



Trabalho, Sociedade e Cidadania

**A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS:  
A RELEVÂNCIA CONTÍNUA DA  
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA ONU, p. 29**

Antonio Santana Sobrinho,  
Marco Antonio Oliveira de azevedo

**EFEITOS DAS RELAÇÕES DE PODER E DAS  
VIOLÊNCIAS NA QUESTÃO DA  
VULNERABILIZAÇÃO FEMININA: O  
DIREITO COMO INSTRUMENTO DE  
DOMINAÇÃO E DE EMANCIPAÇÃO, p. 55**

Renato Eduardo de Paiva  
Any Ávila Assunção

**OS MOVIMENTOS POLÍTICOS CRIMINAIS,  
ABOLICIONISMO, MINIMALISMO E  
DIREITO PENAL MÁXIMO E AS POLÍTICAS  
DE SEGURANÇA: A NECESSIDADE DE UMA  
ABORDAGEM MAIS AMPLA NO  
TRATAMENTO DA QUESTÃO DA  
VIOLÊNCIA, p.94**

Jean Rodrigues Oliveira  
Diogo Palau Flores dos Santos

**A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL  
NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E  
INSERÇÃO DOS RESSOCIALIZADOS NO  
MERCADO DE TRABALHO, p. 111**

Kleber Gouveia  
Fernando Nascimento dos Santos  
José Rossini Campos do Couto Corrêa

**ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E CONCURSOS  
PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA  
TEORIA DOS LIMITES AOS LIMITES, p. 128**

Vitor Ribeiro Vieira  
Douglas Henrique Marin dos Santos

**AS FERRAMENTAS DA NOVA LEI DE  
LICITAÇÕES E CONTRATOS (14.133/2021)  
PARA EVITAR A INADIMPLÊNCIA DAS  
OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NOS  
CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA  
ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, p 154**

Bruno César Gonçalves Teixeira  
Ulisses Borges de Resende

**LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, AS  
RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO  
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL, p. 187**

Mara Ruth Ferraz Ottoni  
Paulo José Leite Farias

## Freedom of expression from the perspective of the decisions of the Inter-American Court of Human Rights

Os autores Fábio Lopes Veras e Márcio Evangelista escrevem sobre como os tribunais internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e os tribunais brasileiros abordam o direito à liberdade de expressão e de imprensa, para conhecimento acerca dos impactos das ações institucionais para a liberdade de comunicação e de pensamento e, em especial, para o regime democrático.

Páginas 9-28

# REVISTA DE DIREITO

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
**Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB**

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/  
Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.14, n.14  
(jan./jun.2023) - Brasília: IESB, 2023.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: <https://revista.iesb.br/revista/index.php/ojsiesb/index>

A **Revista de Direito** – *Trabalho, Sociedade e Cidadania* é uma publicação semestral digital do Programa de Pós-Graduação em Direito *Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios* do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (PPGD-MPDS IESB).

Os textos publicados na Revista são de inteira responsabilidade de seus autores e suas autoras. Aceita-se contribuições de autores e autoras com titulação de doutor (a) ou em coautoria com um doutor (a).

Permite-se a reprodução desde que citada a fonte.

Seus editores são afiliados à Associação Brasileira de Editores Científicos (ABEC).

Está indexada em Diadorim, Latindex, Google Scholar e disponível via Platform & Workflow bay OJS/PKP.

QualisCAPES B3 nas áreas de Direito e Filosofia.

Todos artigos dos colaboradores (as) têm, gratuitamente, o DOI Crossref.

## FUNDADORA E MANTENEDORA

Profa. Dra. Eda Coutinho Barbosa Machado de Souza

## REITOR

Prof. Dr. Luiz Cláudio Costa

## PRÓ-REITOR DE GRADUAÇÃO E EXTENSÃO

Prof. Valdeci Simão

## COORDENADORA DA GRADUAÇÃO E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Profa. Dra. Any Ávila Assunção

## EDITORES-CHEFES

Any Ávila Assunção  
Miguel Ivân Mendonça Carneiro

## CONSELHO EDITORIAL

**Prof. Dr. Alysson Leandro Barbate Mascaro**  
Universidade de São Paulo (USP)

**Prof. Dr. Alexandre de Souza Agra Belmonte**  
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

**Prof. Dr. Antônio Escrivão Filho**  
Faculdade de Direito, Universidade de Brasília (UnB)

**Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy**  
Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB)

**Prof. Dr. Augusto César Leite de Carvalho**  
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

**Prof. Dr. André Luiz Santa Cruz Ramos**  
Centro Universitário IESB

**Prof. Dr. Diogo Palau Flores dos Santos**  
Centro Universitário IESB/Escola da Advocacia Geral da União (AGU)

**Prof. Dr. Douglas Alencar Rodrigues**  
Centro Universitário IESB/Tribunal Superior do Trabalho (TST)

**Prof. Dr. Márcio Evangelista Ferreira da Silva**  
Centro Universitário IESB/Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)

**Profa. Dr. Neide Terezinha Malard**  
Centro Universitário IESB

**Prof. Dr. Paulo José Leite de Farias**  
Centro Universitário IESB/Escola Superior do Ministério Público da União

**Prof. Dr. Ulisses Borges de Resende**  
Centro Universitário IESB

## CONSELHO CONSULTIVO NACIONAL

**Profa. Dra. Ada Ávila Assunção**  
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

**Prof. Dr. Alcian Pereira de Souza**  
Universidade do Estado do Amazonas (UEA)

**Prof. Dr. Alex Sandro Calheiros de Moura**  
Universidade de Brasília (UnB)

**Prof. Dr. Rodolfo Mário Veiga Pamplona Filho**  
Universidade Federal da Bahia (UFBA)

**Prof. Dr. Rodrigo Duarte Fernando dos Passos**  
Universidade Estadual Paulista (UNESP/Marília-SP)

**Prof. Dr. Siddharta Legale**  
Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

**Prof. Dr. Sílvio Rosa Filho**  
Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP)



**Prof. Dr. Tiago Resende Botelho**

Universidade Federal da Grande Dourados  
(UFGD)

**Profa. Dra. Yara Maria Pereira Gurgel**

Universidade Federal do Rio Grande do  
Norte (UFRN)

**CONSELHO CONSULTIVO INTERNACIONAL**

**Fabio Petrucci**

Università degli Studi di Roma *La Sapienza*

**Federico Losurdo**

L'Università degli Studi di Urbino Carlo Bo

**Giorgio Sandulli**

Università degli Studi di Roma *La Sapienza*

**Guilherme Dray**

Universidade Nacional de Lisboa

**Joaquín Perez Rey**

Universidad de Castilla Lá Mancha

**Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania**

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

**Programa de Pós-Graduação - PPG**

**Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios**

Curso de Direito - Campus Norte Giovanina Rímoli

SGAN 609, Conjunto D, L2 Norte, Asa Norte

CEP 70830-404 Distrito Federal / Brasília

E-mail: [rev.ppgdiesb@gmail.com](mailto:rev.ppgdiesb@gmail.com) / [revistadireito@iesb.br](mailto:revistadireito@iesb.br)

**ISSN: 2448-2358**

**QUALIS - B3**

A **Revista de Direito - Trabalho, Sociedade e Cidadania** é licenciada sob uma Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International Public License (CC BY-NC-ND 4.0)

Está indexada e preservada em:

Google Scholar - Google Acadêmico

Latindex - Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Diadorim - Diretório de Políticas Editoriais das Revistas Científicas Brasileiras

## ÍNDICE & SUMMARY

A LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA PERSPECTIVA DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....07

*FREEDOM OF EXPRESSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

*Fábio Lopes Veras*

*Márcio Evangelista Ferreira da Silva*

A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A RELEVÂNCIA CONTÍNUA DA DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA ONU.....29

*THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS: THE CONTINUED RELEVANCE OF THE UN UNIVERSAL DECLARATION*

*Antonio Santana Sobrinho*

*Marco Antonio Oliveira de Azevedo*

EFEITOS DAS RELAÇÕES DE PODER E DAS VIOLÊNCIAS NA QUESTÃO DA VULNERABILIZAÇÃO FEMININA: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO E DE EMANCIPAÇÃO.....55

*EFFECTS OF POWER RELATIONS AND VIOLENCE ON THE ISSUE OF FEMALE VULNERABILITY: LAW AS AN INSTRUMENT OF DOMINATION AND EMANCIPATION*

*Renato Eduardo de Paiva*

*Any Ávila Assunção*

OS MOVIMENTOS POLÍTICOS CRIMINAIS, ABOLICIONISMO, MINIMALISMO E DIREITO PENAL MÁXIMO E AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA: A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM MAIS AMPLA NO TRATAMENTO DA QUESTÃO DA VIOLÊNCIA.....94

*Jean Rodrigues Oliveira*

*Diogo Palau Flores dos Santos*

A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E INSERÇÃO DOS RESSOCIALIZADOS NO MERCADO DE TRABALHO.....111

*Kleber Gouveia*

*Fernando Nascimento dos Santos*

*José Rossini Campos do Couto Corrêa*

ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS LIMITES AOS LIMITES.....128

*REASONABLE ACCOMMODATION IN GOVERNMENT JOBS APPLICATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LIMIT OF LIMITS THEORY*

*Vitor Ribeiro Vieira*

*Douglas Henrique Marin dos Santos*

AS FERRAMENTAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (14.133/2021) PARA EVITAR A INADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....154

*Bruno César Gonçalves Teixeira*  
*Ulisses Borges de Resende*

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, AS RELAÇÕES DE TRABALHO À LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....187  
*GENERAL DATA PROTECTION LAW, LABOR RELATIONS IN LIGHT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT*

*Mara Ruth Ferraz Ottoni*  
*Paulo José Leite Farias*

## A LIBERDADE DE EXPRESSÃO PELA PERSPECTIVA DOS PRECEDENTES DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

## FREEDOM OF EXPRESSION FROM THE PERSPECTIVE OF THE DECISIONS OF THE INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Fábio Lopes Veras<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

7

Márcio Evangelista Ferreira da Silva<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

### Resumo

Este artigo visa o aprofundamento da temática sobre o controle indireto da liberdade de expressão pelas ações judiciais, por vezes utilizadas para a reprimir o amplo direito à informação e o livre exercício da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, constituindo obstáculo direto para a efetiva consecução dos direitos sociais. Pretende-se avaliar como os tribunais internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e os tribunais brasileiros abordam o direito à liberdade de expressão e de imprensa, para conhecimento acerca dos impactos das ações institucionais para a liberdade de comunicação e de pensamento e, em especial, para o regime democrático.

**Palavras-Chave:** Liberdade de Expressão. Precedentes Jurisprudenciais. Corte Interamericana de Direitos Humanos. Corte IDH. Malícia real.

### Abstract:

This article aims to deepen the theme on the indirect control of freedom of expression by legal actions, sometimes used to repress the broad right to information and the free exercise of intellectual, artistic, scientific and communication activities, constituting a direct obstacle to the effective achievement of social rights. It is intended to evaluate how international courts, in particular the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH), and Brazilian courts address the

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS IESB). Especialista em Administração Pública pela Universidade Federal do Piauí (UPI).

ORCID <https://orcid.org/0009-0008-6620-6817> Contato [fiveras@hotmail.com](mailto:fiveras@hotmail.com) Lattes <http://lattes.cnpq.br/9407242720071010>

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Centro Universitário de Brasília (UNICEUB). Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB. Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8427-0099>

Contato: [marcio.efs@gmail.com](mailto:marcio.efs@gmail.com)

Lattes

<http://lattes.cnpq.br/2036864260942055>

right to freedom of expression and of the press, for knowledge about the impacts of institutional actions for freedom of communication and thought and, in particular, for the democratic regime.

**Keywords:** Freedom of expression. Jurisprudential precedents. Inter-American Court of Human Rights. IDH Court. Actual malice.

## 1. Introdução

A livre exteriorização do pensamento e da atividade intelectual representa importante elemento que alicerça o regime democrático de um Estado-nação soberano e independente, garantidor das liberdades individuais e do desenvolvimento econômico equilibrado e justo. Constitui, na essência, importante referência para a efetivação e o fortalecimento dos direitos fundamentais.

Considerando a ampla rede de comunicação e de transformação do conhecimento atualmente existente, cujas manifestações são transmitidas de forma quase que instantânea pelos modernos canais de comunicação disponíveis (mídias sociais, *websites*, aplicativos de comunicação e outros), a liberdade de pensamento e crítica mostra-se cada vez mais importante para o desenvolvimento da sociedade em rede, modernamente interligada pela comunicação momentânea e difusa. Todavia, não se pode olvidar que o direito à liberdade de expressão está intimamente ligado ao dever de responsabilização dos agentes envolvidos, em especial pelos agentes transmissores e replicadores de conteúdo, os quais podem ser demandados para assumir pelos danos (materiais e imateriais) porventura causados, inclusive no tocante a um possível desequilíbrio das relações sociais, dada a forte dualidade atualmente existente entre as manifestações político-ideológicas.

Constitui, assim, direito amplo cujo exercício impõe ponderação, consciência e lisura dos agentes envolvidos, para que seu exercício possa ser considerado como legítimo.

Firme nessa linha de pesquisa, o presente artigo visa o aprofundamento da temática sobre o controle indireto da liberdade de expressão pelas ações judiciais, por



vezes utilizadas para a reprimir o amplo direito à informação e o livre exercício da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, constituindo obstáculo direto para a efetiva consecução dos direitos sociais. Pretende-se avaliar como os tribunais internacionais, em especial a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), e os tribunais brasileiros abordam o direito à liberdade de expressão e de imprensa, para conhecimento acerca dos impactos das ações institucionais para a liberdade de comunicação e de pensamento e, em especial, para o regime democrático.

Busca-se jogar luzes sobre o uso das ações judiciais como ferramenta intimidatória da liberdade de pensamento e do direito à informação, controlando a divulgação de conteúdo de interesse público. Pretende-se, sem qualquer objetivo exauriente, avaliar os impactos provocados pelo uso das ações judiciais na liberdade de imprensa e no direito ao conhecimento de informação de interesse público, além dos possíveis reflexos para o processo democrático e para o livre acesso aos direitos sociais resguardados pelo direito à informação.

Diante dos apontamentos acima apresentados, reputa-se necessário compreender o alcance das recentes decisões proferidas pela Corte IDH sobre a temática em análise<sup>3</sup> e a assimilação (ou não) da respectiva tese na ordem jurídica interna, com reflexo sobre o futuro dos precedentes judiciais a serem externalizados pelos Tribunais brasileiros, com observação de uma visão humanista dos direitos fundamentais, sem olvidar da soberania e da independência do mister de julgar e de formação do convencimento.

## **2. A Liberdade de expressão e sua contextualização doutrinária e jurisprudencial.**

A concepção primária do direito à liberdade de expressão está vinculada diretamente ao surgimento dos direitos fundamentais, pois considerado um dos mais antigos institutos de proteção constitucional, presente desde o início da Idade Moderna e da própria formação da civilização ocidental. Hodiernamente, é considerado elemento

<sup>3</sup> Corte IDH: caso “*Moya Chacón y otro x Costa Rica*”.

indissociável do conceito de Estado Constitucional<sup>4</sup>, tradição nas nações democráticas e defensoras as liberdades individuais.

Em seu aspecto principiológico, desenvolve-se a partir da evolução do próprio Direito Constitucional, possuindo íntima relação com o exercício das liberdades públicas que surgem como necessidade absoluta e *condicio sine qua non* para a existência e a consequente sobrevivência do Estado Democrático de Direito, que alicerça o contorno dos direitos fundamentais que devem ser preservados pelo ordenamento jurídico.

Pode ser percebido, ainda, a partir da sua relevância política essencial para a sociedade dita “moderna”, pois constitui importante veículo de reivindicação e constante reafirmação dos direitos essenciais da pessoa humana, cujo processo é percebido a partir das mais variadas formas de expressão e de livre circulação de informações. A possibilidade de apresentar denúncias de desrespeito aos direitos humanos constitui insumo essencial para a defesa das liberdades individuais e afirmação dos direitos sociais, fatores que norteiam o processo democrático.

De acordo com as lições de José Afonso da Silva, “a liberdade de comunicação consiste num conjunto de direitos, formas, processos e veículos, que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação” (2000, p. 247). O mencionado autor firma sua concepção a partir das orientações extraídas dos incisos IV, V, IX, XII, e XIV do artigo 5º. combinados com os artigos 220 a 224 da Constituição Federal<sup>5</sup>, compreendendo todas as formas de criação,

<sup>4</sup> Nas lições de Dalmo de Abreu Dallari (DALLARI, 2009), o Estado Constitucional, no sentido de Estado enquadrado num sistema normativo fundamental, pode ser considerado como uma criação moderna, desenvolvido paralelamente ao Estado Democrático e, em parte, sob a influência dos mesmos princípios.

<sup>5</sup> 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: (...) IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato; V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem; (...) IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença; (...) XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; (...) XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

de expressão e de manifestação do pensamento, perpassando, inclusive, pela difusão da informação e organização dos meios de comunicação, que se sujeita a regramento especial.

No desenvolvimento da teoria dos direitos fundamentais, Robert Alexy (2001) preleciona que a liberdade de expressão deve ser entendida como princípio constitucional norteador da hermenêutica jurídica. Para ele, os direitos fundamentais têm caráter de princípios e, em razão dessa natureza, podem, eventualmente, colidir entre eles, demandando uma interpretação prudente do aplicador do direito, para aplicação de solução mais ponderada em favor de um ou de outro direito igualmente fundamental (2001, p. 112).

Na mesma esteira, ou seja, considerados como princípios norteadores dos demais preceitos jurídicos, os direitos fundamentais podem ser compreendidos como valores morais compartilhados por uma determinada comunidade em dado momento e lugar, que podem sofrer evoluções do plano ético para o jurídico quando se materializam em normas principiológicas firmadas na norma constitucional (BARROSO, 2008, p. 352). Na análise conceitual do termo, alguns autores consideram como uma espécie preferencial dos direitos fundamentais (VENTURA, 2010), notadamente quando em confronto com outros direitos de igual natureza.

Ainda sob o enfoque das matrizes principiológicas, a liberdade de expressão possui lugar de destaque na Declaração Universal dos Direitos Humanos, documento adotado como norte para a garantia de direitos e para a universalização das liberdades fundamentais pela Organização das Nações Unidas (ONU). O artigo 19º do mencionado texto preleciona que “todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Disponível em: <<https://declaracao1948.com.br/declaracao-universal/declaracao-direitos-humanos/>>. Acesso em 19.3.2023.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica<sup>7</sup>), por sua vez, também estabelece posição de destaque para a liberdade de pensamento e de expressão, nos seguintes termos:

Artigo 13. Liberdade de pensamento e de expressão

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha.
2. O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e ser necessárias para assegurar:
  - a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou
  - b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas.
3. Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como o abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de ideias e opiniões.
4. A lei pode submeter os espetáculos públicos a censura prévia, com o objetivo exclusivo de regular o acesso a eles, para proteção moral da infância e da adolescência, sem prejuízo do disposto no inciso 2.
5. A lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência<sup>8</sup>.

No âmbito jurídico interno, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem afirmado, em seus julgados, a importância da liberdade de expressão no contexto de conflito com outros direitos fundamentais. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 4.451, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes e cujo voto foi acolhido por unanimidade pelo Plenário do STF, foi analisada a constitucionalidade de dispositivo

<sup>7</sup> Promulgado no Brasil pelo Decreto n.º 678/1992.

<sup>8</sup> Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>. Acesso em 19.3.2023.

(art. 45, incisos II e III<sup>9</sup>) da Lei Federal n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições), para assentar importante tese jurídica de contextualização do direito de liberdade de expressão.

Na oportunidade, o STF assim se manifestou:

LIBERDADE DE EXPRESSÃO E PLURALISMO DE IDEIAS. VALORES ESTRUTURANTES DO SISTEMA DEMOCRÁTICO. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS NORMATIVOS QUE ESTABELECEM PREVIA INGERÊNCIA ESTATAL NO DIREITO DE CRITICAR DURANTE O PROCESSO ELEITORAL. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AS MANIFESTAÇÕES DE OPINIÕES DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO E A LIBERDADE DE CRIAÇÃO HUMORÍSTICA. 1. A Democracia não existirá e a livre participação política não florescerá onde a liberdade de expressão for ceifada, pois esta constitui condição essencial ao pluralismo de ideias, que por sua vez é um valor estruturante para o salutar funcionamento do sistema democrático. 2. A livre discussão, a ampla participação política e o princípio democrático estão interligados com a liberdade de expressão, tendo por objeto não somente a proteção de pensamentos e ideias, mas também opiniões, crenças, realização de juízo de valor e críticas a agentes públicos, no sentido de garantir a real participação dos cidadãos na vida coletiva. 3. São inconstitucionais os dispositivos legais que tenham a nítida finalidade de controlar ou mesmo aniquilar a força do pensamento crítico, indispensável ao regime democrático. Impossibilidade de restrição, subordinação ou forçosa adequação programática da liberdade de expressão a mandamentos normativos cerceadores durante o período eleitoral. 4. Tanto a liberdade de expressão quanto a participação política em uma Democracia representativa somente se fortalecem em um ambiente de total visibilidade e possibilidade de exposição crítica das mais variadas opiniões sobre os governantes. 5. O direito fundamental à liberdade de expressão não se direciona somente a proteger as opiniões supostamente verdadeiras, admiráveis ou convencionais, mas também aquelas que são duvidosas, exageradas, condenáveis, satíricas, humorísticas, bem como as não compartilhadas pelas maiorias. Ressalte-se que, mesmo as declarações errôneas, estão sob a guarda dessa garantia constitucional. 6. Ação procedente para declarar a inconstitucionalidade dos incisos II e III (na parte impugnada) do artigo 45 da Lei 9.504/1997, bem como, por arrastamento, dos parágrafos 4º e 5º do referido artigo.

<sup>9</sup> Art. 45. A partir de 1º de julho do ano da eleição, é vedado às emissoras de rádio e televisão, em sua programação normal e noticiário: [...] II- usar trucagem, montagem ou outro recurso de áudio ou vídeo que, de qualquer forma, degradem ou ridicularizem candidato, partido ou coligação, ou produzir ou veicular programa com esse efeito; III- veicular propaganda política ou difundir opinião favorável ou contrária a candidato, partido, coligação, a seus órgãos ou representantes.

(ADI 4451, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 21/06/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-044 DIVULG 01-03-2019 PUBLIC 06-03-2019)

Como se observa, as razões que fundamentam esse importante precedente firmam-se na concepção segundo a qual a liberdade de expressão, em todas as suas formas e manifestações, é um direito fundamental e inalienável, inerente a todos os cidadãos, sendo considerado requisito indispensável para a existência de uma sociedade democrática, garantidor do pluralismo de ideias. Trecho do mencionado julgado assinala a necessidade de fortalecimento de um ambiente de "total visibilidade e possibilidade de exposição crítica" das ideias, sem temor ou receio da possibilidade de perseguição - pelos próprios órgãos públicos, inclusive o Poder Judiciário - pela simples ação de expor uma opinião.

É cediço, contudo, que a mesma razão de decidir não é aplicada pelos Tribunais Superiores<sup>10</sup> em outros julgados de igual ponderação e valores, que cedem à pressão pela defesa de outros direitos fundamentais de cunho individual, como a intimidade, a privacidade, a honra e a imagem.

Pelos enfoques acima apresentados, a liberdade de expressão pode ser compreendida como direito fundamental de livre manifestação do pensamento que possibilita ao indivíduo emitir suas opiniões e manifestar publicamente suas ideias e críticas, podendo reverberar no campo da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, dentre outros, sem interferência ou retaliações que possam constranger a sua divulgação livre e desembaraçada. Observadas as diferentes formas de manifestação humana, a livre manifestação do pensamento possui compreensão ampla, difusa e abrangente, esbarrando em conceitos como o direito de informar e de ser informado, o

---

<sup>10</sup> O STJ já decidiu que: "Os direitos à informação e à livre manifestação de pensamento não possuem caráter absoluto, encontrando limites em outros direitos e garantias constitucionais que visam à concretização da dignidade da pessoa humana. No desempenho da função jornalística, as empresas de comunicação não podem descuidar de seu compromisso com a veracidade dos fatos ou assumir uma postura injuriosa ou difamatória ao divulgar fatos que possam macular a integridade moral do indivíduo" (STJ, 3ª Turma. REsp 1.567.988/PR, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 13/11/2018).

direito de resposta, a liberdade de reunião, a liberdade religiosa e artística, a liberdade de informação jornalística, o direito de crítica, a vedação ao anonimato, o acesso à informação de interesse público (art. 5º da Constituição Federal) etc.

## 2.1 A dupla dimensão da liberdade de expressão

Para melhor compreensão do alcance do direito à liberdade de manifestação do pensamento, é salutar conhecer a dupla dimensão do seu preceito.

Como um dos pilares da democracia, o direito fundamenta da liberdade de expressão pode ser observado pelo aspecto subjetivo e individual, diretamente relacionado à uma abstenção estatal, uma forma de não repreensão ou supressão do direito; bem como, pelo aspecto coletivo e objetivo, pontuado a partir de uma exigência posta ao Estado para o cumprimento do seu papel garantidor e promocional da sua efetivação.

Pela dimensão individual, é assegurado ao cidadão a possibilidade de expressar seus sentimentos e ideias, podendo questionar, criticar e contestar livremente, como forma de conhecer e participar da vida pública. Na essência, decorre do sentimento pessoal inerente a cada indivíduo como participante de uma determinada comunidade, sendo verdadeira expressão da sua forma de pensar e analisar determinado tema, contexto ou comportamento social, apresentando para a sociedade as suas considerações sobre determinado assunto.

Pela perspectiva da dimensão coletiva (ou social), a liberdade de expressão reflete a corporificação de uma relação instrumental com a democracia, permitindo aos cidadãos conhecer informações de interesse público, as quais são necessárias para a defesa de outros direitos a ele inerentes (individual ou coletivo), a exemplo dos direitos sociais. Decorre do sentimento de busca por determinada informação ou assunto do seu interesse, irradiando diretamente na necessidade de conhecimento inerente do ser humano. Constitui, em síntese, o direito de ser informado.

Essa dupla via de acessibilidade da liberdade de expressão - informar e ser informado -, permite compreender a sua amplitude, possibilitando ao cidadão conhecer a nuances de determinado tema ou assunto para, uma vez minimamente instruído sobre ele, externar sua compreensão de forma livre e ampla.

No campo das relações sociais, essa dupla dimensão pode ser percebida na Opinião Consultiva n.º 05/85 da Corte IDH, cujo registro assinalou, pela primeira vez, a sua preocupação com os aspectos individual e social da liberdade de expressão, bem como sobre os critérios para que restrições a esse direito sejam válidas. Pelo mencionado instrumento, a Corte IDH pontuou que “quando se restringe ilegalmente a liberdade de expressão de um indivíduo, não só o direito desse indivíduo está sendo violado, como também o direito de todos de ‘receber’ informações e ideias, donde resulta que o direito protegido pelo artigo 13 tem um alcance e um caráter especiais”<sup>11</sup>.

Nesse sentido, observada pela lente das relações dos direitos sociais, a liberdade de expressão pode ser compreendida como condição necessária ao funcionamento das organizações de trabalhadores, a fim de proteger os direitos trabalhistas da coletividade, melhorar suas condições de trabalho e fomentar interesses legítimos das diversas classe sociais. Constitui mecanismo assegurador da livre informação, da união da categoria ou classe, para possibilitar a defesa dos direitos de interesse comum. Uma vez atacada ou restringida essa garantia, os direitos sociais podem ser indevidamente reprimidos pela ausência de contestação e luta pelo reconhecimento.

## 2.2 Limites da liberdade de expressão

A despeito da relevância dos motivos que fundamentam o direito à liberdade de manifestação do pensamento, alguns autores pregam que tanto a liberdade de expressão quanto a de informação encontram limites constitucionais. A diferença é que, enquanto na primeira (expressão) há maior licença para a criação e externalização das

<sup>11</sup> CIDH, Opinião Consultiva OC-5/85, Série A, N° 5, § 30.



manifestações artísticas e culturais, na segunda (informação) o interlocutor e os canais de difusão da informação devem prestar obediência à verdade objetiva, evitando a difusão de *fake news* e notícias de índole minimamente duvidosa, além de prezar pelo respeito e coerência das informações.

Por não vislumbrarem um direito absoluto pleno, esses autores assinalam que nenhuma delas é imune de controle. Em um Estado Democrático, os exercícios dos vários direitos devem ser harmônicos entre si e suas aplicações devem se desenvolver em sintonia com o ordenamento jurídico vigente. Na busca dessa harmonia entre os diversos direitos fundamentais envolvidos, em geral, a liberdade de expressão está em confronto direto com a proteção dos direitos da personalidade, também assegurada constitucionalmente, como a honra, a imagem, a intimidade etc.

A *ratio decidendi* que avulta dessa interpretação é extraída do próprio texto constitucional, cujo inciso X do art. 5º consigna que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

No embate entre a “inviolabilidade” e a “liberdade”, os precedentes jurisprudenciais dos tribunais superiores brasileiros ainda titubeiam na análise de preponderância dos direitos fundamentais assinalados, ora apresentando toda uma construção teórica e doutrinária para enaltecer o direito à liberdade de expressão, reconhecendo-o como direito fundamental para o desenvolvimento da democracia, a exemplo do julgamento da ADPF n.º 130 pelo STF<sup>12</sup>; ora acanhando-se para estabelecer

<sup>12</sup> EMENTA: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). LEI DE IMPRENSA. ADEQUAÇÃO DA AÇÃO. REGIME CONSTITUCIONAL DA "LIBERDADE DE INFORMAÇÃO JORNALÍSTICA", EXPRESSÃO SINÔNIMA DE LIBERDADE DE IMPRENSA. A "PLENA" LIBERDADE DE IMPRENSA COMO CATEGORIA JURÍDICA PROIBITIVA DE QUALQUER TIPO DE CENSURA PRÉVIA. A PLENITUDE DA LIBERDADE DE IMPRENSA COMO REFORÇO OU SOBRETUTELA DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. LIBERDADES QUE DÃO CONTEÚDO ÀS RELAÇÕES DE IMPRENSA E QUE SE PÕEM COMO SUPERIORES BENS DE PERSONALIDADE E MAIS DIRETA EMANAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. O CAPÍTULO CONSTITUCIONAL DA COMUNICAÇÃO SOCIAL COMO SEGMENTO PROLONGADOR DAS LIBERDADES DE MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO, DE INFORMAÇÃO E DE EXPRESSÃO ARTÍSTICA, CIENTÍFICA, INTELECTUAL E COMUNICACIONAL. (...) (ADPF 130, Relator(a): CARLOS

a proteção prévia e irrestrita dos direitos da personalidade, da honra e da imagem de agentes públicos, sem necessariamente aprofundar os elementos probatórios de verossimilhança das informações divulgadas e que se pretende obstar, inclinando-se invariavelmente para uma maior proteção dos direitos de personalidade, em detrimento do direito coletivo de liberdade (REsp 783.139-ES<sup>13</sup>).

A despeito das controvérsias que emanam das variadas considerações judiciais, relevante destacar que ordenamento jurídico brasileiro assegura, *pari passu* à liberdade de expressão, diversos outros direitos de semelhante equivalência constitucional, direitos igualmente fundamentais com os quais a liberdade de pensamento e de crítica deve conviver em sintonia. Enquanto a Constituição Federal preconiza, de um lado, a livre manifestação do pensamento como direito inviolável (artigo 5º, incisos IV, IX e XIV), por outro, oferece proteção aos direitos de personalidade, como a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem, assegurando sua inviolabilidade (inciso X<sup>14</sup>).

Assinale-se, todavia, que o grau de importância atribuído pela Constituição Federal à liberdade de expressão, impingido como direito fundamental alicerce do próprio Estado Democrático, lhe põe a salvo de certas investidas. A proteção dos direitos da personalidade, por outro lado, é admitida pela norma constitucional como direito que admite reparação, quer como direito de resposta ou de indenização em pecúnia, na medida da respectiva lesão. Existe, sim, uma proteção constitucional da imagem, da honra e da vida privada, pois considerados direitos “invioláveis”, porém, a própria norma reverbera a tese da reparação posterior.

Em muitas situações, notadamente naquelas envolvendo questionamentos de interesse público, o direito ou princípio da liberdade de expressão deve ser posto em posição preferencial quando em conflito aparente com outros direitos (MELLO, 2021). A

---

BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213-01 PP-00020).

<sup>13</sup> Trecho do julgado: “A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constitui direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos” (STJ, REsp 783.139-ES 4a T, rel. Min. Massami Uyeda, j.11.12.2007).

<sup>14</sup> X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

orientação ora assinalada avulta da interpretação sistemática do texto constitucional, que se extraia a partir dos seguintes fundamentos: a) externalização do caráter essencial que desempenha para a constituição e para o controle da máquina administrativa; b) necessidade de busca pela verdade real e, ainda, c) da sua própria natureza como direito da personalidade, imprescindível para o livre desenvolvimento da pessoa humana e respectivo engajamento em uma sociedade plural.

Na visão da Corte IDH, esse controle prévio constitui evidente exercício do controle do poder, que decorre da preponderância dos interesses das elites dominantes em determinado momento da história política

Para o fortalecimento do regime democrático e aplicação dos valores fundamentais da sociedade moderna, considerado por muitos autores como irrefutável para desenvolvimento democrático (SCHREIBER, 2007), torna-se imprescindível o regular desenvolvimento de um juízo de ponderação e de equilíbrio entre os direitos envolvidos, não sendo adequada a intervenção judicial prévia, muitas vezes desconhecadora dos contornos da informação que se pretende obstar.

### **3. Precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e seus reflexos no ordenamento jurídico brasileiro**

No debate sobre a liberdade de expressão, seus contornos sociais e jurídicos, exsurge o importante papel desempenhado pelas cortes e organismos internacionais.

Com o intento de salvaguardar os direitos essenciais do homem no continente americano, os países signatários<sup>15</sup> do Pacto de São José da Costa Rica instrumentalizaram dois órgãos competentes para conhecer e processar denúncias regionais envolvendo possíveis violações de direitos humanos: a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH).

---

<sup>15</sup> Argentina, Barbados, Bolívia, Brasil, Colômbia, Costa Rica, Chile, Dominica, Equador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haiti, Honduras, Jamaica, México, Nicarágua, Panamá, Paraguai, Peru, República Dominicana, Suriname, Trindade e Tobago, Uruguai e Venezuela.

A primeira (CIDH) foi criada em 1959 e iniciou suas funções em 1960, quando a Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou seu estatuto e elegeu seus primeiros membros. Apesar da efetiva instalação da Corte IDH ter ocorrido somente em 1979, na sede da OEA em Washington, D.C.<sup>16</sup>, sua importância na ordem jurídica internacional tem sido reconhecida ao longo da sua história. Esses dois organismos representam importante referencial para consecução dos direitos humanos, pois diretamente responsáveis pela efetivação dos compromissos assumidos em acordos e tratados internacionais, tanto pelo viés consultivo como contencioso.

Na ordem jurídica interna, apesar do Brasil ter reconhecido formalmente a competência contenciosa somente em 1998 por meio do Decreto Legislativo n.º 89/98<sup>17</sup>, posteriormente referendado pelo Decreto n.º 4.463/2002<sup>18</sup>, a recepção das sentenças da Corte IDH deriva de tratados internacionais de direitos humanos assumidos pelo Estado brasileiro com o caráter cogente e vinculante. Essa perspectiva, fortalecida pela Emenda Constitucional n.º 45/2004, coloca a competência da Corte IDH em novo patamar, pois acolhida internamente com o caráter de “supralegalidade”. O entendimento ora assinalado transfere para o Estado brasileiro a responsabilidade de observação da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, impondo o seu conhecimento e respectiva recepção pelo judiciário nacional em sua tarefa interpretativa, essencial para o amplo desenvolvimento dos direitos humanos.

Nesse contexto, denota-se a importância dos precedentes jurisprudenciais das Cortes internacionais sobre direitos humanos para o ordenamento jurídico interno.

Na análise de hipóteses restritivas admitidas ao exercício da liberdade de expressão pela legislação dos países signatários, a Corte IDH passou a estabelecer o que denominou de “padrão democrático” para fundamentar sua interpretação em defesa da difusão da informação de interesse público. Realizando um enfoque multidisciplinar com

<sup>16</sup> Disponível em: < <https://corteidh.or.cr/historia.cfm?lang=pt>>. Acesso em 23.3.2023.

<sup>17</sup> Disponível em: < <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1998/decretolegislativo-89-3-dezembro-1998-369634-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acesso em 23.3.2023.

<sup>18</sup> Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4463.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4463.htm)>. Acesso em 23.3.2023.

ênfase nos direitos humanos, a avaliação apresentada pontuou a necessidade de observação das justas exigências da democracia, cujas disposições estão criticamente relacionadas com a preservação e o funcionamento das instituições públicas.

A hermenêutica proposta assinala que a liberdade de expressão se insere em uma ordem pública primária, essencial para a afirmação de outros direitos igualmente fundamentais. Constitui verdadeira “pedra angular”<sup>19</sup> na existência de uma sociedade democrática, necessária para a difusão do conhecimento e para a formação da opinião pública.

Segundo a Corte, a livre difusão do conhecimento é, também, fator preponderante para a defesa e o fortalecimento dos direitos sociais, constituindo ferramenta indispensável para organização das classes e grupos sociais na defesa dos direitos envolvidos. Permite aos sindicatos, aos partidos políticos e à sociedade organizada difundir o conhecimento necessário sobre as relações sociais, suas garantias, seus direitos e deveres. Uma vez reprimido esse direito de livre manifestação, desnuda-se o escudo de proteção e afirmação dos direitos humanos.

Para reforçar a teoria de que a defesa da liberdade de expressão constitui a própria defesa da democracia, a Corte IDH registrou, no julgamento conhecido como “A Última Tentação de Cristo” (caso Olmedo Bustos e outros *versus* Chile), que “a liberdade de expressão, como pedra angular de uma sociedade democrática, é uma condição essencial para que esta esteja suficientemente informada”. O mencionado julgamento reverberou importante tese já anteriormente adotada pelo Tribunal Europeu de Direitos humanos, que externalizou os princípios fundantes de proteção da liberdade de expressão. Cite-se trecho do referido julgado:

[a] função supervisora [do Tribunal Ihe] exige [...] prestar extrema atenção aos princípios próprios de uma ‘sociedade democrática’. A liberdade de expressão constitui um dos fundamentos essenciais de tal sociedade, uma das condições primordiais para seu progresso e para o desenvolvimento dos homens. O artigo 10.2 [da Convenção Europeia de Direitos Humanos] é válido não apenas para as informações ou

<sup>19</sup> Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985, parágrafo 44.

ideias que são favoravelmente recebidas ou consideradas como inofensivas ou indiferentes, mas também para aquelas que chocam, inquietam ou ofendem o Estado ou uma fração qualquer da população. Estas são as demandas do pluralismo, da tolerância e do espírito de abertura, sem as quais não existe uma 'sociedade democrática'. Isso significa que toda formalidade, condição, restrição ou punição imposta na matéria deve ser proporcional ao fim legítimo que se persegue. Além disso, qualquer indivíduo que exerce sua liberdade de expressão assume 'deveres e responsabilidades', cujo âmbito depende de sua situação e do procedimento técnico utilizado.<sup>20</sup>

Outro importante precedente da Corte IDH é apresentado no Caso Lagos del Campo *versus* Peru<sup>21</sup>. A síntese do referido julgamento aponta que Alfredo Lagos del Campo era membro de uma organização de classe dos empregados na indústria ligada à empresa Ceper-Pirelli e foi despedido sob a acusação de justa causa após ter denunciado, em entrevista a um jornal peruano, irregularidades cometidas pela empregadora durante o processo eleitoral do respectivo sindicato da categoria. Havia denunciado atos de interferência indevida dos empregadores nas organizações representativas dos trabalhadores.

O Poder Judiciário peruano considerou que a demissão resultou da ação depreciativa da imagem da empresa, razão pela qual afirmou justa a despedida do trabalhador e negou o seu pedido de reintegração.

Na visão da Corte IDH, contudo, o Estado peruano, agindo por meio do seu Poder Judiciário, violou os direitos do empregado, na medida em que deixara de cumprir com o seu dever de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA), em particular no tocante aos direitos à estabilidade no trabalho e à liberdade de expressão, os quais devem ser assegurados como elementos fortalecedores dos direitos sociais.

Em um dos mais recentes julgados realizados pela Corte IDH (6.9.2022), foram abordados inúmeros parâmetros interpretativos de defesa da liberdade de expressão

<sup>20</sup> Cf. *Court HR, Otto-Preminger-Institut v. Austria judgment of 20 September 1994*, Series A N° 295-A, par. 49.

<sup>21</sup> Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_366\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_366_esp.pdf)>. Acesso em 23.3.2023.

como elemento basilar do pluralismo vivenciado pela sociedade democrática. No julgamento do Caso Moya Chacón e outro *versus* Costa Rica, a Corte considerou o Estado da Costa Rica responsável internacionalmente pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão dos jornalistas Ronald Moya Chacón e Freddy Parrales Chaves, que haviam publicado informações na imprensa local sobre a influência de agentes públicos no controle do tráfico de bebidas alcólicas na fronteira entre a Costa Rica e o Panamá.

A nota informava que um chefe regional da Força Pública teria autorizado, sem fundada razão, a liberação de um veículo que continha mercadoria ilegal. A matéria foi publicada de acordo com informação repassada por uma fonte oficial, o então Ministro de Segurança Pública da Costa Rica. Porém, posteriormente no curso das investigações, as informações repassadas se mostraram equivocadas.

O Poder Judiciário da Costa Rica condenou solidariamente os jornalistas Ronald Moya e Freddy Parrales, com fundamento no delito de calúnia e difamação, pelo pagamento de indenização civil ao agente público denunciado na matéria divulgada na imprensa, sendo absolvidos da responsabilidade penal.

Na análise de convencionalidade da supramencionada sanção, a Corte IDH considerou que apesar da publicação ter se mostrado inexata, “não foi demonstrada internamente a intenção dos jornalistas de infligir um dano específico à pessoa ou pessoas a que a notícia diz respeito”. Para a Corte, como a informação publicada advinha de fonte oficial do próprio Governo (Ministro de Segurança Pública), não se mostrava necessário a confirmação das informações.

A par disso, considerou que a decisão do Tribunal local, que impôs condenação em pecúnia, censurou indevidamente os jornalistas e infringiu o direito da liberdade de expressão, reprimindo a difusão de informações de interesse público em razão do seu efeito “amedrontador”. A Corte IDH anulou a condenação e determinou a reparação por dano material aos jornalistas, além do pagamento das custas processuais.

O referido precedente constitui excelente paradigma para aplicação na ordem jurídica interna, por refletir preceitos essenciais para compreensão do alcance dos

direitos fundamentais, com especial enfoque sobre os princípios que permeiam importante garantia para o Estado Democrático. Cite-se trecho do respectivo julgado:

71. El Tribunal recuerda que, con carácter general, el derecho a la libertad de expresión no puede estar sujeto a censura previa sino, en todo caso, a responsabilidades ulteriores en casos muy excepcionales y bajo el cumplimiento de una serie de estrictos requisitos. Así, el artículo 13.2 de la Convención Americana establece que las responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión, deben cumplir con los siguientes requisitos de forma concurrente: (i) estar previamente fijadas por ley, en sentido formal y material; (ii) responder a un objetivo permitido por la Convención Americana y (iii) ser necesarias en una sociedad democrática (para lo cual deben cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad).

72. Respecto a la estricta legalidad, la Corte ha establecido que las restricciones deben estar previamente fijadas en la ley como medio para asegurar que las mismas no queden al arbitrio del poder público. Para esto, la tipificación de la conducta debe ser clara y precisa, más aún si se trata de condenas del orden penal y no del orden civil. Sobre los fines permitidos o legítimos, los mismos están indicados en el referido artículo 13.2 y son (a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o (b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. Asimismo, las restricciones a la libertad de expresión deben ser idóneas, esto es, efectivamente conducentes para alcanzar la finalidad legítimamente permitida. En lo que respecta al análisis de necesidad, el Tribunal ha sostenido que, para que una restricción a la libre expresión sea compatible con la Convención Americana, aquella debe ser necesaria en una sociedad democrática, entendiéndose por "necesaria" la existencia de una necesidad social imperiosa que justifique la restricción. En este sentido, la Corte deberá examinar las alternativas existentes para alcanzar el fin legítimo perseguido y precisar la mayor o menor lesividad de aquéllas. Finalmente, en relación con la proporcionalidad de la medida, la Corte ha entendido que las restricciones impuestas sobre el derecho a la libertad de expresión deben ser proporcionales al interés que las justifican y ajustarse estrechamente al logro de ese objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo goce del derecho. En ese sentido, no es suficiente que tenga una finalidad legítima, sino que la medida en cuestión debe respetar la proporcionalidad al momento de afectar la libertad de expresión.<sup>22</sup>

<sup>22</sup> Disponível em: <[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_451\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_451_esp.pdf)>. Acesso em 23.3.2023.



No embate entre os institutos e preceitos jurídicos assinalados no referido julgado, a Corte IDH externaliza importantes preceitos e garantias aplicadas internacionalmente sobre os direitos fundamentais. Apresenta interpretação revalidada pelos tribunais internacionais cujo entendimento constitui importante fonte interpretativa na ordem jurídica interna, sendo relevante o seu conhecimento e aplicação pelos operadores jurídicos brasileiros, em especial pelos tribunais superiores.

### 3.1 A doutrina da malícia real como contribuição dos precedentes internacionais sobre a liberdade de expressão.

Como fonte interpretativa dos direitos fundamentais e de fortalecimento do regime democrático, os precedentes da Corte IDH são instrumentos importantes de auxílio ao Poder Judiciário dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica. Os preceitos estabelecidos pela Corte contribuem para gerar estabilidade jurídica acerca da aplicação dos direitos humanos, além de constituir, no ordenamento jurídico interno de cada país, novo marco teórico interpretativo para aplicação de determinado direito fundamental.

No particular exame do direito à liberdade de expressão, o julgamento do Caso Moya Chacón e outro *versus* Costa Rica apresenta uma compreensão jurídica ainda pouco observada pelo Poder Judiciário brasileiro, porém já sedimentada em democracias mais consolidadas.

O arcabouço teórico e jurídico do referido caso é construído a partir da “doutrina da malícia real” (*actual malice*), que tem origem na jurisprudência formalizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América (EUA). Sua contextualização emerge dos movimentos de defesa dos direitos civis norte-americanos, onde restou reconhecida a utilização de processos judiciais como instrumento repressor de direitos sociais, como forma de banir ou acovardar iniciativas de proteção dos direitos fundamentais. A estratégia foi reconhecida como técnica de repreensão da liberdade de expressão.

Na visão da Suprema Corte dos EUA, “um Estado não pode, de acordo com a Primeira e a Décima Quarta Emendas, conceder indenização a um funcionário público por falsidade difamatória relacionada à sua conduta oficial, a menos que prove ‘malícia real’ – que a declaração foi feita com conhecimento de sua falsidade ou com temerário desinteresse por sua veracidade ou falsidade” (Caso New York Times v. Sullivan. Tradução nossa)<sup>23</sup>.

Pode-se observar que o precedente firmado pela Corte IDH, com substrato na teoria da malícia real anteriormente assentada pela Suprema Corte dos EUA e ainda pouco utilizada na jurisprudência brasileira, constitui importante instrumento que permite a manifestação de ideias, as quais podem ser examinadas pelo crivo do debate público, com garantia da liberdade de expressão do respectivo emissor da informação de interesse público.

### Considerações finais

O conteúdo ora apresentado, construído a partir de enfoques doutrinários e jurisprudenciais, fornece fundamentos para o fortalecimento de uma teoria progressiva dos direitos fundamentais, em especial o direito à liberdade de manifestação do pensamento. Por outro lado, apresenta uma teoria de interpretação dos precedentes dos tribunais e organismos internacionais de defesa dos direitos humanos, para aplicação no ordenamento jurídico interno. Sem subestimar as dificuldades existentes, é necessário o desenvolvimento de instrumentos e planos de combate das diversas formas de interferência e limitação dos direitos fundamentais da sociedade democrática. A constante busca por melhores oportunidades para todos deve nortear as ações sociais e as medidas integrativas adotadas pelas políticas públicas, como missão prioritária para o alcance de resultados minimamente justos e coerentes para o desenvolvimento humano.

<sup>23</sup> Disponível em: <<https://supremecourthistory.org/>>. Acesso em 23.3.2023.

Nesse contexto, a primeira parte do presente artigo buscou apresentar a importância do direito à liberdade de expressão na concretude dos direitos fundamentais, com apresentação da sua dupla finalidade (individual e social).

A segunda parte, por sua vez, é voltada para a compreensão e a aplicação da jurisprudência das cortes internacionais, em especial a Corte IDH, na ordem jurídica interna, com avaliação acerca da progressividade dos direitos sociais e da força vinculante para os países signatários do Pacto de São José da Costa Rica.

A terceira e derradeira parte faz uma pequena apresentação da doutrina da malícia real, adotada pela Corte IDH como fundamento para a compreensão da liberdade de expressão na divulgação de informações de interesse público.

A intenção deste singelo trabalho é apresentar luzes para o fortalecimento e aplicação dos precedentes emanados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em especial sobre de proteção do direito à livre manifestação do pensamento como elemento fundamental do Estado Democrático. Sem olvidar dos relevantes fundamentos utilizados para a defesa dos direitos da personalidade (a imagem, a honra e a privacidade), reputa-se necessária a evolução doutrinária e jurisprudencial da interpretação jurídica brasileira acerca da liberdade de expressão e do seu possível embate com outros direitos igualmente fundamentais. A evolução da ordem jurídica democrática, asseguradora das opiniões públicas e das mais variadas formas de manifestação do pensamento, ainda permeia no século XXI como elemento instrumental do Estado Democrático.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição federal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 19.3.2023.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Opinião Consultiva nº. 05/1985**. Julgado em 13.11.1985. Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr>>. Acesso em: 22.3.2023.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 314p.

MELLO, Rodrigo Gaspar. **Liberdade de expressão, honra e censura judicial: uma defesa da incorporação da doutrina da malícia real ao direito brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SCHREIBER, Simone; **Liberdade de Expressão: Justificativa Teórica e a Doutrina da Posição Preferencial no Ordenamento Jurídico in A Reconstrução democrática do direito público no Brasil**. São Paulo: Renovar, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade da norma constitucional**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

VENTURA, A. El **Secreto Periodístico: Garantía Constitucional Absoluta del Derecho a la Información**. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.

**A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: A RELEVÂNCIA CONTÍNUA DA  
DECLARAÇÃO UNIVERSAL DA ONU**

**THE EVOLUTION OF HUMAN RIGHTS: THE CONTINUED RELEVANCE OF THE UN  
UNIVERSAL DECLARATION**

Antonio Santana Sobrinho<sup>1</sup>

(Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará – IFECT)  
(PPGFil - Unisinos)

Marco Antonio Oliveira de Azevedo<sup>2</sup>  
(PPGFil - Unisinos)

29

**Resumo**

A Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, criada em 1948, é essencial na proteção dos direitos fundamentais. Ela unifica princípios de liberdade, igualdade e fraternidade, abrangendo direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. No entanto, desafios persistem devido a divergências ideológicas entre países e à persistência de desigualdades e exclusão. As gerações de direitos humanos evoluíram, abrangendo paz, desenvolvimento sustentável e proteção ambiental. A complexidade dos direitos humanos surge com a dificuldade em alcançar consensos universais e aplicar os princípios proclamados na realidade. Desigualdades sociais e militarização global também representam obstáculos para uma ordem justa e igualitária. Ainda assim, é necessário o compromisso em construir um mundo melhor para as futuras gerações.

**Palavras-Chave:** Declaração Universal, Direitos Humanos, ONU, Desafios, Complexidade.

**Abstract**

The Universal Declaration of Human Rights by the United Nations, created in 1948, is essential in protecting fundamental rights. It unifies principles of freedom, equality, and fraternity, encompassing civil, political, economic, social, and cultural rights. However, challenges persist due to ideological divergences between countries and the persistence of inequalities and exclusion. Human rights generations have evolved, encompassing peace, sustainable development, and environmental protection. The complexity of human rights arises from the difficulty of reaching universal consensus and implementing the proclaimed principles in reality. Social inequalities and global militarization also pose obstacles to a just and egalitarian order. Nevertheless, a commitment to building a better world for future generations is still necessary.

**Keywords:** Universal Declaration, Human Rights, UN, Challenges, Complexity.

<sup>1</sup> Professor do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Ceará (IFECT-CE). Programa de Pós-Graduação Doutorado em Filosofia pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Filosofia pela Universidade Federal da Paraíba.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4100-3297> Lattes <http://lattes.cnpq.br/7154080348702322>

<sup>2</sup> Doutor e Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRS). Professor do Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4313-2612>. Lattes <http://lattes.cnpq.br/5012646823374838>

## Introdução

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, representa um marco histórico na afirmação e proteção dos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de sua origem, *raça*, religião, gênero ou status social. Esse documento, fruto de um esforço conjunto de diferentes nações, reafirmou os valores da dignidade humana, igualdade e liberdade, estabelecendo princípios éticos que transcendem fronteiras e culturas. No contexto atual, a Declaração Universal dos Direitos Humanos continua sendo um instrumento essencial para guiar as políticas e ações de governos, organizações internacionais e sociedade civil em todo o mundo. Seu significado vai além do âmbito jurídico, atingindo esferas éticas e morais, sendo reconhecida como uma base essencial para uma convivência justa e harmoniosa em uma sociedade globalizada e interconectada.

Uma das principais consequências da Declaração Universal é o processo de universalização dos direitos humanos. Inicialmente, apenas 48 Estados aderiram à declaração em 1948, mas ao longo do tempo, o número aumentou significativamente, e atualmente, quase todas as nações do mundo são signatárias de algum acordo de direitos humanos. Isso demonstra um progresso coletivo no reconhecimento dos princípios fundamentais da dignidade humana e da igualdade perante a lei.

No entanto, apesar dos avanços, ainda há desafios para a implementação plena dos direitos humanos nos dias atuais. O cenário internacional enfrenta diversas questões complexas, como conflitos armados, crises humanitárias, desigualdades socioeconômicas, discriminação e violações de direitos em diferentes regiões do mundo. É fundamental continuar trabalhando para superar esses obstáculos e garantir a proteção efetiva dos direitos humanos para todos.

Outra consequência importante da Declaração Universal é a diversificação dos direitos reconhecidos. Ao longo do tempo, as Nações Unidas ampliaram a gama de

questões protegidas como direitos humanos, incluindo a proteção do meio ambiente, direitos das crianças, dos idosos, dos povos indígenas e outras minorias, entre outros temas. Isso reflete um esforço contínuo para abordar as diversas dimensões da existência humana e garantir que todos os indivíduos sejam protegidos e respeitados em suas especificidades.

Além disso, a Declaração Universal inspirou a criação de diversos tratados, convenções e protocolos internacionais que buscam garantir a efetivação dos direitos humanos em diferentes contextos e cenários. Esses documentos constituem a base para a construção de uma legislação internacional de direitos humanos, que, quando ratificada pelos Estados, se torna parte do sistema jurídico interno de cada país.

Nos dias atuais, a positivização dos direitos humanos é um importante passo para garantir sua aplicação prática e efetiva. No entanto, é essencial que esse processo seja acompanhado de mecanismos de monitoramento e fiscalização para garantir o cumprimento dos tratados internacionais e o respeito contínuo aos direitos humanos em todas as esferas da sociedade e do governo.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos também tem impulsionado uma cultura de respeito e conscientização em relação aos direitos fundamentais. Organizações não governamentais, movimentos sociais e ativistas têm se mobilizado para defender e promover os direitos humanos em diferentes áreas, como a igualdade de gênero, os direitos das minorias, a proteção ambiental, o combate à discriminação e a erradicação da pobreza, entre outras causas. No entanto, é importante reconhecer que desafios persistem. A realidade contemporânea apresenta novos dilemas, como o avanço da tecnologia e questões éticas relacionadas à inteligência artificial, a proteção de dados pessoais, o combate ao terrorismo internacional, as migrações forçadas e as mudanças climáticas. A efetivação dos direitos humanos enfrenta novas complexidades e demanda respostas globais e coordenadas.

Diante desses desafios, a Declaração Universal dos Direitos Humanos continua sendo uma referência essencial para orientar as ações da comunidade internacional. Ela nos lembra da nossa responsabilidade coletiva em proteger a dignidade humana,

defender a igualdade de direitos e garantir a liberdade de todos os indivíduos. Somente por meio de um compromisso contínuo e colaborativo podemos aspirar a um mundo mais justo, inclusivo e respeitoso, onde os direitos humanos sejam verdadeiramente garantidos para todos, em todos os lugares.

## 1. Declaração Universal dos Direitos Humanos

32

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU) em 10 de dezembro de 1948, é um marco histórico que representa o compromisso global em assegurar os direitos fundamentais de todas as pessoas. Esse documento crucial surge em meio a um contexto de profundas mudanças políticas e sociais após a Segunda Guerra Mundial, quando a humanidade enfrentou os horrores da guerra e os impactos devastadores das violações dos direitos humanos. A Declaração Universal consolida as contribuições de diferentes doutrinas e tradições, unindo os princípios de liberdade, igualdade e fraternidade. Com base nesses valores, os direitos humanos são concebidos como universais, inalienáveis e indivisíveis, estabelecendo a base para uma sociedade justa e respeitosa da dignidade humana.

Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e dos seus direitos iguais e inalienáveis constitui o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; Considerando que o desconhecimento e o desprezo dos direitos do Homem conduziram a atos de barbárie que revoltam a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os seres humanos sejam livres de falar e de acreditar, libertos do terror e da miséria, foi proclamado como a mais alta inspiração do Homem; Considerando que é essencial a proteção dos direitos do Homem através de um regime de direito, para que o Homem não seja compelido, em supremo recurso, à revolta contra a tirania e a opressão;

A ONU, criada em 1945, desempenha um papel fundamental na promoção e proteção dos direitos humanos em escala global. A Declaração Universal é um dos principais pilares do sistema internacional de direitos humanos estabelecido pela ONU,



juntamente com os pactos e convenções subsequentes<sup>3</sup>. Embora a Declaração tenha um valor predominantemente ético, ela fornece a base para o desenvolvimento de tratados juridicamente vinculativos que buscam garantir a implementação dos direitos humanos em nível nacional.

Não se limitando apenas aos direitos de liberdade, a Declaração Universal também incorpora os direitos provenientes da tradição socialista, chamados de direitos de igualdade ou direitos econômicos e sociais. Estes direitos visam garantir condições justas e equitativas na sociedade, como acesso à educação, saúde, trabalho digno e proteção social. Ademais, a declaração reconhece os direitos oriundos do cristianismo social, denominados de direitos de solidariedade. Esses direitos valorizam a importância de promover um ambiente em que todos os seres humanos possam viver em harmonia e cooperação, respeitando as diferenças e promovendo a inclusão social.

Em síntese, a Declaração Universal dos Direitos Humanos abrange uma ampla gama de direitos, abarcando tanto os aspectos de liberdade individual e participação política, quanto os elementos essenciais para garantir uma sociedade mais igualitária, solidária e culturalmente rica. A Declaração Universal dos Direitos Humanos surgiu como resultado de negociações entre os dois principais blocos geopolíticos do pós-guerra: o mundo socialista, que priorizava os direitos econômicos e sociais, e o mundo capitalista, que defendia os direitos civis e políticos. Embora tenham havido diferenças e abstenções por parte dos países socialistas, em virtude do contexto ainda não tão acirrado da "guerra fria", houve um certo consenso em relação a alguns princípios fundamentais.

Essa declaração detém mais valor ético do que jurídico, mas a partir dela, a ONU desenvolveu diversos outros documentos para atuar com base em seus princípios. Estes

---

<sup>3</sup> Grifo Nosso: Nela confluem as contribuições das três doutrinas que analisamos: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. A Declaração Universal dos Direitos Humanos reitera e reforça os direitos conquistados durante as revoluções burguesas, conhecidos como direitos de liberdade ou direitos civis e políticos. Além disso, essa declaração expande esses direitos para incluir diversos grupos que, anteriormente, eram excluídos de sua proteção, como a proibição da escravidão, o reconhecimento dos direitos das mulheres, a defesa dos direitos dos estrangeiros, entre outros.

documentos incluem acordos, tratados, convenções, protocolos, resoluções e estatutos, cada um possuindo diferentes graus de valor jurídico.

É importante ressaltar que, ao longo do tempo, nunca foi alcançado um acordo pleno sobre os direitos fundamentais. Embora os blocos capitalista e socialista tenham chegado a um consenso na Declaração Universal de 1948, durante a guerra fria, essa unidade tornou-se cada vez mais difícil. Em 1966, quando a questão de criar um pacto que transformasse os princípios éticos da Declaração Universal em princípios jurídicos foi abordada, os dois blocos se separaram, e foi necessário criar dois pactos distintos.

Durante a elaboração dos Pactos Internacionais dos Direitos Humanos, os países socialistas mostraram relutância em assinar o "Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos", enquanto muitos países capitalistas se recusaram a assinar o "Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais". Esse cenário inclui os Estados Unidos, que persistem em não reconhecer esses direitos como "verdadeiros direitos"<sup>4</sup>.

Essa situação demonstra a complexidade e os desafios envolvidos em alcançar um consenso universal sobre os direitos humanos, principalmente quando se considera a diversidade de sistemas políticos e ideológicos presentes no mundo. As diferentes perspectivas e prioridades de cada sistema político podem influenciar a forma como os direitos humanos são percebidos e aplicados.

Os países socialistas, focando em questões econômicas e sociais, podem ter sido céticos em relação aos direitos civis e políticos, vendo-os como uma potencial ameaça ao sistema estabelecido. Por outro lado, os países capitalistas podem ter resistido aos direitos econômicos e sociais, temendo que estes pudessem implicar em maior intervenção estatal na economia ou prejudicar a liberdade individual e o mercado.

Essa divergência entre os sistemas políticos e ideológicos destaca a importância de continuar o diálogo e a negociação entre as nações para se alcançar um consenso mais amplo e inclusivo sobre os direitos humanos. Embora seja uma tarefa desafiadora, é

---

<sup>4</sup> Grifo nosso: O fato de os Estados Unidos não reconhecerem plenamente os direitos econômicos e sociais também pode estar enraizado na tradição liberal do país, onde a ênfase é dada aos direitos individuais e à liberdade de mercado, com menor intervenção do governo em questões econômicas.

essencial para promover a proteção e o respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas, independentemente de sua origem, crença ou sistema político em que vivem.

É importante destacar que a Declaração Universal foi proclamada em um período em que os regimes coloniais ainda estavam em vigor. Damião Trindade enfatiza que, mesmo após assinarem a Carta de São Francisco e a Declaração de 1948, as antigas potências coloniais continuaram enviando tropas e armas para tentar reprimir os movimentos de libertação. Em quase todos os casos, essas potências coloniais só se retiraram após serem derrotadas pelos povos que lutavam por sua independência (TRINDADE, 2003)<sup>5</sup>.

O autor menciona que, apesar de assinarem a Declaração e outros documentos internacionais, as antigas metrópoles continuaram a exercer práticas coloniais, o que revela uma contradição entre os princípios proclamados e a realidade política e social da época. Somente após enfrentarem derrotas em suas tentativas de reprimir os movimentos de libertação é que essas potências coloniais se viram obrigadas a se retirar e permitir a independência desses povos.

Essa observação serve para contextualizar a adoção da Declaração Universal, destacando que os direitos humanos nem sempre foram respeitados de forma plena, mesmo após sua proclamação. No entanto, a Declaração continua sendo um marco importante na história dos direitos humanos, estabelecendo princípios fundamentais para a proteção da dignidade e dos direitos de todas as pessoas, independentemente de sua origem ou condição.

A Declaração Universal guarda as marcas desta ambiguidade no seu artigo II.2 afirma:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto

<sup>5</sup> Grifo Nosso: Em outras palavras, a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi adotada durante um período histórico marcado pela persistência do colonialismo e das lutas de libertação em várias partes do mundo. Mesmo com a proclamação dos princípios da Declaração, as antigas potências coloniais não abandonaram suas tentativas de manter o controle sobre os territórios colonizados, utilizando força militar para reprimir os movimentos de independência.

político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autonomia ou sujeito a alguma autoridade de soberania.

É questionável a proclamação de direitos universais quando alguns países ainda se encontram sob a tutela ou limitação de sua soberania. Apesar dessas ambiguidades, a partir da Declaração Universal de Direitos Humanos e dos documentos que se seguiram, o direito internacional dos direitos humanos evoluiu em quatro direções principais. Universalização: em 1948, apenas 48 Estados aderiram à Declaração Universal das Nações Unidas. No entanto, ao longo do tempo, esse número aumentou significativamente, e atualmente quase todas as nações do mundo, ou seja, 184 dos 193 países membros da comunidade internacional, são signatários de algum acordo de direitos humanos. Isso deu início a um processo em que os indivíduos estão se tornando cidadãos não apenas de seus próprios Estados, mas também do mundo como um todo.

Multiplicação: nas últimas cinco décadas, a ONU tem realizado várias conferências específicas que ampliaram a gama de questões que precisam ser protegidas como direitos humanos. Isso inclui a preservação da natureza e do meio ambiente, a proteção da identidade cultural dos povos e das minorias, bem como o reconhecimento do direito à comunicação e à imagem. Diversificação: as Nações Unidas também aprimoraram a definição dos sujeitos titulares dos direitos. A pessoa humana não é mais considerada de forma abstrata e genérica, mas sim em sua especificidade e nas diversas dimensões de sua existência, levando em conta gênero (homem, mulher), estágios da vida (criança, idoso), condições de saúde e orientação sexual (homossexual).

Essas direções refletem o progresso contínuo na promoção e proteção dos direitos humanos em âmbito internacional. Embora existam desafios e controvérsias no processo de universalização e diversificação dos direitos humanos, o desenvolvimento dessas tendências mostra um esforço coletivo para garantir que a dignidade e os direitos de todos os seres humanos sejam reconhecidos e respeitados em sua plenitude.

Relembrando que a discriminação contra a mulher viola os princípios da igualdade de direitos e do respeito da dignidade humana, dificulta a

participação da mulher nas mesmas condições que o homem, na vida política, social, econômica e cultural de seu país, constitui um obstáculo ao aumento do bem-estar da sociedade e da família e dificulta o pleno desenvolvimento das potencialidades da mulher para prestar serviço a seu país e à humanidade. Preocupados com o fato de que, em situações de pobreza, a mulher tem um acesso mínimo à alimentação, à saúde, à educação, à capacitação e às oportunidades de emprego, assim como à satisfação de outras necessidades (ONU - *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 1979).

A positivação dos direitos humanos refere-se ao processo pelo qual os direitos humanos, inicialmente estabelecidos em tratados internacionais, são incorporados ao sistema jurídico interno dos Estados. Isso ocorre quando os Estados ratificam esses tratados e assumem a obrigação de cumprir suas disposições em nível nacional.

Ao ratificar um tratado de direitos humanos, um Estado se compromete a respeitar, proteger e garantir os direitos nele estabelecidos. Esses direitos, então, deixam de ser apenas princípios ou normas internacionais, tornando-se parte do ordenamento jurídico do Estado. Eles podem ser incorporados em diferentes níveis do sistema jurídico, dependendo da constituição e legislação interna de cada país.

Artigo 16: 1. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas adequadas para eliminar a discriminação contra a mulher em todos os assuntos relativos ao casamento e às relações familiares, em particular, com base na igualdade entre homens e mulheres, assegurarão: a) O mesmo direito de contrair matrimônio; b) O mesmo direito de escolher livremente o cônjuge e de contrair matrimônio somente com livre e pleno consentimento; c) Os mesmos direitos e responsabilidades durante o casamento e por ocasião de sua dissolução. (ONU - *Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher*, 1979)

Em alguns Estados, os direitos humanos são elevados ao status de direitos constitucionais, sendo reconhecidos como princípios fundamentais e supremos que orientam toda a legislação e ação governamental, é o caso do Brasil:

DIGNIDADE HUMANA: I. Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade. [5] Art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

NÃO DISCRIMINAÇÃO II. Todo homem tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidas nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento ou qualquer outra condição. Além disso, não se fará distinção alguma baseada na condição política, jurídica ou internacional, do país ou do território cuja jurisdição dependa uma pessoa, quer se trate de país independente, como de território de administração fiduciária, não autônomo ou submetido a qualquer outra limitação de soberania. [6] Art. 5º, XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais:

Art. 5º, XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei; VIDA, LIBERDADE, SEGURANÇA: III. Todo homem tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. [7] 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... ESCRAVIDÃO: IV. Ninguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas. [8] (Brasil, CF/1988).

Nesse caso, eles têm maior peso e proteção, pois sua violação pode ser objeto de revisão constitucional e controle de constitucionalidade. Em outros casos, os direitos humanos são considerados direitos infraconstitucionais, ou seja, não estão consagrados explicitamente na Constituição, mas têm proteção em leis e regulamentos específicos. Essa forma de positivização ainda garante uma proteção legal aos direitos, mas pode ser mais sujeita a mudanças legislativas do que quando são incorporados na própria Constituição.<sup>6</sup>

TORTURA: V. Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante. Art. 5º, III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante; Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes definidos como hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; Art. 5º, XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; Art. 5º, L - às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação; PESSOA HUMANA: VI. Todo

<sup>6</sup> Grifo Nosso: A positivização dos direitos humanos é um importante passo para garantir sua efetividade e aplicação prática. Ao torná-los parte do sistema jurídico interno, os indivíduos podem buscar a proteção e a justiça dentro do próprio país, em caso de violação de seus direitos

homem tem o direito de ser, em todos os lugares, reconhecido como pessoa humana, perante a lei.. [9] Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: ... III - a dignidade da pessoa humana IGUALDADE: VII. Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação. Art. 5º, I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição (Brasil, CF/1988).

No entanto, é essencial que esse processo seja acompanhado de mecanismos eficazes de monitoramento e fiscalização para garantir o cumprimento dos tratados internacionais e o respeito contínuo aos direitos humanos em todas as esferas da sociedade e do governo. Além disso, é importante ressaltar que a positividade por si só não garante a plena realização dos direitos humanos; a conscientização, educação e participação ativa da sociedade também são fundamentais para promover uma cultura de respeito aos direitos humanos e combater qualquer forma de violação ou discriminação

### **Transformações na Evolução dos Direitos Humanos**

A primeira geração de direitos humanos, também conhecida como direitos civis e políticos. Esses direitos se referem às liberdades e garantias fundamentais que visam proteger a dignidade e a autonomia dos indivíduos em relação ao Estado e à sociedade. Essa primeira geração inclui diversos direitos, como o direito à vida, que protege o indivíduo contra a violação de sua existência física por terceiros ou pelo próprio Estado.

Além disso, engloba o direito à liberdade, que assegura a autonomia das pessoas para tomar decisões e agir sem interferências arbitrárias. O direito à propriedade também faz parte dessa geração, assegurando que os indivíduos tenham o direito de possuir e usufruir de seus bens de acordo com a lei. A proteção à segurança pública é essencial para garantir a tranquilidade e proteção dos cidadãos contra crimes e ameaças à integridade física e psicológica.

A proibição da escravidão e da tortura é outro importante princípio dessa geração, reforçando o repúdio a práticas que violam a dignidade humana. O direito à igualdade perante a lei garante que todas as pessoas sejam tratadas de forma justa e igual, sem discriminação.

ACESSO À JUSTIÇA: VIII. Todo homem tem direito a receber, dos tribunais nacionais competentes, remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei. [10] Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; Art. 5º, LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente. Art. 5º, LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público. Art. 5º, LXIX - conceder-se-á mandato de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data quando o responsável por ilegalidade ou abuso de poder Art. 5º, LXXI - conceder-se-á mandato de injunção sempre que a falta da norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Art. 5º, LXXII - conceder-se-á habeas data : a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante... b) para a retificação de dados... Art. 5º, LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. Art. 5º, LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania. (Brasil, CF/1988).

O direito a um julgamento justo, o direito de habeas-corpus, à privacidade do lar e ao respeito da própria imagem pública são direitos que protegem o indivíduo contra abusos do poder estatal e da sociedade, garantindo um devido processo legal e respeito à intimidade.

HABEAS CORPUS : IX. Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado. [11] Art. 5º, LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei; Art. 5º, LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontrem serão comunicados imediatamente ao juiz competente e a família do preso ou a pessoa por ele indicada; Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da



família e de advogado; Art. 5º, LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial; Art. 5º, LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; Art. 5º, LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança. Art. 5º, LXVII - não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel (Brasil, CF/1988).

Os direitos de liberdade de expressão, religião e livre circulação dentro do país e entre os países permitem que os indivíduos expressem suas opiniões, crenças e escolhas sem repressão. O direito ao asilo político e a ter uma nacionalidade são importantes para garantir proteção a indivíduos que fogem de perseguições e para definir sua identidade. A liberdade de imprensa, de associação e a participação política direta ou indireta são elementos fundamentais para a garantia de uma sociedade democrática, permitindo que as pessoas se envolvam nos processos decisórios e expressem suas opiniões livremente.

**LIBERDADE DE CONSCIÊNCIA:** XVIII. Todo homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. Este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular. Art. 5º, VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício de cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção nos locais de culto e as suas liturgias; Art. 5º, VII - é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva; **LIVRE EXPRESSÃO:** XIX. Todo homem 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 ideias por quaisquer meios e independente de fronteiras. Art. 5º, XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional; Art. 5º, IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença (Brasil, CF/1988).

A primeira geração de direitos humanos é essencial para a promoção da dignidade e liberdade individuais. Esses direitos têm sido consagrados em documentos e tratados internacionais, buscando estabelecer um padrão mínimo de proteção e respeito aos direitos fundamentais em todo o mundo. No entanto, é importante reconhecer que a

efetivação desses direitos nem sempre é plena em todas as nações, e desafios persistem na garantia de que eles sejam respeitados e protegidos em todas as circunstâncias. O respeito aos direitos civis e políticos é um pilar essencial para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária e democrática.

A segunda geração de direitos humanos refere-se aos direitos econômicos, sociais e culturais. Esses direitos visam promover condições de vida dignas e igualdade de oportunidades para todos os indivíduos em uma sociedade. Essa geração inclui diversos direitos relacionados à garantia de condições socioeconômicas justas. O direito à seguridade social abrange a proteção contra situações de vulnerabilidade, como a doença, a velhice, a invalidez e outras formas de perda de sustento.

SEGURANÇA SOCIAL: XXII. Todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade. Art. 5º, XXXIII - todos têm o direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade ou do Estado; Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direito ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; XXIII. Todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego. Todo homem, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho. Todo homem que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana e a que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social. Todo homem tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses. Art. 5º, XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (Brasil, CF/1988).

O direito ao trabalho e à segurança no trabalho busca assegurar oportunidades de emprego com condições seguras e adequadas. O seguro contra o desemprego é uma

medida de proteção para os trabalhadores em caso de perda involuntária do emprego. A proibição da discriminação salarial busca garantir igualdade de remuneração para trabalho igual ou de igual valor, independentemente do gênero, raça, etnia ou qualquer outra forma de discriminação. O direito a formar sindicatos é fundamental para que os trabalhadores possam se organizar coletivamente e defender seus interesses e direitos laborais.

O direito ao lazer e ao descanso remunerado visa garantir que os trabalhadores tenham tempo adequado para descansar e desfrutar de momentos de lazer. A proteção do Estado do Bem-Estar Social é uma abordagem política que visa assegurar a proteção social e o acesso a serviços básicos para todos os cidadãos.

BEM-ESTAR: XXV. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle.

A proteção especial para a maternidade e a infância busca garantir condições adequadas para o desenvolvimento e bem-estar das mães e crianças. Ratificando a afirmação:

Todas as crianças, nascidas de matrimônio ou fora dele, têm direito a igual proteção social.

Art. 230 - A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (BRASIL, CF/88)

O direito à educação pública gratuita e universal é essencial para garantir igualdade de oportunidades e acesso ao conhecimento para todos os indivíduos, art. 205 – “A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada

com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho”.

O direito a participar da vida cultural da comunidade e a se beneficiar do progresso científico e artístico busca promover o acesso à cultura, ciência e arte como elementos fundamentais para o desenvolvimento humano<sup>7</sup>. A proteção aos direitos autorais e às patentes científicas é relevante para garantir o reconhecimento e a valorização do trabalho intelectual e criativo. A segunda geração de direitos humanos desafia a sociedade a garantir condições socioeconômicas e culturais justas e equitativas para todos os seus membros. Esses direitos são fundamentais para assegurar uma vida digna e a redução das desigualdades sociais.

No entanto, a implementação plena desses direitos pode ser complexa e enfrentar desafios, especialmente em países com recursos limitados e problemas socioeconômicos. Além disso, há debates sobre como equilibrar esses direitos com as realidades econômicas e a sustentabilidade dos sistemas de proteção social.

Artigo 1º § 1. Todos os povos têm o direito à autodeterminação. Em virtude desse direito, determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. §2. Para a consecução de seus objetivos, todos os povos podem dispor livremente de suas riquezas e de seus recursos naturais, sem prejuízo das obrigações decorrentes da cooperação econômica internacional, baseada no princípio do proveito mútuo e do Direito Internacional. Em caso algum poderá um povo ser privado de seus próprios meios de subsistência

§3º Os Estados Membros no presente Pacto, inclusive aqueles que tenham a responsabilidade de administrar territórios não autônomos e territórios sob tutela, deverão promover o exercício do direito à autodeterminação e respeitar esse direito, em conformidade com as disposições da Carta das Nações Unidas.

---

<sup>7</sup> XXVII. Todo homem tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir das artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios. Todo homem tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica, literária ou artística da qual seja autor. (<https://www.justica.pr.gov.br/Pagina/Declaracao-Universal-e-Constituicao-de-1988>).

Apesar dos desafios, a busca por garantir os direitos econômicos, sociais e culturais é crucial para alcançar sociedades mais justas e inclusivas. As políticas públicas e a cooperação internacional desempenham um papel fundamental na promoção desses direitos e no alcance de um desenvolvimento humano sustentável e igualitário.

A terceira geração de direitos humanos refere-se aos direitos que estão relacionados a uma nova ordem internacional, onde os direitos e liberdades previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos possam ser efetivamente realizados. Esses direitos buscam garantir um ambiente global mais justo, pacífico e sustentável para todos os povos e nações. Um dos principais direitos dessa geração é o direito à paz, que visa promover a resolução pacífica de conflitos e a prevenção de guerras. Isso inclui a busca por mecanismos de mediação, arbitragem e negociação como formas preferenciais de resolver disputas internacionais.

O direito ao desenvolvimento também faz parte dessa geração, buscando assegurar que todos os países e povos tenham a oportunidade de alcançar um desenvolvimento econômico, social e humano sustentável. Isso inclui medidas para combater a pobreza, promover a igualdade de oportunidades e garantir o acesso a recursos e serviços essenciais, como saúde, educação e moradia. Outro direito é o direito a um ambiente natural sadio, que reconhece a importância da preservação ambiental e a necessidade de adotar medidas para proteger o meio ambiente e garantir a sustentabilidade das gerações futuras. Citamos a Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata p.13:

Artigo 1 Objetivos Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado (Brasil, Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata, 2008, p. 87).

Esses direitos da terceira geração estão intrinsecamente relacionados à cooperação internacional e à responsabilidade compartilhada entre os países. Para alcançar uma nova ordem internacional mais justa e equitativa, é fundamental que as nações trabalhem em conjunto para promover a paz, o desenvolvimento sustentável e a proteção ambiental.

Nesse sentido apresentamos a Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata p.13:

Artigo 2 Utilização de Termos Para os propósitos desta Convenção: "Área protegida significa uma área definida geograficamente que é destinada, ou regulamentada, administrada para alcançar objetivos específicos de conservação. "Biotecnologia" significa qualquer aplicação tecnológica que utilize sistemas biológicos, organismos vivos, ou seus derivados, para fabricar ou modificar produtos ou processos para utilização específica "condições *insitu*" significa as condições em que recursos genéticos existem em ecossistemas e *habitats naturais* e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características. "Conservação *ex-situ*" significa a conservação de componentes da diversidade biológica fora de seus habitats naturais. (Brasil, Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata, 2008, p. 87).

A inclusão dos direitos da terceira geração reflete a crescente consciência da interdependência global e da necessidade de cooperação internacional para enfrentar desafios globais. A busca por uma nova ordem internacional é uma resposta aos problemas enfrentados em nível mundial, como conflitos armados, desigualdade socioeconômica, degradação ambiental e injustiças sistêmicas<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> "Conservação *in-situ*" significa a conservação de ecossistemas e habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies em seus meios naturais e, no caso de espécies domesticadas ou cultivadas, nos meios onde tenham desenvolvido suas propriedades características. "Diversidade biológica" significa a variabilidade de organismos vivos de todas as origens, compreendendo, dentre outros, os ecossistemas terrestres, marinhos e outros ecossistemas aquáticos e os complexos ecológicos de que fazem parte; compreendendo ainda a diversidade dentro de espécies, entre espécies e de ecossistemas. Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata. – Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 87 p. (Coleção Ambiental; v. 10) p.13.

Esses direitos não são apenas aspirações utópicas, mas representam metas concretas a serem buscadas pela comunidade internacional. No entanto, sua realização enfrenta desafios significativos, como interesses nacionais divergentes, desigualdades estruturais e falta de mecanismos eficazes de implementação. A busca por uma nova ordem internacional que promova a paz, o desenvolvimento e a sustentabilidade é uma tarefa contínua que requer ações coletivas e comprometimento de governos, organizações internacionais, sociedade civil e indivíduos. A realização desses direitos não só beneficiaria as gerações presentes, mas também criaria um legado positivo para as gerações futuras.

A quarta geração de direitos humanos é uma categoria emergente que se concentra nos direitos das gerações futuras. Ela reconhece que as ações e decisões tomadas pelas gerações presentes têm um impacto significativo nas condições de vida e no bem-estar das gerações futuras. Assim, a quarta geração busca estabelecer um compromisso ético e moral da atual geração em garantir que o mundo seja deixado em condições iguais ou melhores do que aquelas recebidas das gerações anteriores.

A quarta geração de direitos humanos é uma abordagem relativamente recente que se concentra nos direitos das gerações futuras, visando garantir um futuro sustentável e justo para as próximas gerações. Os principais pensadores e defensores dessa perspectiva têm explorado e debatido diversas ideias relacionadas à proteção dos direitos humanos das gerações vindouras. Abaixo, apresento uma síntese das ideias de alguns desses pensadores: 1. Hans Jonas: O filósofo alemão Hans Jonas é frequentemente citado como um dos pioneiros na herança dos direitos das gerações futuras. Em sua obra "O Princípio Responsabilidade", publicada em 1979, Jonas argumenta que a humanidade tem a responsabilidade moral de agir de forma a garantir que as gerações futuras também possam desfrutar da vida e dos recursos naturais. Ele destaca a importância da garantia e da ética da responsabilidade ao lidar com questões que podem afetar as futuras gerações.

Essa ideia implica uma mudança de perspectiva, expandindo o conceito de direitos humanos para além das necessidades e interesses imediatos, considerando também as

necessidades e direitos das gerações que ainda estão por vir. Isso envolve uma abordagem intergeracional, onde as decisões presentes são tomadas levando em conta os impactos de longo prazo nas futuras gerações.

A quarta geração de direitos humanos é um conceito relativamente novo que se concentra na proteção dos direitos das gerações futuras. Enquanto as três primeiras gerações de direitos humanos tratam dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos psicológicos, sociais e culturais (segunda geração) e dos direitos coletivos e de autodeterminação dos povos (terceira geração), a quarta geração busca abordar as questões relacionadas ao futuro e ao meio ambiente.

O pensamento dos principais teóricos dessa perspectiva converge na ideia de que as gerações atuais têm uma responsabilidade moral de proteger os interesses e direitos das futuras gerações, garantindo que elas também possam desfrutar de uma qualidade de vida adequada e sustentável. Esses direitos incluem o acesso a um ambiente saudável, recursos naturais preservados e capacidade de experimentar suas necessidades básicas. Jacques Maritain, outro importante filósofo, destaca a importância da solidariedade intergeracional. Ele enfatiza que as gerações atuais têm o dever de agir de forma responsável para garantir que os direitos das gerações futuras sejam protegidos e respeitados. Edith Brown Weiss, uma renomada professora de direito internacional, concentra-se nos direitos das gerações futuras em relação ao meio ambiente. Ela defende que as gerações futuras têm o direito de herdar um ambiente saudável e sustentável, e que a comunidade internacional deve tomar medidas para proteger esses direitos.

Christopher D. Stone, uma proeminente jurista, argumenta que as gerações atuais têm um dever moral de considerar os interesses das gerações futuras em suas decisões políticas e ambientais. Ele destaca a importância do princípio da sustentabilidade e da equidade intergeracional. Em resumo, a quarta geração de direitos humanos representa um avanço nas discussões sobre direitos fundamentais, reconhecendo a importância de proteger os interesses das futuras gerações e garantir um futuro sustentável e justo para todos. Essa abordagem traz à tona questões cruciais relacionadas à responsabilidade e



solidariedade intergeracional, bem como à necessidade de agir de forma coletiva para preservar os recursos naturais e o meio ambiente para as gerações futuras<sup>9</sup>.

Essa abordagem também envolve a constituição de uma nova ordem econômica, política e jurídica internacional, que seja guiada pelos princípios da solidariedade, da responsabilidade compartilhada e do respeito pelos direitos das gerações futuras. Isso pode incluir a reforma das estruturas internacionais para promover uma cooperação mais efetiva e justa entre os países, bem como o estabelecimento de mecanismos de prestação de contas para garantir que os compromissos intergeracionais sejam cumpridos.

A emergência da quarta geração de direitos humanos reflete a crescente consciência das consequências de longo prazo das ações humanas no planeta e nas futuras gerações. É um apelo para que a humanidade assuma a responsabilidade não apenas pelo presente, mas também pelo futuro das próximas gerações. Essa abordagem coloca desafios significativos para as sociedades e os governos, pois requer a superação de interesses de curto prazo em prol de objetivos mais amplos e sustentáveis. Isso também pode gerar tensões entre as diferentes gerações, pois algumas políticas e ações podem implicar sacrifícios imediatos para benefícios futuros.

No entanto, a consideração dos direitos das gerações futuras é essencial para garantir um mundo mais justo e equitativo, onde os recursos são utilizados de forma responsável e equilibrada para atender às necessidades de todos, tanto no presente quanto no futuro. A constituição de uma nova ordem econômica, política e jurídica internacional é um desafio complexo, mas é fundamental para promover a sustentabilidade global e o bem-estar das gerações vindouras. O diálogo e a cooperação entre os países são fundamentais para enfrentar esses desafios e garantir um futuro melhor para toda a humanidade.

---

<sup>9</sup> Grifo nosso: A quarta geração de direitos humanos requer uma análise profunda e abrangente das questões globais que afetam a sustentabilidade, a equidade e a justiça ao longo do tempo. Isso implica discutir e implementar políticas que abordem desafios como a mudança climática, a gestão responsável dos recursos naturais, a proteção da biodiversidade e a promoção do desenvolvimento sustentável.

## Considerações finais

Iniciamos o trabalho abordando a importância histórica da criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos pela ONU em 1948, que reúne as contribuições das doutrinas de liberdade, igualdade e fraternidade. A Declaração abrange uma ampla gama de direitos, garantindo tanto os aspectos de liberdade individual e participação política quanto os elementos essenciais para uma sociedade mais igualitária e solidária. No entanto, ao longo do tempo, alcançar um consenso pleno sobre os direitos fundamentais tem sido um desafio devido às divergências ideológicas entre os países.

O processo de universalização, multiplicação e diversificação dos direitos humanos reflete um esforço contínuo para proteger a dignidade e os direitos de todas as pessoas em nível internacional. A positivização dos direitos humanos, incorporando-os aos sistemas jurídicos nacionais, é um passo importante para garantir sua efetividade. No entanto, o cumprimento desses direitos requer monitoramento e fiscalização eficazes, além de conscientização e educação para promover uma cultura de respeito e combater violações e discriminações.

Apesar dos avanços, as ambiguidades na aplicação dos direitos universais persistem, especialmente em contextos de colonialismo e lutas de libertação, onde a realidade política e social nem sempre refletia os princípios proclamados. A Declaração Universal, mesmo com suas limitações, continua sendo um marco essencial na proteção dos direitos fundamentais, mas o caminho para alcançar uma plena realização dos direitos humanos requer um diálogo contínuo e inclusivo entre as nações.

Em suma, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o sistema da ONU representam um marco significativo na promoção dos direitos fundamentais. No entanto, é essencial que a comunidade internacional continue trabalhando em conjunto para superar desafios e garantir que todos os seres humanos possam desfrutar de uma vida digna e justa, independentemente de sua origem, crença ou sistema político em que vivem. A proteção dos direitos humanos é um empreendimento coletivo e contínuo que

requer esforços persistentes e ações concretas para tornar a visão de uma sociedade mais justa e inclusiva uma realidade para todos

Buscamos apresentar uma visão crítica em relação às doutrinas dos direitos humanos, destacando que elas não constituem um campo consensual e pacífico, apesar da aparente retórica oficial. O autor aponta que os problemas mais dramáticos e urgentes da humanidade estão em jogo, e muitas pessoas continuam excluídas dos direitos fundamentais, com a situação piorando continuamente.

A ideia principal é que, apesar dos discursos e metas oficiais dos governos e dos programas de direitos humanos, na prática, a política "real" muitas vezes se contrapõe aos princípios proclamados. O autor argumenta que há um choque entre a retórica oficial e a realidade, e que o cenário internacional não caminha para uma nova ordem econômica, ética e política mais justa. Em vez disso, a tendência é o aumento das desigualdades sociais em nível global e uma crescente militarização para defender a atual ordem injusta. Levantamos pontos importantes e críticos sobre a implementação efetiva dos direitos humanos no mundo atual. É verdade que muitos problemas urgentes persistem, e muitas pessoas ainda enfrentam violações graves de seus direitos fundamentais em diversas partes do mundo.

A disparidade entre a retórica oficial e a prática real é uma questão séria, e é fundamental que os governos e instituições internacionais realmente ajam em conformidade com os princípios dos direitos humanos que eles proclamam defender. Muitas vezes, a política "real" é influenciada por interesses econômicos, geopolíticos e outros fatores, o que pode levar a uma contradição entre o discurso oficial e as ações efetivas. O cenário internacional mencionado no texto é complexo e multifacetado. Embora haja esforços de diversas organizações e governos para promover uma ordem mais justa e igualitária, ainda existem desafios significativos a serem superados. A desigualdade social e a militarização são problemas reais que afetam a busca por uma maior proteção e respeito aos direitos humanos em todo o mundo.

No entanto, é importante lembrar que os direitos humanos são uma aspiração universal, e o progresso nesse sentido pode ser alcançado por meio de uma ação coletiva

e da conscientização contínua sobre a importância desses direitos. Enquanto a implementação plena dos direitos humanos pode enfrentar obstáculos, é essencial continuar lutando por uma sociedade mais justa e inclusiva, onde todos possam desfrutar de seus direitos fundamentais.

Os direitos humanos são uma construção complexa, com múltiplas dimensões e desafios em sua implementação. As diferentes gerações de direitos refletem as mudanças sociais, econômicas e políticas ao longo do tempo, buscando abranger uma variedade de direitos fundamentais para todos os seres humanos. No entanto, a efetivação desses direitos enfrenta obstáculos, como a disparidade entre discursos oficiais e ações práticas, bem como as desigualdades sociais e a persistente exclusão de muitas pessoas.

Para avançar na proteção dos direitos humanos, é necessário um esforço conjunto de governos, instituições internacionais e sociedade civil. A conscientização sobre a importância desses direitos e a pressão por sua implementação são fundamentais para garantir que a retórica seja traduzida em ações concretas. Além disso, é crucial que a busca por uma nova ordem internacional e uma sociedade mais justa e inclusiva se mantenha como um objetivo contínuo e prioritário.

Os desafios são grandes, mas a história também mostra avanços significativos na proteção dos direitos humanos. Com dedicação e compromisso, podemos continuar progredindo rumo a um mundo onde todos os indivíduos sejam respeitados em sua dignidade e gozem plenamente dos seus direitos fundamentais.

## Referências

ALVES, Lindgren J. A. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

BITTAR, Eduardo C. B. (org.) **Direitos Humanos no Século XXI**. Cenários de Tensão. Rio de Janeiro: Forense Universitária; São Paulo: ANDHEP; Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. (Constituição). 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**  
[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 16.07.2010. Site da dh-net: <http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/index.html>.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Brasil: Direitos Humanos 2008: **a realidade do país aos 60 anos da Declaração Universal**. Brasília: SEDH, 2008.

BRASIL. Secretaria Nacional dos Direitos Humanos do Ministério da Justiça. **Direitos humanos no cotidiano**. Brasília: Ministério da Justiça, 2001.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. **Direitos humanos 2008: a realidade do país aos 60 anos de Declaração Universal**. Brasília: SEDH, 2008.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Programa Nacional de Direitos Humanos**. Brasília, 1996.

BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos**, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 1999.

Convenção sobre a Proteção e Promoção da Diversidade das Expressões Culturais: texto oficial ratificado pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo 485/2006

Convenção sobre Diversidade Biológica e Legislação Correlata. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008. 87 p. (Coleção Ambiental; v. 10)

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.

MARCÍLIO, Maria Luiza. **A Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Sessenta anos. Sonhos e Realidades. São Paulo: EDUSP, 2008.

MARITAIN, Jacques. **Humanismo integral: Uma visão nova da ordem econômica**. São Paulo: Nacional, 1941. v. 5

ONU, Declaração Universal dos Direitos Humanos, 1948.

PINHEIRO, Paulo Sérgio-GUIMARAES, Samuel P. (Orgs.). **Direitos Humanos no Século XXI**, Brasília: IPRI-Senado Federal, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**, São Paulo: Saraiva, 2007.

SILVEIRA, Rosa M. G.; DIAS, Adelaide A.; FERREIRA, Lúcia de Fátima G.; FEITOSA, Maria Luíza A.; ZENAIDE, Maria de Nazaré T. (Orgs.). **Educação em Direitos Humanos: fundamentos teóricometodológicos**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: UnB, 1998.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Petrópolis, 2003.

TOSI, Giuseppe (Org). **Direitos humanos: história, teoria e prática**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2006.

WEISS, Edith Brown. **Intergenerational fairness and rights of future generations**. Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen (The Foundation for the Rights of Future Generations). Disponível em: <<http://www.srzg.de/ndeutsch/5publik/1gg/7jg2h3/weiss.html>>. Acesso em: 25 fev. 2010.

\_\_\_\_\_. **Intergenerational fairness and water resources**. The National Academy Press. Disponível em: <[http://www.books.nap.edu/openbook.php?record\\_id=2217&page=3](http://www.books.nap.edu/openbook.php?record_id=2217&page=3)>. Acesso em: 25 fev. 2010.

ZENAIDE, Maria de N. (Org.). **Ética e cidadania nas escolas**. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2003.

**EFEITOS DAS RELAÇÕES DE PODER E DAS VIOLÊNCIAS NA QUESTÃO DA VULNERABILIZAÇÃO FEMININA: O DIREITO COMO INSTRUMENTO DE DOMINAÇÃO E DE EMANCIPAÇÃO**

**EFFECTS OF POWER RELATIONS AND VIOLENCE ON THE ISSUE OF FEMALE VULNERABILITY: LAW AS AN INSTRUMENT OF DOMINATION AND EMANCIPATION**

Renato Eduardo de Paiva<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

Any Ávila Assunção<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

**Resumo**

O presente artigo tem como objetivo a construção de uma análise crítica a partir de uma abordagem teórica sobre os efeitos das relações de poder e das violências na questão da vulnerabilização feminina e a análise do papel exercido pelo Direito como instrumento de dominação e de emancipação nessa questão. Nesse sentido, buscaremos alinhar alguns conceitos teóricos sobre as violências, na visão de Yves Michaud, concatenando-os com as valorosas lições de Michel Foucault sobre o poder. Abordamos também alguns aspectos trabalhados por Pierre Bourdieu, em sua obra "A Distinção – Crítica Social do Julgamento", para entendermos um pouco melhor como funcionam os mecanismos distintivos baseados no gosto, na cultura escolar e na origem social, e a maneira como esses fatores exercem influência nas diferentes classes sociais, em especial no que se relaciona a forma de atuação ou de performatividade feminina. Em seguida, buscaremos fazer uma ponte teórica entre as abordagens anteriores com a chamada teoria do reconhecimento, de acordo com a abordagem de Axel Honneth, conectando-as com uma visão que demonstre como o Direito pode se encaixar nas relações sociais e se apresentar como um mecanismo de dominação, a serviço dos segmentos detentores do exercício preponderante do poder na tecitura social, especialmente a serviço do pensamento patriarcal, foco do presente artigo, mas também como ele pode se apresentar numa concepção de libertação e, portanto, de emancipação real, concreta e efetiva das mulheres, diante da ação opressora exercida pelo patriarcado.

**Palavras-chave:** Poder. Violências. Vulnerabilização feminina. Direito. Dominação e Emancipação.

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS IESB); Major do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4884-1805> Contato: [renatoeduardopaiva@gmail.com](mailto:renatoeduardopaiva@gmail.com) Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5396180347289456>

<sup>2</sup> Doutora e mestra em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de Brasília. Coordenadora dos cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito do IESB. Advogada. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2125-4037>

**Abstract:**

This article aims to build a critical analysis from a theoretical approach on the effects of power relations and violence on the issue of female vulnerability and the analysis of the role played by Law as an instrument of domination and emancipation in this issue. In this sense, we will seek to stitch together some theoretical concepts about violence, in the view of Yves Michaud, linking them with Michel Foucault's valuable lessons on power. We also approach some aspects worked by Pierre Bourdieu, in his work *The Distinction*, to understand a little better how the distinctive mechanisms based on taste, school culture and social origin work, and the way these factors influence different social classes, especially with regard to the form of female performance or performativity. Then, we will seek to make a theoretical bridge between the previous approaches with the so-called theory of recognition, according to Axel Honneth's approach, connecting them with a vision that demonstrates how Law can fit into social relations and present itself as a mechanism of domination, at the service of the segments that hold the preponderant exercise of power in the social fabric, especially at the service of patriarchal thinking, the focus of this article, but also how it can present itself in a conception of liberation and, therefore, of real, concrete emancipation and effective of women, in the face of the oppressive action exerted by the patriarchy.

**Keywords:** Power. violence. Female vulnerability. Law. Domination and Emancipation.

## 1. Introdução

O presente trabalho visa a realização de um exercício crítico a partir de uma abordagem teórica sobre os efeitos que as relações de poder e as violências exercem na questão da vulnerabilização feminina e a análise do papel exercido pelo Direito como instrumento de dominação e de emancipação numa perspectiva em que ele se apresenta como um elemento intimamente imbricado nessa questão.

O problema que se buscará enfrentar na presente abordagem será o de procurar compreender em que medida as relações de poder e as diferentes formas de violência produzem efeitos na questão do quadro de vulnerabilidade das mulheres e as ações que podem ser desencadeadas pela Ciência Jurídica no sentido de se apresentar como instrumento contributivo para os processos de dominação e de emancipação feminina na sociedade contemporânea, para, ao final, propormos algumas ideias ou formas de abordagens que possam contribuir para a resolução da questão da subjugação feminina diante do pensamento patriarcal, sobretudo que possam vir a ser utilizadas para equacionar o problema da discriminação feminina em todos os campos da vida.



A pesquisa desenvolvida baseou-se na revisão bibliográfica especializada do assunto, sobre a qual se objetivou construir uma análise crítica reflexiva, com o objetivo de indicar algumas possíveis medidas concretas que poderiam vir a minimizar os impactos negativos desse fenômeno, promovendo, desta maneira, a busca por uma maior igualdade jurídica do ponto de vista material, e não apenas formal, nas relações de gênero em nossa sociedade, vista como um direito humano, portanto interdependente com os demais direitos humanos, como por exemplo o direito a vida, o direito ao trabalho e o direito a felicidade, necessitando ainda ganhar contornos mais efetivos e eficazes em nosso meio.

## 2. A questão das violências de acordo com Yves Michaud

O que pode ser considerado como violência?

Definir o que venha a ser violência pode ser um exercício bastante difícil de se concretizar.

É importante registrar de antemão que a significação do termo pode apresentar infindáveis variáveis, tornando, assim, o objetivo de se atribuir uma definição a violência um trabalho difícil.

Isso ocorre porque a definição de um termo que está sujeito às mais variadas abordagens e compreensões dos pontos de vista histórico, cultural, sociológico e antropológico não escapa ao processo analítico de sua significação, que, por si só, apresenta-se de maneira bastante abrangente, podendo ser classificado como sendo um termo que apresenta contornos elásticos, por assim dizer.

Contudo, a dificuldade em se estabelecer uma definição para o termo violência não será barreira suficiente para nos impor um obstáculo intransponível nesse sentido. Pelo contrário, ousaremos estabelecer uma definição, não com o objetivo de esgotar todas as possibilidades sobre o tema, mas com a intenção de estabelecer alguns parâmetros mínimos para utilização no desenvolvimento das ideias centrais do presente

trabalho, a fim de permitir-nos a adoção de algumas abordagens de interesse visando a construção de uma análise crítica do tema de fundo.

Nesse sentido, interessante consignar a etimologia do termo:

Violência, do latim "violentia", que significa violência, caráter violento ou bravo, força. O verbo "violare" significa tratar com violência, profanar, transgredir. Tais termos devem ser referidos a "vis", que quer dizer força, vigor, potência, violência, emprego de força física, mas também quantidade, abundância, essência ou caráter essencial de uma coisa. Mais profundamente a palavra "vis" significa a força em ação, o recurso de um corpo para exercer sua força e, portanto, a potência, o valor, a força vital. (MICHAUD, 1989, p. 8)

Vejamos que o núcleo central da etimologia da palavra violência se dá em torno da ideia de força. A força que compõe o núcleo central do termo é exercida normalmente em relação a alguém ou a algo, de modo que o excesso ou abuso dessa utilização se caracteriza como violência.

Contudo, essa força empregada em relação a alguém ou a alguma coisa pode ser considerada como legítima ou ilegítima, lícita ou ilícita, a depender das circunstâncias em que ela for exercida e de acordo com as variações valorativas que os diferentes povos e as diferentes culturas pode lhes atribuir.

Essa valoração ou classificação do emprego da violência capaz de torná-la legítima ou não, lícita ou não, que varia de acordo com os valores culturais e do tempo em que o seu processo analítico se dá, é portanto, uma característica que empresta certa fluidez à definição de violência, especialmente dos pontos de vista moral ou jurídico, a depender da estrutura social em que o fenômeno esteja a ganhar concretude.

As finalidades e as circunstâncias que se fizerem presentes em torno do emprego da violência serão então capazes de dotar o seu uso, em termos classificatórios, de acordo com o sistema de valores em que a referida prática estiver inserida em um dado momento.

Daí decorre a dificuldade de se definir violência, pois a ideia do termo invariavelmente tende a encontrar em um conceito normativo seu delineamento, sobretudo a partir do advento do Estado e em nossa época contemporânea.

Assim, a força exercida em relação a alguém ou a alguma coisa pode ser de caráter positivo ou negativo, e normalmente quando ela se manifesta o faz para o atendimento de alguma finalidade buscada pelo agente que a desencadeia. A partir desse horizonte o campo normativo poderá passar a atribuir um valor a conduta que a tem por escopo, de modo a classificá-la como lícita ou ilícita, legítima ou ilegítima, e a partir daí, permitir se aferir se há ou não uma carga de excesso ou de abuso no seu emprego ou, em outras palavras, se sua utilização apresenta pressupostos legitimadores ou não.

A violência poderia então ser definida como o emprego de uma força, que pode ser física ou de contornos normativos, de caráter positivo ou negativo, geralmente destinada a se alcançar algum objetivo, contra alguém ou alguma coisa, com potencialidade lesiva, do ponto de vista material ou jurídico, cuja finalidade é capaz de torná-la legítima ou ilegítima, a depender do sistema normativo em que estiver inserida.

Desta maneira, a manifestação da violência pode se dar em diversos cenários empíricos, de modo que a variação de possibilidades no seu emprego pode ser considerada até mesmo inesgotável.

A violência pode ter uma conotação positiva, quando é direcionada para desencadear a manifestação ou ocorrência de um dado fenômeno, ou negativa, quando o que se busca é justamente evitá-lo. Neste último caso, poderíamos citar como exemplo o exercício de alguma violência moral com o objetivo de se fazer alguém a não praticar uma dada conduta que se queira evitar.

Ela é empregada contra alguém ou alguma coisa e normalmente possui uma finalidade específica, além de apresentar potencialidade lesiva concreta, tanto do ponto de vista material, em relação aos efeitos que pode produzir relacionados a quem ou a ao que ela foi exercida, quanto do ponto de vista jurídico, relativamente aos efeitos que pode dar causa no âmbito de aplicação do Direito, ou seja, a depender das relações normativas que pode produzir.

Há, no entanto, diversas formas pelas quais a violência pode ser exercida. Assim, podemos mesmo falar na existência de diversas violências, tanto em relação a forma de

seu emprego, quanto em relação às mais diversas variações finalísticas que ela pode apresentar.

Dessa forma, podemos tratar de violência com viés físico, moral, exercida com objetivo subjugador ou limitador, de cunho portanto opressivo, ou mesmo ela pode vir a ser exercida com objetivo libertador ou emancipador.

As variadas formas com que a violência pode se apresentar e as diversas finalidades que ela pode objetivar caracteriza o amplo alcance de ocorrência fenomenológica desse instituto.

Assim, a violência tem se mostrado como uma ferramenta importante no contexto social para se alcançar certos objetivos, bem como para mantê-los.

Os objetivos que os diversos grupos sociais perseguem inspiram sua utilização em diversas dimensões das relações intersubjetivas existentes e espalhadas por toda tecitura social, a depender dos interesses envolvidos.

Deste modo, o fenômeno da violência se faz comumente presente nas lutas sociais existentes e travadas na contemporaneidade, de modo a imprimir uma dinâmica diversificada de atuação, a depender do contexto social em que sua prática esteja inserida e de acordo com os mais variados objetivos perseguidos pelos diferentes agrupamentos sociais.

Fica claro, portanto, que o seu emprego pode se dar em um contexto do exercício do poder autoritário, por um Estado ou governo, em relação a sua população, sobretudo em relação a parcela ou as parcelas da população que não estejam alinhadas com seus objetivos ou de acordo com o campo normativo estabelecido em um dado momento pelo poder de império. Nesse contexto, cabe mencionar que o exercício do poder autoritário não necessita, obrigatoriamente, se dar por meio do emprego da violência material, mas é até mesmo comum que o citado poder seja empregado a partir de uma relação de dominação que se apresenta de modo mais sutil, por mecanismos indiretos de opressão ou de coerção social menos aparentes, como por exemplo, por intermédio de mecanismos de incentivos ou de desincentivos que objetivem a prática ou a não realização de determinadas condutas ou práticas sociais, o que, de todo modo,

não deixa de ser uma forma de se praticar a violência, podendo se dar em menor ou maior grau, a depender do nível de tensão social existente.

Contudo, a utilização da violência pode também se fazer presente na própria luta pela libertação da opressão, com possibilidade de até mesmo se chegar ao desencadeamento de um processo revolucionário, o seu ápice. Nesse caso, a tendência de se assistir a uma escalada da violência em razão de uma eventual resistência se incrementa, podendo dar causa a um grave desequilíbrio social, ainda que momentâneo (enquanto o processo revolucionário não chega ao seu ciclo final ou enquanto a resistência produzir barreiras que concretamente dificultem ou até que venham a eliminar efetivamente o progresso do próprio processo revolucionário desencadeado).

As variações do emprego da violência se apresentarão de acordo com a tendência que os grupos dominantes apresentarem na utilização dos meios escolhidos para fazer valer suas posições, e, ao mesmo tempo, de acordo com a tendência e a capacidade de resistência por parte dos grupos oprimidos, no contexto das lutas sociais, bem assim, de acordo com os meios escolhidos por estes últimos nesse desiderato.

Desta maneira, o emprego da violência no contexto das lutas sociais pode apresentar um leque enorme de variações, tudo a depender do campo social em que as referidas lutas estiverem sendo travadas, o que vai depender das características de cada período histórico, o campo normativo em vigor, as capacidades de ação e de reação dos grupos sociais envolvidos, bem como da dinâmica em que as citadas lutas efetivamente se derem.

Um dos caminhos, portanto, para o exercício da dominação é o emprego do poder ou da violência, ao passo que, em sentido contrário, esse caminho pode vir a ser adotado por forças que se oponham a um determinado sistema opressor, no sentido de se buscar a libertação ou a autodeterminação dos segmentos oprimidos.

Nesse campo, a luta de poder e pelo poder denota um esforço simultâneo entre segmentos que se opõem na tentativa de fazer valer os seus interesses em detrimento, ou ao menos, em sobreposição, de outros.

Essa disputa pode se fazer presente em diversos campos sociais, desde o cenário internacional entre Nações, até as relações intersubjetivas nos campos sociais espalhados por toda a estrutura das sociedades. Os diferentes interesses em jogo que ditarão quais serão as tendências no que se refere à busca e ao domínio a ser exercido sobre os bens valorizados em um dado campo social.

Desta forma, essa tensão social na disputa de poder e pelo poder também pode ser verificada nas relações de gênero, abrangendo diversas dimensões, como a econômica, a profissional, a educacional, a cultural, a das liberdades (passando pelo livre exercício profissional, pela liberdade sexual, pela livre escolha a respeito das formas de se viver etc) e a familiar.

Contudo, no mundo contemporâneo, o estabelecimento do equilíbrio nesse tipo de tensão social, depende dos efeitos produzidos pelo Direito nas relações intersubjetivas, pois é ele (o Direito), como instrumento de controle social e de modificação das realidades que se apresenta como sendo o vetor capaz de dirimir as diferenças, construir normas capazes de pacificar relações e de promover o bem-estar social em seu amplo espectro.

Porém, mesmo com a preponderância jurídica no mundo contemporâneo como sendo um vetor de controle social, é fato que a depender do nível de tensão social existente em uma determinada relação ou em um determinado conflito de interesses, a violência poderá eclodir como forma de impor as regras pré-estabelecidas por um sistema opressivo qualquer ou como maneira de promoção da libertação ou da autodeterminação de segmentos oprimidos e que buscam modificações materiais de vida, pois esses fenômenos podem ser considerados como naturais e intrínsecos às características da própria humanidade.

### 3. Relações de poder, distinções sociais, teoria do reconhecimento e o Direito como instrumento de dominação e de emancipação

#### 3.1. Relações de poder na visão de Michel Foucault

As relações de poder, espalhadas por toda a estrutura social, são bastante diversificadas e se dão de acordo com os interesses e capacidades apresentadas pelos diferentes indivíduos e pelos diversos grupos sociais.

Essas relações de poder se materializam e produzem seus efeitos, tanto concretamente, como no campo normativo.

Para entendermos um pouco mais sobre a dinâmica dessas relações de poder, nos valeremos de importantes ensinamentos do Prof<sup>o</sup> Michel Foucault (1987), que as estudou profundamente em sua obra.

Nos Séculos XVII e XVIII houve um crescimento substancial pelo interesse sobre o corpo visto como objeto e alvo de poder.

Foi neste período que, segundo Foucault (1987), podemos constatar uma grande mudança na relação estabelecida entre o poder e o seu exercício nas mais diferentes dimensões do tecido social, tendo como destinatário precípua os *corpos*.

Cabe anotar que esse interesse não nasceu de maneira súbita, mas foi eclodindo na teia social a partir de uma multiplicidade de processos, muitas vezes de reduzido espectro, de origens bastante diversas, assim como de localizações esparsas, mas que de certa forma se repetem, se imitam, como que se apoiando uns sobre os outros, distinguindo-se sobre sua aplicação, mas convergindo em determinados momentos para, de maneira geral, imprimir um método similar, de larga abrangência, o da *disciplina*.

Foucault (1987) menciona que traços marcantes desse método geral denominado por ele de disciplina podem ser encontrados nos *colégios, no ambiente hospitalar, na instituição militar e nas prisões*, ambientes utilizados pelo referido Autor para o emprego de seu método, variando, no entanto, a velocidade com que foi introduzido e depois se sedimentado nessas instituições e em instituições que nelas

foram se inspirar para a sua própria constituição institucional, como por exemplo, as grandes oficinas militarizadas.

A disciplina pode ser encontrada então, não só no sistema escolar, no ambiente hospitalar, na instituição militar e nas prisões, *mas nas variadas formas relacionais encontradas na sociedade*, baseadas em processos empíricos de existência. Essa é uma questão bastante relevante, pois estudando a obra foucaultiana podemos visualizar que *a disciplina é uma importante ferramenta para induzir comportamentos e pensamentos, podendo ser empregada nos mais variados tipos de relações sociais.*

A docilização dos corpos, para Foucault (1987), citando o livro Homem-máquina (de La Metrie), decorre do emprego das disciplinas, uma vertente técnico-política que surge a partir de um conjunto de regulamentos militares, escolares, hospitalares e de processos empíricos refletidos para controlar ou corrigir as operações do corpo.

Mas a docilização dos corpos só se torna possível a partir de um trabalho detalhado, a partir do exercício de uma coerção sem folga, que se espraia e é exercida de maneira abrangente por toda estrutura social. Nota-se aqui, na obra foucaultiana, que a docilização dos corpos decorre do emprego de um mecanismo intenso, profundo, persistente e altamente diluído na arquitetura social, capaz de induzir resultados relacionados a própria dinâmica do modo de existir e de pensar das pessoas, com ampla aplicação nas relações sociais.

As disciplinas, portanto, são formas gerais de dominação com o objetivo de moldar uma utilidade do corpo. Quando empregadas em larga escala, elas têm o *poder de moldar comportamentos.*

A disciplina é capaz, assim, de fabricar corpos submissos e exercitados, os chamados *corpos dóceis.*

Desta maneira, a depender da forma como a disciplina seja exercida, ela pode moldar como o próprio comportamento humano se dá, mas também traz consigo a potencialidade de *moldar a maneira como esse comportamento é recebido* pelos diferentes grupos sociais existentes na estrutura da sociedade.



É claro que em uma sociedade contemporânea, como a nossa, o poder da disciplina não se apresenta como sendo algo absoluto. Existem formas e mecanismos de se evitar a produção de seus efeitos e até mesmo o seu emprego de maneira eficaz. A comunicação e o conhecimento são algumas dessas formas de se neutralizar ou de se minimizar os efeitos do poder disciplinar.

Contudo, essa realidade também não ganha contornos absolutos. O poder de resistência a ação disciplinar também sofre limitações práticas, a depender das circunstâncias e da realidade social em que estiver inserida.

Em culturas onde há a pré-fixação de determinados papéis atribuídos às mulheres, por exemplo, a ação disciplinar exercida por valores culturais profundamente estabelecidos pode fazer com que as mulheres vejam os papéis a elas atribuídos como sendo naturalizados, ou seja, elas próprias podem entender que aqueles determinados papéis que elas desempenham normalmente estejam intrínseca e naturalmente ligados a elas pelo simples fato de serem do gênero feminino. O poder naturalizador exercido por intermédio de valores culturais se mostra muito eficaz no sentido de se manter o *status quo* ou os interesses dos grupos sociais dominantes.

Ao contrário, em culturas onde se desenvolveu a ideia de que as mulheres são livres e podem escolher os papéis sociais que melhor lhes convier, de acordo com seus interesses e preferências pessoais, tentativas de obrigá-las a pensar de maneira diferente, ou seja, de acordo com o pensamento patriarcal, por exemplo, enfrentam sérias resistências, tanto do ponto de vista individual ou coletivo, como do ponto de vista normativo.

A disciplina no exercício das relações de poder depende, portanto, ao nosso sentir, para produzir seus efeitos, de um campo fértil, ou seja, propício nesse sentido, podendo ser anulada, a depender do nível de resistência existente do ponto de vista cultural ou até mesmo normativo.

### 3.2. Distinções sociais e a contribuição de Pierre Bourdieu

Outra questão interessante que poderíamos mencionar é a relacionada entre as distinções de classes existentes na nossa sociedade, a exemplo da abordagem feita pelo Profº Pierre Bourdier (2007), em sua obra, "A Distinção – Crítica Social do Julgamento".

Na citada obra, o referido Autor faz uma ampla abordagem das relações existentes na sociedade e a forma como se apresentam as diversas distinções existentes entre as mais variadas classes sociais.

Para Bourdieu (2007), os *bens culturais* possuem uma *economia própria*, que obedece a uma lógica específica e que é importante ser identificada para o entendimento da dinâmica das relações sociais.

O Autor assinala a necessidade de se estabelecer as *condições* em que os *bens culturais são produzidos* e o seu *gosto*, a fim de se descrever as variadas *formas de apropriação desses bens* e as *condições sociais* que são *capazes de fazer com que se entenda como legítimo o modo em que se dá essa apropriação*.

Os gostos, em matéria de cultura tida como legítima, não são decorrentes de um dom da natureza, ao contrário, a observação científica aponta *que as necessidades culturais são o produto da educação, pois as práticas culturais e as preferências estão estreitamente associadas ao nível de instrução e, secundariamente, à origem social de cada indivíduo*.

Ele assinala que *os gostos funcionam como marcadores privilegiados da "classe"*. As maneiras de adquirir esses gostos se transmitem de geração em geração, sobrevivendo a partir da maneira de utilizar essas aquisições. Se prestarmos atenção às maneiras, conseguiremos reconhecer os diferentes modos de aquisição hierarquizados socialmente, da cultura, precoce ou tardio, familiar ou escolar, assim como as classes de indivíduos que elas caracterizam.

A definição dominante do modo de apropriação legítima da cultura e da obra de arte, inclusive no campo escolar, favorece aqueles que, bem cedo, tiveram acesso à cultura tida como legítima, em uma família culta, fora das disciplinas escolares,

desvalorizando, assim o saber e a interpretação erudita, marcada como “escolar”, em proveito da experiência direta e do simples deleite.

A arte e o consumo artístico predispõem a desempenhar uma função de legitimação das diferenças sociais, independentemente de nossa vontade e de nosso saber. O gosto se transformou em um dos indícios mais marcantes e determinantes da verdadeira nobreza. É por meio dele que é delimitado o campo da classe dominante e da própria produção cultural.

A disposição culta e a competência cultural varia de acordo com a natureza dos bens consumidos e da maneira de consumi-los, de acordo com as categorias dos agentes aos quais elas se aplicam.

A pintura, a música, o vestuário, o mobiliário e o cardápio, por exemplo, são distinguidos de maneiras diferentes pelos indivíduos das diferentes classes sociais.

As práticas culturais possuem estreita relação com o capital escolar e com a origem social dos indivíduos que as executam.

Indivíduos com maior capital escolar, tendem a reconhecerem mais os saberes cultivados pelo sistema escolar, ao passo que indivíduos com menor capital escolar tendem a não reconhecê-los, aos menos não na mesma proporção.

Além do capital escolar, outro fator importante na distinção do gosto, apontado por Bourdieu, é o acesso aos bens culturais em razão da origem social, o que impõe uma marca significativa de legitimidade do gosto, como ocorre com o acesso proveniente da aquisição cultural em razão da família a que os indivíduos das classes dominantes têm acesso, independentemente do ambiente escolar.

Dois fatores se apresentam, portanto, como *fortes marcadores das distinções culturais*, quais sejam, o *capital escolar*, assim como a *origem social* (família) do indivíduo. Quanto maior o capital escolar e se o indivíduo possuir ainda uma origem social proveniente da classe dominante, maior e mais marcante será a distinção do gosto exercido por ele em sociedade.

No contexto da *cultura legítima* (aquela que decorre do capital escolar e da origem do indivíduo), pode-se afirmar que os *diplomas* surgem como uma espécie de

*garantia da aptidão para adotar a chamada disposição estética* em razão de sua associação a uma origem burguesa.

Certos diplomas, segundo Bourdieu, garantem uma competência que se estende muito além do que formalmente é garantido por eles, com base em uma cláusula tácita que se impõe antes de tudo, aos próprios detentores desses diplomas, os quais são forçados a assenhorear-se desses atributos que lhe são conferidos em razão de uma determinação estatutária.

Isso acontece mediante uma manipulação de aspirações e exigências realizadas em todas as fases do *cursus*, operada pelo sistema escolar, que indica as posições prestigiosas ou desvalorizadas que implicam ou excluem uma prática legítima.

O Autor em questão explica que a designação de uma seção, disciplina ou estabelecimento se exerce, principalmente, por meio da *imagem social da posição considerada* e do futuro que se encontra aí inscrito, a chamada **alocação**.

As classificações escolares, que produzem as diferenças oficiais, tendem a produzir ou fortalecer as diferenças reais nos indivíduos classificados, por meio da defesa coletiva de uma crença.

Dessa forma, por meio do efeito de alocação e do efeito de atribuição estatutária implicada no primeiro, *a instituição escolar consegue impor práticas culturais que ela não inculca nem exige expressamente, mas acabam sendo incluídas nos atributos estatutariamente associados às posições que ela concede por meio dos diplomas, que, por sua vez, permitem o acesso às posições sociais estabelecidas e garantem a aptidão para adotar a chamada disposição estética*.

Pode-se entender que a *disposição estética* surgirá quando, em relação a um objeto trabalhado (em oposição ao objeto natural), houver *predominância da forma* em relação à sua função.

Nessa seara da disposição estética, pode-se observar que se apresenta como um efeito sociológico, a categorização de um público que é capaz de deter e manifestar um gosto tido como puro e de um outro público, que de forma diametralmente oposta, possui e é capaz de manifestar o chamado gosto "bárbaro", na medida em que o primeiro

é tido como capaz de perceber e compreender a arte, em todas suas variações e significados, enquanto o segundo não é dotado dessa capacidade de julgamento.

A par dessa concepção, há quem afirme que a grande arte não é um prazer direto dos sentidos, pois para senti-la o gosto culto necessita se fazer presente no espectador, e isso somente ocorre quando esse indivíduo é capaz de romper com a atitude habitual em relação ao mundo comum, como que uma recusa ao que é genérico, fácil e imediatamente acessível. A estética erudita, para sua compreensão, exige uma capacidade de abstração da realidade e do que é imediato, coisa que um indivíduo que não tem capital cultural não consegue concretizar.

A estética popular pode ser entendida como aquela baseada na continuação da própria realidade, na continuação da arte e da vida, que implica a *subordinação da forma à função*.

Por outro lado, a disposição estética exige que se deixe de lado a natureza e a função do objeto representado. Desse modo, o capital cultural somente pode ser adquirido mediante a retirada da necessidade econômica que a atribuição da natureza e da função ao objeto representado empiricamente lhe acabaria por atribuir.

A disposição estética exige a capacidade generalizada de se neutralizar as urgências ou necessidades habituais e de se suspender as finalidades práticas, a fim de que o objeto representado possa ser compreendido tal como ele é, proporcionando uma experiência de distanciamento do mundo, que traduz-se como o próprio princípio da experiência burguesa do mundo, já que o consumo material ou simbólico da obra de arte constitui uma das manifestações supremas da abastança que só o poder econômico pode proporcionar, pois ele (poder econômico) é, antes de tudo, o poder de colocar a necessidade econômica de lado, considerando que ele se afirma a partir do gasto ostentatório, no desperdício e por meio de todas as formas do luxo gratuito, segundo Bourdieu.

Ela é a marca de uma distinção de uma posição privilegiada no espaço social. Como espécie de gosto, ela une e separa, sendo o resultado de condicionamentos

associados a uma determinada classe, de modo que ela une aqueles que são o produto de condições semelhantes e separa os que não o são.

Bourdieu alerta para o fato de que a *aversão pelos estilos de vida distintos* é, sem sombra de dúvida, *uma das mais consistentes barreiras entre as classes*.

O *habitus* de classe permite estabelecer a condição de classe e dos condicionamentos que ela impõe.

Portanto, o *habitus* pode ser entendido como sendo um princípio unificador e gerador das práticas que tornam possível a construção da classe objetivamente considerada, a qual é constituída por um conjunto de agentes situados em posições homogêneas de existência, impondo condicionamentos também homogêneos, possuindo, ainda, propriedades comuns, que até mesmo se apresentam como garantias juridicamente protegidas em alguns casos, como por exemplo, a posse de bens ou de poderes.

A condição de classe cria e impõe assim determinados condicionamentos sociais a um determinado grupo que ocupa a mesma posição social. Há um encaixe sucessivo e organizado de determinadas peças consideradas comuns na estrutura da classe. É mais ou menos como se fosse um quebra cabeças em que se faz necessário o perfeito encaixe de determinadas peças para que sua composição se efetive, sendo, por outro lado, exigidos alguns condicionamentos sociais para os integrantes da classe serem nela incorporados e mantidos.

A partir da concepção da divisão de classes, podemos perceber em cada uma delas a existência *de uma raiz comum das práticas classificáveis produzidas* pelos agentes *e dos julgamentos classificatórios* proferidos por eles sobre a prática dos outros ou sobre as suas próprias práticas.

Essa raiz comum identificável em cada classe é o que Bourdieu chama de *habitus*, o qual caracteriza-se por funcionar como um *princípio gerador de práticas classificáveis* e, ao mesmo tempo, um *sistema de classificação dessas práticas produzidas*.

O *mundo social representado* ou o *espaço dos estilos de vida* é constituído pela relação entre essas duas capacidades definidoras do *habitus*, a *capacidade de produzir*

*práticas e obras classificáveis e a capacidade de diferenciar e de apreciar essas práticas e esses produtos (gosto).*

A relação existente entre a produção das práticas e obras classificáveis pelos agentes de um campo social e essa capacidade de diferenciação e de apreciação dessas práticas e desses produtos constitui-se em um *sistema de sinais distintivos*.

O conjunto das práticas de um agente ou do conjunto dos agentes que são o produto de condições semelhantes, de modo sistematizado, caracteriza-se como produto da aplicação de esquemas idênticos ou comuns, formando, assim um determinado estilo de vida, ao passo que, também de modo sistemático, distingue-se do conjunto das práticas constitutivas de outros estilos de vida, marcando, assim, aspectos distintivos relevantes e perceptíveis facilmente.

A cada conjunto de práticas levadas a efeito por um conjunto de agentes, produto de condições semelhantes, dá-se um determinado estilo de vida, que se distingue dos demais estilos por possuir, assim, essa raiz que nele é comum, diferente das raízes comuns verificadas em outros grupos.

As condições diferentes de existência produzem *habitus* diferentes. A percepção da dinâmica dessas diferenças faz com que os estilos de vida funcionem.

O *habitus* é, nas palavras de Bourdieu, *estrutura estruturante*, pois organiza as práticas e a sua percepção, o seu julgamento, mas também é *estrutura estruturada*, na medida em que é o princípio de divisão em classes lógicas que organiza a percepção do mundo social, ou seja, o princípio da incorporação da divisão em classes sociais.

As práticas do mesmo agente e as práticas de todos os agentes da mesma classe dão forma a uma *afinidade de estilo* que transforma cada uma delas em uma *metáfora* de qualquer uma das outras, pois apresentam um *aspecto familiar imediatamente perceptível* entre si, o que torna possível sua identificação.

O *gosto*, entendido como uma propensão e aptidão para a apropriação de determinada classe de objetos ou de práticas classificadas e classificantes é a fórmula que dá origem ao estilo de vida, um conjunto de preferências distintivas que exprimem

a mesma intenção expressiva, ou seja, um verdadeiro sistema de esquemas de classificação.

É por meio do gosto que se dá o fortalecimento mútuo entre os integrantes de uma determinada classe. Por intermédio do vestuário, da mobília da casa, das práticas desportivas ou de beneficência, das escolhas dos restaurantes, dentre outras práticas, uma determinada classe se identifica, se distingue e se fortalece.

O gosto tem o poder de transmutar as coisas em sinais distintos e distintivos, faz com que as diferenças existentes no plano físico ganhem expressão ou ordem simbólica das distinções significantes, enfim, tem por função traçar um esquema social de classificação.

Bourdieu aponta três itens principais que demonstram maneiras de se distinguir, quais sejam: alimentação, cultura e despesas com apresentação de si e com representação (vestuário, cuidados de beleza, artigos de higiene, pessoal de serviço).

Essas estruturas assumem formas bastante diversificadas entre as diferentes classes e frações de classe.

A oposição principal entre os gostos de luxo e os gostos de necessidade marca bem as variações existentes entre os diversos grupos sociais.

A classe dominante tende a exercer o gosto voltado ao luxo, uma forma de manter a necessidade à distância. Valoriza mais a estética, o requinte, do que a substância.

Por outro lado, as classes mais populares tendem a valorizar mais a substância do que a forma. Consomem mais alimentos pesados e participam menos de atividades culturais, por exemplo, ao contrário do que ocorre com a classe dominante.

As variações existentes são bastantes diversificadas entre as ramificações formadas pelas diferentes frações de classes existentes, mas a grosso modo esse é o fenômeno que se verifica.

Bourdieu aborda a questão do gosto em matéria alimentar como um elemento importante para ilustrar como as outras dimensões da relação com o mundo, com os outros e com o próprio corpo demonstra a filosofia prática característica de cada classe.



Nessa abordagem ele traça comparações substanciais entre a *maneira popular* e a *maneira burguesa* de tratar da alimentação, de servi-la, de apresentá-la e de oferecê-la, que é muito mais reveladora do que a própria natureza dos produtos em questão, embora esta última também seja uma forma de exteriorizar e marcar de modo claro as diferenças existentes entre as classes.

A maneira popular em contraposição da maneira burguesa de lidar com a alimentação revela as diferenças existentes entre as classes a partir de uma relação de negação objetiva e subjetiva, de modo que o significado ou o sentido das condutas analisadas nesses dois mundos distintos pode ser interpretado de maneiras diversas, de acordo com o ponto de vista segundo o qual for apreendido e conforme foram inscritas significações populares ou burguesas na leitura da dinâmica ritualística ou não adotada nessas duas realidades.

O próprio emprego e significado das palavras utilizadas para identificar a maneira popular e a maneira burguesa de tratar a alimentação podem sofrer interpretações totalmente distintas, a depender do ponto de vista de quem analisa a dinâmica considerada.

Isso ocorre porque os diferentes grupos que formam as classes sociais imprimem esforços, nas mais variadas dimensões da vida em sociedade, para exprimir sua identidade social, que é delineada e marcada pelas diferenças.

*São exatamente nas diferenças que a identidade social de cada classe encontra sua significação ou é a partir delas que essa identidade ganha corpo.*

Desta maneira, Bourdieu exemplifica o raciocínio utilizado de diversas maneiras, como por exemplo, a propósito das classes populares, o ato de comer tende a ser praticado sem formalidades, a refeição ganha dimensão na abundância, de modo mais marcante quando das ocasiões mais especiais, sempre com ênfase na substância, na liberdade de se servir perante uma mesa postada com variados pratos, normalmente mais robustos, massas, molhos, sopas ou batatas, acompanhados de legumes, e servidos com uma concha ou colher, sem nenhuma preocupação em relação a medições ou contagens. Nesse cenário também se verifica a cultura de que os homens devem comer

mais, os seus pratos devem ser servidos até a borda, a eles é garantido o direito de repetir o prato, enquanto que as mulheres tendem, em contrapartida, a guiar-se pelas restrições, vistas como próprias do universo feminino. Não há ritualização de nenhuma espécie, enquanto um está no prato principal, outro pode perfeitamente estar na sobremesa ou no café, ao passo que a qualquer momento um terceiro pode se sentar à mesa e iniciar sua refeição. As pessoas podem, sem qualquer problema, comer no mesmo prato a sopa, limpá-lo com pedaços de pão e seguir para o consumo de outros pratos ou até mesmo da sobremesa, sem trocá-lo, o que pode até significar um favor a quem irá lavar a louça ou mesmo um ato de gentileza ao evitar a utilização de outros pratos. O mesmo ocorre com o compartilhamento de colheres, copos e outros utensílios por pessoas diversas, um tom de familiaridade, ou de intimidade, mesmo em se tratando de pessoas que não pertençam a família, mas sejam consideradas como muito próximas.

Por outro lado, a burguesia se preocupa em comer de acordo com as formalidades, respeitando-se as sequências rituais entre entrada, prato principal, sobremesa, de modo marcante e coordenado, sem antecipações ou atropelos, em total sincronidade coletiva dos participantes da refeição. A preferência pelos pratos leves, mais requintados e nutritivos. A discricção é fundamental. A forma, a apresentação prevalece sobre a substância, ou seja, a questão estética é muito mais importante do que qualquer outro elemento culinário. A ordem, a abdicção da fartura como imposição das privações que deve-se exteriorizar, a negação do consumo em sua significação e função primárias, o distanciamento do que é comum, transforma a refeição em uma cerimônia social.

A maneira popular e a maneira burguesa de lidar com a alimentação caracteriza-se, assim, como um fator importante para ilustrar as diferenças de classe que também são encontradas em muitas outras dimensões da vida nos diversos grupos, de acordo com o *habitus* de cada um.

Assim como ocorre com a forma de lidar com a alimentação, a questão de apresentação ou da representação também ganha uma importante dimensão na distinção das classes.

A forma de se vestir, a rigor, ou despojada, os tipos de vestuários utilizados, tanto em público, quanto na vida privada que se materializa nos interiores das residências, ganham dinâmicas distintas nas classes popular e dominante. O terno ou o *smoking* no universo da classe dominante tende a ser escolhido, enquanto na classe popular a preferência se dá por trajes menos formais. No retiro dos lares o pijama é visto como coisa de burguês pela classe mais popular, enquanto no universo desta última os roupões são raros ou praticamente inexistentes. Da mesma forma, os chinelos dão lugar às pantufas, a depender do grupo considerado.

O mesmo fenômeno distintivo se verifica quando o assunto é a estética corporal. Enquanto na classe dominante os homens tendem a manter um penteado mais conservador, mais sóbrio, na classe popular essa preocupação diminui. As mulheres, na classe dominante, além da beleza natural, se dedicam a incrementar seu visual estético de muitas maneiras. Assim se dá com os cuidados dedicados aos cabelos, à escolha do traje ideal para cada ocasião, a manutenção das unhas bem feitas, pois tais cuidados, aliados à própria beleza natural, são vistos no contexto de um patrimônio estético que pode inclusive abrir portas na vida social, seja em termos profissionais, sejam em outras searas não relacionadas com o mercado de trabalho, mas que possuam valor agregado tanto quanto ele. As relações interpessoais são vistas como algo de valor social e profissional. Já na classe popular a preocupação com questões dessa natureza se modifica, ganham outra dimensão, apesar de apresentar identidades em certos aspectos, há outros que o antagonismo pode ser a marca.

Destá maneira, a preocupação com que as classes se dedicam à apresentação de si marca também a correlação com a consciência que ela pode gerar em termos de ganhos que ela também traz. A dedicação a essa área é proporcional às oportunidades de *lucros materiais ou simbólicos* que os indivíduos de cada classe podem esperar como retorno.

Nesse sentido, se apresenta como bastante relevante a abordagem acerca dos efeitos da dominação na obra bourdiana.

Quando indivíduos se mostram adaptados a uma posição dominada, como quando as classes populares se mostram cercadas pelos efeitos do princípio da conformidade, a aceitação da dominação é uma marca bastante comum.

No próprio estilo de vida das classes dominadas é possível identificar traços que denotam o reconhecimento dos valores dominantes em razão de um sentimento de incompetência, fracasso ou indignidade cultural.

O estilo de vida das classes populares é marcado pela prática da substituição, como ocorre por exemplo, com a utilização de corino, ao invés de couro. Essa prática denota em sua essência que se reconhece o valor da utilização do couro pelas classes superiores, mas que por imposições da vida as classes populares não podem usufruir desse produto.

*Assim, os valores e as normas adotadas pela classe dominante tendem a exercer uma espécie de pressão nas classes que lhe estão subordinadas na estratificação social.*

Essa pressão social exercida pela classe dominante em relação a classes subordinadas na estrutura social pode explicar o fato de que há formas ou concepções diferentes em relação ao comportamento feminino, a depender da classe a que cada mulher pertence.

Nas camadas superiores da estratificação social, é comum se atribuir à imagem feminina a forma elegante de se vestir, a apresentação dos cabelos bem tratados e com penteados normalmente considerados como sendo os adequados para o público feminino daquele nível da tecitura social, determinados cuidados com a pele e com as unhas também tidos como necessários e adequados às mulheres dessas camadas sociais mais elevadas, ao passo que nas classes mais baixas da sociedade a visão mais frequente que se tem é aquela imposta pelos efeitos da normalização, mais voltada à conformidade com a falta de possibilidade das mulheres desses níveis sociais menos favorecidos não terem possibilidade de dedicar os mesmos cuidados que as mulheres dos altos níveis sociais adotam em termos de apresentação ou de representação pessoal, ao passo que torna-se normalizado para as mulheres menos favorecidas o fato de deixarem de lado

esses cuidados, ou ao menos, de não poderem se dedicar na mesma proporção e da mesma forma como as mulheres das classes mais elevadas normalmente procedem.

Essa forma de pensar também atinge a maneira como a mulher é vista em sociedade nos diversos campos da vida, como por exemplo, no papel desempenhado por ela na esfera familiar, no papel profissional, e também no campo político, repercutindo assim no campo normativo, e também nas diferentes maneiras como as mulheres são tratadas e consideradas, a depender das classes sociais das quais elas provém.

Logo, as relações de poder estabelecidas a partir das estruturas relacionais intersubjetivas e entre grupos sociais com interesses diversificados na tecitura social podem se dar de uma ou de outra maneira, a depender das forças que se fizerem presentes em um dado campo social.

Assim, as determinações impostas pela classe dominante em relação aos papéis atribuídos às mulheres ganham importância, pois podem influenciar ou até mesmo ditar como as mulheres da classe mais elevada na estratificação social são vistas e valorizadas, assim como as mulheres das classes subordinadas. Essas relações de poder entre as classes impõem normas sociais que produzem efeitos concretos, razão pela qual se faz necessária uma análise criteriosa nesse sentido, com o objetivo de se entender como esses mecanismos de poder relacional funcionam e de que maneira se pode estabelecer algumas barreiras concretas aos efeitos negativos que por ventura eles possam produzir em desfavor, especialmente, das mulheres pertencentes às mais baixas estratificações sociais, de modo a se criar um mecanismo protetor em seu benefício.

### 3.3. A teoria do reconhecimento e o Direito como instrumento de dominação e de emancipação

É sabido que a situação das mulheres no meio social, de acordo com diversos estudos históricos e antropológicos, de modo geral, tem sido a de um posicionamento

que apresenta certa defasagem do ponto de vista da capacidade de se autodeterminar, se compararmos com a situação normalmente ocupada pelos homens.

Os homens têm exercido papéis sociais, estabelecidos de acordo com o gênero que detém, normalmente mais afetos ao exercício do poder (político, inclusive), ao passo que os papéis mais comumente atribuídos às mulheres têm apresentado viés mais voltado ao mundo privado, como os cuidados com o lar e com a família, por exemplo.

De maneira geral, portanto, tem-se uma predominância histórica quanto a ocupação do postos destinados ao exercício do poder reservada aos homens. Mesmo se considerarmos o mundo contemporâneo, ainda que as mulheres tenham alcançado certo nível de independência, inclusive em termos profissionais, e também na possibilidade de exercer escolhas, como no mundo familiar, assim como relativas a aspectos diversos, como a procriação ou até mesmo a forma de união amorosa que podem optar, de acordo com suas preferências, principalmente nas camadas mais favorecidas da população, é fato que as mulheres, em razão da cultura patriarcal ainda existente na nossa sociedade, são alvo de discriminações em diversas dimensões da vida, e invariavelmente se deparam com dificuldades ou obstáculos práticos para implementarem sua real e concreta autodeterminação no mundo social de maneira plena, o que ocorre de maneira diferente nas diversas classes sociais, é verdade, em menor ou maior grau. Contudo, mesmo havendo diferenças significativas no tratamento e no valor atribuído às mulheres, a depender das classes sociais a que elas pertencem, há um traço comum em todos os casos, o gênero feminino, de modo geral, é visto ainda como sendo menos capaz e menos competente do que o gênero masculino, independentemente de classe social.

Essa visão reducionista do valor da mulher em sociedades marcadamente influenciadas pelos valores patriarcais, como ainda é a sociedade brasileira, faz com que as mulheres sofram inúmeras violências, tanto sob o aspecto moral, como sob o aspecto físico, em larga escala.

Além disso, esse tipo de visão carrega em si uma característica muito significativa, que é a de não atribuir o valor devido à mulher como ser político e

competente para desempenhar determinados papéis existentes em uma sociedade, principalmente aqueles papéis a que se atribui normalmente maior relevância social.

Esse processo de desvalorização sistemática da mulher causado pela visão patriarcal, e também produto de processos relacionais nos diferentes campos de poder, dificulta sobremaneira que ela adquira plena liberdade no campo social e possa se autodeterminar.

Os processos discriminatórios a que estão sujeitas as mulheres apresentam-se com alto poder de impacto social, e se dão em dimensões interseccionais, o que potencializa os seus efeitos de modo bastante diversificado. A mulher branca e pertencente a uma classe social elevada, apesar de sofrer processos de exclusão em razão do gênero feminino, não enfrenta na mesma proporção os efeitos discriminatórios que atingem a mulher negra e integrante de uma classe social subordinada.

Essa interseccionalidade, que atinge de modo diverso os diferentes tipos de mulheres na nossa sociedade, apresenta-se como um fator bastante complicador. Se para o pesquisador essa interseccionalidade amplia o espectro de estudo, e torna mais difícil o adequado entendimento de que maneira essas diferenças atuam na questão feminina e como as relações intersubjetivas se concretizam diante dessas variadas realidades, da mesma forma, para se traçar medidas concretas que visem diminuir o problema ou solucioná-lo de maneira efetiva, como por exemplo, na definição de quais políticas públicas seriam mais eficazes nesse sentido, a dificuldade também se faz presente em alto grau.

Nesse sentido, a teoria do reconhecimento, na visão de Axel Honneth, pode se apresentar como bastante útil na busca pela minimização ou eliminação dos diferentes processos discriminatórios existentes nesse complexo cenário social em que vivemos, especialmente se fizermos a ligação dessa teoria com as medidas que podem ser adotadas no campo normativo e, portanto, no campo de ação do Direito. Contudo, é importante anotarmos que o Direito, a depender das forças de poder hegemônicas, pode ser utilizado como instrumento de dominação, mas também, quando presentes algumas

circunstâncias que assim favoreça, ele pode se apresentar também como instrumento de libertação, ou de autodeterminação, de grupos sociais oprimidos.

Passaremos então a abordar a teoria honnethiana e a atuação no campo normativo, visando construir um caminho possível para se alcançar um tratamento materialmente igualitário das mulheres numa sociedade ainda marcada pelo pensamento patriarcal, como é a sociedade brasileira, permitindo, assim, traçar uma rota para se alcançar a efetiva emancipação ou autodeterminação feminina, o que esperamos um dia tornar-se realidade.

Em linhas gerais, podemos tomar emprestadas as disposições da teoria do reconhecimento, de origem hegeliana, mas posteriormente delineada por Axel Honneth, como mecanismos axiomáticos capazes de oferecer uma válvula de escape para o movimento cíclico e, portanto, repetitivo, que os processos de discriminação em geral têm apresentado ao longo da história da humanidade.

Contudo, nosso objetivo aqui será tentar demonstrar como essas disposições teóricas podem ser úteis se empregadas efetiva e concretamente na questão da discriminação em razão do gênero, com potencialidade para redundar até mesmo em mecanismos jurídicos capazes de promoverem a libertação ou autodeterminação feminina, apesar de as mulheres ainda se verem historicamente inseridas numa sociedade com profundos traços patriarcais como a nossa.

Como já apontamos no decorrer do presente trabalho, as relações de poder existentes podem gerar efeitos que induzem determinados pensamentos e comportamentos sociais.

Desta forma, grupos dominantes podem exercer grande influência no mecanismo de funcionamento das diversas relações sociais, inclusive sob a perspectiva de gênero.

Por isso, e em virtude do pensamento patriarcal, ainda é possível nos depararmos muito comumente com pensamentos de dominação em detrimento das mulheres, como por exemplo, os que indicam que lugar de mulher é em casa, cuidando dos filhos, e atendendo aos interesses e desejos do marido.



Infelizmente esse tipo de pensamento, de flagrante inspiração patriarcal e até mesmo de cunho coercitivo, é muito comum no meio social em que vivemos. Isso se dá por vários motivos, mas a grosso modo, visa a manutenção do exercício do poder pelos homens. Mantendo o exercício do poder social, os homens conseguem fazer com que os seus interesses, nos mais variados campos, tendam a serem mais valorizados e respeitados.

É assim que no mercado de trabalho as melhores colocações e salários tendem a ser ocupados por pessoas do gênero masculino, que nas organizações, os postos destinados à gerência e coordenação, sejam a elas destinados, o que também é verificado em larga escala em relação a ocupação dos postos que permitem o exercício do poder político.

Assim, de modo geral, o funcionamento da sociedade como um todo tende a ser mais favorável aos homens do que em relação às mulheres, dando causa a diferenças substanciais em virtude do gênero.

Essas diferenciações existentes entre homens e mulheres, tão somente fundadas na questão de gênero, têm impactos severos do ponto de vista social, pois afetam o pleno desenvolvimento das mulheres em todas as dimensões da vida.

Segundo a teoria honnethiana, a estrutura das relações sociais de reconhecimento encontra fundamento em três aspectos fundamentais.

Citados aspectos fundamentais, tidos especificamente como formas de reconhecimento, encontram significação nas *relações primárias*, nas *relações jurídicas* e na *comunidade de valores*, segundo Axel Honneth.

Em termos de relações primárias, fundadas no amor ou na amizade, a teoria do reconhecimento traz a ideia da ligação afetiva que originariamente se estabelece entre a mãe e o filho nos primeiros meses de vida em virtude de uma relação amorosa tão intensa que é capaz de fazer surgir um estado interno em que essas duas pessoas se vejam como fundidas perfeitamente em um ser simbiótico, dando forma a experiência de estar completamente satisfeito, mantendo presente durante toda a vida de um ser o desejo de estar fundido com uma outra pessoa. No entanto, a experiência da inevitável

separação, ou seja, a quebra da simbiose, inclui nele, de modo constitutivo, o reconhecimento do outro como pessoa independente, ainda assim decorrente daquela relação amorosa amadurecida em virtude da desilusão mútua.

É com base nessa relação de reconhecimento fundada no amor que os sujeitos alcançam mutuamente uma confiança em si mesmos. A segurança emotiva é propiciada pela experiência intersubjetiva do amor, e se constitui como o pressuposto psíquico do desenvolvimento de todas as outras atitudes de auto-respeito.

Dessa forma, a autonomia decorre desse reconhecimento que tem como elemento constitutivo o amor, e se mostra como sendo a base indispensável para participação na vida pública.

Prosseguindo, a teoria honnethiana apresenta as outras duas formas de reconhecimento que, somadas às relações primárias (amor ou amizade), permitem a formação da estrutura necessária à efetivação do reconhecimento, quais sejam, o reconhecimento jurídico e a estima social.

Em ambas formas de reconhecimento – relações jurídicas e estima social – o indivíduo é respeitado em razão de determinadas propriedades. Contudo, no reconhecimento jurídico, estamos diante da propriedade universal que faz dele uma pessoa, ao passo que no campo da comunidade de valores (estima social), ao contrário, trata-se das propriedades particulares que o caracterizam, e, por isso mesmo, o diferem de outras pessoas.

A ideia de ser membro de uma coletividade política, gozando de igualdade ou tendo o mesmo valor do que os demais integrantes desse agrupamento, denota a ideia de o indivíduo ser detentor de todos os direitos que facultam o exercício igualitário dos seus interesses políticos.

Mas não é só na vertente política que a titularidade de direitos nos importa. Os direitos ligados à liberdade e os direitos sociais de bem-estar também se mostram como fundamentais para a relação jurídica vista como fonte de reconhecimento.

A autonomia jurídica plena, consubstanciada na titularidade das liberdades, dos direitos políticos e nos direitos sociais, tornam o indivíduo capaz e competente para

operar adequadamente na sociedade, pois assim ele está protegido dos abusos de terceiros (Estado ou outros indivíduos que não respeitem a sua subjetividade), pode exercer com segurança as suas escolhas pessoais, sem causar prejuízo aos outros, pode se apresentar como sujeito capaz e competente para participar das deliberações que definem os destinos da coletividade e ter autonomia e segurança econômica para assim se autodeterminar.

Por fim, a terceira forma de reconhecimento que nos interessa é a da estima social, fundada na comunidade de valores.

Além do amor e da relação jurídica, a estima social, consubstanciada na ideia de o indivíduo poder referir-se positivamente às suas propriedades e capacidades concretas, as quais o diferenciam dos demais integrantes da coletividade a que pertence, é fundamental para a constituição do reconhecimento, pois é através dela que o sentimento de que uma determinada pessoa possui valor emerge, ou seja, em razão de ser assim reconhecida, a partir das suas realizações e valores pessoais, características não compartilhadas com outras pessoas, é possível ao indivíduo se apresentar como singular e assim ser reconhecido.

Essa concepção valorativa da individualidade decorre desse sentimento de estima social, que se caracteriza como a terceira forma de reconhecimento, de acordo com a teoria honnethiana.

*De maneira sintética podemos dizer que a teoria do reconhecimento estabelece que o ser humano tem sua integridade constituída e assegurada a partir da relação afetiva (amor ou amizade), da relação jurídica (tendo asseguradas sua liberdade, seus direitos políticos e seus direitos sociais de bem-estar) e da estima social.*

Por outro lado, a experiência do desrespeito em relação a essas três formas de reconhecimento, consideradas em seu conjunto ou isoladamente, é que dá ensejo ao desencadeamento, no plano motivacional, para a concretização posterior do impulso voltado para a *resistência social* e para o *conflito*, ou, em outras palavras, para a *luta por reconhecimento*.

Nessa concepção, cabe anotar que Honneth afirma que, em relação a primeira forma de reconhecimento, – o amor – se uma experiência de desrespeito ao indivíduo surge, não há potencialidade para que o conflito, entendido como nascedouro do mecanismo de resistência social, surja.

Contudo, no que se refere às outras formas de reconhecimento – a relação jurídica e a estima social –, quando há uma ruptura das relações estabelecidas nessas perspectivas, Honneth nos alerta para a potencialidade de surgir um impulso voltado para a formação de uma resistência social concreta e para o conflito.

Isso se dá porque, quando essa circunstância ocorre, o indivíduo se vê violado em sua subjetividade de tal forma que o desrespeito incide sobre o próprio sentimento de valor que cada um traz internalizado em si. Essa agressão ao valor que o indivíduo possui internalizado em si é causada pelo desrespeito a uma propriedade estabelecida no campo jurídico ou no campo da estima social, e caracteriza-se como uma verdadeira violência, dando causa a um sentimento de injustiça e de degradação social do indivíduo.

Quando essa violação se materializa em relação a um indivíduo, o sentimento de injustiça e de degradação social atinge também os demais indivíduos que se identificam com o grupo a que o primeiro pertence. Esse fenômeno, que ao mesmo tempo afeta de forma negativa os demais indivíduos que se identificam com aquele determinado grupo social, e faz surgir um sentimento que os une, como que ligados por uma fraternidade comum, torna possível o surgimento de um dos fenômenos com maior potencialidade de transformação em uma sociedade, o fenômeno da *resistência social organizada*, unida em torno dos mesmos objetivos e dos mesmos valores, a fim de exercer a defesa coletiva dos interesses que ligam todos os integrantes de uma dada sociedade, já que a violação dirigida a um acaba afetando a todos os indivíduos integrantes daquele determinado agrupamento social.

Assim, se um indivíduo tem uma das formas de reconhecimento violada, os demais indivíduos que integram aquele grupo comum, por comungarem dos mesmos valores sociais e se reconhecerem entre si, acabam também sendo atingidos, de forma que se torna então necessária a defesa dos interesses comuns. A maneira mais efetiva e

concreta que se vislumbra nas sociedades contemporâneas para a defesa de interesses comuns a um mesmo grupo social é a *mobilização*. Com a movimentação política em torno desses interesses comuns, de forma organizada, os *movimentos sociais* podem representar uma importante força na luta contra a opressão e as violações de direitos. Ao exercerem pressão nas diversas dimensões e camadas sociais, os movimentos organizados podem efetivamente contribuir para que eventuais *violações* sejam *reconhecidas e reparadas*.

Infelizmente, a grosso modo, não é comum na sociedade brasileira vermos transformações sociais serem implementadas de maneira espontânea pelo Estado. Ao contrário, a maioria dos avanços legislativos, para citar um exemplo, tem sido concretizada após a assunção de mecanismos de pressão internacional, como por exemplo os diversos fóruns e organismos internacionais dos quais o Brasil participa, onde são elaborados e editados diversos tratados internacionais para proteção de direitos, sobretudo na seara de direitos humanos. Muito pouca iniciativa interna se vê nesse sentido no nosso País, de forma independente das ações desencadeadas nos diversos fóruns e organismos internacionais.

Seguindo essa perspectiva, os movimentos que concretizam as resistências sociais se apresentam como uma ferramenta de alta valor para a luta na conquista e no reconhecimento de inúmeros direitos, inclusive os direitos sociais.

Desta forma, verifica-se que o Direito pode se apresentar como uma ferramenta a serviço da opressão ou da defesa dos interesses das classes dominantes, o que inclusive não deixa de ser uma tendência, já que no campo normativo as ações políticas com maior chance de se concretizarem decorrem justamente das forças que compõem essas classes.

Ao contrário, o Direito pode também se apresentar como uma ferramenta a serviço da luta contra a opressão, da libertação ou ainda da autodeterminação de grupos sociais que se apresentem como vulneráveis na nossa sociedade, a exemplo da questão da vulnerabilidade feminina em diversos campos, como já mencionado no presente trabalho.

Nesse sentido, a mobilização social em defesa das pautas de interesse das mulheres caracteriza-se como um mecanismo de enorme importância na luta pela transformação social com vistas a modificar o pensamento de cunho patriarcal que permeia toda tecitura social ainda hoje, a partir da implementação de políticas públicas voltadas a essa finalidade, as quais necessitam ser cada vez mais concretizadas até que toda a cultura enraizada em nossa sociedade com viés discriminatório seja efetivamente modificada, e possamos, com isso, termos uma sociedade mais equânime e, sobretudo, mais humanizada.

### **Considerações finais**

Diante do exposto, a violência, entendida como o emprego de uma força, que pode ser física ou de contornos normativos, de caráter positivo ou negativo, geralmente destinada a se alcançar algum objetivo, contra alguém ou alguma coisa, com potencialidade lesiva, do ponto de vista material ou jurídico, cuja finalidade é capaz de torná-la legítima ou ilegítima, a depender do sistema normativo em que estiver inserida, precisa ser encarada do ponto de vista sociológico como um fenômeno motriz, em algumas situações, utilizado para a defesa de interesses, os quais normalmente se apresentam de maneira antagônica, considerando os diversos grupos e classes sociais que compõem uma sociedade.

As relações de poder, espalhadas por toda a estrutura social, são bastante diversificadas e se dão de acordo com os interesses e capacidades apresentadas pelos diferentes indivíduos e pelos diversos grupos sociais.

Essas relações de poder se materializam e produzem seus efeitos, tanto concretamente, no mundo fenomênico, como no campo normativo.

O exercício do poder pode gerar um efeito disciplinar sobre as pessoas, conforme nos mostra as lições de Foucault, na medida em que, a depender de como for empregado, poderá até mesmo chegar a moldar a maneira de viver dos diversos grupos sociais, inclusive limitando ou impedindo formas de se evitar a propagação e a

concretização dos seus efeitos, pois o controle social, a partir do sistema disciplinar, é um dos mecanismos utilizados nas relações de poder.

Contudo, o poder disciplinar pode exercer um efeito tão profundo no modo de viver das pessoas que, como os ensinamentos de Michel Foucault nos mostra, pode fazer com que indivíduos sejam colocados sob profundo domínio, a ponto mesmo de dar ensejo aos chamados corpos dóceis, fazendo inclusive com que sua capacidade de se voltar contra um dado sistema de dominação seja anulado ou, ao menos, reduzido.

A disciplina se apresenta, assim, como uma importante ferramenta para *induzir comportamentos e pensamentos*, podendo ser empregada nos mais variados tipos de relações sociais.

Do mesmo modo, nos diversos campos sociais podemos notar a influência de forças que preponderam em cada um deles, e de certo modo, os dominam. A dominação social, na perspectiva de Bourdieu, se dá de forma diferente do que na visão de Foucault, mas o resultado pode ser tão efetivo como as lições deste último indica.

A partir dos estudos de Bourdieu podemos identificar que a sociedade, estruturada em classes sociais, com interesses e objetivos distintos entre si, apresenta-se sob uma constante tensão.

A luta de classes é um fenômeno perene e se dá pela imposição das formas de valoração social estabelecidas a partir do que a classe dominante estabelece.

Os valores e as normas adotadas pela classe dominante tendem a exercer uma espécie de pressão nas classes que lhe estão subordinadas na estratificação social.

Essa pressão social, exercida pela classe dominante em relação às classes subordinadas na estrutura social, pode explicar o fato de que há formas ou concepções diferentes em relação ao comportamento feminino, a depender da classe a que cada mulher pertence.

Nesse sentido, considerando a abordagem de Bourdieu, de que as camadas melhores favorecidas da estrutura social tendem a se voltar para a estética como um sinal de afastamento das necessidades primárias e de subsistência, ou seja, como uma negação à substância, podemos visualizar que as concepções estabelecidas pela classe

dominante no que se refere aos papéis que as mulheres podem ou devem exercer, a depender da classe social a que pertençam, podem ganhar contornos culturais em uma sociedade a ponto de até mesmo exercerem efeitos normativos, ou porque não dizer, coercitivos.

Desta maneira, é possível que as concepções estabelecidas desta maneira possam efetivamente ditar, de maneira bastante considerável, como uma mulher que integre a classe dominante deve viver, quais devem ser seus hábitos, sua forma de se apresentar em sociedade, qual o nível de capital social a que ela pode ter acesso, dentre outros aspectos que possuem valores sociais agregados em relação a dinâmica das relações de poder que normalmente são estabelecidas entre as pessoas. Do mesmo modo, essas concepções exercem influência (normalmente de forma negativa ou numa dimensão, por regra, desfavorável) em relação às mulheres das classes sociais menos favorecidas, ditando como elas devem viver, e mais, até mesmo criando obstáculos à possibilidade delas romperem com os fatores limitadores de seu desenvolvimento.

Essas relações de poder entre as classes impõem normas sociais que produzem efeitos concretos, razão pela qual se faz necessária uma análise criteriosa nesse sentido, com o objetivo de se entender como esses mecanismos de poder relacional funcionam e de que maneira se pode estabelecer algumas barreiras concretas aos efeitos negativos que por ventura eles possam produzir em desfavor, especialmente, das mulheres pertencentes às mais baixas estratificações sociais, de modo a se criar um mecanismo protetor em seu benefício, quando necessário.

Desta maneira, se apresenta como necessário, ao menos no campo normativo, campo por excelência de atuação do Direito, a concepção de ferramentas que sejam úteis à proteção dos interesses legítimos dos grupos sociais que se apresentem como mais vulneráveis na sociedade, e também que sejam capazes de promover uma maior igualdade, do ponto de vista material, entre os diversos atores sociais existentes, reduzindo-se os antagonismos, a violência e, por consequência, o sofrimento.

Visando instrumentalizar mecanismos com real potencial de modificação da realidade social, em especial em favor de grupos sociais vulneráveis, como é o caso das



mulheres, tem-se que a teoria honnethiana é capaz de oferecer ferramentas bastante úteis a esse desiderato, sobretudo no campo normativo.

O trinômio estabelecido pela citada teoria, ou seja, as formas de reconhecimento, as chamadas *relações primárias, relações jurídicas e a comunidade de valores (estima social)*, quando presentes e preservadas, permitem que o indivíduo tenha seu valor social reconhecido e também protegido.

O amor, que nasce da ruptura do ser simbiótico criado a partir da relação estabelecida entre mãe e filho, na esteira da teoria desenvolvida por Axel Honneth, acompanhado da existência de uma relação jurídica, que assegura ao indivíduo sua liberdade, seus direitos políticos e seus direitos sociais de bem-estar, somados a uma concreta estima social, são elementos constitutivos de uma fórmula básica capaz de estabelecer o valor social dos indivíduos em sociedade, e com isso, dar ensejo ao chamado reconhecimento.

Desta maneira, um indivíduo pleno, de acordo com as concepções teóricas acima citadas, é um sujeito reconhecido tanto no campo moral, como nos campos normativo e da estima social.

Se as dimensões jurídicas ou de estima social forem rompidas de alguma forma, seja por violação do Estado, seja por violação praticada por outro indivíduo ou grupo de indivíduos, estaremos diante do desrespeito, o qual possui uma potencialidade de fazer surgir o conflito.

Quando o conflito surge no cenário das relações sociais, em razão do desrespeito às dimensões jurídicas ou relativas à estima social de um indivíduo ou de uma coletividade, segundo a concepção honnethiana, surge a propensão de se estabelecer a mobilização dos indivíduos que tenham uma identidade entre si, por pertencerem a um mesmo grupo social, com mesmos valores e propriedades subjetivas que os une em torno de interesses ou propriedades comuns.

Essa coletividade considerada, a partir de uma mobilização que pode se tornar organizada, é capaz de exercer forte pressão social contra os interesses ou pretensões daquele indivíduo ou do grupo que ele represente ou integre e que inicialmente violou

as dimensões jurídicas ou de estima social do grupo social ora mobilizado no exercício da resistência social.

É por meio do exercício desse mecanismo de pressão que os grupos sociais vulneráveis são capazes de propiciar modificações da realidade social em seu favor, após terem violadas as propriedades das suas relações jurídicas estabelecidas ou de sua estima social.

Os movimentos sociais organizados são ferramentas muito úteis de pressão política e se caracterizam como vetores importantes nas lutas por reconhecimento.

Infelizmente, o campo político de qualquer estrutura social contemporânea, normalmente só responde aos anseios sociais, sobretudo das classes menos favorecidas ou de grupos sociais que não detém características dominantes, por meio de pressões políticas e/ou econômicas, razão pela qual os movimentos sociais organizados se apresentam como sendo de fundamental importância diante de quadros de desrespeito aos direitos humanos. Nesse sentido, na questão da discriminação em razão de gênero, é de fundamental importância que o movimento feminista esteja atento às necessidades do grupo que representa, pois a mobilização que dá concretude à resistência social possui caráter transformador da realidade social.

O movimento feminista, desta maneira, precisa se fortalecer cada vez mais, mantendo-se aberto aos diálogos afetos às novas e diversas demandas que as mulheres do mundo contemporâneo possuem.

O fortalecimento desse movimento social tão importante, e a abertura para receber as novas demandas que surgem naturalmente a partir da própria evolução social ao longo do tempo, dos avanços tecnológicos, das aspirações e dos anseios individuais e coletivos, sobretudo se considerarmos a sociedade cada vez mais plural em que vivemos, parece-nos de fundamental importância para o progresso e o maior atendimento dos interesses femininos na busca da concretização real e efetiva do respeito.

Nessa perspectiva, caso o Estado não crie mecanismos de proteção, de manutenção da liberdade e de promoção da autodeterminação das mulheres, cabe aos

movimentos sociais organizados exercerem a necessária pressão política visando alcançar esses objetivos, sobretudo no campo normativo, pois é a partir dele que as necessidades em outros campos – como por exemplo, no campo econômico, no campo educacional, no campo cultural etc - podem ser atendidas.

Desta maneira, a depender da forma como o Direito é constituído, ele pode se apresentar como um mecanismo a serviço da opressão de determinados grupos sociais, sobretudo dos considerados como vulneráveis, em razão do poder político ter, via de regra, a possibilidade de estabelecer as normas que compõem o ordenamento jurídico de um Estado, mas também é possível que ele (o Direito) se apresente como ferramenta libertadora a serviço desses grupos sociais vulneráveis, ou que favoreça sua autodeterminação, caso algumas circunstâncias essenciais se façam presentes nas complexas, e normalmente, antagônicas, relações sociais.

Nessa perspectiva, é importante ressaltar que os movimentos sociais organizados podem exercer um papel fundamental na promoção dessa libertação de grupos vulneráveis, na medida em que, ao exercer a devida pressão política, pode ensejar modificações substanciais no ordenamento jurídico com o objetivo de minimizar ou até mesmo eliminar processos discriminatórios profundamente enraizados, mesmo os que possuam contornos culturais, como é o caso da discriminação feminina no Brasil.

A partir dessa ferramenta, leis protetivas ou que promovam políticas públicas especialmente criadas para atender às mais variadas necessidades das mulheres podem ser cada vez mais implementadas, até que a igualdade material seja uma realidade, se compararmos a situação feminina com a masculina nos diversos campos sociais. Além disso, a questão da violência contra a mulher, que historicamente tem um fundamento no pensamento patriarcal na sociedade brasileira, também poderá ser objeto de combate cada vez mais efetivo, pois apesar das inovações legislativas, como a chamada Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006) e a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015, que inseriu no Código Penal brasileiro a qualificadora do feminicídio, ainda há muitos avanços necessários nesse campo, visando a proteção integral da mulher

brasileira, a qual, ainda atualmente é, infelizmente, vítima de abusos diários, conforme testemunhas as manchetes diárias dos diversos meios de comunicação.

O Direito, pode, inclusive, se apresentar como uma ferramenta útil que contribua para a modificação do pensamento patriarcal no campo cultural da nossa sociedade, pois com a criação das normas necessárias ao combate da desigualdade e da violência contra as mulheres, os valores culturais negativos em relação ao público feminino atualmente cultivados sofrerão certamente influência modificativa, considerando que a seara normativa pode ensejar inclusive alterações em diversas outras dimensões da realidade, como a educacional, a econômica e a social. Desta forma, as estruturas fundantes de uma sociedade, ao longo do processo histórico e político por ela experimentado, podem sofrer profunda e radical modificação.

É nesse sentido que acreditamos que a vulnerabilidade feminina pode ser combatida e erradicada, ainda que essa situação decorra de valores culturais profundamente enraizados, como é o caso do pensamento patriarcal na sociedade brasileira.

### Referências

FOUCAULT, Michel – **Vigiar e Punir – História da Violência nas Prisões**. 27. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

BOURDIEU, Pierre – **A Distinção – Crítica Social do Julgamento**. Porto Alegre: Zouk. São Paulo: Universidade de São Paulo (EDUSP). 2007.

LERNER, Gerda – **A Criação do Patriarcado – História da Opressão das Mulheres pelos Homens**. São Paulo: Cultrix, 2019.

SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani – **Gênero, Patriarcado e Violência**. São Paulo: Perseu Abramo, 2004.

MOREIRA, Adilson José. **Tratado de Direito Antidiscriminatório**. São Paulo: Contracorrente, 2020.

ALMEIDA, Silvio. **Racismo Estrutural**. São Paulo: Sueli Carneiro, Polén, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O Segundo Sexo**. 2. ed Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2009.

HONNETH, Axel. **Luta por Reconhecimento** – A gramática moral dos conflitos sociais – Tradução: Luiz Repa. São Paulo: 34, 2003.

RAWLS, John. **Justiça como Equidade** – Uma reformulação – organizado por Erin Kelly – Tradução: Claudia Berliner – São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

SEN, Amartya. **A Ideia de Justiça**. Tradução: Denise Bottman e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

MICHAUD, Yves. **A Violência**. Tradução: L. Garcia – São Paulo: Ática, 1989.

## OS MOVIMENTOS POLÍTICOS CRIMINAIS, ABOLICIONISMO, MINIMALISMO E DIREITO PENAL MÁXIMO E AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA: A NECESSIDADE DE UMA ABORDAGEM MAIS AMPLA NO TRATAMENTO DA QUESTÃO DA VIOLÊNCIA

Jean Rodrigues Oliveira<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

Diogo Palau Flores dos Santos<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

94

### Resumo

O presente artigo visa fazer uma breve análise do que ficou conhecido nas últimas décadas como movimentos político-criminais ou escolas de Direito Penal, a saber, o Abolicionismo Penal, o Minimalismo ou Direito Penal do Equilíbrio e o Direito Penal Máximo ou Movimento Lei e Ordem. Em seguida, o que se busca é avaliar qual a possível relação dessas teorias, em sentido amplo, com as políticas de segurança pública que buscam a diminuição da incidência do crime na sociedade. Na exposição, que envolve a prevenção criminal e a concretização da Paz Social, bem mais que trazer respostas claras e objetivas, o que se almeja é lançar questionamentos que possam, em certa medida, ajudar na busca de uma direção razoavelmente segura para implementação de políticas públicas mais efetivas.

**Palavras-chave:** Política criminal; Direito Penal; Abolicionismo; Movimento Lei e Ordem; Minimalismo; Direito Penal do Equilíbrio; Prevenção Criminal; Sensação de segurança, Políticas de Segurança Pública, Políticas Públicas de Segurança.

### Abstract

This article aims to make a brief analysis of what has become known in recent decades as political-criminal movements or schools of Criminal Law, namely, Criminal Abolitionism, Minimalism or Equilibrium Criminal Law and Maximum Criminal Law or Law and Order Movement. Then, what is sought is to evaluate the possible relationship of these theories, in a broad sense, with public security policies that seek to reduce the

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB. Especialização em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília (UnB). Lattes <http://lattes.cnpq.br/7119279883056039>

<sup>2</sup> Doutorado pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Coordenador-Geral Jurídico da Procuradoria Regional da União. Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário IESB. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-7706-1117> Lattes <http://lattes.cnpq.br/8481194420126703>

incidence of crime in society. In the exhibition, which involves crime prevention and the realization of Social Peace, much more than providing clear and objective answers, it is intended to raise questions that may, to some extent, help in the search for a reasonably safe course for the implementation of policies more effective.

**Keywords:** Criminal policy; Criminal Law; Abolitionism; Law and Order Movement; Minimalism; Criminal Law of Balance; Crime Prevention; Sense of security, Public Security Policies, Public Policies.

## 1. Introdução

A política criminal pode ser descrita como o conjunto de estratégias e mecanismos que possibilitam à sociedade responder às questões que envolvem o fenômeno desviante do crime. Dessa forma, por meio dos diversos movimentos relacionados a como a sociedade entende esse fenômeno é que são direcionados os esforços do Direito Penal, parte integrante do sistema, para buscar soluções que minimizem seus efeitos. É assim que o Estado o utiliza como ferramenta de controle social e tentativa de pacificação da sociedade.

A expressão material e objetiva daquilo que a sociedade determinou como crime em um determinado momento histórico, as punições impostas pelo Estado referentes a cada um dos delitos e a forma procedimental de julgamento são inerentes ao Direito Penal. Num estado democrático de direito, todo esse mecanismo de poder punitivo estatal está vinculado aos pressupostos de direitos e garantias fundamentais, notadamente presente nas constituições modernas. A Criminologia é um dos ramos da ciência que busca estudar esses fenômenos.

O Abolicionismo Penal, o Minimalismo ou Direito Penal do Equilíbrio e o Direito Penal Máximo ou Movimento Lei e Ordem são movimentos político-criminais que, baseados num maior ou menor grau de garantismo de direitos constitucionais, tentam direcionar, a seu modo, esforços para alcançar a paz social.

Com base em possíveis ações do Estado com vistas à prevenção da violência, a pergunta que nos cabe fazer é como esses movimentos impactam a sociedade com relação à sensação de segurança ou sua falta.

Do que se trata a Sensação de Segurança e como ela também pode, de alguma forma, impactar na concepção e planejamento estratégico e operacional das Políticas de Segurança Pública é importante campo de estudo que merece aqui alguma atenção. Nesse sentido, Políticas Públicas de Segurança bem executadas podem em muito ajudar nas reduções da criminalidade, e ainda, conduzem à tão almejada sensação de segurança.

## 2. O Abolicionismo penal

O Abolicionismo penal é um movimento político-criminal nascido nos anos 70 cujo cerne está na defesa da não-repressão do Estado, da não-intervenção por meio do Direito Penal e em último grau da abolição total desse ramo do Direito. Nesse sentido, defendem processos que visem a descriminalização, despenalização, desprisionalização e a desinstitucionalização com a solução dos conflitos que teriam caráter criminal sendo feitas por outras áreas do direito, como a administrativa, por exemplo.

Na visão dos abolicionistas, a pena e o próprio Direito Penal produzem efeitos bem mais perversos e negativos que positivos, e sua execução prática não coaduna com o discurso do efeito preventivo da pena, da ressocialização do apenado e da própria pacificação social.

Para Rogério Greco, citando diversos autores militantes dos movimentos político-criminais trabalhados em seu livro *Direito Penal do Equilíbrio*, “o Direito Penal tem cor, cheiro, aparência, classe social” (GRECO, 2009). Buscando, a nosso ver, enfatizar que no caso brasileiro, diferentemente do que consta em nossa Constituição Federal, o Estado Penal acabou por substituir o Estado Social. Em suma, o Direito Penal estaria mais perto de um mecanismo de repressão social do que de pacificação social.



De fato, muitas vezes a face do Estado com que a população mais desfavorecida de bens materiais se depara é a força policial em suas diferentes vertentes e, infelizmente, num viés muito mais repressor que preventivo e comunitário.

O abolicionismo surge na esteira da reação aos horrores da segunda guerra mundial seguindo os conceitos de expansão dos direitos humanos emanados na Declaração dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas. Conforme citação de Rogério Greco, para Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua capacidade de resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinalada de modo prevalentemente e fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista da primeira fase de Thoms Mathiesen, a fenomenológico-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault. (*apud* GRECO, 2009, p. 8)

Uma das fortes críticas do abolicionismo em relação ao direito criminal diz respeito à eletividade daquilo que se diz ser crime, do comportamento tipificado. Segundo seus defensores, aquilo que será considerado crime é escolhido como tal e varia de acordo com o lugar, o tempo e as pessoas a quem quer atingir, funcionando como ferramenta do Estado, em poder das classes dominantes, a fim de subjugar e controlar as massas, de forma que os homens de bem possam produzir e fazer prosperar a nação.

Outro ponto que suscita a defesa dos abolicionistas pela extinção do Direito Penal é a chamada "Cifra Negra", ou seja, a ideia de que grande parte, ou a imensa parte, dos crimes cometidos sequer são conhecidos pelo sistema, daqueles de que se tem conhecimento, poucos são investigados e dos que são investigados somente uma pequena parte resulta em condenação. De tal sorte que o que é elencado como crime,

em grande medida seria um comportamento reconhecidamente aceito pela sociedade e que desta forma poderia ser resolvido por outros ramos do direito como o Civil ou Administrativo.

Não resta dúvida de que os argumentos partem de considerações muitíssimo bem elaboradas, entretanto sua aplicação talvez esteja bem distante da realidade. Seja em virtude do conservadorismo das classes dominantes, que de forma quase imediata rejeita qualquer novidade que lhe custe conviver com as demais classes e seus problemas, seja em virtude da imensa dificuldade da sociedade em encontrar meios de punir aqueles que cometem crimes mais graves como o latrocínio, o homicídio ou o estupro, somente para citar alguns exemplos.

A proposta revolucionária sustenta que aquilo que se convencionou chamar de crime sequer deveria ser chamado assim e que a solução dessas *"situações problemáticas"* deveria, de fato, serem resolvidas pela sociedade sem a interferência do Estado. A questão imediata que surge é: será que não retrocederíamos ao caos social, com tribunais penais desregulamentados e sem garantias fundamentais quaisquer?

### 3. O Movimento de Lei e Ordem

Na direção diametralmente oposta ao Abolicionismo, surge, na década de 60 do século passado nos Estados Unidos, em razão de um aumento expressivo dos índices de criminalidade, o Movimento de Lei e Ordem. Para combate desse crescimento, apregoava-se um Direito Penal Máximo.

No entendimento de seus defensores, o aumento do crime se dava em função de uma condescendência da sociedade com os crimes de menor potencial ofensivo. Dessa forma, o combate a todo e qualquer delito, mesmo aqueles de menor importância, funcionaria como meio de prevenção aos crimes de maior ofensividade. Mendicância, pixações, consumo ostensivo de álcool na rua, a jogatina, pequenos atos de vandalismo etc. deveriam ser coibidos de maneira firme a fim de que servissem de exemplo da capacidade punitiva do Estado. É evidente que a população mais desfavorecida

economicamente como os sem-teto, por exemplo, foi a grande atingida pelo movimento.

Na visão de Rogério Greco, a mídia foi a grande incentivadora e responsável pela divulgação desse modelo punitivista:

A mídia, no final do século passado e início do atual, foi a grande propagadora e divulgadora do movimento de Lei e Ordem. Profissionais não habilitados (jornalistas, repórteres, apresentadores de programas de entretenimento etc.) chamaram para si a responsabilidade de criticar as leis penais, fazendo a sociedade acreditar que, mediante o recrudescimento das penas, a criação de novos tipos penais incriminadores e o afastamento de determinadas garantias processuais, a sociedade ficaria livre daquela parcela de indivíduos não adaptados. (GRECO, 2009, p. 12)

Não resta nenhuma dúvida que a expansão dos meios de comunicação foi muito benéfica para a sociedade, entretanto trouxe consigo a sensação de que os problemas ocorridos em outras cidades e até mesmo em outros países estavam presentes dentro de seu bairro, dentro de sua casa. Com o crime não foi diferente e a sua maior divulgação, em muitos momentos de forma sensacionalista, levou a uma maior sensação de insegurança. Pressionada, a classe política se viu instada a buscar soluções de forma rápida, ainda que sem entender ao certo os reais motivos desse aumento.

Exemplo claro e amplamente divulgado pelo mundo dessa política se deu na cidade norte-americana de Nova York com a política denominada Tolerância Zero. Por meio dessa política várias atitudes operacionais e administrativas foram tomadas no âmbito da segurança. Algumas foram bem positivas, como a profissionalização, valorização e racionalização dos meios policiais, outras, entretanto, apenas reforçaram o viés penalizador do Estado.

De fato, é preciso que se reconheça que a sensação de segurança melhorou, no entanto, as reais razões do decréscimo dos índices de criminalidade estão longe de serem majoritariamente atribuídos à política criminal adotada. Ao contrário, diversos estudos apontam as melhorias socioeconômicas do período e o início da saída da crise do petróleo como reais fatores de diminuição da criminalidade.

Não obstante as discussões ainda permanecerem, é fato que a opressão sobre os desvalidos por meio de um maior grau de aprisionamento restou como “dádiva” da política amplamente difundida. O número de presos americanos e também mundial aumentou absurdamente e as garantias processuais acabaram por ser mitigadas, em função também dos atentados terroristas sofridos em setembro de 2001 na mesma cidade.

O Direito Penal passa a ser usado como uma forma de educar a sociedade no medo, um poder simbólico que mitiga seu valor como derradeiro meio para uso da força pelo Estado. Nas palavras de Greco, “(...) resumindo o pensamento de Lei e Ordem, o Direito Penal deve preocupar-se com todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Deve ser utilizado como *prima ratio*, e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, cumprindo um papel eminentemente educar e repressor” (GRECO, 2009, p. 16).

Fruto desse mesmo pensamento, no fim da década de 90 surge por intermédio do professor alemão Günther Jakobs o movimento intitulado **Direito Penal do Inimigo**, em que se procura traçar uma distinção entre um *Direito Penal do Cidadão* e um *Direito Penal do Inimigo*. Um com a visão garantista e em que se observa os direitos e garantias fundamentais modernos e o outro, destinado ao “inimigo” em que essas garantias não seriam observadas uma vez que se estaria diante de indivíduos inimigos do Estado e da Sociedade.

Na visão de Jakobs:

O Direito Penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado. O trato com o cidadão, em que se espera até que esse exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua perigosidade. (*apud* GRECO, 2009, p. 18)

Como se pode verificar trata-se de um Direito Penal do autor em lugar da visão tradicional de um Direito Penal do fato. O infrator seria analisado sob uma perspectiva futura de possibilidade, dado seu histórico de vida, de cometimento de crimes.

Dentre todos os aspectos que pairam sob o direito penal de Jakobs, a definição de quem seria o inimigo é algo que preocupa bastante. Na sua visão, os terroristas seriam o exemplo mais palpável do indivíduo que se enquadraria nessa posição, entretanto, como bem se sabe ao longo da história teve-se exemplos dos mais diversos que demonstram que a falta de garantias individuais de respeito à dignidade da pessoa podem ser catastróficas e conduzir a humanidade de volta ao tempo do Estado Leviatã de Thomas Hobbes.

#### 4. O Direito Penal Mínimo

Bem distante do Direito Penal Máximo, que prega a distinção entre cidadão e inimigo, e diferentemente do Abolicionismo Penal que prega a extinção do Direito Penal, o Minimalismo Penal é, na visão de Rogério Greco, uma posição mais “equilibrada”, vez que ele parte do princípio central da defesa da Dignidade da Pessoa Humana para o desenvolvimento de toda sua filosofia.

Conforme Luigi Ferrajoli em sua obra *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*, a discussão em torno do modelo de Direito Penal a ser adotado deve partir de sua compatibilidade com o estado democrático de direito e da defesa incondicional da dignidade humana. Dessa forma, seus princípios devem seguir esse direcionamento. (FERRAJOLI, 2002)

A defesa dos direitos humanos constitui, em sua visão, no fundamento incondicional do Direito Penal. Por um lado, protegendo a sociedade e por outro o próprio desviado. Só assim é possível justificar o poder punitivo do Estado e consequentemente seu monopólio. Dessa forma, ele refuta o abolicionismo, vez que a falta do Estado como ente detentor da força e do direito de punir poderia fazer retornar o tempo da vingança pessoal.

Conforme Greco, depois do princípio da dignidade da pessoa humana outros princípios surgem com igual importância e que fundamentam a própria criação do tipo penal a ser tutelado. O princípio da intervenção mínima, a lesividade, a adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, responsabilidade pessoal, limitação das penas, culpabilidade e legalidade.

A mínima intervenção deve orientar o legislador na busca pela proteção de valores realmente defendidos pela sociedade e passado por esse quesito, entender o papel do Direito Penal como ferramenta subsidiária. A lesividade significa que a conduta do agente deve ultrapassar a sua esfera de individual e atingir os bens de terceiros, proibindo a punição de pensamentos e do indivíduo por aquilo que ele decide ser. A Adequação social indica que o crime deve ser algo inaceitável pela sociedade dentro do seu tempo. Esses seriam os princípios norteadores da criação ou não do tipo penal.

Uma vez criados os tipos criminalmente inaceitáveis, deve-se trabalhar com os princípios instrumentais, que garantirão a interpretação que favoreçam os direitos fundamentais do cidadão. O princípio da insignificância indica que após a criação do bem a ser protegido, por exemplo, um bem patrimonial, aquilo que foi lesado do ponto de vista prático deve ser analisado sob a ótica de seu valor intrínseco. A individualização e a proporcionalidade exigem que a penalização seja afeta diretamente ao bem que se quer tutelar, cada bem tutelado tem um valor e a pena deve corresponder a isso. O princípio da responsabilidade penal deve garantir que a pena não ultrapasse a pessoa do condenado. O princípio da limitação da pena deve servir ao propósito de evitar que penas demasiadas grandes sejam impostas ao cidadão e a culpabilidade garante que não possa haver punição quando a conduta do cidadão, ainda que típica, seja tal que ele, na circunstância em que se encontrava, não poderia agir de outra maneira. A legalidade implica o respeito ao processo formal e material da Lei e sua relação com a Constituição Federal, de maneira que seus princípios sejam respeitados.

Voltando a Greco, "ao contrário dos movimentos antagônicos anteriores - abolicionista e lei e ordem -, o Direito Penal Mínimo se encontra numa posição equilibrada, sendo, em nossa opinião, a única via de acesso razoável para que o Estado

possa fazer valer o seu *ius puniendi* sem agir como tirano, ofendendo a dignidade de seus cidadãos” (GRECO, 2009, p. 29).

O modelo de intervenção mínima corresponde, dessa forma, a um ideal de garantias, de tutela de valores e direitos fundamentais, cuja satisfação representa o fim justificador do Direito Penal, e a legitimidade da função de punir do Estado está intimamente vinculada ao respeito desses valores.

## 5. Sensação de segurança

A sensação de segurança ou as percepções sobre a sensação de segurança é algo, sem nenhuma dúvida, individual e diz respeito a como cada um de nós nos sentimos em relação ao mundo que nos cerca. Imagina-se que desde sempre foi assim, a vida é precária e deparar-se com circunstâncias que podem nos ferir sempre nos causou medo e sempre causará. O medo, senso comum, pode ajudar a nos mantermos vivos, uma vez que estimula a produção de substâncias que nos preparam para a luta ou para a fuga, ou em grau muito alto, nos impedir de agir no momento necessário, o pânico.

Nos dias atuais os fatores que nos impedem de sentirmos seguros são muitos. Desde os problemas particulares domésticos mais simples à iminência de uma guerra em escala mundial, tudo afeta a cada um de nós de alguma maneira. Da mesma forma, a possibilidade de ser assaltado por um delinquente com uma arma na mão nas ruas de seu bairro, dentro de um ônibus, em seu carro parado no trânsito ou mesmo em casa também causa pavor na maioria das pessoas.

Nesse sentido, a vitimologia e a percepção sobre a sensação de segurança pode ser um excelente aliado do poder público para concepção, estratégia e operacionalização de políticas públicas mais efetivas na busca pela paz social.

Segundo Gabriela Cardoso e colaboradores em excelente artigo sobre o tema:

(...) as pesquisas sobre segurança pública tendem a se concentrar sobre medidas objetivas, como taxa de homicídio, tipologia de

crimes, população prisional. Pouca atenção tem sido ainda dispensada para dimensões relativas à opinião pública sobre a sensação de segurança e, de modo mais específico, para as vítimas dos crimes. (CARDOSO e col., 2013)

A sensação de segurança, ou seu oposto, insegurança, como o próprio nome sugere é uma percepção interna de cada pessoa sobre a violência e nem sempre irá se confirmar com as estatísticas oficiais. Ou porque os registros criminais não foram feitos - diversos podem ser os motivos - ou porque outras condicionantes que não a realidade factual do crime leva o cidadão e se imaginar inseguro em determinado ambiente e circunstância.

A mídia e a espetacularização do crime é um desses fatores que atingem em cheio o cidadão. O que era feito por meio de jornais sensacionalistas pregados do lado de fora das bancas de jornal hoje é feito na TV, na Internet, nos vídeos de câmeras de segurança que captam ações criminosas e que constantemente são divulgados por mensagens por aplicativos etc. Os motivos incluem ainda, por exemplo, o ambiente físico, se é local conhecido ou desconhecido, se o ambiente, em sendo público, está mantido em boas condições ou não.

Analisando a Pesquisa por Amostra de Domicílios PNAD, levada a efeito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e publicada em 2010, Gabriela Cardoso e outros pesquisadores apresentaram dados e conclusões bastante interessantes acerca da sensação de segurança por parte das pessoas.

A pesquisa buscou respostas a questionamento que envolviam os ambientes Casa, Bairro e Cidade, o Gênero, idade e Raça dos entrevistados, a sua Renda e até mesmo o Estado civil. Alguns pontos são bem interessantes:

Homens se sentem mais seguros em casa do que as mulheres;

Branco se sentem mais seguros que os negros em todos os três ambientes;

Relacionado à renda, os negros são os que sofrem mais agressão, enquanto os brancos são mais comumente vítimas de roubo e furto;



Dados sobre a renda apontam que cada mudança na faixa de renda eleva em 14,4% a sensação de segurança em casa, levando a crer que o uso de equipamentos de segurança em casa ou morar num condomínio favorecem esse sentimento;

De modo geral, entre os jovens há uma maior sensação de segurança, mesmo diante do fato dos índices de violência demonstrarem claramente que eles são os mais afetados por crimes violentos como o homicídio. Buscar entender esses mecanismos indo além dos números frios das estatísticas pode ser bastante útil no planejamento das políticas de segurança.

A percepção de segurança sob o ponto de vista da comunidade em determinado espaço territorial é fundamental para se entender se ali de fato é local de grande incidência de crime ou não. Imagine que as estatísticas podem estar subnotificadas ou hiper notificadas, que podem estar contaminadas, por exemplo, com o medo da denúncia, como no caso da violência doméstica.

Por isso é fundamental medidas e modelos de prevenção sejam planejados e executados, primeiro com a participação da sociedade local, e depois sob uma perspectiva única, ou seja, pode-se usar de experiências anteriores, porém, com as adequações próprias de cada ambiente. Tomando-se ainda o cuidado da não estigmatização das pessoas envolvidas no processo.

## 6. Modelos de Prevenção Criminal

Mesmo diante do constante ataque que o Direito Penal e por conseguinte o sistema de justiça criminal sofre em função de sua suposta incapacidade de frear a criminalidade e influenciar na prevenção do crime, não resta dúvida, ao contrário do que pregam os abolicionistas, que a sociedade necessita do Direito Penal.

Ainda que não concordemos plenamente com a afirmativa dos repressivistas sobre a força dissuasora da pena, é impositivo, nesse momento histórico, que não se pode abrir mão dessa ferramenta. Entretanto, fazer uso dela dentre os ditames do Estado

Democrático de Direito e respeitando as garantias que decorrem dele e do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é fundamental, inclusive para sua legitimidade.

Todavia, acreditar que a prevenção do crime parte principalmente dos mecanismos de Justiça é não entender que o fenômeno criminal caminha na direção oposta. Por isso a defesa incontestada que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio* a ser usada.

Nascendo na sociedade, o crime deve ser tratado primeiramente na sociedade, ainda que com a intervenção da polícia administrativa como suporte da execução de políticas públicas de "segurança", é nesta que deve estar focado o trabalho de diminuição da violência e do crime. Existe o senso comum entre os integrantes da segurança pública que onde todo o restante da sociedade falhou deve resolver o problema os mecanismos policiais.

Temos visto nos últimos anos uma proliferação de legislações criando mais tipos penais ou elementos processuais que diminuem ou impedem as garantias individuais. A cada crime cometido que envolva maior grau de perplexidade e grande repercussão na mídia, surge uma nova proposta de tipificação criminal ou de endurecimento das regras processuais e de execução, essas, em grande medida, afrontando os princípios constitucionais. Como bem diz Rogério Greco, "começa a surgir, portanto, um terrível processo de inflação legislativa, que somente conduz ao descrédito e à desmoralização do Direito Penal" (GRECO, 2009, p. 66).

Em alguma medida, o comportamento autoritário e conservador da sociedade brasileira muitas vezes dificulta a discussão dos problemas criminais que deveriam ser, por origem, tratados por outros meios apartados do Direito Penal. Como enfatiza Maria Lucia Karam a respeito dos efeitos sociais afetos à criminalização da questão das drogas, em relação às classes sociais mais altas o uso de substâncias entorpecentes é sempre reportado sob o caráter de doença, enquanto o pobre usuário é etiquetado como criminoso (KARAM, 1993).

Outro ponto importante é a infeliz polarização que contamina o debate e ocorre entre aqueles que defendem uma maior repressão com vista a acabar com a impunidade

e aqueles que defendem que o crime é fruto da desigualdade, como nos recorda José Marcelo Zacchi:

Sensíveis ao problema, organizações da sociedade civil e instituições acadêmicas gradativamente despertaram para o estudo e o monitoramento da violência e da segurança pública, temas historicamente menores na agenda destes setores. Diante de tal processo, seria natural esperar uma tendência para a renovação de paradigmas na área, resultante do acúmulo analítico e reflexivo, do embate pluralista de diagnósticos e propostas e, da experimentação prática destas últimas.

Não deixa, portanto, de ser surpreendente que isto não aconteça, e que o debate público em torno do controle da criminalidade siga dominado pela dicotomia reducionista que tradicionalmente o caracterizou. Nesta, o primeiro polo é ocupado pelo combate à impunidade, centrado nas ideias de ampliação da capacidade repressiva do Estado e resgate de valores morais de autoridade e respeito nos vários ambientes de convívio social. Em oposição, um segundo discurso defende a tese de que, não sendo mais do que uma consequência da desigualdade social, a violência só pode ser efetivamente enfrentada por meio da redução desta última. (ZACCHI, 2002 p. 31)

Essa mesma polarização é que impede os atores, principalmente políticos, de entender que as soluções para os problemas complexos exigem, na grande maioria dos casos, respostas complexas. E que é preciso a adequação de políticas de Segurança Pública a políticas públicas de Segurança. As primeiras envolvendo o viés de força, porém, ainda de forma preventiva, como o policiamento comunitário e o policiamento orientado para o problema, a alocação de policiamento em *hot spots* etc. e a segunda com uma massiva investida de políticas públicas sociais de elevação da condição de cidadania.

Como bem nos ensina Ana Sofia Schmidt de Oliveira:

Políticas de segurança pública é expressão referente às atividades tipicamente policiais, é a atuação policial “*strictu sensu*”. Políticas públicas de segurança é expressão que engloba as diversas ações, governamentais e não governamentais, que sofrem

impacto ou causam impacto no problema da criminalidade e da violência. (OLIVEIRA, 2002, p. 47)

No país existem inúmeras iniciativas que cumpriram com o enunciado acima e que conseguiram, de alguma maneira resultados bastante satisfatórios na prevenção criminal (diminuição efetiva de índices criminais) e na própria percepção de segurança dos cidadãos locais. O caso do bairro Jardim Ângela na cidade de São Paulo foi um belo e bem conhecido exemplo de acerto entre o uso de boas políticas de Segurança Pública aliadas a políticas públicas voltadas à segurança e conquista da cidadania. Sobre o caso existem excelentes reportagens e artigos.

Vale a pena abrirmos um parêntesis para traçarmos um paralelo entre a falta de segurança ou sua sensação e possíveis riscos à nossa insipiente democracia. José Marcelo Zacchi nos advertia:

À relevância intrínseca da questão soma-se um outro fator. Diversos autores têm recentemente apontado os riscos oferecidos pelo crescimento da violência e do medo para projeto de consolidação da democracia no Brasil. Estes demonstram como o intenso impacto deste fenômeno no sentimento da opinião pública e o fracasso de sucessivos governos em revertê-lo alimentam processos de fragmentação social, contribuem para a deslegitimação das instituições estatais de ordem, corroem o apoio ao ideal de universalidade da cidadania e dos direitos humanos e minam a confiança da população na autoridade da norma democrática. (ZACCHI, 2002 p. 34)

Chama atenção o que foi colocado pelo autor em 2002 e o que vivenciamos nos últimos anos, com ataques constantes às instituições democráticas e pedidos de Intervenção militar por parte da sociedade, ainda que uma pequena parcela, porém aguerrida e radical. Isso reforça a necessidade de tratamento da questão da criminalidade e da violência como fatores de risco demasiado grande.

## Considerações Finais

Diante das circunstâncias que vivemos em relação ao tema da violência e da questão criminológica, observa-se que os movimentos de política criminal, quaisquer que sejam, sozinhos não são eficazes para o alcance da tão desejada pacificação social, e nem se imagina que assim o deveria ser, visto que sob uma ótica humanista qualquer solução deve ser buscada sob o amparo da multidisciplinariedade.

Entender que a questão sob um ponto de vista mais amplo e buscar soluções de segurança pública e de políticas públicas de segurança que vão além da visão de política criminal são importantes para trazer a sensação de segurança e paz social que a sociedade almeja.

Contrário disso é continuar assistindo a hipertrofia do Direito Penal. Segue a espetacularização do crime, o medo, a sensação injustificada e muitas vezes justificada de insegurança, o clamor público, a criação de novos tipos penais e o aprisionamento de mais pobres, que por sua vez, levam a presídios mais lotados, menos recuperação, maior incidência e se seguirá o ciclo vicioso que nunca tem fim.

## Referências

BLANCO, Antônio Carlos Carballo. **Prevenção Primária, Polícia e Democracia**. ILANUD. São Paulo. 2002. Disponível em: [https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas\\_segurancapublica\\_politicas\\_publicasseguranca.pdf](https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas_segurancapublica_politicas_publicasseguranca.pdf). Acesso em 02 de agosto de 2022.

BRASIL. **Constituição (1988). Constituição federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em 17/01/2022;

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

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. 22<sup>a</sup>. Ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do equilíbrio: Uma visão minimalista do Direito Penal**. 5. Ed. Niterói: Impetus, 2010.

Jardim Ângela, na zona sul da capital, vira o jogo contra a criminalidade na base do acolhimento. *Jornal A tribuna*. São Paulo. 2021. Disponível em: <https://www.tribuna.com.br/projetos/aregioempauta/jardim-angela-na-zona-sul-da-capital-vira-o-jogo-contra-a-criminalidade-na-base-do-acolhimento>. Acesso em 30 de julho de 2022.

KAHN, Tulio. **Cidades Blindadas**. São Paulo, Ed. Conjuntura, 2000.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niteroi: Luam, 1991.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **Políticas Públicas de Segurança e Políticas de Segurança Pública: da teoria à prática**. ILANUD. São Paulo. 2002. Disponível em [https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas\\_segurancapublica\\_politicas\\_publicasseguranca.pdf](https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas_segurancapublica_politicas_publicasseguranca.pdf). Acesso em 02 de agosto de 2022.

Portal do escritório: United Nations Office on Drugs and Crime. Disponível em: <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/crime/index.html>. Acesso em 03 de agosto de 2022.

Portal do Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/>. Acesso em 04 de agosto de 2022.

Percepções sobre a sensação de segurança entre os brasileiros: investigação sobre condicionantes individuais; *Revista Brasileira de Segurança Pública* v. 7 n. 2 (2013); *Revista Brasileira de Segurança Pública* 13. São Paulo. 2013. Disponível em: <https://www.revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/316/149>. Acesso em 31 de julho de 2022.

ZACCHI, José Marcelo. **Prevenção da Violência: Avanços e Desafios na Ordem do Dia**. ILANUD. São Paulo. 2002. Disponível em [https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas\\_segurancapublica\\_politicas\\_publicasseguranca.pdf](https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/2706/1/politicas_segurancapublica_politicas_publicasseguranca.pdf). Acesso em 01 de agosto de 2022.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2013.

ZAFFARONI. Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: 1991.

## A RELEVÂNCIA DA POLÍTICA CRIMINAL NA REDUÇÃO DA CRIMINALIDADE E INSERÇÃO DOS RESSOCIALIZADOS NO MERCADO DE TRABALHO

Kleber Gouveia<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

Fernando Nascimento dos Santos<sup>2</sup>  
(PPGDH-CEAM/UnB)

José Rossini Campos do Couto Corrêa<sup>3</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

111

### RESUMO

O presente artigo tem por objeto demonstrar por meio de levantamento bibliográfico e leituras o contexto que se encontram as políticas públicas criminais voltadas a inclusão social e laboral de egressos do sistema penitenciário brasileiro, destacando, para tanto, os modelos eleitos pelo governo federal e estadual, sua (in)efetividade, bem como as estratégias perseguidas pelos gestores para efetivação das políticas que integram a agenda edificada para este desiderato. Demonstrar a influência da teoria do etiquetamento (*labelling approach*) como elemento dificultador de elaboração de políticas públicas de inserção do ex-detento no seio da sociedade e do mercado de trabalho traduz-se em verdadeiro desafio que o Estado se depara ao perseguir não só a redução do índice de criminalidade, mas a efetiva ressocialização do delinquente, com a retomada de sua dignidade através do trabalho.

**Palavras-chave:** Política Criminal. Etiquetamento (*Labelling Approach*). Inserção no mercado de trabalho.

### ABSTRACT

The purpose of this article is to demonstrate, through a bibliographic survey and readings, the context of criminal public policies aimed at social and labor inclusion of egresses from the Brazilian penitentiary system, highlighting, for that, the models elected by the federal and state

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS). Especialista em Direito Público pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Professor de Direito Público.

ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3325-8019> Contato [klebergouveia@hotmail.com](mailto:klebergouveia@hotmail.com)

<sup>2</sup> Programa de Pós-Graduação Direitos Humanos e Cidadania do Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares da Universidade de Brasília (PPGDH-CEAM/UnB). Mestre em Direito Público pela Pontifícia Universidade de Minas Gerais (PUC-MG).

ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8166-5386> Lattes <http://lattes.cnpq.br/3439273352571767>

<sup>3</sup> Doutorado em Direito Internacional pela American World University, AWU (USA). Doutorado em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do IESB.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9574-9764> Lattes <http://lattes.cnpq.br/1093810077339456>

government, its (in)effectiveness, as well as the strategies pursued by managers to implement the policies that are part of the agenda built for this desideratum. Demonstrating the influence of the labeling theory as a complicating element in the elaboration of public policies for the insertion of ex-prisoners within society and the labor market translates into a real challenge that the State faces when pursuing not only the reduction of the crime rate, but the effective rehabilitation of the delinquent, with the resumption of his dignity through work.

**Keywords:** Criminal Policy. Labeling (Labelling Approach). Entry into the job Market.

## 1 Introdução

Desde os primórdios a sociedade organizada vem se dedicando na identificação de meios para redução da criminalidade e, por via de consequência, de formas efetivas para ressocialização daqueles submetidos ao sistema penitenciário brasileiro.

Neste contexto, buscou-se por meio de formulação de agenda específica, estabelecer instrumentos, projetos, mecanismos e reformas que tivessem por objeto, de forma concomitante, identificar meios para redução do índice de criminalidade no país e, se ao final o agente fosse submetido aos rigores do sistema penitenciário, que sua permanência se mostrasse fecunda a ressocialização e consequente inserção no mercado de trabalho.

O artigo fará em um primeiro momento o levantamento da inúmeras teorias que fundaram o sistema de justiça criminal tradicional, bem como dos meios alternativos edificados por estudiosos da matéria, em especial os abolicionistas, que tentam rechaçar o modelo existente, com o escopo de edificar políticas criminais mais efetivas, fomentando o diálogo entre vítima e ofensor que, à luz deste pensamento, seria uma das formas de reduzir a população carcerária no país e, por via de consequência, promover verdadeira revolução na sistema reeducador carcerário.

Por óbvio, que para se falar em mudanças na prevenção, combate e punição da criminalidade do país e, hodiernamente, na mutação do sistema de justiça criminal tradicional, imperioso se faz discussão acerca do cárcere e de suas funções, bem como de eventual inclusão de uma justiça dialogal, impondo-se, eventualmente, reforma substancial de nossa política criminal, o que, à toda prova encontra resistência de grande parte da doutrina, melhor jurisprudência e de parte considerável do poder executivo e legislativo pátrio.



É cediço que o que se apresenta à título de sistema penitenciário voltado a ressocialização do interno, por questões de natureza, política, social, legislativa e orçamentária se mostra manifestamente fragilizada, tornando-se combustível para que os diversos meios de comunicação explorem a questão do cárcere e da falência do sistema ressocializador, expondo, dessa forma, a aparente ineficácia da política criminal apresentada pelos Governos Federal, Estadual e municipal, principalmente no que diz respeito a inserção do egresso no mercado de trabalho.

Colocando-se em destaque as políticas criminais voltadas não só a redução da criminalidade, mas principalmente aquelas que buscam estabelecer meios para o egresso tenha condições de, uma vez ressocializado e profissionalizado, ser inserido no universo laboral, o estudo promoverá um sobrevoo por conceitos relevantes, os quais estabelecerão a importância do Direito Penal, da Criminologia e da política criminal como instrumentos essenciais a edificação de uma estrutura que proporcione ao apenado condições de retomar ou mesmo dar início a atividades lícitas e lucrativas, com significativo reflexo na reincidência e redução dos índices de criminalidade.

O estudo do cárcere e suas funções, dos conceitos de Direito Penal, Criminologia e das Políticas Públicas Criminais, bem como de meios alternativos para redução da criminalidade e maior efetividade da ressocialização daqueles submetidos ao sistema penitenciário pátrio, em que pese sua relevância, mostra-se manifestamente inócuo se confrontado com a questão que envolve o etiquetamento social, razão pela qual a erradicação do *labelling approach* é medida que se impõe, sob pena de qualquer política edificada no sentido de inserir o ressocializado no mercado de trabalho mostrar-se completamente ineficaz frente ao preconceito dos empregadores em ter em seus quadros indivíduos marcados pela sociedade, impondo-se, pois, estudo acurado do instituto e dos meios de sua erradicação.

## **2 A relevância da política criminal na redução da criminalidade e inserção dos ressocializados no mercado de trabalho**

As ciências criminais, quais sejam o Direito Penal, a criminologia e as políticas criminais, em que pese sua autonomia e independência, são harmônicas entre si e, no respeitante à inserção dos ressocializados no mercado do trabalho, precisam ser trabalhadas em um primeiro momento de forma individualizada e, para que as políticas públicas se apresentem como eficazes, ao final, deverão interagir formando um único objeto.

Neste contexto, Direito Penal analisa os fatos humanos indesejados, definindo, portanto, quais fatos que devem ser rotulados como crimes ou contravenção penal, estabelecendo, em um mesmo desiderato, a pena. Trata-se, desta forma, de uma ciência jurídica e normativa, qual seja, do "dever-ser", ou seja, cria um modelo padrão de conduta, ocupando-se do crime como norma jurídica, criando leis.

Na visão de Rodrigo Colnago (2010), o Direito Penal se traduz como uma parte do ordenamento jurídico que elege comportamentos humanos mais graves e lesivos à coletividade, os quais mostram-se capazes de causar abalos às relações sociais, criminalizando-os e, em um mesmo diapasão, aplicando-lhes sanções.

O Direito Penal, enquanto ramo do Direito que se dedica a tutelar bens jurídicos importantíssimos, tais como a vida, a integridade física e moral, o patrimônio, dentre outros, viu-se instado a estabelecer sanções aos infratores, as quais podem, em nosso ordenamento, alcançar, inclusive a liberdade individual do indivíduo, razão pela qual mostra-se, igualmente ciência reguladora, não permitindo, portanto, que o Estado passe do ponto, cometendo abusos frente aos direitos mais essenciais do indivíduo, pensamento esposado pelo renomado jurista Guilherme de Souza Nucci(2012) e recepcionado por grande parte da doutrina e jurisprudência hodierna de nossos egrégios tribunais superiores.

Magalhães Noronha, de maneira didática, conceituou o Direito Penal, estabelecendo suas principais características:

O Direito Penal é ciência cultural normativa, valorativa e finalista. Na divisão de ciência natural e cultural, pertence ele a esta classe, ou seja, à das ciências do dever ser e não à do ser(...). É ciência normativa, pois se tem por objeto o estudo da norma(...), é também Direito Penal valorativo [no sentido que] o direito valoriza suas normas, que se dispõe em escalas hierárquicas(...). Outro caráter seu é ser finalista(...) [pois] tem o direito um escopo que se resume na proteção do bem ou interesse jurídico (NORONHA, 1991, p. 5).

A criminologia, em contrapartida, se coloca de forma oposta ao Direito Penal, consistindo-se em uma ciência empírica que estuda o crime, o criminoso, a vítima e o comportamento da sociedade, portanto, ciência do "ser", dedicando-se do crime enquanto fato. A preocupação da criminologia, ao contrário do Direito Penal, não é criar leis, mas em analisar a realidade, procedendo a análise do cenário em que o crime ocorre, transformando-se em ferramenta que cuida etiologia, ou seja, causa do comportamento do criminoso, bem como de seus meios preventivos.

Nucci, ao conceituar criminologia, o fez destacando características importantes que impõe a esta ciência propriedades singulares, uma vez que apesar de autônoma, atrelada ao Direito Penal, mostra-se de suma e vital importância na edificação de políticas públicas efetivas, em especial aquelas que tenham por objeto a inserção no mercado de trabalho de ressocializados do sistema carcerário.

[...] a ciência que estuda o crime, como fenômeno social, e o criminoso, como resultado desse fenômeno, sendo ele, integrante do cenário ilícito, não somente como agente, mas também quanto às causas do delito e da motivação para cometimento de infrações penais (NUCCI, 2012).

Por ser uma ciência empírica que se ocupa do estudo do crime, da pessoa do infrator, da vítima, do sistema penal e do controle social do comportamento criminoso, a criminologia tem por objeto o estudo do delito e suas causas, analisando a reação da

vítima frente ao controle punitivo aplicado pelo Estado e seus reflexos não só perante a sociedade em que se encontra inserido, bem como a influências sobre a pessoa do infrator.

Após breve análise entre as características do Direito Penal e da Criminologia enquanto relevantes ciências criminais, o estudo da política criminal se mostra igualmente importante, valendo-se de atividades de políticas públicas com foco na prevenção e extirpação das práticas delituosas. Dedicar-se, pois, a identificação de estratégias e meios de controle social da criminalidade.

Franz Von Liszt ao inaugurar a doutrina conhecida como política criminal, em sua obra *Princípios de Política Criminal*, definiu-a como um sistema sistemático de princípios, nos quais o Estado e a sociedade organizam a luta contra o crime. Ideia que acabou modernizando-se, ao ponto de estabelecer que não bastaria doravante apenas reprimir o crime, mas construir procedimentos e estratégias por meio do qual a sociedade organiza resposta ao fenômeno criminal.

A interação entre o Direito Penal, a criminologia e a política criminal, que aos olhos da melhor doutrina se mostra essencial a construção de políticas públicas voltadas a redução da criminalidade, assim como idealizou Von Liszt, em nosso país, em regra, traduziu-se como política seletiva e estigmatizante, uma vez que a história demonstrou que as estratégias edificadas constituem-se em instrumentos, por vezes, reacionários e excludentes, contrariando, por sua vez, princípios esculpidos em nossa Carta Maior, em particular quando se trata da inserção de ressocializados do sistema corretivo penal no mercado de trabalho.

Nota-se, por relevante, que há tempos o homem discute sua figura na formação do Estado e na configuração da sociedade, oportunidade em que Thomas Hobbes e John Locke buscaram, respectivamente, estabelecer a figura do homem de uma forma pessimista e egoísta, fazendo com que, ao lutar por seus desejos, o faz em detrimento do interesse alheio, conduzindo a um estado de guerra. Se distanciando a essa ideia, Jean-Jacques Rousseau, em sua célebre obra "Contrato Social" noticia a união dos

homens em torno de um pacto (tratado), tem por objeto promover a defesa de sua liberdade com base em uma ideia de consenso ou vontade geral.

Neste contexto, as pessoas que ocuparam o espaço convencionado como Estado, estariam submetidos a regras de convivência pré-estabelecidas sob pena de afetar a estabilização da comunidade a que encontravam-se inserida, ideia compreendida como ideal até o surgimento do delinquente que acabou por quebrar as regras estabelecidas pelo pacto, impondo-se ao Estado a aplicação de tratamento diferenciado ao infrator, ou seja, como alguém que não mais faria jus aos benefícios da vida em uma sociedade organizada.

Ao tratar do Direito Penal do Inimigo, Gunther Jakobs (2008) estabeleceu a necessidade de separar da sociedade aqueles que o Estado considere como inimigos, excluindo, para tanto, garantias e direitos fundamentais, fato que por si só acaba por apresentar penas desproporcionais.

Corroborando o pensamento do filósofo alemão, Sanches (2002) assevera que o inimigo é, em verdade, um indivíduo que, diante de seu comportamento, sua ocupação profissional e, vinculado a uma organização criminosa, abandona o Direito de forma duradoura, isso, frise-se, sem a garantia mínima da segurança cognitiva de seu comportamento pessoal.

Ante ao panorama que se estabelece com o estudo da figura do Estado e suas características, o gestor público acabou por edificar políticas públicas voltadas aos detentos e suas famílias com base na escola retributiva e preventiva, sendo o último voltado a execução penal. Ocorre, no entanto, que seja com base na primeira escola ou na derradeira, as políticas públicas criminais não se mostraram eficazes para reduzir o índice de criminalidade e nem tampouco para promover a efetiva ressocialização do apenado.

Com efeito, os conflitos entre os homens em sociedade foram enfrentados ao longo dos tempos à luz de várias teorias e, os mecanismos de punição impostos, acabaram sofrendo inúmeras críticas ante sua ineficácia no que diz respeito não só a seus efeitos preventivos à prática delituosa, mas, principalmente, no que afeta a

ressocialização daquele submetido ao sistema penitenciário clássico, restando incontroverso, outrossim, que o modelo de políticas públicas eleito pela quase maioria dos gestores da área, não conseguem, em última instância, reintegrar à sociedade aquele que cometeu delito e foi submetido ao cárcere, conduzindo, na maioria das vezes a reincidência delituosa.

Para que se possa analisar as políticas públicas criminais aplicadas pelo Estado no sentido de prevenir/reduzir a prática delituosa e, evidentemente, ressocializar o detento, reestabelecendo, pois, sua dignidade, principalmente, com sua inserção ou reinserção no mercado laboral, forçoso se faz compreender as teorias que se dedicaram a explicar a finalidade da pena, mesmo porque, dependendo da corrente que for eleita pelo gestor quando da formação da agenda, a ressocialização do detento encontrará terreno mais ou menos fecundo.

Destarte, pelo sistema retributivo ou absoluto, a pena tem a finalidade de retribuir o mal causado pelo delinquente, ou seja, pune-se porque pecou, com o que, cabe ao Estado vingar-se do mal praticado pelo autor, encarcerando-o. Note que por essa teoria, o Estado acabou por substituir a vítima ou familiares desta que, em regra, adotavam meios próprios como forma de vingança e reparação pelo mal experimentado, exercício arbitrário há tempos coibido pelo ordenamento jurídico pátrio.

Helena Zani Morgado (2018, p.58), na linha do professor Nilo Batista e dos juristas Nils Christie, Thomas Mathiesen, Herman Bianchi e Louk Hulsman, manifestamente precursores e defensores do abolicionismo penal, destaca características do modelo absolutista para, em capítulo próprio de sua obra, tecer críticas a função retributiva da pena, justificando, ao seu tempo a aplicação do modelo restaurador:

(...) o cárcere se consolida como resposta justa a uma conduta criminosa específica, não havendo que se cogitar a produção de qualquer efeito secundário-seu único propósito é o de recompensar o mal praticado a partir da imposição de outro mal.

Os críticos a teoria absolutista afirmam que não se pode atribuir qualquer função à sanção, ante a completa ausência de desenvolvimento teórico em relação às

hipóteses em que se dever punir, mas apenas a afirmação acerca da necessidade de punição. Trata-se, portanto, de elemento autoritário de encerramento de discurso: aquele que praticou um crime dever ser castigado (2018), não importando, outrossim, se será reeducado, neutralizado, se servira de “exemplo” para sociedade ou se o ordenamento jurídico será fortalecido.

Uma segunda corrente que buscou explicar a finalidade ou função da pena, agora de forma positivista, onde se trabalhou o relativismo ou utilitarismo com foco na prevenção, ou seja, persegue-se na pena um fim socialmente construtivo e um método para ser evitar o cometimento de novos delitos (2018). Para Michael Kohler a concepção utilitarista da pena

corresponde a uma visão de direito e de Estado baseada numa arbitrariedade subjetiva de caráter empírico que persegue os seus benefícios de forma egocêntrica(...) resultando, pois, em uma relação com o mundo preferencialmente instrumental que se generaliza a partir do domínio da natureza (KOHLER, 2014, p.78).

Por se tratar de matéria de extremada relevância, que tem por objeto a prevenção e ressocialização do preso, quais sejam, ferramentas importantíssimas a edificação de políticas públicas criminais que visam a efetivação de direitos fundamentais dos egressos do sistema penitenciário, os defensores e simpatizantes do utilitarismo estabeleceram divisão da prevenção, elevando-a a forma geral e especial, seja sob o aspecto positivo ou negativo.

A prevenção geral tem por objeto passar uma mensagem para toda sociedade, enquanto na especial o recado é específico ao delinquente. Na prevenção geral, que tem como destinatário toda a sociedade, a doutrina classificou-a em negativa e positiva, sendo que enquanto a primeira tem caráter a pena tem caráter intimidatório, buscando desestimular a prática de crimes pela sociedade, a outra impõe que a pena deve ser aplicada para restabelecer a credibilidade dos destinatários da norma.

Quanto a prevenção especial, frise-se, com foco na pessoa do delinquente, sua forma negativa busca evitar que o delinquente cometa novos crimes, coibindo, com isso

a reincidência, enquanto a positiva, persegue a ressocialização do condenado, que, após cumprir a pena, deverá estar apto ao pleno convívio social.

Ante a existência das duas teorias, a retributiva e a relativa(utilitarista/preventiva), o Estado brasileiro ao edificar suas políticas públicas, o fez promovendo a junção das duas teorias, evidenciando a teoria mista (ecclética ou unificadora), segunda a qual se busca, a um só tempo, que a pena seja capaz de retribuir ao condenado o mal por ele praticado(retribuição), sem prejuízo de desestimular a prática de novos ilícitos penais(prevenção). Há, em verdade, um tríplice finalidade, quais sejam, a retribuição, prevenção e a ressocialização, teoria que se apresenta em nosso Código Penal em seu artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Distanciando-se das bases da função retributiva e utilitarista do cárcere, surge uma nova corrente que à luz do pensamento de MORGADO(2018) e outros abolicionistas e vitimólogos, configurando-se como um modelo radicalmente distinto da forma universal de administração de conflitos penais, o qual busca a mudança de enfoque de forma a mostrar o conflito como resolução construtiva, revitalizadora, pacífica e não prejudicial, modelo, enfim, que revitaliza a vítima, a participação da comunidade na solução dos conflitos, o respeito à dignidade da pessoa humana e direitos humanos.

Em manifesta defesa ao modelo restaurativo, Gabriel Antinolf Divan (2010) informa que essa nova forma de buscar soluções de conflitos penais se dedica a promover, desde que possível, o encontro entre as pessoas envolvidas para que, independentemente de intervenção estatal, consigam dialogar e chegar a melhor solução para o embate, figurando, com isso, como sujeitos centrais do processo, o que, por via de consequência, gera manifesta redução das hostilidades com vistas à efetiva resolução dos conflitos.

Em suma, o modelo restaurativo parte de quatro premissas fundamentais (2018), quais sejam: as vítimas deem estar no centro, e não excluídas do processo; vítimas e infratores não são inimigos naturais; a visão da justiça para as vítimas não é predominantemente retributiva e, a prisão não é a melhor forma para evitar a reincidência.



As finalidades da pena, bem como os meios alternativos de solução de conflitos penais, como o modelo restaurativo, por exemplo, representam ferramentas importantes para que o gestor estatal possa edificar políticas públicas voltadas a segurança pública, portanto, compreender suas características e promover levantamentos para sua efetiva utilização é medida que se impõe. Ocorre, no entanto, que seja qual for o modelo eleito, sua eficácia acaba se abrandando frente ao estigma, etiquetamento ou marcas que o delinquente (egresso) carrega consigo.

Não se trata de estabelecer um discurso pessimista, no qual se busca demonstrar que, independentemente da adoção da corrente retributiva, preventiva (utilitarista), eclética ou restaurativa, a redução da criminalidade e principalmente a restituição da dignidade do egresso do sistema penitenciário tornou-se algo utópico. Em verdade, discutir sobre a teoria do *labelling approach* se mostra relevante, eis que fornece subsídios teóricos para promoção de diagnósticos que, ao final, se mostrarão imprescindíveis a promoção de mudanças nas políticas públicas criminais atualmente apresentadas a sociedade, as quais, em sua grande maioria, se mostram inócuas no que diz respeito a redução do índice de criminalidade e reintegração do delinquente ao seio da sociedade, principalmente, reinserindo-o no mercado de trabalho.

A teoria do Labelling Approach acaba por etiquetar, rotular ou estigmatizar alguém que cometeu um crime, o qual acaba carregando um fardo, a partir de critérios discriminatórios. Neste sentido, Sergio Reis Coelho (2009), apresentou conceito de didático sobre a teoria em comento: *verbis*.

A teoria do *Labelling Approach*, parte da premissa de que a criminalidade não existe na natureza, não é um dado, mas uma construção da sociedade, uma realidade que decorre de processos de definição e de interação social. O crime passa a ser compreendido não como uma qualidade intrínseca, determinada, e sim como uma decorrência de critérios seletivos e discriminatórios que o definem como tal (COELHO, 2009).

A luz da teoria do etiquetamento social o indivíduo (DA SILVA, 2015) que comete crimes passa a ser um desviante, ou seja, sua conduta deixa de ser verificada sob

o ponto de uma situação particular e passa a ser vista como um rótulo que lhe impõe por meio de complexos processos de integração social.

O processo de ressocialização daquele indivíduo que já se encontra marcado sobre uma etiqueta de comportamento pejorativo e suas relações com a sociedade é objeto de análise do *Labelling Approach* que no pensamento de Erving Goffman (1988, p.11) que primariamente se verifica da seguinte forma:

A criminalização primária, é o primeiro momento em que o indivíduo passa a ser rotulado como desviante, para essa teoria dentro do processo de criminalização esse é momento em que o legislador define aquilo que ele entende por crime, não devido a prática da conduta, mas porque assim quis, e também é a ocasião em que começa a aparecer a desigualdade existente entre os mais favorecidos e os menos favorecidos, aplicando-se penas mais severas àquelas condutas que não seriam praticadas pelos mais favorecidos, que praticariam na maioria das vezes crimes em uma esfera social e intelectual superior (GOFFMAN, 1988, p. 11).

Observa-se, por relevante, que a marca que carrega o delinquente, identificada pela teoria do etiquetamento, se estabelece não só por condutas e formas de tratamento apresentada pela sociedade, mas o próprio Estado que, em tese, teria a incumbência de elaborar políticas públicas criminais de reinserção do apenado no mercado de trabalho, promove exigências, como, por exemplo, a apresentação de certidões de nada consta criminal, como condicionante ao preenchimento de vagas de trabalho.

O ordenamento jurídico penal, em seu Art. 83, dispõe que o livramento condicional se dará mediante cumprimento de condições, dentre as quais: o bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover a própria subsistência mediante trabalho honesto. Ora, usufruir dos benefícios do livramento condicional, em uma última análise parece algo fora de contexto, uma vez que a marca ou etiqueta que o egresso do sistema penitenciário carrega se traduz como dificultador para sua inserção no mercado de trabalho.

A teoria do *Labelling Approach* rechaça que a criminalidade surja de aspectos científicos ou naturais biológicos, mas sim que se desenvolva por meio das relações

sociais, razão pela qual se acredita que o comportamento criminoso é o resultado de um etiquetamento social, ante a manifesta discriminação da sociedade em que está inserido.

No Brasil a discriminação pode ser identificada em diversos meios, desde reportagens televisivas ou escritas, como modernamente se identifica nas redes sociais, restando claro que, por vezes, ainda que o indivíduo não tenha cometido um ato delituoso, basta que a sociedade, por meio dos instrumentos identificados, faça uma conexão com a figura do indivíduo, este, pela teoria do etiquetamento social, já seria tachado como criminoso, gerando repulsa e discriminação na sociedade que o cerca, o que, à toda prova, vem se mostrando um dificultador na (re)inserção do ressocializado do sistema penitenciário no mercado do trabalho.

Passados mais de 40 anos do surgimento da teoria do etiquetamento, esta deixou legado político-criminal relevante, representados pela descriminalização, não intervenção radical e o *due process*, não obstante isso, foi insuficiente para substituir a criminologia tradicional, muito embora tenha contribuído substancialmente para o alargamento do campo de análise do fenômeno criminológico.

Note-se, por ser de extremada relevância, que promover o estudo das inúmeras teorias que explicam a função do cárcere, bem como formas alternativas de reduzir a criminalidade, com o aprofundamento do estudo da criminologia, do abolicionismo, bem como da justiça restaurativa, assim como elevar ao grau máximo a teoria do *labelling approach* são os meios que o Estado se vale para elaborar uma agenda voltada a edificação de políticas públicas realmente efetivas.

É evidente, que a formatação de políticas voltadas a ressocialização do delinquente submetido ao sistema penitenciário, deverá ter a preocupação de promover mudanças significativas nos presídios e casas de custódia, proporcionando ao preso condições de se profissionalizar para que, solto pelo cumprimento da pena ou em livramento condicional, tenha condições de ser inserido do mercado de trabalho.

É de conhecimento geral, que os juízes das Varas Criminais e, principalmente aqueles que atuam em Varas de Execução Penal, com os instrumentos legais que possuem, se esmeram no sentido de aplicar a pena mais justa e proporcional e, quando

do cumprimento da pena, que essa se dê ao ponto de o egresso sair ressocializado e capacitado ser inserido no mercado laboral. Neste sentido, não há como se chegar a esse objetivo senão por meio de políticas públicas efetivas, as quais, frise-se, somente serão possíveis com observância nas partes fecundas de cada uma das teorias identificadas neste estudo.

Acreditar em mudança na agenda criminal de forma imediata ou mediata é inegavelmente algo utópico, mesmo porque os modelos de política criminal experimentados pelo Estado até os dias atuais vêm se mostrando ineficaz para atingir o que disciplina a Lei n. 7210/84 (Lei de Execução Penal) em seu Art.1º, qual seja, "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado".

Ainda que muito distante do que se espera, não há outro caminho senão acreditar na relevância de uma política pública bem estruturada, lastreada no que há de melhor nas doutrinas que dispõe sobre a função da pena, com o fito de mudar o momento caótico que vem sendo experimentado pelo sistema penitenciário brasileiro, no que tange à possibilidade de ressocialização do condenado por crimes, sua inserção no mercado de trabalho e a retomada da dignidade por parte do detento.

### **Considerações finais**

A crise do sistema penitenciário brasileiro, aliado as políticas públicas criminais pouco efetivas a ressocialização dos apenados, acabou por dificultar ainda mais sua inserção no mercado de trabalho, razão pela qual explorar a existência do fato delituoso, da estrutura do sistema penitenciário e, principalmente, das teorias que acabam por influenciar na elaboração de uma agenda voltada a matéria se tornou de extremada relevância.

A análise das características do sistema retributivo, prevencionista (utilitária) e misto (ecletico) se mostrou de suma relevância para melhor compreensão das políticas

públicas levadas a efeito pelo Estado, permitindo que desvios fossem diagnosticados e que soluções fossem propostas.

Modelos alternativos de solução de conflitos de natureza penal capitaneados pelos abolicionistas foram propostos, sendo que a Justiça restaurativa, em que pese sua busca por uma conciliação entre vítima e ofensor, atribuindo protagonismo àquela, em um primeiro momento parecia “a cura de todos os males”, mas, na prática, encontrou barreiras legais para sua efetivação, mormente quando se tratar de crimes de violência doméstica em que a própria lei vigente opõe obstáculos ao protagonismo da vítima como se propõe o modelo restaurativo. Ademais, imaginar o afastamento total do Estado na solução de controvérsias criminais é algo temeroso, mesmo porque nosso ordenamento jurídico penal e de execução penal, muito embora necessitem de atualizações e ajustes, se mostram suficientes para prevenir a prática de crimes e promover a ressocialização do delinquente.

Dentre os aspectos que dificultam sobremaneira a edificação de políticas públicas penais voltadas a ressocialização da comunidade carcerária objetivando, dentre outras coisas, inseri-lo no mercado de trabalho, é a análise que se faz da reincidência criminal, neste sentido estudos e pesquisas judiciais realizadas pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça(2019) identificou que 42,5% das pessoas com mais de 18 anos que tinham processos registrados em 2015 retornaram ao sistema prisional até dezembro de 2019.

Nesta pesquisa, identificou que o estado com maior índice de reincidência, com 75%, é o Espírito Santo. Minas Gerais, por outro lado, registrou a menor taxa, com 9,5%.

Os resultados assustam quando se olha para os índices apresentados pelo estado do Espírito Santo e nos enche de boas expectativas quando se confronta com estado enorme como é o de Minas Gerais. A desproporcionalidade dos números, por certo, se traduz na existência de políticas públicas penais mais ou menos eficazes entre os estados.

Note que fazer uma análise rasa da situação dos dois estados é na verdade aplicar em certa medida a teoria do etiquetamento, no qual se estabelece que toda

política pública de ressocialização evidenciada no Espírito Santo é ruim, enquanto a adotada por Minas é vitoriosa. Em verdade, o que se há historicamente é a iniciativa da segurança pública mineira em implantar novas ferramentas de ressocialização da comunidade carcerária, instrumentos este discutidos e aplicados por meio de políticas públicas discutidas por todos os interessados, quais sejam, segurança pública, conselho penitenciário, egressos e parte da sociedade organizada.

Enfim, falar em redução do índice de criminalidade, ressocialização dos egressos do sistema penitenciário e restaurar sua dignidade com a possibilidade de alcançar um posto de trabalho parte de um estudo e esforço comum entre Estado e toda sociedade organizada. Olhar para o ressocializado de forma mais fraterna é algo difícil, frente ao etiquetamento social, porém, não impossível, sendo necessário, portanto, a edificação de políticas públicas criminais bem estruturadas para a mudança que se espera.

## Referências

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal/Alessandro Baratta; tradução) Juarez Cirino dos Santos. – 3ª ed.- Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Reentradas e reinterações infracionais**: um olhar sobre os sistemas socioeducativo e prisional brasileiros/ Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2019

COELHO, Sérgio Reis; MENDONÇA, Gilson Martins. **Da ideologia da defesa social ao movimento de reação social**: analisando o *Labelling Approach* e seus reflexos no direito brasileiro. 2009, p. 5596

COLNAGO, R. **Direito penal**: parte geral. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DA SILVA, Raíssa Zago Leite. *Labelling Approach*: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. **Revista Liberdades IBCCRIM**. São Paulo, n. 18,

DIVAN, Gabriel Antinolf; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? **Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.10, nº59, jan. 2010.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade. Tradução: Mathias Lambert, v. 4, 1988.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008,

JESUS, D. **Direito Penal**: parte geral. 36.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.v.1

KOHLER, Michael. O conceito de pena. Trad. De Oliveiros Guanais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Ano 22, n] 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MAGALHÃES, E. Noronha. **Direito Penal**. São Paulo:Saraiva,1991. v.1

MORGADO, Helena Zani. **Direito Penal Restaurativo**: em busca de um modelo adequado de justiça criminal. Rio de Janeiro: Revan,2018.

NUCCI, G.S. **Direito penal**: parte geral. 2.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2012.

SANCHEZ, Jesús; Maria Silva. **A expansão do Direito Penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. São Paulo: Revista dos Tribunais, série: As ciências criminais no Século XXI, v. 11, 2002.

## ADAPTAÇÃO RAZOÁVEL E CONCURSOS PÚBLICOS: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS LIMITES AOS LIMITES

### REASONABLE ACCOMMODATION IN GOVERNMENT JOBS APPLICATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LIMIT OF LIMITS THEORY

Vitor Ribeiro Vieira<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

128

Douglas Henrique Marin dos Santos<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

#### Resumo

O presente artigo tem por objetivo uma análise das condições de acesso de pessoas com deficiência (PCD) a cargos da administração pública por intermédio de concursos públicos sob o prisma da proteção dos direitos e garantias fundamentais. Coloca-se em evidência a política afirmativa de reserva de vagas às PCDs e o princípio da não-discriminação por motivo de deficiência, com vistas a bem estabelecer um referencial para a verificação da regularidade de quaisquer eventuais restrições que possam ser impostas a estas duas normas de estatura constitucional. Tal referencial é construído a partir da teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições tendo por base as seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais. Propõe-se, por derradeiro, que o controle dos limites a estes direitos seja concentrado na

<sup>1</sup> Mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS IESB). Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional Signorelli (FISIG). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Auditor federal de Controle Externo no Tribunal de Contas da União. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-8394-0636>. Contato [v.vieira@iesb.edu.br](mailto:v.vieira@iesb.edu.br). Lattes <http://lattes.cnpq.br/1262434373480261>

<sup>2</sup> Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo (Unifesp). Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal). Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo (USP). Procurador Federal, com exercício na Subchefia de Assuntos Jurídicos da Presidência da República. Professor de Direito na graduação e do mestrado em Direito do Centro Universitário IESB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2497-0784> Contato: [dhmsantos@gmail.com](mailto:dhmsantos@gmail.com) Lattes <http://lattes.cnpq.br/5475946672513033>



adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, a fim de obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites ao seu exercício.

**Palavras-chave:** Pessoas com deficiência. Adaptação razoável. Concursos Públicos. Teoria dos limites aos limites.

## REASONABLE ACCOMMODATION IN GOVERNMENT JOBS APPLICATIONS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE LIMIT OF LIMITS THEORY

### Abstract

This paper provides an analysis of the access conditions for persons with disabilities (PWD) in applications to government jobs from the perspective of the fundamental rights and guarantees protection. The study highlights the affirmative policy of reserved vacancies for PWDs and the principle of non-discrimination based on disability in order to establish a benchmark for verifying the regularity of any possible restrictions that may be imposed on these two constitutional standards. The benchmark is built from the theorization about the fundamental rights protection based on the following dogmatic categories: scope of protection, limits, and limit of limits (*Schranken-Schranken*) of fundamental rights. Finally, given its specialty, it is proposed that the control of the limitation to these rights be concentrated on reasonable accommodation, densifying this concept to incorporate additional elements arising from the guarantee of the essential core protection and proportionality, therefore obtaining greater transparency and practicality in the methodological procedure for determining the limit of limits to their exercise.

**Keywords:** Persons with disabilities. Reasonable accommodation. Government jobs application. Limit of limits theory.

### 1. Introdução

Ao colocar em perspectiva as mudanças de compreensão e de relação da sociedade para com a deficiência ao longo dos anos, seja em uma escala cronológica macro, comparando-se o arcaico paradigma moral, em que a deficiência era vista como uma “retribuição divina por atos pecaminosos, como retribuição e preparação para o além, como um aviso para quem se desvia do caminho do devoto ou como um teste de fé de uma pessoa” (FLORIAN, 1982, p. 292 apud OLKIN, 1999, p. 25) com o hodierno modelo social, que enxerga a

própria sociedade como o principal agente responsável pela deficiência (RETIEF; LETŠOSA, 2018); quer seja em uma escala micro, pelo cotejo do viés assistencialista das políticas voltadas para o segmento em grande parte do século XX, que mantiveram as pessoas com deficiência isoladas nos espaços da família ou de instituições, com o viés de inclusão dessas pessoas propagado pelas ações sociais atuais (MAIOR, 2017); tem-se por inegável a evolução concretizada no que diz respeito à promoção e garantia dos direitos humanos e das liberdades fundamentais das pessoas com deficiência.

Em relação ao acesso ao trabalho para esse grupo minoritário – que, no entendimento de Izabel Maior, liderança do movimento das pessoas com deficiência (PCDs), é o eixo de “política afirmativa mais importante” (2017) a se colimar –, o progresso também é incontroverso. Merecem destaque as ações afirmativas de reserva de vagas (i.e. política de cotas) implementadas no início da década de 90, fundamentais para minimizar a discriminação e fomentar a autonomia e independência individuais dessas pessoas.

Reconhecer os avanços conquistados, no entanto, não implica fechar os olhos para os problemas que ainda persistem e clamam por superação. Segundo a “Cartilha do Censo 2010 – Pessoas com Deficiência”, aproximadamente 52% das pessoas em idade ativa registradas como com deficiência encontravam-se desocupadas, em contraste a uma taxa de 36% referente ao grupo das pessoas sem deficiência para a mesmo conjunto etário<sup>3</sup> (BRASIL, 2012). Tal discrepância indica um possível comportamento discriminatório, que por vezes decorre do hábito arraigado que leva a imaginar que uma pessoa com determinada

---

<sup>3</sup> A idade limite mínima para definir as pessoas em idade de trabalhar foi tomada conforme os parâmetros da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNAD Contínua), isto é, inclui as pessoas de 15 ou mais anos de idade.

deficiência não poderá exercer certas atividades com desempenho satisfatório (MARTEL, 2011).

No que diz com os concursos públicos – procedimento marcante da burocracia meritocrática e profissional da administração pública e objeto central de estudo no presente trabalho –, não obstante a sua incontestante importância para a materialização dos princípios da igualdade e da impessoalidade na seleção e recrutamento de pessoal para compor os quadros da Administração, tem-se que, eventualmente, a formalidade excessiva e a rigidez dos critérios de controle e julgamento de desempenho acabam por inviabilizar a acomodação às necessidades específicas de cada pessoa com deficiência, de tal modo que não há uma avaliação justa e efetiva desse contingente.

É nesse contexto que se traz a lume a noção de adaptação razoável. Originado nos EUA, quando da aprovação do *Equal Employment Opportunity Act* de 1972 e com o fito de combater a discriminação no mercado de trabalho de um modo geral, o termo influenciou o ordenamento jurídico do Canadá e de vários países europeus, tendo ganhado mais espaço no âmbito das discussões sobre pessoas com deficiência a partir da aprovação do *Americans with Disabilities Act* (ADA), em 1990, e, por fim, com a positivação na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 2006 (MARTEL, 2011).

O objetivo principal deste estudo é, portanto, construir uma estrutura analítica para se avaliar a regularidade de eventuais limitações de acesso às pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos decorrentes da adoção – e da correspondente ausência de flexibilização – de determinados critérios e procedimentos avaliativos nos respectivos certames. Tal desenvolvimento terá como referencial a teoria da proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições – com foco na categoria dogmática dos limites aos limites –,

juntamente com a conceituação da adaptação razoável, buscando-se o estabelecimento de parâmetros que se amoldem às especificidades do âmbito de proteção dos direitos das pessoas com deficiência em questão.

O trabalho debruça-se, ao início, sobre a teoria da proteção dos direitos fundamentais, com lastro precípua nas doutrinas de Sarlet (2009) e Mendes (2012), aplicando os seus contornos aos direitos envolvidos; para então, em seguida, fazer uma interconexão daquela com o primado da adaptação razoável, constituindo, assim, um teste de proporcionalidade trifásico (adequação, necessidade e razoabilidade), que traz para um campo mais pragmático o exame de regularidade das restrições impostas às pessoas com deficiência nos processos seletivos públicos.

A metodologia utilizada para a elaboração de uma sistemática de análise da conformidade dos critérios e procedimentos avaliativos adotados nos concursos públicos, utilizou-se uma base lógica dedutiva, partindo-se da formulação geral da teoria da proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições, para depois se chegar à aplicação específica no bojo dos direitos das pessoas com deficiência participantes de certames para oferta de cargos e empregos públicos.

## **2. A adaptação razoável como parâmetro dos limites aos limites do acesso aos concursos públicos para as pessoas com deficiência**

Preliminarmente, importa frisar que o exame aqui empreendido não se limitará à hipótese de restrição em decorrência da não adaptação de provas físicas, como é o caso concreto do Decreto 9.546/2018, em discussão no bojo da ADI 6.476. O que se propõe no presente trabalho é uma análise sob uma óptica amplificada, com vistas a bem estabelecer um referencial para a verificação da

regularidade de quaisquer eventuais restrições que possam ser impostas à reserva de vagas e ao acesso das pessoas com deficiência a cargos e empregos públicos, tendo como escopo todas as eventuais etapas dos processos de seleção, como provas escritas, práticas, físicas, avaliações de saúde e psicológicas, curso de formação, estágio probatório ou período de experiência, entre outras.

Adota-se, como marco epistemológico para a elaboração do estudo, a teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições tendo por base as seguintes categorias: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais. Tal construção dogmática encontra origem na tradição constitucional de matriz germânica e vem ganhando relevo no cenário jurídico pátrio, seja no plano doutrinário, seja na esfera jurisprudencial<sup>4</sup>.

De início, parte-se da premissa – aqui considerada pacificada – de que existem limites ou restrições aos direitos individuais, as quais podem ser definidas, em termos gerais, como ações ou omissões dos poderes públicos ou de particulares que dificultem, reduzam ou eliminem o acesso ao bem jurídico protegido, afetando o seu exercício (SARLET, 2009). Isto posto, perquirir-se-á, para a situação em tela, qual é o âmbito de proteção do direito envolvido, quais estruturas de limitações podem ser estabelecidas, e quais os parâmetros de controle aplicáveis.

Sendo a base teórica adequada aos direitos fundamentais, faz-se necessária, em caráter preambular, a caracterização do direito à reserva de vagas e ao acesso não discriminatório das pessoas com deficiência a cargos e empregos

---

<sup>4</sup> No âmbito apenas das obras nacionais que abarcam o estudo da problemática dos limites e restrições, vide, em especial: MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 2004; e SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

públicos como pertencente a essa espécie jurídica, o que se desenvolve adiante sob duas vertentes.

A primeira coloca em evidência o direito à reserva de vagas, remetendo-o ao dispositivo alocado no inciso VIII, artigo 37, da Constituição Federal. Uma vez que se trata de previsão constitucional alheia ao catálogo explícito de direitos e garantias fundamentais do Título II da Carta, é pertinente elucidar se, independentemente disso, o direito ora em questão pode ser classificado como fundamental.

Para isso, traz-se à colação a lição de Sarlet (2009), ao investigar o alcance da regra do artigo 5º, §2º, da Constituição. Segundo o autor, a citada norma traduz o entendimento de que, para além do conceito formal de Constituição (e de direitos fundamentais), há um conceito material, no sentido de existirem direitos que pertencem ao corpo fundamental da Constituição de um Estado, mesmo não constando no catálogo, de onde conclui que o rol do art. 5º, apesar de analítico, não tem cunho taxativo (SARLET, 2009).

Muito embora o autor reconheça que há certo grau de subjetividade na execução da operação jurídica de equiparação – com vistas a estabelecer que um direito alheio à lista explícita também é fundamental –, aduz, com certeza, que direitos fundamentais em sentido material somente poderão ser os que por sua substância (conteúdo) e importância possam ser equiparados aos constantes do catálogo, apresentando como possível guia analítico – com fulcro na parte final do art. 5º, §2.º, da CF – a relação existente entre o direito avaliado e os princípios fundamentais que orientam a ordem constitucional, notadamente o da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2009).

Destarte, levando em consideração: i) o importante papel desempenhado pela ação afirmativa para a proteção e redução da marginalização do segmento alvo; ii) a consagração dos princípios da dignidade da pessoa humana e da

cidadania representada pela finalidade de integração social da pessoa com deficiência; e iii) a íntima conexão entre a reserva de vagas para pessoas com deficiência e a efetivação da igualdade quando vista sob a acepção material; entende-se que não é necessário grande esforço hermenêutico para se concluir – de forma incontestada – que o direito das pessoas com deficiência à reserva de vagas se trata, sim, de um direito fundamental.

Poder-se-ia questionar se a classificação mais adequada para a previsão da reserva de vagas insculpida no inciso VIII, artigo 37, da Constituição, não seria uma garantia, ao invés de um direito, no sentido de ser instrumental e protetiva à isonomia material. Sem prejuízo à coerência do argumento, o qual, de fato, entende-se como plausível, conclui-se, alicerçado no escólio de Mendes (2012), que o racional desenvolvido anteriormente se mantém perfeitamente aplicável a essa interpretação alternativa, porquanto a nossa ordem constitucional confere tratamento unívoco aos direitos e garantias fundamentais.

Volvendo ao exame de enquadramento da questão posta como direito fundamental ou não, a segunda vertente proposta posiciona, em lugar de relevo, o princípio da não-discriminação (leia-se: não-discriminação por motivo de deficiência, onde se inclui a recusa de adaptação razoável), preconizado pela Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), em seu artigo 3, e irradiado ao longo de todo o texto da Convenção.

Neste particular, tem-se que a operação de equiparação se torna mais simples e direta. Com efeito, sabendo que a CDPD foi aprovada conforme o rito do artigo 5º, §3º, da Constituição, e interpretando tal preceito em sintonia com o artigo 5º, §2º, depreende-se como assegurada a condição de direito formal e materialmente constitucional (e fundamental) a este e quaisquer outros direitos consagrados no plano da Convenção (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2018).

Neste ponto, faz-se necessário adentrar na delimitação dos direitos postos, de tal sorte que se recorre à categoria dogmática do âmbito de proteção dos direitos, que se trata do bem jurídico protegido, ou seja, do objeto tutelado por um dado direito (SARLET, 2009).

Ao esquadrihar os enunciados da reserva de vagas do inciso VIII, artigo 37, da Constituição; e da não-discriminação por motivo de deficiência do artigo 2 c/c artigo 3 da CDPD, observa-se que, antes de tudo, está a se falar de igualdade em seu sentido material, aquele celebrenemente assim representado pelo ilustre jurista Rui Barbosa em sua Oração aos Moços: "A regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem." (BARBOSA, 2019, p. 36). Portanto, para entender o âmbito de proteção daqueles direitos, há que se compreender o conteúdo do princípio da igualdade, motivo pelo qual se traz à lume a lição de Sarlet, Marinoni e Mitideiro sobre o tópico:

considerando a arquitetura constitucional positiva brasileira (...) é possível afirmar que também no Brasil o princípio (e direito) da igualdade abrange pelo menos três dimensões: (a) proibição do arbítrio, de modo que tanto se encontram vedadas diferenciações destituídas de justificação razoável com base na pauta de valores constitucional, quanto proibido tratamento igual para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, portanto, de diferenciações que tenham por base categorias meramente subjetivas; (c) obrigação de tratamento diferenciado com vistas à compensação de uma desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelo Poder Público, de desigualdades de natureza social, econômica e cultural (2018, p. 623).

Do excerto supra depreende-se que o direito de reserva de vagas às pessoas com deficiência guarda forte vínculo com a terceira dimensão citada pelos autores; enquanto o direito à não-discriminação por motivo de deficiência



se identifica, majoritariamente, com a segunda dimensão. De todo modo, é de se notar que, em se tratando de direitos de igualdade de indivíduos pertencentes a grupos minoritários marginalizados, as três dimensões – seja em maior ou menor grau – não de estar indissociavelmente presentes.

Vencida a questão da caracterização dos direitos envolvidos, avança-se à análise acerca dos limites a esses direitos. Sarlet (2009) aponta a existência de três espécies de limitações, a saber: a primeira é a restrição por expressa disposição constitucional; a segunda é a restrição feita por norma legal promulgada com fundamento na Constituição, a denominada reserva legal, que pode ser simples ou qualificada, a depender do modo como é estruturada a previsão; e a terceira é a restrição a direitos por força de colisões entre direitos fundamentais, mesmo não havendo limitação ou autorização expressa assegurando a possibilidade de restrição pelo legislador.

Acerca da última hipótese, Mendes (2012) elucida que, no ordenamento constitucional pátrio, ela encontra respaldo adicional em função da cláusula de reserva legal subsidiária contida no art. 5º, II, da CF/88, embora pondere que a ação limitadora nesse caso deve se resguardar de uma cautela ainda maior. Por fim, importa observar que todas as três espécies de restrições de direito fundamental referidas, quer seja diretamente, quer seja indiretamente, possuem um fundamento constitucional (SARLET, 2009).

Neste contexto, traz-se à baila, novamente, o direito fundamental – agora assim enquadrado – à reserva de vagas para pessoas com deficiência em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública. Da leitura do dispositivo que o lastreia (art. 37, VIII, da Constituição), observa-se que o legislador constituinte originário delegou à lei não só a obrigação de reservar um percentual dos cargos e empregos públicos ao segmento da população em apreço, como também a definição dos critérios de sua admissão,

isto é, há um permissivo constitucional para que a lei restrinja a extensão deste direito.

De outra parte, no caso da não-discriminação, tem-se – para a situação de interesse, que é restrição por recusa de adaptação no processo seletivo – que a espécie de limitação se enquadra na hipótese de expressa disposição constitucional (por equiparação, ou, neste caso, de “expressa disposição convencional”), haja vista que o próprio preceito traz dentro de si a ideia de que a recusa de uma adaptação irrazoável não configuraria discriminação, é dizer, há uma permissão condicionada para se restringir o princípio.

À guisa ilustrativa do exercício da limitação dos direitos em comento pelo poder legislativo, cumpre mencionar, na esfera federal, a Lei 8.112, de 1990, a qual estabelece: no art. 5º, *caput* e incisos, os requisitos básicos para investidura em cargo público, tomados de uma forma geral e aplicáveis a todos os interessados; no parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que, conforme as atribuições do cargo, outros requisitos podem ser previstos em lei; no parágrafo segundo do artigo aludido, que a asseguuração de inscrição às pessoas com deficiência é condicionada à compatibilidade – terminologia esta que representa uma visão já ultrapassada - das atribuições com a deficiência; no art. 11, regras gerais acerca da realização dos concursos, prevendo que estes serão de provas ou de provas e títulos, e que podem ser realizados em duas etapas, conforme dispuserem a lei e o regulamento do respectivo plano de carreira; e no art. 12, §1º, que as condições de realização do concurso serão fixadas em edital.

Como se vê, a Lei 8.112, de 1990, cuidou de disciplinar os requisitos e as diretrizes do concurso em um nível macro, de tal sorte que fica confiada a um eventual regulamento e, principalmente, ao edital do concurso – documento que, por excelência, dita detalhadamente as regras do certame – a atribuição de produzir as disposições operacionais necessárias à execução da lei (MELLO, 2015).

Com efeito, o conteúdo avaliativo e o modo de realização das provas e de outras etapas do processo seletivo serão, ao fim e ao cabo, determinadas pelo edital.

Todavia, é de rigor ressaltar no presente caso - que trata do acesso de pessoas com deficiência a cargos e empregos mediante certames públicos - a incidência de um conceito norteador específico, tanto para a definição geral dos critérios, quanto para a sua operacionalização, que é a adaptação razoável, preconizada pela CDPD e corroborada pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Art. 3º, VI).

Sem adentrar nas particularidades do instituto - o que será feito mais adiante -, registra-se, desde já (pela obviedade do racional do qual decorre a conclusão), que, dada a posição jurídica e hierárquica por ele hoje ocupada, não há falar em critério ou procedimento avaliativo que desrespeite a adaptação razoável e seja regular, demais disso, ao fazê-lo, estes estariam se subsumindo à hipótese de discriminação, derivada da Convenção, e inscrita no art. 4º, §1º, da Lei 13.146, de 2015. Com efeito, a questão fulcral residirá na determinação do que é a adaptação razoável a ser implementada, trabalho interpretativo este que envolverá certo grau de complexidade, visto que o conceito é dotado de indeterminação e de um caráter operacional vinculado às peculiaridades dos casos concretos.

Antes, porém, de investigar as condições de contorno da conceituação supra, faz-se mister o fechamento do iter procedimental proposto para a análise dos limites aos direitos em tela e dos limites a esses limites, que, conforme será visto, podem guardar intensa conexão com a ideia da adaptação razoável.

Ao apresentar, em termos sintéticos, a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais, Sarlet (2009) traz como postulado que quaisquer limitações nesta seara somente serão tidas como justificadas e regulares se guardarem compatibilidade formal e material com a Constituição, e aduz que

esses controles desempenham o papel de garantes da eficácia dos direitos fundamentais nas suas múltiplas dimensões e funções.

A despeito de não ser objeto de interesse deste estudo – eis que se trata de matéria que não apresenta particularidades em face da especialidade temática aqui proposta –, elucida-se que o controle da constitucionalidade no plano formal envolve, essencialmente, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal (SARLET, 2009). À sua vez, o controle material diz, principalmente, com a observância da proteção do núcleo essencial dos direitos e com o atendimento das exigências da proporcionalidade e da razoabilidade, além disso, há controvérsia, conforme mostra Sarlet (2009), acerca da consideração da proibição do retrocesso como uma terceira categoria.

Doravante, apresenta-se um breve compêndio das duas primeiras categorias de controle material retro citadas seguido de uma proposta de aplicação ao caso em estudo. Em relação à proibição do retrocesso, esclarece-se que, demais de ser um elemento com o enquadramento contestável dentro da categoria de controle material de constitucionalidade, há uma compreensão de que a sua aplicabilidade aqui seria restrita, uma vez que o que se pretende é a delimitação de parâmetros de controle para uma definição de critérios *prima facie*, e não sob um viés comparativo com um referencial anterior, como seria a hipótese de uso, por excelência, do aludido princípio.

Quanto à garantia da proteção do núcleo essencial, tem-se que ela busca, em primeiro lugar, identificar a parcela do conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia, deixando, com isso, de ser reconhecível como um direito fundamental; para, em segundo lugar, evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais (MENDES, 2012; SARLET, 2009).

Mendes (2012) e Sarlet (2009) acordam na existência de divergência doutrinária acerca dos modelos teóricos da estrutura conceitual do núcleo essencial, e, demais disso, sublinham a complexidade de se identificar o elemento intangível da essencialidade. Neste particular, Mendes (2012, p. 60) indica como possível solução a fórmula proposta por Hesse, de utilização do princípio da proporcionalidade, que, sem embargo, “não há de ser interpretado em sentido meramente econômico, de adequação da medida limitadora ao fim perseguido, devendo também cuidar da harmonização dessa finalidade com o direito afetado pela medida”.

No que concerne à proporcionalidade, Sarlet (2009) a define como um instrumento metódico de controle dos atos dos poderes públicos - sem prejuízo de sua eventual aplicação a atos de sujeitos privados. Adicionalmente, assevera que o princípio da proporcionalidade costuma ser desdobrado em três elementos, quais sejam: i) adequação, no sentido de um controle da viabilidade de que seja em princípio possível alcançar o fim almejado por aquele determinado meio; ii) necessidade, que representa a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, e que, sem embargo, é capaz de alcançar o fim colimado; (c) razoabilidade, que é a comparação entre a importância da realização do fim e a intensidade da restrição dos direitos fundamentais em questão (SARLET, 2009).

Das explanações acima, importa observar que, para além do princípio da proporcionalidade propriamente dito, a formulação proposta para se testar concretamente a proteção do núcleo essencial também recorre a um exercício de ponderação entre meios e fins. E mais, o conceito anteriormente citado da adaptação razoável também encerra - de modo similar, porém, com elementos particulares do contexto da deficiência - a ideia de um exame de razoabilidade. Em suma, o que se propõe a partir dessa constatação é que o controle dos limites

aos direitos à reserva de vagas e ao acesso não-discriminatório para pessoas com deficiência em concursos e processos seletivos – e quaisquer outros direitos relacionados às pessoas com deficiência - seja concentrado na adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, com vistas a obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites.

Coloca-se, pois, em evidência, a adaptação razoável. Da análise de sua definição constante da CDPD/ONU – e reproduzida quase que integralmente pela Lei Brasileira de Inclusão (LBI), salvo alguns ajustes pontuais de redação -, observa-se que, em sua parte inicial (“modificações e os ajustes necessários e adequados que não acarretem ônus desproporcional ou indevido”), tem-se a presença dos elementos valorativos necessidade, adequação e ônus desproporcional ou indevido, os quais guardam forte identidade com aqueles elementos da proporcionalidade.

Em linha com o que foi apresentado no parágrafo anterior, defende-se a interpretação das componentes aludidas à luz do princípio da proporcionalidade, sendo que, para as duas primeiras (adequação e necessidade), há, inclusive, uma correspondência exata de nomenclaturas, que, contudo, devem sofrer um ajuste de polaridade, porquanto o objeto dos testes de adequação e necessidade será a adaptação pleiteada, e não a possível restrição imposta, como seria a lógica na aplicação padrão da metodologia dos limites aos limites; para a última componente (ônus desproporcional ou indevido), entende-se que, antes de tudo, ela representa a execução de uma verdadeira comparação entre benefícios e custos, assim como é a essência do elemento da razoabilidade, havendo, portanto, uma relação de correspondência aqui também.

Neste ponto, é preciso ter clareza no que concerne aos meios e fins relacionados tanto à restrição (que se traduz pela recusa da adaptação), quanto à adequação pleiteada; sendo as duas situações analisadas sob a ótica do caso concreto do acesso de pessoas com deficiência aos concursos públicos.

De plano, elucida-se que, no que tange aos meios, eles se consubstanciam na própria adaptação e respectiva negativa em exame, não havendo necessidade, então, de maiores elocubrações sobre as suas qualificações.

Na quadra das finalidades, tem-se que o fim da recusa está imbricado àqueles do concurso público, haja vista que a premissa de uma recusa legítima repousa, notadamente, na manutenção da higidez do certame. Desta feita, faz-se oportuna a citação à percutiente lição de Caetano (2008) acerca da definição de concurso público:

Um certame de que todos podem participar nas mesmas condições, permitindo que sejam escolhidos realmente os melhores candidatos. Baseia-se o concurso público em três postulados fundamentais. O primeiro é o *princípio da igualdade*, pelo qual se permite que todos os interessados em ingressar no serviço público disputem a vaga em condições idênticas para todos. Depois, o *princípio da moralidade administrativa*, indicativo de que o concurso veda favorecimentos e perseguições pessoais, bem como situações de nepotismo, em ordem a demonstrar que o real escopo da Administração é o de selecionar os melhores candidatos. Por fim, o *princípio da competição*, que significa que os candidatos participem de um certame procurando alçar-se à classificação que os coloque em condições de ingressar no serviço público (CAETANO, 2008, p. 638, *grifo nosso*).

Com efeito, vale notar que os três princípios acima destacados remetem às finalidades buscadas por meio do concurso público, as quais podem ser

adicionadas, ainda, à eficiência e ao aperfeiçoamento do serviço público, listadas por Meirelles (1998) ao tecer comentários sobre o referido instituto administrativo.

Concernente à finalidade da adequação porventura pleiteada por uma pessoa com deficiência em um dado concurso público, esta pode ser extraída da própria definição de adaptação razoável positivada na Convenção e no Estatuto, onde se estabelece que o seu objetivo é “assegurar que a pessoa com deficiência possa gozar ou exercer, em igualdade de condições e oportunidades com as demais pessoas, todos os direitos e liberdades fundamentais”, de tal sorte que, para o contexto sob análise, o direito alvo principal será o do trabalho, que, todavia, carrega como instrumento o direito a uma avaliação em condições justas e favoráveis, que esteja de acordo com as especificidades da pessoa com deficiência.

Explicadas as questões afetas aos meios e fins da temática posta, parte-se, então, para a aplicação da estrutura trifásica da proporcionalidade conduzida pela ótica do binômio adaptação razoável.

O primeiro teste a ser efetuado é o da adequação, nele, observar-se-á se a adaptação cogitada é apta a produzir uma avaliação efetiva para a pessoa com deficiência. Por efetiva, entenda-se: que utilize de instrumentos e procedimentos metodológicos que permitam uma avaliação ajustada às necessidades singulares da pessoa com deficiência, ao mesmo tempo em que garante o atendimento, pelo candidato com deficiência, dos requisitos para desempenhar com eficiência as atribuições específicas dos cargos de que tratam.

O segundo teste é o da necessidade, no qual se examinará se a adaptação em análise é a que gera menos restrições aos pilares do concurso público quando comparada com outras possibilidades de adaptação que também são hábeis para a produção do fim colimado. Aqui, ao lançar um olhar sobre as restrições geradas,



entende-se que o foco deve ser a busca pelo menor impacto na estrutura competitiva e avaliativa do certame, levando-se em consideração as consequências para os outros participantes, em termos de eventuais distorções concorrenciais geradas; e para a administração, em relação à satisfação da demanda de pessoal e aos custos incorridos.

Em fecho, o último teste é o da razoabilidade, é dizer, do cotejo pormenorizado entre os benefícios e custos que circundam a adequação e o concurso público em análise. Neste particular, importa trazer à baila a posição ratificada por Martel (2011) de que, ao se avaliar a razoabilidade de uma adaptação, os custos e benefícios não devem se exaurir na questão econômico-financeira (embora entrem no cálculo). A autora salienta a existência de benefícios e custos diretos e indiretos, os quais se propagam para partes primárias, secundárias, bem como terceiros. Quanto aos custos, lista, como elementos que devem ser considerados, os danos de estigmatização e humilhação (MARTEL, 2011). Também dentro dessa proposta de uma visão amplificada, Martel (2011) faz referência ao escólio de Emens, o qual defende a construção de um modelo dinâmico de acomodação, que “a compreenda como um processo de interrogar o pano de fundo existente, com foco na parcela da população que foi negligenciada na criação do pano de fundo, para transformá-lo de um modo que possa afetar a todos” (EMENS, 2008, p. 894 apud MARTEL, 2011, p. 97), em contraste à concepção estática de acomodação, arraigada na sociedade, que a “compreende como algo especial feito para um ou para poucos indivíduos, um subgrupo da população, para tornar possível a esses indivíduos diferentes participar, por exemplo, do ambiente do trabalho” (EMENS, 2008, p. 894 apud MARTEL, 2011, p. 97).

Ainda no contexto de comparação entre custos e benefícios, cumpre destacar dois pontos adicionais.

Um concerne ao fato de que, ao se defender a adequação de concursos públicos para pessoas com deficiência, não se está – em hipótese alguma – vislumbrando a aprovação de candidatos que não cumpram com requisitos essenciais de aptidão para o exercício do cargo, situação esta que fere flagrantemente o interesse público e se enquadraria, sem sombra de dúvida, como de ônus indevido; em verdade, o que se pretende é a evolução dos processos seletivos no sentido de buscarem alcançar a justiça real nos procedimentos avaliativos, promover a inclusão e a participação igualitária e digna de todos os seres humanos, e evitar que sejam impostas barreiras e obstáculos passíveis de serem superados ou removidos – o que, na sociedade contemporânea, tem se tornado cada vez mais viável em função do desenvolvimento de tecnologias assistivas, restando, enfim, o correspondente progresso da superestrutura cultural.

O outro diz respeito à extensão e abrangência do escopo de possíveis adaptações que podem vir a ser feitas em concursos públicos. Compreende-se que, demais de prover acesso a recursos e tecnologias assistivas – a exemplo daquelas listadas no Anexo do Decreto 9.508, de 2018<sup>5</sup> –, deve-se aventar a possibilidade de adequar, quando pertinente, o conteúdo das provas e os

---

<sup>5</sup> Art. 1º Fica assegurado o acesso às seguintes tecnologias assistivas na realização de provas em concursos públicos e em processos seletivos, sem prejuízo de adaptações razoáveis que se fizerem necessárias: I - ao candidato com deficiência visual: a) prova impressa em braille; b) prova impressa em caracteres ampliados, com indicação do tamanho da fonte; c) prova gravada em áudio por fiscal leitor, com leitura fluente; d) prova em formato digital para utilização de computador com software de leitura de tela ou de ampliação de tela; e e) designação de fiscal para auxiliar na transcrição das respostas; II - ao candidato com deficiência auditiva: a) prova gravada em vídeo por fiscal intérprete da Língua Brasileira de Sinais - Libras, nos termos do disposto na Lei nº 12.319, de 1º de setembro de 2010, preferencialmente com habilitação no exame de proficiência do Programa Nacional para a Certificação de Proficiência no Uso e Ensino da Libras e para a Certificação de Proficiência em Tradução e Interpretação da Libras/Língua Portuguesa - Prolibras; e b) autorização para utilização de aparelho auricular, sujeito à inspeção e à aprovação pela autoridade responsável pelo concurso público ou pelo processo seletivo, com a finalidade de garantir a integridade do certame; III - ao candidato com deficiência física: a) mobiliário adaptado e espaços adequados para a realização da prova; b) designação de fiscal para auxiliar no manuseio da prova e na transcrição das respostas; e c) facilidade de acesso às salas de realização da prova e às demais instalações de uso coletivo no local onde será realizado o certame.

critérios de avaliação. Embora à primeira vista possa parecer algo inviável ou desarrastado, tem-se que, por vezes, este será o melhor caminho – se não o único – para se aproximar do ideal de igualdade material.

A título de elucidação, apresentam-se alguns exemplos de adaptações nesse sentido que já se encontram positivadas e/ou pacificadas: i) a Lei 13.146, de 2015, em seu artigo 30, inciso VI, estabelece que nos processos seletivos para ingresso em instituições de ensino devem ser adotados critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa; ii) quando são previstos exames/testes de aptidão física como etapa avaliativa de certames, a praxe adotada é a definição de diferentes referenciais de desempenho para homens e mulheres<sup>6</sup>; e iii) ainda em relação aos exames/testes de aptidão física, é comum a aplicação de exercícios e/ou de metodologias de execução distintos para os sexos feminino e masculino<sup>7</sup>.

Acerca dos exemplos retro mencionados, entende-se que todos eles, de fato, buscam consubstanciar a isonomia em seu sentido material, concedendo um tratamento desigual a participantes que se encontram em situações flagrantes de desigualdade, todavia, o fazem lastreados por um racional de adequação entre meios e fins, em que verificam se a restrição valorada – no caso, o conteúdo e/ou critério de avaliação - pode ser alterada alcançando a mesma

<sup>6</sup> A seguir, lista-se uma série de editais recentes, referentes a alguns dos principais concursos de âmbito federal que contam com a aplicação de exames de aptidão física, em que pode ser vista a diferenciação de critérios de desempenho para cada um dos sexos: i) EDITAL Nº 1 – DGP/PF, DE 15 DE JANEIRO DE 2021, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf\\_21/arquivos/ED\\_1\\_DPF\\_2021\\_ABT.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/pf_21/arquivos/ED_1_DPF_2021_ABT.PDF); ii) EDITAL CONCURSO PRF Nº 1, DE 18 DE JANEIRO DE 2021, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf\\_21/arquivos/ED\\_1\\_PRF\\_2021\\_ABERTURA.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/prf_21/arquivos/ED_1_PRF_2021_ABERTURA.PDF); e iii) EDITAL Nº 1 – DEPEN, DE 4 DE MAIO DE 2020, disponível em: [https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/depem\\_20/arquivos/ED\\_1\\_DEPEN\\_2020\\_ABT.PDF](https://cdn.cebraspe.org.br/concursos/depem_20/arquivos/ED_1_DEPEN_2020_ABT.PDF).

<sup>7</sup> Sobre o tema, vd. a Apelação/Reexame Necessário 2006.34.00.006333-0/DF, em que se decidiu pela manutenção da condenação à União de não adotar, nos concursos públicos realizados pelo Departamento de Polícia Federal, o teste de barra fixa na modalidade dinâmica – a qual é aplicada ao sexo masculino - para as mulheres.

finalidade perseguida anteriormente, alinhando-se, pois, ao que preconiza a Lei de Processo Administrativo (Lei 9.784, de 1999), no inciso VI, parágrafo único do art. 2º. Ressalta-se, ainda, que tal lógica é consoante ao que aqui se desenvolveu e se propõe para o teste de razoabilidade de adequações para pessoas com deficiência em concursos públicos.

Encerra-se, assim, o percurso pelo procedimento de três fases para o escrutínio, sob a ótica da adaptação razoável, dos limites ao acesso – visto aqui em uma perspectiva ampla, focada nos critérios avaliativos e abrangendo tanto o acesso por meio da reserva de vagas, quanto à parte dela – das pessoas com deficiência a cargos e empregos por meio de certames públicos. Em que pese a construção de uma proposta metodológica com balizas mais bem definidas, é cediço que os contornos interpretativos dos elementos valorativos somente podem ser aperfeiçoados na análise concreta dos casos, ainda mais em se tratando de um grupo social minoritário que, ao contrário de outros que são visivelmente homogêneos e com necessidades compartilhadas, tem na própria diversidade uma de suas mais evidentes características, porquanto há uma série de aspectos particulares e condições funcionais que podem se expressar organicamente de forma distinta nos indivíduos (CARVALHO; ALMEIDA, 2012).

### **Considerações finais**

O papel do trabalho na contemporaneidade como fundante do ser humano, de suas formas de sociabilidade e como categoria essencial para a promoção da autonomia e independência do indivíduo é algo quase que tautológico (COUTINHO; KRAWULSKI; SOARES, 2007). Quando se translada tal reflexão para o contexto das pessoas com deficiência, tem-se um impacto mais amplificado em face da necessidade constante ainda vivenciada por esse

segmento social de luta por reconhecimento, conquista e afirmação de espaços e direitos.

Tendo essa realidade como um plano de fundo de motivação e, mais especificamente, o encargo do Poder Público como um implementador e indutor de ações destinadas a socializar, entre a nação, a consciência moral de direitos e deveres – intensificado, no caso da causa das pessoas com deficiência, pelas obrigações assumidas pelo Brasil no âmbito da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) – é que se escolheu como objeto do presente trabalho a análise, sob o prisma da proteção dos direitos e garantias fundamentais, das condições de acesso de PCDs a cargos da administração pública por intermédio de concursos públicos – que, conforme os ditames do art. 37, II, da CF/1988, é, por excelência, o meio de investidura em cargo ou emprego público.

Assim, foram elencados dois dispositivos normativos representativos do acesso das PCDs ao serviço público, a saber, o inciso VIII, artigo 37, da Constituição, que estabelece o direito à reserva de vagas para as PCDs; e a alínea b), do Artigo 3, da CDPD, que preconiza o princípio da não-discriminação por motivo de deficiência.

Para empreender o estudo proposto, adotou-se, como marco epistemológico, a teorização acerca da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições, de forma que as duas disposições normativas supra foram caracterizadas e avaliadas em face das seguintes categorias dogmáticas: âmbito de proteção, limites e limites aos limites (*Schranken-Schranken*) dos direitos fundamentais.

Em suma, observou-se que, para além do princípio da proporcionalidade propriamente dito, a formulação proposta para se testar concretamente a proteção do núcleo essencial também recorre a um exercício de ponderação

entre meios e fins. E mais, que o conceito da adaptação razoável também encerra – de modo similar, porém, com elementos particulares do contexto da deficiência – a ideia de um exame de razoabilidade, de tal modo que, a partir dessa constatação, propõe-se que o controle dos limites aos direitos à reserva de vagas e ao acesso não-discriminatório para pessoas com deficiência em concursos e processos seletivos seja concentrado na adaptação razoável, em face da sua especialidade, densificando o seu conceito para incorporar elementos adicionais oriundos da garantia da proteção do núcleo essencial e da proporcionalidade, com vistas a obter maior transparência e praticidade no procedimento metodológico para a determinação dos limites aos limites.

De se ressaltar que, muito embora tenham sido escolhidos dois dispositivos normativos específicos para serem objeto de uma avaliação pormenorizada a partir do *iter* analítico da proteção dos direitos fundamentais frente às suas restrições, entende-se que tal exame poderia ser empreendido com diferentes enunciações de princípios e direitos – a exemplo de outros princípios constantes do Artigo 3 da CDPD, como a “igualdade de oportunidades”, a “plena e efetiva participação e inclusão na sociedade” e a “acessibilidade” – chegando-se ao mesmo resultado, porquanto o mesmo racional há de ser aplicado na caracterização como um direito fundamental e na delimitação do respectivo âmbito de proteção, enquanto a adaptação razoável acaba por representar um liame entre esses preceitos no que diz com a avaliação das condições de contorno de suas eventuais restrições.

Trazendo a discussão para o plano concreto de operacionalização da adaptação razoável em etapas dos certames públicos, chegou-se à compreensão de que, demais de prover acesso a recursos e tecnologias assistivas – a exemplo daquelas listadas no Anexo do Decreto 9.508, de 2018 –, deve-se aventar a possibilidade de adequar, quando pertinente, o conteúdo das provas e os

critérios de avaliação. Embora à primeira vista possa parecer algo inviável ou desarrazoado, tem-se que, por vezes, este será o melhor caminho – se não o único – para se aproximar do ideal de igualdade material.

Nesta quadra foram apresentados alguns exemplos de adaptações nesse sentido que já se encontram positivadas e/ou pacificadas, como é o caso da previsão da Lei 13.146, de 2015, em seu artigo 30, inciso VI, ao estabelecer que nos processos seletivos para ingresso em instituições de ensino devem ser adotados critérios de avaliação das provas escritas, discursivas ou de redação que considerem a singularidade linguística da pessoa com deficiência, no domínio da modalidade escrita da língua portuguesa.

Por fim, tendo como inspiração as conclusões de Martel (2011), entende-se que a conquista de uma realidade satisfatória no que diz com a adaptação razoável no âmbito dos concursos públicos, que materialize os primados da acessibilidade, da não-discriminação, da igualdade de oportunidades, entre outros, perpassa por uma necessidade premente de diálogo entre os principais atores e agentes envolvidos. Coloca-se em primeiro plano a pessoa com deficiência e/ou entidades representativas – incumbidas de apontar as melhores alternativas para a acomodação, uma vez que detêm conhecimento e experiência acerca das barreiras a serem transpostas e dos mecanismos mais hábeis a fazê-lo – juntamente com os órgãos e entidades da administração pública e contratadas, responsáveis pela realização do certame e competentes, inicialmente, pela análise e implementação das adequações requisitadas; e, em segundo plano, os órgãos legislativos, os quais atuarão de forma relevante no delineamento da moldura dos institutos, e os órgãos judicantes, que agirão, quando provocados, na apreciação da razoabilidade das adequações contestadas.

## Referências

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, v. 271, 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República - Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência. **Cartilha do Censo 2010: Pessoas com Deficiência**. Brasília, 2012.

CAETANO, Marcello. **Manual de Direito Administrativo (vol. II)**. 10. ed. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2008.

CARVALHO, Lúcio; ALMEIDA, Patrícia. Direitos humanos e pessoas com deficiência: da exclusão à inclusão, da proteção à promoção. **Revista Internacional de Direito e Cidadania**, São Paulo, n. 12, p. 77-86, 2012.

COUTINHO, Maria; KRAWULSKI, Edite; SOARES, Dulce Helena. **Identidade e trabalho na contemporaneidade: repensando articulações possíveis**. *Psicol Soc.* 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0102-71822007000400006>.

MAIOR, Isabel. Movimento político das pessoas com deficiência: reflexões sobre a conquista de direitos. **Inclusão Social**, Brasília, DF, v.10 n.2, p.28-36, jan./jun. 2017.

\_\_\_\_\_. A política de inclusão da pessoa com deficiência como questão de direitos humanos. **Revista Científica de Direitos Humanos**/Ministério dos Direitos Humanos. Vol. 1, n. 1, novembro de 2018. Brasília: Ministério dos Direitos Humanos.

MARTEL, Letícia de Campos Velho. Adaptação Razoável: o novo conceito sob as lentes de uma gramática constitucional inclusiva. **Revista Internacional de Direitos Humanos / Sur – Rede Universitária de Direitos Humanos – v.8, n.14, jun.2011 – São Paulo, 2011.**

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. Imprensa: São Paulo, Malheiros, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. Imprensa: São Paulo, Saraiva, 2012.

OLKIN, Rhoda. **What psychotherapists should know about disability**. Guilford Press, New York, 1999.



RETIEF, Marno & LETŠOSA, Rantoa. **Models of disability: A brief overview.** HTS Teologiese Studies/ Theological Studies 74(1), a4738. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.4102/hts.v74i1.4738>

SARLET, Ingo; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

## AS FERRAMENTAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (14.133/2021) PARA EVITAR A INADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Bruno César Gonçalves Teixeira<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

Ulisses Borges de Resende<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

154

### Resumo

A terceirização é uma realidade inexorável na Administração Pública. O grande percalço da terceirização na Administração Pública chama-se inadimplência das verbas trabalhistas. Se a empresa terceirizada não arcar com os créditos trabalhistas dos empregados, a Administração Pública, como tomadora dos serviços, pode ser responsabilizada subsidiariamente, caso haja falha na fiscalização do contrato administrativo. Ou seja, o ente público paga dobrado. Por sua vez, o empregado terceirizado, indubitavelmente o vértice mais frágil nessa relação triangular, recebe suas verbas trabalhistas (quando possui êxito) por meio de um processo judicial demorado, via precatório ou requisição de pequeno valor, e ainda com desconto dos honorários advocatícios. Há também a possibilidade de a sociedade ser prejudicada com a interrupção do serviço público. Enfim, trata-se do pior cenário possível. Destarte, com o escopo de evitar esse panorama trágico, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (14.133/2021) apresenta um amplo conjunto de ferramentas para aprimorar a fiscalização dos contratos de terceirização na Administração Pública. Apresentar e analisar esses novos instrumentos da Lei nº 14.133/2021, que buscam evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na administração pública, é o objetivo geral deste artigo, que se utilizou do método dedutivo-bibliográfico para a elaboração.

**Palavras-chave:** Terceirização. Administração Pública. Fiscalização Contratual. Ferramentas. Lei nº 14.133/2021.

### Abstract

Outsourcing is an inexorable reality in Public Administration. The great mishap of outsourcing in the Public Administration is called default of labor obligations. If the outsourced company does not pay the employees' labor claims, the Public Administration, as the service user, may be held

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS). Especialista em Direito do Trabalho, Direito Civil e Direito Público. Procurador do Distrito Federal, advogado.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-4641-3965>. Contato: [brunoteixeira.vp@gmail.com](mailto:brunoteixeira.vp@gmail.com)

<sup>2</sup> Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB). Professor da graduação e pós-graduação em Direito IESB. Advogado.

ORCID <https://orcid.org/0000-0002-1969-719X>. Contato: [contato@ulissesadv.com](mailto:contato@ulissesadv.com)

liable in the alternative, if there is a failure to inspect the administrative contract. In other words, the public entity pays double. In turn, the outsourced employee, undoubtedly the most fragile vertex in this triangular relationship, receives their labor funds (when successful) through a lengthy judicial process, via a writ of payment or small-value requisition, and even with a discount on legal fees. There is also the possibility that society will be harmed by the interruption of public service. In the end, this is the worst possible scenario. Thus, with the aim of avoiding this tragic scenario, the new Administrative Biddings and Contracts Law (14.133/2021) presents a wide set of tools to improve the inspection of outsourcing contracts in the Public Administration. Presenting and analyzing these new instruments of Law nº 14.133/2021, which seek to avoid the default of labor obligations in outsourcing contracts in the public administration, is the general objective of this article, which used the deductive-bibliographic method for the elaboration.

**Keywords:** Outsourcing. Public Administration. Contractual Inspection. Tools. Law 14.133/2021.

## 1. Introdução

O presente trabalho científico terá por escopo apresentar e analisar as ferramentas da nova Lei de Licitações e Contratos (14.133/2021) para evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na administração pública.

Destarte, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, o trabalho apresentará, de forma holística, a evolução do instituto da terceirização. Abordará, também, o conceito e os porquês de se utilizar o instituto da terceirização, bem como a importante distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra.

O segundo capítulo debruçará sobre a terceirização no Brasil e dentro da Administração Pública brasileira (desde o Decreto-Lei nº 200 de 1967 até os dias hodiernos), detalhando seu campo de aplicação, seus motivos, suas vantagens e seus percalços.

Após, o terceiro capítulo explanará sobre a nova Lei de Licitações e Contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021), que trouxe evoluções no conjunto de ferramentas que um fiscal de um contrato de terceirização na administração pública dispõe para evitar o enorme problema do descumprimento das obrigações trabalhistas.

A inadimplência das verbas trabalhistas pode acarretar o pagamento dobrado pelo ente público (caso haja falha na fiscalização contratual); o recebimento atrasado e descontado das verbas trabalhistas pelo empregado terceirizado, por meio de um longo e árduo processo judicial (caso haja êxito na demanda); e ainda pode se desdobrar na interrupção do serviço público com prejuízo para toda a sociedade (caso haja a paralisação da execução de um serviço terceirizado que seja essencial para a entidade pública, como, por exemplo, o serviço de limpeza em um hospital público). Ademais, ainda se podem sopesar os danos indiretos, como a sobrecarga processual e o custo de movimentação da máquina judiciária.

Por fim, o artigo concluirá com a explanação de que a fiscalização correta e adequada do contrato administrativo de terceirização da administração pública, com a utilização incisiva dos instrumentos trazidos pela Lei nº 14.133/2021, é uma maneira preventiva (atuação antes do problema) e proativa (atuação direta, sem a necessidade de decisão judicial) de a Administração Pública evitar o percalço da inadimplência das verbas trabalhistas e todas as suas desastrosas consequências. Portanto, trata-se de um poder dever do fiscal do contrato e a não utilização dessas ferramentas deve ser justificada e fundamentada, caso a caso, sempre considerando os princípios norteadores apresentados na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, art. 5º).

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia dedutiva bibliográfica, com o levantamento dos autores que escreveram sobre o tema. Haverá, da mesma maneira, seleção de doutrina pertinente e atualizada, fichamento, arquivamento das melhores fontes, estudo da bibliografia, bem como coleta, estudo e análise da jurisprudência correlata.

## 2. Terceirização

### 2.1. Breve histórico do instituto da terceirização

O Papa Leão XIII, em sua famosa encíclica *Rerum Novarum*<sup>3</sup> (Das Coisas Novas), de 1891 - uma Carta escrita pós revolução industrial e que tentava conciliar as relações sociais entre trabalho e capital - já trazia a ideia de que o trabalho não é uma mercadoria especulativa, sujeita à lei da oferta e da procura. O entendimento de que o trabalho humano não pode ser comparado a uma moeda negociável é antigo e continua em pleno vigor, inclusive em instituições conservadoras como a Igreja Católica<sup>4</sup>.

Na França do século XIX, cenário de absoluta miséria e de desigualdade social - como bem retrata Victor Hugo no seu clássico romance *Lés Misérables*<sup>5</sup> - era comum que trabalhadores fossem contratados por meio de um terceiro, um intermediador, que lucrava com a locação de trabalho alheio, o que se denominava de *marchandage*. O lucro do intermediário nada mais seria que uma retirada forçada de parcela da contraprestação do trabalhador, transformando-o em uma espécie de traficante de mão de obra, o que é vedado - tanto no Brasil, quanto na França.

Ainda no âmbito internacional, a Declaração de Filadélfia<sup>6</sup> (1944), que apresenta os fins e os objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reafirma os princípios fundamentais da entidade "principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria".

A Constituição Federal de 1988 não seguiu outra trilha ao afirmar (logo em seu primeiro artigo) que o valor social do trabalho e a dignidade humana são fundamentos

<sup>3</sup> Disponível para download em português no site [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.pdf](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>4</sup> Vide Encíclica *Laborem Exercens*, escrita pelo Papa João Paulo II, em 1981, no 90º aniversário da *Rerum Novarum*. Disponível para download em português no site [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.pdf](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

<sup>5</sup> Romance publicado em 1862 na França.

<sup>6</sup> Disponível para download em português no site [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022.

da República Federativa do Brasil. São conceitos fundantes e formadores de outros. Na ordem econômica (CF/1988, art. 170), a Carta Magna aponta como fundamento a valorização do trabalho humano e indica como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por sua vez, a ordem social (CF/1988, art. 193) possui como base o primado do trabalho e como objetivos o bem estar e a justiça social.

Dessa maneira, não há que se falar em trabalho sem considerar o seu valor social e a dignidade humana. Caso o trabalho humano seja entendido como uma *res* (coisa), que pode ser especulada e negociada, há a perda do seu valor social e será uma evidente afronta à dignidade humana. Por conseguinte, expressamente respaldado pela Constituição Federal de 1988, conclui-se que trabalho humano não é mercadoria e não está sujeita a intermediação.

Por incrível que possa parecer, nas zonas rurais, especialmente nas lavouras de cana de açúcar no Nordeste brasileiro, ainda hoje é possível encontrar os denominados “gatos”, que são intermediadores de mão de obra entre o proprietário da terra e os cortadores de cana (trabalhadores rurais), ganhando uma indevida comissão por esse tráfico de mão de obra. Todavia, como será explicado adiante, terceirização não se confunde com intermediação de mão de obra.

Em verdade a terceirização (*outsourcing*) é um instituto que possui previsão legal (nacional e internacional) e que, se corretamente aplicada e sem fraudes, pode ser um método (eficiente e eficaz) de gestão e de produção de bens e serviços.

## 2.2. O que é terceirização, qual a sua diferença para intermediação de mão de obra e por que se terceiriza

O ordenamento jurídico laboral ainda é quase todo fundamentado na relação bilateral de trabalho: um empregado presta serviços ao seu empregador, na sede do seu empregador, a quem está juridicamente subordinado. Basta verificar a definição de empregador no art. 2º da CLT, como sendo a empresa que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”.

Igualmente, a definição de empregado no art. 3º da CLT como sendo toda pessoa física que “prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Destaca-se que esses conceitos não foram modificados em nada pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Na terceirização, há a modificação do parâmetro fático e jurídico da relação bilateral de trabalho. O empregado terceirizado passa a prestar serviços à empresa tomadora, que tem uma relação civil (contrato) com a empresa prestadora de serviços que, por sua vez, é a verdadeira empregadora do terceirizado. Perceba que a empresa tomadora dos serviços (contratante) não “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço” (CLT, art. 2º). Ou seja, a empresa tomadora não é a real empregadora e, por sua vez, o empregado terceirizado não se subordina a essa empresa. A subordinação do empregado terceirizado se dá em face da empresa prestadora do serviço.

A terceirização forma uma relação triangular de trabalho com três vértices: empresa tomadora, empregado terceirizado e empresa prestadora. Por ser assim constituída, ainda é tratada como exceção no ordenamento jurídico.

E qual a diferença, então, entre terceirização e intermediação de mão de obra? Terceirização (quando lícita) é a transferência de parcela da execução de atividades da empresa tomadora (ou contratante), seja da área fim ou seja da área meio, para a empresa prestadora de serviços (ou contratada). Na terceirização, há a contratação de serviços específicos (e não contratação de mão de obra propriamente dita). Na terceirização, não há pessoalidade e nem subordinação direta. Exemplo: um banco privado deseja terceirizar o serviço de vigilância privada das suas agências. Dessa forma, o banco privado (empresa tomadora) contrata uma empresa de vigilância (empresa prestadora) que, por sua vez, executará o serviço específico de vigilância nas agências bancárias, utilizando-se (obviamente, mas não exclusivamente) de mão de obra qualificada (vigilantes).

A contratação se dá para a execução do serviço completo de vigilância - e não para o mero fornecimento de vigilantes. Logo, a empresa tomadora (banco privado) não admite, não assalaria e nem dirige a prestação pessoal do serviço dos vigilantes. O dono

do banco ou qualquer outro preposto não seleciona um determinado vigilante para trabalhar em determinada agência (ausência de pessoalidade), bem como não emite ordens diretas àquele empregado terceirizado (ausência de subordinação direta). É indiferente para o dono do banco quem especificamente vai executar o serviço de vigilância do banco. O importante é que o serviço contratado (vigilância) seja executado.

Conseqüentemente, se um vigilante ficar doente, outro deve substituí-lo imediatamente, sem nenhum aumento de custo (regra geral) no contrato ajustado; afinal, a contratação se deu para a execução de um serviço - e não para o fornecimento de mão de obra. Essa é a grande diferença entre terceirização (quando lícita e sem fraudes) e intermediação de mão de obra (que, recorda-se, é proibida pelo ordenamento jurídico).

Neste ponto, começa a ficar claro por que empresas terceirizam parcela da execução de suas atividades. De forma bem resumida, o objetivo da empresa tomadora dos serviços com a terceirização é reduzir custos e dar maior eficiência e dinamicidade à empresa, com a possibilidade de concentrar a maior parcela de seu capital (humano e tecnológico) na atividade principal e estratégica do seu objeto social (*core business*), de maneira a conseguir reduzir o preço final do produto ou serviço e alcançar maior competitividade no mercado (nacional e internacional).

O aplaudido doutrinador Sérgio Pinto Martins assim esclarece:

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende com a terceirização a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos. (MARTINS, 1997, p. 22).

No Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931<sup>7</sup>, julgado pelo Pleno do STF no dia 26/04/2017 (publicado no DJe de 12/09/2017), Relatora Ministra Rosa Weber, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, houve uma análise profunda sobre

<sup>7</sup> Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.



os **benefícios da terceirização**. Apresenta-se apenas parte da ementa do extenso e percuciente julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. **TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO.** RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. (...) 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, **a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor**, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. **A terceirização apresenta os seguintes benefícios:** (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. (...) (grifo nosso) (RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

A bem da verdade é que, no atual estágio de avanço industrial e tecnológico, uma empresa dificilmente consegue ser competitiva sem terceirizar parcela da execução de suas atividades. Não há mais espaço para empresas que desenvolvem, dentro do seu estabelecimento e com a direção pessoal do serviço, todas as fases de sua produção. De maneira bem pragmática, o fato concreto é: a terceirização é um instituto inexorável nas relações trabalhistas hodiernas - do Brasil e do mundo, seja na esfera privada, seja na esfera pública. Por isso deve ser fiscalizada adequadamente e regulamentada pelo Estado, com o intuito de proteger os trabalhadores terceirizados; mas, ao mesmo tempo, sem dificultar demais a sua utilização.

### **3. A terceirização no Brasil e na Administração Pública brasileira**

#### **3.1. O caminhar da terceirização no Brasil**

No Brasil, a primeira norma a tratar sobre terceirização na esfera privada (ainda que de forma limitada e temporária) foi a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que disciplinou o trabalho temporário. Após, tivemos a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que regulamentava a terceirização dos serviços de vigilância e de transporte de valores.

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a primeira súmula que tratou do tema da terceirização no Brasil foi o Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do ano de 1986, que deixava claro que, com exceção dos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Percebe-se, destarte, que a súmula do TST só permitia a relação triangular de trabalho em duas situações específicas: trabalho temporário e vigilância, eis que existiam leis específicas sobre os temas.

Em dezembro de 1993, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que deu um protagonismo maior ao Poder Judiciário, a Súmula 256 foi revista e ampliada, transformando-se na Súmula 331 do TST<sup>8</sup>, com a seguinte redação:

SUM-331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. (TST, redação original - revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994)

Houve críticas sobre o novo enunciado, pois restou ampliado o leque de possibilidades de relação triangular de trabalho. Não seriam mais trabalho temporário e vigilância, apenas. Tudo que fosse atividade meio - *verbi gratia*, conservação, limpeza, copeiragem, recepção, reprografia - desde que não houvesse pessoalidade e nem subordinação direta, poderia ser terceirizado.

Ademais, também houve críticas a respeito da responsabilidade subsidiária (inspirada no art. 455 da CLT), pois o tipo de responsabilidade que mais protegeria o trabalhador terceirizado seria a responsabilização solidária do tomador de serviços (sem benefício de ordem).

De 1993 até 2017, a terceirização, salvo legislações esparsas, era disciplinada pela Súmula 331 do TST. Com as mudanças das leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017,

<sup>8</sup> Disponível em [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html). Acesso em 21 jan. 2022.

ambos os institutos – trabalho temporário e terceirização geral – passaram a ser disciplinados no mesmo instrumento legal, qual seja, a Lei nº 6.019 de 1974.

Essa lei, com as alterações de 2017, expressamente permite a terceirização da atividade fim, ao contrário da Súmula 331 do TST que só permitia a terceirização da atividade periférica (que não se encontrava no eixo principal da empresa).

O artigo 4º-A da referida lei, após a modificação trazida pela Lei nº 13.467/2017, considera a prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. Giza-se a expressão “inclusive sua atividade principal”.

Analisando essas mudanças, o Supremo Tribunal Federal chancelou, por maioria (7 a 4), a terceirização da atividade fim. O Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 958.252<sup>9</sup>, julgado pelo Pleno do STF no dia 30/08/2018 (publicado no DJe de 13/09/2019), Relator Ministro Luiz Fux, assim ficou ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE DA “TERCEIRIZAÇÃO”. ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB). RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA. PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB). CONSECTÁRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB). VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DA NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE ESTRITA DE MEDIDA RESTRITIVA COMO ÔNUS DO PROPONENTE DESTA. RIGOR DO ESCRUTÍNIO EQUIVALENTE À GRAVIDADE DA MEDIDA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDADA JURISPRUDENCIALMENTE. EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA. MANDAMENTO DEMOCRÁTICO. LEGISLATIVO COMO LOCUS ADEQUADO PARA ESCOLHAS POLÍTICAS DISCRICIONÁRIAS. **SÚMULA 331 TST. PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO. EXAME DOS FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS. DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADE-MEIO” IMPRECISA, ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL**

<sup>9</sup> Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>. Acesso em: 21/01/2022.

**COM A ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM. EFEITOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, TURNOVER E CRESCIMENTO ECONÔMICO. INSUBSISTÊNCIA DAS PREMISSAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à proibição da terceirização de atividades-fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada. 2. **Interesse recursal subsistente após a aprovação das Leis n.º 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais modificaram a Lei n.º 6.019/1974 para expressamente consagrar a terceirização das chamadas “atividades-fim”, porquanto necessário não apenas fixar o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula n.º 331 do TST quanto ao período anterior à vigência das referidas Leis, como também deliberar a respeito da subsistência da orientação sumular do TST posteriormente às reformas legislativas. (...) 10. A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. (...) 25. Recurso Extraordinário a que se dá provimento para reformar o acórdão recorrido e fixar a seguinte tese: “É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”.** (RE 958.252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019)**

Já na ADPF nº 324<sup>10</sup>, Relator Ministro Roberto Barroso, julgada **em conjunto** com o RE 958.252, restou fixada tese ainda mais explícita sobre a licitude e a constitucionalidade da terceirização da atividade fim. Observam-se trechos da ementa:

Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. **Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade.** 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. **Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993).** 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: “1. **É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.** 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por

<sup>10</sup> Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.

obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993". 8. **ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio.** Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado. (ADPF 324, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

Por todo o exposto, dúvidas não há mais: atualmente, a terceirização no Brasil (seja da atividade meio, seja da atividade fim) possui base legal específica e foi ratificada pela Magna Corte.

167

### 3.2. A terceirização na Administração Pública brasileira

A terceirização na esfera pública difere um pouco da terceirização na esfera privada. Primeiramente, impende ressaltar que a própria nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) define o termo "Administração Pública" englobando a administração direta e indireta "da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas" (art. 6º, III).

Embora a Lei nº 6.019/1974 e os supracitados julgados do STF não tenham abordado a questão, a terceirização da atividade fim dentro da administração pública brasileira encontra inúmeros obstáculos, até de ordem constitucional.

Algumas atividades da administração pública são simplesmente indelegáveis e, portanto, fora do âmbito de terceirização. Atividades que envolvam poder de polícia ou poder jurisdicional, por exemplo, são exclusivas de agentes estatais. Dessa maneira, não é possível terceirizar as atividades desenvolvidas pelos policiais, pelos agentes e fiscais tributários, pelos magistrados etc.

Ademais, algumas atividades possuem assento constitucional. Por exemplo, as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública), como o próprio nome indica, em razão da sua essencialidade e da imprescindibilidade na prestação jurisdicional, também estão fora da seara de terceirização. Além disso, caso

haja a transferência dessas funções para uma empresa prestadora de serviços, também ocorrerá violação ao princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II).

Por fim, várias funções da administração pública fornecem acesso a informações estatais estratégicas ou confidenciais. Destarte, não é de bom alvitre permitir que um empregado terceirizado (que não possui vínculo algum com a administração pública) tenha acesso a essas informações.

Nessa mesma linha, o Decreto Federal nº 9.507<sup>11</sup> de 21/09/2018 apresenta várias vedações para a terceirização (execução indireta) dentro da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Visualiza-se:

**Art. 3º Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:**

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º Os **serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios** de que tratam os incisos do caput **poderão ser executados de forma indireta**, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. (grifo nosso)

Ainda nessa mesma direção, mas dessa vez com aplicação para toda a Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal), o art. 48 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) preceitua que poderão ser objeto de execução por terceiros (terceirização) as atividades "**materiais acessórias**,

<sup>11</sup> Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17). Acesso em: 21 jan. 2022.



**instrumentais ou complementares** aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade”. Destarte, no âmbito da Administração Pública brasileira, a terceirização da atividade fim é rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Por sua vez, é regra geral a terceirização dos seguintes serviços acessórios da Administração Pública: limpeza, copeiragem, vigilância, recepção, transportes, telecomunicações, manutenção predial, ascensorista, reprografia e informática.

O antigo (e ainda em vigor) Decreto-Lei 200 de 25/02/1967<sup>12</sup> já indicava a tendência de descentralização e de terceirização na Administração Pública, inclusive com os seus benefícios, ao prescrever que, *in verbis*.

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada. (...) § 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução. (grifo nosso)

Além das vantagens já apresentadas na seara privada, no âmbito da Administração Pública, há outros motivos de relevância para a terceirização: (i) menor custo para a execução dos serviços, eis que os terceirizados não serão empregados ou servidores públicos, de sorte que não entrarão no regime próprio de previdência e nem contarão com os direitos e garantias das legislações estatutárias; (ii) utilização de seu quadro qualificado de empregados/servidores, concursados e com altos salários, nas atividades principais do órgão (foco e gestão); (iii) fiscalização da entrega do serviço final (e não da mão de obra); (iv) falta de mão de obra suficiente e preparada na Administração Pública para ser a real empregadora, com poder diretivo e punitivo, bem como para fazer todos os cálculos trabalhistas (férias, 13º, FGTS, TRCTs etc.).

<sup>12</sup> Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em 22 jan. 2022.

Outra diferença significativa entre a terceirização na esfera privada para a esfera pública é que a Administração Pública não seleciona (ao seu juízo e gosto) a empresa prestadora de serviço. A seleção da empresa ocorrerá, em regra, por meio de licitação pública, regida pela Lei nº 14.133/2021. Abre-se a licitação e a empresa que preencher todos os pontos do edital, sob os critérios elegidos pela Administração, vencerá o certame e, assinado o contrato administrativo (e não um contrato privado), prestará o serviço posto à terceirização em um dos órgãos da administração pública.

### 3.3. A responsabilização do ente público e a culpa *in vigilando*

Um dos pontos mais sensíveis da terceirização na administração pública trata-se da responsabilização subsidiária do ente público. Considerando que o ente público seleciona a empresa prestadora do serviço por meio de licitação pública, não é possível atribuir culpa *in eligendo* na escolha da empresa.

O artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 preceitua (a lei continua vigente até 01/04/2023) que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Inclusive esse dispositivo foi apreciado pelo STF, em 2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16<sup>13</sup>, que resultou na seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. *Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica.* Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. *É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995.* (grifo nosso) (ADC 16, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011)

<sup>13</sup> Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.

Após o julgamento do STF, dando ênfase na impossibilidade da “transferência consequente e automática” dos encargos, o Tribunal Superior do Trabalho, em maio de 2011, revisou a sua Súmula 331<sup>14</sup> para inserir os incisos V e VI no Enunciado, em linha com o julgamento do Supremo. Visualiza-se:

171

Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.(...) V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem *subsidiariamente*, nas mesmas condições do item IV, *caso evidenciada a sua conduta culposa* no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na *fiscalização* do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade *não decorre de mero inadimplemento* das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (TST, Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

Essa ainda é a redação atual da Súmula 331 do TST. Já no ano de 2017, muito em razão da recalcitrância do TST, o Supremo Tribunal Federal novamente se debruçou sobre o tema, no seio do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931<sup>15</sup>, julgado pelo Pleno do STF no dia 26/04/2017, Relatora Ministra Rosa Weber, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, para ratificar o entendimento de que a Administração Pública só será responsabilizada subsidiariamente se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Verificam-se trechos da ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. *TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO*

<sup>14</sup> Disponível em

[https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html). Acesso em 21 jan. 2022.

<sup>15</sup> Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.

ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. (...) 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas. 8. *Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010.* 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: “O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”. (grifo nosso) (RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

O artigo 121 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) não seguiu outro caminho. Também deixa claro que, em regra, a Administração Pública não será responsabilizada. Poderá sim ser responsabilizada, excepcionalmente, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, caso haja falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, de forma solidária para os encargos previdenciários e de forma subsidiária (com benefício de ordem) para os encargos trabalhistas. Traga-se à baila a novel legislação:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º *Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*, a Administração responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas *se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado*. (grifo nosso)

Pelo exposto, resta claro concluir que a responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização está intrinsecamente atrelada à fiscalização contratual: caso haja culpa *in vigilando*, ou seja, falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, a Administração Pública poderá ser responsabilizada. Por isso, é importante examinar e aplicar as ferramentas apresentadas pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e, assim, evitar a responsabilização do ente público, entre outros prejuízos.

#### **4. A nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) e a fiscalização dos contratos de terceirização na Administração Pública**

##### **4.1. Inadimplência das verbas trabalhistas e fiscalização contratual**

Consoante já afirmado, o grande percalço da terceirização na Administração Pública chama-se inadimplência das verbas trabalhistas. Basta observar o número significativo de processos sobre o tema que tramita na Justiça do Trabalho.

Relembra-se: caso a empresa terceirizada não arque com os créditos trabalhistas dos empregados, a Administração Pública, como tomadora dos serviços,

pode ser responsabilizada subsidiariamente, caso haja falha na fiscalização do contrato administrativo. Ou seja, o ente público paga dobrado (caso condenado judicialmente) - para a empresa inadimplente e para o empregado. Por sua vez, o empregado terceirizado, indubitavelmente o mais frágil nessa relação triangular, recebe atrasado - o processo judicial leva anos, às vezes décadas -, via precatório ou requisição de pequeno valor e ainda com o desconto dos honorários advocatícios (tudo isso caso consiga êxito na demanda).

Para agravar o cenário, caso haja paralisação do serviço terceirizado que seja essencial para a continuidade do órgão, pode ocorrer a interrupção do serviço público, com prejuízo explícito para toda a sociedade. Por exemplo, como um hospital público consegue funcionar sem o serviço de limpeza terceirizada? Como uma escola pública consegue funcionar sem o serviço de vigilância noturna?

Por fim, podem-se ponderar também os danos indiretos, como a sobrecarga do Poder Judiciário e o custo da máquina judicial. Um processo judicial que busca o pagamento dos créditos trabalhistas devidos ao empregado terceirizado envolve, invariavelmente: um advogado privado, um juiz trabalhista e um advogado público. Também pode envolver um Procurador do Ministério Público do Trabalho, caso haja interesse público envolvido. Em regra, esses processos levam anos e chegam até o Tribunal Superior do Trabalho, depois de passar pela Vara Trabalhista e pelo Tribunal Regional do Trabalho respectivo.

Enfim, o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada nos contratos de terceirização na Administração Pública é o pior dos mundos: tanto no mundo jurídico, quanto no mundo fático.

Na prática<sup>16</sup> e de forma bem objetiva, a grande maioria dessas empresas que prestam serviços terceirizados à Administração Pública é dependente de novos contratos administrativos. Elas assinam um contrato novo para pagar os débitos de um contrato

---

<sup>16</sup> Considerando que já ocupei o cargo de Advogado da União com lotação na área trabalhista e considerando que hoje ocupo o cargo de Procurador do Distrito Federal há vários anos (também com lotação na área trabalhista), posso considerar que tenho certa experiência prática no assunto da terceirização dentro da Administração Pública.

antigo. Quando elas perdem uma licitação ou não conseguem renovar o contrato, em regra, bem no aniversário de um ano dos empregados terceirizados – momento do pagamento do décimo terceiro e do início do período concessivo de férias – as empresas percebem a “quebra” iminente, pegam a última fatura do contrato administrativo e simplesmente “desaparecem” no mundo fático.

Anos depois, se nota que os antigos donos dessa empresa terceirizada “desaparecida” constituíram uma nova pessoa jurídica, por meio de “laranjas” ou “testas de ferro”, para participar de novas licitações em outros órgãos públicos. Ficam pulando de órgão em órgão da administração pública, por meio de pessoas jurídicas distintas, gerando enormes problemas para o empregado terceirizado, para o ente público e para a coletividade.

Além de haver uma quebra de continuidade na prestação do serviço terceirizado (muitas vezes exigindo da Administração Pública uma contratação emergencial, sem licitação, para cobrir o “buraco”), ainda há o mais revoltante: aquele empregado terceirizado, o mais humilde e o mais vulnerável de toda essa cadeia de terceirização, não consegue receber o seu devido décimo terceiro (gratificação natalina) e nem tirar férias. Em verdade, muitas vezes não consegue receber nem as verbas trabalhistas básicas de uma rescisão contratual, como a multa do FGTS e as contribuições previdenciárias. É corriqueiro o cenário de o empregado terceirizado ser obrigado a entrar na Justiça para considerar rescindido o seu contrato de trabalho e pleitear tudo via verbas rescisórias.

É justamente para evitar esse cenário catastrófico que a fiscalização dos contratos de terceirização na Administração Pública deve ocorrer de forma habitual, incisiva e efetiva, utilizando-se dos instrumentos apresentados pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para se certificar do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços (contratada).

4.1. As ferramentas trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na Administração Pública

Essas ferramentas estão apresentadas em um rol enumerativo (não taxativo) no art. 121, §3º, da referida lei, em uma redação que facilita o entendimento do fiscal do contrato de terceirização, senão vejamos:

Art. 121. § 3º *Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:*

I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;

II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;

III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;

IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;

V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador. (grifo nosso)

Primeiramente, deve-se entender o que se conceitua por contratação de “serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”. A própria lei (art. 6º, XVI) define que são aqueles serviços cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.



Por conseguinte, são os contratos típicos de terceirização na Administração Pública. O Professor Matheus Carvalho, em seu recente livro “Nova Lei de Licitações Comentada” assim esclarece:

Esses serviços são caracterizados pelo fato de que a empresa contratada deve obrigatoriamente disponibilizar empregados que ficarão à disposição do órgão contratante para execução de atividades objeto do contrato em suas dependências. Imagine, a título de exemplo, *contratos de vigilância ou de recepcionistas*, em que os empregados da empresa ficarão à disposição do ente público durante toda a vigência do contrato, sendo que esse empregado não prestará serviço, ao mesmo tempo, em mais de um órgão. Por fim, é importante destacar que não poderá haver subordinação desses empregados aos agentes públicos, devendo essa fiscalização ficar a cargo da própria empresa, por meio de seus encarregados. *Trata-se de terceirização de mão de obra que terá o ente público como tomador de serviço.* (...) (grifo nosso) (CARVALHO, 2021, p. 62).

Todavia, é importante rememorar: terceirização não envolve personalidade e nem subordinação direta. Embora a lei exija que “o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos” (art. 6º, XVI), isso não configura personalidade e nem subordinação direta.

Aliás, a recente lei, de forma muito bem vinda, apresentou uma série de proibições nos contratos de terceirização na administração pública (art. 48) que prestigia (enormemente) os princípios da impessoalidade e da moralidade nesse tipo de contratação, bem como reforça a ausência de personalidade e de subordinação na terceirização. Trata-se de uma novidade deveras alvissareira. Observa-se:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:

I - indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;

II - fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;

III - *estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;*

IV - definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;

V - demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;

VI - prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação. (grifo nosso)

A primeira medida apresentada pela lei para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada é a exigência de “caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas” (art. 121, §3º, I). Essas três opções são garantias contratuais (art. 96) que podem ser exigidas, caso a caso, a critério da autoridade competente, mediante previsão no edital.

Destaca-se que as exigências de garantias no edital ou no contrato devem observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Exigir uma garantia excessivamente onerosa pode afastar eventuais interessados e ir de encontro ao princípio da competitividade (art. 5º). Por isso que a lei deixa clara que as garantias contratuais devem ter “cobertura para verbas rescisórias inadimplidas” (art. 121, §3º, I).

Caução é o depósito em dinheiro ou em títulos da dívida pública. Fiança bancária é a garantia emitida por banco ou outra instituição financeira. Seguro garantia é a apólice que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento (art. 97). Ressalta-se que o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência do contrato mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora.

A segunda ferramenta apresentada pela lei é condicionar o pagamento da fatura à empresa terceirizada mediante a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato (art. 121, §3º, II). Ou seja, todo mês, antes do pagamento da fatura, o fiscal do contrato deverá exigir a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas vencidas (dos meses anteriores) de todos os empregados terceirizados relativos ao contrato.

Entende-se que, em prestígio ao princípio da publicidade, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, essa ferramenta - vinculação do pagamento da fatura à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas - deva ter previsão no edital e no contrato administrativo.

Trata-se de uma boa medida para diminuir o risco de inadimplência de verbas trabalhistas dos empregados terceirizados. Todavia, considerando que a comprovação se dá pela quitação das obrigações vencidas, é possível imaginar o cenário que a empresa prestadora de serviço pague corretamente todas as verbas trabalhistas até o penúltimo mês do contrato e, ao receber a última fatura mediante comprovação dos pagamentos anteriores, simplesmente “desaparece” no mundo fático e jurídico. Por isso, o risco maior nesses contratos de terceirização se dá exatamente no pagamento da última fatura vinculada ao contrato.

A terceira ferramenta (certamente a mais utilizada) trata-se do instituto da conta vinculada. Conta vinculada nada mais é que uma conta depósito específica, aberta em nome da empresa contratada, e com movimentação apenas quando autorizada pelo órgão contratante, em que a Administração Pública provisionará as verbas referentes a: (i) décimo terceiro (gratificação natalina); (ii) férias com terço constitucional; (iii) multa de 40% do FGTS (no caso de rescisão sem justa causa); (iv) contribuições previdenciárias (referentes ao caso de rescisão sem justa causa); e, por fim, (v) encargos sobre férias e décimo terceiro, de todos os empregados terceirizados vinculados ao contrato.

Chama-se conta vinculada porque o dinheiro depositado está vinculado ao pagamento das verbas supraindicadas e a movimentação da conta ocorre apenas quando autorizada pelo órgão ou entidade contratante, mediante comprovação das

despesas por parte da empresa contratada. Não se trata, portanto, de um fundo de reserva ou de uma garantia contratual.

É uma espécie de pagamento diferido: a Administração Pública deposita valores antecipadamente e a liberação dos valores para a empresa contratada só ocorre quando da ocorrência das obrigações trabalhistas futuras.

Muito importante registrar que a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) deixa claro e expresso que os valores depositados na conta vinculada são “absolutamente impenhoráveis” (art. 121, §4º).

Apenas a título ilustrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, o item 14, do Anexo XII, da Instrução Normativa nº 05, de 25/05/2017<sup>17</sup>, apresenta os percentuais de provisionamento incidentes sobre a remuneração que variam entre 32,82% a 33,25%. Na esfera da Administração Pública do Distrito Federal, o Decreto Distrital nº 34.649, de 10/09/2013<sup>18</sup> apresenta o percentual de 30,83% de contingenciamento incidente sobre a remuneração.

Por fim, novamente, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, entende-se que a ferramenta da conta vinculada deva ter previsão no edital e no contrato administrativo, em prestígio ao princípio da confiança e da publicidade.

A quarta ferramenta, apresentada no quarto inciso do artigo 121, §3º, da Lei nº 14.133/2021, constitui o instituto do pagamento direto. É dizer: constatada a inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, a Administração Pública poderá reter o pagamento da fatura à empresa contratada e utilizar esse dinheiro para o pagamento direto aos empregados terceirizados vinculados ao contrato.

Essa ferramenta deve ser utilizada com muita cautela por parte da Administração Pública. A um, porque, em regra, o órgão público não possui mão de obra suficiente e preparada para fazer todos esses cálculos trabalhistas e, segundo o brocardo

<sup>17</sup> Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/INn05de26de2017Hiperlink.pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

<sup>18</sup> Disponível em [http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto\\_34649\\_10\\_09\\_2013.html](http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto_34649_10_09_2013.html). Acesso em 22 jan. 2022.

jurídico (com inspiração no art. 308 do CC/2002<sup>19</sup>), “quem paga mal paga duas vezes”. A dois, porque a Administração Pública não consegue fazer a emissão das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS em substituição à empresa terceirizada, uma vez que esta é a única responsável legal com possibilidade de realizar tal ação.

Destarte, se a ferramenta não for utilizada com muito cuidado, é bem provável o cenário de a Administração Pública pagar diretamente ao terceirizado e, futuramente, ainda ser demandada judicialmente para discussão sobre pagamento equivocado ou incompleto. De qualquer sorte, considerando que houve a constatação de inadimplência das obrigações trabalhistas, recomenda-se que os fiscais do contrato notifiquem as irregularidades à Receita Federal, ao Ministério do Trabalho, ao Ministério Público do Trabalho e ao Sindicato obreiro da categoria, bem como proceda à aplicação das sanções previstas no contrato administrativo assinado.

A quinta e última ferramenta apresentada pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) trata-se do instituto do pagamento pelo fato gerador. A Administração Pública pode estabelecer (no edital ou no contrato<sup>20</sup>) que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados terceirizados vinculados ao contrato serão pagos à empresa contratada somente na ocorrência do fato gerador.

Considerando que são valores referentes a eventos futuros e incertos, só serão pagos após efetivamente ocorridos e na proporção dos valores correspondentes. É uma ferramenta que está muito próxima da ferramenta da conta vinculada. A diferença é que a Administração Pública reterá os valores referentes a essas verbas e só pagará à empresa contratada após as efetivas ocorrências dos respectivos fatos. Ao contrário da conta

<sup>19</sup> Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

<sup>20</sup> Novamente, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, entende-se que a ferramenta do pagamento pelo fato gerador deva ter previsão no edital e no contrato administrativo, em prestígio ao princípio da confiança e da publicidade.

vinculada, não há depósito prévio em uma conta em nome da empresa contratada. O dinheiro permanece com a Administração Pública.

No seio da Administração Pública Federal, há o documento intitulado “Caderno de Logística – Pagamento pelo Fato Gerador<sup>21</sup>” que apresenta, em sua introdução, uma elucidativa explicação das razões para se utilizar dessa ferramenta. Visualiza-se:

Ademais, essa nova metodologia do *Pagamento pelo Fato Gerador* se insere como um dos controles internos que podem ser adotados para o tratamento dos riscos relativos ao descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, quando se propõe que *a Administração se responsabilize tão somente pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos que muitas vezes não se realizam e que oneram em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra*, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, auxílio maternidade e paternidade, dentre outros. Ou seja, caso não comprovados os eventos trabalhistas, dentre outros futuros e incertos, que dariam ensejo ao pagamento pela Administração, tais eventos não comporão os custos finais para pagamento do contrato, de modo que *os respectivos recursos permanecem nos cofres públicos*. (Pagamento pelo fato gerador / Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Gestão. - Brasília: MP, 2018. Caderno de Logística).

Como são eventos futuros e incertos, especialmente as ausências legais (licença maternidade, licença paternidade etc.), ao longo da execução contratual, é bem provável que haverá meses em que não ocorrerão eventos passíveis de pagamento pelo fato gerador. Logo, como não há direito adquirido de pagamento à empresa contratada sem a comprovação das efetivas ocorrências, os eventos nem serão contabilizados. Para esses meses, a Administração Pública pagará somente os custos ordinários, tais como remuneração, encargos, benefícios, insumos necessários à execução da atividade etc. Eventual saldo orçamentário no final da vigência do contrato com a empresa prestadora de serviço não será objeto de liberação ou de repasse à empresa contratada. Em suma, paga-se sim, mas de acordo e na proporção da ocorrência dos fatos geradores.

<sup>21</sup> Disponível em [https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato\\_gerador.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato_gerador.pdf). Acesso em 22 jan. 2022.

## Considerações finais

Não é (e nunca foi) tarefa fácil ser fiscal de contrato de terceirização na Administração Pública brasileira. Qualquer pequeno descuido e o fiscal pode ser responsabilizado nas esferas administrativa, civil e penal, inclusive com patrimônio pessoal. Pesa sobre sua cabeça a espada de Dâmoçles de todos os órgãos controladores: Tribunais de Contas, Controladorias, Corregedorias, Ministério Público, etc. E, ordinariamente, esses órgãos controladores possuem melhor estrutura e equipe técnica mais preparada que as dos órgãos controlados.

Por isso é muito importante que o fiscal do contrato conheça todos os instrumentos trazidos pela legislação brasileira para evitar descumprimentos por parte da empresa contratada. Especificamente no seio dos contratos de terceirização na Administração Pública, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) trouxe cinco ferramentas deveras úteis para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados.

Não são ferramentas verdadeiramente inéditas. Ao menos na Administração Pública federal, as ferramentas já eram apresentadas (ainda que superficialmente) pela Instrução Normativa nº 05, de 25/05/2017 e pelo Decreto Federal nº 9.507, de 21/09/2018. O que é novidade são o veículo normativo (lei nacional com aprovação pelo Congresso Nacional), o detalhamento das ferramentas (redação legal bem elucidativa) e o âmbito de aplicação (toda a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Por conseguinte, é bem provável que a grande maioria dos fiscais de contratos de terceirização no Brasil não possui conhecimento desses instrumentos, mesmo com a publicação da Lei nº 14.133/2021.

Sendo bem utilizadas, as ferramentas podem ser sim muito eficazes para se evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na Administração Pública e, dessa maneira, também podem ser eficazes para afastar as já conhecidas consequências trágicas desse problema.

É uma atuação preventiva da Administração Pública, mas que não elimina o risco por completo. O risco permanece, ainda que reduzido. Na verdade, são instrumentos de gerenciamento, de mitigação e de redução do risco de inadimplência nos contratos de terceirização na Administração Pública.

Ousa-se concluir que a utilização das referidas ferramentas é um poder dever do fiscal do contrato e a sua não utilização deva ser justificada e fundamentada, caso a caso, considerando sempre os princípios apresentados no artigo quinto da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), em especial os da proporcionalidade, da razoabilidade, da competitividade e da segurança jurídica.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm). Acesso em 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17). Acesso em 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Acesso em 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del0200.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm). Acesso em 22 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/INn05de26de2017Hiperlink.pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l6019.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm). Acesso em 22 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm). Acesso em 19 jan. 2022.



\_\_\_\_\_. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em:  
[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm). Acesso em 21 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Relator: Min. Cezar Peluso. Data do julgamento: 24/11/2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false> . Acesso em: 21 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 30/08/2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931. Relatora: Min. Rosa Weber, Redator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 26/04/2017. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false> . Acesso em: 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 958.252. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 30/08/2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>. Acesso em: 21/01/2022.

\_\_\_\_\_. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas\\_com\\_indice/Sumulas\\_Ind\\_301\\_350.html#SUM-331](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331) . Acesso em 20 jan. 2022.

\_\_\_\_\_. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Pagamento pelo fato gerador. Brasília, MP 2018. Caderno de Logística. Disponível em: [https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato\\_gerador.pdf](https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato_gerador.pdf). Acesso em 22 jan. 2022.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 34.649, de 10 de setembro de 2013. Disponível em: [http://sinj.tc.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto\\_34649\\_10\\_09\\_2013.pdf](http://sinj.tc.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto_34649_10_09_2013.pdf). Acesso em 19 jan. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Nova Lei de Licitações Comentada**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

HUGO, VICTOR. **Les Misérables**. França: Editora A. Lacroix, Verboeckhoven & Ce., 1862.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta Encíclica *Laborem Exercens***, 1981. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_14091981\\_laborem-exercens.pdf](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica *Rerum Novarum***, 1891. Disponível em: [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.pdf](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf). Acesso em: 19 jan. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração de Filadélfia**, 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 20 jan. 2022.

## LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, AS RELAÇÕES DE TRABALHO Á LUZ DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

GENERAL DATA PROTECTION LAW, LABOR RELATIONS IN LIGHT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

Mara Ruth Ferraz Ottoni<sup>1</sup>  
(PPGD-MPDS IESB)

Paulo José Leite Farias<sup>2</sup>  
(PPGD-MPDS MPDS)

187

### RESUMO

O presente artigo aborda a proteção dos dados pessoais, como direito da personalidade, diante da Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei 13.709/2018. Apresenta-se uma visão da globalização e da informatização dos dados pessoais e seu compartilhamento massivo. Aborda-se uma comparação com a lei geral de proteção de dados europeia (GDPR) e a base principiológica e fundamentos da Lei brasileira de proteção de dados. Analisa-se os destinatários da norma em comento, seu papel e responsabilidades. Faz-se uma contextualização da legislação especial no direito trabalho e os cuidados com os dados pessoais e sensíveis do trabalhador e implicações ao empregador e a sua visão à luz dos indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável.

**Palavras-Chave:** Globalização. Dados pessoais. Direitos da personalidade. Proteção dos dados pessoais. Direito do Trabalho. Sustentabilidade.

### ABSTRACT

This paper delves into the safeguarding of individual data as an aspect of the right to personality under the General Data Protection Law, Law No. 13,709/2018. It offers an examination of the global integration and digitalization of personal data, along with its extensive dissemination. A comparative analysis is conducted with the European General Data Protection Regulation (GDPR), shedding light on the foundational principles and core tenets of the Brazilian Data Protection Law. The recipients subject to the aforementioned legislation, their roles, and their responsibilities are

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB (PPGD-MPDS). Especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG) e graduação em Direito pela mesma instituição.

ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-5550-7899> Lattes <http://lattes.cnpq.br/2113427514232296>

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Pós-doutorado pela Boston University. Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Professor de Direito da graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitários IESB. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0248-0955> Lattes <http://lattes.cnpq.br/6631572415462774>

meticulously scrutinized. The paper situates specialized regulations within labor law and explores considerations revolving around the personal and sensitive data of workers, coupled with its implications for employers and their standpoint vis-à-vis Brazil's benchmarks for sustainable development objectives.

**Keywords:** Globalization. Personal data. Personality rights. Personal data protection. Labor Law. Sustainability.

## 1. Introdução

Com a era da globalização das relações interpessoais e negociais passou a ser possível a comunicação à distância em tempo real, o armazenamento e processamento instantâneo de informações, e, junto com toda essas ferramentas surgiu também a necessidade de segurança, diante da perda da privacidade com o compartilhamento massivo de dados pessoais ("big data").

Tanto em âmbito governamental quando privado há informatização de dados armazenados em sistemas próprios, que são utilizados para atender e prestar serviços de maneira célere e mais efetiva aos usuários, clientes e cidadãos.

Os dados se tornaram matéria prima dos negócios, usados para uma nova forma de valoração econômica. O novo petróleo são os dados, que passam a ser commodities, mercadorias de alto valor.

Além do mais, o aproveitamento indevido de informações pessoais se tornou frequente, já que as facilidades tecnológicas, sejam no campo social ou profissional, na gestão, pesquisa e captação de dados se tornaram excessivas, chegando aos conjuntos de dados massivos.

A privacidade é um dos direitos fundamentais do indivíduo e muitos questionamentos surgiram em relação ao tratamento desses dados e o destino que vem sendo dado a eles, já que sua valoração econômica aumentou e precisa, dessa forma, ter uma proteção jurídica.

Assim, motivados pela criação do Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR) o Brasil também aprovou sua Lei Geral de Proteção de Dados, através da Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.

O presente artigo buscará fazer uma breve análise dessa proteção de dados como direito fundamental da pessoa humana à luz da Constituição Federal e o tratamento dado na Lei Geral de Proteção de Dados, e sua análise do direito do trabalho bem como frente aos indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável.

## 2. A proteção dos dados pessoais

Com a consolidação da sociedade digital, os dados pessoais, como direito fundamental, foram elevados à categoria especial de proteção jurídica, tendo em vista seu potencial lesivo no caso de uso indiscriminado.

O termo “big data” surgiu em meados dos anos 1990, sendo utilizado por John Mashey, para se referir à manipulação e análise de um grande volume de dados (KITCHIN, 2014, p.99). Dessa forma, o fenômeno do Big Data refere-se ao enorme crescimento na quantidade de dados produzidos no mundo.

Diante do volume e da variedade de dados, torna-se necessário realizar tratamento e análise das informações, para que, efetivamente, possa se extrair o que é útil para a produção de produtos e serviços. Passa-se, então, ser exigível uma gestão dessas informações, com a coleta, organização, controle, disseminação dos dados e seu descarte final.

Na era do Big Data, o tratamento de dados é de fundamental importância para a prospecção de informações úteis, que agregarão valor à atividade econômica da organização. Segundo Mayer-Schönberger e Cukier (2013, p. 7), “[...] quando aumentamos a escala de dados com a qual trabalhamos, ganhamos margem para inovar, o que não era possível quando trabalhávamos com quantidades menores”.

Os dados são fatos que são coletados, armazenados e depois de analisados, se transformarão em informações. As informações, por sua vez, são resultado do tratamento de dados, representando um fato da realidade, com valor para um processo

organizacional. O tratamento dos dados produz utilidade e agrega valor, permitindo que a tomada de decisão seja feita com base em elementos capazes de lhe conferir certeza.

No mesmo diapasão Frank Pasquale (PASQUALE, 2015 p. 9) destaca:

(...) os dados pessoais têm sido utilizados por governos e corporações para a confecção de um espelho de uma única face [one-way mirror], permitindo que tais agentes saibam tudo sobre os cidadãos, enquanto estes nada sabem dos primeiros. E tudo isso acontece por meio de um monitoramento e vigilância constante e detalhada da vida das pessoas, o que caracteriza um capitalismo de vigilância, cuja principal consequência é uma sociedade de vigilância. (PASQUALE, 2015, p. 9)

Ademais, Pasquale apresenta uma solução ao problema ligado ao princípio da transparência que permita a criação não de uma “sociedade de risco exacerbada”, mas sim de uma “sociedade inteligível”. Destaca a necessidade de transparência que favorece *accountability*. Analogamente, com a alegoria da caverna de Platão, há o mundo das sombras da caverna (“black box society”), um visível e outro invisível, mas perceptível pela lente da razão e da transparência que ilumina a verdade.

Nesse contexto de coleta de informações, a pessoa natural se torna extremamente vulnerável, pois quando, por exemplo, efetua uma compra no cartão de crédito, faz uma pesquisa na rede mundial de computadores, cadastra e-mail ou se conecta numa rede social, expõe seus dados pessoais e esses poderão ser utilizados por terceiros, sem que ela tenha domínio ou controle sobre isso, atingindo sua privacidade e intimidade, conceitos que fazem parte da sua própria personalidade como ser humano.

Nos ensinamentos de Pontes de Miranda (2000, p. 216): “Certo, a personalidade em si não é direito; é qualidade, é o ser capaz de direitos, o ser possível estar nas relações jurídicas como sujeito de direito”.

A personalidade é o atributo inerente ao ser humano, mas não exclusivamente a ele, podendo, inclusive a pessoa jurídica ter personalidade, sendo ela que habilita a pessoa a ser titular de relações jurídicas. E sob esse aspecto da personalidade que ela se

mostra como valor, e como consequência, é objeto de direito a ser tutelado, devendo ser inclusive protegidos a vida privada e a intimidade.

Segundo Pinheiro:

O Conselho da Europa disciplinou o tratamento de dados pessoais desde 1973, através da Resolução nº 22 de 1973 e da Resolução nº 29 de 1974, ambas versando sobre princípios para proteção de informações pessoais em bancos de dados automatizados, no setor público e privado. Contudo, o tratamento mais abrangente da matéria no âmbito da União Europeia foi realizado em 1995 através da Diretiva nº 46, que foi sucedida pelo Regulamento Geral da Proteção de Dados, GDPP (sigla em inglês), o qual entrou em vigor em 25 de maio de 2018. (PINHEIRO, 2022, p.35).

O novo regulamento europeu, assim como o antigo, demonstra toda a preocupação com a questão da privacidade e da proteção de dados, tendo, na prática, um alcance internacional, em razão da globalização em seu contexto econômico internacional.

No Brasil, apesar de não haver, até 2018, uma legislação específica sobre a proteção de dados, tínhamos a privacidade e intimidade inseridos como direitos fundamentais (artigo 5º, X da CF/88), e ainda a proteção e sigilo dos dados e correspondência, no artigo 5º, XII da Constituição Federal.

Em relação aos Bancos de Dados, há nos artigos 43 a 45 do Código de Defesa do Consumidor menção expressa sobre a abertura e divulgação de dados dos consumidores, bem como a Lei nº 9.507, de 12.11.1997 (Habeas Data); Lei nº 12.414, de 9.06.2011 (Cadastro Positivo); Lei nº 12.527, de 18.11.2011 (Lei do Acesso à Informação); e Lei nº 12.965, de 23.04.2014 (Marco Civil da Internet).

Na busca de uma proteção mais específica sobre o tratamento dos dados pessoais, surge então a Lei 13.708/2018, marcadamente influenciada pela GDPR, sendo que a lei europeia é mais detalhada que a brasileira, tendo aquela 99 artigos, e disciplina dos mais diversos aspectos de tratamento os dados pessoais, o artigo 88 voltado exclusivamente para os dados do trabalho bem como o artigo 30 §2º,5, que dispensa

empresas com menos de 250 pessoas de possuir um registro de atividades de tratamento de dados.

Já a Lei 13.709/2018 é bem mais enxuta, trazendo princípios e regras que já entraram em vigor em 18/09/2020, exceto em relação às sanções administrativas, que passarão a valer somente em 01/08/2021.

No artigo 1º da Lei brasileira há previsão de que ela terá aplicação para tratamento de dados pessoais, com objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade, decorrentes da personalidade da pessoa natural.

Essa ideia é reforçada pelo artigo 5º, I que dispõe que se considera dado pessoal a informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável.

O grande objetivo da lei, em linhas gerais, é proporcionar maior segurança jurídica no tratamento dos dados pessoais da pessoa natural, tratamento esse feito pelos controladores dos dados e operadores, fixando bases claras para proteção e garantia do direito fundamental.

Deve ser considerado que essa proteção abarca todo o ciclo de vida do dado, desde sua coleta até seu descarte, envolvendo fases que devem ser desenvolvidas de acordo com a lei geral de proteção dos dados.

Podemos entender que a Lei Geral de Proteção de Dados não se debruçou a regular, de forma específica, a questão envolvendo empregados e empregadores. Mas sim às relações jurídicas de forma genérica envolvendo qualquer manuseio de dados ou informações entre pessoas naturais detentoras dos dados e as pessoas naturais ou jurídicas, que de alguma forma, têm acesso a tais dados. Ou seja, o campo de aplicação é voltado, precipuamente, às relações de consumo ou comerciais.

### **3. Fundamentos e princípios da lei 13.709/2018**

Em relação aos fundamentos da Lei Geral de Proteção de Dados, o artigo 2º traz o respeito à privacidade, podendo ser entendido como direito fundamental já garantido, inclusive, constitucionalmente; inviolabilidade da intimidade, honra e imagem;



autodeterminação informativa, ao trazer direito do cidadão de decidir se quer ou não informar seus dados, de forma a controlar esses dados e assim, ter direito à proteção dos seus dados pessoais e íntimos; liberdade de expressão, informação, comunicação e opinião, que estão também previstos constitucionalmente; desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, na busca de uma segurança jurídica; a livre iniciativa, livre concorrência e defesa do consumidor, voltadas para todo o setor privado e finalmente o respeito aos direitos humanos, livre desenvolvimento da personalidade, dignidade e exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

Além de fundamentos, a LGPD traz dez princípios que devem orientar as operações de tratamento de dados em seu art. 6º, na íntegra:

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas

A boa fé no tratamento dos dados pessoais deve ser considerada como alicerce na lei geral de proteção de dados, bem como todos os outros princípios expressos no artigo 2º, já que são eles que trazem a dimensão ético-valorativa da lei e servem como base para a implementação de toda a lei, em termos práticos e efetivos.

Ao tratarmos dos princípios da finalidade, adequação e necessidade, temos sempre que considerar que para que os dados sejam exigidos e tratados há necessidade de que sejam com propósitos legítimos, específicos e informados ao titular, adequando tais dados ao contexto de inserção, sem possibilidade de que sejam utilizados para qualquer outra finalidade diferente da informada ao titular do dado e desde que tais dados sejam tratados para a finalidade específica e necessários, sem possibilidade de modificação posterior, salvo por expresso consentimento do usuário.

Além do mais, há o princípio da responsabilização pelo uso inadequado dos dados disponibilizados, que é, inclusive, reforçado por outras disposições da própria lei.

#### 4. Os destinatários da lei 13.709/2018

Em relação às pessoas envolvidas e mencionadas pela Lei Geral de Proteção de dados, o artigo 5º traz conceitos e destinatários da norma, tendo como figura central a pessoa natural, que é o **titular dos dados** que serão tratados e protegidos. Temos ainda os agentes de tratamento dos dados, sendo eles o **controlador**, que pode ser pessoa física ou jurídica, com poder decisório sobre o tratamento dos dados, já que é ele quem

coleta os dados pessoais, e o **operador**, que realiza o tratamento em nome do controlador.

Segundo FEIGSON, a LGPD não exige que o controlador e o operador sejam pessoas distintas, podendo haver cumulação de funções. (2019, p.22)

Além dessas figuras, ainda há o **encarregado**, pessoa indicada pelo controlador, com função de atuar como um canal de comunicação entre aquele e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, tendo suas funções definidas no artigo 41, §1 da LGPD.

Finalmente, temos a figura da **Autoridade Nacional de Proteção de Dados**, que é o órgão da administração pública responsável pela implementação e fiscalização da aplicação da LGPD.

## 5. Implicações da lei geral de proteção de dados no direito do trabalho

Conforme já levantado acima, apesar da Lei Geral de Proteção de Dados não trazer nenhum dispositivo expresso que trate expressa e especificamente à proteção de dados da pessoa natural nas relações de trabalho, não há dúvidas que se aplica a tais relações, tendo em vista que o próprio artigo 1º menciona que se destina a proteger o tratamento de dados pessoais das pessoas naturais, com objetivo de proteger direitos fundamentais de liberdade e privacidade.

Somente estão excluídos da aplicação da LGPD as pessoas e situações descritas no artigo 4º da Lei, ou seja: a) relações com fins particulares e não econômicos; b) fins jornalísticos e artísticos; c) fins acadêmicos e d) segurança pública.

Assim, após a exclusão descrita no artigo 4º, ela não faz qualquer distinção quanto porte do empreendimento ou ao número de dados a ser manuseado e tratado. Ela valerá para qualquer estabelecimento, seja ele físico ou virtual.

No âmbito específico da relação de trabalho, o titular de dados pessoais será, quase sempre, o empregado, mas também pode ser aplicado aos terceirizados, autônomos e demais prestadores de serviços. (PINHEIRO, 2022, p. 42).

Nesse ponto, há que se considerar que, nas relações de trabalho, desde a fase de pré-contratual até o fim da relação contratual, há vários dados pessoais que precisam e são apresentados pelo candidato à vaga de emprego à empresa, como curriculum, até a fase em que ele é contratado, em que são apresentados e armazenados documentos, para cumprimento de determinações legais, até o momento em que ele deixa de ser funcionário/prestador, com o término do contrato de trabalho, seja por qualquer motivo.

Ao analisar, num contexto trabalhista, os destinatários da LGPD, temos que os **titulares dos dados** tratados e protegidos (artigo 5º,V), é a pessoa natural, ou seja, o próprio candidato ao emprego, o **empregado** ou o prestador de serviços.

O **controlador dos dados** (artigo 5º, VI) é o **empregador**, visto que é ele quem recebe os dados e tem o poder decisório de entender se aqueles dados serão tratados.

O **operador dos dados** (artigo 5º,VII), ou seja, quem faz o tratamento desses dados, é o empregador que o faz ou contrata alguém para fazer em seu lugar. Nesse ponto, deve-se levar em consideração que o empregado contratado não deve ser considerado como controlador, visto que está fazendo o tratamento em nome e sob as ordens do controlador/empregador e dessa forma, não é justo nem legítimo que seja responsabilizado, nos termos do artigo 42§1º da LGPD.

Já o **encarregado**, nos termos do artigo 5º, VIII e especificamente na relação de trabalho, deve ser alguém apto e com capacidade para a "due diligence" bastante cuidadosa, visto que fará uma ponte entre o Contrador/Empregador e o Órgão governamental de fiscalização de aplicação das normas da LGPD e deverá adotar as providências para seguir as normas e evitar aplicação de penalidades e multas. Ou seja, a pessoa física ou prestador de serviços que exerça tal função deverá ter profundo conhecimento da legislação em questão.

Já especificamente em relação ao tipo de dados que serão tratados, segundo ensinamentos de PINHEIRO(2022), nas relações de trabalho há alguns conceitos trazidos

pelo legislador que devem ser analisados detidamente, visto que essenciais, sendo eles o conceito de dados pessoais e dados pessoais sensíveis.

O art. 5º, I da LGPD, define:

“dado pessoal é a informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável”,

E no inciso II:

“dado pessoal sensível é o “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

Em relação aos dados pessoais, não se trata somente dos nomes, prenomes, endereços e CPF. Num entendimento mais amplo, em conformidade com a própria definição da lei, o número de identificação de seguridade social, dados bancários para pagamento do salário, e se encaixam nesse conceito de dados pessoais.

Já em relação aos dados pessoais sensíveis, são dados relacionados à própria intimidade da pessoa, ou seja, aqueles que se expostos ou compartilhados podem causar impacto como discriminação injustificada, para a vida pessoal e/ou profissional e que, dessa forma, não precisam ser desnudados, salvo por extrema e real necessidade para execução do trabalho, por exemplo.

Nesse ponto, assim se manifesta Pinheiro:

A LGPD apresenta um rol de situações que qualificam dados pessoais como sensíveis, mas não declina se o rol é exemplificativo ou taxativo. Considerando a ausência de limitação do texto e que, naturalmente, existem diversos outros contextos passíveis de gerar tratamento discriminatório, não se mostra razoável entender tal rol como taxativo, sendo possível até mesmo que a Autoridade Nacional de Proteção de Dados aborde outras hipóteses caracterizadoras, com fundamento no seu papel complementar conferido pelo art. 55-J da LGPD.”

Se formos analisar a Lei 7/2009 de 12 de fevereiro, o Código de Trabalho de Portugal, há menção expressa sobre reserva de intimidade e vida privada, o que não foi feito na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. (PINHEIRO, 2022, p.47).

### **Artigo 16. Reserva da intimidade da vida privada**

1 - O empregador e o trabalhador devem respeitar os direitos de personalidade da contraparte, cabendo-lhes, designadamente, guardar reserva quanto à intimidade da vida privada.

2 - O direito à reserva da intimidade da vida privada abrange quer o acesso, quer a divulgação de aspectos atinentes à esfera íntima e pessoal das partes, nomeadamente relacionados com a vida familiar, afectiva e sexual, com o estado de saúde e com as convicções políticas e religiosas

### **Artigo 17.º Protecção de dados pessoais**

1 - O empregador não pode exigir a candidato a emprego ou a trabalhador que preste informações relativas:

a) À sua vida privada, salvo quando estas sejam estritamente necessárias e relevantes para avaliar da respectiva aptidão no que respeita à execução do contrato de trabalho e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação;

b) À sua saúde ou estado de gravidez, salvo quando particulares exigências inerentes à natureza da actividade profissional o justifiquem e seja fornecida por escrito a respectiva fundamentação.

2 - As informações previstas na alínea b) do número anterior são prestadas a médico, que só pode comunicar ao empregador se o trabalhador está ou não apto a desempenhar a actividade.

3 - O candidato a emprego ou o trabalhador que haja fornecido informações de índole pessoal goza do direito ao controlo dos respectivos dados pessoais, podendo tomar conhecimento do seu teor e dos fins a que se destinam, bem como exigir a sua rectificação e actualização.

4 - Os ficheiros e acessos informáticos utilizados pelo empregador para tratamento de dados pessoais do candidato a emprego ou trabalhador ficam sujeitos à legislação em vigor relativa à protecção de dados pessoais.

5 - Constitui contra-ordenação muito grave a violação do disposto nos n.os 1 ou 2

Já em relação ao tratamento dos dados, o artigo 5, X da LGPD assim o define:

‘tratamento: toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração;

Em relação a tal possibilidade, a Lei Geral de Proteção de Dados aparenta ter um cuidado especial, elencando os requisitos e hipóteses para que os dados pessoais sejam utilizados pelos controladores, dentre eles o princípio da boa fé, previsto no artigo 6º, já mencionado acima e todos os demais princípios.

Somando-se a isso, ao titular dos dados, no artigo 9º da LGPD, foi assegurado direito à informação e finalidade específica sobre o tratamento desses dados.

Aplicando-se ainda o previsto no artigo 7º da lei às empresas empregadoras, já que falando efetivamente nas relações de trabalho, podemos considerar que os dados pessoais fornecidos pelo empregado poderão ser exigidos, entre outras hipóteses, para:

a) Cumprimento de obrigação legal do empregador (inciso II), referente à qualificação civil, dados sobre a relação de emprego, dados sobre exame de saúde ocupacional, remuneração, dados sobre existência ou não de filhos, para fins de salário família e outras. Nesse caso, entende-se que não há necessidade de consentimento do empregado/titular dos dados.

b) Dados necessários para a execução do contrato ou de procedimentos preliminares ao contrato, a pedido do empregado (art. 7º, V): por essa hipótese, a empresa poderá usar os dados do empregado quando for por ele autorizado para a execução do contrato de trabalho. Em relação ao acesso de dados em procedimentos preliminares, Pinheiro assim se manifesta:

recomenda-se muita cautela nos dados que serão exigidos a partir do anúncio de um emprego, atendo-se ao estritamente necessário ao exercício da função.

Assim, como regra, deve-se evitar a formulação de exigências relacionadas ao gênero, estado civil, existência de filhos, pretensão de contrair matrimônio, religião<sup>16</sup>, doenças prévias, patrimônio genético, antecedentes criminais e investigação de vida financeira. (PINHEIRO, 2022, p. 47).

Em relação ao período pós-contratual, conforme menciona Pinheiro (2022), existem diversos dados que são necessários para fins da formalização da rescisão contratual, inclusive exame médico demissional, que também poderão ser exigidos, nessa hipótese.

Os artigos 15 e 16 da Lei Geral de Proteção de Dados disciplina tal tema e nesse sentido, é possível a manutenção dos dados durante o prazo prescricional para ajuizamento de demandas trabalhistas, devendo o empregador se atentar para possíveis suspensões ou interrupção desses prazos.

**c) Interesses legítimos do controlador (art. 7º, IX):** nesse caso, o empregador poderá obter dados pessoais sem o consentimento do titular, no caso o empregado, desde que não haja violação de direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados.

Nesse ponto, a expressão “legítimo interesse” é questionável e de conceito bastante amplo. Há discussão quanto ao alcance da expressão “interesses legítimos” por se tratar de conceito vago e abstrato. Pode-se entender que são exemplos de interesses legítimos no âmbito trabalhista, por exemplo, a exigência de comprovantes de diárias para viagem em hotéis e restaurantes, o consumo de internet paga pela empresa em “homeoffice”, o consumo das ligações em telefones da empresa, dentre outros.

De qualquer sorte, sempre que for necessário o fornecimento de consentimento do tratamento de dados, pelo titular, ele deverá ter o cuidado de de tal autorização ser escrita ou por outro meio que demonstre a vontade do titular, nos termos do artigo 7º, I e artigo 8º da referida lei.

Já o tratamento de dados sensíveis, há menção expressa no artigo 11, inciso I que deverá ser feita com consentimento expreso por escrito, específica e destacada, respeitando, também a finalidade específica. E que não será necessária a autorização expressa do titular nas hipóteses do inciso II, dentre elas o exercício regular de direito. Nesse ponto, Pinheiro assim se manifesta:



Essa maior abertura para tratamento de dados com fundamento no exercício regular de direito permitirá, muitas vezes, o tratamento de dados sensíveis em organizações de tendência.

Questão de extrema importância é o procedimento do tratamento de dados pessoais.

Cabe ao controlador identificar cuidadosamente as bases legais que autorizam o tratamento e, havendo mais de uma hipótese, ancorar-se naquela que seja mais segura e específica.

Isso porque, conforme apontado nos Princípios da LGPD, o tratamento de dados deve ser adequado, limitado ao estritamente necessário e restrito à finalidade legitimadora específica. (PINHEIRO, 2022, p. 51)

## 6. Negociação coletiva, o tratamento de dados pessoais e responsabilização do empregador

A GDPR, em seu artigo 88 que traz um artigo claro nesse sentido:

Os Estados-Membros podem estabelecer, no seu ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, normas mais específicas para garantir a defesa dos direitos e liberdades no que respeita ao tratamento de dados pessoais dos trabalhadores no contexto laboral, nomeadamente para efeitos de recrutamento, execução do contrato de trabalho, incluindo o cumprimento das obrigações previstas no ordenamento jurídico ou em convenções coletivas, de gestão, planeamento e organização do trabalho, de igualdade e diversidade no local de trabalho, de saúde e segurança no trabalho, de proteção dos bens do empregador ou do cliente e para efeitos do exercício e gozo, individual ou coletivo, dos direitos e benefícios relacionados com o emprego, bem como para efeitos de cessação da relação de trabalho.

Ao contrário, a Lei Geral de Proteção de Dados não traz nenhuma menção nesse sentido. Entretanto, segundo Pinheiro, o artigo 8º da CLT autoriza a utilização do direito comparado como norma supletiva, e assim seria possível a importação dessa autorização, com os limites de tal aplicabilidade no âmbito nacional.

Pamplona no mesmo sentido:

outra forma de obter um consentimento válido com maior segurança jurídica seria promover a regulamentação do tratamento de dados por meio de normas coletivas<sup>80</sup>, seja mediante acordos diretamente com as empresas ou até mesmo entre os sindicatos na forma de convenção coletiva de toda a categoria, não havendo qualquer restrição constitucional neste sentido, nem muito menos no artigo 611 da CLT.

De qualquer sorte, torna-se necessária uma atenção especial dos empregadores para o tratamento dos dados pessoais dos seus empregados, alterando e adequando a sua estrutura operacional a fim de cumprir as normas estabelecidas na nova lei de proteção de dados, já que há previsão expressa no artigo 42 a 45 sobre responsabilização dos agentes de tratamento de dados, em caso de lesão ao seu titular.

Segundo ainda Pinheiro (2022, p.51):

Há forte tendência doutrinária em se adotar apenas a responsabilidade subjetiva, com culpa presumida e, via de consequência, em afastar o entendimento de responsabilidade civil objetiva do empregador, por aplicação do artigo 42 e incisos II e III do artigo 43 da LGPD, que expressamente isenta de responsabilidade aquele que não violou a lei. A exceção se faz às relações de consumo, pois excluídas pelo artigo 45 da Lei 13.709/18. (PINHEIRO, 2022, p.51).

Segundo o Autor, a LGPD não trouxe a culpa como elemento necessário para a configuração da responsabilidade, sendo possível, portanto, entendimento de aplicação da responsabilidade objetiva.

Dessa forma, torna-se necessária uma atenção especial dos empregadores para o tratamento dos dados pessoais dos seus empregados, alterando e adequando a sua estrutura operacional a fim de cumprir as normas estabelecidas na nova lei de proteção de dados, a fim de evitar futuras responsabilizações.

## 7. Indicadores brasileiros para os objetivos de desenvolvimento sustentável

Tanto a ONU e o Brasil estão buscando atingir os desafiantes e intrincados 17 objetivos de desenvolvimento sustentável, que trazem desafios a serem enfrentados por países do mundo.

Os objetivos são um apelo global às nações que visam extinguir a pobreza, proteger o meio ambiente e clima e garantir que as pessoas, onde quer que estejam, possam ter paz e prosperidade. São objetivos a serem atingidos com a Agenda 2030 do Brasil.

Em relação à LGPD, podemos enquadrá-la nos objetivos 9, 16.10 e 17.18

Objetivo 9- [Até 2030, promover a atividade econômica inclusiva e sustentável e a atividade de alta complexidade tecnológica, com foco na elevação da produtividade, do emprego e do PIB, e com melhora nas condições de trabalho e na apropriação dos ganhos de produtividade advindos.](#)

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis.

16.10 assegurar o acesso público à informação e proteger as liberdades fundamentais, em conformidade com a legislação nacional e os acordos internacionais;

16.b promover e fazer cumprir leis e políticas não discriminatórias para o desenvolvimento sustentável.

Objetivo 17. Fortalecer os meios de implementação e revitalizar a parceria global para o desenvolvimento sustentável (ODS 17)

**17.18**-Até 2020, reforçar o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento, inclusive para os países menos desenvolvidos e pequenos Estados insulares em desenvolvimento, para aumentar significativamente a disponibilidade de dados de alta qualidade, atuais e confiáveis, desagregados por renda, gênero, idade, raça, etnia, status migratório, deficiência, localização geográfica e outras características relevantes em contextos nacionais.



### Considerações finais

Diante do contexto globalizado e da valoração econômica dos dados e seu tratamento, a proteção e tratamento desses dados e passou a ser uma exigência de mercado, tendo uma regulamentação europeia, a princípio, e chegando ao Brasil através da lei em análise.

As empresas deverão se adequar à nova legislação, envolvendo toda a cadeia operacional, chegando até mesmo à contratação e desligamento de seus funcionários, bem como tomadores e prestadores de serviços. Tudo isso a fim de evitar sanções administrativas pelos órgãos de fiscalização bem como demandas trabalhistas por suposta violação de direito à privacidade e intimidade.

A lei é nova e ainda estará sujeita à análise do Poder Judiciário, não tendo esse artigo nenhuma pretensão de esgotar o tema, mas trazer uma análise sobre a base principiológica da lei e sua aplicação às relações de trabalho.

## REFERÊNCIAS

FEIGELSON, Bruno; SIQUEIRA, Antonio Henrique Albani (coords.). **Comentários à lei geral de proteção de dados: Lei 13.709/2018**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

KITCHIN, Rob. **The data Revolution: big data, open data, data infrastructure & their consequences**. Thousand Oaks: Sage Publications, 2014.

LIMA, Fabrício; PINHEIRO, Iuri. **Manual do compliance trabalhista: teoria e prática**. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big data: como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informação cotidiana**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Atual. Vilson Rodrigues Alves. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2000. Tomo I

ONU. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Instituto de Pesquisa Econômico Aplicada, 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ods/> Acesso em 13 de junho de 2021.

ONU. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Instituto de Pesquisa Econômico Aplicada, 2021. Disponível em <https://www.ipea.gov.br/ods/> Acesso em 13 de junho de 2021.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo; CONI JÚNIOR, Vidente Vasconcelos. A Lei geral de proteção de dados pessoais e seus impactos no Direito do Trabalho. **Revista UNIFACS**. Salvador, 2020.

PASQUALE, Frank. 2015. **The black box society: the secret algorithms that control money and information**. Cambridge : Harvard University Press, 2015.

PINHEIRO, Iuri e BONFIM, Vólia. Lei Geral de Proteção de Dados e seus impactos nas relações de trabalho. Estudos sobre a LGPD Doutrina e aplicabilidade no âmbito laboral. **Escola Judicial do TRT da 4ª Região**. Diadorim Editora, 2022.