíso, que era seu país, mostravam-se ilimitadas. Como cogitara migrar para Miami? Lá, não seria livre para ter uma religião para chamar de sua; tampouco, poderia viver sem ser incomodado pelos tributos. Ah... e quem disse que na vida só há duas coisas inevitáveis: a morte e os impostos?<sup>13</sup>

Ocorre que, a cada novo bem adquirido por Johnny, sua vida parecia ser mais frustrante, o que para ele soava como uma heresia, muito maior do que fundar uma igreja que prometia aos seus fiéis que jamais morreriam. Pensava Johnny, enquanto ouvia uma música de mau gosto que combinava com seus sonhos: “ter um jatinho (ser invejado e amado por isso), ter uma religião para chamar de sua (com tantos seguidores devotos), ter seu nome divulgado na Forbes (que injustamente havia considerado o patrimônio da “Non Mortis” como seu), já não lhe assegurava a venerada felicidade”. Essa permanecia tão efêmera quanto o prazer de um novo “brinquedo” adquirido, fotografado e postado nas redes sociais. Consultou, então, seu guru para assuntos complexos (um ex-ator “fortão”), que confirmou a tese do seu filósofo preferido (um ex-cantor de rock): a culpa era do tal Bauman, que inventou a modernidade líquida! “Cara chato esse polonês! (BAUMAN, 2001) De novo ele!”. Esbravejou Johnny.

Diante desse angustiante quadro, nosso protagonista decidiu ampliar seus negócios e resolveu investir seus recursos (ops!) da Non Mortis, em um novo empreendimento: comprou uma empresa de mineração, num Estado não muito distante, denominado “Terra de Tiradentes”. Às margens de sua mineradora, havia o Rio Adocicado, o qual lhe poderia causar problemas, mas Johnny nunca levara a sério aqueles “malucos” que temiam pelo destino das águas doces de tal rio.

Como dera certo nas outras ocasiões, Johnny consultou seu supertributarista acerca do quanto teria que pagar de tributos com o novo negócio, o qual consistia na extração de minerais destinados à exportação. Descobriu, então, que a Constituição daquele país assegurava total imunidade tributária às exportações,

11 O artigo 7º da Lei 13.137/2015, fruto do projeto de conversão da Medida Provisória 668/2015, assegura tal benesse, ao modificar a redação do § 14 do art. 22, da Lei 8.212/91, nos seguintes termos: § 14. Para efeito de interpretação do § 13 deste artigo: I - os critérios informadores dos valores despendidos pelas entidades religiosas e instituições de ensino vocacional aos ministros de confissão religiosa, membros de vida consagrada, de congregação ou de ordem religiosa não são taxativos e sim exemplificativos; II - os valores despendidos, ainda que pagos de forma e montante diferenciados, em pecúnia ou a título de ajuda de custo de moradia, transporte, formação educacional, vinculados exclusivamente à atividade religiosa não configuram remuneração direta ou indireta.” (NR).

12 No caso do Rio Grande do Sul, como ocorre em outras Unidades da Federação existe isenção expressa desde 2013, nos termos do artigo 55, inciso VI da Lei Básica do ICMS, 8.820/89. “Art. 55 - Estão isentas, nos termos e condições discriminados neste artigo: VI - prestação de serviços de telecomunicação e fornecimento de energia elétrica a templos de qualquer culto religioso, desde que o imóvel, onde se realizam as atividades, seja de sua propriedade ou esteja na sua posse, obedecidos os demais requisitos e condições estabelecidos em regulamento. (Acrescentado pelo art. 1º da Lei 14.223, de 10/04/13. (DOE 11/04/13) - Efeitos a partir de 11/04/13.)”

13 Conforme explica João Ubaldo Ribeiro (texto digital), “quando a constituição americana ficou pronta, Benjamin Franklin manifestou esperança quanto à sua adequação e permanência, mas fez a ressalva de que nada é certo nesta vida, a não ser a morte e os impostos - os famosos “death and taxes”, que viraram uma expressão aplicável a muitas situações, inclusive metaforicamente”.

inclusive de produtos primários (minérios entre eles),<sup>14</sup> e que, assim, não estaria obrigado a pagar uns estranhos tributos existentes naquele também estranho país – como ocorria, por exemplo, com qualquer indústria. Disse-lhe, seu advogado, que não incidiria, nesta operação, uma ininteligível sopa de letrinhas tributárias: ICMS, IPI, PIS, COFINS, Imposto de Exportação. “Nenhum tributo?” Questionou Johnny. “Não, apenas será pago aos cofres públicos uma pequena taxa (a tal de CFEM) a título de royalties”<sup>15</sup>, confirmou seu advogado.

Até Johnny, com sua malandra esperteza, achou muito esquisito. Lembrou que, como empresa, estaria obrigado ao pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre os lucros obtidos, em relação à exportação de seus produtos para um populoso país do extremo oriente: a Chinasia. Soube, ainda, que esses também poderiam ser evitados ou bastante reduzidos. Bastaria que constituísse uma subsidiária em um país não tido – oficialmente – como paraíso fiscal (a República Helvética, nos Alpes do velho continente, por exemplo). Com isso, suas exportações seriam, primeiramente, destinadas à sua subsidiária – obviamente subfaturadas – e de lá – onde os lucros não eram tributados – seriam remetidas à Chinasia, com o efetivo valor final de venda. Dessa forma, no seu país, sequer seriam apurados lucros expressivos a serem tributados. Aliás, tampouco seria necessário que mercadorias ingressassem no Cantão da República Helvética. Bastava uma “troca de papéis”, sem custo logístico.

Nosso herói não resistiu a tal informação...teve uma crise aguda de felicidade, pois poderia extrair minérios e exportá-los, praticamente, sem pagar tributo algum! Isso era perfeito! Aquele sonho de viver no primeiro mundo, acalentado aos tempos de advocacia, fora abandonado definitivamente. Só restava um problema: o tal rio próximo à sua barragem de rejeitos. Mas, também, “não era problema seu”, pensava Johnny, afinal de contas, “não morava lá nem vivia da pesca, muito menos bebia daquela água. Se ocorresse um acidente em que os rejeitos contaminassem o rio, bastaria convencer as pessoas que um improvável terremoto ocorreu ou que Deus assim quisera”. Desse modo, prosseguiu feliz em seus dias, aos quais chamava de vida... vida estranha essa, nesse insensato país, em que felicidade confunde-se com bens e estes são colecionáveis, sem que aquela possa ser aprisionada dentro da coleção.

Como se pode perceber, em toda essa jornada, Johnny teve poucos dissabores fiscais. Ao contrário, no paraíso dos trópicos em que feliz passava seus dias, sentia-se verdadeiramente um privilegiado nesse aspecto. Afinal de contas, onde seria possível adquirir e ser proprietário de um jatinho, sem pagar tributos? Em que lugar do mundo poderia ver o patrimônio de sua venerada igreja crescer tão rapidamente, sem que isso implicasse pagar os malditos impostos? Por fim, tirando um ou outro processo penal contra seus diretores, haveria outro paraíso terrestre em que seria possível extrair minerais, exportá-los (subfaturando as exportações) e contaminar um rio, sem muitos incômodos?

14 No texto original da Constituição de 1988 havia a possibilidade de os Estados cobrarem ICMS em relação às exportações de produtos primários e semielaborados. Com a edição da Lei Complementar 87/96 (conhecida como Lei Kandir), foi instituída uma isenção para tais produtos, sendo que a Emenda Constitucional nº 42/2003 esta exoneração ganhou *status constitucional* garantindo a imunidade inclusive aos produtos primários/semielaborados. Houve um impacto negativo enorme nas finanças dos Estados que ainda hoje pleiteiam o resarcimento junto à União das denominadas “perdas da Lei Kandir”.

15 Até 2017, no caso de, por exemplo, minério de ferro, a alíquota correspondia a 2%. Atualmente foi elevada para 3,5% nos termos previstos no anexo da Lei 13.540/2017, conforme tabela abaixo.

ALÍQUOTA	SUBSTÂNCIA MINERAL
1%	Rochas, areias, cascalhos, saibros e demais substâncias minerais quando destinadas ao uso imediato na construção civil; rochas ornamentais; águas minerais e termais
1,5%	Ouro
2%	Diamante e demais substâncias minerais
3%	Bauxita, manganês, nióbio e sal-gema
3,5%	Ferro, observadas as letras <i>b</i> e <i>c</i> deste Anexo

Enfim, prosseguia sua vida para o consumo, zombando daqueles que levaram a sério o tal Bauman, com suas “infundadas” ideias de que os “seres humanos haviam se transformado em mercadorias” como se a vida coubesse em uma prateleira, na vã tentativa de tornarem-se o mais desejável possível. Mas o que importava a Johnny era ser feliz, ao seu modo. Como não ser, se possuía tudo que desejava possuir e, nos camarotes VIP da existência, podia ser visto e admirado? Nada superava a alegria que sentia com a inveja alheia...Isso era sua felicidade!

### 3. A real vida de João

Naquele mesmo país, porém, havia alguém que outrora fora seu homônimo, muito embora com vidas diferentes desde o berço. Nascera João e João continuava a ser. Depois de concebido, poucas notícias sua mãe tivera de seu pai. Alguns anos depois, soubera que ele havia morrido de bala perdida (ou achada), após uma longa noite de aguardente, em um bar do subúrbio da capital. Pouco instruída, sua mãe dedicou-se as lides domésticas alheias, sendo inclusive bem tratada pelos patrões. A avó cuidara dos primeiros anos da vida de João até os anjos a chamarem. A partir de quando, João, já com nove anos, passava seus dias com os pequenos amigos do bairro enquanto não estudava na escola, a qual apenas era lembrada – por quem deveria lembrar – em anos de Copa do Mundo (ele não entendia bem essa relação da Copa com eleições). De bom mesmo, a escola tinha a merenda, muito embora até isso andasse meio escasso por conta da apropriação de alguns políticos, relato de jornais à época, do dinheiro reservado a ela.

A vida escolar de João esgotou-se no ensino fundamental. Sabia ler, mas não gostava lá muito das letras, especialmente quando formassem frases difíceis de serem lidas. Aos vinte e poucos, João trabalhava, há alguns anos, na construção civil. Começara como servente e havia ascendido a pedreiro. Recebia dois salários mínimos e meio por mês. Já encontrara o amor da sua vida e junto com ela concebera dois filhos e adotara um cachorro (só para ficar igual ao personagem daquela música sertaneja, que tanto sua mulher gostava de cantar). Infelizmente, os netos não chegaram a conhecer a avó, que fora tragada precocemente à companhia de sua mãe, sem um motivo aparente, senão o implacável destino. Porém, para esta estória, isso tudo é de menos importância, posto que se está a tratar de como a tributação cuida dos “Joões”.

João não entendia como o dinheiro mal dava para aluguel, água, luz, gás (que aumentara muito) e para o “rancho mensal” no “Atacadão” do bairro vizinho. Longe de ser uma vida de luxo, havia ainda as despesas do ônibus, de umas roupas e, mesmo que sua esposa o ajudasse nas contas, como cuidadora de crianças numa improvisada creche perto de sua casa, o dinheiro acabava todos os meses, antes que o próprio mês tivesse um fim.

Achava muito estranho que, ao receber seu salário, havia no contracheque o desconto de tal “imposto de renda retido na fonte”<sup>16</sup>, embora isso, às vezes, dava-lhe até certo orgulho, porque já ouvira falar que imposto de renda era “coisa de rico”. Além disso, era descontado do seu salário INSS, na alíquota de 9%,<sup>17</sup> sem o qual, segundo lhe diziam, quando chegassem sua vez não se aposentaria; não obstante, falavam seus vizinhos, nos últimos tempos, que a Previdência Social estava “quebrada” e que João precisaria trabalhar até mais de 60 anos

<sup>16</sup> Para o ano-calendário de 2018 o limite de isenção dos rendimentos mensalmente recebidos corresponde a R\$ 1.903,98. Acima desse valor, passa a incidir a alíquota de 7,5 até o percentual máximo de 27,5% para rendimentos superiores a R\$ 4.664,68.

<sup>17</sup> Segue abaixo a Tabela de incidência da contribuição previdenciária dos empregados e trabalhadores avulsos:

Salário de Contribuição (R\$)	Alíquota
Até R\$ 1.693,72	8%
De R\$ 1.693,73 a R\$ 2.822,90	9%
De R\$ 2.822,91 até R\$ 5.645,80	11%

para, enfim, descansar. Isso incomodava um pouco ele, pois o fazia lembrar que seus pais e avós descansaram bem antes disso...para sempre.

Não conseguia compreender, sobretudo, como o Atacadão informava um percentual tão alto de tributos incidentes sobre as compras que efetuava. Claro que João nem se importava com isso, afinal de contas, não era ele quem desembolsava os valores dos ditos ICMS, IPI, PIS, COFINS etc., os quais, um dia escutara, eram cobrados sobre as mercadorias que adquiria.<sup>18</sup>

Mesmo com tais dificuldades, nosso personagem comprara um carro usado, em 60 meses, fazia dois anos. Também não compreendia muito bem aqueles cálculos que resultavam um valor final a pagar, duas vezes maior do que o valor à vista, mas também não se importava com isso, afinal de contas tinha seu “carrinho” e a prestação cabia no orçamento, mesmo que, nos últimos tempos, estava cada vez mais difícil “encher o tanque” com gasolina.<sup>19</sup> Claro que, todos os anos, aparecia o tal de IPVA para pagar, o que fazia seu mês de abril ficar bem mais “apertado”, mesmo que seu carro, hoje, estivesse avaliado em menos de dez mil reais.

Antes de abril, porém, havia janeiro, onde começava a preocupação com o IPTU, pois, como ocorre com todo e qualquer contrato de aluguel, João obrigara-se ao pagamento desse imposto ao Município, sem perceber muito como a prefeitura lhe retribuía, posto que, há tempo, não havia lâmpada em frente à sua casa, a pracinha fora abandonada e sua rua, embora ainda pavimentada, parecia mais um campo, outrora minado, que explodira.

A vida seguia difícil naquele tempo. E assim, um belo dia, nosso personagem, depois de ver um programa na TV, em que uma bela apresentadora entrevistava pessoas entendidas em quase tudo, resolveu seguir o conselho do homem engravatado, com cabelos cuidadosamente arrumados e uma barba que o permitia pensar ser um *hipster*: reinvente-se!

João gostou do termo usado por aquele homem chique e “foi à luta”. Pôs-se a ler dois livros, bem curtinhas, que praticamente sintetizavam o caminho a ser percorrido para se tornar Johnny (lembram-se dele?). Tratavam de dicas para ser feliz, bem sucedido e um empreendedor afortunado, em pouco tempo. Aliás, “tempo era um bem precioso naquele tempo, e paciência era uma “virtude” dos incompetentes a geri-lo”, disse o homem da TV. Também assistiu a uma corrida palestra com um guru do empreendedorismo, que o convencera a ser livre e ter seu próprio negócio. Saiu eufórico, como não se sentia desde os tempos que atuava como centroavante do time do bairro, onde garantia vitórias com seus gols, e pediu demissão de seu emprego.

Resolveu montar uma empresa a qual denominou “Startup”, pois o nome estrangeiro agregava conteúdo, muito embora seu negócio consistiria em realizar a entrega de refeições, as quais dizia empregar alimentos exclusivamente orgânicos (pelo menos este era o “comercial”).

João socorreu-se de seu amigo contador, que outrora fora o melhor “camisa dez” da várzea municipal, cuja carreira futebolística fora abreviada por um carrinho por trás de um zagueiro tosco do bairro vizinho. Começara, então, seu inferno astral. Naquela mesa de bar, descobriu que precisaria de um alvará a ser fornecido pela prefeitura, mas, antes disso, seria necessário elaborar um contrato social, já que nosso empreendedor tinha seu cunhado como sócio no novo negócio (bela escolha!). Depois disso, seria necessário pagar taxas e registrar na Junta Comercial, que provavelmente não aceitaria aquele bonito nome em inglês. Se tudo desse

18 Conforme dados da própria Receita Federal do Brasil no ano de 2016, os tributos incidentes sobre bens e serviços corresponderam a 47,39 % do montante arrecadado (RECEITA FEDERAL, texto digital).

19 Sobre o preço de um litro de gasolina, ocorre a incidência de tributos em percentual próximo a 50%, no caso do Rio Grande do Sul.

certo, providenciaria a inscrição estadual, uma vez que pretendia, também, vender mercadorias, além do registro como contribuinte em seu município.

A conversa continuava, e amigos que estudaram juntos na infância, como o outrora camisa dez, servem para “tirar umas dúvidas”. Ele explicou, então, que a nova empresa poderia enquadrar-se no SUPERSIMPLES para fins de recolhimento de seus tributos. Com esse nome, João imaginou tratar-se de algo comprehensível até para ele. Ledo engano. O contador falou das possíveis tabelas nas quais poderia estar enquadrada sua empresa e de uma série de obrigações acessórias que precisariam ser cumpridas, sob pena de severas multas. Mostrou para João, na tela de seu *tablet*, o texto da tal lei do regime de tributação simplificado (Lei Complementar 123 e atualizações), momento em que, o candidato a empreendedor, desistiu de ler depois do primeiro artigo. “Ah... que saudades dos livros de autoajuda! Eram curtinhos, claros, com todas as respostas e com letras grandes...”, pensara secretamente João.

Se tudo desse certo, e a empresa crescesse, poderia optar pela tributação com base no lucro presumido ou real, claro que, nesse caso, seria necessário pagar todos os tributos que incidiam na operação, cuja sopa de letrinhas até hoje atordoam João (IR, CSLL, PIS, COFINS, ICMS, ISSQN). É lógico que, se assim fosse, as obrigações acessórias seriam outras, DCTF, SPED PIS COFINS, DIRF, Declaração de IR, e outras mais que nem contador lembra, depois de beber a segunda cerveja com seu velho amigo.

Isso foi o nocaute! João chamou o garçom, pediu que trouxesse a “saideira” e desse volume na música de “sofrênciça”, que estava a rodar naquele antigo bar da sua rua. Brindou com seu amigo e resolveu esquecer a amargura de não conseguir ser um feliz empreendedor naquele estranho país. Muito melhor seria ser “motoboy”, transportando a “quentinha” sem nota fiscal, sem se responsabilizar por aquelas refeições, que de orgânicas tinham apenas o nome. Afinal, como já cantara o grande Zé Geraldo: “Quem nasce Zé, não morre Johnny não...”

#### 4. Considerações finais

Ao concluir este trabalho, reitera-se a devida vénia à comunidade científica, em face da adoção de um formato inusual a um texto jurídico. Espera-se a generosa compreensão, porquanto, acredita-se que, ocasionalmente, contar uma estória – logo completamente fictícia – permite que se possa dizer e relatar um fenômeno de uma maneira que mais se aproxima de sua realidade, sem que isso seja paradoxal. Além disso, parece necessário que se encontre uma forma de “contar a todos”, mesmo aqueles que não sejam versados no manejo de termos jurídicos, sobre as iniquidades que moldam a tributação em *terrae brasiliis*, em pleno Século XXI.

Optou-se por assim o fazer, para que fosse possível desnudar o modo de tributar brasileiro, pois é difícil aceitar que, depois de quase trinta anos, continue-se a cobrar tributos como se a Constituição de 1988 não existisse, resultando em uma carga fiscal iníqua que produz uma verdadeira redistribuição de renda “às avessas”.

Ao se constatar isso, e perceber os seus malefícios, cria-se condições que possibilitam seu rechaço, especialmente por parte daqueles que, atualmente, suportam seus efeitos mais danosos. Esperançosamente, passa-se a traçar um caminho que leve a uma tributação mais equânime e não indutora da exclusão social, como a ora em prática, com vistas a transformá-la em um eficaz meio de concretização dos direitos fundamentais e cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa Brasileira, que, ao menos formalmente, está instituída como um Estado Democrático de Direito.

É certo, porém, que para trilhar tal caminho, faz-se necessário romper com os conceitos anacrônicos sobre o próprio Estado e “levar a sério” os princípios que, indiscutivelmente, foram consagrados pela Constituição de 1988. Tais conceitos – concebidos dentro de uma outra realidade – não podem se perpetuar, como se o tempo fosse possível aprisionar, como se a realidade, a partir da qual foram construídos, tenha produzido uma sociedade alicerçada em justiça, enfim, como se os mesmos tivessem colaborado para edificar uma vida melhor para todos, e não apenas para alguns, neste inconcluso “paraíso dos trópicos”.

## REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Vida para consumo: A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

BRASIL. STF. Não incide ICMS em operações de importação por leasing, decide STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=274967>>, acesso em 15/03/2018

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL). Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2017: la movilización de recursos para el financiamiento del desarrollo sostenible. Disponível em <http://repositorio.cepal.org/handle/11362/41044>, acesso em 01/08/2017.

COMISSÃO ECONÔMICA PARA AMÉRICA LATINA E CARIBE (CEPAL). Mudança estrutural para igualdade: uma visão integrada do desenvolvimento. Santiago de Chile: Comissão Econômica para América Latina e Caribe, 2012. Disponível em: <[http://www.cepal.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/0/47440/2012-SES-34-Mudanca\\_estrutural\\_sintese.pdf](http://www.cepal.org/pses34/noticias/documentosdetrabajo/0/47440/2012-SES-34-Mudanca_estrutural_sintese.pdf)>. Acesso em: 15 abr. 2014.

JUSBRASIL. STF isenta barcos e aviões de pagar IPVA. Disponível em <<https://expresso-noticia.jusbrasil.com.br/noticias/142213/>>, acesso em 03/04/2018.

RECEITA FEDERAL. CETAD – CENTRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS E ADUANEIROS. Carga Tributária no Brasil 2016. Disponível em <http://idg.receita.fazenda.gov.br/dados/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/carga-tributaria-2016.pdf>, acesso em 15/03/2018

RIBEIRO, João Ubaldo Ribeiro. A morte e os impostos. ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Disponível em <http://www.academia.org.br/artigos/morte-e-os-impostos>, acesso em 14/04/2018

SARAMAGO, José. As intermitências da morte. Companhia das Letras. 2005 “

PIKETTY, Thomas O capital no século XXI. Lisboa: Temas e Debates, 2014.

STIGLITZ, Joseph. E. O preço da desigualdade. Lisboa. Bertrand. 2014.

# LA ERRADICACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN POR MOTIVOS RACIALES EN EL CONTEXTO ESPAÑOL: UN PROYECTO INACABADO

Nuria Beloso Martín<sup>1</sup>

## 1. Algunas premisas sobre el principio de no discriminación

El principio de no discriminación cobra entidad cuando se lo pone en relación con otros principios, como el de igualdad. Sobre el principio de igualdad se han escrito miles de páginas, estudiando las múltiples vertientes que presenta. Su triple naturaleza jurídica como valor superior del ordenamiento jurídico, como principio jurídico y como derecho fundamental, ha propugnado estudios desde enfoques muy diversos. Las técnicas de realización de la igualdad en el contenido de la ley (igualdad material) han sido ampliamente estudiadas. Por un lado, la igualdad de trato formal como equiparación (igualdad de trato, igualdad ante la ley) y, por otro, la igualdad como diferenciación (discriminación -desigualdad intragrupal e intergrupal-, diferenciación justa y diferenciación injusta). En este trabajo vamos a analizar una de las proyecciones de la igualdad como es su plasmación en la prohibición de discriminación. Por “discriminación” se entenderá “todo trato diferenciado, por motivos de raza, color, idioma, religión, nacionalidad u origen nacional o étnico, o por motivos de ascendencia, creencias, sexo, género, identidad de género, orientación sexual u otras características o condiciones personales, que no tenga una justificación objetiva y razonable”.<sup>2</sup>

La finalidad de la legislación contra la discriminación es ofrecer a todas las personas posibilidades equitativas y justas de acceder a las oportunidades sociales. La discriminación es una situación en la que una persona se encuentra de alguna forma en desventaja debido a una “característica protegida”. La discriminación adopta diversas formas: discriminación directa, discriminación indirecta, acoso y órdenes de discriminar. La discriminación directa se caracteriza por un trato diferenciado: debe acreditarse que la supuesta víctima ha recibido un trato menos favorable por tener una característica incluida entre los «motivos protegidos». El trato menos favorable se determina por comparación entre la supuesta víctima y otra persona en situación

1 Nuria Beloso Martín es Catedrática de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos (España). Mediadora Civil y Mercantil. Directora del Departamento de Derecho Público. Directora del Curso de Especialista en Mediación Familiar. Directora del Curso de Mediación Civil, y Mercantil. Directora de Relaciones Internacionales y Cooperación del Grupo de Investigación “Minga. Constitucionalismo democrático latinoamericano, novas intersubjetividades e emancipação social” (Brasil). El presente trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Fundamentos teóricos del neoconstitucionalismo: un modelo jurídico para la sociedad global” - Convocatoria 2016 - Proyectos I+D. Código: DER2016-76392-P.

2 Citamos por la versión española. “Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, adoptada el 8 de diciembre de 2015, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa, Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p.15. Disponible en: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/.../REC-15-2016-015-SPA.pdf>>.

similar que no posea la característica protegida.<sup>3</sup> Los motivos protegidos existentes en la legislación contra la discriminación son el género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad, la raza, el origen étnico y nacional, la religión y las creencias. Para ayudar a concretar si una determinada acción ha producido discriminación, basta formularse la pregunta de: “¿hubiera recibido la persona un trato menos favorable si hubiera tenido distinto género, raza o edad o hubiera ocupado otra posición en alguno de los restantes motivos protegidos?” Si la respuesta es afirmativa, el trato menos favorable se debe claramente al motivo en cuestión. La consulta de la jurisprudencia permite entender con mayor claridad cuándo se ha discriminado por el origen racial o étnico<sup>4</sup>. Discriminar por algunas de estas condiciones implica no reconocer la igual dignidad que revisten todas las personas. Discriminar constituye una vulneración del principio de igualdad. Por tanto, el principio de no discriminación se configura como un principio rector.

En este estudio vamos a limitarnos al análisis de la discriminación, en España, por raza, origen étnico, color y pertenencia a una minoría nacional racial. Es lo que habitualmente se integra en el término de “racismo”, entendido como creencia de que, por motivo de la raza, el color, el idioma, la religión, la nacionalidad, el origen nacional o étnico, se justifica el desprecio de una persona o grupo de personas o la noción de superioridad de una persona o grupo de personas. Para ello, vamos a comenzar recordando los mecanismos de lucha y prevención que se han configurado en el ámbito europeo contra la discriminación por motivos raciales. Seguidamente, analizaremos la situación de la discriminación por motivos raciales en España, prestando atención, en primer lugar, al denominado discurso del odio y, en segundo lugar, a los mecanismos de prevención y de lucha contra la discriminación racial, tanto legislativos como jurisprudenciales. Concluiremos con unas reflexiones finales.

## 2. Discriminación por motivos raciales en Europa: mecanismos de lucha y prevención

Son numerosos los textos legales de protección internacional que actúan en la lucha contra el racismo y la xenofobia, tanto a nivel suprarregional (ONU, OSCE),<sup>5</sup> como en el ámbito regional europeo. La protección contra la discriminación en Europa puede encontrarse tanto en el Consejo Europeo de Derechos

3 La normativa contra la discriminación afecta a nuestras decisiones de dos formas:

“En primer lugar, establece que las personas que se hallan en situación similar deben recibir un trato similar y no menos favorable por el simple hecho de tener una determinada característica «protegida». Esto es lo que se conoce como discriminación «directa». En segundo lugar, la normativa contra la discriminación establece que las personas que se hallan en situaciones diferentes deben recibir un trato diferente, en la medida necesaria para que puedan disfrutar de oportunidades concretas del mismo modo que los demás. Esto es lo que se conoce como discriminación «indirecta». *Manual de Legislación Europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- Consejo de Europa, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2010, p.22. Disponible en: <[https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA\\_CASE\\_LAW\\_HANDBOOK\\_ES.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf)>.

4 Aunque no existe en la Unión Europea una definición oficial de “origen racial o étnico”, se suele referir a la pertenencia a un grupo minoritario que comparte características comunes como la lengua, la cultura, el origen geográfico, las creencias, etc. Cuando se habla de este tipo de discriminación, es conveniente evitar el uso del término “raza” porque aunque su uso sea común a la hora de hablar de grupos con diferente origen racial o étnico, en la actualidad no tiene validez taxonómica y solo se aplica a los animales domésticos. Puede consultarse el manual *Invertir en igualdad y no discriminación: Hacia unas políticas públicas más eficientes e inclusivas*. Disponible en: [http://www.igualdadyndiscriminacion.msssi.es/destacados/manual\\_Formac\\_inv\\_Igualdad.htm](http://www.igualdadyndiscriminacion.msssi.es/destacados/manual_Formac_inv_Igualdad.htm). Vid. Asunto *Paraskeva Todorova contra Bulgaria*: los tribunales nacionales, al condenar a una persona de origen gitano, denegaron expresamente la recomendación del fiscal de suspender la sentencia, manifestando que entre la minoría gitana existía un hábito de impunidad y que debía darse un ejemplo con esta persona concreta. El TEDH consideró que esto vulneraba el derecho del reclamante a un juicio justo, en relación con el derecho a no sufrir discriminación. TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgaria* (nº. 37193/07), 25 de marzo de 2010.

5 Al igual que otros instrumentos regionales en América, África y Oriente Medio, existe un importante corpus de derecho internacional de derechos humanos generado a través de las Naciones Unidas (ONU). Todos los Estados miembros de la UE son parte de los siguientes tratados de derechos humanos de la ONU, todos los cuales incluyen la prohibición de la discriminación. La no discriminación se articula como un principio básico de la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Dentro del marco de Naciones Unidas hay que destacar también dos importantes instrumentos jurídicos adoptados en 1966, el Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo artículo 26 configura la no discriminación como un derecho de carácter autónomo y general. De igual modo, resulta necesario citar otras Convenciones de las Naciones Unidas para evitar la discriminación en distintos campos, tales como la Convención Internacional para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2007. La Organización Internacional del Trabajo, organismo especializado de las Naciones Unidas, ha elaborado importantes normas relativas al derecho a la igualdad y no discriminación, como el Convenio 100 sobre Igualdad de remuneración de 1951 o el 111 sobre Discriminación (empleo y ocupación) de 1958. En el ámbito del Consejo de Europa la no discriminación es un valor esencial, y desde la entrada en vigor del Protocolo número 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la igualdad y la no discriminación constituyen un derecho autónomo, no dependiente de los otros reconocidos en la Convención.

Humanos –CEDH,<sup>6</sup> como la normativa de la Unión Europea,<sup>7</sup> dos sistemas complementarios y que se refuerzan mutuamente.<sup>8</sup> En cuanto a las características protegidas, conforme al CEDH, las características son abiertas, y pueden desarrollarse según el asunto. Elementos como el color, la ascendencia, la nacionalidad, la lengua o la religión pertenecen a la categoría de las características protegidas de raza y etnia con arreglo al CEDH. Con arreglo a las directivas sobre no discriminación de la UE, las características protegidas se limitan expresamente al género, el origen racial o étnico, la edad, la discapacidad, la religión y las creencias, y la orientación sexual.

6 El Consejo de Europa (CdE) es una organización intergubernamental constituida tras la Segunda Guerra Mundial para promover, entre otras cosas, el estado de Derecho, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo social. Actualmente está integrado por 47 miembros. Para contribuir a la consecución de estos fines, los Estados miembros del Consejo de Europa adoptaron, en 1950, el Convenio Europeo de Derechos Humanos -CEDH-, que establece una prohibición de la discriminación en su artículo 14, que garantiza la igualdad de trato en el goce de los restantes derechos y libertades reconocidos en el Convenio. (Debe subrayarse que el artículo 14 del CEDH prohíbe la discriminación únicamente en relación con el ejercicio de otros derechos reconocidos en el tratado. El Protocolo 12 confiere carácter independiente a la prohibición de la discriminación). El órgano encargado de velar por el cumplimiento del CEDH es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El principio de no discriminación es un principio rector de numerosos documentos del Consejo de Europa. La versión de 1996 de la Carta Social Europea incluye el derecho a la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato en materia de empleo y ocupación y la protección contra la discriminación por razón de género.<sup>3</sup> Otras normas de protección frente a la discriminación se derivan del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales,<sup>4</sup> el Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos,<sup>5</sup> y el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Oficiales. El Protocolo al Convenio sobre la Ciberdelincuencia incluye también una protección contra la promoción de la discriminación. La cuestión de la no discriminación ha influido de forma clara en la configuración de la normativa del Consejo de Europa y se considera una libertad fundamental sujeta a protección.

7 Por lo que se refiere al ámbito comunitario, la igualdad de trato y no discriminación constituye, ya desde el proyecto fundacional, uno de los principios básicos y esenciales de la Unión Europea que ha dado lugar a un importante acervo en esta materia.

El Tratado de la Unión Europea establece en su artículo 2 la no discriminación como uno de los valores comunes de la Unión y la lucha contra la discriminación como uno de los objetivos de la misma. También la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su artículo 21 prohíbe «toda discriminación», sí como el derecho a la diversidad (artículo 22), la igualdad entre hombres y mujeres (artículo 23) y el derecho a la integración de las personas con discapacidad (artículo 26). Por su parte, el artículo 19 (antiguo artículo 13) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, habilita al Consejo para «adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual». El desarrollo de este principio ha dado lugar a la aprobación de diferentes directivas que forman un importante corpus normativo de protección frente a la discriminación: la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, la Directiva 2000/78/CE, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la directiva 2006/54 relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, que venía a refundir el amplio corpus normativo desarrollado en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito del empleo, la Directiva 2010/41 UE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y por la que se deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro.

Todo este acervo se ha visto reforzado desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, que otorga a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que prohíbe de manera explícita en su artículo 21 toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, la misma validez jurídica que los tratados de la UE.

También el Parlamento Europeo ha señalado la necesidad de intensificar la lucha contra todo tipo de discriminación odio e intolerancia y en su resolución sobre la situación de los derechos humanos en la Unión Europea exhorta a la Unión y a sus Estados miembros a que incluyan la discriminación múltiple en sus políticas en materia de igualdad; pide a la Comisión y a los Estados miembros que intensifiquen el trabajo de intercambio de buenas prácticas y refuerzen su cooperación para combatir el racismo, la xenofobia, la homofobia, la transfobia y demás formas de intolerancia, incluyendo plenamente la participación de la sociedad civil y las contribuciones de los representantes pertinentes, como la Agencia de los Derechos Fundamentales. Paralelamente a la adopción de propuestas legislativas desde la Comisión Europea se han ido desarrollando una serie de estrategias y documentos políticos que contemplan entre sus objetivos la aplicación práctica del principio de igualdad de trato y no discriminación entre las que cabe destacar, el compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2020, La Estrategia Europea sobre Discapacidad (2010-2020), la adopción de un marco europeo de estrategias nacionales de inclusión de los gitanos hasta 2020 o la lista de acciones de la Comisión Europea para avanzar en materia de igualdad de las personas en materia de igualdad de las personas LGTBI.

8 El CEDH protege a todas las personas situadas bajo la jurisdicción de sus 47 Estados parte, mientras que las directivas de la UE contra la discriminación sólo ofrecen protección a los ciudadanos de los 27 Estados miembros.

En este marco europeo, la prohibición de discriminación ha estado presente tanto a través de Convenios y legislación.<sup>9</sup> Los mecanismos europeos de protección principales, se refuerzan a partir de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tanto con la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como con la adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos. También ha sido relevante el *corpus jurisprudencial* desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>10</sup> y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito de la no discriminación. Asimismo, se han creado diversos mecanismos de lucha contra la discriminación (la Agencia Europea de Derechos Fundamentales, la Comisión europea contra el

9 En cuanto al ámbito de la Unión Europea, en la normativa de la UE contra la discriminación, la prohibición de la discriminación es de naturaleza autónoma, pero está limitada a ámbitos concretos, como el empleo. Subrayamos la adopción de dos textos fundamentales en la lucha contra la discriminación en el ámbito de la UE la Directiva de igualdad en el empleo prohibía la discriminación por motivos de orientación sexual, creencias religiosas, edad y discapacidad en el área del empleo; la Directiva de igualdad racial prohibía la discriminación por motivos de raza y origen étnico en el ámbito del empleo, pero también en el acceso al sistema de bienestar social y a la seguridad social, así como a los bienes y servicios. Además, las instituciones de la UE están jurídicamente obligadas a cumplir la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, incluidas sus disposiciones sobre no discriminación. Los Estados miembros de la Unión deben cumplir también la Carta al aplicar el derecho de la UE.

10 La legislación de la UE no exige acreditar la existencia de una víctima identificable. La carga inicial de la prueba de la existencia de la discriminación corresponde al reclamante. Pueden emplearse pruebas estadísticas para ayudar a establecer una presunción de discriminación. A continuación, la carga de la prueba pasa al supuesto autor, quien deben acreditar que el trato menos favorable no se basa en uno de los motivos protegidos. La presunción de discriminación puede destruirse demostrando que la víctima no se halla en situación similar a su «referencia comparativa» o que la diferencia de trato se basa en un factor objetivo no relacionado con el motivo protegido. Si el autor no consigue destruir la presunción, puede aún tratar de justificar la diferencia de trato. También puede ser suficiente puede bastar la prueba de las prácticas o creencias de otras personas pertenecientes a la misma categoría protegida. *Vid.* en el asunto *Oršuš y otros contra Croacia*, algunas escuelas habían establecido clases con programas de estudio reducidos respecto a las clases normales y se alegaba que estas clases contenían un número desproporcionadamente alto de estudiantes gitanos y, por tanto, constituyán una discriminación indirecta por razón del origen étnico (TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia* [GC] (n.o 15766/03), 16 de marzo de 2010, párrs. 152 y 153). se planteó ante el Defensor del Principio de Igualdad de Eslovenia un asunto relativo a un empleador que daba a los empleados comidas que incluían con frecuencia productos derivados de carne y grasa de cerdo.270 Un empleado musulmán solicitó una dieta mensual alternativa por comidas para comprar su propia comida, que el empleador sólo concedía a los empleados que pudieran acreditar la necesidad de regímenes alimenticios diferentes por razones médicas. Era un caso de discriminación indirecta, pues una práctica aparentemente neutra tenía una repercusión intrínsecamente negativa para los musulmanes, que no pueden comer carne de cerdo. (Defensor del Principio de Igualdad (Eslovenia), Decisión nº UEM-0921-1/2008-3, 28 de agosto de 2008. Resumen disponible en: Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European AntiDiscrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), p. 64).

racismo y la intolerancia—ECRI— del Consejo de Europa, el Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia,<sup>11</sup> y la Red Europea de Información sobre el Racismo y la Xenofobia —RAXEN—<sup>12</sup> entre otras<sup>13</sup>).

En aras de prevenir y evitar las discriminaciones racistas hay que destacar dos de las Recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia,<sup>14</sup> como son la Recomendación nº 7 de política general de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial, aprobada el 13 de diciembre de 2002,<sup>15</sup> y la ya citada Recomendación nº15 de la Comisión Europea contra el racismo y la intolerancia—ECRI— del Consejo de Europa, relativa a la lucha contra el discurso del odio, adoptada el 8 de diciembre de 2015.<sup>16</sup> Como acertadamente recuerda esta última, la historia europea nace la obligación de recordar, vigilar y combatir el aumento del racismo, la discriminación racial, la discriminación basada en el género, el sexism, la homofobia, la transfobia, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, la discriminación contra los gitanos y la intolerancia, así como los delitos de genocidio, los delitos de lesa humanidad o los delitos en caso de conflicto armado y la negación, trivialización, justificación o condonación en público de tales actos delictivos.

El racismo y la xenofobia son fenómenos crecientes en la sociedad europea. Así lo denuncia el denominado “informe sombra” presentado por la Red Europea contra el Racismo (ENAR), acerca del racismo y la xenofobia en el contexto migratorio europeo en 2015 y 2016 y que abarca 26 países de la UE, incluida España.<sup>17</sup> Según el texto, los discursos discriminatorios y estigmatizantes de líderes europeos, reproducidos por los medios de comunicación, ayudan a justificar políticas migratorias que a menudo vulneran los derechos de

11 Las instituciones europeas se han ocupado de esta cuestión, principalmente a partir de la Declaración interinstitucional contra el racismo y la xenofobia de junio de 1986 (DO C 158 de 25 de junio de 1986). Este proceso se ha intensificado en el transcurso del último decenio y la lucha contra el racismo ocupa un lugar cada vez más importante en el programa de las instituciones europeas, a través de numerosas resoluciones adoptadas por el Parlamento Europeo, así como la Comunicación de la Comisión sobre el racismo, la xenofobia y el antisemitismo, COM (95) 653 final de 13 de diciembre de 1995, y del Año Europeo contra el racismo en 1997. El Consejo Europeo de Corfú, en junio de 1994, propuso la creación en el seno del Consejo de una Comisión consultiva sobre el racismo y la xenofobia (CCRX). En junio de 1995, el Consejo Europeo de Cannes pidió a la Comisión consultiva que estudiara, en colaboración con el Consejo de Europa, la viabilidad de establecer un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. La CCRX determinó que sólo un observatorio europeo estaría en condiciones de seguir atentamente la evolución del racismo y la xenofobia en la Unión y de alertar e incitar a las clases políticas a tomar medidas concretas. A la luz de estas conclusiones, el Consejo Europeo de Florencia, en junio de 1996, aprobó el principio de la creación de un observatorio europeo. *Vid. Reglamento nº1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia.* Según el artículo 16 del citado Reglamento, transcurridos tres años desde su creación, la Comisión deberá presentar un informe de evaluación de las actividades del Observatorio, al que acompañan, si hubiere lugar, propuestas para la modificación o ampliación de sus tareas". *Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre las actividades del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia /\* COM/2000/0625 final \*/* Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0625>>.

12 Para consultar los diversos “Informes RAXEN” sobre documentos internacionales tales como Recomendación nº 15 de la ECRI: *Contra las Expresiones de Incitación al Odio* (marzo 2016); Recomendación nº8 de la ECRI: *Combatir el Racismo en la lucha contra el Terrorismo* (diciembre 2015); Proyecto FIRIR: *Formación sobre Identificación y Registro de Incidentes Racistas* (diciembre 2012); Resolución de la ONU contra partidos, movimientos y grupos extremistas, incluidos los grupos neonazis y de cabezas rapadas (2011), entre otros. <<http://www.movimientocontralaintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>>.

13 De los estudios empíricos que abordan globalmente la extensión y características de los principales motivos de discriminación, destaca el Eurobarómetro sobre Discriminación en la Unión Europea, encargado por la Dirección General de Empleo, Asuntos Sociales e Igualdad de Oportunidades de la

Comisión Europea y aplicado en 2006 y 2008 en los 27 países de la Unión. COMISIÓN EUROPEA. “Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitude”, *Special Eurobarometer nº 296, 2008*, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, en <<http://www.stopdiscriminacion.org/archivos/estadisticas/2008-Eurobarometro.pdf>>.

14 Se han publicado 16 Recomendaciones de Política General, que abarcan tanto el racismo y la intolerancia hacia los romá/gitanos (nº3), como con respecto a los musulmanes (nº5) el antisemitismo (nº9), la discriminación en ámbitos educativos (nº10) en el ámbito del deporte (nº12), el antigitanismo (nº13) discriminación racial en el empleo (nº14) o contra los migrantes (nº16). Pueden consultarse, en versión española:<<http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm>>.

15 Versión española. Disponible en: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/...n7/REC7-2003-8-ESP.pdf>>

16 “Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, cit.

17 *Racism and discrimination in the context of migration in Europe. ENAR Shadow Report 2015-2016.* Disponible en: <<http://www.accem.es/enar-publica-un-nuevo-informe-sobre-el-racismo-y-la-xenofobia-en-europa/>>.

las personas migrantes. Junto a la justificación de las políticas migratorias que fomentan la exclusión hay que sumar también el proceso de «racialización de la delincuencia y en particular el terrorismo» en el caso de la comunidad musulmana, especialmente después de los atentados yihadistas en Francia, Bélgica y España, entre 2015 y 2017.

La dimensión transnacional de la propaganda racista y de la incitación al odio racial demuestra la necesidad de una acción a nivel europeo. Se consideró urgente adquirir un conocimiento más adecuado de los fenómenos racistas y xenófobos, tanto por lo que respecta a su alcance como a su naturaleza, de modo que la Unión Europea pueda adoptar soluciones concretas para contribuir a combatir estos fenómenos en el marco de una estrategia global. Por ello, los mecanismos de protección que se han agilizado desde el sistema internacional de Derechos humanos, ha contribuido a reforzar la igualdad.

### **3. Discriminación por motivos raciales en España**

La configuración del principio de no discriminación, en el ordenamiento jurídico español, deriva de la regulación constitucional del principio de igualdad –artículo 14 CE-.<sup>18</sup> A partir de ahí, se ha construido un ámbito doctrinal, normativo y jurisprudencial, lo que otorga a esta categoría jurídica una especial complejidad.

Junto al ámbito constitucional, la transposición de Directivas europeas y la legislación europea y comunitaria al respecto<sup>19</sup> ha favorecido la creación de un marco institucional estatal (organismos estatales de lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico,<sup>20</sup> y políticas públicas estatales que

18 El artículo 14 de la Constitución española –CE- establece un derecho de igualdad general (“Todos son iguales ante la ley”) y unas prohibiciones específicas de discriminación, es decir, una enumeración, no cerrada, de prohibición de discriminaciones “[...] sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, o cualquier otra circunstancia personal o social”.

19 En el ámbito de la Unión Europea, conforme al artículo 13 del Tratado de la Comunidad Europea, se aprobaron en 2000 dos directivas: en primer lugar, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, que aborda tal principio en diversos ámbitos; en segundo lugar, la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que pretende luchar contra las discriminaciones basadas en la religión o convicciones, la discapacidad, la edad y la orientación sexual. La primera, la Directiva 2000/43 CE, establece en su artículo 13 la obligación de cada Estado miembro de designar “uno o más organismos responsables de la promoción de la igualdad de trato entre todas las personas por motivo de su origen racial o étnico”. En cumplimiento de esta Directiva europea, se promulga La Ley española 62/2003, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas y del Orden de lo Social. El Consejo para la promoción de la igualdad de trato y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico, fue creado en 2007 por el Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre, cumpliendo lo previsto por la Ley 62/2003.

20 Entre los organismos públicos que están directamente relacionados con la promoción del derecho a la igualdad y a la no discriminación, destacamos: a) El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, dependiente de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que fue creado al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Desempeña las funciones de estudio y análisis, con capacidad de elevar propuestas de actuación en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia y promueve el principio de igualdad de trato. Además, elabora un diagnóstico periódico de la situación del racismo y la xenofobia en España. Fue creado mediante Real Decreto 1262/2007, de 21 de septiembre. <[www.oberaxe.es](http://www.oberaxe.es)>. En el marco de este Observatorio cabe destacar el Centro de Recursos Anti-discriminación (CREADI), que ofrece un directorio de servicios de atención jurídica y psicológica, información, asesoramiento y mediación para víctimas del racismo y la xenofobia <[www.oberaxe.es/creadi](http://www.oberaxe.es/creadi)>; b) El Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, dependiente de la Dirección General de Integración de los Inmigrantes del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que fue creado al amparo de lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Desempeña las funciones de estudio y análisis, con capacidad de elevar propuestas de actuación en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia y promueve el principio de igualdad de trato. Además, elabora un diagnóstico periódico de la situación del racismo y la xenofobia en España. <>. En el marco de este Observatorio cabe destacar el Centro de Recursos Anti-discriminación (CREADI), que ofrece un directorio de servicios de atención jurídica y psicológica, información, asesoramiento y mediación para víctimas del racismo y la xenofobia. *Vid. Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en España 2010*, pp.27-28. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/consejo.htm>>.

inciden en la lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico<sup>21</sup>) así como una jurisprudencia relevante sobre la materia.

Una de las paradojas con respecto a la discriminación por condición racial o étnica es que, en una buena parte de los países europeos, como es el caso de España, hay una falta de conciencia con respecto a que exista un problema con respecto a la discriminación racial. Es decir, no se considera que sea un país especialmente racista, comparado con otros de su entorno, pero al mismo tiempo, hay evidencias que muestran que la discriminación, el racismo, la xenofobia y, en definitiva, el rechazo y trato desigual y desfavorable a las personas diferentes es algo que está muy arraigado en los comportamientos personales y en la actuación institucional en nuestro país. La etnia gitana y los inmigrantes<sup>22</sup> constituyen los dos colectivos que sufren mayor discriminación. En este último caso, tanto las razones de carácter económico (en general, disponen de menos medios económicos que los españoles) como las de color y raza (latinos, asiáticos, árabes) y religiosas (musulmanes) confluyen. El ámbito laboral es donde más discriminación se declara con relación a otros posibles ámbitos (acceso a servicios públicos, atención y trato por parte de la Administración pública, en el trato con la policía, en el acceso a la vivienda, en las tiendas, locales de ocio, bares u otros servicios privados, en la calle, en el trato con la gente). Sin embargo, la discriminación no solo tiene efectos a nivel objetivo (como la desigualdad en el mercado laboral) sino también a nivel subjetivo (ejemplo de ello sería una menor autoestima).<sup>23</sup>

21 Entre las políticas públicas más destacables, apuntamos: a) La actuación del Poder Judicial y las Fiscalías especializadas; b) la Red de Centros de asistencia a víctimas de discriminación por origen racial o étnico; c) el Consejo para la promoción de la igualdad y no discriminación de las personas por el origen racial o étnico; d) Diversos planes aprobados por la Administración General del Estado que contemplan medidas específicas para promover la igualdad y la no discriminación, tales como

Planes Nacionales de Acción para la Inclusión Social (PNAIN); Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración (2007-2010), del Ministerio de Trabajo e Inmigración; Plan de Acción para el Desarrollo de la Población Gitana, entre otros. *Vid. Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en España 2010*, cit., pp.28-29.

También hay que mencionar la labor desarrollada a cabo por algunas ONG y Asociaciones, como la Federación estatal de SOS Racismo en España. Esta puso en marcha un servicio de información dirigido a personas que hubieran sufrido algún acto discriminatorio. En estas Oficinas de Información y Denuncia (OID), se recogen las denuncias, se analizan y se procura dar una respuesta a través de la vía judicial, la intermediación, o la mera inclusión del caso en el Informe Anual que presentan. *Vid. "Informe Anual sobre la situación del Racismo y la Xenofobia en España 2017"*, elaborado por la Federación de SOS Racismo, presentado el 15 de septiembre de 2017, además de presentar testimonios de casos de discriminación, y xenofobia, destaca el auge de la extrema derecha en Europa, el racismo Institucional, los delitos de odio, la frontera Sur, el pueblo gitano o los Centros de Internamiento de extranjeros (CIE). El Informe completo puede descargarse en: *Informe Anual 2017 sobre el racismo en el Estado español, SOS Racismo 2017: <http://www.sosracismomadrid.es/web/blog/2017/09/15/informeanual2017/>*.

22 En relación a la discriminación por origen étnico, sobre la comunidad gitana, *vid. Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*, Dirección General contra la Discriminación, Madrid, Ministerio de Igualdad, Elaboración de Colectivo Ioé y Heliconia 2009, pp.6-22; también, *vid. CALVO BUEZAS, T., España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Anthropos Editorial del Hombre, 1990. Sobre la inmigración extranjera, *Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*, Dirección General contra la Discriminación, Ministerio de Igualdad, Madrid, Colectivo Ioé y Heliconia, 2009, pp.23-42; también, DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994.

23 *Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la Encuesta CIS-3.000. Percepción de la discriminación en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014, p.99. Disponible en: <[https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles\\_discr.](https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles_discr.)>.

Las manifestaciones de la discriminación racial pueden expresarse en distintas conductas: violencia *skin*, islamofobia -ataques a personas musulmanas y lugares de culto islámico-;<sup>24</sup> trato desfavorable o de inferioridad, desprecio inmerecido hacia una persona, racismo en el discurso político, marginación de la etnia gitana, rechazo al inmigrante, u otras).<sup>25</sup> En ocasiones, la dificultad estriba en que estas manifestaciones de discriminación se han intentado encubrir con una manifestación de la libertad de expresión y libertad ideológica, incentivada por el uso de las redes sociales; en otras, incluso puede derivar de ciertas conductas de los funcionarios que acaban desembocando en acciones discriminatorias.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) de la ONU, órgano encargado de velar por el respeto y correcta aplicación de la Convención Internacional Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, en sus conclusiones tras un análisis a fondo de las políticas españolas en materia de racismo. El organismo expresa su preocupación en torno a varias cuestiones que, a su juicio, constituyen un déficit de la lucha contra la discriminación racial en el país, y que inciden en el colectivo de inmigrantes principalmente: las devoluciones en caliente desde Ceuta y Melilla,<sup>26</sup> los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE),<sup>27</sup> el uso de perfiles étnicos por la Policía y la ausencia de una legislación efectiva,<sup>28</sup> entre otros temas.

24 La “islamofobia” se refiere al prejuicio, odio o miedo de la religión del Islam o musulmanes (Recomendacion General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, cit., p.16). Como afirma Bravo López: «la creencia en que el islam —y los musulmanes como encarnación suya— es el enemigo irreconciliable de ‘Occidente’ y de todo lo que se identifica con ‘Occidente’ sería la creencia que daría forma a la islamofobia. La islamofobia postularía, por tanto, que el islam amenaza ‘nuestra’ seguridad y ‘nuestros’ valores básicos, y que la lucha contra esa amenaza es una lucha por nuestra’ existencia y supervivencia». (BRAVO LÓPEZ, F., ¿Qué es la islamofobia?, Documentación Social Cáritas, 2010. Entendida de tal forma, la islamofobia podría combinarse con diferentes formas de pensamiento y con formas de intolerancia religiosa o con formas de racismo. La “islamofobia” también se tiñe de tintes xenófobos, como pone de manifiesto, en su Informe de 2016 ante el Consejo de Derechos Humanos, el Relator Especial de Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia: «en el contexto de una grave crisis migratoria que exacerba los prejuicios y la discriminación y empeora la situación de los grupos vulnerables, para hacer frente a la crisis se necesita una definición clara de la xenofobia». Según el Informe del Relator, “Los movimientos populistas que protestan contra la presunta islamización de Europa conjugan diversos aspectos de la islamofobia con sentimientos generales de tipo xenófobo. Se han señalado frecuentes abusos verbales y casos de acoso a mujeres que llevaban un pañuelo en la cabeza». Cfr. “Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia”. A/HRC/32/50, presentado el 13 de mayo de 2016, durante el 32 Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: <[www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid...>](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid...>)

25 Según ENAR, los grupos de extrema derecha han sido particularmente efectivos a la hora de difundir su discurso islamófobo y antiinmigrante que, sumado a la normalización del mismo, ha llevado a un incremento de los ataques no solo verbales sino también físicos contra inmigrantes y personas refugiadas. Los ataques racistas en la UE van desde la incitación al odio, amenazas o el acoso. El propio Brexit (término compuesto por las palabras ‘british’ y ‘exit’, que hace referencia al concepto de abandono de la Unión Europea por parte del Reino Unido), tras el referéndum para decidir la permanencia o salida del Reino Unido, que se celebró el 20 de febrero de 2016, con una mayoría a favor de la salida, estuvo precedido por un incremento de actitudes y agresiones racistas y xenófobas, que después de la consulta continuaron.

26 La frontera entre Ceuta y Melilla y Marruecos sigue siendo un punto negro en materia de derechos humanos para el historial de España, según la ONU. El comité denuncia las devoluciones sumarias de inmigrantes desde las dos ciudades autónomas –las llamadas devoluciones *en caliente*–, un procedimiento autorizado por la Ley de Seguridad Ciudadana. El comité solicita que se revise esta enmienda para garantizar “el acceso a procedimientos de asilo a todas las personas susceptibles de protección internacional (...) incluyendo una evaluación individualizada en cada caso, así como la garantía de protección frente a la devolución sin discriminación”.

27 El CERD, asimismo, solicita a España que estudie “posibles medidas alternativas” ante la medida privativa de libertad que supone la reclusión de los inmigrantes en los CIE, e insta al Estado a investigar “de manera independiente, rápida y completa” las denuncias de tortura o malos tratos dentro de estos centros. El uso de perfiles raciales y étnicos por parte de la policía en sus controles de identidad también es motivo de preocupación por el comité de la ONU, que pide “tomar las medidas necesarias para poner fin” a estas prácticas, prohibidas por la llamada *ley Mordaza* pero, según el organismo, aún persistentes.

28 Limitándose a legislar sólo algunos aspectos de la discriminación racial. *Vid.* Ley contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, 19/2007, de 11 de julio.

### 3.1. El discurso del odio: los “delitos de odio”

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los «delitos de odio» como toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su «raza», real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar».<sup>29</sup>

La citada Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio establece que el discurso de odio debe entenderse como:

el uso de una o más formas de expresión específicas- por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menoscabo de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual.<sup>30</sup>

Los elementos esenciales de los actos constitutivos de discurso de odio son:

- El fomento, promoción o instigación en cualquiera de sus formas, al odio, la humillación o el menoscabo así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos, estigmatización o amenaza;
- uso que no solo tiene por objeto incitar a que se cometan actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación, sino también actos que cabe esperar razonablemente que produzcan tal efecto; y
- motivos que van más allá de la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad, origen étnico o nacional y ascendencia.<sup>31</sup>

Como bien advierte Moretón, calificar como delito una emoción –como es el odio- resulta complejo ya que no corresponde propiamente a una categoría jurídica.<sup>32</sup> El término “odio” se refiere a emociones intensas e

29 Cfr. “Informe Anual sobre la situación del Racismo y la Xenofobia en España 2017”, cit., p.20; Elósegui, magistrada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, apunta un concepto novedoso en la Recomendación nº 15 como es el de “Responsabilidad por imprudencia y la difamación irresponsable”, que aparece en TEDH, Féderet c. Bélgica cuando menciona la posible responsabilidad incluso penal por un uso irresponsable (o imprudente) de la libertad de expresión. Cfr. ELÓSEGUI ITXASO, M., “Las recomendaciones de la ECR sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 44, 2017.

30 “Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, cit., p.18.

31 *Ibidem*. En este tercer elemento podría estar la razón de que se haya admitido a trámite la denuncia interpuesta contra un mecánico de Reus, una ciudad de la Comunidad Autónoma de Cataluña, denunciado por presunta “incitación al odio” por negarse a reparar el vehículo particular de una agente de la Policía Nacional. La agente en cuestión le llamó por teléfono para pedirle que le arreglara su automóvil. Pero el mecánico se negó en rotundo porque “después de lo sucedido el 1 de octubre, sus principios” no le permitían proceder a tal arreglo (celebración del referéndum de independencia unilateral de Cataluña y actuación de la policía nacional para evitar la celebración de un referéndum ilegal). El mecánico ha argumentado que tiene “todo el derecho a elegir el trabajo” y ha considerado que lo ampara el Real Decreto que regula la actividad industrial y de prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes: “A mí no me puede obligar nadie a hacer un trabajo que no quiero hacer. No promociono ningún odio, sólo he tomado una decisión personal”. Disponible en: <[canarias-semanal.org/.../mecanico-acusado-por-delito-de-odio-por-negarse-a-arreglar->](http://canarias-semanal.org/.../mecanico-acusado-por-delito-de-odio-por-negarse-a-arreglar->)>.

32 “A pesar de que estas expresiones no corresponden propiamente a categorías jurídicas (aunque hay sectores que pretenden su incorporación a la legislación penal), sin embargo su utilización se ha extendido en la literatura científica, lo mismo que en algunos convenios internacionales y en la jurisprudencia (particularmente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), para referirse y dar relieve a un grupo de conductas que giran en torno al odio discriminatorio como elemento común, motivador de las mismas, que unas veces sustenta para sacar a la luz nuevas acciones típicas y, otras, sirve para cualificar conductas ya tipificadas” *Vid.* MORETÓN TOQUERO, M. A., “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 27, mayo 2012, p.4.

irracionales de oprobio, enemistad y aversión del grupo objetivo".<sup>33</sup> Por tanto, conviene empezar por clarificar, al menos, dos aspectos: el primero relativo a la naturaleza de las conductas a las que se refiere y, en segundo lugar, la necesidad de interpretar el término "odio" como parte de estas expresiones. En cuanto a la primera, la categoría «delitos de odio» es clara por la expresa referencia al ámbito penal, y comprendería aquellas conductas tipificadas como infracciones penales en las que existe un componente sobreañadido de «odio». El delito de odio no es un delito en particular. Puede ser un acto de intimidación, amenazas, daños a bienes, agresión, asesinato o cualquier otro delito penal.

El término “delito de odio” o “delito basado en prejuicio” describe un tipo de delito, más que un delito específico dentro del Código Penal. El término describe un concepto, más que una definición legal.<sup>34</sup> El primer elemento de un delito de odio es la comisión de un acto constitutivo de delito conforme a la legislación penal ordinaria, de manera que si no hay una infracción regulada en el Código Penal no hay delito. El segundo elemento del delito de odio es que el acto delictivo se comete por un “prejuicio”. Es esta motivación por prejuicios lo que distingue un delito de odio de un delito ordinario. Esto significa que el autor elige intencionadamente a la víctima por alguna característica protegida, como pueda ser su origen racial, étnico o nacionalidad. En España, el mayor número de delitos de odio suelen versar sobre discapacidad, ideología, orientación sexual y racismo/xenofobia.<sup>35</sup>

El incremento de los denominados delitos de odio, pone de manifiesto que, de una forma encubierta, sí existen prejuicios racistas en España. Una gran parte de las conductas que podrían calificarse como “delitos de odio” no son denunciadas por las víctimas objeto de las mismas.<sup>36</sup> Organizaciones no gubernamentales estiman que cada año se producen unos 4.000 incidentes de violencia racial. Sin embargo, resulta difícil confirmar estos datos porque no hay datos oficiales por un lado y, por otro, un escaso porcentaje de víctimas de este tipo de delitos no suelen presentar queja ante las autoridades, lo que revela falta de confianza en el sistema como también desconocimiento de su tipificación penal.

### **3.2. Mecanismos de prevención y de lucha contra la discriminación racial**

Generalmente, la ley no puede regular las actitudes, que son puramente interiores de las personas, sino únicamente los actos a través de los cuales éstas pueden manifestarse. Las ideas o pensamientos de una persona, mientras no se exterioricen en actos que supongan una vulneración de los derechos de otros, no tienen

33 Principio 12.1 de los Principios de Camdem sobre la Libertad de Expresión y la Igualdad. Definición extraída de: “Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, cit., p.16.

34 Cfr. *Informe Anual sobre la situación del Racismo y la Xenofobia en España 2017*, cit., p.35.

35 Se han traducido al castellano tres guías de la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODHIR), organismo integrado en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE). Se trata de: i) «Legislación sobre los Delitos de odio (Guía Práctica)». Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf)>; ii) «Herramientas de Recogida de Datos y Monitorización de Delitos de Odio. Disponible en: <[blog.educalab.es/cniie/2017/07/18/19051/](http://blog.educalab.es/cniie/2017/07/18/19051/)>; iii) «Persecución penal de los delitos de odio» Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/PersecucionPenalDelitosOdio.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/PersecucionPenalDelitosOdio.pdf)>. Sobre el impacto de la comunicación y de la educación en el discurso del odio, vid. CARRATALÁ, A. / HERREO-JIMÉNEZ, B., “Comunicación contra el odio: Análisis del estado de la discriminación en España y propuestas de actuación política, educativa y mediática”, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, nº91, 2017. Disponible en: <<http://www.fundacionalternativas.org/estudios-de-progreso/documentos/documentos-de-trabajo/comunicacion-contra-el-odio-analisis-del-estado-de-la-discriminacion-en-espana-y-propuestas-de-actuacion-politica-educativa-y-mediatica>>.

36 La encuesta de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA) realizada entre 23.500 personas, ciudadanas de la Unión Europea y pertenecientes a grupos de minorías étnicas o raciales e inmigrantes, dada a conocer en diciembre de 2009, pone de manifiesto que el 12% de las personas entrevistadas había sufrido en el último año un hecho que con arreglo a la legislación de su país, constituía una infracción penal. De éstas, el 82% no había presentado denuncia y, entre ellas, el 64% no había presentado denuncia porque pensaba que no serviría para nada. Cfr. “Informe Anual sobre la situación del Racismo y la Xenofobia en España 2017”, cit., p.21.

por qué ser sancionadas. No es preciso demostrar que el autor actúa motivado por prejuicios y, por tanto, que tiene concepciones «racistas». Estas dificultades de prueba,<sup>37</sup> sumadas al desconocimiento de la regulación legal al respecto y al temor a represalias (si se trata de inmigrantes ilegales que han sido objeto de conductas racistas –insultos, peleas, discriminación en el trabajo- no denunciarán ante el miedo de ser expulsados del país. Observatorios de la Discriminación, Plataformas y Organizaciones de la sociedad civil, desarrollan una labor de información y asesoramiento para las víctimas de discriminación.<sup>38</sup> Todo ello debe ser complementado por una jurisprudencia firme que tutele los derechos humanos en general y prohíba la discriminación racial en particular. También la legislación debe seguir reforzando la prevención de la discriminación en general. En relación a estos dos mecanismos nos vamos a referir seguidamente.

### 3.2.1. Normativos

El sistema jurídico español contiene diversas disposiciones en materia de lucha contra la discriminación por motivos de origen racial o étnico. En primer lugar, la Constitución Española de 1978, en su ya citado artículo 14 y artículo 9.2. En desarrollo de estos dos artículos, se han aprobado diversas leyes con el objetivo de promover la aplicación del derecho a la igualdad de trato y luchar contra la discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades, incidiendo sobre las distintas realidades en las que se percibía que podía existir discriminación.

El Código Penal recoge diversos tipos penales relacionados con la discriminación basada, entre otras circunstancias, en el origen racial o étnico.<sup>39</sup> Y también, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 23.<sup>40</sup>

Las lagunas normativas sobre la materia se han intentado paliar con la Proposición de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, el 10 de marzo de 2017.<sup>41</sup> Esta ley se justifica porque la dificultad de la lucha contra la discriminación no se halla tanto en el reconocimiento del problema como en la protección real y efectiva de las víctimas.<sup>42</sup> Se trata de una ley

37 Los datos estadísticos pueden desempeñar un papel importante para ayudar a un reclamante a establecer una presunción de discriminación.

38 Sobre los motivos y los perfiles de discriminación en España, *Vid.* respectivamente, *Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*, Dirección General contra la Discriminación, Madrid, Ministerio de Igualdad, Elaboración de Colectivo loé y Heliconia 2009. Disponible en: <<https://www.colectivoie.org/.../69357c3b95b7ed349fb34bd8866f37e18ce01c2b.pdf>>; también, *vid.*

*Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la Encuesta CIS-3.000. Percepción de la discriminación en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014. Disponible en: <[https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles\\_discr.>](https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles_discr.>)

39 El Código Penal, tras la modificación operada por la LO de 1 de julio de 2015, establece una nueva definición del delito de incitación al odio y a la violencia, en el artículo 510, estableciendo tres supuestos de hecho: a) El fomento o la incitación al odio y a la hostilidad contra grupos o personas por su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual; b) La difusión de material que fomente o promueva dicho odio o violencia; c) La negación pública o el enaltecimiento de los delitos cometidos contra grupos o personas, por razón de su pertenencia a una determinada religión, etnia, origen, sexo, enfermedad u orientación sexual. *Vid.* ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) 51” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2<sup>a</sup> edición, 2015, pp. 1258- 1279.

40 En la que se califica como discriminatorio todo acto que “directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”.

41 Documento disponible en: <[www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-97-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-97-1.PDF)>. <BOE de 10 de marzo de 2017>.

42 Ya añade: “Entre los propósitos de esta ley está el de trasponer de manera más adecuada los objetivos y fines de las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE, lo que sólo se hizo parcialmente en la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social”.

general, frente a las leyes sectoriales, que opera a modo de legislación general de protección ante cualquier discriminación (y no sólo de violencia de género, de discapacidad de sexo).<sup>43</sup>

### 3.2.2. Jurisprudenciales

Los aspectos probatorios de la legislación contra la discriminación resultan complejos y ello porque la discriminación no suele manifestarse de forma abierta y claramente identificable, por lo que la prueba de la discriminación directa suele resultar difícil aunque, por definición, la diferencia de trato se base «abiertamente» en una característica de la víctima.<sup>44</sup> Es decir, los casos en que las personas declaran abiertamente uno de los motivos protegidos como razón del trato diferente son relativamente escasos.<sup>45</sup> Un africano puede ser rechazado para un puesto indicando simplemente que está «menos cualificada» que el candidato español, en cuyo caso a la víctima le puede resultar difícil probar que ha sido objeto de una discriminación directa por razón de raza.

Aunque la persona que formula una reclamación es quien, normalmente, debe convencer al órgano decisor de la existencia de una discriminación, puede resultar especialmente difícil demostrar que el trato diferente recibido se debe a una determinada característica protegida, ya que el motivo subyacente a la diferencia de trato sólo está en la mente de su autor. Es decir, hay que convencer al tribunal de que la única explicación razonable de la diferencia de trato es la característica protegida de la víctima, como la raza.

Las detenciones e identificaciones policiales por origen étnico, la incitación al odio y a la violencia contra grupos y asociaciones por motivos racistas (utilizando también las redes sociales), acciones racistas amparados por la libertad ideológica y de expresión, la discriminación y tratos inhumanos y degradantes, son sólo algunas de las actuaciones que han motivado que se haya acudido a los tribunales españoles. Seguidamente, citaremos algunos de los casos, cada uno de los cuales es exponente de una buena parte de las manifestaciones de carácter racista que se producen en el ámbito español.

a) La *conducta de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley con respecto a la práctica de establecer perfiles étnicos* (identificaciones, detenciones) ha sido objeto de diversas denuncias. Destacamos el caso de Rosalind Williams,<sup>46</sup> que sufrió un control racista en 1992 tras bajar de un tren en Valladolid. Su marido viajaba con ella, pero solo se dirigieron a Williams. La razón se la proporcionó el agente policial que frenó su

43 En lo que se refiere respecta al ámbito subjetivo, toma como referencia el artículo 14 de la Constitución, junto a los seis motivos de discriminación recogidos en la normativa comunitaria (sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, religión o creencias y orientación sexual), incorpora expresamente dos nuevos motivos, enfermedad y orientación o identidad sexual.

44 Destacamos algunas sentencias de Tribunales españoles: a) Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID nº259/2010, de 30 de junio de 2010 – Asociación Blood&Honour; b) Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (Sección Séptima), nº 79/09 de 16 de julio de 2009 - Hammerskin España (HSE); c) Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, Sección 2ª, en Sentencia de 3 Septiembre 2008, rec. 197/2008, confirma la Sentencia del Juzgado nº 2 de lo Penal de Huelva de fecha 14 de abril de 2008, por los hechos ocurridos en la localidad de Cortegana, el 16 de enero de 2005; d) Sentencia del TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, de 8 de diciembre de 2009, sobre el asunto “Muñoz Díaz contra España” (demanda número 49151/07). Todas las sentencias pueden descargarse en: <[https://www.msssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_ConsejoIgualdad\\_Accesible.pdf](https://www.msssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_ConsejoIgualdad_Accesible.pdf)>. La inclusión de estadísticas oficiales sobre la aplicación de las disposiciones legales que prohíben la discriminación por motivos de origen racial o étnico permiten visualizar las acciones que se llevan a cabo y los resultados obtenidos. *Vid Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en España 2010*, pp.32-39; también, *Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/consejo.htm>>.

45 En el ámbito de la UE, puede encontrarse una excepción a esta regla, como en el asunto *Feryn*, en el que el propietario de una empresa belga advertía, mediante anuncios y verbalmente, que no contrataría «inmigrantes». El TJUE lo consideró un caso claro de discriminación directa por razón de raza u origen étnico TJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, Asunto C-54/07 [2008] Rec. I-5187, 10 de julio de 2008.

46 Decisión del COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU de 12 de agosto de 2009, Rosalind Williams Lecraft contra España. Disponible en: <[http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/williams/decision-sp\\_20090812.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/williams/decision-sp_20090812.pdf)>.

paso: "Tenemos instrucciones de identificar a gente como ella". Como ella, negra. La señora Williams LeCraft denunció este hecho ante la jurisdicción española, pero su denuncia fue desestimada. Según argumentó el Tribunal, "determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración" a la hora de hacer un control de Extranjería porque este hecho era "razonablemente indicio del origen no nacional". El fallo de 2001 del Tribunal Constitucional estableció que no era discriminatorio que la policía detenga a una persona para controlar su documentación porque ésta no parezca de origen español.<sup>47</sup>

Tras agotar la vía jurisdiccional interna y ser rechazado el recurso de amparo que presentó ante el Tribunal Constitucional, en 2001, la señora Williams LeCraft acudió al Comité de Derechos Humanos de la ONU, este Comité dictaminó en julio de 2009 que se trataba de un caso de discriminación por su origen racial. De acuerdo con el Comité de Derechos Humanos de la ONU, las autoridades de un país no pueden establecer, para realizar controles de identidad, que las características físicas o étnicas de los individuos sean consideradas un indicio de su residencia ilegal en su territorio. El ordenamiento jurídico español por el momento no recoge de forma explícita la prohibición estas prácticas policiales.<sup>48</sup>

En otros casos, las conductas de las fuerzas de orden público han sido calificadas no sólo de discriminatorias sino también de tratos inhumanos y degradantes. Es el caso de una mujer extranjera, de raza negra, que ejercía la prostitución, denunció haber sido golpeada con porras en la calle y haber recibido insultos racistas por parte de funcionarios de policía en España. En su sentencia del 24 de julio de 2012, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Tribunal de Estrasburgo) declaró que había habido una violación de los siguientes preceptos: del artículo 3 (que prohíbe la tortura y los tratos inhumanos o degradantes) y del artículo 14 (que prohíbe la discriminación) del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales debido a la ausencia de una investigación efectiva respecto a las denuncias de malos tratos formuladas por la demandante.<sup>49</sup>

b) *La incitación al odio y a la violencia contra grupos y asociaciones por motivos racistas.* Son numerosos los mensajes de carácter racista que se encuentran en publicaciones ("Habrá que hacer una política racial prohibiendo los matrimonios mixtos con otras razas"); páginas web, colgado como programa político ("Las etnias extrañas y ajenas al ser europeo y el mestizaje -en su caso, y en el grado que especifique la ley- serán considerados residentes"); canciones ("Que su sangre riegue el suelo de nuestra Nación. Sin descanso lucharemos hasta su expulsión") y otras muchas. Para no pocos juristas, políticos y sociólogos todas estas frases se inscriben dentro de una definición: el discurso del odio. En España, el Código Penal persigue el racismo, la xenofobia y la discriminación, pero lo que no está tan claro es hasta dónde se puede llegar en su defensa.

47 Cuarto Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), publicado en febrero de 2011, p.31 y p.45. Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm)>.

48 Las identificaciones y detenciones de perfil étnico por parte de funcionarios siguen siendo objeto de disputa. Por ello, cuando se producen estos casos, las organizaciones que respaldan la demanda lo siguen consideraron como una "oportunidad histórica" para responder a la esta sentencia dictada por el Tribunal Constitucional sobre las identificaciones policiales por perfil étnico que, en 2001 las había considerado legítimas en el marco de la Ley de Extranjería. Es el caso de Muhammad, de origen paquistaní con residencia en España desde hace diez años, que caminaba por Barcelona junto a un amigo de su misma nacionalidad cuando un coche patrulla frenó a su lado. Los agentes solicitaron su documentación. Según el relato del joven, tras entregársela sin reticencias, preguntó el motivo del control policial. El agente, apunta Zeshan, respondió: "Hombre, a un alemán no le voy a identificar. Porque eres negro. Y punto". La abogada Muhammad alegó que: "Poder ser parado e identificado por la policía en cualquier momento, lugar y situación, simplemente por tu aspecto físico, no sólo es ilegal por constituir una discriminación, sino que también atenta gravemente a la autonomía personal y el sentido de identidad de la persona". Se presentó recurso ante el Tribunal Constitucional, que no fue admitido por considerar el caso "no relevante". Se ha presentado demanda -apoyada por Sos Racisme Catalunya y Open Society Justice Initiative- ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

49 <<http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/Sentencia-Asunto-BS-Vs-Spain-MalosTratos-Racismo.htm>>

En algunos casos, sí ha habido condena, como en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de marzo de 2010 - Librería Europa,<sup>50</sup> pero en otras, no, como en la absolución de cuatro personas vinculadas a la librería Kalki, de Barcelona, acusadas de difundir material negacionista y racista. En síntesis, en este caso, el Supremo señala que aunque las ideologías y las expresiones no sean agradables, no pueden ser perseguidas penalmente porque no se trata de apología que produzca un efecto directo en ámbitos concretos.

Aquí surge la dificultad de la dificultad de determinar el alcance de la libertad de expresión cuando aparece unida a la libertad ideológica. Si las expresiones injuriosas con un componente sobreañadido de discriminación no plantean dificultad porque de por sí, ya las expresiones injuriosas son delictivas<sup>51</sup> como tampoco en relación con las expresiones que *directamente* provocan a la violencia. El problema radica en esa “zona gris” de la comunicación “que puede estimular, animar o llamar a reacciones de odio de forma indirecta y que superan la mera transmisión de simples ideas, informaciones o críticas”.<sup>52</sup>

La utilización de redes sociales dio lugar a la primera condena en España, en noviembre de 2006, por incitar al racismo y la xenofobia por Internet. Un juez de Lleida ha condenado a dos años de cárcel a Iván M.J., vecino de Tàrrega (Lleida), por incitar al racismo y a la xenofobia a través de Internet y a uno a su hermano gemelo Sergi por difundir mensajes racistas en una ‘fanzines’. Ha sido la primera sentencia en España en la que se ha aplicado el artículo 510 del Código Penal que castiga la incitación al odio y a la violencia contra grupos y asociaciones por motivos racistas, tras cometerse el delito a través de Internet. Además de las penas de prisión, se les ha impuesto unas penas pecuniarias.<sup>53</sup>

c) *Lesiones con la concurrencia de las agravantes de discriminación racista.* En febrero de 2007 coincidieron a la salida del bar de copas “Comandachina” Roberto A. y Miwa Buene. Roberto, se dirigió a Miwa Buene pidiéndole tabaco y fuego. Miwa Buene le contestó educadamente. Le dijo que no tenía ni tabaco ni fuego, a lo que Roberto, ya con gran agresividad, sin causa aparente alguna, le dijo “que era un hijo

50 En 1996, la librería Europa, situada en la ciudad de Barcelona, distribuía, difundía y vendía de forma habitual y continuada, todo tipo de materiales en soporte documental y videográfico, libros, publicaciones, cartas, carteles, etc..., en los que de forma reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante el período histórico de la Segunda Guerra Mundial. La inmensa mayoría de dichas publicaciones, contenían textos en los que se incita a la discriminación y al odio hacia la comunidad judía, considerándoles seres inferiores a los que se debe exterminar como “a las ratas”. La Audiencia Provincial de Barcelona condenó a Pedro Varela Geiss, propietario de la librería, como criminalmente responsable en concepto de autor de un delito de difusión de ideas genocidas y de un delito cometido con ocasión del ejercicio de los Derechos Fundamentales y de las Libertades públicas garantizados por la Constitución, en régimen de concurso real (artículos 607.2 y 510.1 del Código Penal), sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

51 Como señala la STC 214/1991, «*el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal*» priva de protección constitucional a la libertad de expresión. MORETÓN TOQUERO, M.A., “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, cit., pp10-11.

52 Tanto nuestro texto constitucional (art.20 CE) como el CEDH de 1950 (art.10.2) establecen unos límites a la libertad de expresión. Recordemos, en este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1990, de 11 de noviembre (caso *Violeta Friedman*), donde dice expresamente que «*ni el ejercicio de la libertad ideológica ni de la libertad de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad social*». Disponible en: < <http://hj.tribunalconstitucional.es/cs/Resolucion>Show/1853>>. Moretón clarifica que, posteriormente, sentencia 235/2007, de 7 de noviembre, el Tribunal Constitucional, se apartó de la tendencia de muchos países europeos (singularmente Alemania y aquellos que acogen un sistema de «democracia militarista») y también de una abundante jurisprudencia del TEDH, para acercarse al sistema norteamericano en el que la libertad de expresión se reconoce con mucha más amplitud. El Tribunal, por un lado, excluyó el delito de negación del genocidio del «discurso del odio» y del Código Penal, por no representar un peligro potencial para los bienes jurídicos pero, al tiempo, mantuvo la posibilidad de castigar la justificación del genocidio cuando ésta equivalga a una incitación a su comisión.” MORETÓN TOQUERO, M. A., “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, cit., p.12.

53 “El ciberodio, en sentido amplio, viene a comprender aquellas conductas de odio (motivadas por un prejuicio excluyente o discriminador) susceptibles de ser cometidas a través de este medio”. MORETÓN TOQUERO, M.A., “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, cit., p.7.

de puta por no tener tabaco ni fuego". Miwa Buene, le contestó diciéndole: "pues ya somos dos, los hijos de puta, pues tu tampoco tienes ni tabaco ni fuego". Esta respuesta irritó a Roberto A. quien con grandes voces y agresividad siguió insultando a Miwa Buene. Le dijo: "puto negro, puto mono, tu sitio no está en este país". "Tu sitio es el jardín zoológico con tus compañeros". "Arriba España, viva España". Acto seguido Roberto con la mano abierta y en el momento en el que Miwa Buene comenzaba a girarse para apartarse le propinó un brutal golpe en la zona inferior del lado izquierdo de la cara y comienzo del cuello que le fracturó de inmediato las vértebras C4, C5 y C6 lo que provocó que Miwa Buene cayera desplomado al suelo y quedara parapléjico. Actualmente sigue ingresado en un centro de Madrid en el que continúa ingresado para tratamiento rehabilitador de potenciación muscular para su adaptación al uso de silla de ruedas eléctrica con el objetivo de mejorar sus habilidades y autonomía.

La Audiencia Provincial de Madrid condenó a Roberto A. como autor responsable del delito de lesiones previsto en el artículo 149 del Código Penal, con la concurrencia de las agravantes de discriminación racista y alevosía a la pena de 10 años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena y a que abone a Miwa Buene, como responsabilidad civil, la cantidad de un millón quinientos setenta y tres mil setecientos setenta y nueve euros con ochenta y seis céntimos (1.573.779,86 €). La acción popular fue ejercida por Movimiento contra la Intolerancia.<sup>54</sup>

## Consideraciones finales

En la lucha contra la discriminación por razones de raza, hay que ser conscientes de que la legislación no basta para erradicar el racismo y la discriminación racial, pero también hay que considerar que ésta es esencial para combatir dichos fenómenos, y ello, por dos razones principales: en primer lugar, porque ofrecen medidas jurídicas apropiadas para combatir eficazmente el racismo y la discriminación racial, que actúen como elementos disuasorios y que, en la medida de lo posible, sean percibidas como satisfactorias por parte de las víctimas; y en segundo lugar, porque la acción del legislador estatal contra el racismo y la discriminación racial también desempeña una importante función educativa en la sociedad al transmitir convincentemente el mensaje de que no se tolerará ningún intento de legitimar el racismo y la discriminación racial en una sociedad regida por las leyes.

Junto a la legislación, la jurisprudencia permite clarificar, en los supuestos concretos, aspectos relativos a la naturaleza de la discriminación, los titulares, la naturaleza y los límites. Todo ello en aras de consolidar un principio de discriminación con entidad propia. No resulta suficiente con "tolerar" al otro, al diferente (por origen étnico, raza o nacionalidad), a la minoría. La tolerancia se suele interpretar como una actitud con cierto matiz ofensivo (condecdencia con respecto al otro) porque presupone un reconocimiento, pero debe ir más allá, hacia una posición de igualdad con respecto al otro. Es ahí donde situamos el reto para el futuro, en la "otredad", en el reconocimiento del otro, no por un acto de caridad o de tolerancia, sino de igualdad.

Legislación, jurisprudencia, campañas de concienciación de Organismos y distintas entidades no son suficientes para atajar la discriminación por razones étnicas. La educación en Derechos humanos y, por ende, en todas las proyecciones de la igualdad, constituye el complemento imprescindible en la consecución del objetivo de erradicar la discriminación.

54 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 717/2010, de 28 de junio de 2010 – Caso Miwa Buene.

## REFERENCIAS

- BRAVO LÓPEZ, F., ¿Qué es la islamofobia?, Documentación Social Cáritas, 2010
- CALVO BUEZAS, T., *España racista? Voces payas sobre los gitanos*, Barcelona, Anthropos Editorial del Hombre, 1990.
- CARRATALÁ, A. / HERREO-JIMÉNEZ, B., “Comunicación contra el odio: Análisis del estado de la discriminación en España y propuestas de actuación política, educativa y mediática”, Estudios de Progreso, Fundación Alternativas, nº91, 2017. Disponible en: <<http://www.fundacionalternativas.org/estudios-de-progreso/documentos/documentos-de-trabajo/comunicacion-contra-el-odio-analisis-del-estado-de-la-discriminacion-en-espana-y-propuestas-de-actuacion-politica-educativa-y-mediatica>>.
- DE LUCAS, J. *El desafío de las fronteras: Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de hoy, 1994.
- ELÓSEGUI ITXASO, M., “Las recomendaciones de la ECRI sobre discurso del odio y la adecuación del ordenamiento jurídico español a las mismas” en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 44, 2017.
- MORETÓN TOQUERO, Mª. A., “El “ciberodio”, la nueva cara del mensaje de odio: entre la cibercriminalidad y la libertad de expresión”, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 27, mayo 2012.
- ROIG TORRES, M., “Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512) 51” en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (Director) *Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2ª edición, 2015, pp. 1258- 1279.

## DOCUMENTOS, INFORMES, LEGISLACIÓN

“Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y Memorandum explicativo”, adoptada el 8 de diciembre de 2015, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) Consejo de Europa, Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p.15. Disponible en: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/.../REC-15-2016-015-SPA.pdf>>.

“Recomendación General nº 7 de política general de la ECRI sobre legislación nacional para combatir el racismo y la discriminación racial”, aprobada el 13 de diciembre de 2002. Versión española. Disponible en: <<https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/gpr/...n7/REC7-2003-8-ESP.pdf>>

*Manual de Legislación Europea contra la discriminación*, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea- Consejo de Europa, Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la UE, 2010. Disponible en: <[https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA\\_CASE\\_LAW\\_HANDBOOK\\_ES.pdf](https://fra.europa.eu/sites/default/.../1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf)>.

*Invertir en igualdad y no discriminación: Hacia unas políticas públicas más eficientes e inclusivas*. Disponible en: [http://www.igualdadynodiscriminacion.msssi.es/destacados/manual\\_Formac\\_inv\\_Igualdad.htm](http://www.igualdadynodiscriminacion.msssi.es/destacados/manual_Formac_inv_Igualdad.htm)

Reglamento nº1035/97 del Consejo, de 2 de junio de 1997, por el que se crea un Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia.

Informe de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones sobre las actividades del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia /\* COM/2000/0625 final \*/ Disponible en: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52000DC0625>>.

“Informe del Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia”. A/HRC/32/50, presentado el 13 de mayo de 2016, durante el 32 Consejo de Derechos Humanos. Asamblea General de Naciones Unidas. Disponible en: <[www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid...](http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid...)>.

“Informes de la Red Europea de Información sobre el Racismo y la Xenofobia –RAXEN–”. <<http://www.movimientocontraintolerancia.com/html/raxen/raxen.asp>>.

COMISIÓN EUROPEA. "Discrimination in the European Union: Perceptions, Experiences and Attitude", *Special Eurobarometer nº 296*, 2008, Directorate General Employment, Social Affairs and Equal Opportunities, en <<http://www.stopdiscriminacion.org/archivos/estadisticas/2008-Eurobarometro.pdf>>.

Recomendaciones de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (versión española): <http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm>.

*Racism and discrimination in the context of migration in Europe. ENAR Shadow Report 2015-2016*. Disponible en: <<http://www.accem.es/enar-publica-un-nuevo-informe-sobre-el-racismo-y-la-xenofobia-en-europa/>>.

*Informe anual sobre la situación de la discriminación y la aplicación del principio de igualdad de trato por origen racial o étnico en España 2010*, pp.27-28. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/consejo.htm>>.

*Informe Anual 2017 sobre el racismo en el Estado español*, SOS Racismo 2017. <<http://www.sosracismomadrid.es/web/blog/2017/09/15/informeannual2017/>>.

*Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la Encuesta CIS-3.000. Percepción de la discriminación en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014. Disponible en: <[https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles\\_discr](https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles_discr)>.

Ley contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, 19/2007, de 11 de julio.

<[canarias-semanal.org/.../mecanico-acusado-por-delito-de-odio-por-negarse-a-arreglar](http://canarias-semanal.org/.../mecanico-acusado-por-delito-de-odio-por-negarse-a-arreglar)>.

«Legislación sobre los Delitos de odio (Guía Práctica)». Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/legislacionDelitosVinculando.pdf)>.

*Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*, Dirección General contra la Discriminación, Ministerio de Igualdad, Madrid, Colectivo Ioé y Heliconia, 2009. Disponible en: <<https://www.colectivoioe.org/.../69357c3b95b7ed349fb34bd8866f37e18ce01c2b.pd>>.

«Herramientas de Recogida de Datos y Monitorización de Delitos de Odio. Disponible en: <[blog.educalab.es/cniie/2017/07/18/19051/](http://blog.educalab.es/cniie/2017/07/18/19051/)>.

«Persecución penal de los delitos de odio» Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/PersecucionPenalDelitosOdio.pdf](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/PersecucionPenalDelitosOdio.pdf)>.

*Cuarto Informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI)*, publicado en febrero de 2011. Disponible en: <[www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm](http://www.empleo.gob.es/oberaxe/es/normativa/internacional/ce/ecri/index.htm)>.

*Estudio anual sobre la discriminación por el origen racial o étnico: la percepción de las potenciales víctimas 2011*. Disponible en: <<https://www.msssi.gob.es/ssi/igualdadOportunidades/noDiscriminacion/consejo.htm>>.

*Motivos de discriminación en España. Estudio exploratorio*, Dirección General contra la Discriminación, Madrid, Ministerio de Igualdad, Elaboración de Colectivo Ioé y Heliconia 2009. Disponible en: <<https://www.colectivoioe.org/.../69357c3b95b7ed349fb34bd8866f37e18ce01c2b.pdf>>

*Los perfiles de la discriminación en España: Análisis de la Encuesta CIS-3.000. Percepción de la discriminación en España*, Madrid, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2014. Disponible en: <[https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles\\_discr](https://www.msssi.gob.es/.../igualdadOportunidades/noDiscriminacion/.../Perfiles_discr)>.

Proposición de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la no Discriminación, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, el 10 de marzo de 2017. Documento disponible en: <[www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-97-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-97-1.PDF)>. <BOE de 10 de marzo de 2017>.

## JURISPRUDENCIA

TEDH, *Paraskeva Todorova contra Bulgaria* (nº. 37193/07), 25 de marzo de 2010.

TEDH, *Oršuš y otros contra Croacia [GC]* (n.o 15766/03), 16 de marzo de 2010, párrs. 152 y 153.

TEDH, sentencia del 24 de julio de 2012. Disponible en: <<http://www.derechoshumanos.net/jurisprudencia/TEDH/Sentencia-Asunto-BS-Vs-Spain-MalosTratos-Racismo.htm>>

TEDH, de 8 de diciembre de 2009, sobre el asunto “Muñoz Díaz contra España” (demanda número 49151/07). Disponible en: <[https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_Consejoigualdad\\_Accesible.pdf](https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_Consejoigualdad_Accesible.pdf)>.

Decisión del COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU de 12 de agosto de 2009, Rosalind Williams Lecraft contra España. Disponible en: <[http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/williams/decision-sp\\_20090812.pdf](http://www.soros.org/initiatives/justice/litigation/williams/decision-sp_20090812.pdf)>.

TJUE, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding contra Firma Feryn NV*, Asunto C-54/07 [2008] Rec. I-5187, 10 de julio de 2008.

Defensor del Principio de Igualdad (Eslovenia), Decisión n. UEM-0921-1/2008-3, 28 de agosto de 2008. Resumen disponible en: Red europea de expertos jurídicos en materia de no discriminación, *European AntiDiscrimination Law Review*, 8 (julio de 2009), p.64.

STC 214/1991, de 11 de noviembre. Derecho al honor de Violeta Friedman. Disponible en: <[www.derechoconstitucional.es/.../caso-violeta-friedman-derecho-al-honor-stc-214-19](http://www.derechoconstitucional.es/.../caso-violeta-friedman-derecho-al-honor-stc-214-19)>.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid nº 717/2010, de 28 de junio de 2010 – Caso Miwa Buene. Disponible en: <[https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_Consejoigualdad\\_Accesible.pdf](https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_Consejoigualdad_Accesible.pdf)>.

Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID nº259/2010, de 30 de junio de 2010 – Asociación Blood&Honour. Disponible en: <[https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_Consejoigualdad\\_Accesible.pdf](https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_Consejoigualdad_Accesible.pdf)>.

Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID (Sección Séptima), nº 79/09 de 16 de julio de 2009 - Hammerskin España (HSE). Disponible en: <[https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_Consejoigualdad\\_Accesible.pdf](https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_Consejoigualdad_Accesible.pdf)>.

Sentencia de la AUDIENCIA PROVINCIAL DE HUELVA, Sección 2ª, en Sentencia de 3 Septiembre 2008, rec. 197/2008. Disponible en: <[https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010\\_Informe\\_Anual\\_Consejoigualdad\\_Accesible.pdf](https://www.mssi.gob.es/ssi/.../2010_Informe_Anual_Consejoigualdad_Accesible.pdf)>.

# **ADESÃO AO PROGRAMA INTITULADO SEGURO-DESEMPREGO COMO MECANISMO DE GARANTIA DOS EMPREGOS E ENFRENTAMENTO DA ATUAL CRISE BRASILEIRA**

Paulo César do Amaral de Pauli<sup>1</sup>

## **Considerações Iniciais**

Desde as atuais grandes crises econômicas que atingiram a América do Norte e Europa, os níveis de desemprego apenas aumentaram. No Brasil vivenciamos atualmente uma crise sem precedentes, e o direito do trabalho concentra as transformações decorrentes dessa crise. A marcha lenta da economia global está aumentando a agitação social pelo mundo, e o Brasil, com a piora no mercado de trabalho local, fomenta esse mal-estar.

O crescimento econômico mundial continua decepcionante, sem motivar a criação de empregos suficientes para compensar o número de pessoas que ingressam no mercado de trabalho, quiçá recolocarem no mercado de trabalho aqueles que perderam seus empregos.

Estima a OIT que a taxa mundial de desemprego deverá subir de 5,7% para 5,8% em 2017, elevando o contingente de desempregados em 3,4 milhões de pessoas na comparação com o ano anterior. Ao todo, serão 201,1 milhões de pessoas sem emprego no planeta<sup>2</sup>.

Em momentos de crise como a que o Brasil atualmente atravessa, passa a existir questionamentos de ordem econômica, política, social, dentre outras<sup>3</sup>, sobretudo quanto à existência de um ordenamento jurídico trabalhista que assegura aos trabalhadores um núcleo de direitos e garantias, que se torna inoperante quando estes trabalhadores acabam eliminados desse sistema em decorrência da ruptura do contrato de trabalho, sem ter qualquer perspectiva de inserção no mercado de trabalho. Sem emprego o direito do trabalho se fragiliza, pois não há salários, férias, 13º salário, FGTS, etc., ou seja, o trabalhador fica excluído do contexto social. A inclusão das prestações de desemprego, preservação dos postos de trabalho pelo programa seguro-emprego e de manutenção na área dos direitos sociais constitui fator de amparo da cidadania social, por seu efeito integrativo e de redução de desigualdade dos excluídos.

A crise econômica gera, assim, um fenômeno ruinoso para o direito do trabalho, onde a tutela laboral resulta inútil ante a uma significativa gama de trabalhadores desempregados, surgindo, como destacado um

<sup>1</sup> Advogado, mestre e Doutor em direito.

<sup>2</sup> <http://www.bbc.com/portuguese/internacional-38593908> acesso em 16 de março 2017

<sup>3</sup> A Organização Mundial do Trabalho (OIT) divulgou um relatório que relaciona a marcha lenta da economia global e o desemprego com a possibilidade de aumento de protestos e manifestações violentas. No Brasil, o chamado Índice de Agitação Social, que mede a "saúde social" do país, avançou 5,5 pontos em 2016, enquanto no resto do mundo subiu apenas 0,7 pontos. <http://www.jb.com.br/pais/noticias/2017/01/15/com-desemprego-e-crise-economica-pais-caminha-para-nova-onda-de-protestos/>

direito do trabalho de exclusão, onde um significativo número de trabalhadores fica excluído da tutela laboral<sup>4</sup>, em virtude de não estar mais inserido em uma relação de emprego delineada pelo artigo 3º da Consolidação das Leis do Trabalho (BRASIL, 1943).<sup>5</sup>

Ao entalar os valores sociais do trabalho, como um dos princípios fundamentais da República (CF, art.1º, IV)<sup>6</sup> e prescrever que a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar social e a justiça social (art. 193)<sup>7</sup>, a Constituição brasileira, não apenas erigiu o trabalho em valioso bem individual e social, como, mais ainda, o incorporou à ordem jurídica e o integrou à sociedade ao proclamar o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 5º, XIII)<sup>8</sup>.

A vertente jurídica das medidas de tutela ao desemprego, atrai sua consideração para o plano do direito ao trabalho, visualizado como o direito de cada pessoa à oportunidade de ganhar sua vida com o trabalho, livremente escolhido ou aceito, conforme previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU, 1948), e no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (ONU, 1966), das Nações Unidas. No desempenho dessa tarefa comum, sob uma visão global da política de emprego, preconizada pela OIT, nas reuniões sobre ajuste estrutural, realizadas em Genebra, em 1987 (OIT, 1987), em Nairóbi, em 1989 (OIT, 1989), e em Caracas, em 1991 (OIT, 1991), cumpre invocar disposições da Convenção 168, de 1988 (OIT, 1988), no sentido de que representam papel importante os métodos de provimento de benefício contra o desemprego, uma vez que podem contribuir, para a promoção de emprego pleno, produtivo e livremente escolhido.

Aos que ainda não entraram no mercado de trabalho ou aos que dele foram alijados, com a perda de emprego, é de necessário que venham a ter proteção em seu estado de carência e oportunidades necessárias à inserção na vida profissional. O desígnio do Programa busca alternativas objetivando a manutenção dos postos de trabalho.

O presente artigo propõe-se a repassar as principais regras que disciplinam o Programa de Proteção ao Emprego, com ênfase na garantia de emprego e nas questões possíveis de ocasionar controvérsia jurisprudencial e doutrinária.

## 2. Do seguro-desemprego ao seguro-emprego

Antes de adentrarmos na abordagem do tema proposto, necessário realizar uma breve investida sobre a evolução legislativa do seguro-desemprego até o surgimento do seguro-emprego em nosso ordenamento, introduzido pela Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015, posteriormente alterada pela Medida Provisória nº 761, de 22 de dezembro de 2016, e finalmente convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017.

O seguro desemprego formal foi instituído pela Lei n.º 7998, de 11 de janeiro de 1990, alterado pela Lei n.º 8.900, de 30 de junho de 1994, com a finalidade de prover assistência financeira temporária a trabalhadores

4 Segundo dados do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), o desemprego no Brasil está em 11,9%, índice do trimestre encerrado em novembro de 2016, com 12,1 milhões de pessoas nesta situação. A OIT projeta o índice de desemprego no Brasil neste ano (2017) em 12,4%, um ponto acima do percentual de 2016. Para 2018, a projeção também é de 12,4%.

5 Art. 3º. Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

6 Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: inciso IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

7 Art. 193 da CF: A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

desempregados sem justa causa, e auxiliá-lo na manutenção e na busca de emprego, provendo para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional, possuindo previsão constitucional (artigos 7º, II, 201, III, e 239 da Constituição Federal)<sup>9</sup>, além de ter respaldo em Convenções da OIT (102 e 168) que tratam respectivamente sobre normas mínimas sobre a seguridade social e à promoção do emprego e proteção ao desemprego.

É um benefício integrante da seguridade social que tem por objetivo, além de prover assistência financeira temporária ao trabalhador desempregado sem justa causa, auxiliá-lo na manutenção e na busca de emprego, promovendo para tanto, ações integradas de orientação, recolocação e qualificação profissional.

No direito do trabalho brasileiro a tutela sempre esteve direcionada ao trabalhador desempregado, com recursos do FAT<sup>10</sup>. O Governo Federal na tentativa de combater os reflexos sobre o mercado de trabalho irradiados pela crise econômica que o País atravessa<sup>11</sup> cria mecanismos com o objetivo de manter os postos de trabalho<sup>12</sup>. Trata-se sem dúvida de resposta ao preocupante e crescente número de desempregados no Brasil.<sup>13</sup> O Ministério do Trabalho contabilizou 188 pedidos de adesão ao programa.<sup>14</sup>

Constatando esse fenômeno, no início de julho de 2015, o Governo Federal editou a Medida Provisória nº 680, que instituiu o chamado Programa de Proteção ao Emprego - PPE, diploma este convertido na Lei nº 13.189 em novembro do mesmo ano, posteriormente alterada pela Medida Provisória 761 de 2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017.

9 Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: III - proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário;

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 dispor, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

10 O Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT é um fundo vinculado ao Ministério do Trabalho – MTb, cujos recursos são destinados ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego e do Abono Salarial e ao financiamento de programas de desenvolvimento econômico.

11 A crise brasileira ganhou proporções ainda maiores em razão da elevação da taxa de juros e do expressivo aumento da inflação, o que repercute diretamente na desaceleração da atividade empresarial, propiciando mais desemprego e a acentuada defasagem do poder de compra dos trabalhadores ativos.

12 Parágrafo único do artigo 3º da MP nº 761. O PSE consiste em ação para auxiliar os trabalhadores na preservação do emprego, nos termos do inciso II do **caput** do art. 2º da Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990” (NR).

13 A deterioração do mercado de trabalho no Brasil é muito mais profunda do que indicam as pesquisas tradicionais. Segundo estudo comparativo do banco Credit Suisse, o Brasil está entre os recordistas globais do chamado desemprego ampliado. O levantamento indica que o Brasil tem a sexta maior taxa de desemprego ampliado entre 31 países desenvolvidos e emergentes que foram avaliados. Em síntese, a taxa de desemprego tradicional considera apenas quem procura trabalho e não encontra. A taxa de desemprego ampliada usa uma métrica mais complexa: inclui quem faz bico por falta de opção e trabalha menos do que poderia ou desistiu de procurar trabalho – sofre do chamado desalento. De acordo com os dados mais recentes, do terceiro trimestre de 2016, a taxa de desemprego ampliado do Brasil bateu em 21,2% – quase o dobro do desemprego oficial, que nesse período alcançou 11,8%. Por esse critério, perto de 23 milhões de brasileiros estariam desempregados ou subutilizados. <http://economia.estadao.com.br/noticias/geral/desemprego-ampliado-no-brasil-e-de-21-2-quase-o-dobro-da-taxa-oficial,70001637778>

14 O setor fabril concentra 97 requisições, seguido automobilístico, com 26 solicitações. Entre os Estados, a maior parte das adesões se concentra em São Paulo (112), Rio Grande do Sul (19), Rio de Janeiro (18) e Minas Gerais (17). <http://portal.imprensanacional.gov.br/destaques/ddo/ministerio-do-trabalho-e-emprego>

Em 23 de dezembro de 2016, foi publicado no Diário Oficial da União a Medida Provisória nº 761, de 22 de dezembro de 2016<sup>15</sup>, que modifica e prorroga por mais dois anos a vigência do Programa de Proteção ao Emprego (PPE), denominando-o agora Programa Seguro-Emprego (PSE)<sup>16</sup>, mantendo-se os objetivos do programa anterior (PPE)<sup>17</sup> contidos no art. 1º da Lei nº 13.189/2015.

O núcleo central da política pública é mantido na Medida Provisória nº 761/2016, convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017 onde as empresas que aderirem ao PSE poderão adotar uma redução na jornada de trabalho e nos salários de até 30%.<sup>18</sup>

### 3. Da finalidade e Adesão ao PSE (Programa Seguro-Emprego)

As empresas em dificuldades econômico-financeiras passaram a poder aderir ao Programa Seguro-Emprego (PSE), que traz benefícios em três níveis distintos.

Em primeiro lugar, ele beneficia o empresário, ao lhe permitir que ajuste “seu fluxo de produção à demanda”, mantenha em seus quadros os seus empregados “já qualificados” e reduza “custos com demissão e admissão”. Em segundo, beneficiam-se os trabalhadores, que preservariam “os empregos e a maior parte de seus rendimentos” em um período de incertezas no mercado de trabalho. Por fim, o PSE seria atrativo para o Governo, pois permitiria a economia com os gastos do seguro-desemprego e com outras políticas de mercado de trabalho.<sup>19</sup>

Esse tríplice benefício encontra-se em harmonia com a Constituição Federal que consagra como fundamento da República, a proteção ao trabalho, à livre iniciativa e dignidade da pessoa humana.<sup>20</sup>

O prazo de adesão ao Programa Seguro-emprego findou em 31.12.2017, observado o prazo máximo de permanência de vinte e quatro meses, na forma do que preceitua a Lei 13.456 de 26 de junho de 2017<sup>21</sup>

15 Altera o Programa de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015, para denominá-lo Programa Seguro-Emprego e para prorrogar seu prazo de vigência, onde na Explicação da Ementa refere:

A Medida Provisória altera a denominação do Programa de Proteção ao Emprego (PPE), de que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015, para Programa Seguro-Emprego (PSE). O Programa, em sua nova versão, permite a redução em até 30% da jornada e do salário do trabalhador. Para isso, o Governo compensa 50% do valor da redução salarial, limitada a 65% do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, utilizando recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT). A Medida Provisória estabelece, ainda, os critérios de elegibilidade e as condicionalidades a serem adotados pelas empresas; inova ao estabelecer a prioridade às Micro Empresas e Empresas de Pequeno Porte (MPEs) na adesão ao Programa; continua vedando a dispensa arbitrária ou sem justa causa na vigência do Programa e durante o equivalente a um terço desse período, bem como mantém a exigência de acordo coletivo de trabalho específico celebrado entre a empresa e o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante da empresa. Além disso, a Medida Provisória estabelece os critérios de exclusão de empresas ao Programa e prorroga o seu prazo de vigência até 31 de dezembro de 2018.

16 Art. 1º O Programa de Proteção ao Emprego - PPE, instituído pela Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015, passa ser denominado Programa Seguro-Emprego - PSE, como política pública de emprego ativa.

17 1. preservar empregos em momento de retração da economia; 2. ajudar na recuperação econômico-financeira das empresas; 3. sustentar a demanda agregada durante momentos de adversidade, facilitando a recuperação da economia; 4. estimular a produtividade do trabalho por meio da manutenção da relação de emprego; 5. fomentar a negociação coletiva; e 6. aperfeiçoar as relações de emprego.

18 Artigo 5º da MP 761 convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017, estabelece: O acordo coletivo de trabalho específico para adesão ao PSE, celebrado entre a empresa e o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante da empresa, pode reduzir em até trinta por cento a jornada e o salário.

19 Os benefícios nos três níveis distintos estão previstos na exposição de motivos da Lei 13.189, de 19 de novembro de 2015, alterada pela Medida Provisória nº 761 de 22 de dezembro de 2016, e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017.

20 O Estado Democrático de Direito, foi fundado na dignidade da pessoa humana e nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CFB/1988, art. 1º, inciso III e IV).

21 § 1º A adesão ao PSE pode ser feita junto ao Ministério do Trabalho, até o dia 31 de dezembro de 2017, observado o prazo máximo de permanência de vinte e quatro meses, na forma definida em regulamento, respeitada a data de extinção do Programa.

A prioridade de adesão<sup>22</sup> é para empresas que demonstrem observar a cota de pessoas com deficiência<sup>23</sup> e as microempresas e empresas de pequeno porte;

As microempresas e as empresas de pequeno porte que aderiram ao programa poderão contar com o apoio técnico do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE conforme previsão contida no parágrafo 3º do artigo 2º<sup>24</sup>.

O artigo 3º da Lei 13.189/2015 alterada pela Medida Provisória 791/2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017, estabelece que possam aderir ao PSE às empresas que se enquadram nas condições estabelecidas pelo Comitê do Programa de Proteção ao Emprego criado pelo Decreto nº 8.479, de 06 de julho de 2015, independente do setor econômico, e que cumpram requisitos<sup>25</sup>. A solicitação de adesão será apresentada ao Ministério do Trabalho até o prazo anteriormente referido.

#### 4. Da Redução de jornada e salários

A autorização para redução de jornada, com a diminuição proporcional de salários, não é algo novo no ordenamento jurídico brasileiro. Antes mesmo da edição da Constituição Federal de 1988, o art. 503 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT<sup>26</sup> já a previa nas hipóteses de força maior.

No tocante aos casos de dificuldade econômico-financeira, a Lei nº 4.923/1965<sup>27</sup> permitia que as reduções fossem levadas a efeito mediante negociação coletiva de trabalho. Tal diploma, entretanto, limitava a redução salarial a 25% durante um prazo máximo de 3 meses.

Certo é que os limites estabelecidos naquela lei foram ampliados pela Lei nº 13.189/2015, alterada pela Medida Provisória 761/2016, e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017.

22 § 2º Tem prioridade de adesão à empresa que demonstre observar a cota de pessoas com deficiência, as microempresas e empresas de pequeno porte, observados os critérios definidos pelo Poder Executivo federal.

23 Le nº 8.213, de 24 de julho de 1991, em seu artigo 93 estabelece que a empresa com 100 ou mais funcionários está obrigada a preencher de dois a cinco por cento dos seus cargos com beneficiários reabilitados, ou pessoas portadoras de deficiência, na seguinte proporção: Até 200 funcionários 2%; de 201 a 500 funcionários 3%; de 5001 a 1000 funcionários 4% e de 1001 funcionários em diante 5%.

24 § 3º As microempresas e as empresas de pequeno porte que aderirem ao PSE poderão contar com o apoio técnico do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - Sebrae" (NR).

25 I - celebrar e apresentar acordo coletivo de trabalho específico, nos termos do art. 5º; II - apresentar, ao Ministério do Trabalho, solicitação de adesão ao PSE; (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016); III - apresentar a relação dos empregados abrangidos, especificando o salário individual; IV - ter registro no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ há, no mínimo, dois anos; V - comprovar a regularidade fiscal, previdenciária e relativa ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS; e VI - comprovar a situação de dificuldade econômico-financeira, fundamentada no Indicador Líquido de Empregos - ILE, considerando-se nesta situação a empresa cujo ILE seja igual ou inferior ao percentual a ser definido em ato do Poder Executivo federal, apurado com base nas informações disponíveis no Cadastro Geral de Empregados e Desempregados - CAGED, consistindo o ILE no percentual representado pela diferença entre admissões e demissões acumulada nos doze meses anteriores ao da solicitação de adesão ao PSE dividida pelo número de empregados no mês anterior ao início desse período (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016).

26 Art. 503. É lícita, em caso de força maior ou prejuízos devidamente comprovados, a redução geral dos salários dos empregados da empresa, proporcionalmente aos salários de cada um, não podendo, entretanto, ser superior a 25%, respeitado, em qualquer caso, o salário mínimo.

27 Art. 2º da Lei 4.923/65- A empresa que, em face de conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa dos seus empregados, homologado pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, se ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário-mínimo regional e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

O inciso III do art. 5º da Lei nº 13.189/2015 alterada pela MP 761/2016 e convertida na Lei 13.456/17<sup>28</sup> prevê que a diminuição de jornada pode ser acompanhada da redução proporcional do salário, mas nada refere se essa redução também incidiria sobre outros benefícios, como adicionais por tempo de serviço, gratificações, etc.

O PSE permite que as empresas participantes reduzam as jornadas de trabalho de seus empregados em até 30%, com a diminuição proporcional dos salários. Cabe à empresa determinar o percentual da redução, de acordo com sua realidade econômico-financeira, o qual deverá ser negociado com o sindicato profissional.

A exigência de negociação com o sindicado representativo da categoria profissional, nem precisaria constar expressamente da Lei nº 13.189/2015, na medida em que o art. 7º, inciso VI, da Constituição Federal expressamente prevê a observância desta formalidade.

Embora não exista referência no PSE é nosso entendimento de que qualquer benefício que tenha como base de cálculo o salário do trabalhador sofrerá a redução proporcional, como efeito direto da diminuição da base sobre a qual ele é calculado. Por outro lado, as demais parcelas de natureza remuneratória que sejam estabelecidas em valor fixo, dissociado do salário-base, não sofrerão a redução proporcional, sendo necessário expresso ajuste com o sindicato profissional para que seja possível a redução proporcional.

## 5. Do Formato, Abrangência e Prazo de Vigência

A redução da jornada de trabalho, com consequente diminuição de salário, está condicionada à celebração de Acordo Coletivo de Trabalho<sup>29</sup> específico com o sindicato que represente a categoria profissional preponderante na empresa que aderir ao PSE. O ajuste deve abranger todos os empregados da empresa, ou, no mínimo, os empregados de setor ou estabelecimento específico (art. 5º, § 6º, da lei 13.189, alterada pela MP 761, de 2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017).

28 Art. 5º O acordo coletivo de trabalho específico para adesão ao PSE, celebrado entre a empresa e o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante da empresa, pode reduzir em até trinta por cento a jornada e o salário.

29 Art. 5º O acordo coletivo de trabalho específico para adesão ao PSE, celebrado entre a empresa e o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante da empresa, pode reduzir em até trinta por cento a jornada e o salário. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016); § 1º O acordo deve ser aprovado em assembleia dos trabalhadores abrangidos pelo programa e deve dispor sobre: [...]; § 2º O acordo coletivo de trabalho específico de que trata este artigo não disporá sobre outras condições de trabalho que não aquelas decorrentes da adesão ao PSE. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016); § 3º A empresa deve demonstrar ao sindicato que foram esgotados os bancos de horas, além de fornecer as informações econômico-financeiras; § 4º É facultada a celebração de acordo coletivo múltiplo de trabalho específico a grupo de microempresas e empresas de pequeno porte, do mesmo setor econômico, com o sindicato de trabalhadores representativo da categoria da atividade econômica preponderante; § 5º Na hipótese do § 4º, a comissão paritária de que trata o inciso VI do § 1º será composta por representantes do empregador e do sindicato de trabalhadores que celebrar o acordo coletivo múltiplo de trabalho específico; § 6º Para fins dos incisos I e II do § 1º, o acordo deve abranger todos os empregados da empresa ou, no mínimo, os empregados de setor ou estabelecimento específico; § 7º Para fins do disposto no § 4º, cada microempresa ou empresa de pequeno porte deverá demonstrar individualmente o cumprimento dos requisitos exigidos para adesão ao PSE. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016); § 8º A redução de que trata o **caput** está condicionada à celebração de acordo coletivo de trabalho específico com o sindicato de trabalhadores representativo da categoria, observado o disposto no art. 511 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

§ 9º O número total de trabalhadores e de setores abrangidos pelo Programa de que tratam os incisos I e II do § 1º e a redução do percentual de que trata o inciso III do § 1º poderão ser alterados durante o período de adesão ao Programa, dispensada a formalização de termo aditivo ao acordo, observados os critérios a serem estabelecidos em ato do Poder Executivo federal. (Incluído pela Medida Provisória nº 761, de 2016)

De acordo com o art. 5º, § 1º, da Lei nº 13.189/2015, o acordo coletivo de adesão ao PSE deverá conter, pelo menos, os seguintes dados além daqueles previstos no art. 613 da CLT<sup>30</sup>:

(I) o número de empregados abrangidos e suas respectivas identificações; (II) os estabelecimentos ou os setores da empresa a serem abrangidos pelo PSE; (III) os percentuais de redução da jornada de trabalho e da remuneração; (IV) o período pretendido de adesão ao PSE; (V) o prazo de garantia de emprego, o qual dura, no mínimo ao período de redução da jornada acrescido de um terço, e (VI) salvo nas micro e pequenas empresas, a previsão de constituição de comissão paritária composta por representantes do empregador e dos empregados abrangidos pelo PSE para acompanhamento e fiscalização do Programa e do acordo (BRASIL, 1943).

Ante a omissão da lei, entendemos que composição da comissão paritária em questão (número de participantes e forma de escolha) fica a cargo da livre negociação entre empresa e empregados (estes representados pelo sindicato).

A adesão da empresa ao PSE operou-se até o dia 31 de dezembro de 2017 e tem duração de até 6 meses, podendo ser prorrogado por períodos de seis meses, desde que o período total não ultrapasse vinte e quadro meses<sup>31</sup> ou 31 de dezembro de 2018<sup>32</sup>, o que ocorrer primeiro.

## 6. Dos efeitos sobre os empregados que recebem salário mínimo.

Em qualquer caso, o valor do salário pago para cada trabalhador que for incluído no PSE, após a redução, não poderá ser inferior a um salário-mínimo.

Aqui nos parece fazer mais sentido que a Medida Provisória esteja fazendo referência ao mínimo nacional e não ao salário-mínimo profissional, não só porque a lei é um ato de caráter federal com aplicação indistinta a todas as categorias de trabalhadores, mas também por se tratar de uma norma de exceção, que tem por propósito, ao mesmo tempo, proteger o trabalhador e proporcionar um conforto nas finanças das empresas.

Uma eventual limitação da redução ao piso profissional atingiria com muito menos eficiência esse segundo propósito.

Resta apenas a dúvida sobre se esse limite de redução diz respeito ao salário-mínimo mensal ou à sua expressão em salário-hora. É que seria possível imaginar que, diante da redução de jornada proporcionada pelo PSE, teria incidência, no caso, a regra prevista na Orientação Jurisprudencial nº 358 do TST, que autoriza

30 Art. 613 - As Convenções e os Acordos deverão conter obrigatoriamente: (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). I - Designação dos Sindicatos convenientes ou dos Sindicatos e empresas acordantes; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). II - Prazo de vigência; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). III - Categorias ou classes de trabalhadores abrangidas pelos respectivos dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). IV - Condições ajustadas para reger as relações individuais de trabalho durante sua vigência; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). V - Normas para a conciliação das divergências sugeridas entre os convenientes por motivos da aplicação de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). VI - Disposições sobre o processo de sua prorrogação e de revisão total ou parcial de seus dispositivos; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). VII - Direitos e deveres dos empregados e empresas; (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). VIII - Penalidades para os Sindicatos convenientes, os empregados e as empresas em caso de violação de seus dispositivos. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967). Parágrafo único. As convenções e os Acordos serão celebrados por escrito, sem emendas nem rasuras, em tantas vias quantos forem os Sindicatos convenientes ou as empresas acordantes, além de uma destinada a registro. (Incluído pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967).

31 Artigo 5º, parágrafo 1º, inciso IV da Lei 13.189/2015- período pretendido de adesão ao PSE e de redução temporária da jornada de trabalho, que deve ter duração de até seis meses, podendo ser prorrogado por períodos de seis meses, desde que o período total não ultrapasse vinte e quatro meses; (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016 convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017).

32 Art. 11. O PSE extingue-se em 31 de dezembro de 2018. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016 convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017).

o pagamento do salário-mínimo de forma proporcional ao tempo trabalhado. No entanto, esta não nos parece a melhor interpretação, isto porque, como se sabe, o legislador não emprega palavras inúteis nas normas que edita. O Programa Seguro-Emprego, ao expressamente prever que o salário-mínimo deve ser respeitado pelo empregador, quis se referir à sua expressão mensal em termos absolutos (R\$ 954,00 a partir de 01.01.2018). Portanto, empregados que já recebem o salário-mínimo mensal, ficam excluídos da redução salarial decorrente da diminuição da jornada de trabalho.

Isso não significa, todavia, que eles fiquem excluídos do PSE. Seus efeitos a eles também se estendem, posto que o PSE considera todos os empregados da empresa, do estabelecimento ou do setor da empresa afetados pelo Programa Seguro-emprego.

Assim, na prática, os empregados que recebem remuneração equivalente ao salário-mínimo acabam se beneficiando da redução de jornada sem que, em contrapartida, o empregador possa abater-lhes proporcionalmente os salários. Eles também são agraciados com a garantia de emprego, mas não recebem a compensação pecuniária que será tratada no tópico seguinte.

## 7. Da compensação pecuniária e proibições

O programa prevê que o Governo Federal ficará responsável por pagar aos empregados abrangidos pelo PSE uma compensação pecuniária, equivalente a 50% do valor dos salários que restarem reduzidos com o Programa, conforme estabelece o artigo 4º da Lei 13.189 alterado pela MP 761/2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017<sup>33</sup>. Desse modo, embora o empregador possa ter uma economia de até 30% sobre a folha salarial, o impacto sofrido pelos trabalhadores, em regra, não será superior a 15% dos seus vencimentos, ou seja, metade do valor objeto de redução, cuja compensação pecuniária será quitada com recursos do Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

O artigo 6º da Lei 13.189, alterada pela MP 761/2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017, elenca proibições<sup>34</sup>, que implicam na exclusão do programa e impedimento de aderir novamente ao programa.

33 Art. 4º - Os empregados de empresas que aderirem ao PSE e que tiverem o seu salário reduzido, nos termos do art. 5º, fazem jus à compensação pecuniária equivalente a cinquenta por cento do valor da redução salarial e limitada a sessenta e cinco por cento do valor máximo da parcela do seguro-desemprego, enquanto perdurar o período de redução temporária da jornada de trabalho. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017).

34 I - dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PSE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão; e (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016); II - contratar empregado para executar, total ou parcialmente, as mesmas atividades exercidas por empregado abrangido pelo programa, exceto nas hipóteses de: a) reposição; b) aproveitamento de concluinte de curso de aprendizagem na empresa, nos termos do art. 429 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. c) efetivação de estagiário. (Incluído pela Medida Provisória nº 761, de 2016). d) contratação de pessoas com deficiência; e (Incluído pela Medida Provisória nº 761, de 2016). e) contratação de egresso dos sistemas prisional e de medidas socioeducativas. (Incluído pela Medida Provisória nº 761, de 2016). § 1º Nas hipóteses de contratação previstas no inciso II do caput, o empregado deve ser abrangido pelo acordo coletivo de trabalho específico. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016). § 2º Durante o período de adesão, é proibida a realização de horas extraordinárias pelos empregados abrangidos pelo programa.

## 8. Da vedação à contratação e à despedida sem justa causa, durante a permanência no PSE

Uma vez em vigor o Acordo Coletivo de Trabalho que formaliza o PSE, a empresa fica proibida de dispensar arbitrariamente ou sem justa causa<sup>35</sup> os empregados abrangidos pelo Programa Seguro-Emprego que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida.

Esse período de garantia de emprego vigora durante todo o tempo em que o trabalhador afetado estiver com sua jornada de trabalho reduzida, estendendo-se, após o término da redução, pelo prazo equivalente a um terço do tempo total de vigência do acordo coletivo do PSE.

Assim, se a empresa celebrar um acordo coletivo prevendo redução salarial por 6 meses, ela ficará impossibilitada de dispensar os trabalhadores abrangidos por 8 meses (os 6 da vigência do acordo, mais 2 meses pelo cômputo do 1/3 do tempo total de vigência do acordo). Ainda, caso o prazo de seis meses for prorrogado para 12 meses, a garantia do emprego perdurará por mais 4 meses após o término de vigência do acordo de redução de jornada e salários.

Não existe na Lei nº 13.189/2015, alterada pela MP 761/2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017 qualquer referência no tocante à exigência de redução salarial, como requisito para a aquisição da garantia de emprego, com o que aqueles empregados que recebem salário-mínimo também estarão tutelados pela referida garantia.

Ao criar a garantia de emprego, o art. 6º, I, da Lei no 13.189/2015, alterada pela MP 761/2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017 proíbe as empresas de “dispensar arbitrariamente ou sem justa causa”. O art. 7º da Constituição da República, mais especificamente, em seu inciso I, estabelece, como direito social, a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”. Para que exista tal direito, há a necessidade de vigorar no ordenamento jurídico a mencionada lei complementar.

A demissão é uma das possibilidades de cessação do contrato de trabalho, sendo importante ressaltar-se a possibilidade, atual, de demissão sem a justa causa, ou seja, por mera liberalidade do empregador, resolve-se pelo término da relação, sem fornecer ao empregado a opção de permanência ou qualquer outra medida asseguratória do vínculo. É inegável que o legislador constituinte, se não quis retomar a estabilidade no emprego, com certeza afirmou o princípio contrário à despedida arbitrária. A falta de Lei Complementar, nestes últimos anos, justificou a não aplicação do princípio, retardando o efeito pretendido à norma constitucional. Segundo a tradicional classificação das normas constitucionais trata-se de norma de eficácia limitada, cujos efeitos somente se produzirão de forma plena com o necessário advento da lei complementar regulamentadora.

Dessa forma, perdura a falta de regulamentação da demissão sem justa causa, existindo, portanto, a indenização compensatória definida no art. 7º, I, da Constituição. Por essas razões, o empregador possui o direito de cessação da relação de emprego unilateralmente; contudo, deverá adimplir todos os valores devidos, bem como prestar o montante correspondente à indenização complementar, podendo, após, dar-se por encerrada a obrigação jurídica existente com o trabalhador. Essa é a regra primordial, evidentemente, importante salientar a existência de casos de garantia de emprego, como a instituída pelo Programa Seguro-Emprego, situações em que desce a demissão, tendo, assim, a obrigatoriedade de manutenção dos postos de trabalho.

35 Lei 13.189/2015 - Art. 6º A empresa que aderir ao PSE fica proibida de: I - dispensar arbitrariamente ou sem justa causa os empregados que tiverem sua jornada de trabalho temporariamente reduzida enquanto vigorar a adesão ao PSE e, após o seu término, durante o prazo equivalente a um terço do período de adesão; (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016)

Retornando ao debate principal, e partindo-se das disposições do artigo 165 da CLT<sup>36</sup>, pode-se dizer ser a despedida arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

Para a adesão ao PSE a empresa deve comprovar a situação de dificuldade econômica ou financeira, de modo que não poderá ser recepcionada a rescisão contratual, até porque seria um contrassenso que o texto legal permitisse a rescisão contratual na existência dos motivos econômicos previstos no art. 165 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Desse modo, caso o empregador rescinda sem justa causa o contrato de trabalho de empregado abrangido pelo PSE, ele não só será excluído do programa como também ficará sujeito a ter de reintegrar o empregado demitido.

Por fim, o Programa Seguro-Emprego (PSE), em seu artigo 6º, inciso II estabelece a vedação a que o empregador faça novas admissões nos setores abrangidos pelo PSE enquanto estiver participando do programa, com exceção das situações de:

(I) reposição (o que poderia ocorrer em caso de pedido de demissão, afastamento previdenciário ou despedida por justa causa) ou (II) aproveitamento de aprendiz que concluiu o programa de aprendizado durante a vigência do PSE (III) efetivação de estagiário, (IV) contratação de pessoas com deficiência e (V) contratação de egresso dos sistemas prisional e de medidas socioeducativas (BRASIL, 2015).

Em todos os casos os casos, os empregados contratados já ingressariam na empresa na condição de beneficiados pelo PSE<sup>37</sup>, detentores de estabilidade provisória e submetidos às regras de jornada e salário previstas no acordo coletivo respectivo.

## Conclusão

Com o objetivo de preservação de vínculos de emprego, evitando-se a dispensa de trabalhadores em razão de crises econômicas, a Lei nº 13.189/2015, alterada pela Medida Provisória 761 de 2016 e convertida na Lei 13.456 de 26 de junho de 2017 instituiu o Programa de Seguro-Emprego (PSE). Trata-se de previsão com enfoque nitidamente temporário, como tentativa de amenizar a situação de dificuldades da atual conjuntura, mesmo porque a referida adesão operou-se até 31 de dezembro de 2017 e o prazo máximo de permanência no programa é de 24 meses, respeitada a data de extinção do programa.

Diante deste cenário o programa já nasce com prazo temporário de vigência, porquanto o PSE será extinto em 31 de dezembro de 2018. Espera-se que o programa atenda milhões de trabalhadores, com a preservação de milhares de postos de trabalho, como ocorreu na Alemanha, país de origem do modelo conhecido pela expressão “kurzarbeit”, que em literal interpretação significa “trabalho curto”.

É uma tentativa como tantas já se fizeram. Almeja-se que dê certo e apresente bons resultados. O importante é que o gerenciamento desse mecanismo seja efetuado corretamente, suas regras sejam observadas, e o trabalhador, que sempre “paga a conta”, não seja, mais uma vez, penalizado como o culpado de tudo.

Enquanto o inciso I do art. 7º da Constituição, adormecido desde 05 de outubro de 1988, não for regulamentado, cria-se instrumentos provisórios para combater as dificuldades econômicas pelas quais o

36 Art. 165 da Consolidação das Leis do Trabalho - Os titulares da representação dos empregados nas CIPAs não poderão sofrer despedida arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro.

37 § 1º Nas hipóteses de contratação previstas no inciso II do caput, o empregado deve ser abrangido pelo acordo coletivo de trabalho específico. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 2016)

trabalhador não foi responsável. Resta esperar que esse PSE pelo menos produza resultado satisfatório, mantendo-se os postos de trabalho evitando que a crise continue atormentando a classe de trabalhadores.

Entendemos que o passo dado pelo Governo Federal na direção de introduzir mecanismos de manutenção dos postos de trabalho em momento de grave crise, com a participação financeira do Poder Público na atenuação da perda experimentada pelos trabalhadores durante a vigência do PSE, constitui-se mecanismo provisório. Ao longo da história, medidas com o mesmo propósito, porém com distinta formatação, foram adotadas em períodos de crise e se mostraram pouco eficientes para combater, em curto prazo, cenários de recessão econômica. Cabe apenas criticar a excessiva quantidade de entraves e procedimentos burocráticos colocados ao empregador para participar do PSE.

A nosso ver, esses obstáculos tornaram a adesão ao PSE menos atrativa ao empresariado, que acabou optando pelo caminho mais fácil, ou seja, a demissão dos trabalhadores. Espera-se que o governo brasileiro sensível ao grave momento de crise econômica prorogue a vigência do programa e o prazo de adesão do programa com a simplificação dos respectivos procedimentos, seja em função da obrigatoriedade de celebração de acordo coletivo com o sindicato profissional, inclusive para as pequenas e microempresas, seja em relação ao rol de requisitos que deveriam ser observados pelas empresas para que pudessem aderir espontaneamente ao Programa, permitindo um número mais significativo de trabalhadores beneficiados.

Evidência da possível pouca atratividade do PSE está no fato de que, até o final de 2017 a adesão ao programa em todo o Brasil, beneficiou menos de 100 mil trabalhadores, número pouco significativo, considerando que o Brasil conta, ainda, com aproximadamente 12 milhões de trabalhadores desempregados.

O Governo Federal perdeu uma grande oportunidade de criar uma alternativa viável para que as empresas e os trabalhadores passem por períodos de crise econômico-financeira, preservando a produção de bens e serviços e os empregos. A manutenção do nível de emprego é indispensável para a retomada do crescimento econômico, pois sustenta a demanda agregada durante momentos de adversidade, como forma de promoção da dignidade da pessoa humana.

## REFERENCIAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 5452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. *Diário Oficial [dos] Estados Unidos do Brasil*, Poder Executivo, Rio de Janeiro, DF, 9 ago. 1943. Secção 1, p. 11937-11984, 1943.

BRASIL. *Lei n. 4.923, de 23 de dezembro de 1965*. Institui o Cadastro Permanente das Admissões e Dispensas de Empregados, Estabelece Medidas Contra o Desemprego e de Assistência aos Desempregados, e dá outras Providências. 1965. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L4923.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4923.htm). Consultado em 13 de abril de 2017.

BRASIL. Presidência da República. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Consultado em 13 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991*. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. 1991. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm). Consultado em 13 de abril de 2017.

BRASIL. *Lei n. 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, 1990. (Alterada pela Lei n. 8.900, de 30 de junho de 1994). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7998.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7998.htm). Consultado em 13 de abril de 2017.

BRASIL. Lei n. 13.189, de 19 de novembro de 2015. Institui o Programa Seguro-Emprego - PSE. 2015. (Redação dada pela Medida Provisória nº 761, de 22 de dezembro 2016). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htm). Consultado em 13 de abril de 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Reunião Genebra*. 1987. Disponível em: [http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/GB/236/GB.236\\_3\\_2.pdf](http://staging.ilo.org/public/libdoc/ilo/GB/236/GB.236_3_2.pdf). Consultado em 13 de abril de 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *Convenção 168*. 1988. Convênio sobre o fomento ao emprego e à proteção contra o desemprego. Disponível em: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C168](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C168). Consultado em 13 de abril de 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. Reunião de Nairobi, 1989. *C169 -Convênio sobre povos indígenas e tribais*. Disponível em: [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed\\_norm/@normes/documents/publication/wcms\\_100910.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/publication/wcms_100910.pdf). Consultado em 13 de abril de 2017.

OIT. Organização Internacional do Trabalho. *C172 - Convênio sobre as condições de trabalho (hotéis e restaurantes)*, 1991. Disponível em: [www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_INSTRUMENT\\_ID:312317](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312317). Consultado em 13 de abril de 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. United Nations. Disponível em: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?gclid=CKvzuKeLotMCFYIEkQodmToHiQ#Texto>. Consultado em 13 de abril de 2017.

ONU, Organização das Nações Unidas. *Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Adotado e aberto para assinatura, ratificação e adesão pela Assembleia Geral em sua resolução 2200 A (XXI), de 16 de dezembro de 1966*. Disponível em: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Consultado em 13 de abril de 2017.

# **BELEZA E PERFEIÇÃO EM OSCAR WILDE: EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA E DIREITO**

Taciana Damo Cervi<sup>1</sup>

## **INTRODUÇÃO**

Os avanços científicos em edição genética têm sido promovidos desde 1970, com a viabilidade de recombinar os genes para a criação de espécies geneticamente modificadas. A pesquisa parte deste ponto para investigar a mais recente técnica biotecnológica - a edição genética, para compreender os reflexos de sua implementação em embriões extracorpóreos, também nominados embriões *in vitro*, oriundos de reprodução humana medicamente assistida.

A insegurança gerada pela divulgação da edição genética oportuniza reflexões sobre sua implementação ideal pois a par dos benefícios identificados pela cura de doenças vislumbra-se também, riscos. Nesse mote, ao mesmo tempo em que os cientistas buscam a cura de doenças indaga-se sobre a possibilidade e utilização da técnica para fins escusos como a promoção de uma sociedade eugênica.

O estudo parte da análise da obra de Oscar Wilde, *O Retrato de Dorian Gray*, para contextualizar o desejo imemorial do homem de encontro com a beleza e o distanciamento da feiúra, características que nesta pesquisa também podem ser compreendidas por analogia, à saúde e perfeição em oposição à doença e ao sofrimento. Deste modo, pintar um retrato também pode ser compreendido aqui, como criar a vida em laboratório, o que será levado a cabo pelos respectivos profissionais com as melhores intenções.

Assim, o estudo é conduzido em torno da ideia de implementação prudente da técnica com a análise do ordenamento jurídico e suas garantias para a viabilização de uma hermenêutica quiçá, relacionada ao embrião extracorpóreo, sequer vislumbrado na perspectiva de nascituro, de acordo com o direito tradicional. O trabalho segue o método de abordagem dedutivo por meio da pesquisa indireta.

---

<sup>1</sup> Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS – doutorada em Direito. Professora universitária na URI, campus de Santo Ângelo, onde também atua como assessora técnica do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos. Pesquisadora na área de Biodireito, Direitos Humanos, Direito Ambiental. Integra o grupo de pesquisa Estudo Crítico-Prospectivo da Nova era dos Direitos Globais.

## 2 PERFECTIBILIDADE DA BELEZA DE DORIAN GRAY – LITERATURA E ATUALIDADES EM EDIÇÃO GENÉTICA EMBRIONÁRIA

*Não há nada que a arte (ciência) não reproduza e sei muito bem que a obra por mim feita, após meu encontro com Dorian Gray,  
é uma bela obra, a melhor da minha vida.*

Os desejos de beleza e juventude eterna acompanham o homem em sua história. A apreciação do belo gera satisfação e o desenvolvimento das artes constitui-se em reflexo desse desejo de transmitir ou compartilhar o ideário de perfeição. A literatura apresenta variadas narrativas nesse foco, que podem ser vislumbradas desde histórias infantis até célebres romances.

Artistas, poetas e romancistas realizam historicamente registros acerca dos conceitos de beleza ao longo dos séculos, de modo que atualmente, se constituem também em documentos informativos o cinema, a publicidade e a televisão. (ECO, 2010). Denota-se o desenvolvimento da ideia de beleza com a mudança em torno das formas, sendo também necessária a presença da feiúra para completar a beleza.

Nesse aspecto, ao vislumbrar dragões, monstros e outras criaturas malignas em telas do séc. VIII, o filósofo britânico Alexandre de Hales enunciava a feiúra para a consideração do que é belo. Senão, “o mal enquanto tal é disforme... Contudo, como do mal desenvolve-se o bem, é chamado de bem porque com o bem confere e assim, na ordem, é dito belo. Portanto, não é considerado belo de modo absoluto, mas belo na ordem; aliás, seria preferível dizer: ‘a própria ordem é bela’ (apud ECO, 2014, p. 149).

Percebe-se a feiúra como algo a ser vencido, repelido e, relacionado à exclusão, tristeza e à vida de dificuldades, tal qual na história de Quasímodo em *O corcunda de Notre Dame*, de Victor Hugo, de 1831. O personagem é descrito como deformado e coxo, cego de um olho e, surdo (HUGO, 2013, livro 1, item 5).

Uma busca rápida de sinônimos para a palavra feiúra indica dentre tantas, algo como: desprezível, repugnante, vil, vergonhoso, péssimo, desventuroso e a própria maldade. Nessa esteira, personagens maus são geralmente feios como bruxas, magos e vilões, ou refletem a noção de marginalidade e tristeza.

A beleza, por outro viés, está envolvida em sinônimos como: sublime, terno, gracioso, perfeito e bom. Nesse aspecto, o belo está intrinsecamente relacionado a tudo aquilo que é bom. O romance *O retrato de Dorian Gray*, de Oscar Wilde contextualiza a busca da transcendência e da beleza singular – lábios de cor escarlate, cabeleira dourada cacheada e olhos azuis (WILDE, 2014, p.139).

Nesta obra, o pintor Hallward é contratado para pintar tela alusiva ao personagem Dorian Gray e, ao finalizar a obra destaca que jamais havia feito algo tão belo tendo Lorde Henry, interessado na tela, asseverado: “Para mim, a beleza é a maravilha das maravilhas. [...] Mr. Gray, os Deuses lhe foram favoráveis” (WILDE, 2014, p.34).

O livro de Oscar Wilde, de 1891 retrata a incomensurável pretensão do homem, em buscar beleza, perfeição e juventude. À época da história dizia-se da bem-aventurança dos belos como sortilégio da natureza e, diante da revelação de sua própria beleza Dorian é advertido sobre a brevidade da mocidade, de modo que passa a refletir sobre o dia em que pregas e rugas deformariam seu belo rosto, esvaindo sua juventude. Neste instante, ele realiza uma prece e o impossível acontece: uma inversão de qualidades. Dorian Gray pede para que a juventude e a beleza eternas da tela sejam a ele pertencentes, transferindo à tela a idade e velhice geradas pelo decurso do tempo (WILDE, 2014, p.38-9).

Embora a trama siga com a exploração das consequências da juventude eterna e a peculiar transferência da feiúra à tela; nesta pesquisa a reflexão é oportunizada pelas reações do pintor ao descobrir-se capaz de produzir algo tão belo e perfeito. Nota-se:

Enquanto o pintor olhava para a forma graciosa e agradável que havia refletido em sua arte com tanta habilidade, um sorriso de prazer atravessou seu rosto e pareceu nele se deter. Porém, ele de repente teve um sobressalto e, fechando os olhos, pôs os dedos sobre as pálpebras, como se procurasse aprisionar no cérebro um sonho curioso do qual receava despertar (WILDE, 2014, p.13).

Denota-se, o deslumbramento do artista ao finalizar sua obra aperfeiçoada, e esta pretensão conduziu intelectuais a promover tragédias que marcaram o século passado com corpos esqueléticos nos campos de concentração nazistas, hoje relembradas em fotografias da época e documentários disponíveis. Aqui, novamente a feiúra convive e exalta a beleza. Nesse sentido, a pretensão de limpeza étnica e de promoção da raça pura e de beleza ariana, gerou ao seu revés, muita tristeza, exclusão, miséria e morte, além de sentimentos de vergonha.

Com tais percepções oportuniza-se recordar que as políticas para “a solução final”<sup>2</sup> na Alemanha Nazista tiveram como mentores profissionais de diversos setores mas, precipuamente intelectuais. Essa é a investigação demonstrada por Ingrao, ao pesquisar os arquivos do Terceiro Reich e o contexto universitário alemão da época. Os intelectuais da SS produziram a legitimação de seu discurso de eliminação dos judeus que foi suficientemente interiorizado pelos oficiais e também pela população que colaborava com as delações (INGRAO, 2015, p.332-3).

Como refere Mukherjee, “àquela altura, a linguagem da eugenia genética já de longa data se tornara subsidiária da mais perversa linguagem do ódio racial. O pretexto da limpeza genética [...] permaneceu como uma cicatriz indelével” (MUKHERJEE, 2016, p.169).

Nesse aspecto, a tragédia do Holocausto reflete a capacidade humana de conviver com a maldade – a feiúra; para conquistar algo julgado belo. Ademais, não existe garantia sobre a impossibilidade de repetição da limpeza étnica de outrora, ainda que por outros modos, como pode ser verificado a seguir.

### 3 DIREITO À IDENTIDADE GENÉTICA COMO DIREITO IMPLÍCITO

Contemporaneamente, beleza e perfeição podem ser oferecidas concretamente pela atuação dos cientistas e por meio da medicina especializada. Estariam os genitores com uma sacola de compras no supermercado genético?

O desenvolvimento da engenharia genética<sup>3</sup> permitiu aos cientistas alcançar o sequenciamento do genoma humano e a revelação do *locus* das características mais íntimas das pessoas, permitindo intervenção direta em genes defeituosos de embriões oriundos da reprodução humana medicamente assistida. Nessa esteira, Rifkin destaca a inauguração de uma nova matriz operacional capaz de propiciar o isolamento e recombinação dos genes e permitindo a longo prazo o “nascimento de uma civilização eugênica” (RIFKIN, 1999, p.9).

A perspectiva de cura de síndromes e doenças propicia encantamento, mas por outro viés, gera preocupação quando vislumbrada a possibilidade de intervenções genéticas fundadas em interesses

2 “Solução final” designa a estratégia última de extermínio dos judeus feita em caminhões baú, onde morriam asfixiados pelo gás do próprio escapamento. Demonstrou ser efetiva para tal finalidade em razão de preservar o estado emocional dos soldados que não precisavam com suas próprias mãos promover o extermínio. (SHOAH, 1985).

3 O objetivo da engenharia genética é modificar a informação genética, o DNA que se apresenta nas células, criando moléculas de DNA recombinante considerados inexistentes anteriormente. (GRANDE, 2018).

supérfluos ou culturais, dado que o domínio da técnica permite a escolha de características fenotípicas que são compreendidas como as características observáveis como sexo, cor dos olhos, pele, dentre outras.

Nessa senda, destaca-se o caso enunciado por Sandel em que duas mulheres homossexuais e surdas contrataram em reprodução humana medicamente assistida a viabilização de uma criança, igualmente surda para com elas constituir família. O autor descreve que a exigência se baseou no argumento de que a surdez não constitui empecilho para uma vida normal. A criança nasceu surda (SANDEL, 2013). Ao que o caso indica, estaria a ciência avançando em terreno árido pois o distanciamento da finalidade terapêutica representa descompasso com os direitos da pessoa que nasce a partir de tais técnicas.

Diante de tais constatações, Mukherjee ressalta os aspectos positivos da mudança intencional de genes em corpos humanos, o que é identificado com o surgimento de uma “eugenia positiva”, evitando a eliminação de pessoas defeituosas e privilegiando a correção de genes problemáticos para tornar o genoma “melhor”. (MUKHERJEE, 2016, p.541). Por outra óptica, Barchfontaine já alertou para a promessa de revolução em terapias genéticas com a

correção dos erros genéticos detectados nos códigos dos pacientes. Tais terapias poderão ser aplicadas tanto em nível somático (afetando somente o indivíduo tratado) como em nível germinativo (operando nas células sexuais e embrionárias), habilitando assim a transmissão do  **novo traço para toda a descendência** do organismo alterado (BARCHIFONTAINE, 2004, p.102, grifo nosso).

Tais questões tiveram início na década de 1970, quando Correa, Bergel e Kors, firmaram as bases do DNA recombinante mediante inserção de genes de outros organismos vivos no genoma. Ainda que possível, a técnica ainda apresentava dificuldades de aplicação permanecendo a ideia da recombinação de genes para o surgimento de um organismo novo até que em 1990, foi promovido um modo de cortar a cadeia de DNA em locais específicos. Em tais rumos, no ano de 2012 foi publicado trabalho por Doudna, Charpentier e seus colaboradores sobre a técnica denominada CRISPR/CAS 9 – *clustered regularly interspaced short palindromic repeats* (sequências curtas palíndromas agrupadas e regularmente espaçadas), aludindo os primeiros sucessos de corte de DNA<sup>4</sup>, editando-o por meio de enzimas ou ‘tesouras moleculares’ para a substituição ou eliminação de genes (LACADENA, 2017, p.5-6).

A partir de então, testes demonstraram êxito em vegetais, animais e embriões humanos, o que importa reflexão em torno dos desdobramentos da invenção de edição genética que são identificados com a criação de empresas biotecnológicas para o desenvolvimento de aplicações, bem como na luta por patentes derivadas (LACADENA, 2017, p.7).

Nessa esteira, no ano de 2017 é noticiada a viabilidade real de edição genética de embriões nos Estados Unidos da América. Por tais modos, os cientistas conseguiram *recortar* ou editar o defeito genético congênito de um embrião, com cardiomiopatia, inserindo informações genéticas saudáveis, na correspondência exata da cadeia genética. Tornando saudáveis os embriões submetidos ao experimento, a técnica CRISPR - demonstrou-se bem-sucedida, entretanto, os cientistas ainda a consideram prematura. (LEDFORD, 2017, p. 13-14).

Com tal advento, surgem dois vértices de análise considerados a partir de suas implicações: o primeiro correspondente à implementação da técnica em embriões extracorpóreos congelados; o segundo aponta para implementação tecnológica em células germinais - óvulos e espermatozoides, dado que a alteração genética promovida por edição genética importa em reflexos a toda descendência. Nesse aspecto, os cientistas ponderam

<sup>4</sup> A sigla DNA é a abreviatura de ácido desoxirribonucleico, molécula revelada em 1869 por Friedrich Miescher, responsável pela transmissão de características entre pais e filhos. (MONTERO, 2018). Disponível em <http://encyclopedia-bioderecho.com/voces/4>

os limites atuais do que é conhecido em genética humana, bem como sobre suas interações entre o gene e o ambiente e, propriamente, sobre os caminhos da doença. (BALTIMORE, et.al., 2015, s.p.).

Diante da incerteza dos avanços em terapia genética, cientistas como David Baltimore que recebeu Prêmio Nobel de Medicina no ano de 1975, e seus pares reuniram-se em janeiro de 2015 em Napa, na Califórnia, para discutir os desafios na implementação da técnica CRISPR, propondo a reunião de especialistas em fóruns científicos, bioéticos e governamentais para o debate acerca das implicações diversas da técnica, bem como a formação de um grupo internacional representativo de especialistas em genética, direito, bioética, contando ainda, com a participação de representantes da indústria. Até o presente momento, sabe-se sobre a pretensão dos envolvidos em propor a desestimulação das experimentações em países com legislação demasiadamente frouxa ou flexível, além de propiciar a transparência do debate e a informação pública sobre a nova era da “medicina de precisão”. (BALTIMORE, et.al., 2015, s.p.).

Torna-se especialmente importante na contextualização desta inovação biotecnológica, a investigação de seus limites. A inexistência de concordância da pessoa sobre a qual são implementadas modificações genéticas pode ser considerada legítima? Diante da inviabilidade de obtenção do consentimento livre e esclarecido do paciente estaria sendo violada sua autonomia?

A partir destas reflexões, Eligio Resta discorre sobre os reflexos da intervenção genética na construção ou composição da identidade. A partir da compreensão de que com a revelação do código genético da humanidade seja possível antecipar diversos aspectos futuros sobre a identidade pessoal, tanto a representação interna quanto externa do ‘corpo manipulável’ promoverá reflexos sobre a identidade (RESTA, 2014, p.77).

Para o autor, não há dúvidas de que as intervenções genéticas provoquem modificações no âmbito da personalidade individual, de modo que:

para além dos problemas morais da escolha de como agir, o indivíduo encontra-se diante de uma verdadeira e específica mudança da representação de si. A sua identidade não é mais correlata à representação que os outros, o público, a comunidade, têm de si. Ocorre exatamente o contrário: a representação parte do ser em si e a correlação inverte o sentido e conecta os outros ao ser em si (RESTA, 2014, p.76).

Ainda que sejam ressaltados os benefícios curativos propiciados pela intervenção genética, a desconsideração da casualidade e a loteria genética parece alterar o processo natural, imputando aos genitores a obrigação de autorizar as intervenções necessárias com vistas a garantir a eliminação de más-formações ou de doenças. Com isso, as intervenções genéticas estariam justificadas pela beneficência (RODOTÁ, 2010, p.170-1).

Veja-se como o avanço tecnológico imputou à família algo inédito – uma responsabilidade velada, aquela que não consta elencada em código algum. Conforme destaca Sandel:

Os futuros pais continuam livres para escolher se desejam ou não usar os exames pré-natais e agir ou não em relação ao diagnóstico. Porém não são livres para escapar ao fardo da escolha criada pelas novas tecnologias, nem podem evitar ser envolvidos no quadro ampliado da responsabilidade moral que acompanha os novos hábitos de controle (SANDEL, 2013, p.100).

Nesse raciocínio, seria possível que genitores resistentes poderiam ser responsabilizados pelos próprios filhos por não fazerem uso da tecnologia disponível. Atualmente, as promessas da biotecnologia apresentam-se concretamente a poucas pessoas em razão de seu alto custo de modo que é desconhecida a real medida de um acesso amplo em planejamento familiar e terapias curativas em reprodução humana medicamente assistida.

Ou ainda, como questiona Singer: “o que acontecerá para quem não tem dinheiro para ir ao supermercado genético? Ficarão seus filhos predestinados à mediocridade?” (SINGER, 2017, p. 135). A urgência do debate, segundo o autor, deve-se ao ressurgimento da temática da eugenia como uma das consequências do acesso elitizado.

A lógica é compreendida a partir da atuação dos pais em sempre oferecerem a seus filhos o que há de melhor, o que passa pela escolha das melhores escolas e tudo que possa garantir um futuro em melhores condições. Por isso, seriam também capazes de selecionar características como altura, grau de inteligência, bem como outras questões relevantes. Para o autor, a eliminação da loteria genética na formação de uma pessoa seria uma alternativa muito mais promissora para o sucesso (SINGER, 2017, p. 134).

Nesse viés, tem-se o exemplo da Ásia contemporânea onde

uma combinação de ultra-sonografias baratas e fácil acesso ao aborto levou a uma fortíssima alteração da razão entre os sexos. [...] Em todas as sociedades, o aborto para fins de seleção de sexo é ilegal; mas, apesar da pressão governamental, o desejo de pais de ter um herdeiro do sexo masculino produziu razões flagrantemente desequilibradas entre os sexos (FUKUYAMA, 2003, p. 92).

Na visão do autor, alguns reflexos importantes surgem de tais circunstâncias como o baixo número de nascimento de meninas para a constituição de famílias, sendo também vislumbrado como causa de aumento da violência. Nesse viés, Rodotá alerta para o que estaria sendo promovido no sentido de proibir o acesso aos exames verificado a sua importância para a saúde do nascituro. Para ele, constitui-se inadmissível referida política uma vez que o problema está relacionado à cultura de subjugação do feminino e a preferência pelo nascimento de meninos (RODOTÁ, 2010, p.169-170).

A partir de tais reflexões, questiona-se sobre o justo compartilhamento dos benefícios da ciência, bem como o respeito a sua finalidade altruísta pois como refere Sandel, “o maior perigo, confessadamente mais especulativo, é que, se feito de forma rotineira, o melhoramento genético dificultaria o cultivo dos sentimentos morais que a solidariedade social requer” (SANDEL, 2013, 102). Para ele, a partir do instante em que a vida deixa de ser compreendida como dádiva e os talentos desconectados da loteria genética ou da sorte, as pessoas sentem-se responsáveis pelo próprio destino o que lhes permite atuar de modo individualista.

Nesse mote, o mesmo autor elucida a questão com o exemplo dos seguros de vida e saúde, em que as pessoas sadias subsidiam o tratamento de pessoas doentes em razão de desconhecerem em que momento necessitarão de cuidados de saúde. A lógica do resultado se dá na “mutualidade por inadvertência”. Uma vez dado o conhecimento sobre a genética das pessoas e, oferecido o perfeito controle sobre a saúde de cada um seria possível cogitar o rompimento da solidariedade verificada no mercado de seguros com a consequente onerosidade dos contratos para aqueles que deles necessitam (SANDEL, 2013, p. 101-3).

Nessa senda, constata-se a forte influência dos interesses de mercado em que clínicas e laboratórios administraram o desenvolvimento biotecnológico gerando impactos significativos. Estes setores seriam nominados por Capra, como “empresas de ciência da vida” orientadas pelo desejo de controle da natureza (CAPRA, 2002, p. 209).

Com isso, verifica-se a vida como preciosa mercadoria a despertar interesses dos mais diversos setores e firma-se a ideia de proteção de identidade em virtude de seu frágil equilíbrio no mundo do consumo e da liquidez das relações. Tem-se assim, alterações que não apresentam garantia de felicidade, de modo que “só parece ser no momento em que se está fazendo” (BAUMAN, 1998, p.10).

Ocorre que diante da inexistência de tutela específica as inovações biotecnológicas vêm despertando a denominada *crise de fundamentos* com relação à proteção dos direitos do homem. Segundo ele:

Não se trata de encontrar o fundamento absoluto (...) mas de buscar, em cada caso concreto, os fundamentos possíveis (...) não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado. (...) O problema filosófico dos direitos do homem não poder ser dissociado do estudo dos problemas históricos, sociais, econômicos, psicológicos, inerentes à sua realização: o problema dos fins não pode ser dissociado do problema dos meios (BOBBIO, 1992, p.24).

Assim, a interpretação comprometida tende a ser considerada como a efetivada com a averiguação do conjunto de setores imbricados e de seus interesses, a partir do vértice dos direitos do homem. Assim, o avanço das técnicas de intervenção genética não pode prescindir de uma interpretação teleológica para averiguação de seus riscos e benefícios, tendo como norte a dignidade da pessoa humana. Em tais rumos, vislumbra-se qualquer tentativa de regulação está sujeita ao dinamismo das relações, mas principalmente, dos interesses de mercado.

Nesse norte, contribui Oliveira Junior e Soares, ressaltando a insuficiência da legislação para a efetivação de direitos e cidadania em razão da fragilidade de sua semântica. Para o autor, a vontade política e os esforços intelectuais dos envolvidos apresentam-se imprescindíveis para a superação de tal óbice (OLIVEIRA JÚNIOR e SOARES, 2011, p.44).

Em tais rumos, parece crível promover o estudo dos reflexos das intervenções genéticas em reprodução humana medicamente assistida sob orientação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois analogamente, também seguem esta diretriz os tratamentos médicos e cirurgias no sentido de serem invasivos.

Dante do exposto, comprehende-se que a dignidade da pessoa humana, utilizada como princípio norteador das intervenções genéticas, pode ser assegurada ou ferida de acordo com o modo em que for utilizada. Habermas assevera que no aspecto referente ao tratamento e cura de doenças as intervenções genéticas devem ser estimuladas, visto que promovem a saúde, o bem-estar, e o pleno desenvolvimento da pessoa e da personalidade, proporcionando uma vida digna. Por outro lado, quando da utilização dessas técnicas como forma de aperfeiçoar o ser humano, percebe-se que a pessoa que virá a nascer tem sua dignidade violada visto que o aperfeiçoamento artificial nega o direito ao próprio corpo, além dos direitos de autonomia e liberdade sobre a própria vida (HABERMAS, 2010, p.87-92).

Nessa senda, parece adequado que o livre desenvolvimento da esfera privada seja possível quando não existe uma programação prévia, defendendo a manutenção da casualidade ou da *loteria genética*, conforme refere Rodotá. (2010). Veja-se que já há mais de vinte anos, a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos do Homem, da UNESCO, de 1997 destacou em seu artigo primeiro o direito de herdar características genéticas não manipuladas. A disposição permite compreender o genoma humano como patrimônio da humanidade no sentido de ser um bem não passível de apropriação, bem como excluir toda classe de intervenções imperativas.

Assim, a partir de consensos internacionais em torno do Direito Internacional dos Direitos Humanos desenvolvem-se dinamicamente a proteção dos direitos fundamentais no âmbito interno (PIOVESAN, 2009, p.183). No caso brasileiro, a Constituição Federal de 1998 fundamentou o processo de institucionalização dos direitos humanos a partir da cláusula de abertura, opção do constituinte pela abertura do catálogo de direitos, sendo compreendidos como direitos fundamentais mesmo o que não estiver previsto, podendo ser considerado como direito implícito (SARLET, 2009, p.78-80).

De um modo mais específico, alcança-se assim uma nova dimensão dispositiva com o referido no artigo 5º, X, que enuncia “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” (BRASIL, 1988). Tais garantias são vislumbradas no contexto dos direitos da personalidade aplicáveis quando da aquisição da personalidade civil, a partir do nascimento com vida sendo resguardados os direitos do nascituro. Assim previu o Código Reale em seu artigo 2º (BRASIL, 2002), entretanto, diante das inovações biotecnológicas de edição genética embrionária, seria possível promover uma interpretação acerca de intimidade e identidade e dos direitos da personalidade em um momento até mesmo anterior ao nascimento com vida, ou antes, à própria consideração de ser o embrião nascituro?

Trata-se de um novo âmbito de tutela de direitos para embriões extracorpóreos oriundos de reprodução humana medicamente assistida, para garantia da dignidade da pessoa humana conforme prevê o ordenamento jurídico em seu conjunto de garantias. Ademais, acredita-se que receber a vida “desenhada de antemão” e de acordo com valores puramente culturais constitui-se em violação aos direitos do homem (RODOTÁ, 2010).

Finalizando tal entendimento, corrobora-se a ideia de Perez Luño, ao indicar que os direitos do homem representam exigências de ordem ética concretizadas de acordo com o momento histórico como “exigências da dignidade, da liberdade e da igualdade, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos em nível nacional e internacional” (LUÑO, 1999, p.48).

Assim, (re)significar os dispositivos nacionais existentes de acordo com as exigências da contemporaneidade constitui-se em tarefa fundamental para a consagração da tão almejada, ainda que deveras violada, dignidade da pessoa humana.

## CONCLUSÃO

A recente notícia da edição genética embrionária tem gerado expectativa e preocupação com o futuro da humanidade e os direitos do homem. Espera-se que os benefícios e conquistas médicas sejam acompanhados de reflexão suficiente para que sejam vislumbrados seus desdobramentos a longo prazo e, de que diante de parâmetros de segurança toda a humanidade possa usufruir de tais logros.

Ao lado de uma implementação prudente espera-se a não instrumentalização da vida, viabilizados pelas lentes do cuidado inter/transdisciplinar para que as vaidades intelectuais não sejam superiores aos interesses das pessoas diretamente envolvidas, bem como da própria humanidade. Nesse aspecto, recontar a história de Dorian Gray buscou elucidar o deslumbramento do criador com sua criatura, atraindo atenção para a temática por meio das linhas do romance.

Em tais rumos, almeja-se ainda que quanto à edição do genoma seja oportunizada distinção transparente entre os tratamentos terapêuticos e os de melhoramento genético para que a vida não esteja sendo oferecida como mercadoria no supermercado das melhores características genéticas.

A partir disso, tem-se como viável a reorientação das disposições normativas para a tutela dos interesses da pessoa oriunda da reprodução humana medicamente assistida, ainda que não tenha nascido e, em sua fase de desenvolvimento mais elementar e quase ficcional, *in vitro*! Com isso, viabilizada estará a dignidade da pessoa humana àquelas pessoas alvo de edição genética embrionária para que, ao nascer possam usufruir de seus direitos em plenitude.

## REFERÊNCIAS

- BALTIMORE, David; et.al., A prudent path forward for genomic engineering and germline gene modification. HHS Public Access. 19.mar.2015. Disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4394183/> Acesso em 14.ago.2017.
- BARCHIFONTAINE, Christian de Paul. *Bioética e início da vida: alguns desafios*. Aparecida, SP: Idéias e Letras; São Paulo: Centro Universitário São Camilo, 2004.
- BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Traduzido por Mauro Gama, Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BERGEL, Salvador Darío. El impacto ético de las nuevas tecnologías de edición Genética. *Revista de Bioética*. v.25, n.3, 2017. Disponível em [http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista\\_bioetica/article/view/1609/1720](http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/1609/1720) Acesso em 13.abr.2018.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em 13.abr.2018.
- \_\_\_\_\_. Lei nº10.406/2002. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/l10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm) Acesso em 13.abr.2018
- CAPRA, Fritjof. *As conexões ocultas: ciência para uma vida sustentável*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Cultrix, 2002.
- ECO, Umberto (Org.). *História da beleza*. Traduzido por Eliana Aguiar. 2.ed. Rio de Janeiro: Record, 2010.
- FUKUYAMA, Francis. *Nosso futuro pós-humano: consequências da revolução da biotecnologia*. Traduzido por 2003
- GRANDE, Lydia Feito. Ingeniería genética. IN: CASABONA, Carlos Maria Romeo. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*. Disponível em <http://enciclopedia-bioderecho.com/voces/185> Acesso em 13.abr.2018.
- HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* Traduzido por Karina Jannini, São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- HUGO, Victor. *O corcunda de Notre Dame*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- INGRAO, Christian. *Crer & destruir: os intelectuais na máquina de guerra da SS nazista*. Traduzido por André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- LEDFORD, Heidi. CRISPR fixes embryo error. *Nature*. v.548. 3.ago.2017. Disponível em [https://www.nature.com/polopoly\\_fs/1.223821/menu/main/topColumns/topLeftColumn/pdf/nature.2017.22382.pdf](https://www.nature.com/polopoly_fs/1.223821/menu/main/topColumns/topLeftColumn/pdf/nature.2017.22382.pdf) Acesso em 9.ago.2017.
- LUÑO, Antônio Enrique Perez. *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*. Madrid: Ediciones Tecnos, 1999.
- MUKHERJEE, Siddhartha. *O gene: uma história íntima*. Traduzido por Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.
- OLIVEIRA JR., José Alcebíades de; SOARES, Marcos Cáprio Fonseca. Direitos Humanos e Democracia: Interfaces a partir de Políticas Públicas. *Revista Alcance – Eletrônica*. vol. 16 - n.1, p. 33-46, jan-abr 2011. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/ra/issue/view/127>. Acesso em 13.abr.2018.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- RESTA, Eligio. *Percursos da identidade: uma abordagem jusfilosófica*. Ijuí: Unijuí, 2014.
- RIFKIN, Jeremy. *O século da biotecnologia: valorização dos genes e a reconstrução do mundo*. São Paulo: Makron Books, 1999.

RODOTÁ, Stefano. *La vida y las reglas*: entre el derecho y el no derecho. Traduzido por Andrea Greppi. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

SANDEL, Michael. *Contra a perfeição*: ética na era da engenharia genética. Traduzido por Ana Carolina Mesquita. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SINGER, Peter. Ética no mundo real: 82 breves ensaios sobre coisas realmente importantes. Traduzido por Desidério Murcho. Lisboa: Edições 70, 2017. (Extra-colecção)

SHOAH. Direção de Claude Lanzmann, 1985. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=dWO-vpEn-Sg> Acesso em 13.abr.2018

WILDE, Oscar. *O retrato de Dorian Gray*. 2.ed. Traduzido por João do Rio. São Paulo: Martin Claret, 2014.

# A SOCIEDADE EM REDE E AS MUTAÇÕES DA PRIVACIDADE

## NETWORK SOCIETY AND THE MUTATIONS OF PRIVACY

Têmis Limberger<sup>1</sup>

**A internet é a nova metáfora da globalização.** O mar é a grande metáfora, não a nova. A liberdade dos mares se confronta com o *nomos* da terra, por isso, a ação de quem se movimenta na Internet, fica descrita como *navegar* (RODOTÀ, 2014, p.31)

### 1 A INTERNET E A POTENCIALIDADE DO DANO (INTRODUÇÃO)

Na sociedade moderna as pessoas se exibem constantemente nas redes sociais, conectadas à internet, nestas situações, são divulgadas imagens, disponibilizadas informações e opiniões sobre assuntos diversos e dados pessoais são facilmente fornecidos. A informação em rede potencializa a divulgação da comunicação, já que pode ser difundida rapidamente por todos os continente e também, armazenada por um tempo indefinido, que pode ser perpétuo, considerando-se os recursos informáticos existentes e caso não haja um colapso na rede.

Por isso, na época do advento da comunicação de massa, denominou-se a sociedade do espetáculo (DEBORD, 1997) e, posteriormente, a civilização do espetáculo (LLOSA, 2013). Hodieramente, na tentativa de democratização universal da cultura houve um empobrecimento da mesma, pois tornou-se superficial. A cultura foi transformada em artigo de consumo de massa, aonde o espetáculo é a diversão.

Dante deste quadro, o direito à privacidade, que foi concebido inicialmente como o direito a estar só, não é mais reivindicado pela maioria da população contemporânea. Neste contexto, pergunta-se: acabou-se o direito à privacidade (morte da privacidade) ou ocorreu uma mutação da privacidade?

Para responder à pergunta formulada, trabalhar-se-á, principalmente com marco teórico, no tocante à (in)existência da privacidade, frente ao fenômeno informático, composto pelo trio de autores importantes, que se ocupam desta problemática: Antonio-Enrique Pérez Luño, Stefano Rodotà e Manuel Castells. Em uma síntese apertada: Pérez Luño propugna a Metamorfose da Privacidade, Rodotà a Reinvenção da Privacidade e Manuel Castells atualiza o simbolismo do Panótico, e diz que se vive sob a vigilância de um Panótico eletrônico, afirmando que a privacidade deixará de existir nas relações virtuais. Para tanto, o trabalho se desenvolverá, a partir dos seguintes itens: a tutela da privacidade e a proteção dos dados pessoais, mutações da privacidade, as novas tecnologias e o direito: revisitando seus referenciais teóricos, a importância da formação cultural

<sup>1</sup> Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, doutora em Direito Público pela Universidade Pompeu Fabra - UPF de Barcelona. Avaliadora "ad hoc" da Revista Direito Público, da Revista de Direito do Consumidor, da Revista Brasileira de Direitos Fundamentais e Justiça e da Revista Quaestio Iuris. Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Eletrônico - IBDE, da Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática - FIADI e da Rede Brasileira de Pesquisadores em Direito Internacional. Orientadora de Mestrado e Doutorado.

para a opção do conteúdo de acesso e compreensão dos dados disponibilizados em rede, encerrando com as considerações finais.

## 2 AS NOVAS TECNOLOGIAS E O DIREITO: REVISITANDO SEUS REFERENCIAIS TEÓRICOS

A preocupação com a chegada das novas tecnologias e suas repercussões na seara jurídica ocorre, a partir dos filósofos do direito. Em uma síntese apertada, especialmente, Denninger (1987, p. 271) na Alemanha, Vittorio Frosini (1986) e Stefano Rodotà (2014) na Itália, e Antonio Enrique Pérez Luño (2010) (1996) na Espanha.

Vittorio Frosini nasceu em Catania em 1922 e faleceu em Roma, em 24 de setembro de 2001, após haver tido uma exitosa trajetória universitária. Em sua juventude foi bolsista na Universidade de Oxford. Posteriormente, na Universidade de *La Sapienza* de Roma foi diretor do Instituto de Teoria da Interpretação e Informática Jurídica Emilio Betti. Nesta Universidade ficou até sua aposentadoria (PÉREZ LUÑO, 2009, p.452).

A *revolução da tecnociência* não só redesenha a relação entre o humano e o não-humano, mas nos faz entrar nos territórios do pós-humano e de novas interações entre corpos e máquinas, expansão das capacidades de cada um, e os riscos das sociedades de castas: novamente se materializa diante de nós uma nova antropologia. De qualquer forma, a *revolução da Internet*, que projeta o maior espaço público que a humanidade já conheceu produzindo constantemente novas formas de relações institucionais e novas vias para um possível constitucionalismo global, no dizer de Rodotà (2014, p. 22), que revigora e atualiza o pensamento do jusfilósofo italiano Frosini.

Uma das grandes contribuições de Frosini foi a de conceber a expressão *O homem artificial*. O contexto em que a expressão vai ser cunhada é no período pós 2ª guerra mundial. Transcorrido o período inicial da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão com seu conteúdo universal e do surgimento do constitucionalismo, no final do século XVIII, assiste-se à chegada do pensamento racional e posteriormente, do positivismo jurídico. Dentre as consequências está o rompimento entre fato e valor, entre lógica e ética, do qual se evidencia a busca da certeza do direito.

Com o advento das duas guerras mundiais, na primeira metade do século XX, toda a crença no direito como propulsor da paz social entre os povos sufraga. Como consequência, a partir da segunda metade daquele século, surge o renascimento do Direito Natural, ou seja, uma revalorização dos princípios éticos, que servem para justificar os mandatos legais e a sua eficácia. Por isso, a expressão *direitos invioláveis do homem* é fruto das Constituições do segundo pós-guerra.

Devido à presença das novas tecnologias, chegou-se a era do *Direito Artificial*, expressão que se emprega com o propósito de contrapô-la ao *Direito Natural*, considerando que a antítese da natureza, a *physis* dos gregos é a expressão grega *tecné*, isto é, criação artificial (FROSINI, 1982, p. 24). Assim, a artificialidade reconhecida como característica do direito na época da automação, caracteriza-se como uma metáfora empregada para precisar o momento lógico-formal constitutivo da experiência jurídica, em consonância com o momento ético, enquanto que entre ambos se mantém e transcorre a tensão da consciência humana, a partir da qual brota toda norma, toda a sentença, toda ação jurídica.

O *Direito Artificial* representa um modelo, quase um mito, que exerce particular atração nas sociedades de tipo tecnológico avançado, suscitando, ao contrário, perplexidade e desconfiança, uma vez que os juristas são acostumados a uma tradição humanista. Não se pode negar as influências que estas perspectivas oferecem

ao pensamento jurídico. Assim, as possibilidades de aplicação da tecnologia, significam uma alteração comportamental, constituindo-se uma segunda e renovada natureza (FROGINI, 1982, p. 24).

A expressão *direito artificial* é correlata ao *homem artificial*, isto é, designa um novo tipo de homem, que não foi produzido pela natureza, mas pelo próprio homem.

Frosini cunha a expressão *liberdade informática* (FROGINI, 1981, p. 110) como um novo direito, com o significado de autotutela da própria identidade informática, ou seja, o direito de acessar, retificar ou cancelar os dados pessoais inscritos em um banco de dados informatizado.

Para outros autores, poder-se-ia entender como a outra face do direito à intimidade, ou seja, o direito de não ser molestado, configurar-se-ia como aspecto negativo, enquanto o direito de aceder, retificar ou cancelar os dados seria um aspecto positivo (LIMBERGER, 2007, p. 103).

A tese de um novo direito restou vencedora, pois na atualidade foi consagrado o direito à proteção dos dados pessoais, no art. 8º, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (UNIÃO EUROPEIA, 2007), que recentemente entrou em vigor (UE) 2016/679, DE 27/04/2016, Regulamento que revogou a DC 95/46.

Deve-se, também, a Frosini a percepção de que a informática significava uma nova forma de poder político e social. Assim, uma das características do mundo contemporâneo é a produção, a circulação e o consumo de informação, que, por suas dimensões, não encontra precedentes na história da humanidade (FROGINI, 1984, p. 30). O autor afirma que a comunicação passou por quatro fases, ao longo da história. A primeira é caracterizada pela comunicação oral dos povos primitivos. A segunda surge com o alfabeto, que permite a transmissão do conhecimento para outras gerações. A terceira é marcada pela imprensa, que possibilita que a informação seja difundida rapidamente a um grande número de pessoas. Já a quarta, ocorre com os meios de comunicação em massa, como o rádio, o cinema, a televisão e os computadores (FROGINI, 1982, p. 173 *et seq*). Diferentemente do que acontece com a eletricidade, com os computadores interligados em rede, há a transmissão da informação e, consequentemente, de poder (NORA; MINC, 1982, p. 18). Desta modo, a possibilidade de transmitir e armazenar conhecimento, não possui precedentes na história da humanidade.

Destarte, a teoria dos direitos humanos somente será capaz de responder às demandas atuais se estiver sintonizada com essa revolução tecnológica, na qual se encontra a *consciência tecnológica*. Por isso, no dizer de Pérez Luño (2009, p. 454), a contribuição filosófica-jurídica mais importante de Frosini foi estatuir que a consciência jurídica não se esgota na mera consciência *nomológica*, isto é, na atividade do jurista tendente ao conhecimento e a elaboração dos materiais normativos imediatos, senão que se amplia na exigência reflexiva e crítica, a partir da consciência geral dos valores e da ciência.

Assim, a perspectiva que se instala é no sentido de pensar a atual configuração do Estado, Direitos Humanos e Constituição, neste tripé proposto por Pérez Luño (2010), no contexto de sociedade da informação, aonde os três elementos não são estáticos, mas interagem entre si.

Rodotà, professor de direito da Universidade La Sapienza de Roma, parte da célebre frase de Hannah Arendt, *O direito a ter direitos, o direito de cada indivíduo a pertencer à humanidade, deveria estar garantido pela própria humanidade*, que se encontra no livro *As origens do totalitarismo* (ARENKT, 1998, p. 248/9), para desenvolver sua obra: o Direito a ter Direitos (RODOTÀ, 2014), na perspectiva atual dos direitos humanos frente às novas tecnologias e a globalização.

Quando se perquire a respeito do fundamento dos direitos humanos que nasce da ótica proprietária, legatária do Estado Liberal, que colide hoje com a dimensão constitucional adquirida pela pessoa, em um contexto em que se exalta a dignidade da pessoa humana, em tempos de globalização.

Nesta perspectiva, a nova relação entre o global e o local, visto que produzem a insuficiência do conceito de cidadania que não consegue acompanhar o cidadão, aonde quer que se encontre territorialmente, devido aos movimentos da globalização, que se opõe ao Estado-Nação e sua ótica puramente identitária.

Rodotà, em uma síntese perfeita assevera: *A internet é a nova metáfora da globalização* (RODOTÀ, 2014, p. 31). O mar é a grande metáfora, não a nova. A liberdade dos mares se confronta com o *nomos* da terra, por isso, a ação de quem se movimenta na Internet, fica descrita como *navegar*. A grande metáfora de estar na rede é navegar (RODOTÀ, 2014, p. 344). ‘*Nomos*’ na terra e a liberdade dos mares é o fio condutor dos trabalhos de Carl Schmitt (1979). Este nos recorda o papel da Inglaterra e seus piratas, que abriram caminho à liberdade nos mares e que era essencialmente uma liberdade não estatal.

### 3 MUTAÇÕES DA PRIVACIDADE

Dante da exposição exacerbada das pessoas nos dias de hoje, que constantemente tiram fotos e as expõem na rede, bem como veiculam opiniões a respeito dos mais diversos assuntos, pergunta-se: a privacidade acabou? Quais as suas consequências e limites, na esfera virtual e na esfera da denominada vida real?

Importantes autores fazem reflexões destas consequências na seara jurídica, como a seguir se verá. Trabalhar-se-á, principalmente com Antonio-Enrique Pérez Luño, Stefano Rodotá e Manuel Castells.

Pérez Luño designa *metamorfose da intimidade* (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 115). Uma metamorfose no direito à intimidade que se expressa duplamente: do original direito a estar só individualmente à perspectiva de estar no âmbito social e coletivo; e desde o direito à personalidade ao deslocamento que aponta para órbita patrimonial (LIMBERGER, 2013, p. 259-276)<sup>2</sup>.

O primeiro significado da intimidade (direito a estar só) se situa na esfera de “foro interno”, de solidão, de ensimesmamento e autoconfinamento pessoal, consequentemente, este conceito corre o risco de ser inexplicável e carecer de qualquer relevância jurídica; ou se ao contrário, toma-se como ponto de referência suas implicações e projeções intersubjetivas no âmbito do “foro externo”, corre-se o risco de deformar a intimidade, de coisificá-la, de dilui-la em um conjunto de tópicos sociais, e vendê-la em seu antônimo, isto é, na sua alteração; ou seja, em que deixe de ser ela mesma para ser traída, levada e tiranizada pelo outro (ORTEGA Y GASSET, 1983).

Existe algum ponto de mediação nesta polaridade do dilema, aparentemente insolúvel? Antonio Enrique Pérez Luño responde afirmativamente. A concepção de intimidade como isolamento e ensimesmamento não é necessariamente incompatível com suas projeções sociais, caso se coloque como um primeiro momento de seu processo formativo. Esse “intus” ou fase solitária e interna da intimidade se encontraria conformada por ideias, que reclamariam sua posterior exteriorização em ações. O isolamento confinado em si mesmo somente seria capaz de fabricar mundos exteriores, fantasmagóricos condenados a degenerar em puro solipsismo. A dimensão interna e ensimesmada da intimidade para realizar-se plenamente precisa extroverter-se; a convivência é indispensável na nossa vida, necessita apoiar-se em outras vidas (GARCÍA MORENTE, 1992, p. 36).

2 A respeito da evolução do direito à intimidade, veja-se artigo produzido no Anuário nº 10 da Unisinos.

Essa abertura da convivência se exercita por formas de comunicação e de linguagem que se integram e socializam no mais íntimo de nosso ser, assim o ser mais íntimo de cada homem já está informado, modelado por uma determinada sociedade. Isto porque, a própria noção de intimidade ou de privacidade é uma categoria cultural, social e histórica (ORTEGA Y GASSET, 1983).

Assim, o núcleo significativo da intimidade se deslocou, inclusive se pode afirmar que foi em sentido oposto, desde o âmbito solitário do ensimesmamento à esfera dos usos sociais em que se manifesta e se exterioriza em termos de alteração. A decantação da cultura europeia da intimidade e privacidade, que pretende traduzir a noção anglo-saxão de privacidade, assim como a categoria dos denominados dados pessoais e perfis de personalidade, que se projetam sobre um conjunto mais amplo e global das relações intersubjetivas, refletem esta tendência paradoxal em direção a uma “socialização da intimidade” (CABEZUELO ARENAS, 1998) (CLAVÉRIA GOSÁLBEZ, 1983, pp. 1243/1268) (M. GALÁN JUAREZ, 2005, p. 79 ss.) (PÉREZ LUÑO, 1992, p. 36 ss.).

Outro aspecto que merece referência é o fato de que houve um deslocamento do âmbito do direito de personalidade ao âmbito patrimonial, considerando que muitas pessoas recebem quantias patrimoniais expressivas para exporem sua intimidade, negociando esta exposição, principalmente em programas televisivos<sup>3</sup>.

Dentre as contribuições de Savigny está a noção de direito de personalidade, possivelmente alicerçada na filosofia jurídica Kantiana (PREUSS, U., 1979, p. 21 ss). Um conceito de dignidade humana como valor fundamental das noções de pessoa e personalidade, propôs Kant. A dignidade implica, a dimensão moral de personalidade, que tem como fundamento a própria liberdade e autonomia da pessoa. Aí que a dignidade humana representa o princípio legitimador dos denominados direitos de personalidade.

A intimidade, que foi concebida inicialmente, como integrante dos direitos de personalidade é um dos mais destacados exemplos; atualmente, com os novos perfis coletivos e sociais, que conformam o exercício do direito à intimidade, encontra-se condicionada aos acontecimentos sociais. Com isso, a intimidade corre o risco de ser submetida aos modismos e, inclusive, às exigências de mercado.

Por isso, na sociedade da informação e de consumo, a intimidade se converteu, em muitas ocasiões, em uma mercadoria cujo valor se calcula em termos da lei da oferta e da procura. Nestas ocasiões, a intimidade de cada um vale o que os demais, em especial os meios de comunicação estão dispostos a pagar para publicizá-la (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 120).

Diante deste quadro, pergunta-se: o que tem valor? O que as pessoas estão dispostas a pagar para inteirar-se com relação à vida dos demais? Porque o interesse das pessoas na vida alheia, não é facilmente perceptível, fica submetido às leis de mercado (GARCÍA SAN MIGUEL, in PÉREZ LUÑO, 2012, p. 120). Quando houver interesse pela divulgação de algo, estarão dispostos a pagá-lo. Assim, percebe-se que estas modificações práticas têm relevância na esfera jurídica e levam ao seu deslocamento, desde a órbita dos direitos de personalidade aos direitos de conteúdo patrimonial.

Deste modo, o direito à intimidade somente se mantém como direito da personalidade dotado dos atributos de inviolabilidade, irrenunciabilidade e inalienabilidade para os menores, enquanto que para os maiores pode ser objeto de transações consentidas, de renúncias e cessões, em troca das correspondentes prestações econômicas. Constatase, então, que para os adultos perdeu sua dimensão de direito da personalidade para integrar-se no sistema de direitos patrimoniais (PÉREZ LUÑO, 2012, p. 121).

3 Programa televisivo exibido por emissora nacional denominado *Big Brother Brasil*.

Assim, a metamorfose do direito à privacidade, segundo Pérez Luño, trouxe mudanças importantes. Deslocou-se do âmbito interno - direito a estar só a uma perspectiva social e coletiva e da condição de integrante de direito da personalidade passou a direito patrimonial, porque integra a ótica negocial para muitas pessoas, na condição desfrutada pela maioria, subsistindo apenas para os menores.

A *reinvenção da privacidade* é como o Rodotá (2014, p. 293) denomina o fenômeno atual, enquanto a construção da identidade, efetua-se em condições de dependência crescente do exterior. Nesta perspectiva, assume um novo significado a liberdade de expressão como elemento essencial da pessoa e de sua situação na sociedade. Isto modifica a relação entre esfera pública e privada e a própria noção de privacidade. Reforça-se a noção de cidadania com outros poderes que caracterizam a cidadania do novo milênio, a partir da constitucionalização da pessoa humana.

Quando se consideram as questões suscitadas pela inovação tecnológica, ocorre o denominado *tsunami digital* (RODOTÁ, 2014, p. 298). Como consequência desta transformação, o critério de segurança pública se converte em exclusivo critério de referência.

Isto significa que as pessoas estão cada vez mais transparentes e os organismos públicos mais afastados do controle jurídico e político, ocasionando uma nova distribuição de poderes políticos e sociais.

O denominado *tsunami digital* pode ser considerado desde outros pontos de vista, começando pela identidade. Nesta perspectiva, o direito de acesso aos dados representa um aliado forte, em termos de proteção jurídica, que permite manter o controle sobre as próprias informações, seja qual for o sujeito que as gestiona, o local em que se encontram e as modalidades de sua utilização. Direito fundamental à construção da identidade, já que confere poder para cancelamento nos seguintes casos: dados falsos, ilegitimamente recolhidos, conservados muito além do tempo previstos, os inexatos ou para completação.

O conhece-te a ti mesmo, já não é uma operação voltada ao interior, mas devido a esta nova perspectiva, vai-se ao exterior e à suposta necessidade de conhecer quem somos na dimensão eletrônica, aonde se desenvolvem questões importantes nas nossas vidas. Considerando hoje a dinâmica que caracteriza a recolhida dos dados e os sujeitos que a utilizam, cada vez é menos verossímil uma identidade como *sou o que digo que sou*, pois que haveria que substituí-la por *tu és o que Google diz que és* (RODOTÁ, 2014, p. 300).

Por isso, Eliser Pariser (2011, p. 169) abordando o que você quer, quer queira, quer não, trabalha a questão hipotética ou real, mas que se constitui em ótimo exemplo de seu interesse por uma moça de determinado perfil e com uma foto postada. Surpreendentemente descobriu que a imagem não era sequer uma fotografia editada, mas uma imagem criada por um programa gráfico 3D. Aquela pessoa não existia, a nova possível amiga, era uma criação de *software*, que ia em busca das ditas novas amizades e que, em realidade, recolhia dados de usuários no *facebook*.

Vive-se diante de um contexto que afeta nossa autonomia e o direito de desenvolver livremente nossa personalidade. Diminui-se a possibilidade de nos conhecermos e nos construirmos. Faz-se mais forte a possibilidade de que outros se apropriem total ou parcialmente do nosso ser.

O propósito de estar *on line* com a vida real. Autenticidade e transparência e - não intervenção e anonimato - são regras fundamentais na internet.

A construção da identidade fica entregue por completo aos algoritmos. A construção da identidade é interior e exterior. O sistema deve então: a) fazer explícito o fluxo de dados para permitir o controle da pessoa

interessada, b) respeitar o princípio da minimização dos dados, tratando somente aqueles necessários em um contexto determinado, c) impor limites às conexões entre bancos de dados.

Devido à justificativa *do 11 de setembro*, cada vez mais se invade a privacidade por motivos de segurança. Tudo está articulado não para exaltar a pessoa humana e sua singularidade e autonomia, senão para depositar dados em dispositivos tecnológicos, que prescindem de singularidades e de liberdades. A construção dos perfis individuais, familiares e de grupos constitui uma jaula mais repressora que o *status*. A autodeterminação se torna irrelevante face à identidade esculpida mediante procedimentos automáticos. A nova abstração produz um esvaziamento do humano, de modo que é problemático afirmar que nos encontramos frente a uma nova antropologia.

Manuel Castells (2003, p. 145 e 152) - um dos maiores sociólogos da atualidade no estudo das redes sociais e internet - adverte para o perigo da exposição exacerbada nas redes, os programas de vigilância governamentais. Chega a afirmar de forma contundente que a privacidade na rede mundial de computadores acabou, no denominado mundo virtual. Apesar do gasto de bilhões de dólares em segurança eletrônica, tornou-se evidente, que numa rede, a segurança só é tão boa, quando a segurança do elo mais fraco está protegida. Penetrando-se na rede, em qualquer ponto, pode-se percorrer seus nós com relativa facilidade.

A comunicação continuará fluindo imperturbável porque esta é a arquitetura da internet. É necessário, então, que o Estado exerça algum controle e regulamente o ciberespaço. Deste processo, existem duas vítimas dessa retomada do ciberespaço: a soberania e a liberdade. Para exercer a regulação global, os Estados têm de difundir e compartilhar poder. Não segundo o sonho ultrapassado de um governo mundial, mas como um Estado em rede, criatura política engendrada pela Era da Informação (Carnoy e Castells).

Isto envolve a (in)capacidade que tem um Estado de agir sobre um comportamento, que tem lugar em outra jurisdição – isso será limitado pelas velhas formas de poder baseadas na territorialidade.

Castells adverte a respeito do Panóptico Eletrônico (CASTELLS, 2003, p. 148). Há uma ameaça fundamental à liberdade sob o novo ambiente de policiamento global: a estruturação do comportamento cotidiano pelas normas dominantes da sociedade. A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação irrestrita na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada à esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, o lazer, a interação pessoal, tem lugar na Internet. A maior parte da atividade econômica, social e política é de fato um híbrido de interação online e física. Em muitos casos, estão imbricadas. Assim, viver num panóptico eletrônico equivale a ter metade de nossas vidas permanentemente expostas a monitoramento.

A segunda perda é a liberdade; isto é, o direito de se fazer o que se quer. Por que isso? Por que a ameaça à privacidade traduz-se na redução potencial de liberdade? Destarte, é impossível conceber direitos e garantias tendo como referência espaços do passado, especialmente nas dinâmicas sociais, no que diz respeito ao direito à intimidade.

Por isso, a utilização das tecnologias para reforçar o humano exige um contexto institucional e social que garanta que as opiniões individuais sejam efetivamente livres, que o acesso em condições de igualdade seja possível, que a dignidade pessoal e social permaneça sendo um princípio levado a sério (DWORKIN, 1995).

A denominação “mutação” da privacidade pretende traduzir esta perspectiva de transformação do direito de privacidade, aonde o ser humano não se encontra mais isolado, e se encontra conectado na

rede mundial de computadores pela internet. Logo, a informação pública em rede deve estar atenta a estes movimentos e limites jurídicos.

Da exposição dos autores se pode concluir que a privacidade tal qual concebida não existe mais. A privacidade modificou-se, aí se pode encontrar a metamorfose proposta por Antonio Enrique Pérez Luño, pode-se ter que reinventá-la tal como propôs Stefano Rodotà ou radicalizar como Manuel Castells, afirmando que a privacidade na rede acabou. Isto denota que diante da necessidade de exibição constante das pessoas no mundo virtual ocorreu uma mutação da privacidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da nova configuração da sociedade com a convivência com as tecnologias da informação, bem como a evocação do marco civil da internet, para proteção dos dados pessoais, a proteção à privacidade reclama um estatuto com esta finalidade.

É importante, porém, que na construção do marco legislativo seja levado em consideração a mutação da privacidade, numa sociedade em que a maioria das pessoas se expõe de uma forma exagerada, sem conhecer os riscos desta informação lançada na rede e a dificuldade de retirá-la, pois a divulgação é potencializada na perspectiva geográfica e temporal, indo aos mais diversos locais e por muitíssimo tempo. Este fenômeno, redesenha os direitos de personalidade, dentre os quais se inclui a privacidade.

Destarte, a formação cultural adquire um significado importante, pois é importante que o cidadão tenha condições de mensurar a respeito dos benefícios e malefícios desta navegação na rede, ocasionada pela sua inserção na rede mundial de computadores. Por isso, o século XXI impõe uma releitura da privacidade, a fim de conceder uma tutela jurídica adequada ao (ciber)cidadão.

## REFERÊNCIAS

ARENDT, Hannah. *Entre o passado e o futuro*. 6ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2009 (Debates; 64/ dirigida por Guinsburg). Que é a liberdade.

\_\_\_\_\_. *Los Orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998.

BENDA, Ernesto. *Dignidad Humana y derechos de la personalidad*. In: *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 25 mar. 2017.

\_\_\_\_\_. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituida/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituida/constituicao.htm)>. (Acesso em: 25 mar. 2017).

CABEZUELO ARENAS, A.L. *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Tirant to Blanch, Valencia, 1998.

CACHAPUZ, Maria Cláudia. *Intimidade e vida privada no novo Código Civil Brasileiro*: uma leitura orientada no discurso jurídico. Porto Alegre: Fabris, 2006.

CASTELLS, Manuel. *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., "Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982", em *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1983, pp. 1243/1268.

COSTA JR., Paulo José da. *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: RT, 1970, citando HENKEL, Der Strafschutz des Privatlebens.

DAVARA RODRIGUEZ, Miguel Ángel. *Manual de Derecho Informático*. Madrid: Aranzadi, 1993.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.

DENNINGER, E.. *El derecho a la autodeterminación informativa*. In problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, PÉREZ LUÑO, Antonio E. (Org.). Madrid: Tecnos, 1987.

DONEDA, Danilo. *Da privacidade à proteção dos dados pessoais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Trad. Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1995.

FROSINI, Vittorio. *L'umo artificiale: ética e diritto nell'era planetária*. Milano: Spirali Edizione, 1986.

\_\_\_\_\_. *Diritto alla riservatezza e la calcolatori elettronici*. In: ALPA, Guido; BESSONE, Mario. *Banche dati telemática e diritti della persona*. Quaderni di Diritto Comparato, Padova: Cedam, 1984.

\_\_\_\_\_. *Cibernética, Derecho y sociedad*, Madrid: Tecnos, 1982.

\_\_\_\_\_. La protezione della riservatezza nella società *informatica*, in: *Informatica e Diritto*. Fascículo 1º, janeiro-abril, 1981.

GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada* (1935); se cita por la nueva Ed. De la Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, "apud" PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

GARCÍA SAN MIGUEL, L. *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, in PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.

HIGUERAS, Manuel Heredero. *La nueva ley alemana de protección de datos*. Boletín de Información del Ministerio de la Justicia, año XLVI, nº 1630, 1992.

LIMBERGER, Têmis. *Acesso à informação pública em rede: a construção da decisão adequada constitucionalmente*. In: Lenio Luiz Streck; Leonel Severo Rocha; Wilson Engelmann. (Org.). Constituição, sistemas sociais e hermenêutica. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos. 1ed. Porto Alegre e São Leopoldo: Livraria do Advogado e Unisinos, 2013, p. 259-276.

LIMBERGER, Têmis. *O Direito à intimidade na era da informática: o desafio da proteção dos dados pessoais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

LLOSA, Mario Vargas. *A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005.

MARTINS, Guilherme Magalhães. O direito ao esquecimento na Internet. In: MARTINS, Guilherme Magalhães (Coord.). *Direito privado e internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MENKE, Fabiano. *A proteção de dados e o novo direito fundamental à garantia de confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão "in"* Direito, Inovação e Tecnologia, vol. I. Coordenadores: Gilmar F. Mendes, Ingo W. Sarlet e Alexandre Z. Coelho, São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 205/230.

MURILLO, Pablo Lucas. *El derecho a la autodeterminación informativa*. Madrid: Tecnos, 1990, p. 157-8 (Temas Clave de la Constitución Española) e Informática y protección de datos personales. Cuadernos e Debates, Madrid nº 43, 1993, p. 47-87.

- NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Direitos Fundamentais da personalidade na era da sociedade da informação: transversalidade da tutela à privacidade. *Revista de Informação Legislativa: RIL*, vol. 54, n. 213, p. 265-288, jan./mar. 2017. Disponível em: <[http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril\\_v54\\_n213\\_p265](http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/213/ril_v54_n213_p265)>. Acesso em: 06 ago. 2017.
- NORA, Simon; MINC, Alain. *Informe Nora-Minc – La informatización de la sociedad*. Madrid: [S.n.], 1982, p. 18 (Colección popular).
- ORTEGA Y GASSET, J. *El hombre y la gente*, en Obras Completas, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, apud PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.
- PARISER, Eli. *O filtro invisível: O que a internet está escondendo de você*. Zahar: Rio de Janeiro, 2011.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 10ª ed., Madrid: Tecnos, 2010.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*. Madrid: Universitas, 2012.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*. Estudios conmemorativos del 65 aniversario del Autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Sevilla: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Manual de informática y derecho*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1996.
- PÉREZ LUÑO, A. E., "Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data", en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.
- PREUSS, U., *Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Surhkamp, Frankfurt, 1979.
- PROSSER, Willian. *Privacy*. California Law Review, v. 48, n. 3, 1960.
- RODOTÀ, Stefano. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- RUIZ MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*. Madrid: Tecnos, 1995.
- SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro A. *Hacia un nuevo marco europeo de protección de datos personales: empoderamiento de los ciudadanos en la sociedad tecnológica*. In: Sociocibernética e Infoética: contribución a una nueva cultura y praxis jurídica. (Org.) Yarina Amoroso Fernández. 1ed. Habana - Cuba: Editorial UNIJURIS, 2015, v. 1.
- SARTORI, Giovanni. *Teoría de la democracia*. Vol. 2. Madrid: Alianza Editorial, 1988.
- SCHMITT, Carl. *El nomos de la tierra en el derecho de gentes del 'ius publicum europaeum'*, CEC, Madrid, 1979.
- UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial da União Europeia*. Tratado de Lisboa. C 306, 50º ano, 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:306:FULL:PT:PDF>>. (Acesso em: 25 mar. 2017).
- UNIÃO EUROPEIA. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia*, de 07 de dezembro de 2000. Carta de Nice. Disponível em: <[http://www.europarl.europa.eu/charter/default\\_pt.htm](http://www.europarl.europa.eu/charter/default_pt.htm)>. Acesso em: 27 mar. 2017.
- WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, vol. IV, nº 5, p. 193-220, Dec., 1890.

# INSTITUIÇÕES E O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA INOVAÇÃO TECNOLÓGICA NOS PAÍSES

Thami Covatti Piaia<sup>1</sup>

## CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O conhecimento da inovação tecnológica começou a adquirir importância a partir do século XVIII, quando do início da Revolução Industrial, onde surgiram profundas transformações na produção industrial do planeta. Com o surgimento das novas tecnologias no cenário internacional, transformou-se radicalmente a maneira de criar, produzir, distribuir e consumir produtos. Tal movimento alterou os caminhos da ciência para os interesses econômicos, pois a ideia de que as pesquisas são convertidas em realizações práticas por meio de um fluxo dinâmico que vai da ciência à tecnologia tem sido em toda parte um consenso entre os responsáveis por Pesquisa e Desenvolvimento. Assim, desde o século XIX a tecnologia vem buscando na ciência novas formas para a geração do conhecimento técnico<sup>2</sup>, e foi nessa época que o casamento entre ciência e tecnologia foi sendo consumado, e pesquisadores identificaram problemas e seguiram linhas de investigação detalhadas com um viés nas aplicações tecnológicas e outro no conhecimento fundamental. Embora, para Stokes, esse sentimento de separação radical entre ciência e tecnologia ainda tenha sobrevivido ao século XIX, sua forma institucional foi profundamente alterada. À medida que aquele século avançou, os pesquisadores conseguiram encontrar cada vez mais apoio nas universidades, e a ciência tornou-se uma vocação mais meritocrática.<sup>3</sup> A criação de carreiras profissionais e economicamente viáveis para pesquisadores, nas universidades e institutos de pesquisa, constituiu um poderoso estímulo para o crescimento da ciência,<sup>4</sup> possibilitando um melhor conhecimento de certos fenômenos da natureza – como o das reações químicas, do magnetismo e da eletricidade; a aplicação dos princípios científicos, conjugados a práticas, ao conhecimento popular, ao engenho, à sorte e à oportunidade, gerou tecnologias e produtos como o telefone e o motor elétrico; e as empresas começaram a produzir mercadorias em escala comercial, com base nessas tecnologias, e, com isso, geraram renda e riqueza por meio de inovações radicais.<sup>5</sup> Sendo assim, como pôde prevalecer essa visão tão incompleta sobre a ciência e seu papel na inovação tecnológica? Tratava-se de um paradoxo em face da frequência com que aqueles que construíram a ciência moderna foram diretamente influenciados por metas aplicadas. Como

1 Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Visiting Scholar na Universidade de Illinois – Campus de Urbana-Champaign – EUA (2012). Professora na Graduação e no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito, Mestrado e Doutorado da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Coordenadora do Projeto de Pesquisa: novas formas de proteção dos direitos culturais e do patrimônio cultural: aproximação entre direito, inovação e política. Membro do Grupo de Pesquisa Conflito, Cidadania e Direitos Humanos. E-mail: thamicovatti@hotmail.com

2 MACEDO, M. F. G.; BARBOSA, F. A. L. **Patentes, Pesquisa e Desenvolvimento:** um manual de propriedade industrial. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 14.

3 STOKES, Donald E. **O Quadrante de Pasteur:** a ciência básica e a inovação tecnológica. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 65.

4 STOKES, Donald E. **O Quadrante de Pasteur:** a ciência básica e a inovação tecnológica. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 65.

5 SALERMO, M. S.; KUBOTA, L. C. Estado e Inovação. In: NEGRI, J. A. de; KUBOTA, L. C. **Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica.** Brasília: IPEA, 2008. p. 13-64. p. 16

resolver esse paradoxo?<sup>6</sup> Avançando sobre temas até então alheios à discussão oficial sobre o desenvolvimento. No que tange à ciência e tecnologia os signatários reconheceram que, inclusive no que diz respeito à informação, são elementos estratégicos decisivos para o desenvolvimento dos países e a consciência cada vez mais geral de que a inovação tecnológica exigiria a aplicação contínua de métodos científicos aos processos industriais levou à criação de laboratórios voltados para pesquisa, desenvolvimento e inovação. Portanto, o objetivo deste artigo consiste em demonstrar, como o arcabouço institucional, influenciou e ainda influencia o processo de desenvolvimento da inovação tecnológica nos países, positivamente ou negativamente.

## A INOVAÇÃO COMO FATOR TRANSFORMADOR DE UMA SOCIEDADE

A tecnologia pode ser entendida como a face econômica da ciência, podendo conter profundo potencial transformador da sociedade, produzindo significativas alterações no processo produtivo e na relação de vantagens comparativas entre os países.<sup>7</sup> Um país que depende de outro para obter seu conhecimento científico novo será lento em seu progresso industrial e fraco em sua situação competitiva no comércio internacional. Para Furtado, os cinco recursos de poder em que se assenta a ordem econômica internacional são: 1) o controle da tecnologia; 2) o controle das finanças; 3) o controle dos mercados; 4) o controle do acesso às fontes de recursos não renováveis; e 5) o controle do acesso à mão de obra barata. Dos recursos de poder referidos, o primeiro – o controle da tecnologia – constitui atualmente a trava mestra da estrutura de poder internacional.<sup>8</sup> E como a tecnologia é o recurso mais nobre (na prática substitui os demais sem por eles ser substituída) e aquele que é monopolizado pelos países centrais, pode-se afirmar que a dependência é primeiramente tecnológica. Reunir outros recursos de poder para neutralizar ainda que parcialmente o peso da dependência tecnológica – eis a essência do esforço que realizam os países periféricos para avançar pela via do desenvolvimento.<sup>9</sup>

Para Giddens, em todas as culturas, as práticas sociais são rotineiramente alteradas à luz de descobertas sucessivas que passam a informá-las, mas somente na Era da Modernidade a revisão da convenção é radicalizada para se aplicar (em princípio) a todos os aspectos da vida humana, inclusive à intervenção tecnológica no mundo material.<sup>10</sup> A meta da tecnologia é achar soluções para os problemas técnicos da produção de mercadorias, inclusive aperfeiçoamentos de soluções existentes, e, para esse fim, usam do conhecimento das descobertas; os tecnólogos, incluindo os operários que também criam tais soluções, procuram saber como fazer essas coisas funcionarem e, quando conseguem, produzem invenções.<sup>11</sup>

Portanto, como a ciência e a tecnologia, que parecem ter sido a chave para o desenvolvimento dos países avançados, podem ser utilizadas efetivamente para o desenvolvimento social e tecnológico nos países em desenvolvimento? Kim afirma que a mudança tecnológica tem sido um fator determinante do desenvolvimento das economias nacionais. Nas economias industrializadas, muitos estudos têm mostrado que mais de 50% do crescimento econômico de longo prazo originam-se de mudanças tecnológicas que melhoraram a produtividade e promovem o desenvolvimento de novos produtos, novos processos e novos ramos de atividades.<sup>12</sup> O

6 STOKES, Donald E. **O Quadrante de Pasteur:** a ciência básica e a inovação tecnológica. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 51.

7 MATTOS, A. M. Globalização, Integração e nova Ordem Mundial. In: GUERRA, S. (Org.). **Globalização:** desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 37-50.

8 FURTADO, C. **Criatividade e Dependência na Civilização Industrial.** São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 151

9 FURTADO, C. **Criatividade e Dependência na Civilização Industrial.** São Paulo: Companhia das Letras, 2008. p. 160.

10 GIDDENS, A. **As Consequências da Modernidade.** São Paulo: UNESP, 1991. p. 45.

11 MACEDO, M. F. G.; BARBOSA, F. A. L. **Patentes, Pesquisa e Desenvolvimento:** um manual de propriedade industrial. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000. p. 28.

12 KIM, L. **Da Imitação à Inovação:** a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 15-16.

desenvolvimento, estágio final da sequência tecnológica, é a adaptação sistemática dos achados da pesquisa e materiais, dispositivos, sistemas, métodos e processos úteis.<sup>13</sup> Mudanças tecnológicas são uma das mais importantes fontes de crescimento econômico ao longo prazo. Novos processos permitem o crescimento no produto por unidade enquanto novos produtos criam novos mercados e provêm espectro para crescimento na produção.<sup>14</sup> Por isso, que a emergência de paradigmas tecnológicos radicalmente novos não pode ser explicada somente pelos impulsos econômicos: ela provém de uma interação complexa entre avanços da ciência, fatores institucionais e mecanismos econômicos.<sup>15</sup>

Essa poderosa influência sobre todo o sistema deriva da combinação de vantagens técnicas com econômicas, justificando a expressão paradigma tecnoeconômico.<sup>16</sup> Essas novas possibilidades de investimentos e seus requerimentos provocam uma profunda transformação no modo de fazer as coisas em toda a economia. Portanto, cada revolução tecnológica induz a uma mudança de paradigma. Um paradigma tecnoeconômico é, então, um modelo de prática-ótima constituído por um conjunto de princípios tecnológicos e organizacionais, genéricos e ubíquos, que indica a forma mais efetiva de empregar a revolução tecnológica em marcha, e de usá-la para modernizar e rejuvenescer o resto da economia. Quando a adoção dos novos princípios tecnológicos e organizacionais se generaliza, estes se convertem em senso comum para a organização de qualquer atividade e para a reestruturação de qualquer instituição.<sup>17</sup>

Um paradigma tecnológico define contextualmente as necessidades a serem atendidas, os princípios científicos a serem usados para as tarefas, a tecnologia de materiais a ser empregada. Portanto, um paradigma tecnológico é um padrão de solução de problemas tecnoeconômicos selecionados, baseado em princípios altamente seletivos, derivados das ciências naturais, juntamente com regras específicas direcionadas para a aquisição de novos conhecimentos e sua salvaguarda, sempre que possível, contra a rápida difusão entre seus competidores.<sup>18</sup>

Fenômenos como a globalização e a tendência para a política de descentralização também estão intimamente ligadas à mudança de paradigma, com novas possibilidades e da forma mais eficaz para tirar proveito. Pode-se considerar que a descrição revoluções tecnológicas Schumpeterianas como processos de “destruição criativa” não se aplica apenas à economia, mas também para as políticas e instituições.<sup>19</sup>

Desde o surgimento da tecnologia da Internet, que permitiu a troca instantânea de informações entre pessoas de todas as partes do planeta, aconteceu um incrível intercâmbio de mercadorias, serviços, tecnologias e pessoas em várias partes do mundo. As batalhas, que até então tiveram caráter bélico, são cada vez mais econômicas e as lutas são travadas no ringue do mercado mundial, completamente globalizado. Para Sidekum, a cultura contemporânea tem dimensões de grandiosidade universal pelas redes da globalização da comunicação e possui possibilidades que extrapolariam o imaginário dos visionários de alguns séculos atrás.<sup>20</sup> Cada revolução tecnológica é onipresente e fornece tecnologias genéricas e novas práticas organizacionais que levam a

13 KIM, L. **Da Imitação à Inovação:** a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 28.

14 ARCHIBUGIL, D.; MICHIE, J. Technical Change, Growth and Trade: new departure in institutional economics. *Journal of Economic Surveys*, v. 12, n. 3. p. 01-20. p. 05.

15 DOSI, G. **Mudança Técnica e Transformação Industrial:** a teoria e uma aplicação à indústria dos semicondutores. Campinas: Unicamp, 2006. p. 398.

16 FREEMAN, C. Introduction. In: DOSI, G. et al. **Technical Change and Economy Theory.** Londres: Pinter Publishers, 1988. p. 10.

17 PEREZ, C. **Revoluciones Tecnológicas y Capital Financiero:** la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza. México: Siglo XXI, 2004. p. 41.

18 DOSI, G. Sources, Procedures and Microeconomics Effects of Innovation. *Journal of Economic Literature*, Pittsburg, v. 27, n. 3, p. 1120-1171, 1988. p. 1127.

19 PÉREZ, C. Cambio Tecnológico y Oportunidades de Desarrollo como Blanco Móvil. *Revista de la Cepal*, Ciudad del Mexico, v. 75, p. 115-136, 2001. p. 123.

20 SIDEKUM, A. Alteridade e Interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo.** Ijuí: UNIJUÍ, 2003. p. 233-298.

aumentos significativos no potencial da maioria das atividades produtivas existentes. Os princípios subjacentes a este processo se incorporam gradualmente à modernização de um modelo de boas práticas que chamamos de “estilo tecnológico” ou “paradigma tecnoeconômico”. O resultado é um rejuvenescimento gradual de toda a estrutura produtiva, para que as indústrias maduras possam voltar a se atualizar conforme novas indústrias, em termos de dinamismo, produtividade e rentabilidade.<sup>21</sup> Um paradigma tecnoeconômico articula os modelos técnicos e organizacionais para maximizar o potencial da revolução tecnológica correspondente. Cada paradigma fornece um novo conjunto de princípios de “senso comum” que servem para orientar a tomada de decisões de empreendedores, inovadores, gestores, administradores, engenheiros e investidores para a máxima eficiência e eficácia, tanto em novas atividades, como nas velhas.<sup>22</sup>

O processo de propagação de cada onda, ou paradigma tecnológico passa por quatro períodos distintos: de difusão inicial, de rápido crescimento inicial, rápido crescimento tardio e maturação. Uma vez que isso ocorre em países que estão na vanguarda onde se implanta o paradigma aspirado, os países retardatários devem fazer frente a estes conjuntos de oportunidades.<sup>23</sup> As condições mudam à medida que um paradigma evolui e o que faz um país numa etapa irá influenciar o passo seguinte. Assim, a magnitude da oportunidade na transição é diferente para cada um dos países. Depende, em parte, do desenvolvimento já alcançado e suas características específicas.<sup>24</sup>

Quanto maior o número e maior a complexidade das tecnologias específicas já instaladas, mais arraigadas são as ligações entre eles e mais abundante é o estoque de recursos humanos qualificados, maior a possibilidade de aplicar com sucesso o novo paradigma para renovar a base produtiva e dar um salto em frente. Isso significa que os países que não conseguiram atingir uma massa crítica em termos de experiência e capacidade industrial sob o paradigma anterior, podem enfrentar uma janela muito estreita de oportunidades para tirar partido das novas tecnologias.<sup>25</sup>

Como visto, o desenvolvimento tecnológico é um processo complexo. As tecnologias se interconectam e estas, por sua vez, são interligadas e interdependentes com o contexto físico, social e institucional,<sup>26</sup> e a importância do conhecimento e da inovação tem aumentado de forma sem precedentes na história. As nações que melhor se apropriaram dos avanços do conhecimento e das inovações tecnológicas são as que mais se desenvolveram. Os investimentos intangíveis na produção de novos conhecimentos, inovações e em sua disseminação são críticos para o crescimento, enquanto os investimentos tangíveis em máquinas, vêm reduzindo progressivamente sua importância relativa. Na ótica Schumpeteriana a tecnologia não é um bem público e não está livremente disponível na economia, assim para adquiri-la são necessários esforços específicos, que variam de país para país de acordo com as diferenças nas características institucionais. Estas disparidades darão origem a diferentes taxas de crescimento econômico dos países.

21 PÉREZ, C. Cambio Tecnológico y Oportunidades de Desarrollo como Blanco Móvil. **Revista de la Cepal**, Ciudad del Mexico, v. 75, p. 115-136, 2001. p. 123.

22 PÉREZ, C. Cambio Tecnológico y Oportunidades de Desarrollo como Blanco Móvil. **Revista de la Cepal**, Ciudad del Mexico, v. 75, p. 115-136, 2001. p. 123.

23 PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. **El Trimestre Económico**, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992. p. 31.

24 PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. **El Trimestre Económico**, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992. p. 39-40.

25 PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. **El Trimestre Económico**, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992. p. 40.

26 PÉREZ, C. Cambio Tecnológico y Oportunidades de Desarrollo como Blanco Móvil. **Revista de la Cepal**, Ciudad del Mexico, v. 75, p. 115-136, 2001. p. 119.

De uma maneira geral, os países com economias avançadas tendem a ser aqueles que dispõem de sistemas de proteção à propriedade nos quais o público deposita um certo grau de confiança. Quando se pensa sobre esses sistemas, em vez de apenas aceitá-los instintivamente, percebe-se que são razoavelmente eficientes na salvaguarda da inovação e da expressão criativa. Por outro lado, os países que estão em graus variados de desenvolvimento ou de esforço para a frente, tendem a possuir sistemas de proteção nos quais o povo não tem muita confiança.<sup>27</sup>

Para Stal, as diferenças na qualidade de vida das pessoas, no sucesso de empresas e no nível de desenvolvimento de nações dependem, em grande parte, da forma como estas produzem, absorvem e utilizam conhecimentos científicos e tecnológicos e inovações.<sup>28</sup> Na grande maioria dos países, o Estado apoia as atividades de inovação nas indústrias e nas universidades, como isenção ou redução de impostos, financiamento com juros mais baixos, subvenção econômica e bolsas de pesquisa são alguns dos mecanismos utilizados. Isso porque a inovação traz riscos imensos, tanto tecnológicos como econômicos, mas seus benefícios também são altos, revertidos para a sociedade. No contexto econômico atual, marcado pela alta competitividade, qualidade de produtos e concorrência acirrada, cada vez mais o êxito empresarial depende da capacidade de se inovar tecnologicamente, colocando novos produtos no mercado a um preço menor, com uma qualidade melhor e uma velocidade maior que seus concorrentes.

A partir da metade do século XX, começaram a surgir trabalhos que demonstravam a relação entre tecnologia e crescimento em uma base mais empírica e comparativa entre diversos países. Dentre os trabalhos, destaca-se o estudo de Fagerberg, que analisou o PIB *per capita*, os gastos em Pesquisa e Desenvolvimento como percentual do PIB e o número de patentes externas por bilhão de dólares exportados. Os resultados mostram que existe uma relação positiva entre PIB *per capita* e atividade tecnológica, medida tanto pelos gastos em Pesquisa e Desenvolvimento, quanto pelo número de patentes. Fagerberg, em seu artigo, Inovação e Desenvolvimento Econômico, elaborou as seguintes questões: a inovação é importante para o desenvolvimento? Em caso de resposta afirmativa, como ela seria importante?<sup>29</sup> O autor acredita que existe uma relação positiva entre o nível de desenvolvimento tecnológico e o crescimento econômico dos países. Particularmente, na fronteira tecnológica, as diferenças entre países em termos de esforços inovadores (como indicado principalmente por patentes) tornam-se cada vez mais importantes para explicar as diferenças de desempenho no crescimento. Ambas as tendências, sem dúvida, aumentam a probabilidade de divergências no mundo econômico.<sup>30</sup> Robert Solow, em 1957, publicou um artigo intitulado Mudança Técnica e a Função da Produção Agregada,<sup>31</sup> onde considerava que o motor fundamental do crescimento econômico é o desenvolvimento tecnológico.

O crescimento econômico depende da taxa de absorção do estoque existente de conhecimento relevante; a taxa de absorção depende da disponibilidade de homens treinados e capital; a razão para o crescimento acelerado entre países de renda média é que se acumularam o estoque de homens bem treinados (incluindo os empresários) para uma posição onde eles podem acelerar a taxa de absorção do estoque de conhecimento existente.<sup>32</sup>

27 SHERWOOD, R. M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: USP, 1992. p. 11-12.

28 STAL, Eva. Inovação Tecnológica, Sistemas Nacionais de Inovação e Estímulos governamentais à Inovação. In: MOREIRA, Daniel Augusto; QUEIROZ, Ana Carolina S. (Coord.). **Inovação Organizacional e Tecnológica**. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 23-53.

29 FAGERBERG, J.; SRHOLEC, M.; VERSPAGEN, B. **Innovation and Economic Development**: the handbook of the economics of innovation. North Holland, 2009. p. 833-872.

30 FAGERBERG, J.; VERSPAGEN, B. Technology-gaps, Innovation-Difusion and Transformation: an evolutionary interpretation. **Research Policy**, supp. 31, p. 1291-1304, 2001.

31 SOLOW, R. Technical Change and the Aggregate Production Function. **Review of Economics and Statistics**, v. 39, p. 312-320, ago. 1957.

32 ROSTOW, W. W. **Why the Poor Get Richer, and the Rich Slow Down**: essays in the marshallian long period, New York. London: MacMillan, 1980. p. 267-277.

Fagerberg e Godinho referem-se à capacidade única de um país em desenvolvimento diminuir a diferença de produtividade em relação aos países líderes, convergindo para uma tendência de redução das diferenças globais em termos de produtividade e de renda no mundo como um todo.<sup>33</sup> A imitação e a absorção de tecnologia estrangeira são assim vistas como meios de aceleração do crescimento econômico e de convergência progressiva com as fronteiras tecnológicas a nível mundial.<sup>34</sup> Foi o que fez a Coreia do Sul a partir da década de sessenta. Nas últimas décadas a Coreia conseguiu de fato passar por uma grande transformação: sua economia baseada na agricultura de subsistência transformou-se numa economia industrializada e moderna. Até 1961, o país enfrentava uma série de dificuldades - as mesmas crises que os países em desenvolvimento enfrentam atualmente. Seu Produto Nacional Bruto (PNB) *per capita* era menor que o do Sudão e representava não mais do que um terço daquele do México.<sup>35</sup> Atualmente, a Coreia ocupa posição de destaque entre os países mais inovadores, com elevados índices de industrialização e de desenvolvimento, além de ter um sistema educacional universal. Receita para esse sucesso? Mudança institucional e tecnológica. A Coreia reagiu mais rapidamente e eficazmente às mudanças que o Brasil, sendo que na década de sessenta, quando a Coreia deu início ao seu processo de industrialização e inovação, o Brasil tinha uma renda per capita maior que a da Coreia. Além do que, a Coreia ainda estava se recuperando dos efeitos devastadores da Guerra da Coreia (1950-1953). A situação neste país era tão dramática, que a pior área do antigo estádio Beira-Rio, em Porto Alegre, era chamada popularmente de Coreia pela torcida colorada. Nossa interpretação sobre o êxito da Coreia é que este país tomou como padrão os conhecimentos específicos que havia adquirido de tecnologias maduras e fabricando produtos padronizados e revitalizando-os com o modelo organizacional japonês. Indiscutivelmente, tanto a Coreia, como o Japão, realizaram “engenharia reversa” do produto e “engenharia avançada” do sistema de produção. Isto foi conseguido graças a duas condições favoráveis: baixos custos trabalhistas, o que lhes dava uma vantagem em produtos maduros e um incentivo muito favorável aos sistemas de competitividade das exportações.<sup>36</sup> É pouco provável que esta experiência possa ser repetida em outro país, e ainda mais difícil tentar repeti-lo muitos anos depois. Mas pode servir para ilustrar o que propomos: que em períodos de transição tecnológica existe um conjunto abundante de oportunidades tecnológicas, que podem contribuir para atingir o desenvolvimento, desde que tenham o quadro institucional adequado. Mas as janelas de oportunidade não são iguais para todos os países, assim como não são iguais as capacidades de aproveitá-las.<sup>37</sup>

Outro autor que fez um estudo interessante sobre o tema, foi Ragnar Nurkse. Em *Problemas da Formação de Capitais em Países Subdesenvolvidos*, publicado em 1951, Nurkse chamou atenção para dois problemas comuns em países subdesenvolvidos: a falta de capital e as limitações do mercado. Para Nurkse, os países subdesenvolvidos estavam mergulhados no círculo vicioso da estagnação, no qual o estímulo a investir era limitado pelas possibilidades restritas do mercado e a pequena dimensão do mercado devia-se a baixos níveis de produtividade que, por sua vez, eram causados pela ausência de bens de capital na produção, ausência esta devida às restritas possibilidades do mercado, e assim por diante.<sup>38</sup> Em sua pesquisa sobre o círculo vicioso da pobreza, concluiu que países com baixo nível de renda *per capita* ou com elevada concentração de renda não teriam disponibilidade nem incentivos para investir. O progresso tecnológico é o motor do crescimento econômico

33 FAGERBERG, J.; GODINHO, M. M. *Innovation and Catching up*, 2003. p. 06.

34 GODINHO, M. M. Difusão Internacional de Tecnologia e Perspectivas de Convergência: onde se encontra a economia portuguesa? *Sociologia – Problemas e Práticas*, v. 18, p. 09-21, 1995. p. 11.

35 KIM, L. **Da Imitação à Inovação:** a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia. Campinas: UNICAMP, 2005. p. 13.

36 PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. *El Trimestre Económico*, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992. p. 39.

37 PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. *El Trimestre Económico*, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992. p. 39

38 NURKSE, R. Problemas de Formação de Capitais em Países Subdesenvolvidos. *Revista Brasileira de Economia*, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 11-190, dez. 1951. p. 18.

e o mesmo decorre da busca de novas ideias num esforço por captar, em forma de lucro, parte do ganho social gerado pelas novas ideias. Assim, as inter-relações entre tecnologia, crescimento econômico, processo inovativo e novas ideias vêm lidar com o perfil representativo de cada país no cenário internacional,<sup>39</sup> sendo que o baixo nível de investimento acarretaria baixos níveis de produtividade do trabalho e, consequentemente, condições insuficientes para a inovação e o desenvolvimento científico e tecnológico. Devido à baixa produtividade, viriam baixos níveis de renda, de demanda e de formação de capital. As consequências sociais e econômicas desse círculo vicioso, constituem um entrave à inovação e ao desenvolvimento.

## INOVAÇÃO, INSTITUIÇÕES E DESENVOLVIMENTO

Não existe uma definição padrão para inovação. Entretanto, comum é a ideia de algo novo, seja uma característica de um produto, um processo, uma técnica, seja um novo uso de um produto ou serviço. A inovação possui um sentido econômico, pois depende da produção ou da aplicação comercial do novo produto ou do aperfeiçoamento nos bens e serviços já utilizados. Do ponto de vista econômico, a inovação em si, ou seja, a primeira aplicação comercial de uma invenção, pode não representar impactos significativos.<sup>40</sup> Muito mais importante é a velocidade e abrangência da difusão destas inovações na economia. A difusão de inovações depende de um conjunto de fatores condicionantes favoráveis, incluindo inovações complementares, criação de infraestrutura apropriada, quebra de resistência de empresários e consumidores, mudanças na legislação e aprendizado na produção e uso de novas tecnologias.<sup>41</sup>

Schumpeter foi o primeiro autor a identificar a inovação como a principal força motriz do desenvolvimento, dotada de dinâmica própria que atua diretamente sobre as estruturas fundamentais da ordem econômica.<sup>42</sup> Para o autor, normalmente, o problema que se nota, é como o capitalismo administra as estruturas existentes, mas a questão de fato relevante é como ele as cria e destrói.<sup>43</sup> Esta seria a verdadeira síntese do capitalismo, sua dinâmica essencial, que Schumpeter vai denominar de destruição criativa. As ondas de destruição criativa transformam o mercado por completo, em favor daqueles que são capazes de reagir mais rapidamente e eficazmente às mudanças. Desta forma, pode-se pensar na inovação como resultado de processos de aprendizado que contribuem para a remoção de limitações à liberdade, tais como ignorância, ausência de oportunidades educacionais e econômicas. Pode-se ainda pensar na inovação como contribuições à promoção de liberdades substantivas, tais como a capacidade de trabalhar, comunicar, aprender e participar democraticamente do processo político democrático.<sup>44</sup>

Na verdade, as descobertas tecnológicas ocorreram em agrupamentos, interagindo entre si num processo de retornos cada vez maiores. Sejam quais forem as condições que determinaram esses agrupamentos, a principal lição que permanece é que a inovação tecnológica não é uma ocorrência isolada. Ela reflete um atual estágio de conhecimento; um ambiente institucional e industrial específico; uma certa disponibilidade de talentos para definir um problema técnico e resolvê-lo; uma mentalidade econômica para dar a essa aplicação uma boa relação custo/benefício; e uma rede de fabricantes e usuários capazes de comunicar suas experiências de modo cumulativo e aprender usando e fazendo.<sup>45</sup>

39 JONES, C. I. **Introdução à Teoria do Crescimento Econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2001. p. 101.

40 TIGRE, P. B. Inovação e Teorias da Firma em três Paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**, n. 3, p. 67-111, jan./jun. 1998. p. 79.

41 TIGRE, P. B. Inovação e Teorias da Firma em três Paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**, n. 3, p. 67-111, jan./jun. 1998. p. 79.

42 SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper&Row, 1975. p. 81.

43 SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper&Row, 1975. p. 84.

44 LUNDVALL, B. National Innovation Systems: analytical concept and development tool. **Industry and Innovation**, v. 14, n. 1, p. 95-119, fev. 1997. p. 114.

45 CASTELLS, Manuel. **A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura**. v. 1. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 54-55

Assim, em grande parte, a tecnologia expressa a habilidade de uma sociedade para impulsionar seu domínio tecnológico por intermédio das instituições sociais, inclusive o Estado. O processo histórico em que esse desenvolvimento de forças produtivas ocorre assinala as características da tecnologia e seus entrelaçamentos com as relações sociais.<sup>46</sup>

Não é diferente no caso da revolução tecnológica atual. Ela originou-se e difundiu-se, não por acaso, em um período histórico da reestruturação global do capitalismo, para o qual foi uma ferramenta básica. Portanto, a nova sociedade emergente desse processo de transformação é capitalista e também informacional, embora apresente variação histórica considerável nos diferentes países, conforme sua história, cultura, instituições e relação específica com o capitalismo global e a tecnologia informacional.<sup>47</sup>

Entretanto, embora não determine a tecnologia, a sociedade pode sufocar seu desenvolvimento principalmente por intermédio do Estado. Ou então, também principalmente pela intervenção estatal, a sociedade pode entrar num processo acelerado de modernização tecnológica capaz de mudar o destino das economias, do poder militar e do bem-estar social em poucos anos.<sup>48</sup> Sem dúvida, a habilidade ou inabilidade de as sociedades dominarem a tecnologia e, em especial, aquelas tecnologias que são estrategicamente decisivas em cada período histórico, traça seu destino a ponto de podermos dizer que, embora não determine a evolução histórica e a transformação social, a tecnologia (ou sua falta) incorpora a capacidade de transformação das sociedades, bem como os usos que as sociedades, sempre em um processo conflituoso, decidem dar ao seu potencial tecnológico.<sup>49</sup>

O que deve ser guardado para o entendimento da relação entre a tecnologia e a sociedade é que o papel do Estado, seja interrompendo, seja promovendo, seja liderando a inovação tecnológica, é um fator decisivo no processo geral, à medida que expressa e organiza as forças sociais dominantes em um espaço e uma época determinados.<sup>50</sup>

Governos possuem diversos papéis fundamentais e não-substituíveis no processo de promover a mudança tecnológica que pode tomar diversas formas: primeiramente, a atuação científica direta e atividades tecnológicas como no caso de universidades e outras instituições de pesquisa públicas; em segundo lugar, o suporte financeiro à inovação através do setor de negócios e em terceiro, o suprimento de infraestrutura de produção necessária, incluindo educação e treinamento, regras e normas e um sistema legal de propriedade intelectual para permitir que pessoas e empresas inovem.<sup>51</sup>

Desta forma, pode-se pensar na inovação como resultado de processos de aprendizado que contribuem para a remoção de limitações à liberdade, tais como ignorância, ausência de oportunidades educacionais e econômicas. Pode-se ainda pensar na inovação como contribuições à promoção de liberdades substantivas,

46 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. A Sociedade em Rede.* Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31

47 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. A Sociedade em Rede.* Tradução de Roneide Venâncio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31

48 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. O Poder da Identidade.* Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 26

49 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. O Poder da Identidade.* Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 26

50 CASTELLS, Manuel. *A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. O Poder da Identidade.* Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 31

51 ARCHIBUGIL, D.; MICHIE, J. Technical Change, Growth and Trade: new departure in institutional economics. *Journal of Economics Surveys*, v. 12, n. 3. p. 01-20. p. 03.

tais como a capacidade de trabalhar, comunicar, aprender e participar democraticamente do processo político democrático. Todos esses fatores, afetam diretamente o desenvolvimento.<sup>52</sup>

Nesse diapasão, a configuração das instituições é decisiva para determinar em que grau os custos de transação dos processos de inovação diferem entre os países. Espera-se que nos países em desenvolvimento, cujas leis nem sempre estão bem definidas, sistemas judiciários são lentos e ineficientes, desrespeitando os contratos celebrados, os custos de transação sejam consideravelmente mais elevados. Sociedades pobres encontram-se nessa situação justamente por não terem desenvolvido uma base de regras, leis e costumes capazes de estimular atividades economicamente produtivas, especificamente acumulação de capital e de conhecimento.<sup>53</sup>

Com essa acumulação de capital e conhecimento, instituições evoluem sofisticadamente, conectando o passado com o presente e o futuro; a história, por consequência, é em muito a história da evolução institucional em que o desempenho histórico das economias pode ser entendido somente através de um estudo sequencial.<sup>54</sup> Valores se erguem e são acessados, contrastados, valorizados e apropriados institucionalmente.<sup>55</sup> As instituições, reduzem a incerteza e os custos de transação e de acordo com Gala, North procura mostrar a dificuldade enfrentada pelos agentes econômicos por conta da existência de incerteza. A partir daí, introduz o conceito de instituições. Estas, ao reduzirem os custos de transação, atenuando o problema da incerteza, facilitarão a coordenação econômica e social.<sup>56</sup>

O ambiente econômico e social dos agentes é permeado por incerteza. A principal consequência dessa incerteza são os custos de transação. Estes podem ser divididos em problemas de *measurement* e *enforcement*. Para reduzirem os custos de transação e coordenar as atividades humanas, as sociedades desenvolvem instituições. Estas são um contínuo de regras com dois extremos: formais e informais. O conjunto dessas regras pode ser encontrado na Matriz Institucional das sociedades. A dinâmica dessa matriz será sempre *path dependent*,<sup>57</sup> onde atores sociais assumem compromissos baseados nas instituições e políticas existentes. Conforme eles os fazem, o custo de reverter o curso em geral aumenta dramaticamente.<sup>58</sup>

A perplexidade, face ao fato, inúmeras vezes repetido, de uma mesma política econômica, em situações semelhantes, redundar em resultados diferentes aumentou a consciência de que as instituições produzem consequências sobre o desempenho econômico.<sup>59</sup> De acordo com Tigre:

Nenhum arranjo institucional pode ser definido como ótimo, pois eles são frutos de contingências culturais e políticas típicas de cada país. Em alguns países as instituições se desenvolveram de forma a favorecer o progresso econômico, enquanto em outros países não. O ambiente institucional determina as oportunidades de lucro, direcionando as decisões e o processo de acumulação de conhecimentos das organizações, gerando trajetórias virtuosas ou viciosas.<sup>60</sup>

52 LUNDVALL, B. National Innovation Systems: analytical concept and development tool. *Industry and Innovation*, v. 14, n. 1, p. 95-119, fev. 1997. p. 114.

53 GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003. p. 92.

54 MILGROM, P.; NORTH, D. C.; WEINGAST, B. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the law merchant, private judges and the champagne fairs'. *Economics and Politics*, v. 2, p. 1-24, 1991. p. 98.

55 CONCEIÇÃO, O. A. C. Além da Transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e pós-keynesianos. *Economia*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 621-642, set./dez. 2007. p. 632.

56 GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, Cidade, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003. p. 100.

57 GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. *Revista de Economia Política*, Cidade, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003. p. 103.

58 PIERSON, P. *Politics in Time: history, institutions, and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004. p. 35.

59 SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basilia. Mudanças Institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) *Direito e Economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 228-243. p. 235.

60 TIGRE, P. B. Inovação e Teorias da Firma em três Paradigmas. *Revista de Economia Contemporânea*, n. 3, p. 67-111, jan./jun. 1998. p. 92.

Uma Matriz Institucional eficiente será aquela capaz de estimular um agente ou organização a investir numa atividade individual que traga retornos sociais superiores a seus custos sociais. A chave para tal arranjo de sucesso está em estabelecer um sistema de propriedade bem definido e acompanhado de um aparato de *enforcement* eficaz.<sup>61</sup> Ao abrigar as instituições formais e informais de uma sociedade num momento específico do tempo, a Matriz Institucional será responsável por definir o vetor de estímulos para os diversos agentes sociais, especialmente os envolvidos em atividades econômicas. Em grande parte, a história das sociedades se resume, para North, na evolução de suas Matrizes Institucionais e suas decorrentes consequências econômicas, políticas e sociais.<sup>62</sup> Destarte, comprehende-se que para ser possível a realização de mudanças institucionais profundas nos países, permitindo que os processos de industrialização e de inovação aconteçam eficazmente, faz-se necessário que ocorram mudanças nas instituições, para que se construa um arcabouço institucional propício à inovação e ao desenvolvimento.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, teve como objetivo principal, demonstrar, como o arcabouço institucional, influenciou e ainda influencia o processo de desenvolvimento da inovação tecnológica nos países, positivamente ou negativamente, e, a partir disso, contextualizar como esses fatores, que se inter-relacionam e se complementam, poderiam formar uma Matriz Institucional apta a gerar um ambiente propício para o desenvolvimento dos países. Em contrapartida, alguns países não conseguem produzir uma Matriz Institucional apta a gerar desenvolvimento, criando um ambiente de incertezas e estagnação política, social, tecnológica e econômica, levando ao seguinte questionamento: por que algumas nações se desenvolvem e outras permanecem estagnadas?

A resposta, trazida no texto, justifica a situação, alegando que a razão para existirem países mais inovadores e desenvolvidos, estaria na Matriz Institucional de cada país. Matrizes Institucionais formadas por boas instituições, que evoluam, se adaptando às novas realidades, e interagindo com organizações capazes e independentes, formariam um arcabouço institucional distinto, apto a gerar desenvolvimento e mudanças institucionais positivas, contribuindo para a produção de inovações e gerando desenvolvimento.

## REFERÊNCIAS

ARCHIBUGIL, D.; MICHE, J. Technical Change, Growth and Trade: new departure in institutional economics. **Journal of Economics Surveys**, v. 12, n. 3. p. 01-20.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 1. **A Sociedade em Rede**. Tradução de Roneide Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CASTELLS, Manuel. A Era da Informação: Economia, Sociedade e Cultura. v. 2. **O Poder da Identidade**. Tradução de Klauss Brandini Gerhardt. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

CONCEIÇÃO, O. A. C. Além da Transação: uma comparação do pensamento dos institucionalistas com os evolucionários e pós-keynesianos. **Economia**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 621–642, set./dez. 2007.

DOSI, G. **Mudança Técnica e Transformação Industrial**: a teoria e uma aplicação à indústria dos semicondutores. Campinas: Unicamp, 2006.

61 NORTH, D.; THOMAS, Robert P. **The Rise of the Western World**: a new economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1973. p. 01-02.

62 ALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, Cidade, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003. p. 102.

- DOSI, G. Sources, Procedures and Microeconomics Effects of Innovation. **Journal of Economic Literature**, Pittsburg, v. 27, n. 3, p. 1120-1171, 1988.
- FAGERBERG, J.; GODINHO, M. M. **Innovation and Catching up**, 2003. p. 06.
- FAGERBERG, J.; SRHOLEC, M.; VERSPAGEN, B. **Innovation and Economic Development**: the handbook of the economics of innovation. North Holland, 2009. p. 833-872.
- FAGERBERG, J.; VERSPAGEN, B. Technology-gaps, Innovation-Difusion and Transformation: an evolutionary interpretation. **Research Policy**, supp. 31, p. 1291-1304, 2001.
- FREEMAN, C. Introduction. In: DOSI, G. et al. **Technical Change and Economy Theory**. Londres: Pinter Publishers, 1988.
- FURTADO, C. **Criatividade e Dependência na Civilização Industrial**. São Paulo: Companhia das Letras, 2008.
- GALA, P. A Teoria Institucional de Douglass North. **Revista de Economia Política**, v. 23, n. 2, p. 89-105, abr./jun. 2003.
- GIDDENS, A. **As Consequências da Modernidade**. São Paulo: UNESP, 1991.
- GODINHO, M. M. Difusão Internacional de Tecnologia e Perspectivas de Convergência: onde se encontra a economia portuguesa? **Sociologia – Problemas e Práticas**, v. 18, p. 09-21, 1995.
- JONES, C. I. **Introdução à Teoria do Crescimento Econômico**. Rio de Janeiro: Campus, 2001.
- KIM, L. **Da Imitação à Inovação**: a dinâmica do aprendizado tecnológico da Coreia. Campinas: UNICAMP, 2005.
- LUNDVALL, B. National Innovation Systems: analytical concept and development tool. **Industry and Innovation**, v. 14, n. 1, p. 95-119, fev. 1997.
- MACEDO, M. F. G.; BARBOSA, F. A. L. **Patentes, Pesquisa e Desenvolvimento**: um manual de propriedade industrial. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2000.
- MATTOS, A. M. Globalização, Integração e nova Ordem Mundial. In: GUERRA, S. (Org.). **Globalização**: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo. Ijuí: Unijuí, 2006. p. 37-50.
- MILGROM, P.; NORTH, D. C.; WEINGAST, B. The Role of Institutions in the Revival of Trade: the law merchant, private judges and the champagne fairs'. **Economics and Politics**, v. 2, p. 1-24, 1991.
- NORTH, D.; THOMAS, Robert P. **The Rise of the Western World**: a new economic history. Cambridge: Cambridge University Press, 1973.
- NURKSE, R. Problemas de Formação de Capitais em Países Subdesenvolvidos. **Revista Brasileira de Economia**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 4, p. 11-190, dez. 1951.
- PEREZ, C. Cambio Técnico, Restructuración Competitiva y Reforma Institucional en los Países en Desarrollo. **El Trimestre Económico**, Ciudad del Mexico, v.1, n. 233, p. 23-64, jan./mar. 1992.
- PÉREZ, C. Cambio Tecnológico y Oportunidades de Desarrollo como Blanco Móvil. **Revista de la Cepal**, Ciudad del Mexico, v. 75, p. 115-136, 2001.
- PEREZ, C. **Revoluciones Tecnológicas y Capital Financiero**: la dinámica de las grandes burbujas financieras y las épocas de bonanza. México: Siglo XXI, 2004.
- PIERSON, P. **Politics in Time**: history, institutions, and social analysis. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- ROSTOW, W. W. **Why the Poor Get Richer, and the Rich Slow Down**: essays in the marshallian long period, New York. London: MacMillan, 1980. p. 267-277.
- SALERMO, M. S.; KUBOTA, L. C. Estado e Inovação. In: NEGRI, J. A. de; KUBOTA, L. C. **Políticas de Incentivo à Inovação Tecnológica**. Brasília: IPEA, 2008. p. 13-64.

SCHUMPETER, J. A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper&Row, 1975.

SHERWOOD, R. M. **Propriedade Intelectual e Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: USP, 1992.

SIDEKUM, A. Alteridade e Interculturalidade. In: SIDEKUM, Antônio (Org.). **Alteridade e Multiculturalismo**. Ijuí: UNIJUÍ, 2003. p. 233-298.

SOLOW, R. Technical Change and the Aggregate Production Function. **Review of Economics and Statistics**, v. 39, p. 312-320, ago. 1957.

STAL, Eva. Inovação Tecnológica, Sistemas Nacionais de Inovação e Estímulos governamentais à Inovação. In: MOREIRA, Daniel Augusto; QUEIROZ, Ana Carolina S. (Coord.). **Inovação Organizacional e Tecnológica**. São Paulo: Thomson Learning, 2007. p. 23-53.

STOKES, Donald E. **O Quadrante de Pasteur**: a ciência básica e a inovação tecnológica. Campinas: UNICAMP, 2005.

SZTAJN, Rachel; AGUIRRE, Basilia. Mudanças Institucionais. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; SZTAJN, Rachel (Org.) **Direito e Economia**: análise econômica do direito e das organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 228-243.

TIGRE, P. B. Inovação e Teorias da Firma em três Paradigmas. **Revista de Economia Contemporânea**, n. 3, p. 67-111, jan./jun. 1998.



**UNIVATES**

R. Avelino Talini, 171 | Bairro Universitário | Lajeado | RS | Brasil  
CEP 95914.014 | Cx. Postal 155 | Fone: (51) 3714.7000  
[www.univates.br](http://www.univates.br) | 0800 7 07 08 09