

Conímbriga_minotauro.jpg (640 × 480 píxeis, tamanho: 217 kB, tipo MIME: image/jpeg)

“

O desenvolvimento científico e tecnológico tem implicações no redimensionamento do espaço, tempo, e, também, na cadeia produtiva estabelecendo uma nova configuração do conhecimento, p. 68.

”

Douglas William Campos dos Santos e Any Ávila Assunção

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.9, n.9, (jul./dez.2020) - Brasília: IESB, 2020.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

ÍNDICE

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE.....	5
Katiúcia Carneiro Araujo Rocha	
Ricardo Pêgo Freitas	
Augusto César Leite de Carvalho	
DA IMPORTÂNCIA DO PROCESSO TRABALHISTA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AO RECURSO ORDINÁRIO.....	28
Nilton Carlos de Almeida Coutinho	
Aluísio Henrique Ferreira	
ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA IDEOLÓGICA E AS LIMITAÇÕES DAS LIBERDADES DE SEUS TRABALHADORES.....	43
Dinaildes de Moura Lino Ferreira	
Alexandre Agra Belmonte	
HABEAS CORPUS COLETIVO-143.641/SP (MATERNIDADE E CÁRCERE): BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO VOTO DIVERGENTE DO MINISTRO EDSON FACHIN.....	57
Flávia Dias Chalita Teixeira	
Ulisses Borges de Resende	
AS PLATAFORMAS DIGITAIS EM PERÍODO PANDÊMICO: COVID-19.....	68
Douglas William Campos dos Santos	
Any Ávila Assunção	
O GASTO PREVIDENCIÁRIO E AS SUSTENTABILIDADES ORÇAMENTÁRIA E FISCAL.....	80
José Wagner Marques Raulino	
Paulo José Leite Farias	
DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.....	107
Elvan Loureiro De Barros Correia	
José Rossini Campos do Couto Corrêa	
ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO DISPOSTO DO ART. 318 e SS. DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	139
Flávia Dias Chalita Teixeira	
Ulisses Borges de Resende	
OS IMPACTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, CONSEQUÊNCIAS DO ISOLAMENTO SOCIAL, NA BASE DA PIRÂMIDE SOCIOECONÔMICA DO BRASÍL, FRENTE ÀS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO NOVO CORONAVIRUS.....	150
Walber Martins Mouzinho	

Diogo Palau Flores dos Santos

REFLEXÕES SOBRE O ÓDIO NAS REDES E NAS RUAS: A LGBTIFOBIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AMEAÇADOS.....159

Álvaro Augusto Cerqueira Mangabeira

Any Ávila Assunção

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO.....160

histórico subfinanciamento e a delicada equação entre o binômio mínimo existencial e reserva do possível

Leonardo Weber

Douglas Henrique Marin dos Santos

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE

Katiúcia Carneiro Araujo Rocha

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Ricardo Pêgo Freitas

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Augusto César Leite de Carvalho

Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; professor de Direito do Trabalho do IESB, professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB) em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Sumário: 1 Introdução. 2 Evolução Histórica do Contrato de Trabalho. 3 Evolução do Direito do Trabalho no Brasil. 4 Capital e Trabalho. 5. Contrato de Trabalho Intermitente no Brasil. 6. Contrato de Trabalho Intermitente – Direito Comparado. 7. Princípio Não Retrocesso Social. 8. Retrocesso Social na Regulação do Trabalho. 9. Conclusão.

RESUMO

Este artigo abarcará o tema: Princípio da Vedação do Retrocesso Social e o Contrato de Trabalho Intermitente. Nele estarão explicitados, de forma sucinta, os direitos do trabalhador enquadrados na denominada relação de trabalho intermitente, trazida ao texto do art. 433 da CLT, pela assim denominada “reforma trabalhista” (Lei 13. 467/2017). Aborda uma reflexão acerca do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, considerando que as alterações introduzidas pela referida reforma geraram grande redução de direitos da classe trabalhadora. O artigo trata de um tema trabalhado na seara do Direito do Trabalho, dentro do estudo da área de Direitos Sociais. Ele tem o escopo de demonstrar a importância a violação ao princípio da dignidade humana aos empregados nessa posição e apresentar soluções apresentadas pela jurisprudência pátria.

Palavras-chave: Direito do Trabalho; Reforma Trabalhista; Contrato de Trabalho Intermitente; Princípios Trabalhistas; Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

PRINCIPLE OF SEALING SOCIAL RETREAT AND THE INTERMITTENT WORK CONTRACT

Abstract

This article will cover the theme: Principle of Prohibition of Social Retrocession and the Intermittent Employment Contract; it will explain, in a succinct way, the worker's rights framed in the so-called intermittent labor relation, brought to the text of the CLT, in the Labor Reform (Law 13. 467/2017), in its article 443 and a reflection about the Principle of Prohibition of Social Retrocession, considering that the alterations introduced by the referred reform generated a great reduction of working class rights. The article developed below deals with a theme worked in the field of Labor Law, within the study of the area of Social Rights. It aims to demonstrate the importance of violating the principle of human dignity to employees in this position and to present solutions presented by the domestic jurisprudence.

Keywords: Labor Law; Labor Reform; Intermittent Employment Contract; Labor Principles; Principle of Prohibition of Social Backwardness.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88), também conhecida como “Constituição Cidadã”, trouxe consigo uma gama numerosa de garantias e direitos em favor da população, dando uma atenção especial aos direitos sociais, nos artigos 6º ao 11º, bem como os deveres do Estado em preservá-los e efetivá-lo, consoante dispõem os artigos 193 a 232. O artigo 7º da CF/88 deu especial atenção aos trabalhadores, estimulando o Direito do Trabalho que é ramo autônomo do direito, no que diz respeito aos direitos trabalhistas individuais e coletivos.

Os dispositivos supra mencionados têm o escopo de assegurar que a sociedade usufrua desses direitos e que eles não retrocedam, uma vez que estes já estão normatizado, vedando, ao legislador infraconstitucional, a prerrogativa de reduzi-los ou suprimi-los.

Este artigo exporá conceitos sobre "o que é" o contrato de trabalho intermitente e o "por que" ele se enquadra em uma afronta direta ao princípio da vedação do retrocesso social.

Portanto, o presente trabalho abordará um tema de Direito do Trabalho, o qual discutirá as alterações introduzidas pela Lei n. 13.467/2017, que geraram grande redução de direitos da classe trabalhadora, mais especificamente no que concerne ao contrato de trabalho intermitente (o qual tem escopo de modernizar as relações trabalho-capital), e como este vai de encontro aos princípios justralhistas, com enfoque ao princípio da vedação do retrocesso social, tendo em vista a consequente precarização do trabalho com redução de direitos.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONTRATO DE TRABALHO

O homem tem nas atividades laborais, em regra, o meio para sobrevivência e manutenção da prole. Na antiguidade o trabalho era visto pela sociedade como algo penoso, um castigo sem contributo de intelecto, tendo em vista que as atividades laborais eram exercidas pelos escravos¹.

¹PENA, Rodolfo F. Alves. "Trabalho escravo no Brasil atual"; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/brasil/trabalho-escravo-no-brasil-atual.htm>>. Acesso em 10 de dezembro de 2020. Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

Nesse passo, a doutrina relata a origem do trabalho, conforme a autora Vólia Bomfim Cassar²:

Do ponto de vista histórico e etimológico a palavra trabalho decorre de algo desagradável: dor, castigo, sofrimento, tortura. O termo trabalho tem origem no latim – *tripalium*. Espécie de instrumento de tortura ou canga que pesava sobre os animais. Por isso, os nobres, os senhores feudais ou os vencedores não trabalhavam, pois consideravam o trabalho uma espécie de castigo. A partir daí, decorreram variações como *tripaliare* (trabalhar) e *trepalium* (cavelete de três paus usado para aplicar a ferradura aos cavalos).

No entendimento do doutrinador Sérgio Pinto Martins³ a escravidão foi a forma de trabalho mais antiga:

A primeira forma de trabalho foi à escravidão, em que o escravo era considerado apenas uma coisa, não tendo qualquer direito, muito menos trabalhista. O escravo, portanto, não era considerado sujeito de direito, pois era proprietário do dominus. Nesse período, constatamos que o trabalho do escravo continuava no tempo, até de modo indefinido, ou mais precisamente até o momento em que o escravo vivesse ou deixasse de ter essa condição. Entretanto, não tinha nenhum direito, apenas o de trabalhar.

Para o doutrinador Victor Russomano as atividades laborais era o ponto inicial da civilização⁴:

O grande horizonte está fechado ao homem primitivo. A chave que lhe permite descortinar um mundo novo, o ponto inicial de toda a civilização, está naquele momento -definitivamente perdido no fundo dos séculos – em que a mão é **prolongada** pelo utensílio. A partir desse instante, o homem está acima dos outros animais: ele tem um instrumento novo, criado por sua inteligência nascente, que é o prolongamento do seu braço, para obter os bens necessários à satisfação da fome e para ser usado como arma de defesa ou ataque. Tudo o mais, no progresso humano, veio por via de consequência, até o momento solar da tecnologia do século XX, que nos revelou os mistérios e conduziu aos reinos do mundo interplanetário.

Com a parte nobre e dominante no comando das ordens civis, os escravos não tinham possibilidade de negociar a liberdade para que fosse regulamentada o valor da mão-de-obra livre. Nesse passo, enquanto durou a escravidão no Brasil não poderia surgir relações contratuais do trabalho.

² CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. Ed. São Paulo: Método, 2014, p.3.

³ MARTINS, Sérgio Pinto. Direito do Trabalho. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

⁴ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 9º ed. Juruá Editora, 2004, p.21.

Após a Lei Aurea, os homens negros e mulheres negras livres desde então, ingressaram em relações de trabalho típicas do proletariado, com base em contratos verbais em que os trabalhadores aceitavam as exigências dos empregadores.

Nessa época, as normas contratuais de trabalho não eram negociadas pelas partes envolvidas, tendo em vista que não havia regulamentação do trabalho no Brasil.

Com a abolição da escravidão, os homens e mulheres negros livres encontravam-se numa situação onde não tinham fonte de renda e nem tinham os “donos” para os manter e sustentá-los, mesmo que libertos do sofrimento vivido com a escravidão.

Com a revolução industrial começam os debates sobre as relações de empregatícias dos homens e mulheres, ocasião em que houve reflexões sobre as regras de contratação, tempo de trabalho, descanso ao trabalhador, os quais foram alcançados após muitas greves. Nesses termos os revolucionários com o intuito de conquistar novos meios de liberdade, se posicionaram⁵:

[...] da mera restauração de uma ordem perturbada pelas autoridades, se passa à fé na possibilidade da criação de uma ordem nova; da busca da liberdade nas velhas instituições, se passa à criação de novos instrumentos de liberdade; enfim, é a razão que se ergue contra a tradição ao legislar uma constituição que assegurasse não só a liberdade, mas trouxesse também a felicidade ao povo.

A época industrial era do patronato, tendo em vista que os trabalhadores se submetiam a longas e excessivas jornadas, com base em normas arbitrárias impostas ao trabalhador, como representado nos filmes “Tempos Modernos”.

A classe operária com consciência coletiva desperta o instinto de autoproteção, com base na ideologia de Karl Max, que desencadeou vários protestos por direitos sociais. Para o autor Luciano Martinez⁶:

A resignificação da expressão “trabalho”, como atributo de dignidade e de valor, decorreu de um novo sentido que lhe foi outorgado por aqueles que, sendo submissos (escravos e servos), encontravam nele a chave para a liberdade e por aqueles que, sendo livres, atribuíam a ele o valor de lazer e de aperfeiçoamento do espírito. Nessa ordem de coisas, o trabalho humano evoluiu “do sombrio ermo moral da escravidão para a aspereza relativa da servidão (à pessoa ou à gleba), que imperou na Idade Média, e desta para o remanso do humanismo renascentista e do iluminismo da Idade

⁵ PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: Dicionário de política. 11. ed. Brasília: UnB, 1998, v. 1, p. 1123.

⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de direito do trabalho. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 35.

Moderna, até chegar ao contrato de trabalho concebido no ventre da Revolução Industrial.”

A revolução industrial afomentou a conversão da relação de trabalho em relação de emprego e, portanto, o contrato de trabalho foi estabelecido neste momento. Nesse ponto de vista, Russomano⁷ entende:

A Revolução Francesa, que foi o primeiro grande movimento genuinamente popular e de massa na articulação de reivindicações candentes, ao contrário, situando-se, declaradamente, no plano político e econômico, se vincula, de modo estreito, ao trabalho e é a responsável histórica pelo advento do **trabalho livre**, cujas causas, sabidamente, são múltiplas. Entre elas existem, na base, causas técnicas (a <revolução industrial> inglesa, a máquina a vapor, a modificação dos métodos de produção etc.) e ideológicas ou políticas (atribuição ao Estado do papel contemplativo que lhe outorgou o liberalismo, que consagra a liberdade individual). Não é difícil descobrir, porém, que foram outros os fatores que concorreram para a deflagração e a vitória do movimento revolucionário de 1789: foram as causas econômicas, que levaram à criação do capitalismo e à polarização das forças da produção, coordenadas através da empresa. Juridicamente, porém, a grande contribuição dos revolucionários de 1789 foi o princípio da autonomia da vontade e a liberdade de contratar.

Com a revolução industrial os contratos de trabalhos passaram a gerir as relações de labor. O doutrinador Bento Herculano Duarte⁸ sustenta que nesse momento ocorre o pluralismo jurídico na esfera trabalhista:

O processo de acomodação foi operado pelos próprios interessados, mediante a adoção de procedimentos negociais capazes de solucionar o conflito existente em termos razoáveis. Dessas negociações é que resultaram as primitivas formas de pactuação laboral coletiva, que acabaram por criar as primeiras normas jurídicas genuinamente trabalhistas, porque aplicáveis a quem prestasse trabalho subordinado ou a quem o recrutasse. Era o início do pluralismo jurídico na área trabalhista.

A revolução industrial alterou as relações laborais, as quais foram adotadas pelo mundo aplicando à tutela dos direitos mínimos essenciais ao homem. Os autores Francisco Meton Marques de Lima e Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima⁹ assim pontuam um trecho do esboço histórico seguido desta revolução:

[...] Em 1848, na França, uma lei reduz a jornada de trabalho para 11 horas diárias em Paris e 12 nas províncias. Na Inglaterra, a jornada de 10 horas diárias e a legislação de proteção ao menor foram lançadas no meado do século XIX. Também em 1848, é

⁷ RUSSOMANO, Mozart Victor. Curso de Direito do Trabalho. 9º ed. Juruá Editora, 2004, p.26.

⁸ DUARTE, Bento Herculano. Manual de direito do trabalho. São Paulo: LTr, 1998, p. 22 e 23.

⁹ LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista. 15. ed. São Paulo: LTR, 2015, p.32.

publicado o Manifesto Comunista, de Marx e Engels, concitando os trabalhadores do mundo a unirem-se para reescrever a história em torno de uma ditadura do proletariado. [...]

As manifestações fizeram com que o Estado se preocupasse com os trabalhadores, criando legislações para regular as formas de relação de emprego que até hoje dão base para que o bem-estar social seja garantido e para prevenir abusos ocorrido antes dos direitos trabalhistas.

3 EVOLUÇÃO DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Os direitos sociais no Brasil demoram a ser regulamentados. Contudo, a Constituição de 1824, apresentava a preocupação em assegurar a liberdade do trabalho e aos poucos normas laborais foram se estabilizando no ordenamento constitucional. O doutrinador Renan Bernardi Kalil¹⁰ descreve que:

A Constituição de 1824, outorgada pelo Imperador Dom Pedro I, limita-se a reconhecer a liberdade de trabalho (art. 178, XXIV), apesar da manutenção do uso da mão de obra escrava, que era um dos principais pilares do modo de produção existente no Brasil. Ainda, a Constituição de 1824 aboliu as corporações de ofício (art. 178, XXV). As raras corporações que existiam foram extintas e novas formas de reunião passaram a ser utilizadas nesse período: ligas operárias, sociedades de resistência, sociedades de socorros mútuos, câmaras ou bolsas de trabalho, caixas beneficentes, sociedades cooperativas e uniões. Os sindicatos se disseminaram a partir de 1903.

Complementando a abordagem acima, Maria Cecília Almeida Monteiro Lemos¹¹, em sua tese de doutorado, defende que:

(...) a primeira Constituição brasileira de 1824, não estabelecia qualquer regulamentação sobre o tema, dispondo apenas, em relação à proteção do trabalhador, em seu art. 129, inciso XXIV, que: —Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria, ou comércio pôde ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança, e saúde dos Cidadãos.

¹⁰ KALIL, Renan Bernardi. Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho. Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, v. semestral, n. 48, p. 143, set. 2014.

¹¹ LEMOS, Maria Cecília Almeida Monteiro. O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito) _ Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20%20E2%80%95dano%20existencial%20%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 46.

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891 foi a segunda constituição do Brasil e primeira no sistema republicano de governo, rompendo com regime político monárquico e colocando o regime republicano. Constituição apesar de ter surgido após a revolução industrial, nada acrescentou sobre direitos dos trabalhadores, como bem explica Maria Cecília Almeida Monteiro Lemos¹²:

A Constituição de 1891 nada ordenou sobre a matéria, justamente em um momento em que a sociedade vivenciava o intenso processo de mudança do modo de produção introduzido pela Revolução Industrial e a conseqüente intensificação da exploração do trabalho humano em todo o mundo. No Brasil, no final do século XIX e início do século XX, a mão de obra excessiva provocada pelo fluxo imigratório e pela exploração do trabalho de mulheres e crianças, resultou na oferta de baixíssimos níveis salariais e na admissão de condições de trabalho extremamente precárias.

Nesse passo, o autor Georgenor de Sousa Franco Filho¹³, explica que:

Sobreveio a República e com ela nossa segunda Constituição, a da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24.2.1891, elaborada por um congresso constituinte e contemporânea à Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, que lançou as bases da doutrina social da Igreja. Silenciou, contudo, sobre direito do trabalho. Profundamente individualista, nos moldes da Constituição americana que a influenciou, limitou-se apenas a permitir a livre associação (art. 72, § 8º) e a garantir o livre exercício de qualquer profissão moral, intelectual e industrial (§ 24), direitos conservados pela Emenda Constitucional de 3.9.1926, praticamente uma nova constituição.

A Constituição de 1934 foi redigida "para organizar um regime democrático, que assegure à Nação, a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico"¹⁴. Esta constituição aprimorou os direitos trabalhistas, conforme ensina Maria Cecília Almeida Monteiro Lemos¹⁵:

¹² Ibidem. p.176.

¹³ FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Direitos Trabalhistas Constitucionalizados: de 1824 a 1988 e 25 anos depois. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_25388279_DIREITOS_TRABALHISTAS_CONSTITUCIONALIZADOS_DE_1824_A_1988_E_25_ANOS_DEPOIS.aspx>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

¹⁴ Constituição Federal de 1934. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1934>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

¹⁵ LEMOS, Maria Cecília Almeida Monteiro. O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20E2%80%95dano%20existencial%20E2%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 177.

Finalmente, a Constituição de 1934, em seu art.121, § 1º, introduziu constitucionalmente a proteção à jornada de trabalho, consignando: —a lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. Em seus oito parágrafos e diversos incisos, *estabeleceu a jornada de trabalho de oito horas por dia*, ao lado da isonomia salarial, do salário mínimo, das restrições ao trabalho do menor, do repouso semanal, das férias anuais remuneradas, da indenização por dispensa sem justa causa, da assistência e previdência à maternidade, à velhice, à invalidez, à proteção contra acidente de trabalho e morte, à regulamentação de todas as profissões e ao reconhecimento das convenções coletivas de trabalho.

A CLT – Consolidação das Leis do Trabalho, em 1943, assegurou, no plano infraconstitucional, o direito à limitação à jornada de trabalho, estabelecendo em seu Capítulo II, (Da Duração do Trabalho), Seção I (Disposição Preliminar), art. 58, —A duração normal do trabalho, para os empregados em qualquer atividade privada, não excederá de 8 (oito) horas diárias, desde que não seja fixado expressamente outro limite.

A Constituição de 1937 trouxe consigo o intervencionismo do Estado “a Constituição de 1937, fortemente inspirada na Carta *del Lavoro* da Itália e marcadamente intervencionista, instituiu o sindicato único imposto por lei, criou o imposto sindical, estabeleceu a competência normativa dos tribunais do trabalho”¹⁶.

Na Constituição de 1946 e na Constituição de 1967 alguns avanços ocorreram¹⁷:

Pela nossa Constituição de 46, a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano (art. 145). E o uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância no disposto no art. 141, parág. 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos. E’ obrigatória participação direta do trabalhador nos lucros da empresa (art. 157, n. IV). E não se admitirá distinção entre o trabalho manual ou técnico e o trabalho intelectual, nem entre os profissionais respectivos, no que concerne a direitos, garantias e benefícios (art. 157, parág. único).

E completa a pesquisa Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos¹⁸, que:

A Constituição de 1946 ampliou a proteção aos trabalhadores introduzindo no art. 157 uma série de direitos trabalhistas e renovou a fixação de um limite à jornada de

¹⁶ DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas. São Paulo: LTR, 2014, p. 200.

¹⁷ ALMEIDA, José de. Natureza jurídica do poder disciplinar no direito do trabalho. p. 136.

¹⁸ Idem. p. 178.

trabalho no âmbito constitucional, ao estabelecer, em seu inciso V, a —duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei.

A Constituição de 1967, criada pelo regime militar após o golpe de 1964, manteve a mesma garantia em relação à limitação de jornada, estabelecendo, em seu art. 158, VI, —duração diária do trabalho não excedente de oito horas, com intervalo para descanso, salvo casos especialmente previstos.

A Constituição Federal de 1988, foi suprema nos direitos sociais e principalmente nos direitos relacionado ao trabalho. Nessa Constituição há capítulo exclusivo tratando sobre o tema e se nos apresenta como são relevante a garantia e a efetividade dos direitos laborais. Lemos¹⁹ nos esclarece:

A Constituição de 1988, em seu Capítulo II, (Dos Direitos e Garantias Fundamentais – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), Título II, art. 7.º, inciso XIII, estabeleceu —duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho.

A Constituição Federal inovou ao assegurar o pagamento de 50% de adicional sobre o valor das horas normais de trabalho às horas extras prestadas (art. 7.º, XV) e ainda, ao acrescentar o adicional de 1/3 de remuneração às férias (inciso XVII) e assegurar que o repouso semanal seja preferencialmente aos domingos (inciso XV). Essas inovações sinalizam a importância dada ao direito à limitação de jornada como direito fundamental, de maneira a assegurar a efetividade do direito à saúde, ao descanso e ao convívio familiar, o respeito ao tempo livre do trabalho para desenvolvimento de um projeto de vida.

A partir dessa mudança paradigmática implementada pela Constituição de 1988, —a eficácia dos direitos fundamentais específicos e inespecíficos dos trabalhadores é exigência de uma nova dogmática do Direito do Trabalho.

A eficácia dos direitos fundamentais constitucionalizados é pressuposto para a realização das premissas do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, as intervenções do Estado e do Poder Judiciário devem assegurar a densificação desses direitos, de forma a contribuir para a construção de uma ordem econômica e social mais justa.

Sendo assim, o direito fundamental à limitação da jornada de trabalho não admite a inclusão, no ordenamento jurídico infraconstitucional, de formas de contratação que desconsiderem o tempo de disponibilidade do empregado em favor do empregador - como preconiza o contrato de trabalho intermitente -, sob pena de violação direta a direito fundamental constitucionalizado, além do esvaziamento do conteúdo essencial do direito fundamental ao trabalho digno.

¹⁹ Ibidem. p. 178 e 179.

O contexto histórico é importante para compreender o quanto os direitos do trabalhador contribuem para o a dignidade da pessoa humana e como o contrato intermitente vem retrocedendo os direitos alcançados impactando na vida do trabalhador.

4. CAPITAL E TRABALHO

Neste capítulo será abordada o antigo impasse existente nas relações de trabalho, abordando a desvalorização humana pelo capital.

O atual retorno às concepções liberais, traz ao debate, uma discussão que nunca saiu de pauta, a apresentação da economia de mercado (a economia de mercado consiste em um sistema marcado pelo predomínio da iniciativa privada na economia, com mínima intervenção do Estado) como contraponto à intervenção do Estado nas relações entre capital e trabalho.

No decorrer do XIX e na primeira metade do século XX, o direito do trabalho se tornou um direito universal, orientador das forças capital e trabalho, a partir do ponto de vista de que o Estado tem o dever de balancear essas relações, apontado o direcionamento da econômica, da política e do relacionamento os bens de produção, seus detentores, e a força humana de trabalho.

O Direito do Trabalho surgiu, justamente, em virtude das promessas não efetivadas do liberalismo, e se evidenciou então que a relação entre capital e trabalho revelava o primeiro ponto de ruptura com a chamada liberdade econômica racional, iluminista.

José Pastore²⁰, doutrinador da corrente neoliberal, defende que as relações de trabalho no Brasil devem ser flexibilizadas e desregulamentadas, justificando que tal medida reduziria o valor dos encargos sociais em favor da empregabilidade. Percebe-se em seus ideais, uma clara valorização do capital sob o trabalho.

Ocorre que a crise de emprego não se correlaciona aos valores pagos aos obreiros. Há erro no raciocínio de Pastore, quanto aos supostos caros encargos sociais do contrato de emprego, uma vez que a remuneração do trabalho não pode ser considerada como encargo, já que sem trabalho o capital não é produzido.

Portanto, é evidente que sem trabalho não há capital, assim, deve-se valorizar a

²⁰ PASTORE, José. Muitos direitos e poucos empregos. O Jornal da tarde. 25 de mai. de 1994.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

dignidade da força humana de trabalho que gira as engrenagens sociais.

5. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL

Primeiramente insta destacar que o contrato de trabalho intermitente, objeto de análise deste artigo, é parte da reforma trabalhista, na esfera da Lei 13.467/17, assim, faz-se *mister* transcrever o texto legal que o normatiza, *in verbis*:

CLT:

Art. 443. O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito, por prazo determinado ou indeterminado, ou para prestação de trabalho intermitente.

§ 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços e de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria.

Art. 452-A. O contrato de trabalho intermitente deve ser celebrado por escrito e deve conter especificamente o valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

§ 1º O empregador convocará, por qualquer meio de comunicação eficaz, para a prestação de serviços, informando qual será a jornada, com, pelo menos, três dias corridos de antecedência.

§ 2º Recebida a convocação, o empregado terá o prazo de um dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, a recusa.

§ 3º A recusa da oferta não descaracteriza a subordinação para fins do contrato de trabalho intermitente.

§ 4º Aceita a oferta para o comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra parte, no prazo de trinta dias, multa de 50% (cinquenta por cento) da remuneração que seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

§ 5º O período de inatividade não será considerado tempo à disposição do empregador, podendo o trabalhador prestar serviços a outros contratantes.

§ 6º Ao final de cada período de prestação de serviço, o empregado receberá o pagamento imediato das seguintes parcelas:

I - remuneração;

II - férias proporcionais com acréscimo de um terço;

III - décimo terceiro salário proporcional;

IV - repouso semanal remunerado; e

V - adicionais legais.

§ 7º O recibo de pagamento deverá conter a discriminação dos valores pagos relativos a cada uma das parcelas referidas no § 6º deste artigo.

§ 8º O empregador efetuará o recolhimento da contribuição previdenciária e o depósito do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma da lei, com base nos valores pagos no período mensal e fornecerá ao empregado comprovante do cumprimento dessas obrigações. § 9º A cada doze meses, o empregado adquire direito a usufruir, nos doze meses subsequentes, um mês de férias, período no qual não poderá ser convocado para prestar serviços pelo mesmo empregador.²¹

Ao analisar os artigos acima, a nova modalidade contratual trazida pela Lei 13.467/2017, o contrato intermitente, não tem requisitos mínimos quanto a quantidade de horas de serviço que devem ser prestadas no mês ou mesmo no ano, ficando a critério das partes, essa escolha.

Com a ausência de carga-horária mínima, o trabalhador pode ser acionado para prestar serviço por duas horas por semana ou mesmo duas horas por meses ou ano. O limite, quanto a jornada máxima segue os dizeres da Constituição Federal, 44 horas semanais.

Conforme o artigo 452-A da CLT, essa forma de contratação deve ser celebrada por escrito com registro na CTPS. As anotações devem incluir: valor da hora de trabalho, que não pode ser inferior ao valor horário do salário mínimo ou àquele devido aos demais empregados do estabelecimento que exerçam a mesma função em contrato intermitente ou não.

Na contratação de trabalhador intermitente, o empregador informará ao empregado acerca da existência de um serviço a ser prestado, com pelo menos três dias de antecedência, por qualquer meio de comunicação e o trabalhador terá vinte e quatro horas para responder a convocação. Caso não responda à convocação será considerado que houve recusa presumida. No caso de aceite do trabalhador, se este não comparecer ao trabalho, estará sujeito a multa. A multa corresponde a 50% da remuneração que seria devida.

6. CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE – DIREITO COMPARADO

As normas quanto ao contrato intermitente no Brasil, anteriormente explicitadas, não normatizam restrições ou salvaguardas para os trabalhadores, como acontece em outros países

²¹ Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

– Itália, Portugal e Alemanha.

Em Portugal ou na Itália, é garantido o pagamento compensatório em razão período de inatividade, bem como há restrição legal que põe como pré-requisito que apenas os setores com maior demanda podem utilizar do contrato de trabalho intermitente.

Na Alemanha, existe o requisito de tempo de horas de serviço prestado, sendo: mínimo de três horas consecutivas de prestação de serviços por cada dia solicitado e o mínimo de dez horas semanais.

Em Portugal, a lei normatiza que: o empregador precisa avisar o trabalhador com, no mínimo, 20 dias de antecedência; prestação de serviço não inferior a seis meses por ano, este que devem ser prestados consecutivamente por pelo menos quatro meses.

Na Itália também, além das restrições supra, existem outras limitações como a idade (trabalhadores com menos de 25 anos ou mais de 55 anos), a duração do contrato, e apenas com autorização pelo Ministério do Trabalho ou em negociação coletiva.

Na Nova Zelândia, o trabalho intermitente, em um primeiro momento, foi banido pelo parlamento, que o julgava prejudicial aos trabalhadores, sendo retomado em 2016, com restrição quanto ao número mínimo de horas, de dias de trabalho e os horários.

No Reino Unido, a partir do ano de 2000, assim como no Brasil atual (após a “reforma trabalhista”), foi adotado o chamado contrato de trabalho zero-hora, ou seja, sem requisitos mínimos quanto à quantidade de horas de serviço que devem ser prestadas no mês ou mesmo no ano, ficando a critério das partes, essa escolha. Nessa situação, o trabalhador pode ser acionado para prestar serviço por duas horas por semana ou mesmo duas horas por meses ou ano. No Brasil, o limite, quanto a jornada máxima segue os dizeres Constituição Federal, 44 horas semanais.

Em breve análise, ao votar sobre o tema no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o ministro Luiz Edson Fachin²² sustenta:

“(…) Há previsão do contrato de trabalho intermitente em outros países, os quais, de uma forma ou de outra, foram fontes de informação para a regulação brasileira sobre

²² Consultor Jurídico. Disponível em: ≤ <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional> ≥. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 11-13.

o tema. Vejamos, em apertada síntese, os modelos espanhol, português, inglês e italiano.

Na Espanha, o contrato intermitente é chamado de “fixo descontínuo. Trata-se de contrato por tempo indeterminado para a realização de serviços que sejam fixos, porém descontínuos, e não tenham data certa para se repetir. A regulamentação impõe que se o trabalho tem previsibilidade de data para se repetir, deve ser celebrado sob a modalidade de contrato a tempo parcial. O contrato de trabalho deve ser formal e por escrito, indicar a duração estimada da atividade, bem como a jornada e os horários de trabalho, ainda que também de forma estimada. Importante ainda registrar que a lei remete a regulamentação dos contratos intermitentes à negociação coletiva, que deverá fixar a forma de chamada ao trabalho. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 14)

Em Portugal, o contrato intermitente é permitido para empresas que exerçam atividade de forma descontínua ou de intensidade variável, sendo que o trabalhador tem direito a receber pelo menos 20 (vinte) por cento da retribuição base em razão do período de inatividade, ou compensação retributiva em valor estabelecido em instrumento de regulamentação coletiva de trabalho. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 14)

No Reino Unido, o modelo adotado, conhecido como “contrato zero hora”, é o que mais se assemelha ao que foi escolhido pelo legislador ordinário para o Brasil. Neste tipo de contrato intermitente não há qualquer garantia de prestação de serviços, nem de recebimento de salários, de modo que para alguns trata-se mais de um cadastro com dados do empregado do que de um contrato formal de prestação de serviços com subordinação. (ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in **Revista Síntese Trabalhista**, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 16)

Na Itália, se o empregador optar por contratar na modalidade de contrato intermitente com garantia de disponibilidade tem o dever de pagar ao trabalhador indenização de disponibilidade ajustada mediante negociação coletiva e nunca inferior ao salário mínimo fixado pelo Ministério do Trabalho. E para evitar-se que o empregador italiano contrate pela modalidade intermitente para atividades contínuas da empresa, o legislador previu um limite de prestação de serviço por meio desse tipo de contrato, ou seja, se ultrapassado um número de horas de prestação de serviço na modalidade intermitente o contrato automaticamente transforma-se em contrato de trabalho a tempo pleno e indeterminado. (CARVALHO, Augusto César. Princípios de direito do trabalho sob a perspectiva dos direitos humanos. São Paulo : LTr, 2018, p. 41).”.

7. PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

A Constituição Federal de 1988 é essencialmente social, humanística, democrática e inclusiva. Esta tem o escopo de construir um real Estado Democrático de Direito, o qual se distingue por seus três pilares estruturantes: a centralidade da pessoa humana na ordem econômica, social e jurídica, sempre levando em conta sua dignidade e a presença de uma sociedade civil e política efetivamente democrática e inclusiva.

A fim de se efetivar como essencialmente social, humanística, democrática e inclusiva,
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

a Constituição de 1988 normatizou uma gama de princípios norteadores. Entre esses, se sobressaem os princípios constitucionais do trabalho.

Enquadram-se nesse rol de princípios constitucionais do trabalho: a) princípio da igualdade; b) princípio da não discriminação; c) princípio da segurança; d) princípio da inviolabilidade do direito à vida; e) princípio da vedação do retrocesso social; f) princípio da justiça social; g) princípio da submissão da propriedade à sua função socioambiental; h) princípio da dignidade da pessoa humana; i) princípio do bem-estar individual e social; j) princípio da segurança; k) princípio da proporcionalidade e da razoabilidade; l) princípio da valorização do trabalho e do emprego m) princípio da centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica.

O princípio da vedação ao retrocesso é uma garantia constitucional e se estrutura nos princípios, da efetividade dos direitos constitucionais, da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana, mas se constitui em um princípio autônomo. Esse princípio traz a ideia de que o Estado não pode retroceder, ou seja, não pode praticar ato que fragilize direito já passível de fruição, sem que haja uma medida compensatória efetiva correspondente.

A Constituição de 1988, em seu art. 7º, estabeleceu um serie de direitos sociais aos trabalhadores, normatizando dentre esses direitos que as normas que surgirem devem trazer ao trabalhador condição social melhor do que a anteriormente alcançada, e implicitamente proibindo novas normas que reduzam direitos, fazendo surgir o princípio da vedação ao retrocesso social. Vejamos o caput do referido artigo 7º “são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social”²³

Considerando o supra referido, o princípio da vedação ao retrocesso social, princípio norteador deste artigo, “tem como conteúdo a proibição do legislador em reduzir, suprimir, diminuir, ainda que parcialmente, o direito social já materializado em âmbito legislativo e na consciência geral.”²⁴.

²³ Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

²⁴ JUS. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20veda%C3%A7%C3%A3o%20ao%20retrocesso%20social%20tem%20como%20conte%C3%BAdo,legislativo%20e%20na%20consci%C3%Aancia%20geral>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

8. RETROCESSO SOCIAL NA REGULAÇÃO DO TRABALHO INTERMITENTE

Ao analisar as normas quanto ao contrato de trabalho intermitente, extrai-se que a esta modalidade de contratação é uma das mais desestabilizadoras novidades da Lei 13.467/17, uma vez possibilita a contratação de trabalhadores, pela CLT, sem muitas das proteções do Direito do Trabalho.

No mesmo sentido, tem entendido Godinho entende que “o novo contrato de trabalho intermitente, conforme se pode perceber, inscreve-se entre as mais disruptivas inovações da denominada reforma trabalhista, por instituir modalidade de contratação de trabalhadores, via CLT, sem diversas das proteções, vantagens e garantias estruturadas pelo Direito do Trabalho.”²⁵

Nesse passo, entende o autor Amauri Cesar Alves²⁶ que:

O contrato de trabalho intermitente não assegura condições mínimas para existência digna do trabalhador brasileiro, além de não assegurar a fruição de direitos fundamentais sociais básicos como salário mínimo, férias remuneradas, 13º salário e previdência social. Reduz o trabalhador a coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender.

O direito ao trabalho, legitimado pelo artigo 6º e 7º da Constituição Federal, é direito social que visa tonar concreta a dignidade da pessoa humana. Este tem o escopo de garantir a pessoa humana o respeito aos seus direitos, os quais são irrenunciáveis.

Neste contexto, atualmente no Supremo Tribunal Federal debate-se a constitucionalidade do contrato intermitente. A propósito, o ministro Luiz Edson Fachin²⁷ votou que:

“O argumento central do debate trazido à apreciação desta Suprema Corte é a inconstitucionalidade dessa modalidade de contrato laboral, em virtude da flexibilização de direitos sociais fundamentais trabalhistas, bem como da afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos: “(...) a norma jurídica

²⁵ Delgado, Mauricio Godinho Curso de direito do trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores —Mauricio Godinho Delgado. — 18. ed.— São Paulo: LTr, 2019.

²⁶ ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica, in Revista Síntese Trabalhista, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 13

²⁷ Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 1.

que o prevê coloca o trabalhador numa condição de mero objeto, como ferramenta, equipamento, maquinário, à disposição da atividade econômica empresarial, quando, onde e como o empregador bem entender.”

Urge frisar, que o retrocesso social na regulação do trabalho intermitente é apontado desde a época da elaboração do projeto de lei e as consequências e efeitos foram vistas como maior violação aos direitos da pessoa humana do último século, conforme apresenta a doutora Maria Cecília Almeida Monteiro Lemos²⁸:

A aprovação da Lei 13.467/2017 – a Reforma Trabalhista - configura a maior ruptura com o padrão civilizatório implementado pela legislação trabalhista, conquistada pela ação combativa dos trabalhadores ao longo do desenvolvimento industrial desde o século XIX.

Não sem motivos, a Organização Internacional do Trabalho – OIT, em 29 de maio de 2018, decidiu colocar o Brasil entre os vinte e quatro países considerados como os principais autores de violações de suas convenções trabalhistas no mundo. Já havia um parecer da entidade recomendando ao governo brasileiro que retirasse os trechos da [Lei 13.467/2017](#) que tratam da prevalência do negociado sobre o legislado, para tornar a legislação compatível à Convenção 98, ratificada pelo Brasil, que dispõe sobre o direito de sindicalização e de negociação coletiva. O pedido de inclusão do Brasil na denominada —lista suja da OIT| foi formulado junto ao órgão internacional por seis entidades sindicais: Central Única dos Trabalhadores - CUT, Central dos Sindicatos Brasileiros-CSB, Central dos Trabalhadores e

Trabalhadoras do Brasil-CTB, Força Sindical-FS, Nova Central Sindical de Trabalhadores-NCST e União Geral dos Trabalhadores-UGT.

Dossiê organizado pelo Centro de Estudos Sociais e de Economia do Trabalho da Universidade de Campinas – CESIT-UNICAMP intitulado Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista, considera que —o desmonte da legislação trabalhista, aprovado pelo Congresso brasileiro nesse momento, representa um retrocesso de mais de 150 anos nas relações de trabalho. Reduz a classe trabalhadora a uma mercadoria sem direitos.”.

O princípio da dignidade humana está intimamente atrelado ao retrocesso social que é implementado pela “reforma trabalhista”, tendo em vista que com o contrato intermitente o trabalhador teve sua dignidade afetada, pois esta contratação reduz o trabalhador mero objeto executor de tarefas, sem possibilitar a este bem-estar social ou planejamento pessoal. É dever do Estado garantir inclusão social e igualdade de direitos entre os empregadores e empregados,

²⁸ LEMOS, Maria Cecilia Almeida Monteiro. O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20E2%80%95dano%20existencial%20E2%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 114.

entendimento defendido pelo ministro Luiz Edson Fachin²⁹:

“O Estado Social de Direito, nesse contexto, deve direcionar todos os seus esforços institucionais para o ser humano considerado em sua comunidade, ou seja, aquela em que o outro é tomado como sujeito de direitos e deveres, digno de inclusão no grupo social e enredado por obrigações recíprocas.”

E segue:

“(…) Para analisar se a modalidade de contrato de trabalho intermitente afronta o princípio da dignidade da pessoa humana, é preciso tecer algumas considerações sobre o que se entende sobre este fundamento da República Federativa do Brasil.

Trata-se de um concepção de dignidade da pessoa humana, como fundamento do ordenamento constitucional, o qual exige proteção concreta e real, com a finalidade de que todos recebam igual consideração e respeito por parte do Estado e da própria comunidade, indicando, portanto, uma sua dimensão política.

Nessa concepção, a dignidade humana apresenta-se como produto do reconhecimento de que todos os seres humanos são merecedores de igual respeito e proteção no âmbito da comunidade em que estão inseridos.

(…) O que se questiona, na presente ação direta de inconstitucionalidade, é se a modalidade de contrato de trabalho intermitente coaduna-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, como condição primária de ter direito a gozar dos direitos fundamentais sociais trabalhistas decorrentes.”³⁰

O desrespeito que a reforma traz ao introduzir o contrato intermitente como mais uma modalidade de contrato, torna frágil a vida dos trabalhadores que se encontram nesta modalidade de contratação, além de ferir os princípios constitucionais e a dignidade da pessoa humana.

Os contratos intermitentes “são adotados de forma ampla, permitindo a substituição dos empregos regulares e protegidos por formas flexíveis de contratação que atendam exclusivamente aos interesses empresariais.”³¹

²⁹ Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 7.

³⁰ Idem. Acesso em 12 de dezembro de 2020. P.16-19.

³¹ LEMOS, Maria Cecília Almeida Monteiro. O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20%E2%80%95dano%20existencial%E2%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 116.

Nesse entendimento o ministro Luiz Edson Fachin³²:

(...) A flexibilidade, por um lado, indica que os indivíduos em sociedade estão constantemente em movimento, sendo que tais movimentos, também chamados de transições, são etapas comuns nas trajetórias de suas vidas: dos cuidados familiares para a escola, da escola para o mercado de trabalho, do emprego para o desemprego, do desemprego para outro emprego, do trabalho para a aposentadoria, etc (*Europe Commission*, 2007).

Já a segurança, por sua vez, é mais do que apenas a garantia para manter o emprego. É segurança de dotar os sujeitos do mercado de trabalho de habilidades que lhes permitam progredir no seu ofício, ou mesmo, que possibilite ações concretas de recolocação no mercado de trabalho, incluindo oportunidades de formação para todos os trabalhadores, especialmente os menos qualificados e os mais velhos. É também o empenho tanto de empregadores quanto dos trabalhadores para a construção de um ambiente mais flexível para mudar de emprego, com a segurança de que os sujeitos envolvidos tenham formação adequada para postos disponíveis no mercado de trabalho (*Europe Commission*, 2007).

A flexissegurança indica, portanto, a busca pelo equilíbrio entre trabalho realizado em condições mais flexíveis, porém, segurança nas transições de empregos, para que mais e melhores empregos possam estar disponíveis para os trabalhadores. Não há nesse conceito a possibilidade de negociação quanto à dignidade dos trabalhadores, nem mitigação de direitos decorrentes das relações juslaboralistas.

No Brasil, a discussão sobre a flexibilização das normas trabalhistas segue diversas correntes de pensamento. As principais correntes ideológicas, nesse particular, são a heterotutelar do direito do trabalho e a autotutelar dos direitos dos trabalhadores.

A heteroproteção do trabalhador é a concepção que surgiu no mundo com as primeiras regulamentações, as quais consideram o trabalhador como o pólo mais fraco da relação de emprego, trazendo princípios que o privilegiam, sem detrimento da igualdade entre as partes, visto que aí há uma concepção de igualdade substancial. Nos moldes da concepção heterotutelar do direito do trabalho, o Estado intervém na relação de emprego, em favor do trabalhador, limitando o poder do empregador para garantir a manutenção das condições de emprego as quais o empregado tem direito. Já a concepção autotutela dos direitos dos trabalhadores vem ao encontro do Estado Liberal e é contrária à intervenção do Estado nas relações de trabalho, afirmando que somente seria legítimo, nessa seara, as tratativas diretas entre empregados e empregadores. Muitas vezes, associa-se a esta corrente ao capitalismo clássico, decorrente do liberalismo de Adam Smith.

Não obstante seja relevante a discussão doutrinária, importante que na seara jurisdicional seja assegurada a máxima efetividade das normas constitucionais protetivas dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Se realmente importam os sujeitos de direito, imprescindível é assegurar lhes segurança jurídica substancial, ou seja, aquela que aproxima as condições normativas e as condições materiais de concretização da Constituição.

O retrocesso social no contrato de trabalho intermitente é abordado por vários doutrinadores e a pesquisadora Maria Cecília Almeida Monteiro Lemos³³ nos apresenta de

³² Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional>. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 7.

³³ LEMOS, Maria Cecília Almeida Monteiro. O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno. Disponível em: Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

forma clara que:

Os autores sintetizam o que consideram ser os principais aspectos negativos da reforma, no que diz respeito aos direitos individuais do trabalhador: primeiramente, —o manifesto desprezo à noção de centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida social; em seguida, —o esvaziamento extremado do princípio constitucional da igualdade em sentido material no contexto das relações empregatícias; por fim, a —estratégia de desconstrução direta e/ou indireta do arcabouço normativo constitucional e infraconstitucional de proteção à saúde e segurança do trabalho.³⁴

Referem-se à reforma como uma tentativa de burlar o arcabouço de —normas jurídicas de inclusão de pessoas humanas vulneráveis no mercado de trabalho, tais como trabalhadores aprendizes, pessoas com deficiência e trabalhadores em reabilitação previdenciária. Em relação à jornada de trabalho, a reforma instiga a —manifesta exacerbação da duração do trabalho em todo o mercado laborativo, além de descaracterizar a —natureza salarial de parcelas pagas ao empregado.³⁵

Modelos de contratação precárias como o trabalho temporário, terceirizado, a jornada parcial, o trabalho autônomo (pejotizado), e o trabalho intermitente são adotados de forma ampla, permitindo a substituição dos empregos regulares e protegidos por formas flexíveis de contratação que atendam exclusivamente aos interesses empresariais.

No que se refere ao Direito Coletivo do Trabalho, a reforma traz profundas mudanças que promovem o enfraquecimento das entidades sindicais, numa combinação perversa de mudanças estratégicas que dilaceraram o sindicalismo brasileiro, a começar pelo fim do

—financiamento compulsório dos sindicatos, a chamada contribuição sindical obrigatória estabelecida pela CLT desde a sua edição, sem que houvesse qualquer medida preparatória para sua extinção, o que levou os sindicatos a perderem 88% da sua arrecadação após seis meses de vigência da Lei 13.467/2017.³⁶ Além de extinguir a contribuição compulsória, a nova lei não autoriza a cobrança de contribuição negociada, também chamada de contribuição assistencial ou cota de solidariedade, fixada no acordo coletivo em razão da extensão de suas vantagens a toda a categoria, aos não associados, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho vem concedendo liminares às empresas que se recusam a descontar qualquer forma de contribuição estendida aos não associados, mesmo que aprovada em assembleia³⁷.

Tal conduta gera uma antinomia no sistema de representação sindical brasileiro, na medida em que a unicidade sindical estabelecida no art. 8.º da Constituição Federal assegura a todos os trabalhadores da categoria profissional representada por um sindicato os benefícios conquistados em convenção ou acordo coletivo de trabalho, ao mesmo tempo em que não estipula nenhuma forma de solidariedade entre os trabalhadores, tornando os sócios do sindicatos os únicos responsáveis pela sustentação de um sistema de negociação que beneficiará todos os trabalhadores da

<<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20%E2%80%95dano%20existencial%E2%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 116-118.

³⁴ *Idem*, p. 43.

³⁵ *Idem*, p. 41-44.

³⁶ Disponível em <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/arrecadacao-de-sindicatos-cai-88-apos-reformatrabalista/>> Acesso e 06/06/2018

³⁷ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-12/tst-cassa-liminar-obrigava-banca-pagarcontribuicao-sindical>> Acesso em 06/06/1018

categoria. Ademais, a lei se contradiz ao atribuir poderes aos sindicatos de promover negociação coletiva que se sobrepõe à própria lei – desde que aprovada por assembleia - ao mesmo tempo em que não reconhece a autonomia coletiva para estabelecer uma contribuição de solidariedade.

Portanto, o contrato de trabalho intermitente não cumpre as garantias fundamentais do trabalhador ou, como registra o Ministro Fachin em seu voto no STF, “não concretiza, como seria seu dever, o princípio da dignidade da pessoa humana, promovendo, na verdade, a instrumentalização da força de trabalho humana e ameaçando, com isso, a saúde física e mental do trabalhador, constituindo-se, por isso, norma impeditiva da consecução de uma vida digna”³⁸.

CONCLUSÃO

O princípio da vedação do retrocesso social e o contrato de trabalho intermitente como apresentado é uma afronta aos princípios e garantias constitucionais. Os artigos elencados na CLT com a Reforma Trabalhista são agressivos no âmbito material e processual.

O Brasil é um país escravocrata e colonizado, talvez explique esta relação da legislação ferir tanto os direitos adquiridos e o princípio da dignidade humana e não valorização do trabalho do empregado, tendo em vista que nos aparenta uma relação de servidão com a nova lei.

O contrato de trabalho intermitente deixa o trabalhador sem direitos e sem previsibilidade de plano pessoal e bem-social em comunidade. É tão relevante o tema e que o Supremo Tribunal Federal está debatendo esta questão quanto à constitucionalidade.

Nesse passo, a atuação do Poder Judiciário, fiscalizando a legalidade da Reforma Trabalhista e seus reflexos constitucionais contribui para que seja garantido o respeito as normas constitucionais. E protegendo os mais frágeis nesta relação de trabalho que são os empregados e trabalhadores, que por causa do momento atual veem seus direitos feridos, a dignidade da pessoa humana afastada e a mecanização do ser humano sem a valorização do trabalho.

³⁸ Consultor Jurídico. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 9-11.

O retrocesso social com este contrato é uma realidade que muitos trabalhadores não podem planejar sua vida pessoal e econômica, tendo em vista a precariedade e fragilidade que se encontram na sociedade.

Portanto, são necessários movimentos nacionais e internacionais para que este retrocesso não continue em nosso ordenamento jurídico, violando nossas conquistas em prol de uns argumentos vagos dos empregadores.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, José de. **Natureza jurídica do poder disciplinar no direito do trabalho**. p. 136.

ALVES, Amauri Cesar. **Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica**, in Revista Síntese Trabalhista, vol. 29, n. 346, abril 2018, p. 13

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. Ed. São Paulo: Método, 2014, p.3.

Constituição Federal de 1934. Disponível em:

<https://pt.wikipedia.org/wiki/Constitui%C3%A7%C3%A3o_brasileira_de_1934>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-dez-02/fachin-vota-declarar-trabalho-intermitente-inconstitucional>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020. p. 1.

DELGADO, Gabriela Neves; PEREIRA, Ricardo José Macêdo de Britto. **Trabalho, Constituição e Cidadania: a dimensão coletiva dos direitos sociais trabalhistas**. São Paulo: LTR, 2014, p. 200.

DUARTE, Bento Herculano. **Manual de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1998, p. 22 e 23.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. **Direitos Trabalhistas Constitucionalizados: de 1824 a 1988 e 25 anos depois**. Disponível em:

<http://www.lex.com.br/doutrina_25388279_DIREITOS_TRABALHISTAS_CONSTITUCIONALIZADOS_DE_1824_A_1988_E_25_ANOS_DEPOIS.aspx>. Acesso em: 10 de dezembro de 2020.

JUS. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832/o-principio-da-vedacao-ao-retrocesso-social-no-ordenamento-juridico-brasileiro#:~:text=O%20princ%C3%ADpio%20da%20veda%C3%A7%C3%A3o%20ao%20retrocesso%20social%20tem%20como%20conte%C3%BAdo,legislativo%20e%20na%20consici%C3%A2ncia%20geral>>. Acesso em 12 de dezembro de 2020.

KALIL, Renan Bernardi. **Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho.** Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, v. semestral, n. 48, p. 143, set. 2014.

LEMOS, Maria Cecília Almeida Monteiro. **O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO INTERMITENTES: reflexões na perspectiva do direito fundamental ao trabalho digno.** Trabalho de Conclusão de Curso (Doutorado em Direito) _ Universidade de Brasília. Brasília/DF, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.unb.br/handle/10482/34531#:~:text=Essa%20conduta%20abusiva%20viola%20o,%2C%20denominado%20%E2%80%95dano%20existencial%E2%80%96>>. Acesso 10 de dezembro de 2020, p. 46.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.** 15. ed. São Paulo: LTR, 2015, p.32.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho.** São Paulo: Saraiva. 2009, p. 35.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 26. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 4.

Ricardo Tadeu Marques da Fonseca. **A dignidade da pessoa: um valor fora do comércio e ínsito ao trabalho.** 2003.

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Curso de Direito do Trabalho.** 9º ed. Juruá Editora, 2004, p.21.

PASQUINO, Gianfranco. Conflito. In: **Dicionário de política.** 11. ed. Brasília: UnB, 1998, v. 1, p. 1123.

PASTORE, José. Muitos direitos e poucos empregos. O Jornal da tarde. 25 de mai. de 1994.

PENA, Rodolfo F. Alves. **"Trabalho escravo no Brasil atual"**; Brasil Escola. Disponível em <<http://brasilecola.uol.com.br/brasil/trabalho-escravo-no-brasil-atual.htm>>. Acesso em 10 de dezembro de 2020.

DA IMPORTÂNCIA DO PROCESSO TRABALHISTA NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE AO RECURSO ORDINÁRIO

Nilton Carlos de Almeida Coutinho

Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito pelo CESUMAR. Professor junto ao curso de Especialização do Centro de Estudos da PGE/SP. Procurador do Estado de São Paulo

Alúcio Henrique Ferreira

Mestre em Direito pela UNICESUMAR/PR. Especialista em Direito do Trabalho pelo CESUSC/SC. Advogado. Professor de Direito e Processo do Trabalho junto à FAFIMAN/Mandaguari-PR.

RESUMO:

O presente artigo analisa a importância dos recursos como instrumentos de proteção de direitos e efetivação da justiça. Para tanto, os autores iniciam o estudo analisando os princípios orientadores do direito processual e sua relação com a proteção dos direitos fundamentais tutelados pelo ordenamento jurídico.

Na sequência, passa-se a analisar especificamente o recurso ordinário trabalhista, com ênfase na sua abrangência, hipóteses de cabimento, forma de processamento e efeitos jurídicos.

Ao final são feitas algumas ponderações acerca da relação entre recursos e proteção de direitos fundamentais dentro de um Estado Democrático de Direito, destacando-se o papel primordial destes instrumentos na efetivação do acesso à justiça com vistas à obtenção de decisões justas, proporcionando maior segurança jurídica e efetividade na aplicação do Direito, por intermédio do sistema recursal trabalhista.

ABSTRACT:

This article analyzes the importance of resources as instruments for protecting rights and enforcing justice. To this end, the authors begin the study by analyzing the guiding principles of procedural law and its relationship with the protection of fundamental rights protected by the legal system.

Then, the ordinary labor appeal is specifically analyzed, with an emphasis on its scope, hypothesis of suitability, form of processing and legal effects.

At the end, some considerations are made about the relationship between resources and protection of fundamental rights within a Democratic State of Law, highlighting the primary role of these instruments in effecting access to justice in order to obtain fair decisions, providing greater legal security and effectiveness in the application of the Law, through the labor appeals system.

Palavras-chave:

Direitos fundamentais, segurança jurídica, recurso ordinário, devido processo legal, justiça.

Key-words

Fundamental rights, legal certainty, ordinary recourse, due process, justice

INTRODUÇÃO

Como sabemos, o processo constitui-se como instrumento de provocação da jurisdição, com o objetivo de obter a realização do direito material. Do mesmo modo, os direitos surgem e evoluem em razão das necessidades dos indivíduos e da sociedade. Nessa linha, o direito processual, enquanto instrumento de salvaguarda dos direitos constitucionalmente tutelados, também evolui constantemente.

Na seara trabalhista, o direito processual permite a realização de direitos sociais, a proteção das relações de trabalho, a efetivação da Justiça e dos direitos fundamentais nas relações de Trabalho. Tal proteção se dá por meio das ações judiciais ajuizadas, mas, também, por meio de diversos outros instrumentos previstos na legislação trabalhista, tais como as medidas cautelares e os recursos.

E, dentre os recursos cabíveis, merece destaque o recurso ordinário, o qual, dada sua amplitude e hipóteses de cabimento, constitui-se como o principal meio de impugnação de sentenças judiciais na esfera trabalhista, traduzindo-se dessa forma, em instrumento de proteção dos direitos dos indivíduos e proteção da dignidade da pessoa humana.

Assim, para a adequada análise de tal instrumento jurídico e sua importância na defesa dos direitos das partes é fundamental rememorar-se os princípios orientadores do direito processual para, na sequência, analisar, suas hipóteses de cabimento, forma de processamento e efeitos por ele almejados.

1. PRINCÍPIOS ORIENTADORES DO DIREITO PROCESSUAL

A dignidade da pessoa humana constitui-se como a regra matriz que orienta e define os direitos fundamentais dos indivíduos. (COUTINHO, 2015) E, para a realização dos objetivos almejados, a teoria geral do processual apresenta-nos uma série de princípios orientadores do direito processual.

Tratam-se de garantias estabelecidas, de modo a garantir-se uma sentença justa, bem como, possibilitar a insurgência da parte lesada, por meio da interposição do recurso cabível na espécie. (GAJARDONI, et. al. 2015)

Dentre os princípios mencionados, merecem destaque para os fins objetivados neste artigo:

a) princípio do devido processo legal. Segundo estabelece o art. 5, LIV, da CRFB, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Trata-se de uma garantia das partes, no sentido de terem um processo justo, sem qualquer tipo de abuso e ilegalidade (WAMBIER, TALAMINI, 2016).

b) Princípio da igualdade. Do mesmo modo, a igualdade de tratamento em relação às partes no âmbito da relação jurídica processual constitui-se como um princípio essencial para a adequada tramitação do processo e a obtenção de uma sentença justa. Assim, devem as partes terem as mesmas oportunidades para apresentar suas teses e eventuais recursos e contrarrazões. (MARINONI, 2013)

c) Princípio da duração razoável do processo ou celeridade. Tal princípio foi inserido em nossa Constituição Federal por força da EC 45/04 (art. 5, LXXVIII) e, por meio dele, foram assegurados a todos, no âmbito judicial e administrativo, a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. Trata-se de uma alteração importante a fim de mostrar a relação entre o

processo e a realização do direito material que se pretende proteger por meio dos instrumentos processuais.

A marcha processual precisa ter início, meio e fim. As partes têm direito a uma prestação jurisdicional célere e eficiente, com razoabilidade e proporcionalidade, de modo a não comprometer o contraditório e a ampla defesa.

d) Princípio da ampla defesa e do contraditório (Art. 5, LV, CF). O objetivo do processo é a obtenção de uma decisão justa, que permita a eficaz proteção do direito em discussão. Para isso, o exercício da ampla defesa e do contraditório são fundamentais para que as partes tenham condições para expor suas teses e apresentar seus fundamentos.

Sobre o tema, destaque-se que o art. 9 do NCPC dispõe que não será proferida decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida. Do mesmo modo, o art. 10 do CPC proíbe o juiz de decidir, em qualquer grau de jurisdição, sob fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestarem, mesmo que se trate de matéria que ele deva decidir de ofício.

e) Princípio da imparcialidade do juiz e do juiz natural (Art. 5, XXXVII e LIII, CF). A imparcialidade do Agente estatal incumbido de dizer o direito no caso concreto é pressuposto fundamental para o desenvolvimento de uma relação processual válida. (THEODORO JÚNIOR, 2016). Do mesmo modo, a existência de regras previas estabelecendo quem serão os órgãos investidos de Jurisdição e com competência para decidir as lides que lhes sejam apresentadas traduz-se em um importante princípio para garantir às partes a obtenção de um julgamento justo, sem protecionismos ou perseguições.

f) Princípio da inércia e da demanda (ou Princípio dispositivo - art. 312 do CPC e art. 2 CPC). Outro princípio relevante na seara processual refere-se ao princípio da inércia, o qual estabelece que a jurisdição precisa ser provocada para que o processo se desenvolva por impulso oficial do Estado. É importante lembrar, contudo, que, tendo em vista a busca da verdade real, admite-se, em determinadas situações, uma atuação mais proativa por parte do magistrado.

g) Princípio do duplo grau de jurisdição. Trata-se de um importante princípio da teoria geral do processo e essencial para o estudo do tema “recurso ordinário”. Isso porque, não obstante o objetivo do processo seja a obtenção de uma sentença justa, proporcionando-se às partes ampla defesa, contraditório, etc. é possível que, em determinadas situações, o magistrado não tenha proferido uma decisão realmente justa. Neste aspecto, o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição permite a revisão das causas já julgadas pelo juiz na primeira instância ou juiz de primeiro grau, garantindo-se, assim, uma nova análise do caso, por parte dos órgãos de segunda instância.

h) Princípio da publicidade. Princípio expressamente previsto em nossa Constituição Federal, a publicidade dos atos processuais permite a aplicação correta da justiça, garantindo-se a todos, o acesso aos autos e seu conteúdo, exceto quando afetarem a intimidade ou o interesse social. É o que se extrai do disposto no art.5, LX, da CRFB e no art. 189, do NCPC.

i) Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5, XXXV, CF). Trata-se de uma garantia conferida ao cidadão, no sentido de que toda lesão ou ameaça de lesão a direito poderá ser levada ao judiciário, para fins de apreciação e proteção. É o que se denomina de garantia de acesso à justiça. (MEDINA, et. al, 2008).

j) Princípio da lealdade processual ou da boa-fé processual. Por outro lado, é vedado às partes abusarem de seus direitos na relação processual, por meio de recursos protelatórios, ou outros instrumentos que visem apenas dificultar a obtenção do direito pleiteado pela parte lesada. MEDINA, 2015).

k) Princípio da motivação das decisões (art.93, inc. IX, CF) Por fim, merece destaque o princípio da motivação das decisões, as quais, se configuram, em última análise, como atos administrativos praticados pelo magistrado. Logo, surge para ele o dever de fundamentar suas decisões, permitindo às partes conhecer as razões que o levaram a tomar determinada decisão, bem como adotar as medidas cabíveis para proteção de seus direitos. Tal proteção se dará preponderantemente, por meio dos recursos previstos em lei para rever tais decisões ou, simplesmente, dirimir alguma omissão, obscuridade ou contradição existente em tal decisão.

2. DO RECURSO ORDINÁRIO TRABALHISTA

O recurso ordinário é o instrumento que objetiva reformar a sentença prolatada na primeira ou segunda instância, nos casos especificados em lei.

Para melhor compreensão do assunto, é necessário, inicialmente, buscar uma exata compreensão de sua definição. O assunto é tratado na Consolidação das Leis do Trabalho em seu artigo 895.

Art. 895 - Cabe recurso ordinário para a instância superior:

I - das decisões definitivas ou terminativas das Varas e Juízos, no prazo de 8 (oito) dias; e

II - das decisões definitivas ou terminativas dos Tribunais Regionais, em processos de sua competência originária, no prazo de 8 (oito) dias, quer nos dissídios individuais, quer nos dissídios coletivos.

§ 1º - Nas reclamações sujeitas ao procedimento sumaríssimo, o recurso ordinário:

I - (VETADO).

II - será imediatamente distribuído, uma vez recebido no Tribunal, devendo o relator liberá-lo no prazo máximo de dez dias, e a Secretaria do Tribunal ou Turma colocá-lo imediatamente em pauta para julgamento, sem revisor;

III - terá parecer oral do representante do Ministério Público presente à sessão de julgamento, se este entender necessário o parecer, com registro na certidão;

IV - terá acórdão consistente unicamente na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão.

§ 2º Os Tribunais Regionais, divididos em Turmas, poderão designar Turma para o julgamento dos recursos ordinários interpostos das sentenças prolatadas nas demandas sujeitas ao procedimento sumaríssimo.

De tal artigo se extrai que o recurso ordinário é o meio recursal adequado para se insurgir quanto às decisões definitivas ou terminativas proferidas em 1º grau de jurisdição, nos dissídios individuais ou coletivos, e, também, das decisões definitivas ou terminativas proferidas pelas instâncias superiores nos processos de competência originária.

Neste aspecto, torna-se necessário esclarecer que: Decisão definitiva é aquela em que o Magistrado julgou o mérito da lide, como por exemplo, nas hipóteses em que o juiz acolhe a prescrição ou decadência, homologa o acordo extrajudicial ou rejeita o pedido formulado na ação; já a decisão terminativa é aquela em que o Magistrado extingue o processo sem resolução do mérito, nas situações descritas no art. 485 do NCPC³⁹.

Conforme ensina NASCIMENTO (2007, 603) “o recurso ordinário trabalhista corresponde à apelação do processo civil”.

Fixadas estas premissas básicas, ainda deve ser dito que o recurso ordinário é típico da justiça do trabalho, não se confundindo com aquele previsto na Constituição Federal. Aliás, diz-se ordinário

³⁹ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

aquilo que é comum, habitual, grosseiro, geral. Assim, não se cuida o apelo trabalhista de recurso enquadrado na discussão de matérias restritas, eis que nele é possível a revisão pelo juízo *ad quem* não só de matéria de direito, mas também pode ser objeto de análise e julgamento o inconformismo a respeito da apreciação de fatos e provas.

2.1. Hipóteses de cabimento

Como exposto no início, o recurso ordinário é o meio processual adequado para a impugnação das decisões definitivas e terminativas proferidas em 1º grau de jurisdição ou das jurisdições superiores em processos de competência originária⁴⁰, em dissídios individuais ou coletivos. Isso é o que se extrai do artigo 895 da Consolidação das Leis do Trabalho. No mesmo sentido, MARTINS FILHO (2009, p. 295) ensina que o recurso ordinário tem cabimento em face “das decisões das Varas do Trabalho e Juízos de Direito investidos de jurisdição trabalhista em reclamações trabalhistas e das decisões dos TRTs em mandados de segurança e ações rescisórias”. Conforme dito, entende-se por decisão definitiva, aquela em que se decide o mérito da causa, e, por terminativa, aquela que extingue o processo sem resolver o seu mérito. (SARAIVA, MANFREDINI, 2016).

No apelo ordinário toda a matéria impugnada é devolvida ao órgão superior para apreciação, não sendo admissível, entretanto, a arguição de questões novas, ressalvada a hipótese de que a parte deixou de fazê-lo por motivo de força maior (CPC, artigo 1014).

Tem aplicabilidade no Direito Processual Trabalhista, o princípio da irrecorribilidade de imediato das decisões interlocutórias.

Assim, é em sede de recurso ordinário o momento adequado para a discussão de questões incidentais onde a parte reste sucumbente, desde que arguidas na primeira oportunidade em que a parte tinha para falar nos autos e reiteradas em sede de alegações finais, como, por exemplo, a não revogação de uma medida liminar que é confirmada por sentença. A insurgência quanto a matéria deverá se dar em sede de preliminar no recurso ordinário.

⁴⁰ Para exemplificar, citam-se as seguintes Súmulas do TST: 158-AÇÃO RESCISÓRIA - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Da decisão de Tribunal Regional do Trabalho, em ação rescisória, é cabível recurso ordinário para o Tribunal Superior do Trabalho, em face da organização judiciária trabalhista (ex-Prejulgado nº 35). 201-RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Da decisão de Tribunal Regional do Trabalho em mandado de segurança cabe recurso ordinário, no prazo de 8 (oito) dias, para o Tribunal Superior do Trabalho, e igual dilação para o recorrido e interessados apresentarem razões de contrariedade.

A margem ampla de cabimento do recurso ordinário é restringida no âmbito do procedimento sumário (parágrafo 4º do artigo 2º da Lei 5584/70)⁴¹, onde é passível de revisão somente a matéria de cunho constitucional.

2.2. Processamento do recurso ordinário

O recurso ordinário é interposto por petição, acompanhada das razões que justifiquem o pedido de reforma. Situação interessante surge nas hipóteses onde é exercido o *jus postulandi* (artigo 791 da CLT), onde a parte pode tão somente recorrer por simples petição, sem a necessidade de apresentação das razões⁴².

Em regra, o recurso ordinário é voluntário, isto é, a parte não se obriga a recorrer da decisão. Porém, em determinadas hipóteses, quando for parte a fazenda pública, há a necessidade da remessa *ex officio*, conforme já pacificado pelo TST por meio da Súmula 303⁴³.

⁴¹ Art 2º Nos dissídios individuais, proposta a conciliação, e não havendo acordo, o Presidente, da Junta ou o Juiz, antes de passar à instrução da causa, fixar-lhe-á o valor para a determinação da alçada, se este for indeterminado no pedido.

[...]

§ 4º - Salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios da alçada a que se refere o parágrafo anterior, considerado, para esse fim, o valor do salário mínimo à data do ajuizamento da ação.

⁴² Conforme ensina Mauro Schiavi, *in* Manual de Direito Processual do Trabalho de Acordo com o Novo CPC. 10ª Ed. LTr: São Paulo, 2016, p. 928. Ainda, deve ser dito que o TST, por meio da Súmula 425 assim já firmou o entendimento acerca do recurso ordinário interposto pela própria parte: *JUS POSTULANDI NA JUSTIÇA DO TRABALHO*. ALCANCE. Res. 165/2010, DEJT divulgado em 30.04.2010 e 03 e 04.05.2010. O *jus postulandi* das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho.

⁴³ FAZENDA PÚBLICA. DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO (incorporadas as Orientações Jurisprudenciais nºs 71, 72 e 73 da SBDI-1) - Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005. I - Em dissídio individual, está sujeita ao duplo grau de jurisdição, mesmo na vigência da CF/1988, decisão contrária à Fazenda Pública, salvo: a) quando a condenação não ultrapassar o valor correspondente a 60 (sessenta) salários mínimos; b) quando a decisão estiver em consonância com decisão plenária do Supremo Tribunal Federal ou com súmula ou orientação jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho. (ex-Súmula nº 303 - alterada pela Res. 121/2003, DJ 21.11.2003 - Lei nº 10.352, de 26.12.2001) II - Em ação rescisória, a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau está sujeita ao duplo grau de jurisdição obrigatório quando desfavorável ao ente público, exceto nas hipóteses das alíneas "a" e "b" do inciso anterior. (ex-OJ nº 71 da SBDI-1 - inserida em 03.06.1996) III - Em mandado de segurança, somente cabe remessa "ex officio" se, na relação processual, figurar pessoa jurídica de direito público como parte prejudicada pela concessão da ordem. Tal situação não ocorre na hipótese de figurar no feito como impetrante e terceiro interessado pessoa de direito privado, ressalvada a hipótese de matéria administrativa. (ex-OJs nºs 72 e 73 da SBDI-1 - inseridas, respectivamente, em 25.11.1996 e 03.06.1996)

Conforme previsto no inciso I do artigo 895 da Consolidação das Leis do Trabalho, o prazo previsto para a interposição do recurso ordinário é de 8 (oito) dias⁴⁴. A petição de interposição é dirigida ao juiz que proferiu a sentença, que após feito o juízo de admissibilidade, intimará a parte contrária para apresentar contrarrazões no prazo de 8 dias (Artigo 900 da CLT) - admitindo-se neste prazo a interposição de recurso adesivo (Artigo 997, §2º do CPC), intimando-se a outra parte para contrarrazoar, também no prazo de 8 (oito) dias -, remetendo-se, na sequência, o processo ao tribunal *ad quem*.

Por meio da Instrução Normativa 39/2016, artigo 2º, inciso XI, do TST, entendeu-se pela não aplicação do art. 1010, §3º do Código de Processo Civil, que torna desnecessário o juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*, permanecendo ao encargo do Juiz do Trabalho a avaliação dos pressupostos recursais antes de remeter o recurso à instância superior.

Todavia, o tribunal não está sujeito à análise de admissibilidade previamente realizada no juízo de origem. Neste sentido, BEBBER e CHAVES (2009, p. 800/801) ensinam:

Apesar de indispensável, o primeiro juízo de admissibilidade dos recursos é precário. Não outorga, portanto, um poder jurídico absoluto, pois não cria direito processual e, como corolário, não vincula, constrange ou compele o órgão recursal a acatá-lo. É do órgão recursal a competência privativa para decidir em caráter definitivo sobre a admissibilidade do recurso.

Remetidos os autos ao tribunal, a distribuição do recurso será imediata (Artigo 93, inciso XV da CF), designando-se o relator e o revisor. Os autos serão remetidos ao Ministério Público do Trabalho que terá o prazo de 8 dias para exarar seu parecer.

A decisão será tomada pela Turma, pelo voto de três membros, embora esta seja composta por cinco julgadores. O julgamento do Tribunal substitui a decisão recorrida na parte modificada (Artigo 1008 do CPC).

Os acórdãos deverão ter ementas (artigo 943, §1º do CPC), exceto nas causas sujeitas ao procedimento sumaríssimo (Artigo 895, §1º, IV, da CLT). Inclusive, nestas, o recurso ordinário recebido pelo tribunal será imediatamente distribuído, devendo o relator liberá-lo no prazo máximo de dez dias, e a Secretaria do Tribunal ou Turma colocá-lo imediatamente em pauta para julgamento, sem revisor. O Ministério Público do Trabalho oferecerá parecer oral na sessão de julgamento, com registro na certidão, e o acórdão consistirá na certidão de julgamento, com a indicação suficiente do processo e parte dispositiva, e das razões de decidir

⁴⁴ Tratando-se de recurso específico à justiça do trabalho, não se aplica ao referido recurso a regra da contagem de prazos em “dias úteis” trazidas pelo novo CPC, mantendo-se, portanto, a contagem em “dias corridos”.

do voto prevalente. Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a certidão de julgamento, registrando tal circunstância, servirá de acórdão (Artigo 895, §1º., I a IV da CLT).

Vale ressaltar, inclusive, que a Instrução Normativa 39/2016 do TST, em seu artigo 3º, inciso VIII⁴⁵, dispõe ser aplicável ao processo do trabalho o parágrafo 7º do artigo 485 do CPC⁴⁶, podendo, em sede de recurso ordinário, o juiz retratar-se quanto a sentença que julgar o feito sem resolução de mérito, nas hipóteses dos incisos I a X do mencionado artigo.

3 EFEITOS DO RECURSO ORDINÁRIO

Assim, como os demais recursos, o recurso ordinário é dotado do efeito obstativo e do efeito devolutivo (Artigo 899, CLT)

O efeito obstativo, impede a ocorrência do trânsito em julgado, mantendo-se o estado de litispendência, ou seja, os recursos têm o poder de dar seguimento à relação processual original. Em outras palavras: o recurso impede que ocorra a preclusão máxima, ou seja, a formação da coisa julgada formal, requisito essencial para a formação da coisa julgada material.

Com relação ao denominado efeito devolutivo, tem-se que este refere-se à amplitude da matéria que poderá analisar pelo órgão *ad quem*. (FONSECA, 2008). Assim, caberá ao Tribunal

⁴⁵ Art. 3º Sem prejuízo de outros, aplicam-se ao Processo do Trabalho, em face de omissão e compatibilidade, os preceitos do Código de Processo Civil que regulam os seguintes temas:

VIII – art. 485, § 7º (juízo de retratação no recurso ordinário);

⁴⁶ Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I - indeferir a petição inicial;

II - o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - reconhecer a existência de preempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII - acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII - homologar a desistência da ação;

IX - em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X - nos demais casos prescritos neste Código.

[...]

§ 7º Interposta a apelação em qualquer dos casos de que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

o reexame da decisão recorrida e que foi objeto do recurso, ou seja: de toda a matéria discutida no primeiro grau ao juízo *ad quem* e que foi objeto de impugnação por parte do recorrente.

Com reação ao efeito suspensivo, observe-se que, no processo do trabalho, os recursos têm efeito meramente devolutivo, tornando cabível a execução provisória. Assim, caso haja a necessidade de obtenção de efeito suspensivo ao recurso deverá ser ajuizada ação cautelar (ex-OJ nº 51 da SBDI-2 - inserida em 20.09.2000). Destaque-se, entretanto, que os recursos ordinários interpostos pela Procuradoria da Justiça do Trabalho, nos dissídios coletivos, poderão ser recebidos no efeito suspensivo (Artigo 8º, Lei 5.584/70).

Todavia, admite-se em sede de recurso ordinário aquilo que se chama de efeito devolutivo em profundidade, previsto no art. 1013, § 1º, DO CPC, que consiste na transferência ao Tribunal *ad quem* a apreciação dos fundamentos da inicial ou da defesa, não examinados pela sentença, ainda que não renovados em contrarrazões, desde que relativos ao ponto impugnado. (MIESSA, 2016)

3.1. A teoria da causa madura

O Novo Código Processual Civil, nos parágrafos 3º e 4º do artigo 1013, expressamente previu que, diante do efeito devolutivo do apelo, se o processo estiver em condições de imediato julgamento, o tribunal deve decidi-lo desde logo, sem que haja o retorno dos autos ao juízo *a quo*.

Pacificando a interpretação da chamada “teoria da causa madura”, o Tribunal Superior do Trabalho se manifestou por meio da Súmula 393, que em seu inciso II traz a seguinte previsão:

II – Se o processo estiver em condições, o tribunal, ao julgar o recurso ordinário, deverá decidir desde logo o mérito da causa, nos termos do § 3º do art. 1.013 do CPC de 2015, inclusive quando constatar a omissão da sentença no exame de um dos pedidos.

Denota-se, portanto, significativo avanço com vistas a fazer valer a característica processual e princípio informador da celeridade, prestigiando a duração razoável do processo, a instrumentalidade e o aproveitamento dos atos processuais, pois o tribunal deverá decidir quando (art. 1013, parágrafo 3º, do CPC): i) a decisão de 1º grau tiver extinguido o processo sem resolução de mérito e o feito já estiver pronto para julgamento; ii) for decretada a nulidade da sentença por ela não estar de acordo com os limites do pedido ou da causa de pedir, devendo o tribunal adequar o julgamento aos limites da causa de pedir e do pedido; iii) se constatar omissão no exame dos pedidos, haverá a faculdade de o tribunal julgar os pedidos ainda não apreciados; iv) for decretada a nulidade da sentença por falta de fundamentação; v) for reformada a sentença, afastando a decadência e a prescrição.

Sobre o tema, DANTAS (2017) ensina que:

sendo a competência dos tribunais de apelação delineada por leis infraconstitucionais, nenhum impedimento há para que se lhes crie mais uma hipótese de competência originária. O que não se pode fazer é entender que um dispositivo infraconstitucional, como o § 3º do art. 515 do CPC, pode derogar as competências constitucionalmente estabelecidas pelos arts. 102, II, e 105, II, ambos da Constituição da República.

Assim, espera-se que seja revista a tradicional resistência dos tribunais quanto à aplicabilidade da teoria em questão, fazendo valer, nas causas onde evidentemente não haja supressão de instância, as previsões processuais aqui tratadas, que guardam consonância com a celeridade que informa o direito processual do trabalho.

3.2. O artigo 938 do novo CPC e o saneamento das nulidades no recurso ordinário

O artigo 938 do CPC⁴⁷ proporciona ao Tribunal, por ocasião do julgamento do recurso ordinário, a suspensão a análise do recurso quando constatada nulidade que seja possível se sanada.

O saneamento do defeito processual poderá se dar no âmbito do próprio Tribunal ou, caso haja necessidade, será determinada a baixa dos autos ao juízo *a quo*, afim de que seja corrigida a irregularidade, intimando-se as partes e, após o decurso do prazo, procederá ao julgamento do recurso.

Questão intrigante, contudo, consiste em saber qual o tipo de nulidade pode ser o objeto de saneamento, na medida em que o parágrafo 1º do artigo 938 do CPC fala em “vício sanável”?

Um primeiro ponto é a necessidade da existência de prejuízo, pois como é cediço, no direito processual do trabalho não se declara nulidade sem existência de prejuízo.

Por segundo, levando-se em conta que este ramo do direito processual busca efetivar o cumprimento de verbas de natureza alimentar descumpridas, como também por ser informado pelos princípios da celeridade e simplicidade das formas, há de se entender como possível de serem sanadas tanto nulidades relativas como as absolutas.

⁴⁷ Art. 938. A questão preliminar suscitada no julgamento será decidida antes do mérito, deste não se conhecendo caso seja incompatível com a decisão.

§ 1º Constatada a ocorrência de vício sanável, inclusive aquele que possa ser conhecido de ofício, o relator determinará a realização ou a renovação do ato processual, no próprio tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, intimadas as partes.

§ 2º Cumprida a diligência de que trata o § 1º, o relator, sempre que possível, prosseguirá no julgamento do recurso.

§ 3º Reconhecida a necessidade de produção de prova, o relator converterá o julgamento em diligência, que se realizará no tribunal ou em primeiro grau de jurisdição, decidindo-se o recurso após a conclusão da instrução.

§ 4º Quando não determinadas pelo relator, as providências indicadas nos §§ 1º e 3º poderão ser determinadas pelo órgão competente para julgamento do recurso.

Quanto às relativas, elas não ensejam discussão, por questão simples. Porém, as absolutas, merecem atenção e reputa-se que devem ser incluídas no contexto dos chamados “vícios sanáveis”.

Isso porque o cidadão busca com o processo a efetivação do direito material que foi descumprido, direito este, como já dito aqui, de natureza alimentar, o que deve se dar de uma maneira célere e efetiva, para que realmente o processo cumpra com a sua função social. Neste contexto, será uma grande homenagem a toda carga axiológica e principiológica que permeia todo o direito processual do trabalho, privilegiando-se o sobremaneira o jurisdicionado, possibilitar o saneamento e nulidades absolutas. (COUTINHO, 2017)

A título de exemplo, cite-se a seguinte situação hipotética: Houve o indeferimento da produção de prova pericial para comprovar o labor em condição insalubre. Pode o tribunal anular a sentença, por ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, determinando a baixa dos autos apenas para a produção da prova e, após isso, o julgamento de primeiro grau será complementado, intimando-se as partes e retornando o feito para continuidade do julgamento do recurso. (SCHIAVI, 2016)

Vale dizer, por fim, que como a CLT não traz previsão específica sobre o ponto, por força de seu artigo 769, reputa-se como aplicável a norma em questão, como aqui sustentado.

4. RECURSO ORDINÁRIO E DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Estado Democrático de Direito, deve-se garantir ampla possibilidade de participação das partes, no processo, de forma isonômica, observando-se os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal, igualdade, imparcialidade, duplo grau de jurisdição, etc. é o que se convencionou chamar de tutela constitucional do processo, formada pelo conjunto de princípios e garantias vindos da Constituição que versam sobre a tutela jurisdicional e a chamada jurisdição constitucional das liberdades, que compreende o arsenal de meios previstos no texto constitucional para dar efetividade aos direitos individuais e coletivos. (BONAVIDES, 2015). Neste arsenal encontram-se o mandado de segurança, o habeas corpus, a Ação Civil Pública, as ações de controle de constitucionalidade e etc. Neste texto, optamos por abordar especificamente a questão atinente ao recurso ordinário trabalhista como instrumento posto à disposição da parte lesada a fim de defender os seus direitos em decorrência de eventual violação praticada durante o exercício da jurisdição estatal.

Assim, a discussão trazida não se resume apenas a aspectos processuais ou formais, mas, sim, a importância dos instrumentos processuais para a efetividade da proteção de tais direitos. Aliás, a imutabilidade dos efeitos da sentença, por meio da coisa julgada é um importante mecanismo para conferir-se segurança jurídica aos julgados. (AURELLI, 2014)

O Direito Processual deve ser estudado e tratado à luz dos direitos fundamentais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, de forma a que, para a composição ou solução dos conflitos sociais submetidos ao Judiciário, a construção das decisões deve ser promovida não apenas pelo órgão jurisdicional, mas, quanto mais possível, com a participação de todas as partes envolvidas e/ou interessadas.

Nessa linha, as normas processuais, sob a luz do neoconstitucionalismo e do neoprocessualismo, encontram seu fundamento de validade e de eficácia nas normas de direitos fundamentais, de tal modo que o processo deve ser adequado à tutela dos direitos fundamentais (dimensão subjetiva) e estruturado conforme essas mesmas normas (dimensão objetiva - direito fundamental ao contraditório, à ampla defesa, etc.).

Observe-se, ainda, que, por meio do recurso possibilita-se não apenas o prolongamento do debate democrático sobre a questão jurídica em discussão, mas, possibilita-se uma nova análise sob todos os pontos da demanda, permitindo-se a correção de eventuais erros existentes na primeira análise da causa. (DINIZ, 2005).

Assim, de acordo com esta perspectiva, não cabe a norma infraconstitucional impor limitações ao acesso a jurisdição das partes em caso de lesão ou ameaça de lesão a seus direitos (princípio do acesso a jurisdição, art. 5º, inciso XXXV da CR/88), sob o argumento de se garantir a celeridade processual, pois de nada adiantaria uma decisão célere, caso a mesma padecesse de algum vício ou erro que viesse a violar direitos fundamentais do indivíduo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado, o processo constitui-se como um instrumento voltado à proteção dos direitos fundamentais. Para ampliar o seu grau de eficiência, inúmeros princípios foram inseridos em nossa Constituição Federal, sendo certo, ainda, que nosso país se constitui como um Estado Democrático de Direito e tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Deste modo, a constitucionalização do processo amplia a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra abusos do poder público ou de outros indivíduos.

Dentre os instrumentos à disposição do cidadão para a defesa de seus direitos, destaque-se o recurso ordinário, o qual é um recurso típico da justiça do trabalho, previsto na CLT, tendo como objetivo possibilitar a revisão de decisões definitivas ou terminativas proferidas em 1º grau de

jurisdição, bem como nos dissídios individuais ou coletivos e nas decisões definitivas ou terminativas proferidas pelas instâncias superiores nos processos de competência originária.

Tendo em vista suas características e abrangência, o recurso ordinário constitui-se como um dos mais eficazes instrumentos processuais de proteção dos direitos do indivíduo no âmbito das relações trabalhistas, na medida em que o recurso ordinário possibilita uma nova análise dos fatos pelo poder judiciário, a reanálise das decisões proferidas e, principalmente, a correção de eventuais erros que possam ter sido cometidos durante o processo judicial.

Não obstante, é preciso lembrar que se trata de um recurso que deve obedecer a requisitos formais expressamente previstos em lei, os quais encontram-se expressamente previstos na CLT, a qual traz em seu texto regras detalhadas em relação ao processamento do recurso ordinário e aos efeitos nos quais este será recebido.

Do mesmo modo, o NCPC (o qual deverá ser aplicado subsidiariamente) trouxe importantes inovações visando a rápida solução do litígio as quais poderão ser utilizadas em relação ao referido recurso, tais como a possibilidade de saneamento de defeito processual passível de correção, entre outros.

Tais mecanismos e medidas são cruciais para o amadurecimento e aprimoramento da justiça trabalhista brasileira, garantindo-se a efetividade das normas e a proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos, por meio de instrumentos jurídicos adequados e preocupados com a preservação da dignidade da pessoa humana.

Referências

AURELLI, Arlete Inês e outros. **O direito de estar em juízo e a coisa julgada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BEBBER, Júlio Cesar. CHAVES, Luciano Athayde (Org.). **Curso de Processo do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2009

BONAVIDES, Paulo. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CASTRO, Ítalo Menezes de. A Teoria da Causa Madura no Novo Código de Processo Civil: considerações sobre os impactos no processo do trabalho. In: MIESSA, Élisson (org.). **O Novo Código de Processo Civil e seus Reflexos no Processo do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2016.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de Direito Processual do Trabalho de Acordo com o Novo CPC**. São Paulo: LTr, 2016

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida. **Recursos no processo trabalhista**. COUTINHO: Brasília, 2017

COUTINHO, Nilton Carlos de Almeida (coord.). **Direitos constitucionais dos trabalhadores e dignidade da pessoa humana (homenagem ao Ministro Marco Aurelio Mendes de Farias Mello)**. São Paulo: LTr, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro do. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DANTAS, Bruno. A aplicação da teoria da causa madura ao recurso ordinário em mandado de segurança respeita a constituição? análise do art. 1.013, § 3º, do cpc/2015. In: **Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB**. – v.3, n.3, (jul./dez.2017) - Brasília: IESB, 2017

DINIZ, José Janguê Bezerra. **Os recursos no processo trabalhista – teoria, prática e jurisprudência**. São Paulo, LTr, 2005.

FONSECA, João Francisco Naves da. Efeito devolutivo na apelação e ‘questões de ordem pública’. In: **RBDPro**. Belo Horizonte, Ed. Fórum, ano 16, n. 64, p. 85-98, out./dez. 2008

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; ROQUE, Andre Vasconcelos; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte. **Teoria geral do processo. Comentários ao CPC de 2015**. São Paulo: Forense, 2015

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 1, 2013.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual de Direito e Processo do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2009.

MEDINA, José Guilherme Garcia. **Novo Código de Processo Civil comentado: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973**. São Paulo: Ed. RT, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier**. São Paulo: RT, 2008.

SARAIVA, Renato; MANFREDINI, Aryanna. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. Salvador, Editora Juspodivm, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; TALAMINI, Eduardo. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA IDEOLÓGICA E AS LIMITAÇÕES DAS LIBERDADES DE SEUS TRABALHADORES

Dinaildes de Moura Lino Ferreira

Advogada. Mestranda em Direitos Sociais e Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB

Alexandre Agra Belmonte

Ministro do Tribunal Superior do Trabalho. Doutor em Direito, membro da Academia Nacional de Direito do Trabalho. Professor universitário

Resumo:

O presente artigo científico trata da relação de colisão dos direitos fundamentais entre o trabalhador e as organizações de tendência ideológica, analisando as consequências das limitações de liberdades, conflitos e seus reflexos nas relações laborais.

Palavras-chave: Liberdade religiosa. Livre iniciativa. Organização de tendência. Direitos fundamentais. Colisão de direitos. Controle.

IDEOLOGICAL TREND ORGANIZATIONS AND THE LIMITATIONS ON THE FREEDOMS OF THEIR WORKERS

ABSTRACT

This research paper deals with the collision relationship of fundamental rights between workers and organizations with an ideological tendency, analyzing the consequences of the limitations of freedoms, conflicts and their reflexes in industrial relations.

Keywords: Religious freedom. Free Initiative. Trend organization. Fundamental rights. Collision of rights. Control.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS 2.1 PRINCÍPIOS: DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO 2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS 3 LIBERDADE DE PENSAMENTO E RELAÇÕES DE TRABALHO 3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PENSAMENTO, OPINIÃO E CRENÇA 3.2. A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES 3.3 A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE E A RELAÇÃO DE EMPREGO: A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO E LIVRE INICIATIVA 4 ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA E A LIBERDADE DE SEUS EMPREGADOS 4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA LIBERDADE NO MEIO LABORAL 4.2 ORGANIZAÇÃO DE TENDÊNCIA IDEOLÓGICA 4.2.1 O TRABALHADOR DE TENDÊNCIA E O TRABALHADOR NEUTRO 5 REFERÊNCIAS 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1 INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988 deu grande destaque para os direitos e garantias fundamentais, especialmente aos direitos de liberdade, considerados no direito de pensar, se expressar e crer livremente. Essa importância dada pelo texto constitucional pode ser entendida em parte como resposta ao período ditatorial vivido no Brasil imediatamente antes, onde essa de garantia foi

muito limitada, num contexto em que o governo analisava previamente, censurava e controlava as manifestações do pensamento.

Foram consagrados – não pela primeira vez é importante dizer – os direitos à livre liberdade de expressão e de crença, num compromisso estatal de garantir de maneira plena tais direitos.

De outro lado, ao consagrar o como fundamento do Estado brasileiro a livre iniciativa e colocar a propriedade privada, adotou o regime capitalista (limitado pela obrigatoriedade de a propriedade ter função social).

Conjugando tais princípios, num contexto de ampla liberdade de expressão e crença, observamos a possibilidade do surgimento de entidades organizadas destinadas a difusão de determinada crença ou ideologia, chamada pela doutrina de “organizações de tendência ideológica”.

Desse modo, percebemos um conflito relacionado aos direitos fundamentais dos trabalhadores de livremente escolherem em que acreditar e se expressarem da forma que entenderem mais conveniente e os interesses do empregador de tendência de ter sua visão de mundo difundida.

A relação de trabalho, considerada ontologicamente, contém um conflito entre a liberdade do trabalhador e o interesse do empregador, visto que aquele cede em parte sua autonomia em favor do objetivo empresarial. Nesse trabalho tentaremos expor os conflitos específicos e seus reflexos nas relações laborais da limitação dos direitos fundamentais do empregado em favor do objetivo colimado pelas organizações de tendência ideológica.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE PRINCÍPIOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1 PRINCÍPIOS: DO JUSNATURALISMO AO PÓS-POSITIVISMO

A noção de princípio nasce de uma perspectiva de afirmação da existência de direitos naturais, inatos e pertencentes ao homem pelo simples fato de existir. Nesse momento histórico, importante salientar, o Direito não era separado da moral e da religião, de modo que o

entendimento de justiça era definido por meio de uma realidade religiosa onde a ordem jurídica seria derivada de “mandamentos originados por uma racionalidade superior à dos homens”⁴⁸.

Mais tarde, o pensamento jusnaturalista abandonaria, de certo modo, a divindade como elemento legitimador dos direitos fundamentais, substituindo-a pela razão⁴⁹. Kant é um dos principais nomes dessa fase do jusnaturalismo. Para o autor, “todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência, que cabe a todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontrando-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos demais homens”⁵⁰. Pode-se perceber a noção de que o direito seria inato e anterior à ordem jurídica posta analisando-se o conceito de imperativo categórico onde “por meio de um mecanismo racional é possível pensar condutas morais que definam se uma determinada ação é sempre certa ou errada, isto é, justa ou injusta”⁵¹. Esse mecanismo racional pensado por Kant seria aferido em abstrato, de modo que a situação concreta ou mesmo o indivíduo e suas características não são levados em consideração.

Posteriormente teremos o juspositivismo, a segunda fase da teorização dos princípios⁵². Aqui os princípios ingressam no ordenamento jurídico como fonte normativa secundária, com a função de integrar e impedir o “vazio normativo”, pois na lógica positivista o Direito é um sistema fechado de regras e as condições de aplicação estão previstas no texto normativo. Via de regra, o juspositivismo confere aos princípios o *status* de pautas programáticas, dotadas de pouca ou nenhuma normatividade, sendo praticamente irrelevantes juridicamente⁵³.

A partir da segunda metade do século XX e nas décadas que se seguiram, as constituições passaram a acentuar a “hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.”⁵⁴ Nesse momento, os princípios deixam de ser fonte supletiva e passam a ter valor normativo, sendo apresentadas por constitucionalistas contemporâneos como um gênero

⁴⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev., atual., e ampl., Salvador: Editora Juspodium, 2020, p.324.

⁴⁹ *Ibid.*, 2020, p.324.

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 40.

⁵¹ FERNANDES, 2020, p.324

⁵² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 262

⁵³ BONAVIDES, 2011, p. 263.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 264

normativo dividido em duas espécies: regras e princípios. Na definição de Canotilho, valendo-se das lições de Dworkin:

Os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proibem) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: (applicable in all-or-nothing fashion); a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de otimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à «lógica do tudo ou nada»), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflituantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos.⁵⁵

2.2 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Definir a natureza, funções e objetivos dos direitos fundamentais é tarefa de acentuado grau de dificuldade e complexidade. O intuito desse artigo não permite que se trate do tema com profundidade, de modo que serão trazidos breves conceitos doutrinários relevantes para o tema em estudo.

O jurista alemão Hesse entende que o objetivo dos direitos fundamentais seria criar e manter os pressupostos necessários para uma vida na liberdade e dignidade humana.⁵⁶

Nas palavras de Ingo Sarlet, “os direitos fundamentais integram, portanto, ao lado da definição da forma de Estado, do sistema de governo e da organização do poder, a essência do Estado constitucional”⁵⁷.

Por fim, Uadi Lammêgo Bulos, define direitos fundamentais como

(..) o conjunto de normas, princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social.⁵⁸

A doutrina elenca três funções dos direitos fundamentais: função de defesa ou de liberdade, função prestacional e função de proteção perante terceiros.

⁵⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**, 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012, p.1161

⁵⁶ BONAVIDES, 2011, p.560.

⁵⁷ SARLET, 2010, p. 58.

⁵⁸ BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**, 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 526
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

A primeira delas diz respeito à defesa da pessoa humana e sua dignidade perante o Estado, dividindo-se em normas de competência negativa – as que limitam o poder Estatal sobre o indivíduo e a segunda que permite o exercício dos direitos fundamentais (liberdades positivas) e a exigência, perante o Estado, de omissões, de maneira a evitar lesões por parte deste.⁵⁹

A segunda função, prestacional, significa, em síntese, o direito de obter algo através do Estado.

Por fim, a terceira função impõe um dever ao Estado de proteger perante terceiros o titular do direito fundamental, “esta função de proteção de terceiros obrigará também o Estado a concretizar as normas reguladoras das relações jurídico-civis de forma a assegurar nestas relações a observância dos direitos fundamentais”⁶⁰

3 LIBERDADE DE PENSAMENTO E RELAÇÕES DE TRABALHO

3.1 O DIREITO À LIBERDADE DE EXPRESSÃO: PENSAMENTO, OPINIÃO E CRENÇA

Liberdade costuma ser definida como o poder ou faculdade de agir conforme sua própria determinação que tem um indivíduo.⁶¹

O direito à liberdade de expressão, decorre do direito geral de liberdade individual, de origem eminentemente liberal, garantida pela atual ordem jurídica nacional e essencial para a existência do Estado Democrático de Direito.

A Constituição de 1988 não adota uniformemente o termo “liberdade de expressão”⁶², denominando ora como livre manifestação de pensamento e ora como liberdade de expressão.

Ingo Sarlet esquematiza o estudo dessas liberdades num conjunto, onde coloca como gênero a liberdade de expressão, que se divide nas seguintes espécies: (a) liberdade de manifestação do pensamento, (incluindo a liberdade de opinião); (b) liberdade de expressão

⁵⁹ CANOTILHO, 2012, p. 407-408.

⁶⁰ CANOTILHO, 2012, p. 408.

⁶¹ BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador**. São Paulo: LTr, 2013, p. 60.

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de direito constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

artística; (c), liberdade de ensino e pesquisa; (d) liberdade de comunicação e de informação (liberdade de “imprensa”); (e) liberdade de expressão religiosa.⁶³

O direito de expressar os pensamentos por qualquer meio é direito fundamental do ser humano, sendo uma liberdade positiva.⁶⁴

Para os objetivos desse artigo, teceremos considerações apenas sobre a liberdade de opinião e expressão religiosa, que nomearemos de “liberdade de crença”.

A liberdade de crença, inserida na cláusula geral de liberdade⁶⁵, é garantida no Brasil pelo inciso VI do artigo 5º da Constituição da República e “diz respeito às convicções espirituais ou religiosas do indivíduo”⁶⁶, abrangendo também a liberdade de não praticar religião alguma ou crer em qualquer divindade.

Ingo Sarlet, destaca que a

liberdade religiosa foi uma das primeiras liberdades asseguradas nas declarações de direitos e a alcançar a condição de direito humano e fundamental consagrado na esfera do direito internacional dos direitos humanos e nos catálogos constitucionais de direitos⁶⁷

A liberdade de crença tem grande importância no reconhecimento dos direitos fundamentais. Canotilho aponta que alguns autores, como G. Jellinek, chegam ao ponto de indicar a liberdade religiosa como a origem da luta pelos direitos fundamentais.⁶⁸

A liberdade religiosa é o direito fundamental mais geral da liberdade de consciência e serve de fundamento da neutralidade religiosa e ideológica do Estado, configurando verdadeiro elemento fundamental da ordem democrática.⁶⁹

Konrad Hesse define a liberdade de opinião como “uma parte essencial da liberdade política e espiritual”⁷⁰. O autor alemão identifica um caráter duplo do direito de opinião: por um lado é uma indubitável garantia subjetiva, afigurando-se como direito de defesa e cooperação

⁶³ SARLET, 2019.

⁶⁴ Ibid., p. 408.

⁶⁵ HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p.298.

⁶⁶ BELMONTE, 2013, p. 60.

⁶⁷ . SARLET, 2019.

⁶⁸ CANOTILHO, 2012, p. 383.

⁶⁹ HESSE, 1998, p. 299.

⁷⁰ Ibid., p. 302.

política, por outro é uma prescrição de “competência negativa e elementos constitutivos da ordem objetiva democrática e estatal-jurídica”⁷¹, essa dimensão permite que a pessoa possa exprimir e divulgar suas opiniões.

3.2. A APLICAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE E A RELAÇÃO ENTRE PARTICULARES

Nesse ponto cabe uma importante reflexão acerca dos direitos fundamentais de defesa que são de grande importância para os tópicos seguintes. Os direitos fundamentais de defesa ou de liberdade, regra geral são opostos contra o Estado, configurando verdadeira garantia contra o arbítrio, dada a enorme diferença de poder entre o ente estatal e o particular.

Contudo, as relações de trabalho se dão entre particulares e por muito tempo se questionou acerca da aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, dada a igualdade formal entre as partes.

Konrad Hesse, traz o exemplo do Tribunal do Trabalho Federal alemão e o seu entendimento acerca do tema:

O tribunal sustenta a concepção, que uma série de direitos fundamentais significativos não só garantem direitos de liberdade diante do poder estatal, mas que ele também contém princípios de ordenação para a vida social que, em uma dimensão a ser desenvolvida mais pormenorizadamente do direito fundamental tem significado imediato também para o tráfego jurídico dos cidadãos entre si; os direitos fundamentais estabelecem uma estrutura ordenada, com a qual também a ordem na empresa ou contratos e medidas dos membros jurídicos não devem pôr-se em conflito aberto, desprezador do estado de direito liberal-democrático.⁷²

Os direitos fundamentais têm caráter de decisões objetivas de valores e que são vigentes em todos os âmbitos do direito, de maneira que nenhuma prescrição jurídico-civil, como por exemplo um contrato, pode se colocar em oposição ao sistema de valores jurídico-fundamentais.⁷³

Canotilho ensina que para que se compreenda essa eficácia deve-se levar em conta a “*multifuncionalidade* ou *pluralidade de funções dos direitos fundamentais*, de forma a

⁷¹ HESSE, 1998, p. 302.

⁷² Ibid., p. 283.

⁷³ Ibid, p. 238.

possibilitar soluções diferenciadas e adequadas, consoante o «referente» de direito fundamental que estiver em *causa* no caso concreto.”⁷⁴

Os direitos fundamentais não obrigam os indivíduos da mesma maneira que o fazem em relação às ações dos Poderes Públicos.⁷⁵ Gilmar Mendes, afirma que

Há, então, de se realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os valores protegidos como direitos fundamentais, tendo como parâmetro que a ideia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade – o que, necessariamente, envolve a faculdade de limitação voluntária dos direitos fundamentais no comércio das relações sociais, mas que também pressupõe liberdade de fato e de direito nas decisões sobre tais limitações.⁷⁶

Dessa forma, “a agressão aos direitos, liberdades e garantias, pode resultar não apenas dos poderes públicos mas também de «*poderes sociais*» ou «*privados*» (associações, empresas, igrejas, partidos)”.⁷⁷ O Estado não é o único centro de poder, tendo as relações privadas entre grupos e particulares o condão de propiciar condutas à dignidade humana. Os direitos fundamentais devem atuar nas relações privadas. Deve-se observar com especial atenção a relação de trabalho, onde o poder econômico do empregador é fator de desequilíbrio da relação.⁷⁸

Deve-se, dessa forma, realizar uma ponderação entre o princípio da autonomia e os direitos fundamentais, “tendo como parâmetro que a ideia do homem, assumida pela Constituição democrática, pressupõe liberdade e responsabilidade.”⁷⁹

3.3 A LIMITAÇÃO DA LIBERDADE E A RELAÇÃO DE EMPREGO: A COLISÃO ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DO EMPREGADO E LIVRE INICIATIVA

A relação de emprego (e em algum grau, a relação de trabalho em geral), por seus caracteres (principalmente a subordinação) é uma limitação à liberdade pessoal do trabalhador, pois estar vinculado às ordens e disciplina laboral implica necessariamente em intromissão na sua esfera privada.

⁷⁴ CANOTILHO, 2012, p. 1289.

⁷⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, n.p.

⁷⁶ Ibid., n.p.

⁷⁷ CANOTILHO, 2012, p. 1293.

⁷⁸ BELMONTE, 2013, p. 39.

⁷⁹ Ibid, n.p.

É um conflito ontológico, onde numa ponta se situa a liberdade do empregado e seus demais direitos fundamentais e na outra os interesses empresariais, garantidos pela livre iniciativa.

Para Godinho, no Direito não há antinomias insolúveis, posto que é um sistema integrado por partes diferenciadas, mas que se ajustam lógica e concretamente, concluindo que esse conflito deve ser solucionado

(...)por meio da atenuação, racionalização e civilização do poder empregatício, que tem de passar a se harmonizar à relevância dos princípios, regras e institutos constitucionais que asseguram tutela aos direitos de personalidade do ser humano partícipe da relação de emprego no polo obreiro.⁸⁰

Definir quando um direito fundamental incide numa relação entre particulares, seja uma instituição de natureza privada e uma pessoa, ou mesmo entre dois indivíduos, demanda exercício de ponderação entre o peso do mesmo direito fundamental e o princípio da autonomia da vontade.⁸¹

4 ORGANIZAÇÕES DE TENDÊNCIA E A LIBERDADE DE SEUS EMPREGADOS

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS ACERCA DA LIBERDADE NO MEIO LABORAL

Como regra geral, o empregado é livre para externar suas convicções, crenças, preferências políticas, sendo vedado ao empregador discriminá-lo por seu exercício da liberdade de crença e opinião ou ainda realizar entrevistas ou testes que selecionem determinada crença ou ideologia política.⁸²

Quando o empregador atenta contra essas liberdades, está abusando de seu poder diretivo, atingindo diretamente os direitos fundamentais do trabalhador.⁸³

Por óbvio, nem o direito fundamental do empregado e nem o poder diretivo, são absolutos, de modo que, apesar de ser livre para pensar, acreditar no que quer seja e proferir opiniões, tais liberdades encontram limites em outros direitos e garantias (podemos citar como

⁸⁰ DEGADO, 2019, p. 764.

⁸¹ MENDES, 2017, n.p.

⁸² BELMONTE, 2013, p.49

⁸³ Ibid., ibidem.

os mais óbvios o direito à propriedade privada, livre iniciativa etc.), sendo necessária uma ponderação a ser exercida no caso concreto.

4.2 ORGANIZAÇÃO DE TENDÊNCIA IDEOLÓGICA

A necessidade do enquadramento das organizações de tendência surgiu na Alemanha em 1920, com o objetivo de regulamentar o funcionamento de determinadas empresas. Em 1972 a lei alemã traz um conceito desse tipo de organização como sendo empresas que: “se encontram direta e principalmente ligadas ao serviço de atividades políticas, sindicais, confessionais, criativas, educativas, científicas e artísticas ou que têm uma finalidade de informação e manifestação do pensamento”⁸⁴

A garantia de liberdade de expressão e crença e a adoção pela Constituição republicana de 1988 da livre iniciativa como princípio fundamental do Estado brasileiro tornam possível a existência das chamadas organizações de tendência ideológica.

Contudo, não há no Brasil regramento específico para essas organizações, restando à doutrina conceituar e investigar as relações entre esses entes e os trabalhadores.

As organizações de tendência são entidades que por sua natureza possuem determinada linha ideológica, filosófica ou religiosa. A organização de tendência

(..)pressupõe a adesão a uma determinada ideologia ou concepção de vida, do homem ou do mundo, como ocorre com as dirigidas ao alcance de fins políticos (partidos políticos), religiosos, sindicais, confessionais, de caridade, educativos, científicos, artísticos e similares, como as associações antiaborto ou pró-imigração.⁸⁵

Toda organização empresarial ou associação tem, em algum nível, a presença de ideologia, carregando em certa medida os valores da atividade a que se destinam e daqueles que detêm o poder diretivo. Entretanto, o fato de uma empresa ou ente assemelhado seguir determinada orientação política ou ideológica não o define como “portador de tendência”.

O que define uma organização de tendência ideológica é o fato de se prestarem à difusão ou promoção de determinada ideologia. A ideologia é a essência da atividade, nesses casos.

⁸⁴ REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?** Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 167-168.

⁸⁵ BELMONTE, 2013, p.66

Dessa maneira, podemos perceber que a colisão entre os direitos à liberdade de expressão, opinião e crença, ganham outros contornos quando colocados o contexto de uma organização ideológica.

A regra é que o “ambiente empresarial, por sua natureza econômica deve ser considerado neutro”, tal qual o Estado brasileiro, em princípio, é laico⁸⁶.

Ocorre que a entidade de tendência que não objetiva o lucro e sim a difusão ideológica. Desse modo, o comportamento e as opiniões proferidas pelo empregado nas dependências do ente empregador e até mesmo no seu horário de folga podem ser prejudiciais ao empregador, de maneira a desletimizar, em algum grau, a ideologia por ele professada.

Aqui podemos inserir no problema mais um princípio que rege as relações de trabalho: irrelevância dos atos da vida privada do trabalhador. O trabalhador fora do seu horário de trabalho é livre para viver conforme achar adequado, tendo garantido o direito à vida privada. Outrossim, de maneira excepcional, a conduta do empregado fora de seu ambiente laboral pode trazer prejuízos ao empregador.

Tomemos como exemplo um jogador de futebol, ídolo de seu time, que apareça em público vestindo o uniforme do maior rival e torcendo por ele. O prejuízo ao time de futebol, que visa principalmente o sucesso esportivo e o entretenimento dos seus torcedores e simpatizantes, é evidente. Contudo, não haveria nenhuma violação à lealdade e boa-fé se o atleta torcesse para o rival, guardando sua preferência para si e para aqueles que com ele convivem, restando inteiramente protegido pelo direito à intimidade, nessa hipótese.

Desse modo, o direito dos empregados de exercerem sua liberdade de expressão, serão limitadas de uma maneira maior, na hipótese de conflitarem frontalmente com os objetivos e ideais do seu empregador. Essa limitação do direito do trabalhador decorre do dever de lealdade e boa-fé contratual e deve ser a mais restrita possível sob o risco de colocar o trabalhador em uma situação de constante e permanente vigilância.

⁸⁶ BELMONTE, 2013, p. 67.

4.2.1 O TRABALHADOR DE TENDÊNCIA E O TRABALHADOR NEUTRO

Em regra, nas organizações de tendência há limitação à liberdade de expressão. Entretanto, quando se depara com esse tipo de conflito deve-se atender ao princípio da interpretação restritiva das liberdades⁸⁷, condicionando a limitação ao direito a três aspectos: a) o caráter ideológico da entidade, b) o desempenho, pelo trabalhador, de tarefa de alto conteúdo ideológico ou representativo, c) perturbação ocasionada pelo comportamento do trabalhador, contrário à ideologia da instituição.⁸⁸

Seguindo esses critérios, principalmente o de desempenho de função dotada de maior conteúdo ideológico e representativo, podemos dividir os trabalhadores das entidades de tendência em dois grupos: os neutros e os trabalhadores de tendência.

Os trabalhadores neutros seriam aqueles que não desempenham atividade relacionada à ideologia do empregador de tendência, poderíamos, como exemplo, citar o contador de uma igreja.

A falta de qualquer dos elementos elencados acima tornaria a limitação da liberdade de expressão e atividades privadas do empregado em uma ofensa a direito fundamental. Aqui a aplicação do princípio da irrelevância dos atos da vida do trabalhador se faz necessária.

Noutro aspecto, costuma-se repetir que o trabalhador de tendência, por ser aquele que desempenha tarefa de alto conteúdo ideológico ou representativo, seria obrigado a, necessariamente, aderir aos princípios perseguidos por seu empregador. Contudo, tal exigência de alinhamento ideológico, mormente quando envolvem questões relacionadas à espiritualidade ou crença religiosa, se mostra incompatível com o princípio geral de liberdade que é essencial à existência do estado democrático de direito.

Aplicando o princípio da interpretação restritiva da limitação das liberdades, temos que o limite imposto ao direito fundamental tem que se cingir ao necessário, de modo que o trabalhador não precisa aderir absolutamente a todos os princípios da organização (na esfera íntima e insondável do pensamento não precisa aderir verdadeiramente a nenhuma), de forma

⁸⁷ Ibid., p. 71

⁸⁸ Los Derechos fundamentales de la persona del trabajador. In: Libro de Informes Generales del XVII Congreso Mundial de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Uruguay, p. 121-130, 2003, apud BELMONTE, 2013, p. 72

que, respeitando a boa-fé e a lealdade contratual, o trabalhador deve atuar coerentemente com a ideologia e objetivos da entidade que o emprega de maneira a conformar sua vida privada e extra laboral a não causar prejuízo ou reflexos negativos a entidade empregadora.

Nesse ponto percebemos a principal diferença entre o trabalhador neutro e o de tendência, já que no âmbito do contrato de trabalho do último existe uma mitigação do princípio da irrelevância dos atos da vida privada, experimentando o trabalhador o dever de, por exemplo, não se manifestar em público ou em redes sociais com acesso público (ou com possibilidade de acesso público) de maneira contrária à ideologia e fins buscados pelo empregador, de maneira que violado esse cuidado, a depender do caso, pode-se verificar ofensa à boa-fé e lealdade contratual, o que motivaria a dispensa por justa causa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relação de trabalho é, por sua natureza, um conflito de interesses, onde o empregado cede sua força laboral e sujeita-se a regras e direcionamentos impostos pelo empregador, gerando necessariamente uma limitação da liberdade.

A hipótese da organização de tendência ideológica como empregadora encerra uma possibilidade de limitação ao postulado liberal fundamental maior do que o que ocorre normalmente: o empregado pode ter que se furtar de emitir opiniões públicas ou evitar de se portar de modo diferente do que a entidade empregadora difunde ideologicamente.

No Brasil o tema é pouco discutido e não há legislação específica conceituando esse tipo de empregador e delimitando o grau de incursão à liberdade do empregado, de maneira que cada situação deve ser analisada individualmente e decidida conforme uma ponderação de princípios e regras gerais presentes na Constituição da República e na legislação trabalhista.

Contudo, resta inquestionável que a regra geral é a liberdade de pensamento do trabalhador e que esta pode ser exercida tão amplamente quanto o direito permita. Apenas em casos específicos dentro das organizações de tendência e, ainda assim, apenas quanto aos denominados “trabalhadores de tendência ideológica” é possível alguma restrição aos atos da vida privada e mesmo assim em grau reduzido, posto que aplica-se o princípio da interpretação restritiva das liberdades.

REFERÊNCIAS

BELMONTE, Alexandre Agra. **A Tutela das Liberdades nas Relações de Trabalho: limites e reparação das ofensas às liberdades de consciência, crença, comunicação, manifestação de pensamento, expressão, locomoção, circulação, informação, sindical e sexual do trabalhador.** São Paulo: LTr, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** São Paulo: Malheiros, 2011.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional.** 9. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7. ed. Coimbra: Edições Almedina, 2012.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 17. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2019.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. rev., atual., e ampl., Salvador: Editora Juspodium, 2020.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da república federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REIS, Raquel Tavares dos. **Liberdade de consciência e de religião e contrato de trabalho do trabalhador de tendência. Que equilíbrio do ponto de vista das relações individuais de trabalho?** Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Curso de direito constitucional.** 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

HABEAS CORPUS COLETIVO-143.641/SP (MATERNIDAE E CÁRCERE): BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO VOTO DIVERGENTE DO MINISTRO EDSON FACHIN

HABEAS CORPUS COLECTIVO-143.641 / SP (MATERNIDAE AND CÁRCERE): BRIEF NOTES ABOUT THE DIVERGENT VOTE OF MINISTER EDSON FACHIN

Flávia Dias Chalita Teixeira

Mestra em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Ulisses Borges de Resende

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (unB); professor da graduação e da Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO 1. Habeas corpus coletivo: instrumento de efetivação da garantia fundamental à liberdade e acesso à justiça; 2. A posição contrária ao HC coletivo - ministro Fachin; Conclusão

RESUMO

Este artigo parte de uma inovação jurisprudencial, qual seja, o habeas corpus coletivo, aplicável a determinados grupos ou categorias mais vulneráveis, mais especificamente às mulheres gestantes e mães de filhos menores, como solução viável a garantir a liberdade, principalmente das crianças que, por via reflexa, acabam também cumprindo a expiação destinada às suas mães. Conquanto a maioria das considerações a respeito tenha focado no entendimento prevalecente, o presente tem como escopo os termos do voto contrário da lavra do Ministro Fachin que traz sobre o alcance do instituto.

Palavra chave: Supremo Tribunal Federal, Mulheres Grávidas Presas; Mães Encarceradas; *Habeas Corpus* Coletivo.

Abstract

This article is based on a jurisprudential innovation, namely the collective habeas corpus, applicable to certain more vulnerable groups or categories, more specifically to pregnant women and mothers of minor children, as a viable solution to guarantee freedom, especially for children who, for via reflex, they also end up fulfilling the atonement for their mothers. While most of the considerations in this regard have focused on the prevailing understanding, the present has as scope the terms of the contrary vote of Minister Fachin's work that brings about the reach of the institute.

Keywords: Supreme Federal Court, Arrested Pregnant Women; Incarcerated Mothers; Habeas Corpus Coletivo.

INTRODUÇÃO

Em decisão proferida pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em que conheceu do Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP (BRASIL, 2018), foi concedida a ordem para todas as mulheres presas submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob

sua responsabilidade, excetuando os crimes praticados com violência ou grave ameaça ou em casos excepcionalíssimos.

1. HABEAS CORPUS COLETIVO: INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DA GARANTIA FUNDAMENTAL À LIBERDADE E ACESSO A JUSTIÇA

Tal medida se deu em razão da precariedade do sistema prisional vivenciado por essas mulheres, demonstrado por dados oficiais, e pela conclusão do julgamento da ADPF 347 MC/DF, retratando as gravíssimas falhas do sistema prisional perante essa categoria e no reconhecimento da ‘cultura do encarceramento’.

No que tange aos dados oficiais reportados no julgado, o INFOPEN (BRASIL, DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2018) informa crescimento carcerário de 567% entre os anos de 2000 a 2014; que nos estabelecimentos femininos apenas 34% dispõem de cela ou dormitório para gestantes, 32% de berçários e apenas 5% de creche.

Vale registrar que a Corte Suprema também utilizou como fundamento normas internacionais, tal como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana de Direitos Humanos. Também fora inserido em destaque à Organização das Nações Unidas, as Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros (Regras de Mandela) e em especial as regras de Bangkok que elenca normas específicas voltadas às mulheres encarceradas.

A despeito de todo esse arcabouço normativo internacional que dá guarida a um tratamento humano e satisfatório às mulheres encarceradas, em especial gestantes e mães de crianças, a realidade é que o Brasil segue descumprindo tais normas.

Todos esses dados conjuntamente com a responsabilidade do sistema judiciário, em atender os mais de 100 milhões de processos em tramitação no país em função de apenas 16 mil juízes e às dificuldades estruturais de acessos à Justiça, foram preponderantes para a decisão proferida.

Assim, o direito de buscar a prestação jurisdicional do Estado deixou de ter uma índole puramente individualista para ganhar uma maior amplitude subjetiva, considerada a possibilidade de figurarem como beneficiários da prestação jurisdicional um conjunto de

peçoas com interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos, passando os ordenamentos modernos a admitir a tutela dos direitos coletivos e a tutela coletiva de direitos

Desta feita, diante do cabimento deste *habeas corpus* coletivo, é possível que inovações no ramo da tutela coletiva de direitos individuais venham a promover economia e celeridade processual e notadamente a igualdade de tratamento entre os jurisdicionados e garantindo o pleno acesso à justiça. Nesse contexto, o *habeas corpus* coletivo constitui instrumento necessário à tutela da liberdade de locomoção, que infelizmente, ainda marcada pela desigualdade em nossa sociedade.

Sem embargo, é inquestionável que o *writ* em comento será marcado como importante passo no caminho da efetivação da garantia constitucional do acesso à Justiça.

2. A POSIÇÃO CONTRÁRIA AO HC COLETIVO – MINISTRO FACHIN

Na análise da temática, importa trazer a lume algumas linhas envolvendo as críticas que foram dirigidas à decisão proferida pelo STF no *habeas corpus* coletivo nº 143.641, mais precisamente na forma e alcance que foi concedida a ordem.

A primeira crítica, envolve a possibilidade de cabimento do remédio constitucional em questão com o viés de abranger um vasto grupo de legitimadas, cuja condição jurídica e circunstâncias da prisão são as mais variadas possíveis. (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018)

Cumprir pontuar que o *mandamus*, como já mencionado, foi impetrado por membros do Coletivo de Advogados em Direitos Humanos. O Ministro relator, após externar o entendimento acerca da possibilidade de concessão do *habeas corpus* coletivo, como anteriormente decidido por Tribunais de Justiça, como o TJRS, além do próprio STJ, entendeu que a legitimidade ativa para a sua impetração se encontra afeta aos entes listados no artigo 12 da Lei nº 13.300/2016.

Destarte, por analogia ao que dispõem as regras que tratam do mandado de injunção coletivo, reconheceu a legitimidade ativa da Defensoria Pública da União, porquanto envolvia ação de abrangência nacional, admitindo os demais impetrantes como *amici curiae*.

Como se vê, é inegável que a decisão em comento atentou para a terrível realidade do sistema carcerário, já falido na atual formatação, bem assim para a desproporcionalidade dos nascituros e filhos em tenra idade se verem privados da liberdade em razão de atos que, definitivamente, não cometeram.

Ab initio, a crítica inicial que se faz ao habeas corpus coletivo diz respeito à ausência de previsão constitucional para tanto.

De fato, consoante o entendimento do Ministro Relator, a sua admissibilidade atende a "razões de política judiciária".

No entanto, segundo a crítica apresentada neste particular, em tese não se mostraria adequado avaliar de forma genérica os inúmeros e independentes casos de prisão preventiva envolvendo mulheres. (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018)

Por conseguinte, o tratamento uniforme que lhes empresta a decisão proferida em sede de HC coletivo desconsideraria as especificidades de cada situação, fragilizando, via de consequência, o sistema de repressão criminal.

Neste viés, de modo a que restassem tutelados os direitos dessas categorias de indivíduos – mães, gestantes e seus filhos com até 12 anos de idade – poderiam ter os interessados se valido de outros instrumentos expressamente previstos no sistema normativo, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, além da própria Ação Civil Pública.

Em que pese a crítica em comento, a interpretação que prevaleceu para a maioria dos Ministros da 2ª Turma do STF, também na leitura desta autora se coaduna com os princípios da dignidade da pessoa humana, melhor interesse da criança e individualização da pena, que em última análise devem orientar a análise do tema em discussão.

Não se olvide que a própria decisão apresenta exceções, como evidenciado, aos casos envolvendo acusadas/condenadas da prática de crimes cometidos mediante violência ou grave ameaça, contra os próprios filhos, ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, neste último caso mediante justificativa do juiz (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Destarte, ao tempo em que se albergam os direitos dessas mulheres e menores com a concessão do *mandamus*, de igual forma se resguardam situações extraordinárias, que reclamam tratamento diferenciado. Estas passam a ser, contudo, exceções, merecendo a devida fundamentação para que tais mulheres permaneçam encarceradas, sempre tendo como norte a necessidade de prevalência dos direitos das crianças.

Noutro pórtico, há que se ter presente que a existência de outras modalidades de proteção jurídica que poderiam ter sido manejadas pelos interessados não afasta a possibilidade de impetração do *habeas corpus* coletivo. Em suma, todos constituem instrumentos autônomos, dotados de particularidades, mas que não são excludentes. Ademais, no caso em comento, parece-nos que o *habeas corpus* coletivo envolve um alcance e uma efetividade que mais se aproximam dos reclames exigidos no tratamento da questão.

Prosseguindo, outra crítica que se faz quanto ao cabimento do instituto, na forma e nos moldes em que foi utilizado, notadamente no que concerne à analogia ao mandado de injunção, envolve o fato de que tal método de interpretação somente se mostraria cabível de aplicação em caso de lacuna no sistema jurídico (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018).

Nessa linha de argumentação, se apregoa que o *habeas corpus* encontra plena regulação, não só em seu fundamento, constante da Constituição Federal, no art. 5º, inciso LXVIII, como também em lei ordinária, a saber, no Código de Processo Penal, em seus arts. 647 e ss.

Logo, não havendo vazio legislativo no tocante à regulação do instituto em comento, a admissão do HC coletivo pelo STF constituiria invasão na seara legislativa e inovação não amparada pelo balizamento normativo que estabeleceu o remédio heroico em testilha.

Assim sendo, para os partidários desse entendimento, sequer poderia ter sido conhecido o HC coletivo.

Nada obstante, com a devida vênua ao entendimento supra esposado, somos de parecer que o balizamento dado pelo legislador ordinário acerca do instituto do *habeas corpus* não afasta ou impede que o Guardião da Constituição lhe empreste uma interpretação extensiva, alcançando fatos não previstos quando da sua formação originária, notadamente diante de

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

uma necessidade premente, frente a uma constante violação de direitos indisponíveis de mulheres, crianças e nascituros.

Ainda na abordagem deste tópico – críticas ao habeas corpus coletivo – importa trazer à luz as considerações apontadas na divergência capitaneada pelo Ministro Edson Fachin no julgamento do writ em comento.

De fato, em seu voto o Ministro Fachin divergiu quanto à concessão do HC e apreciou a questão sobre outra perspectiva. Para ele, o estado de coisas inconstitucional no sistema prisional brasileiro, reconhecido no julgamento da ADPF 347, não tem o condão de implicar no direito automático à prisão domiciliar, mas apenas diante dos casos concretos podem ser avaliadas todas as alternativas aplicáveis. Veja-se:

[...] deferir a ordem exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do artigo 318 do CPP, a fim de reconhecer como única interpretação a que condiciona a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta e individualizada do melhor interesse da criança, sem revisão automática das prisões preventivas já decretadas. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Inferre-se do seu voto que, na interpretação do art. 318 do Código de Processo Penal, a substituição da prisão preventiva pela domiciliar não consiste numa faculdade irrestrita ao magistrado, como uma leitura isolada do dispositivo poderia sugerir.

Pois bem, refere o Ministro Fachin que não se mostra viável desconsiderar tais preceitos do Código de Processo Penal, conquanto tenha sido reconhecida na ADPF 347, da Relatoria Ministro Marco Aurélio, uma situação de “estado de coisas inconstitucional”, diante de um quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e da falência de políticas públicas.

Pontua o Ministro que, ao revés do que entendem os impetrantes, o sentido que norteou os debates travados no Tribunal, quando do julgamento da ADPF 347, foi de que o mencionado estado de coisas inconstitucional não implicaria automaticamente o encarceramento domiciliar (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

Entendimento diverso, na ótica do Ministro Fachin, implicaria em negar ao magistrado a aplicação, ainda que justificada e excepcional, da prisão preventiva, o que se mostraria um

contrassenso sem paralelo em outros ordenamentos jurídicos, inclusive tomando-se como referência os preceitos que albergam a proteção internacional de direitos humanos.

Arremata asseverando que “[...] as alterações do Código de Processo Penal promovidas pela Lei 13.257/2016, que dispõe sobre as políticas públicas para a primeira infância, sinaliza para a teleologia de sua aplicação: um plus em relação a mera faculdade, sem, porém, consubstanciar um dever imediato” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a).

De fato, a lei ordinária em comento veio a tornar efetivo o mandamento constante do art. 227 da Constituição Federal, que dispõe ser

[...] dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1998)

No mesmo norte, a Declaração de Kiev (2008), que em seu artigo 4.2 estabelece que sempre que os interesses das crianças estiverem envolvidos, o melhor interesse da criança deve ser o fator determinante, ao ser cotejado com a possibilidade do encarceramento de mulheres.

Além disso, no artigo 3.1 da Convenção de Direitos das Crianças, consta que “[...] todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança” (ONU, 1990).

A conclusão do Ministro Fachin foi no sentido de que tais regras e princípios foram incorporados pelo ordenamento brasileiro, e que o direito da criança é o norte, a partir do qual é de se apreciar o direito de liberdade invocado no habeas corpus em referência.

Sob essa perspectiva, pondera no voto divergente que não apenas as mulheres, mas igualmente os homens presos, nos termos do art. 318, inciso VI, do CPP, têm direito à vida familiar e à reinserção social.

O mote principal da sua argumentação reside que o habeas corpus coletivo, dado o seu alcance genérico e impessoal, não seria o instrumento adequado para a análise de situações que

comportam leitura autônoma e independente umas das outras, dadas as especificidades que as envolvem.

O Ministro chama a atenção em seu voto de que é justamente quanto a essa obrigação que a faculdade estabelecida pelo art. 318 não envolve liberalidade do juiz.

Pondera ser indiscutível que a decisão que fixa a custódia cautelar ou definitiva de um dos pais ou responsáveis atinge a vida da criança e, como tal, sempre que possível, deve ela manifestar-se sobre seu destino.

Diante disso, o Ministro Fachin, embora tenha deferido a ordem de *habeas corpus*, o fez, com os seguintes delineamentos:

[...] exclusivamente para dar interpretação conforme aos incisos IV, V e VI do art. 318 do Código de Processo Penal, a fim de reconhecer, como única interpretação constitucionalmente adequada, a que condicione a substituição da prisão preventiva pela domiciliar à análise concreta, justificada e individualizada, do melhor interesse da criança, sem revogação ou revisão automática das prisões preventivas já decretadas. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, a)

A despeito da sólida argumentação trazida no entendimento divergente, parece-nos que os votos que prevaleceram melhor atendem à necessidade de salvaguarda dos interesses mais caros que devem ser sopesados na apreciação da matéria.

Por derradeiro, mas não menos relevante na análise do posicionamento divergente, um sinal de que, efetivamente, a concessão do *mandamus* foi acertada, reside no fato de que o próprio Ministro Edson Fachin, em agosto de 2018, portanto apenas seis meses após a prolação do seu voto no HC envolvendo as mulheres grávidas e mães de filhos menores, houve por bem se render à decisão dos seus pares quando do julgamento do HC nº 143.988 – AgR – Espírito Santo, de sua relatoria.

O HC ora mencionado foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Espírito Santo, em que invocava um grave quadro de violação aos direitos humanos na Casa de Custódia UNINORTE, eis que, onde deveriam estar internados no máximo 90 (noventa) adolescentes, estariam custodiados 201 (duzentos e um).

Segundo o pontuado na inicial, “[...] tal situação acarreta numa quantidade excessiva de adolescentes por moradia, acabando 7,8 internos por dividir um quarto com estrutura para apenas 4, em precárias condições de habitabilidade” (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, b). Requereu, liminarmente, a concessão da ordem, a fim de que seja tutelada a liberdade ambulatorial de todos os internos da UNINORTE, devido ao quadro de violação aos direitos humanos, sugerindo, como solução, a adoção do princípio do *numerus clausus*.

Pois bem, ao proferir o seu “decisum” no feito em questão, o Min. Edson Fachin assim se posicionou:

Em razão dos argumentos lançados no agravo regimental e do recente julgamento do HC 143.641/SP realizado em 20.2.2018, Relator o Min. Ricardo Lewandowski, que admitiu o habeas corpus coletivo para discutir direitos individuais homogêneos, seguindo-se o HC 118.536/SP, Relator o Min. Dias Toffoli, que concedeu a ordem para determinar que o STJ analise a questão de fundo do HC coletivo 269.265/SP, com o permissivo contido no art. 317, §2º, do RISTF, reconsidero a decisão agravada e passo à reanálise dos autos. (BRASIL, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2018, b)

Tem-se, assim que resta pacificada a questão relativa à possibilidade do manejo do habeas corpus coletivo no ordenamento pátrio, ao menos com relação à 2ª Turma do STF.

Outra ‘impropriedade’ observada pelos críticos à decisão envolve a exceção relativa aos crimes praticados com violência ou grave ameaça, ou contra seus descendentes ou situações excepcionálíssimas (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018).

É dizer, se há um estado inconstitucional de coisas que se abate em todas as mulheres que experimentam o cárcere, como alijar de uma decisão de tal envergadura aquelas que cometeram atos violentos, ou que atentaram contra seus filhos? Haveria, assim, a possibilidade de retirá-las do alcance da tutela concedida pelo STF sem ferir o princípio que a própria decisão visa assegurar?

Nada obstante, não se percebe, neste estudo, a questão sob tal ótica. Veja-se que, em sendo implementada a decisão, por certo a condição daquelas internas que, em decorrência da gravidade de seus atos, merecem permanecer encarceradas, por certo também se mostrará mais favorável. Ora, a diminuição do número de internas permitirá que se assegure, com mais propriedade, a dignidade daquelas mulheres que permanecem privadas de sua liberdade. É dizer, a decisão a todas favorece.

Outra crítica refere que o ‘decisum’ em comento teria implicado em inovação, também, no Código de Processo Penal, ao estabelecer uma modificação na leitura e na interpretação do

art. 318 do CPP, ao preconizar uma situação que obriga o juiz à concessão (BLUM JÚNIOR; OLIVEIRA, 2018). Para os que discordam da r. decisão em comento, o STF se arvorou, uma vez mais, em verdadeiro ativismo judicial, ao invadir a competência do Poder Legislativo, em afronta ao disposto no art. 2º da Lei Maior.

Tal ponderação também possui fragilidades. Como restou indene de dúvidas no julgado, o que se fez foi dar uma interpretação conforme a Constituição à matéria. Não se olvide que a Carta Magna é que deve reger a interpretação das normas infraconstitucionais e, sendo o STF, segundo o próprio legislador constituinte originário, o responsável por essa apreciação, não há nenhum excesso ou despropósito na análise que foi feita acerca do tema posto à sua apreciação.

CONCLUSÃO

Em suma, entendemos que o caminho adotado pelo STF foi o mais acertado e consentâneo com a melhor interpretação da matéria, frente aos ditames constitucionais que devem orientá-la. A audiência de custódia consiste em oportunizar à presa em flagrante a sua oitiva, na presença do juiz, do membro do Ministério Público e de seu defensor, para que possa discorrer acerca das condições de sua prisão. Nesta oportunidade, após manifestação do parquet, bem assim da defesa, o juiz irá se pronunciar sobre a possibilidade de relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicação das medidas cautelares diversas, ou, ainda, conversão do flagrante em preventiva, analisadas, para tanto, as particularidades do caso concreto, bem assim as condições pessoais e folha de antecedentes penais da autuada.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 24 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN MULHERES** 2ª ed (ano referência 2016). Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). **Habeas Corpus Coletivo nº 143.641/SP**. *Habeas Corpus* coletivo. Admissibilidade. Doutrina brasileira do habeas corpus. Máxima efetividade do writ. Mães e gestantes presas. Relações sociais massificadas e burocratizadas. Grupos sociais vulneráveis. Acesso à justiça. Facilitação. Emprego de remédios processuais adequados. Legitimidade ativa. Aplicação analógica da lei 13.300/2016. Mulheres grávidas ou com crianças sob sua guarda. Prisões preventivas cumpridas em condições degradantes. Inadmissibilidade. Privação de cuidados médicos pré-natal e pós-parto. Falta de berçários e creches. ADPF 347 MC/DF. Sistema Prisional brasileiro. Estado de coisas inconstitucional. Cultura do encarceramento. Necessidade de superação. Detenções cautelares decretadas de forma abusiva e irrazoável. Incapacidade do estado de assegurar direitos fundamentais às encarceradas. Objetivos de desenvolvimento do milênio e de desenvolvimento sustentável da organização das nações unidas. Regras de Bangkok. Estatuto da primeira infância. Aplicação à espécie. Ordem concedida. Extensão de ofício. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 20 fev. 2018, publicado no DJe nº 215 de 09 out. 2018a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5183497>. Acesso em: 01 out. 2018a.

AS PLATAFORMAS DIGITAIS EM PERÍODO PANDÊMICO: COVID-19

Douglas William Campos dos Santos

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Any Ávila Assunção

Doutora e mestra em sociologia jurídica pela Universidade de Brasília (UnB); coordenadora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB); advogada.

RESUMO

A pandemia decorrente do SARS-CoV-2, também chamado de Covid-19 trouxe ao cenário jurídico modificações elementares na conjuntura das relações de trabalho.

Neste ensaio, será feita análise técnica para justificar se as garantias constitucionais vêm sendo denegadas em prol da evolutividade do mundo tecnológico, ou se a colaboração está produzindo benefícios gerais para a sociedade.

Não obstante o tópico medular deste estudo, compete impor um recorte temporal para fomentar o desígnio exploratório do período pandêmico motivado pelo Covid-19 com as conseqüentes influências ocasionadas pelas revoluções gêmeas, denominadas inteligência artificial e biotecnologia.

Palavras-chave: Pandemia, Covid-19, tecnologia, plataformas digitais, inteligência artificial, biotecnologia, prestadores de serviços e relações de trabalho.

INTRODUÇÃO

A relação do homem com a natureza foi sempre mediada pela tecnologia, embora essa arbitragem seja mais marcante na sociedade contemporânea, pois o impulso tecnológico do século XX marca as instituições sociais e interfere em todos os setores da atividade humana. Assim, as transformações que ocorreram no mundo moderno, motivadas pelo incremento, desenvolvimento e aplicação das novas tecnologias, conduziram à passagem da Sociedade

Industrial para a Sociedade da Informação, uma coletividade da comunicação generalizada, marcada pelo predomínio dos meios de comunicação.

O desenvolvimento científico e tecnológico tem implicações no redimensionamento do espaço, tempo, e, também, na cadeia produtiva estabelecendo uma nova configuração do conhecimento. Destaca que, esse contexto apresenta uma forma específica de organização social em que a geração, o processamento e a transmissão de informação tornam-se as fontes fundamentais de produtividade e poder devido às novas condições tecnológicas surgidas nesse período histórico, tendo uma de sua característica principal a estrutura em redes. Tem-se, portanto, uma nova base material, tecnológica, da atividade econômica e da organização social, ou seja, um novo modo de prosperidade. A esse modo de desenvolvimento, o autor denomina “informacional” e a sociedade onde ele se insere de “sociedade informacional” (CASTELLS, 1999).

Com a evolução do mundo virtual novas tecnologias imputaram modificações cotidianas no seio do indivíduo, desde ao levantar com o primeiro contato em um aparelho celular ao revés da própria escova de dentes, as comunicações durante o lanche matinal para solicitar um táxi ou Uber, agendamento de reuniões, promover transações financeiras, enfim, realizar atos que anteriormente só se ocorria pessoalmente, agora a partir da rede mundial de computadores, se inserindo neste âmbito as plataformas digitais.

Porém, com o progresso científico as relações de prestação de serviços foram introduzidas em plataformas digitais, com formatação em economia colaborativa. Buscam, as plataformas conectar pessoas com interesses comuns - entre aquele que precisa do serviço prestado e o prestador - para lhe aprouver lucro. Ocorre que, esta relação prestador e consumidor é interpelada como trabalho autônomo sem subordinação, o que vem sendo aplicado na jurisprudência, apesar de notadamente questionada.

É certo que, o fundamento se priva na presença dos requisitos do artigo 3º⁸⁹ da Consolidação das Leis Trabalhistas. Em sentido similar, mas com nuances da vertiginosidade

⁸⁹ Art. 3º, CLT - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

dos dados tecnológicas e das plataformas virtuais, em 2016 houve a Proposta de Resolução do Parlamento Europeu para otimizar as normas laborais e sociais com a finalidade de garantir os direitos trabalhistas em condições dignas.

O armazenamento em nuvem elevou o poderio computacional a valores extremamente competitivos. Promoveu a abertura de nichos tecnológicos nunca antes imaginados, possibilitando ao processamento e tratamento de dados em volume *big data*⁹⁰. Esta transformação mercadológica ocasiona a mobilidade no objetivo elementar das corporações da possibilidade de o fazer (como nos primórdios) ao modo de como fazer (na atualidade). Desta forma, aos servidores mundiais contende cobrir maiores fatias do mercado.

O corolário evolutivo da nuvem como provedor de inovação, trouxe uma grande transformação nas relações de trabalho, ou de negócio - que será analisado no presente ensaio - trazendo a baila as plataformas digitais. Os dados pessoais como ferramenta de tratamento designa um objetivo - similar ao petróleo - como o mais importante da nossa geração.

E, num recorte da vida humana na Terra, com a presença da SARS-CoV-2⁹¹, comumente chamada de Covid-19 ou Coronavírus, avolumou a necessidade e oportunidade das empresas emergirem ao uso das informações em prol de seus ajustes.

Assim, com um crescimento exponencial do nicho de *cloud computing* desponta como base para diversas outras tecnologias, e.g. IoT (internet das coisas), inteligência artificial e *machine learning* (aprendizado de máquina) que podem ajudar as companhias a ganharem vantagens competitivas.

⁹⁰ Conceito de Big Data pela consultora Gartner: "*Big Data faz referência não somente ao volume, mas também à variedade e à velocidade de dados, necessitando de estratégias inovadoras e rentáveis para extração de valor dos dados e aumento da percepção*". (MARQUESONE, Rosângela. Big Data: técnicas e tecnologias para extração de valor dos dados. Editora Casa do Código).

⁹¹ A COVID-19 é uma doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que apresenta um quadro clínico que varia de infecções assintomáticas a quadros respiratórios graves. De acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), a maioria dos pacientes com COVID-19 (cerca de 80%) podem ser assintomáticos e cerca de 20% dos casos podem requerer atendimento hospitalar por apresentarem dificuldade respiratória e desses casos aproximadamente 5% podem necessitar de suporte para o tratamento de insuficiência respiratória (suporte ventilatório). (Consulta realizada em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso no dia 11/05/2020.)

Os impactos da utilização destas tecnologias nos ambientes de trabalho são revolucionários e têm ocasionado novos métodos para as organizações. Sob a égide desse cenário, novas alternativas se consolidam e outras buscam se assentar nas relações de trabalho e capital. Neste sentido, surgiu um novo gênero relacional por meio da terminologia de economia colaborativa, ou seja, o acesso de bens e serviços através do compartilhamento.

Assim, utilizando-se de plataformas virtuais com infra estruturas invisíveis, surgiram novos empresários que possuem como objeto social de seu negócio, por meio de convocatória geral, a oferta de serviços por meio de aplicativos e pela rede mundial de computadores, mediante um sistema de prestação de serviços aproximado ao de economia de compartilhamento. Em suma, a plataforma coloca em contato o demandante de certo serviço com o provedor deste, o qual será uma pessoa individual que prestará o serviço como um autônomo independente e, por essa transação recebe um valor pré-determinado.

O presente texto busca refletir se nas relações firmadas entre autônomos para dirimir custos de produção com aumento de lucro incorre em mitigação dos requisitos relacionais do trabalho para fins de desvirtuação do seu nexos causal.

Neste contexto, se pretende esclarecer a estrutura utilizada pelas plataformas digitais para prestação de serviços durante o período da pandemia do Coronavírus, os impactos no mercado de negócios, bem como, investigação do relacionamento ser na esfera negocial ou laboral.

Do fenômeno pandêmico SARS-Cov-2 (Covid-19)

Segundo a Organização Mundial da Saúde o Coronavírus é uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente desta virose foi descoberto em dezembro do ano 2019 após casos registrados na China.

Tem-se o registro que, em 1937 há constatação da primeira mutação capaz de contaminar seres humanos. No entanto, apenas em 1965 o vírus foi descrito como coronavírus, em decorrência do perfil na microscopia, parecendo uma coroa. O vírus, na sua forma comum, atinge boa parte da população ao longo dos anos, sendo as crianças pequenas mais propensas a se infectar.

A doença tem como sintomas habituais a tosse, a febre, a coriza, dor de garganta e, em especial, dificuldade respiratória. A sua transmissão é de fácil contaminação, tendo em vista, as diversas formas verificadas., são elas: toque do aperto de mãos, gotículas de saliva, espirro, tosse, catarro e objetos ou superfícies contaminados.

Ademais, segundo o site *Worldometers*⁹², esta nova formatação do vírus, denominada Covid-19 já foi transmitida para 4.285.185 (quatro milhões e duzentos e oitenta e cinco mil e cento e oitenta e cinco) pessoas com a fatalidade de óbito em 288.152 (duzentos e oitenta e oito mil e cento e cinquenta e dois) indivíduos.

Pode se inferir que a doença é de notório espectro que contende com a interferência direta na economia, liberdade e vida dos cidadãos terrestres. Logo, o contorno histórico é de suma importância na presente análise com o escopo de auferir o impacto desta virose na sociedade mundial.

. Da evolutividade tecnológica: plataformas digitais

A sucedida era da internet trouxe em seu arcabouço inúmeras facilidades aos denominados internautas, desde o seu embrião no compartilhamento de informações entre universidades à inteligência das coisas, plataformas digitais; enfim, o mundo tecnológico não para de florescer a novos movimentos, aspectos e técnicas.

Entretanto, o avanço científico traz consigo uma matéria prima essencial para a exploração, manuseio e tratamento de dados que é a transmissão de informações digitais em números abundantes, denominado *big data*.

O contágio de uma informação se dá em alguns minutos compartilhados entre vários usuários, de forma, muitas vezes, inconsciente. Sua preponderância ocorre da necessidade de fazê-lo de forma inédita, ou entre os primeiros comentários; pois, no universo tecnológico

⁹² Consulta realizada em <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso no dia 12/05/2020.

aquele que primeiro o faz será o "mais comentado". Obviamente, que alguns buscam apenas simples "likes", enquanto os *influencers* obtêm dividendos.

Em suma, o *big data* é uma pesquisa que altera a escala e o escopo de conhecimento de determinado fenômeno, contendo assim, dois vieses: o tamanho relativo do objeto e o sucedido da investigação.

Comumente as crises econômicas e sociais são largamente ampliadas no seio virtual em detrimento da amplitude com que se alcança. Todavia, o sistema econômico capitalista sofre colapsos eventuais e consegue se reedificar numa outra formatação adequada ao momento histórico vivenciado.

Precisamente o capitalismo se adequou às recentes tecnologias, em especial, as novas formas de trabalho. Criaram-se novas nomenclaturas e novos postos de trabalho, e.g. empregado passou a ser chamado de colaborador.

Para o ministro Maurício Godinho Delgado:

O tema das mudanças tecnológicas ocorridas e aprofundadas nos últimos 40/50 anos - usualmente identificadas pelo epíteto de *terceira revolução tecnológica* no contexto da história do capitalismo -, com a notável acentuação promovida pela microinformática e a internet, acompanhadas de seus aparentemente inesgotáveis mecanismos inovadores, tem sido rotineiramente brandido como uma das causas mais fortes de destruição do trabalho e, especialmente, de sua fórmula, até então, principal do sistema capitalista, o emprego, que, enquanto fórmula de trabalho eminentemente regulada e institucionalizada, estaria com os dias contados, por ser incompatível com as modificações tecnológicas implementadas na vida econômica, social e institucional, particularmente as ocorridas no mundo do trabalho⁹³.

Instiga-se que, o capitalismo tem como enfoque a pura e simples procura de rentabilidade e do lucro privados. Porém, em contraponto temos os princípios fundamentais dos direitos humanos e sociais, no Direito do Trabalho, que assegurem a civilidade do ser humano independentemente do contexto empreendido: econômico, social e tecnológico. Em suma, o capitalismo é temperado pela legislação trabalhista.

⁹³ CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017. p. 28-43.

Inserido neste contexto, o empresário que enceta o uso de plataformas digitais com a finalidade de conectar pessoas com interesses comuns ao uso e consumo de bens, traz consigo um rol de obrigações, que, muitas vezes são esquecidos na faceta da ausência de regulamentação no mundo virtual.

Esta nova tipificação de tráfego denominada *crowdsourcing* busca captar internautas que dispõem de relevâncias similares à prestadores de serviços e bens de consumo. Assim, o empresário inovador da plataforma digital é considerado um "intermediário" entre os dois grupos que se predispõem a negociar bens e serviços de consumo, se beneficiando de uma porcentagem de lucro baseada em cada transação realizada.

O discurso medular tem como enfoque a economia colaborativa, apesar do âmago do capital cingir-se na lucratividade.

Como sabemos, o discurso é socialmente construído e legitimado. Ou seja, "*O discurso nada mais é do que a reverberação de uma verdade nascendo diante de seus próprios olhos;...*" (FOUCAULT, 2019).

Logo, considerando a linguagem pautada pelas plataformas digitais em ter como fomento a economia colaborativa, esta narrativa traz um cenário solidário entre os prestadores e consumidores, de modo que, não se questionam as metodologias de alcance e formatação do trabalho explorado.

A participação individual e coletiva é marco essencial para o avanço e viabilidade econômica deste nicho empresarial. Mas, ter o enunciado dissimulado é uma estratégia que empreendeu inúmeras críticas, dentre elas a exploração do trabalho humano como profissionalismo liberal.

Criam-se discursos de sustentabilidade, cooperação, igualdade, democracia, compartilhamento, independência, entre outros bastante contundentes na assertiva.

Apesar da narrativa compreender a sustentabilidade social, o que se observa é, tão somente, o viés lucrativo do negócio.

Diz-se que algoritmos de *big data* podem vir a criar ditaduras digitais nas quais o poder se concentra nas mãos de uma minúsculo elite enquanto a maior parte das pessoas sofre não em virtude de exploração, mas de algo muito pior: irrelevância (HARARI, 2018).

Se diz acerca de ditaduras digitais em detrimento da conjuntura que a tecnologia nos leva nas ondas de compartilhamento e distribuição de informações. A caça dos internautas rumo para plataformas digitais que contemplam o maior número de inscritos com a justa finalidade do sumo alcance.

Irrefutavelmente existem benesses no acúmulo de pessoas numa mesma plataforma, com facilidades de mapeamento e formalização de negócios, mas também, não podemos nos esquecer que pontos negativos existem e podem se tornar facilitadores de dominação. Com as revoluções de inteligência artificial e biotecnologia os cientistas, engenheiros e empresários que, em regra, não tem consciência das implicações políticas de suas decisões, e que certamente não representam a nenhuma tipificação de grupo social, detém as principais medidas e caminhos norteadores da evolução deste ambiente. Os parlamentares e partidos políticos deverão assumir tais papéis e serem protagonistas. Entretanto, não enxergamos como poderão assumir esta função sem conhecimento suficiente para tanto.

As novidades tecnológicas obtiveram níveis copiosos no curso da presente pandemia por coronavírus em sucessão ao isolamento, quase que indiscriminado em diversos países. Isto engendrou o avanço necessário para subsumir no seio das sociedades a inteligência artificial e a biotecnologia com atividades correlatas em quase todas as atividades humanas, seja na área de saúde com a telemedicina; na educação com as vídeo aulas; na política com as vídeo conferências; ou nas próprias relações comerciais, entre várias outras tipificações ou possibilidades.

Na contemporaneidade, ao se deparar com conversas acerca das revoluções gêmeas - inteligência artificial e biotecnologia -, o tópico mais atraente de governos, empresários, estudantes e demais simpatizantes, se refere a tratar de empregos. O mercado de trabalho avoluma os debates em razão da expectativa destas variantes excluírem drasticamente milhares de postos laborais, levando a convulsões sociais e políticas com as quais nenhuma convicção existente se mostra preparada para lidar.

O que enxergamos a curto prazo é a vivacidade de novos ofícios, a extinção em alguns casos e remodelação em outros tantos. Porém, existe um "troca" da automação pela criação de novos postos, fato incontroverso dos séculos XIX e XX.

Entretanto, isto se deu por consequência da cognição dos seres humanos mormente a tecnologia, até então, não haver ultrapassado o limite da individualidade humana. Porém, com a convergência das revoluções gêmeas tem-se intensificado o avanço tecnológico para substituir humanos, passíveis de falhas, por rede de computadores com inteligência artificial capaz de se adaptarem em questão de segundos ao revés da necessidade de disseminação da informação em meios acadêmicos e científicos.

O impacto emergente que se depreende do atual contexto de pandemia traz o imbróglio propiciado pela pandemia, tendo como corolário inúmeras empresas noticiando o corte estratégico dos postos de trabalho. Entende-se, a priori, que empresas de tecnologia serão as mais demandadas e inovadoras para dirimir estas vicissitudes.

Acontece que, em meio a pandemia, companhias de tecnologia como IBM e Microsoft encerram contratos jornalísticos encerrando o contrato de trabalho de diversos colaboradores, os substituindo por *software* de inteligência artificial, que fará o tratamento e publicação das informações. Segundo pesquisa elaborada pelo *Seattle Times* aproximadamente 50 funcionários da *MSN News* foram notificados quanto a extinção dos cargos a partir de junho de 2020⁹⁴, mantendo uma pequena equipe para administrar as novas diretrizes.

De acordo com a Microsoft:

"Como todas as empresas, avaliamos nossos negócios regularmente. Isso pode resultar em aumento do investimento em alguns lugares e, de tempos em tempos, na replantação em outros. Essas decisões não são o resultado da atual pandemia", revela a Microsoft em comunicado oficial."

Em vista disso, apesar das repercussões econômicas da pandemia com obliteração de empregos, a inteligência artificial e a robótica não devem eliminar por completo setores inteiros da economia. Trabalhos que requeiram individualização de determinadas parcelas da

⁹⁴ Consulta realizada em: <<https://www.seattletimes.com/business/local-business/microsoft-is-cutting-dozens-of-msn-news-production-workers-and-replacing-them-with-artificial-intelligence/>>. Acesso no dia 01/06/2020.

sociedade serão conseqüentemente automatizadas, ao contrário de tarefas com ampla variedade de habilidades e com cenários imprevisíveis se manterão exclusivas dos seres humanos.

CONCLUSÃO

A ascensão humana perpassa momentos ímpares de rupturas que desencadeiam decisões maleáveis e adaptáveis à conjuntura econômica.

Áreas de conhecimento que estreitam laços com atividades padronizadas possivelmente tendem a ser absorvidas pela automação. Nos dias atuais, por exemplo, médicos têm como dimensão o processamento de informações baseadas em dados, prontuários e por conseguinte exprimem o diagnóstico. Referida análise pode ser acoplada a um sistema de inteligência artificial que conduzirá a um algoritmo em *big data* para avaliar milhares de referências em qualquer lugar do globo para diagnosticar o indivíduo. Por outro lado, as enfermeiras dificilmente perderão seus postos de trabalho às revoluções símeis, em razão da imprescindibilidade de boas habilidades motoras e emocionais para aplicar uma injeção, substituir um acesso, conter um paciente descomedido.

O que se denota é que com a pandemia do SARS-CoV-2 se mostra acelerado o processo de criação de novas funções atribuídas à inteligência artificial e biotecnologia em permuta à mão de obra.

O mundo inteiro está diferente. A reorganização econômica para atender novas demandas, e.g. o *streaming*, nuvem, *e-commerce*, *delivery*, entre outros setores se intensificou com a obtenção de dividendos. De outra mão, e.g. transporte, viagens, publicidade, etc. reduziram drasticamente suas equipes, bem como, a lucratividade com a imposição de isolamento social e conseqüente exercício do *home-office* para manutenção do emprego.

O que se depreende de todo o cenário é que mudanças estão cada vez mais céleres à luz da evolutividade desconhecida das revoluções gêmeas. Colisões de ideais políticas para introduzir políticas públicas para o enfrentamento deste novo período histórico exige maior conhecimento empírico dos representantes governamentais com a intempérie de tornar-se ultrapassado, não após décadas, mas sim, por um período exíguo de tempo.

A globalização auxilia as correntes que deságuam no mar da internet a se conectarem com dinamismo, buscando a melhor solução, o menor preço, a maior qualidade, enfim, tudo aquilo que se restringe a determinada sociedade agora não tem fronteiras, tem apenas cliques de distância.

E onde vamos parar? Não sabemos. O tratamento de dados é a moeda do século XXI, a bola de ouro da economia, o oscar da tecnologia. As dificuldades mundanas serão empenhadas nas plataformas digitais preponderantes que detiveram a maior parcela de usuários conectados e inscritos, sendo que, as demais contarão as migalhas para acessarem seus banco de dados.

Portanto, a informação deve ser disseminada nas sociedades democráticas com a finalidade de criação de leis e diretrizes que reduzam a hegemonia de campo de atuação em plataformas digitais, evitando o monopólio, e, quem sabe, até mesmo uma ditadura digital.

REFERÊNCIAS

CASTELLS, Manuel. (1999). The Rise of the Network Society. The Information Age (1996; 2000) Cambridge, MA; Oxford, UK: Blackwell. Tradução: A sociedade em rede. São Paulo: Paz e Terra, Volume 1.

CHASE, Robin. Economia compartilhada: como pessoas e plataformas da Peers Inc. estão reinventando o capitalismo. São Paulo: HSM do Brasil, 2015.

CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano. São Paulo: LTr, 2017.

Consulta realizada em <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca>>. Acesso no dia 11/05/2020.

Consulta realizada em <<https://www.worldometers.info/coronavirus/>>. Acesso no dia 12/05/2020.

Consulta realizada em: <<https://www.seattletimes.com/business/local-business/microsoft-is-cutting-dozens-of-msn-news-production-workers-and-replacing-them-with-artificial-intelligence/>>. Acesso no dia 01/06/2020.

FOUCAULT, Michel. A ordem do discurso: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970 / Michel Foucault ; tradução Laura Fraga de Almeida Sampaio. — São Paulo: Edições Loyola, 2019.

HARARI, Yuval Noah. *21 Lessons for the 21st Century*. Traduzido por Joaquim Toledo Jr. Editora Companhia de Letras. São Paulo, 2018.

KALIL, Renan Bernardi. Direito do Trabalho e Economia de Compartilhamento: Primeiras considerações. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017. p. 28-43. SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante editora, 2018.

MARQUESONE, Rosângela. *Big Data: técnicas e tecnologias para extração de valor dos dados*. Editora Casa do Código.

SIGNES, Adrián Todolí. O Mercado de Trabalho no Século XXI: *on-demand economy, crowdsourcing* e outras formas de descentralização produtiva que atomizam o mercado de trabalho. In: LEME, Ana Carolina Reis Paes; RODRIGUES, Bruno Alves; CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. *Tecnologias Disruptivas e a exploração do trabalho humano*. São Paulo: LTr, 2017. p. 28-43. SLEE, Tom. *Uberização: a nova onda do trabalho precarizado*. Tradução: João Peres. São Paulo: Elefante editora, 2018.

O GASTO PREVIDENCIÁRIO E AS SUSTENTABILIDADES ORÇAMENTÁRIA E FISCAL

José Wagner Marques Raulino

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Paulo José Leite Farias

Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

RESUMO

O debate sobre os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, notadamente o direito à Previdência Social, tem ganhado relevância nos meios acadêmico, social e político nos últimos anos. Nesse contexto, a presente pesquisa se propôs a verificar se o gasto previdenciário brasileiro estaria a comprometer as sustentabilidades orçamentária e fiscal e, assim, lançar luz sobre tema tão importante para a nação, aprimorar o debate, dissipar sofismas, combater os argumentos sem dados, combater a contabilidade criativa e teses distorcidas lastreadas em figuras de retórica. Para tanto, adotou-se a pesquisa de natureza aplicada, com abordagem quantitativa e de caráter exploratório, fundamentada em dispositivos do texto constitucional, em legislação infraconstitucional, em publicações de renomados autores, que há anos se debruçam sobre o tema, bem como em dados disponibilizados pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN), Consultoria de Orçamentos e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (CONOF), Tribunal de Contas da União etc. Com base nos dados trazidos à baila, pode-se inferir que, em futuro próximo, há possibilidade de colapso do atual modelo previdenciário, que está a comprometer a própria sustentabilidade orçamentária-fiscal e, também, está a promover uma marcante diminuição da possibilidade de outros gastos sociais.

Palavras-chave: Previdência Social. Sustentabilidade. Orçamento.

SOCIAL EXPENDITURE AND BUDGETARY AND FISCAL SUSTAINABILITIES

ABSTRACT

The debate on social rights provided for in art. 6 of the Magna Carta, notably the right to Social Security, has gained relevance in academic, social and political circles in recent years. In this context, this article set out to verify whether the Brazilian social security spending was hampering budgetary and fiscal sustainability and, thus, shedding light on a topic so important for the nation, improving the debate, dispelling sophisms as well as deconstructing the arguments without empirical bases, but which are based on false accounting and distorted theses backed by figures of rhetoric. Research of an applied nature was adopted, with a quantitative and exploratory approach, based on provisions of the constitutional text and other laws. Publications by renowned authors, who have been working on the topic for years, were also used, and in data provided by the National Treasury Secretariat (STN), Budget Consultancy and Financial Inspection of the Chamber of Deputies (CONOF), Federal Audit Court etc. Based on the analyzed data, it can be inferred that, following the current model of social security in the country unchanged, the near future may lead to a collapse of the social security system because it is jeopardizing fiscal-budget sustainability itself and, also, making it impossible other social spending.

Keywords: Social Security. Sustainability. Budget.

1 INTRODUÇÃO

O debate sobre os direitos sociais previstos no art. 6º da Carta Magna, notadamente o direito à previdência social, tem ganhado relevância nos meios acadêmico, social e político nos últimos anos.

Infelizmente, nos meios acadêmico e político o debate, por vezes, acaba contaminado por questões ideológico-partidárias, havendo a proliferação de diversas ilações e sofismas. Um desses sofismas busca atribuir à Desvinculação de Receitas da União – DRU a responsabilidade pela existência dos recorrentes déficits previdenciários, por supostamente lhe retirar recursos. O negacionismo do déficit, bem como a argumentação de que ele só existiria, em sua maior parte (ou mesmo em sua totalidade), em virtude da DRU. Esse argumento é encampado pela Associação Nacional dos Auditores da Receita Federal (ANFIP), entidades ligadas a servidores públicos, sindicatos, advogados e, também, nos meios acadêmico e político.

E, como bem ressalta Feijó, em nossa vida há uma incessante busca por equilíbrio, quer seja emocional, financeiro ou até mesmo de um posicionamento sobre um tema. Quando se trata de finanças públicas qual equilíbrio deve ser buscado? Aquele que garanta a sustentabilidade ou seja que haja permanência de saúde do sistema previdenciário ao longo do tempo. Isso é garantido, em primeiro plano, pelo equilíbrio orçamentário. Entretanto, deve existir somente a preocupação com o equilíbrio orçamentário? Existem outros tipos de equilíbrio? Sim, mas quais são? O que os diferencia? Em finanças existem quatro tipos de equilíbrio que devem ser buscados e praticados: orçamentário, fiscal, intertemporal e intergeracional⁹⁵.

Ainda de acordo com Feijó, o princípio do equilíbrio orçamentário (princípio doutrinário) estabelece, de forma simplificada, que as despesas não devem ultrapassar as receitas previstas para o exercício financeiro, enquanto o intergeracional visa garantir a

⁹⁵ FEIJÓ, Paulo Henrique. **Os tipos de equilíbrio em finanças públicas: orçamentário x fiscal**. Grupo Gestão Pública. Disponível em <https://www.gestaopublica.com.br/blog-gestao-publica/os-tipos-de-equilibrio-em-financas-publicas-orcamentario-fiscal.html>. Acesso em: 11 jan. 2021.

existência de recursos para financiamento das despesas a longo prazo e, assim, diminuir a dívida líquida do governo⁹⁶.

Nesse contexto, a presente pesquisa se propõe a verificar se o gasto previdenciário estaria a comprometer as sustentabilidades orçamentária e fiscal.

2 O ESTADO E A ÓTICA DOS TEÓRICOS CONTRATUALISTAS

Antes de adentrarmos, de forma propriamente dita, no escopo da pesquisa, faz-se mister retroceder um pouco e tecer algumas considerações acerca do Estado e das teorias contratualistas, visto que não podemos dissociá-lo do contexto social.

Entre as principais questões que ocuparam os debates filosóficos nos séculos XVI, XVII e XVIII, tiveram destaque as ideias atinentes ao surgimento da sociedade civil e, por conseguinte, o que teria motivado os homens a formarem Estados e qual seria a origem legítima de seus governos.

Nesse diapasão, ressalta Matias-Pereira,⁹⁷

ganham relevância nesse contexto as teorias contratualistas, que tinham como objeto promover a reflexão e tentar explicar como provavelmente se deu a criação do Estado, como a sociedade se comportava antes deste e quando os indivíduos sentiram a necessidade de sua criação.

Para os teóricos da corrente contratualista, o Estado teria sido criado por meio de um “contrato social” e tal escola de pensamento tem como notáveis expoentes os seguintes filósofos: Thomas Hobbes, John Locke e Jean-Jacques Rousseau.

É notável que temos necessidades públicas que devem ser satisfeitas pelo Estado, que se caracterizam pelo somatório das necessidades individuais e coletivas, assim resolvidas pelo serviço público. Para que tais prestações sejam atendidas, é indispensável a existência de uma entidade soberana, que vá exatamente trabalhar no afã de realizá-las e de garantir o bem-estar da comunidade. Surge, então, o Estado, organismo encarregado de suprir as necessidades

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 10. *E-book*.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

públicas e garantir o bem comum. Essa visão instrumental/contratual do Estado apresenta-se na Teoria Geral do Estado de Azambuja,⁹⁸

Hobbes, já vimos, afirma que, ante a tremenda e sangrenta anarquia do estado de natureza, os homens tiveram que abdicar em proveito de um homem ou de uma assembleia os seus direitos ilimitados, fundando assim o Estado, o *Leviatã*, o *deus mortal*, que os submete à onipotência da tirania que eles próprios criaram.

[...]

Locke, como vimos, baseia o contrato, e, portanto, o Estado, no consentimento de todos, que desejavam criar um órgão para fazer justiça e manter a paz. *Tomasius* (1655-1728) adota os mesmos pontos de vista, mas acha que a causa do contrato é o amor nacional.

[...]

Por fim Rousseau, sobre cuja obra e influência já falamos, entende que o contrato deve ter sido geral, unânime e baseado na igualdade dos homens. Rousseau tenta, ao menos em teoria, fugir ao absolutismo a que fatalmente teria de chegar sua doutrina, que funda o Direito e o Estado exclusivamente na igualdade dos homens, sem admitir nenhum princípio ou norma permanente que limitasse a vontade geral.

Em que pesem esses três importantes filósofos acreditarem que o Estado tenha se formado a partir de um ‘contrato social’, constata-se que existem diversas divergências na forma como cada um concebia tal pacto, e como ele se consolidou ao longo do tempo⁹⁹.

Para Hobbes, um pacto social, apenas resguardado na vontade comum dos contratantes, não teria condão de unificar as vontades nem de fornecer a paz e a segurança, sendo preciso transferir as vontades subjetivas ao Estado, que, como vontade única, age em todos os casos como se seus atos fossem os atos dos indivíduos¹⁰⁰.

No entendimento de Locke, a finalidade precípua do contrato social, seria a conservação da propriedade, conforme se depreende de suas célebres palavras, no *segundo tratado*: “O fim maior e principal para os homens unirem-se em sociedades políticas e submeterem-se a um governo é, portanto, a conservação de sua propriedade”¹⁰¹.

Já na teoria do Contrato Social de Rousseau, busca-se “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja, com toda a força comum, a pessoa e os bens de cada associado, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedeça, contudo, a si mesmo e permaneça

⁹⁸ AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 1996. p. 99.

⁹⁹ MATIAS-PEREIRA. Op. cit, p. 10.

¹⁰⁰ HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 66.

¹⁰¹ LOCKE, John. Dois tratados sobre o governo. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 495.

tão livre quanto antes”¹⁰². E esse problema fundamental seria, para Rousseau, solucionado por meio do contrato social¹⁰³.

Ao analisar a obra rousseauiana, Bonavides pontua que uma leitura do Contrato Social leva à peregrinação do pessimismo (homem como escravo pela perda de certa liberdade individual) para o otimismo (a *volonté générale* como resgatadora da liberdade perdida)¹⁰⁴.

Já Rawls nos apresenta uma concepção da justiça que generaliza e leva a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social, como tidas por Locke e Rousseau, nos apresentando a ideia norteadora de que os princípios da justiça para a estrutura básica da sociedade são o objeto do consenso original e que não devemos pensar no contrato original como um contrato que induz uma sociedade particular ou que estabelece uma forma particular de governo¹⁰⁵. Sob tal perspectiva, os princípios da justiça seriam escolhidos sob um *véu de ignorância*, garantindo-se, assim, que ninguém seja favorecido ou desfavorecido na escolha dos princípios, pelo resultado do acaso natural ou pelas circunstâncias sociais¹⁰⁶.

3 O ORÇAMENTO, A SEGURIDADE SOCIAL E A PREVIDÊNCIA SOCIAL

Feitas as considerações acima, avancemos agora no tema. Conforme ensina Leite, em termos históricos, temos o orçamento como uma invenção social por meio da qual são medidas lutas políticas de representações populares, em torno do fenômeno financeiro, notadamente por intermédio do direito de fiscalizar e controlar o exercício do poder financeiro, que se traduz na arrecadação de receitas públicas e na administração dos bastos públicos¹⁰⁷.

Nesse contexto, para Fonseca, o orçamento público, na qualidade de produto, seria definido como uma previsão de receitas e de gastos, em que se materializam a preocupação com

¹⁰² MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2021. p. 174. *E-book*.

¹⁰³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social**: princípios do direito político. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 20.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 178.

¹⁰⁵ RAWLS, John. Uma teoria da justiça. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 12. Tradução de: A Theory of Justice.

¹⁰⁶ Ibiem, p. 13.

¹⁰⁷ LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 20.

a racionalidade econômica da administração pública e com a defesa dos direitos e garantias individuais¹⁰⁸.

Já nas palavras de Franco,¹⁰⁹

o orçamento público é uma previsão, em regra anual, das despesas a realizar pelo Estado e dos processos de as cobrir, incorporando a autorização concedida à administração, para realizar despesas e cobrar receitas e limitando os poderes financeiros da administração a cada ano.

Nesse diapasão, em nosso direito pátrio, a Magna Carta (CF/1988) assim estatui, *in verbis*¹¹⁰:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, **a previdência social**, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015)

[...]

Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

[...]

III - os orçamentos anuais.

[...]

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I - o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II - o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III - o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

[...]

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, **destinadas a assegurar** os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

(grifo nosso)

¹⁰⁸ FONSECA, Rafael Campos Soares da. **O orçamento público e suas emergências programadas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017. p. 53.

¹⁰⁹ FRANCO, António Luciano de Sousa. **Manual de finanças públicas e direito financeiro**. V. 1. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974. p. 626.

¹¹⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

A Organização Internacional do Trabalho – OIT, por meio de sua Convenção nº 102/1952, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto Legislativo nº 269/2008, define Seguridade Social nos seguintes termos¹¹¹:

[...] proteção que a sociedade proporciona a seus membros, mediante uma série de medidas públicas, contra as privações econômicas e sociais que, de outra maneira, derivariam do desaparecimento ou da forte redução de seus rendimentos em consequência de enfermidade, maternidade, acidente de trabalho, enfermidade profissional, desemprego, invalidez, velhice e morte, bem como da proteção em forma de assistência médica e de apoio a famílias com filhos.

No quadro 1, são desveladas as mais importantes características de cada um dos ramos da Seguridade Social brasileira.

Quadro 1 – Ramos da Seguridade Social

Previdência Social	Assistência Social	Saúde
Caráter contributivo. Exigência de equilíbrio financeiro e atuarial.	Independente de contribuição. Sem diretriz de equilíbrio entre receitas e despesas (apenas controle orçamentário).	
Beneficiários são pessoas filiadas a um dos regimes de previdência.	Destinada às pessoas em situação de vulnerabilidade social, independentemente de filiação prévia.	Natureza universal e igualitária (direito de todos).
Visa cobrir eventos de morte, idade avançada e invalidez, principalmente.	Visa proteger a família, a infância e a velhice.	Visa proteger a saúde da população.
Pagamentos de aposentadorias, pensões etc.	Ex: pagamento de bolsa-família, BPC.	Ex: prestação de serviços de saúde, fornecimento de medicamentos etc.

Fonte: CF/1988, arts. 196, 201 e 203¹¹²

No tocante à Previdência pública federal, esta é formada por 3 (três) grandes sistemas, a saber: o Regime Geral da Previdência Social (RGPS), administrado pelo INSS, que regula os benefícios pagos a quem trabalhou no setor privado ou era empregado celetista de empresa estatal ou trabalhou com vínculo temporário junto à Administração Pública; o Regime Próprio da Previdência Social (RPPS) federal, que congrega os servidores civis da União¹¹³; e o Sistema

¹¹¹ ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C102**: normas mínimas da seguridade social. Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1952), entrou em vigor no plano internacional em 27.4.55. Brasília, DF: OIT. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_235192/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

¹¹² BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit.

¹¹³ GIAMBIAGI, Fabio; ZEIDAN, Rodrigo. **Apelo à razão**: a reconciliação com a lógica econômica. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2018. p. 130-131.

de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas, previsto no art. 50-A c/c com o art. 53-A da Lei nº 6.880/1980 (Estatuto dos Militares)¹¹⁴ que, embora não seja formalmente um sistema previdenciário, materialmente o é.

É de bom alvitre ressaltar que o RGPS é único, mas o mesmo não ocorre com o RPPS, pois o país possui 5.598 entes federativos, dos quais 2.124 contam com RPPS, incluindo a União, os 26 estados membros, o Distrito Federal e 2.096 dos 5.570 Municípios¹¹⁵. A tabela 1 nos permite uma melhor visualização da distribuição do quantitativo dos diversos RPPS no país.

Tabela 1 – Quantitativo de RPPS no Brasil (Ref:Junho/2018)

ESPECIFICAÇÃO	QUANTITATIVO
Estados e DF	27
Capitais	26
Municípios >= 400.000 habitantes	29
Municípios >= 100.000 habitantes	173
Municípios >= 50.000 habitantes	195
Municípios >= 10.000 habitantes	952
Municípios < 10.000 habitantes	721
TOTAL	2.124

Adaptado de Moraes¹¹⁶

Nas lições de Moraes, “duas das principais características dos regimes próprios de previdência social estão postas no caput do art. 40 da CF: o caráter contributivo e solidário e o equilíbrio financeiro e atuarial”¹¹⁷. Destaca ainda: a essas características se somam a filiação obrigatória e a repartição simples; a peculiaridade do RPPS, onde aposentados e pensionistas continuam contribuindo para o sistema; e despesas e receitas devem ser compatíveis para o tão almejado equilíbrio¹¹⁸.

¹¹⁴ BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/16880compilada.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

¹¹⁵ MORAIS, Michel Martins de. **Reforma da Previdência: o RPPS da União à luz da EC nº 103/19**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2020. p. 16. *E-book*.

¹¹⁶ Ibidem, p. 16.

¹¹⁷ Ibidem, p. 17.

¹¹⁸ Ibidem, p. 17.

Nesse diapasão, e de forma elucidativa, arremata Morais:¹¹⁹

O equilíbrio financeiro diz respeito ao curto prazo. Equilíbrio atuarial, ao médio e longo prazo. Repartição simples significa que todos contribuem para um fundo comum. As contribuições vertidas pelos ativos de hoje são usadas não para abastecer contas individuais preordenadas ao pagamento dos benefícios a que eles eventualmente farão jus, mas para pagar os benefícios devidos aos atuais inativos (ativos de ontem). Trata-se do chamado pacto entre gerações, consectário da solidariedade social.

4 A DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO

Dadas as necessidades de alocações de recursos para todos os ramos da Seguridade Social e para os demais gastos públicos, importante pontuarmos acerca da Desvinculação de Receitas da União – DRU. Tal mecanismo está previsto no art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT e foi criado em 1994, quando da implementação do Plano Real, com o nome de Fundo Social de Emergência (FSE), com a finalidade de dar maior flexibilidade à gestão orçamentária de recursos.

O Núcleo de Estudos e Pesquisa do Senado, abordou o assunto, de forma didática, nos seguintes termos¹²⁰:

A DRU é um mecanismo que permite que parte das receitas de impostos e contribuições não seja obrigatoriamente destinada a determinado órgão, fundo ou despesa. A desvinculação de receitas tornou-se necessária para enfrentar o problema do elevado grau de comprometimento de receitas no orçamento geral da União. Tais vinculações implicam uma grande inflexibilidade na alocação de recursos públicos, que tem sido apontada como um sério problema de gestão governamental, já que prejudica tanto a execução das políticas públicas quanto o uso dos instrumentos de política fiscal.

Após sua implementação, sofreu diversas alterações, tendo a Emenda Constitucional (EC) nº 20/1998 introduzido o inciso XI no art. 167 vedando, expressamente, a desvinculação de contribuições previdenciárias de que trata o art. 195, I, *a*, e II. Em 2016, com a EC nº 93 a

¹¹⁹ Ibidem, p. 17.

¹²⁰ BRASIL. Senado Federal. Núcleo de Pesquisas e Estudos do Senado. **Desvinculação de receitas da União, ainda necessária?** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-103-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-ainda-necessaria>. Acesso em: 20 jan. 2021.

DRU foi prorrogada até 2023, tendo, contudo, sua incidência restringida às contribuições. E, por fim, em 2019, tivemos a mais recente alteração, efetivada por meio da EC nº 103, que retirou do alcance da DRU as receitas de contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social.

Dessa forma, após a promulgação das emendas constitucionais acima referidas, o art. 76 do ADCT apresenta, atualmente, a seguinte dicção¹²¹:

Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (Redação dada pela Emenda constitucional nº 93, de 2016)

[...]

§ 4º A desvinculação de que trata o caput não se aplica às receitas das contribuições sociais destinadas ao custeio da seguridade social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 103, de 2019)
(grifo nosso)

5 O GASTO PREVIDENCIÁRIO E O IMPACTO ORÇAMENTÁRIO-FISCAL

Não raras as vezes escutamos argumentações de que os ‘números’ referentes aos déficits da Seguridade Social e, também, da própria Previdência Social, não seriam claros e, também, não seriam publicizados.

Tal afirmativa não prospera, uma vez que a Constituição Federal exige, em seu artigo 165, § 3º, que o Poder Executivo publique, no prazo de trinta dias após o encerramento de cada bimestre, o Relatório Resumido de Execução Orçamentária – RREO e, a Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF (Lei Complementar nº 101/2000) estabelece as normas para sua elaboração e publicação, assim dispondo¹²²:

Art. 50. Além de obedecer às demais normas de contabilidade pública, a escrituração das contas públicas observará as seguintes:

[...]

IV - as receitas e despesas previdenciárias serão apresentadas em demonstrativos financeiros e orçamentários específicos;

¹²¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Op. cit.

¹²² BRASIL. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

[...]

Art. 52. **O relatório a que se refere o § 3º do art. 165 da Constituição abrangerá todos os Poderes e o Ministério Público, será publicado até trinta dias após o encerramento de cada bimestre** e composto de:

[...]

Art. 53. Acompanharão o Relatório Resumido demonstrativos relativos a:

[...]

II - receitas e despesas previdenciárias a que se refere o inciso IV do art. 50;

III - resultados nominal e primário;

(grifo nosso)

O relatório em comento abrange todos os órgãos e entidades da administração pública que recebam recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social, mesmo que sob a forma de subvenções para pagamento de pessoal ou de custeio em geral.

Quanto ao cálculo do resultado previdenciário, este se dá por meio da confrontação das contribuições previdenciárias arrecadadas com as despesas relativas aos benefícios previdenciários. De forma similar, a Seguridade Social tem seu resultado apurado confrontando-se as receitas que lhe são destinadas, com as respectivas despesas (previdência social, assistência social e saúde).

E quanto ao orçamento, como um todo? Bem, sabemos que é dever do Estado prestar serviços e fornecer os meios necessários à consecução de uma sociedade mais digna e, para tanto, se faz mister a obtenção de recursos financeiros. E a primeira fonte de que o Estado se vale para arrecadar tais recursos é a tributação, que pode ser complementada, ainda, por outras fontes, como a exploração econômica de bens públicos (ex: cobrança por concessões etc.).

Nesse contexto, sob o prisma orçamentário-financeiro, as fontes de recursos são classificadas em fontes primárias e fontes de financiamento. Para Feijó e Carvalho Júnior¹²³:

Esses são basicamente os dois mecanismos adotados para a cobertura das despesas públicas: as fontes primárias, em que o governo não contrai obrigação futura (ou dívida), e as fontes de financiamento, em que o governo obtém recursos mediante contratação de dívida. Conceitualmente, inclui-se no conjunto de fontes primárias qualquer receita que o governo obtenha e não amplie a sua dívida ou não diminua seus ativos.

No Brasil, a organização da atividade de obtenção de recursos (receitas) e de realização de gastos públicos/dispêndio de recursos (despesas) é planejada por meio da Lei Orçamentária

¹²³ FEIJÓ, Paulo Henrique; CARVALHO JÚNIOR, Antonio Carlos Costa d'Avila. **Entendendo resultados fiscais: teoria e prática de resultados primário e nominal**. 1. ed. Brasília: Gestão Pública, 2015. p. 25.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

Anual (LOA), que conterà a previsão da receita e a fixação da despesa (CF, art. 165, § 8º). Dito de outra forma: na LOA, a despesa é autorizada com a expectativa de que a estimativa de arrecadação se concretize.

Contudo, infelizmente, em âmbito federal (realidade similar ocorre em inúmeros estados e municípios), o montante arrecadado de receitas primárias (aquelas em que o ente não se endivida, a exemplo dos tributos) não é suficiente para cobrir as despesas primárias (gastos realizados para prover bens e serviços públicos à população e os necessários à manutenção da máquina pública). Aferimos isso por meio do resultado primário, que corresponde à diferença entre receitas e despesas do governo, excluindo-se de seu cálculo as receitas e despesas financeiras (juros e amortização de dívidas). Caso seja apurado resultado positivo, teremos superávit primário; caso o resultado seja negativo, caracterizado estará o déficit primário¹²⁴. A tabela 2 apresenta os resultados primários da União, no período de 2013 a 2020, com base nos dados extraídos dos Relatórios Resumidos de Execução Orçamentária (RREO)¹²⁵.

Tabela 2 – Resultados Primários da União (2013 a 2020)

ANO	RECEITAS REALIZADAS (R\$ trilhões)	DESPESAS PAGAS (R\$ trilhões)	RESULTADO PRIMÁRIO (R\$ bilhões)
2013	0,99	0,91	76,99
2014	1,01	1,03	- 17,21
2015	1,03	1,15	- 114,98
2016	1,09	1,25	- 161,27
2017	1,15	1,28	- 124,40
2018	1,48	1,54	- 56,84
2019	1,62	1,72	- 91,74
2020	1,46	2,20	- 742,32

Fonte: Elaborado pelo autor, com dados extraídos dos RREO e valores arredondados¹²⁶

¹²⁴ Ibidem, p. 73-74.

¹²⁵ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatórios resumidos de execução orçamentária**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹²⁶ Ibidem.

Uma vez que a União vem, desde 2014, apresentando recorrentes déficits primários está, há anos, em verdadeira espiral de endividamento (rolagem de títulos da dívida pública e operações de crédito), para financiar despesas primárias (despesas não financeiras), tais como: aposentadorias, pensões, salário do funcionalismo público, investimentos (aquisição de material permanente, realização de obras etc.).

A fim de demonstrar a gravidade do quadro previdenciário de escassez apresentamos, na tabela 3, com base em dados extraídos dos RREO, os Resultados Previdenciários no Regime Geral de Previdência Social (RGPS), atinentes ao período de 2016 a 2020¹²⁷.

Tabela 3 – Resultados Previdenciários / RGPS

ANO	RECEITAS (R\$ milhões) (I)	DESPESAS (R\$ milhões) (II)	RESULTADOS (R\$ milhões) (I – II)
2016	360.380	498.456	- 138.076
2017	379.252	561.393	- 182.141
2018	395.195	589.513	- 194.318
2019	415.170	628.469	- 213.229
2020	406.113	669.707	- 263.594

Fonte: Elaborada pelos autores, com dados extraídos dos RREO de 2016 a 2020 e valores arredondados¹²⁸

O déficit previdenciário atuarial do RGPS, projetado para 2022, é da ordem de R\$ 292,50 bilhões (3,50% do PIB); e para 2060, de R\$ 4,61 trilhões¹²⁹.

Na tabela 4 são apresentados os Resultados Previdenciários referentes ao RPPS/União, atinentes ao mesmo período¹³⁰.

Tabela 4 – Resultados Previdenciários / RPPS

ANO	RECEITAS	DESPESAS	RESULTADOS
-----	----------	----------	------------

¹²⁷ As receitas são administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRF e as despesas, pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS.

¹²⁸ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatórios resumidos de execução orçamentária**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹²⁹ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária de 2020** (RREO 2020 – Anexo 10, LRF, art. 53, § 1º, inciso II). Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::::9:P9_ID_PUBLICACAO:37123. Acesso em: 5 fev. 2021.

¹³⁰ As receitas são administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil – SRF e as despesas, pelos diversos órgãos que possuem servidores públicos federais em seus quadros.

	(R\$ milhões) (I)	(R\$ milhões) (II)	(R\$ milhões) (I – II)
2016	30.680	73.779	- 43.099
2017	33.469	78.252	- 44.783
2018	33.411	79.879	- 46.468
2019	33.167	86.257	- 53.090
2020	39.436	87.991	- 48.555

Fonte: Elaborada pelos autores, com dados extraídos dos RREO de 2016 a 2020 e valores arredondados¹³¹

Já o déficit previdenciário atuarial do RPPS, projetado para 2022, é de aproximadamente R\$ 65,07 bilhões; e para 2060, de R\$ 176,78 bilhões¹³².

A tabela 5 nos traz os resultados previdenciários referentes ao Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas (SPSMFA)¹³³.

Tabela 5 – Resultados Previdenciários / SPSMFA

ANO	RECEITAS (R\$ milhões) (I)	DESPESAS (R\$ milhões) (I)	RESULTADOS (R\$ milhões) (I – II)
2016	2.051	36.999	- 34.948
2017	2.173	41.027	- 38.854
2018	2.360	46.213	- 43.853
2019	2.691	49.706	- 47.015
2020	6.652	51.528	- 44.876

¹³¹ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatórios resumidos de execução orçamentária**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹³² BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária de 2020** (RREO 2020 – Anexo 10, LRF, art. 53, § 1º, inciso II). Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:37123. Acesso em: 5 fev. 2021.

¹³³ No caso dos militares das Forças Armadas, somente as despesas com pensões são consideradas formalmente previdenciárias, havendo receita de contribuições específicas para o seu custeio. A remuneração dos militares ativos e inativos (reserva e reforma) é encargo financeiro do Tesouro Nacional (Lei nº 6.880/1980, art. 53-A). Dessa maneira, o resultado aqui apresentado não é formalmente previdenciário, mas representa um balanceamento entre as receitas de contribuições para as pensões de dependentes de militares menos as despesas com as referidas pensões e com os militares inativos.

Fonte: Elaborada pelos autores, com dados extraídos dos RREO de 2016 a 2020 e valores arredondados¹³⁴

Uma vez que o resultado previdenciário é apurado confrontando-se as receitas previdenciárias arrecadas com as respectivas despesas (aposentadorias, pensões, proventos de inatividade e demais benefícios previdenciários), resta patente que a DRU não afeta o resultado previdenciário.

Constatada a existência da escassez previdenciária, forçoso é reconhecer que o debate público no Brasil, com certa frequência, chega a ter um certo quê de ridículo pois, “afirmar que a Previdência não tem deficit equivale a dizer que no 7 a 1 contra a Alemanha, se a gente considerar o que aconteceu apenas nos últimos 15 minutos, o Brasil ganhou de 1 a 0”¹³⁵. Nesse sentido, como bem ressaltam Giambiagi e Zeidan, alguns participantes do debate sobre previdência parecem seguir tal postura, dados o divórcio entre suas teses e a realidade do mundo, como se imunes fossem a argumentos e impermeáveis aos números, para transformar o assunto em uma questão de fé: a Previdência seria superavitária e ponto final¹³⁶.

Importante, portanto, destacar uma despesa que, em muito, contribui para o resultado primário deficitário: a previdenciária. Para se ter uma ideia, em 2018, os gastos com Previdência representavam 58% do total de despesas primárias da União, sobrando 42% para os demais gastos (pessoal, saúde, educação, bolsa família, entre outros)¹³⁷, conforme demonstrado no gráfico 1.

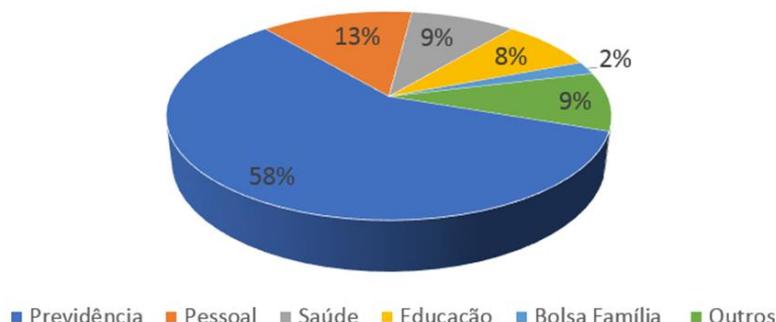
¹³⁴ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatórios resumidos de execução orçamentária**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12>. Acesso em: 25 jan. 2021.

¹³⁵ GIAMBIAGI, Fabio; ZEIDAN, Rodrigo. Op. cit., p. 144.

¹³⁶ Ibidem, p. 144.

¹³⁷ TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. **Reforma da previdência: por que o Brasil não pode esperar?**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019. p. 14.

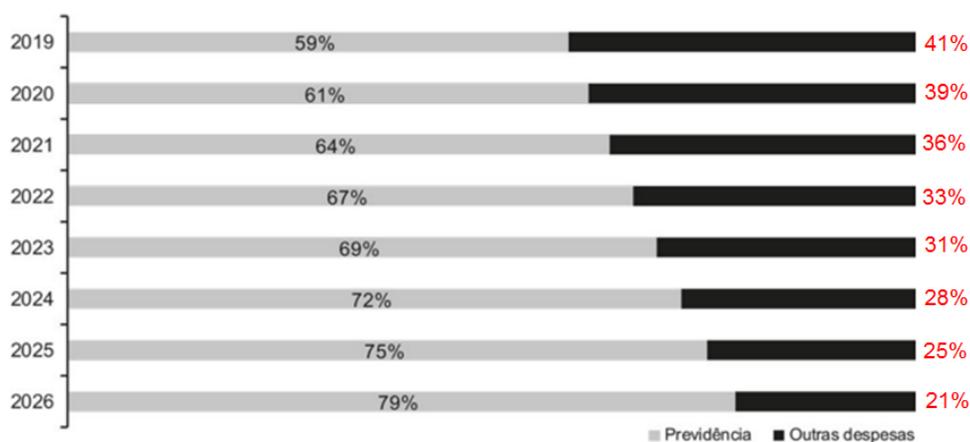
Gráfico 1 – Despesas Primárias da União/2018



Fonte: Adaptado de Tafner e Nery¹³⁸

Ainda dentro desse contexto, conforme podemos aferir no gráfico 2, Tafner e Nery projetam que, num cenário sem reforma previdenciária ocorrida em 2019, em 2026 (último ano do teto de gastos reajustado somente pela inflação) a despesa previdenciária representaria aproximadamente 79% do total de despesas primárias¹³⁹.

Gráfico 2 – Despesa previdenciária em relação à despesa primária (2019 a 2026)



Fonte: Adaptado de Tafner e Nery¹⁴⁰

Ou seja: com base em tal projeção, os demais gastos como o pagamento de salários de servidores públicos federais, saúde, assistência social, educação, saneamento, investimentos (construção de estradas, escolas, portos, aeroportos, pesquisas etc.), entre outros, seriam, em 2026, comprimidos a aproximadamente metade do espaço que ocupavam em 2018.

¹³⁸ Ibidem, p. 14.

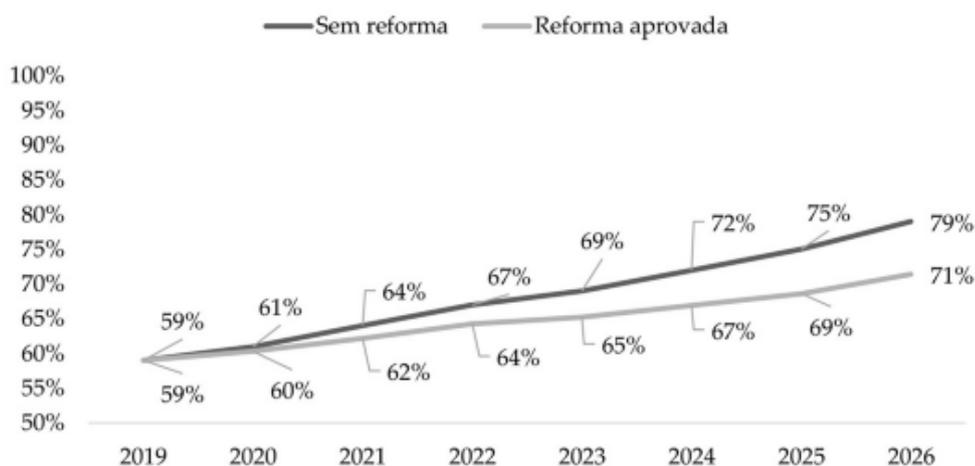
¹³⁹ Ibidem, p. 14.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 14.

Tafner e Nery ressaltam que os valores alocados à pensão por morte já são maiores que os valores alocados à saúde¹⁴¹. Em 2017, o gasto anual com aposentadorias e pensões dos filiados ao RPPS/Federal correspondeu a cerca de 80 (oitenta) vezes o orçamento da União com saneamento básico¹⁴².

Já se levando em consideração a reforma previdenciária implementada por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019¹⁴³, Nery resalta que “há uma inegável suavização da trajetória em relação ao cenário sem reforma, mas o crescimento da despesa ainda é muito significativo”¹⁴⁴, conforme se pode aferir por meio da análise do gráfico 3.

Gráfico 3 – Despesa previdenciária em relação à despesa primária – Dois cenários (2019 a 2026)



Fonte: Nery¹⁴⁵

Com o intuito de corroborar tal entendimento, se faz mister pontuar que a Lei de Diretrizes Orçamentárias – LDO de 2020¹⁴⁶ projetava os seguintes resultados previdenciários de carência: R\$ 237,85 bilhões (2020); R\$ 255,57 bilhões (2021); e R\$ 280,34 bilhões (2022).

¹⁴¹ Ibidem, p. 4.

¹⁴² Ibidem, p. 171.

¹⁴³ BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

¹⁴⁴ NERY, Pedro Fernando. A meia reforma da previdência de 2019. In: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (Orgs.). **Contas públicas no Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 142.

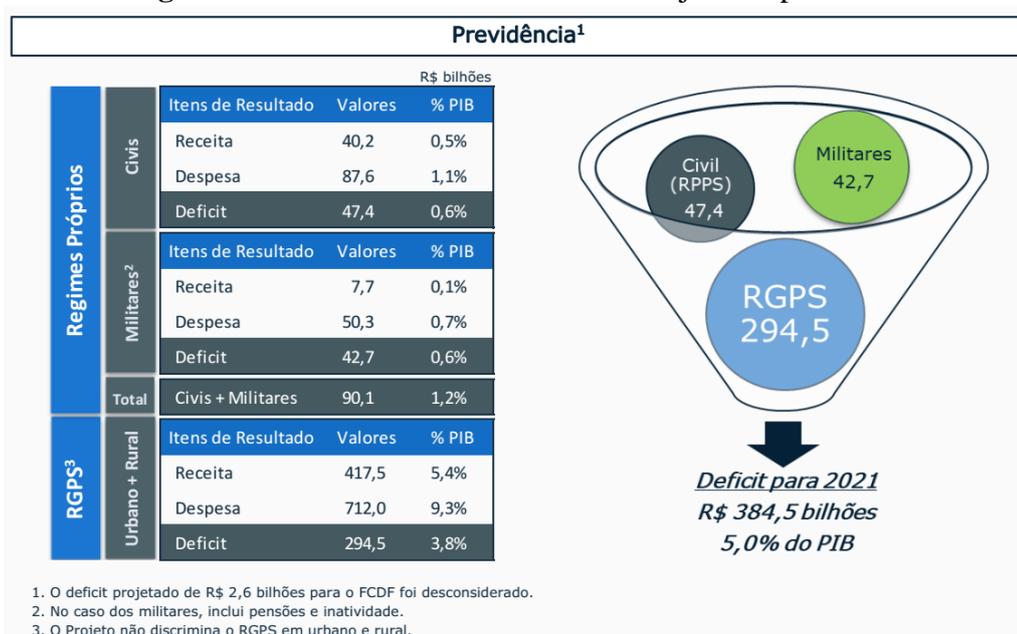
¹⁴⁵ Ibidem, p. 142.

¹⁴⁶ BRASIL. **Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

Avançando ainda mais no tocante à presente temática verificamos, por meio da análise do Projeto de Lei Orçamentária da União para 2021 (PLOA 2021)¹⁴⁷, enviado ao Congresso Nacional em 31 de agosto de 2020, que o orçamento federal está cada vez mais engessado e comprometido. Do total de gastos previstos, 93,7% se destinam a despesas obrigatórias, o que nos demonstra uma trajetória que nos levará, em poucos anos, a um comprometimento integral do orçamento público federal com tais despesas (exemplo: previdência, salários do funcionalismo público etc.). A folha de pagamento dos servidores públicos federais, por exemplo, está cada vez maior: saltou de R\$ 44,8 bilhões em 2008, para R\$ 109,8 bilhões em 2019 (aumento de 145% em 12 anos). Isso significa menos hospitais, menos escolas, menos estradas, menos habitações populares, menos investimentos e menos recursos para manter a prestação de serviços básicos, principalmente na área social.

A figura 1 apresenta os déficits previdenciários projetados para o ano de 2021, constantes do PLOA 2021¹⁴⁸, atinentes ao RGPS, ao RPPS/Federal e ao Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas.

Figura 1 – Resultados Previdenciários Projetados para 2021



¹⁴⁷ BRASIL. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 28, de 2020 (PLOA 2021)**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2021. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/ploa-2021>. Acesso em: 13 fev. 2021.

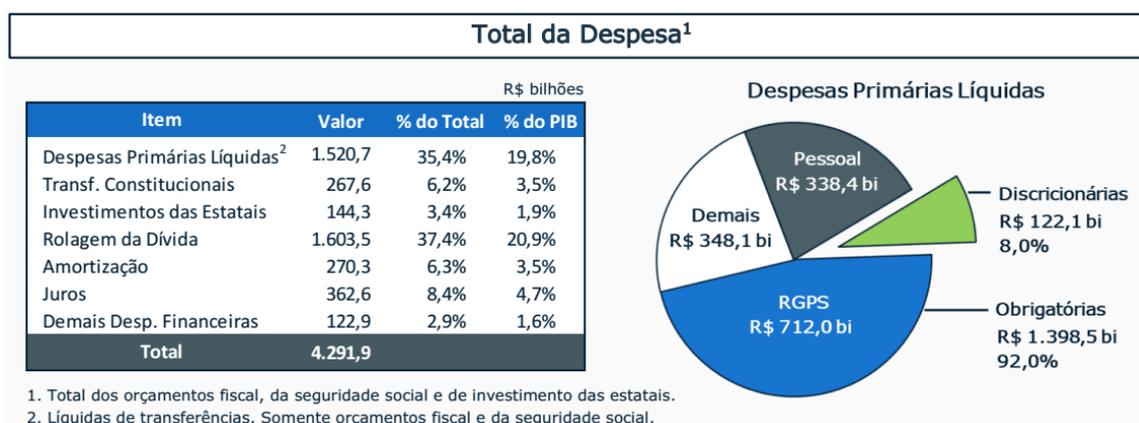
¹⁴⁸ Ibidem.

Fonte: Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (2020)¹⁴⁹

Por oportuno, ressaltamos que, dados os impactos da pandemia mundial, causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, a tendência é de insuficiência de recursos em maiores montantes, o que agravará ainda mais o quadro previdenciário negativo.

E, uma vez que os gastos previdenciários integram o Orçamento Público, importante também destacar que, com o envelhecimento da população, aliado à diminuição da taxa de natalidade, estão a consumir cada vez mais recursos do orçamento, reduzindo sua disponibilidade para outras áreas e políticas públicas como se pode depreender da análise da figura 3, em relação às despesas primárias líquidas, prevista no PLOA 2021.

Figura 2 – PLOA 2021/Total das Despesas Primárias Líquidas



Fonte: Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados (2020)¹⁵⁰

De acordo do Tafner e Ney, o deficit atuarial, que corresponde à diferença entre despesas e receitas no futuro, para o ano de 2060 será da ordem de R\$ 8 trilhões no RGPS e de R\$ 1,5 trilhão no RPPS/União¹⁵¹.

Esse cenário desolador acaba por pressionar ainda mais a carga tributária e a dívida pública, em verdadeira espiral de endividamento constante. Todo isso num contexto em que

¹⁴⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. **Raio X Orçamento 2021 PLOA**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/raio-x-do-orcamento-previdencia/raio-x-do-orcamento-2021-ploa>. Acesso em: 13 fev. 2021.

¹⁵⁰ Ibidem.

¹⁵¹ TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. Op. cit., p. 6.

negligenciamos, especialmente, as despesas voltadas aos mais jovens, como educação e saneamento básico, por exemplo. Conforme ensina Harada, a finalidade da obtenção de recursos financeiros permite que o estado realize o bem comum¹⁵². O déficit atuarial vai impedir a realização desse bem comum, pois prejudica a possibilidade de investimento e melhorias sociais.

Importante ainda destacar o ponto de vista daqueles que encampam a ideia de que o déficit previdenciário deveria ser coberto com os recursos da Seguridade Social. A prosperar tal intento, estaríamos a retirar recursos da Saúde e da Assistência Social (ex: benefício de prestação continuada, seguro-desemprego, abono salarial etc.) e transferi-los à Previdência, o que se nos afigura totalmente desarrazoado.

Dessa forma, comprovada, de forma inequívoca, a existência de exiguidade previdenciária, avançamos em direção à análise do Resultado da Seguridade Social. Assentamos que o quadro deficitário atual é ainda mais agravado pela necessidade incontestada de realização de gastos voltados ao combate à Covid-19, doença causada pelo coronavírus SARS-CoV-2, que, infelizmente, não encontrou recursos disponíveis na Seguridade Social eis que, há anos, também apresenta recorrentes saldos negativos. A tabela 6 apresenta a apuração do Resultado da Seguridade Social (R\$ bilhões) até dezembro de 2020, comparando-se com o mesmo período desde 2012.

¹⁵² HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 2. *E-book*.

Tabela 6 – Cálculo do Resultado da Seguridade Social (R\$ Bilhões)

Receitas da Seguridade Social	EXERCÍCIO									
	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019	2020	
RGPS	276,59	307,58	337,55	351,68	360,38	379,25	395,20	415,17	406,11	
RPPS - Civil	22,98	24,58	26,94	29,50	30,70	33,78	33,68	33,46	39,99	
Pensões Militares	2,00	2,17	2,34	2,65	2,93	3,34	2,36	2,69	6,65	
Demais (COFINS, CSLL e Outros)	223,34	252,23	256,14	262,18	241,29	258,83	281,86	298,77	366,99	
Total das Receitas	524,91	586,56	622,97	646,00	635,29	675,21	713,09	750,10	819,74	
Despesas da Seguridade Social										
Despesas do RGPS	318,83	358,58	402,09	440,08	510,09	561,39	589,51	628,47	669,71	
Saúde	80,07	83,05	91,90	100,05	106,24	114,70	116,82	122,27	161,54	
Assistência Social	56,63	64,65	70,43	73,23	79,75	84,71	88,67	95,96	423,57	
RPPS - Civis (inclusive FCDF)	59,22	64,48	64,38	69,51	73,78	82,45	84,92	91,59	94,52	
Seguro Desemprego	27,61	31,87	35,90	38,05	37,77	38,01	36,29	37,39	40,08	
Demais Despesas	22,92	26,96	28,28	30,37	31,81	36,65	38,77	38,25	39,23	
Pensionistas Militares	23,32	24,95	31,85	35,16	17,34	19,16	21,41	22,91	23,44	
Abono Salarial	12,34	14,66	15,88	10,13	17,93	16,23	17,34	17,52	19,26	
Total das Despesas	600,95	669,21	740,70	796,58	874,70	953,30	993,74	1.054,36	1.471,34	
Resultado										
Resultado da Seguridade Social	-76,04	-82,64	-117,73	-150,58	-239,41	-278,09	-280,64	-304,27	-651,59	
Receitas Desvinculadas (DRU)	54,81	60,13	59,88	60,62	91,96	100,37	109,65	92,35	0,20	
Resultado com Receitas Desvinculadas	-21,23	-22,51	-57,85	-89,96	-147,45	-177,72	-170,99	-211,91	-651,39	

Fonte: RREO em Foco/Secretaria do Tesouro Nacional (2019)¹⁵³

No campo “Resultado da Seguridade Social” temos o cálculo já se levando em conta o valor retirado por meio das Desvinculações das Receitas da União – DRU; em “Resultado com Receitas Desvinculadas o cálculo é feito sem a desvinculação (por isso o valor extraído pela DRU é adicionado, como crédito ao primeiro, para se chegar ao novo resultado). Assim, da análise dos dados e valores constantes na referida tabela, fica claro que a própria Seguridade Social também apresenta resultado negativo, entendimento esse perfilhado pelo Tribunal de Contas da União, quer levemos em consideração ou não as desvinculações efetivadas com base na DRU, senão vejamos¹⁵⁴:

A partir dos dados levantados pelo Tribunal, verificou-se que, na maioria dos exercícios analisados, os valores desvinculados da seguridade social foram inferiores à diferença entre as receitas da seguridade social e suas despesas, ou seja, a sua necessidade de financiamento.

Assim, apenas em três exercícios (2007, 2008 e 2011), a DRU superou o valor da necessidade de financiamento do Orçamento da Seguridade Social. Em todos os demais anos, ainda que não houvesse a DRU, aportes adicionais do Tesouro continuariam sendo necessários.

[...]

Por fim, atualmente a necessidade de financiamento da seguridade é superior ao valor desvinculado pela DRU, ou seja, mesmo que não houvesse a DRU não

¹⁵³ BRASIL. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **REEO em Foco**: União. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/rreo-em-foco-uniao/2020/7>. Acesso em: 15 fev. 2021.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Previdência social no Brasil**: situação financeira, estrutura e gestão dos regimes federais. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/9D/00/83/5E/E0A1F6107AD96FE6F18818A8/Previdencia_social_Brasil_situacao_financeira_estrutura_gestao_regimes_federais.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021. p. 19.

haveria recursos disponíveis no orçamento da seguridade capazes de equilibrar o déficit financeiro da previdência.

Portanto, igualmente não prospera o raciocínio otimista e irreal, de que haveria recursos arrecadados disponíveis, vinculados à Seguridade Social, que pudessem ser destinados à cobertura das deficiências previdenciárias.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base nos dados trazidos à baila, podemos inferir que o futuro próximo nos anuncia um colapso do atual modelo previdenciário que está a comprometer a própria sustentabilidade orçamentária-fiscal. É, portanto, nesse contexto de recorrentes e astronômicos déficits previdenciários, conjugados com a atual realidade demográfica brasileira (aumento da expectativa de vida e queda da taxa de natalidade), que justificamos a importância de tal pesquisa, a fim de lançar luz sobre tema tão importante para a nação, buscando aprimorar o debate, dissipar sofismas, combater os argumentos sem dados, combater a contabilidade criativa e teses distorcidas, lastreadas em figuras de retórica.

Uma vez que a própria Seguridade Social apresenta saldo que atesta o desprovimento de recursos, contabilizando-se ou não a DRU, vimos não ser possível alocar seus recursos para cobrir a deficiência previdenciária e, tampouco prospera o sofisma de que a DRU existiria com a finalidade de financiar a dívida pública pois vem servindo, fundamentalmente, para custear o gasto com previdência no setor público federal.

Dados os recorrentes déficits primários, desde 2014, o que ocorre é diametralmente o oposto: a União se endivida (rolagem de títulos da dívida pública e operações de crédito) para financiar despesas primárias, comprometendo o equilíbrio fiscal.

Portanto, por tudo o que foi exposto, restou claro que:

- o impacto da Desvinculação das Receitas da União no Resultado Previdenciário é nulo, uma vez o cálculo deste último se dá por meio da confrontação das contribuições previdenciárias arrecadadas (patronal e empregado) com as despesas relacionadas a benefícios previdenciários e, porque, a Constituição veda, expressamente, a desvinculação das contribuições previdenciárias de que trata o art. 195, I, *a*, e II (art. 167, XI);

- o impacto da DRU ocorre no cálculo do Resultado da Seguridade Social mas, mesmo sem a utilização de tal mecanismo (DRU), ficou demonstrado que o déficit neste último resultado, à semelhança do que ocorre com o resultado previdenciário, também existe e é astronômico, o que obriga o Tesouro Nacional a continuar a fazer aportes de recursos para cobrir o déficit da Seguridade Social; e

- uma vez que a União apresenta recorrentes déficits primários desde 2014, igualmente não há que se falar em utilização de recursos desvinculados por meio da DRU para o pagamento da dívida pública federal, eis que os valores arrecadados com receitas primárias (tributos, concessões etc) não são suficientes para pagar as despesas primárias (custeio da máquina pública, salários, aposentadorias, pensões, obras etc.), forçando a União a continuar em verdadeira espiral de endividamento (refinanciamento da dívida pública federal, operações de crédito etc.).

Igualmente, restou cristalino que os números dos déficits são eloquentes e, portanto, não adianta permanecermos como negacionistas, utilizando-nos de eufemismos linguísticos (cobertura de insuficiência financeira, necessidade de financiamento, resultado negativo etc.) para tentar suavizar ou mesmo negar a gravidade da situação.

A realidade é que os crescentes saldos negativos previdenciários comprimem, cada vez mais, as fatias de recursos destinadas a outras áreas, promovendo uma verdadeira canibalização do gasto social, afetando assim os equilíbrios orçamentário e fiscal e, por conseguinte, também em se tratando de finanças públicas, os equilíbrios intertemporal e intergeracional.

Mesmo antes da pandemia que ora nos assola, já nos era inconteste que o cobertor orçamentário é curto e que, há muito, já passou da hora de priorizarmos o gasto social e combatermos privilégios, não permitindo a perpetração de ameaças aos objetivos da Constituição, notadamente os de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades.

Pelas razões e fatos aludidos no presente artigo, forçoso é concluir que a simples positivação de direitos é insuficiente para garanti-los e, portanto, dadas as fortes restrições orçamentárias, é importantíssimo que o país reveja seu ‘contrato social’ para, por conseguinte, cortar privilégios e priorizar os gastos sociais, especialmente aqueles destinados ao amparo à massa de desvalidos, que se tornou visível com a pandemia que ora assola o país e o mundo,

bem como garantir, às gerações futuras, a exequibilidade do direito às suas aposentadorias e pensões, bem como proteger as políticas públicas voltadas aos mais pobres. Para tanto, é necessário um sistema previdenciário saudável do ponto de vista fiscal, atuarialmente sólido e, principalmente, mais justo, uma vez que o atual modelo está a comprometer o equilíbrio orçamentário-fiscal e a sustentabilidade do próprio modelo previdenciário, conforme demonstram os resultados previdenciários (RGPS, RPPS e SPSMFA) e as projeções atuariais constantes dos relatórios resumidos da execução orçamentária, notadamente o de 2020 (projeções de déficits previdenciários atuariais para 2022 e 2060).

Por óbvio que a solução não é simples, pois envolve a redução de desigualdades entre os sistemas previdenciários, a equalização de regras, entre outras coisas, a fim de garantir a saúde atuarial e fiscal do sistema. Para implementar as mudanças necessárias, dados os interesses de diversos grupos, sindicatos e corporativismos, talvez precisemos lançar mão do *véu de ignorância* proposto do John Rawls, em sua célebre obra *Uma Teoria da Justiça*¹⁵⁵. Tudo isso, num cenário em que as transições demográfica e tecnológica (automação e outras formas de trabalho possibilitadas pela inovação tecnológica, sem recolhimento de contribuições sociais nos mesmos moldes do RGPS e do RPPS) se nos afiguram desfavoráveis no tocante ao financiamento dos sistemas previdenciários.

Assim, dadas a urgência e a importância do tema, esperamos que o país abandone de vez os modelos de sistemas previdenciários imprevidentes. Caso contrário, talvez tenhamos de escutar de nossos filhos, num futuro bem próximo, duas indagações desconcertantes que constam do documentário *uma verdade inconveniente*, de autoria do ex-vice-presidente americano Al Gore: “Mas onde é que vocês estavam que não viram o que estava acontecendo? O que estavam esperando para acordar?”¹⁵⁶.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Darcy. **Teoria geral do estado**. 44. ed. São Paulo: Globo, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

¹⁵⁵ RAWLS, John. Op. cit.

¹⁵⁶ GIAMBIAGI, Fabio; ZEIDAN, Rodrigo. Op. cit., p. 25.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 14 jan. 2021.

_____. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 fev. 2021.

_____. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira da Câmara dos Deputados. **Raio X Orçamento 2021 PLOA**. Disponível em:

<https://www2.camara.leg.br/orcamento-da-uniao/raio-x-do-orcamento-previdencia/raio-x-do-orcamento-2021-ploa>. Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. Senado Federal. Núcleo de Pesquisas e Estudos do Senado. **Desvinculação de receitas da União, ainda necessária?** Disponível em:

<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-103-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-ainda-necessaria>. Acesso em: 20 jan. 2021.

_____. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/16880compilada.htm. Acesso em: 17 jan. 2021.

_____. **Lei nº 13.898, de 11 de novembro de 2019**. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e a execução da Lei Orçamentária de 2020 e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13898.htm. Acesso em: 11 fev. 2021.

_____. **Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000**. Estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp101.htm. Acesso em: 23 jan. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatórios resumidos de execução orçamentária**. Disponível em:

<https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/relatorio-resumido-da-execucao-orcamentaria-rreo/2020/12>. Acesso em: 25 jan. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **Relatório Resumido da Execução Orçamentária de 2020** (RREO 2020 – Anexo 10, LRF, art. 53, § 1º, inciso II). Disponível em:

https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9:::9:P9_ID_PUBLICACAO:37123. Acesso em: 5 fev. 2021.

_____. Ministério da Economia. Secretaria do Tesouro Nacional. **REEO em Foco: União**. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/publicacoes/rreo-em-foco-uniao/2020/7>. Acesso em: 15 fev. 2021.

_____. **Projeto de Lei do Congresso Nacional nº 28, de 2020 (PLOA 2021)**. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2021. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2020]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/ploa-2021>. Acesso em: 13 fev. 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Previdência social no Brasil: situação financeira, estrutura e gestão dos regimes federais**. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/9D/00/83/5E/E0A1F6107AD96FE6F18818A8/Previdencia_social_Brasil_situacao_financeira_estrutura_gestao_regimes_federais.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

FEIJÓ, Paulo Henrique. **Os tipos de equilíbrio em finanças públicas: orçamentário x fiscal**. Grupo Gestão Pública. Disponível em <https://www.gestaopublica.com.br/blog-gestao-publica/os-tipos-de-equilibrio-em-financas-publicas-orcamentario-fiscal.html>. Acesso em: 11 jan. 2021.

FEIJÓ, Paulo Henrique; CARVALHO JÚNIOR, Antonio Carlos Costa d'Avila. **Entendendo resultados fiscais: teoria e prática de resultados primário e nominal**. 1. ed. Brasília: Gestão Pública, 2015.

FONSECA, Rafael Campos Soares da. **O orçamento público e suas emergências programadas**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

FRANCO, António Luciano de Sousa. **Manual de finanças públicas e direito financeiro**. V. 1. Lisboa: Faculdade de Direito de Lisboa, 1974.

GIAMBIAGI, Fabio; ZEIDAN, Rodrigo. **Apelo à razão: a reconciliação com a lógica econômica**. 1. ed. Rio de Janeiro: Record, 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2020. *E-book*.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

LEITE, Harrison Ferreira. **Autoridade da lei orçamentária**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. São Paulo, Martins Fontes, 2005.

MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 8. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2021. *E-book*.

MATIAS-PEREIRA, José. **Finanças Públicas**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2017. *E-book*.

MORAIS, Michel Martins de. **Reforma da Previdência: o RPPS da União à luz da EC nº 103/19**. 1. ed. São Paulo: Dialética, 2020. *E-book*.

NERY, Pedro Fernando. A meia reforma da previdência de 2019. *In*: SALTO, Felipe Scudeler; PELLEGRINI, Josué Alfredo (Orgs.). **Contas públicas no Brasil**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NERY, Pedro Fernando; TENOURY, Gabriel Nemer. Reencontro marcado: um balanço da reforma de previdenciária do governo Bolsonaro. *In*: FONTES, Adriana *et al*; GIAMBIAGI, Fabio (Organizador). **O futuro do Brasil**. 1. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 29-40.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **C102: normas mínimas da seguridade social**. Aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra - 1952), entrou em vigor no plano internacional em 27.4.55 Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/normas/WCMS_235192/lang--pt/index.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2000. Tradução de: A Theory of Justice.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **O contrato social: princípios do direito político**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

TAFNER, Paulo; NERY, Pedro Fernando. **Reforma da previdência: por que o Brasil não pode esperar?**. 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2019.

DA INVIOABILIDADE DO DIREITO À VIDA NOS TRATADOS INTERNACIONAIS E NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Elvan Loureiro de Barros Correia

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; especialista em Direito e Jurisdição Civil pela Universidade Processus/ESMA-DF; especialista em Direito Público Material pela Universidade Gama Filho/Complexo Jurídico Damásio de Jesus; bacharel em Direito pela Universidade Candido Mendes; servidor público federal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.

José Rossini Campos de Couto Corrêa

Livre Docente em Direito pela Emill Brunner World University; doutor em Direito Internacional pela American World University; doutor em Theology pela Antioch Christian University; Honorary Doctor in Laws pela Cambridge International University. É Membro Correspondente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas-AMLJ; membro titular da Academia Brasiliense de Letras-ABrL, Cadeira nº VII; professor do Centro Universitário IESB.

Resumo

O presente artigo visa analisar a defesa do direito à vida sob o prisma dos tratados de direitos internacionais e suas aplicabilidades no direito interno brasileiro e de outros países. Diversos são os tratados, declarações, convenções, pactos e cartas sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, no entanto, pouco se fala sobre eles quando a efetividade do direito à vida está em risco. No Brasil, a proteção ao direito à vida está arraigada na Constituição Cidadã de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, explicitamente pelo Princípio da Inviolabilidade do Direito à Vida, no art. 5º, caput, da CF, assim como em outros dispositivos. Deve ser garantido o mais amplo acesso à justiça e com celeridade processual, para afastar o risco iminente de morte, sob a óptica dos Direitos Humanos, tendo como elementos norteadores os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assim como sua constituição e a legislação supralegal e infraconstitucional.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Vida. Acesso à justiça. Celeridade processual. Risco iminente de morte.

THE INVIOABILITY OF THE RIGHT TO LIFE IN INTERNATIONAL TREATIES AND IN THE BRAZILIAN CONSTITUTION OF 1988.

Abstract

This article aims to analyze the defense of the right to life from the perspective of international law treaties and its applicability in Brazilian domestic law and that of other countries. There are several treaties, declarations, conventions, pacts and letters on human rights ratified by Brazil, however, little is said about them when the effectiveness of the right to life is at risk. In Brazil, the protection of the right to life is rooted in the Citizen Constitution of 1988, in the title of fundamental rights and guarantees, explicitly by the Principle of Inviolability of the Right to Life, in art. 5, caput, of the CF, as well as in other devices. The widest access to justice and procedural speed must be guaranteed, in order to avoid the imminent risk of death, from the perspective of Human Rights, having as guiding elements the international treaties ratified by Brazil, as well as their constitution and the supralegal and infraconstitutional legislation.

Keywords: Human rights. Life. Access to justice. Procedural speed. Imminent risk of death.

1. Introdução.

O presente artigo visa analisar a defesa do direito à vida sob o prisma dos tratados de direitos internacionais e suas aplicabilidades no direito interno brasileiros e de outros países. Diversos são os tratados, declarações, convenções, pactos e cartas sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil, no entanto, pouco se fala sobre eles quando a efetividade do direito à vida está em risco.

No Brasil, a proteção ao direito à vida está arraigada na Constituição Cidadã de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, explicitamente pelo Princípio da Inviolabilidade do Direito à Vida, no art. 5º, *caput*, da CF, assim como em outros dispositivos.

Assim, deve ser garantido o mais amplo acesso à justiça, com celeridade processual, para afastar o risco iminente de morte, sob a óptica dos Direitos Humanos, verificando seus reflexos e consequências, tendo como elementos norteadores os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, assim como sua constituição e a legislação supralegal e infraconstitucional.

2. Do direito à vida nos tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos.

Após as terríveis barbaridades perpetradas durante a Segunda Guerra Mundial, diversos países, principalmente os participantes do citado conflito, se mobilizaram no sentido de sedimentar direitos que protegessem a dignidade da pessoa humana e limitassem sua sistemática violação. Assim, a Organização das Nações Unidas passou a ter papel fundamental na solidificação dos Direitos Humanos, global e progressivamente, nos tratados de Direito Internacional. (BICHÃO; AQUINO, 2017, p. 40).

Como bem afirma De Lucas: *“Empezando por el igual respeto a la vida de todos los seres humanos: todas las vidas humanas importan, deben importar igual; no solo las de quienes son como nosotros, las de los nuestros”*. (DE LUCAS, 2018, p. 32)

Os tratados de Direitos Humanos se dividem em gerais e especiais. O principal deles é a Carta Internacional dos Direitos Humanos, constituída por três tratados gerais: a) Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); b) Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos (1966); e c) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

A Declaração Universal de Direitos Humanos teve diversos de seus dispositivos incorporados à Constituição Brasileira de 1988, dentre eles a proteção específica ao direito à vida:

Todo o indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. (NAÇÕES UNIDAS, 1948)

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 e aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991, entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992, três meses após a data do depósito da Carta de Adesão, na forma de seu art. 49, § 2º e foi promulgado pelo Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Ele traz diversos e importantes dispositivos em proteção do direito de viver:

ARTIGO 6

1. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Esse direito deverá ser protegido pela lei. Ninguém poderá ser arbitrariamente privado de sua vida.

2. Nos países em que a pena de morte não tenha sido abolida, esta poderá ser imposta apenas nos casos de crimes mais graves, em conformidade com legislação vigente na época em que o crime foi cometido e que não esteja em conflito com as disposições do presente Pacto, nem com a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio. Poder-se-á aplicar essa pena apenas em decorrência de uma sentença transitada em julgado e proferida por tribunal competente.

3. Quando a privação da vida constituir crime de genocídio, entende-se que nenhuma disposição do presente artigo autorizará qualquer Estado Parte do presente Pacto a eximir-se, de modo algum, do cumprimento de qualquer das obrigações que tenham assumido em virtude das disposições da Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio.

4. Qualquer condenado à morte terá o direito de pedir indulto ou comutação da pena. A anistia, o indulto ou a comutação da pena poderá ser concedido em todos os casos.

5. A pena de morte não deverá ser imposta em casos de crimes cometidos por pessoas menores de 18 anos, nem aplicada a mulheres em estado de gravidez.

6. Não se poderá invocar disposição alguma do presente artigo para retardar ou impedir a abolição da pena de morte por um Estado Parte do presente Pacto. (BRASIL, 1992b)

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais foi adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, ocorrida em 19 de dezembro de 1966, aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e entrou em vigor para o Brasil em 24 de abril de 1992, data em que a Carta de Adesão foi depositada, na forma de seu art. 27, parágrafo 2º, tendo sido promulgado pelo Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, trazendo igualmente dispositivos protecionistas da vida, especialmente de crianças e adolescentes no trabalho:

ARTIGO 10

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que:

(...)

3. Devem-se adotar medidas especiais de proteção e de assistência em prol de todas as crianças e adolescentes, sem distinção alguma por motivo de filiação ou qualquer outra condição. Devem-se proteger as crianças e adolescentes contra a exploração econômica e social. **O emprego de crianças e adolescentes em trabalhos que lhes sejam nocivos à moral e à saúde ou que lhes façam correr perigo de vida, ou ainda que lhes venham a prejudicar o desenvolvimento normal, será punido por lei.** (BRASIL, 1992a)

Existem outros importantes tratados gerais que protegem o direito à vida como: a) Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (1948); b) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982); c) Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares (1996); e d) Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999).

Adotada em Paris a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, a Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 11 de abril de 1951 e promulgada pelo Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. Ela regula importantes direitos e deveres na tentativa de evitar e punir o genocídio, *ipsis litteris*:

ARTIGO I

As Partes Contratantes confirmam que o genocídio quer cometido em tempo de paz ou em tempo de guerra, é um crime contra o Direito Internacional, que elas se comprometem a prevenir e a punir.

ARTIGO II

Na presente Convenção entende-se por genocídio qualquer dos seguintes **atos, cometidos com a intenção de destruir no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, como tal:**

- a) matar membros do grupo;
- b) causar lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;

- c) submeter intencionalmente o grupo a condição de existência capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio de grupo;
- e) efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

ARTIGO III

Serão punidos os seguintes atos:

- a) o genocídio;
- b) a associação de pessoas para cometer o genocídio;
- c) a incitação direta e pública a cometer o genocídio;
- d) a tentativa de genocídio;
- e) a co-autoria no genocídio.

(...)

ARTIGO VII

O genocídio e os outros atos enumerados no Artigo III não serão considerados crimes políticos para efeitos de extradição.

As partes Contratantes se comprometem em tal caso a conceder a extradição de acordo com sua legislação e com os tratados em vigor. (BRASIL, 1952)

A Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982), celebrada em *Montego Bay*, a 10 de dezembro de 1982, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 5, de 9 de novembro de 1987, ratificada em 22 de dezembro de 1988 e promulgada pelo Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. Ela traz importantes disposições de proteção à vida:

ARTIGO 94

Deveres do Estado de bandeira

1. Todo Estado deve exercer, de modo efetivo, a sua jurisdição e seu controle em questões administrativas, técnicas e sociais sobre navios que arvoem a sua bandeira.

(...)

4. Tais medidas devem incluir as que sejam necessárias para assegurar que:

(...)

c) o capitão, os oficiais e, na medida do necessário, a tripulação conheçam perfeitamente e observem os regulamentos internacionais aplicáveis, que se refiram à segurança da vida no mar, à prevenção de abalroamentos, à prevenção, redução e controle da poluição marinha e à manutenção de rádio comunicações.

(...)

7. Todo Estado deve ordenar a abertura de um inquérito, efetuado por ou perante uma pessoa ou pessoas devidamente qualificadas, em relação a qualquer acidente marítimo ou incidente de navegação no alto mar, que envolva um navio arvorando a sua bandeira e no qual tenham perdido a vida ou sofrido ferimentos graves nacionais de outro Estado, ou se tenham provocado danos graves a navios ou a instalações de outro Estado, ou se tenham provocado danos graves a navios ou a instalações de outro Estado ou ao meio marinho. O Estado de bandeira e o outro Estado devem cooperar na realização de qualquer investigação que este último efetue em relação a esse acidente marítimo ou incidente de navegação.

(...)

ARTIGO 146

Proteção da vida humana

No que se refere às atividades na Área, devem ser tomadas as medidas necessárias para assegurar a proteção eficaz da vida humana. Para tal fim, a Autoridade adotará normas, regulamentos e procedimentos apropriados que complementem o direito internacional existente tal como consagrado nos tratados sobre a matéria.

ARTIGO 155

Conferência de Revisão

(...)

2. A conferência de Revisão deve igualmente assegurar a manutenção do princípio do patrimônio comum da humanidade, do regime internacional para o aproveitamento equitativo dos recursos da Área em benefício de todos os países, especialmente dos Estados em desenvolvimento, e da existência de uma Autoridade que organize, realize e controle as atividades na Área. Deve também assegurar a manutenção dos princípios estabelecidos na presente Parte relativos à exclusão de reivindicações ou do exercício de soberania sobre qualquer parte da Área, aos direitos dos Estados e seu comportamento geral em relação à Área bem como sua participação nas atividades na Área de conformidade com a presente Convenção, à prevenção da monopolização de atividades na Área, à utilização da Área exclusivamente para fins pacíficos, aos aspectos econômicos das

atividades na Área, à investigação científica marinha, à transferência de tecnologia, à proteção do meio marinho, **à proteção da vida humana**, aos direitos dos Estados costeiros, ao estatuto jurídico das águas sobrepontes à Área e do espaço aéreo acima dessas águas e à harmonização entre as atividades na Área e outras atividades no meio marinho. (BRASIL, 1990a)

Com a finalidade de evitar a morte de milhares de pessoas, o Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares, concluído em Nova Iorque, em 24 de setembro de 1996, foi aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 64, de 2 de julho de 1998, passando a vigorar para o Brasil em 18 setembro 1998 e promulgado pelo Decreto nº 2.864, de 7 de dezembro de 1998. (BRASIL, 1996)

Por fim, a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999 e assinada pelo Brasil em 10 de novembro de 2001, foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 769, de 30 de junho de 2005, ratificada em 16 de setembro de 2005 e promulgada pelo Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. Por meio dela, é possível salvar inúmeras vidas em decorrência das prevenções e punições nela contidas, veja-se:

Artigo 2

1. Qualquer pessoa estará cometendo um delito, em conformidade com o disposto na presente Convenção, quando, por qualquer meio, direta ou indiretamente, ilegal e intencionalmente, prover ou receber fundos com a intenção de empregá-los, ou ciente de que os mesmos serão empregados, no todo ou em parte, para levar a cabo:

a) Um ato que constitua delito no âmbito de e conforme definido em um dos tratados relacionados no anexo; ou

b) Qualquer outro ato com intenção de causar a morte de ou lesões corporais graves a um civil, ou a qualquer outra pessoa que não participe ativamente das hostilidades em situação de conflito armado, quando o propósito do referido ato, por sua natureza e contexto, for intimidar uma população, ou compelir um governo ou uma organização internacional a agir ou abster-se de agir.

(...)

Artigo 4

Cada Estado Parte adotará as medidas necessárias para:

a) Tratar como crimes, em conformidade com sua legislação interna, os delitos previstos no parágrafo 2;

b) Tornar esses delitos passíveis de punição, com penas apropriadas que levem em conta a gravidade dos delitos. (BRASIL, 1999)

Criadas principalmente após a Declaração Universal de Direitos Humanos, as Cartas de Direitos Humanos de alcance regional são: a) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); b) Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), sobrevivendo a Carta Social Europeia em 1965; c) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969); d) Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (1981); e e) Carta Árabe de Direitos Humanos (1994).

A Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, aprovada na Nona Conferência Internacional Americana, em Bogotá, assegura o direito à vida nos seguintes termos:

CAPÍTULO PRIMEIRO

Direitos

Direito à vida, à liberdade, à segurança e integridade da pessoa.

Artigo I. Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa. (OAS, 1948)

Igualmente, a Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em 4 de novembro de 1950 em Roma, traz importantes dispositivos em proteção ao direito à vida:

TÍTULO I

DIREITOS E LIBERDADES

ARTIGO 2º

Direito à vida

1. O direito de qualquer pessoa à vida é protegido pela lei. Ninguém poderá ser intencionalmente privado da vida, salvo em execução de uma sentença capital pronunciada por um tribunal, no caso de o crime ser punido com esta pena pela lei.

2. Não haverá violação do presente artigo quando a morte resulte de recurso à força, tornado absolutamente necessário:

- a) Para assegurar a defesa de qualquer pessoa contra uma violência ilegal;**
- b) Para efectuar uma detenção legal ou para impedir a evasão de uma pessoa detida legalmente;**
- c) Para reprimir, em conformidade com a lei, uma revolta ou uma insurreição.**

(...)

ARTIGO 15°

Derrogação em caso de estado de necessidade

1. Em caso de guerra ou de outro perigo público que ameace a vida da nação, qualquer Alta Parte Contratante pode tomar providências que derroguem as obrigações previstas na presente Convenção, na estrita medida em que o exigir a situação, e em que tais providências não estejam em contradição com as outras obrigações decorrentes do direito internacional.

2. A disposição precedente não autoriza nenhuma derrogação ao artigo 2°, salvo quanto ao caso de morte resultante de actos lícitos de guerra, nem aos artigos 3°, 4° (parágrafo 1) e 7°. (ECHR, 1950)

Importantes estatutos são, ainda, os protocolos n° 6 à Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais Relativo à abolição da Pena de Morte, de Estrasburgo, de 28 de abril de 1983 e n° 13, Relativo à Abolição da Pena de Morte em quaisquer circunstâncias, assinado em Vilnius, no dia 3 de maio de 2002, com as seguintes alterações:

Protocolo n° 6

ARTIGO 1°

Abolição da pena de morte

A pena de morte é abolida. Ninguém pode ser condenado a tal pena ou executado.

ARTIGO 2°

Pena de morte em tempo de guerra

Um Estado pode prever na sua legislação a pena de morte para actos praticados em tempo de guerra ou de perigo iminente de guerra; tal pena não será aplicada senão nos casos previstos por esta legislação e de acordo com as suas disposições. Este Estado comunicará ao Secretário - Geral do Conselho da Europa as disposições correspondentes da legislação em causa.

Protocolo n° 13

ARTIGO 1°

Abolição da pena de morte

É abolida a pena de morte. Ninguém será condenado a tal pena, nem executado. (ECHR, 1950)

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José, foi assinada pelo Brasil na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, entrou em vigor para o Brasil em 25 de setembro de 1992, Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

de conformidade com o disposto no segundo parágrafo de seu art. 74 e, posteriormente, foi promulgada por meio do Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Diversos dispositivos são trazidos em relação à vida, *in verbis*:

Artigo 4. Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, **desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.**

2. Nos países que não houverem abolido a pena de morte, esta só poderá ser imposta pelos delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena, promulgada antes de haver o delito sido cometido. Tampouco se estenderá sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente.

3. Não se pode restabelecer a pena de morte nos Estados que a hajam abolido.

4. Em nenhum caso pode a pena de morte ser aplicada por delitos políticos, nem por delitos comuns conexos com delitos políticos.

5. Não se deve impor a pena de morte a pessoa que, no momento da perpetração do delito, for menor de dezoito anos, ou maior de setenta, nem aplicá-la a mulher em estado de gravidez.

6. Toda pessoa condenada à morte tem direito a solicitar anistia, indulto ou comutação da pena, os quais podem ser concedidos em todos os casos. **Não se pode executar a pena de morte enquanto o pedido estiver pendente de decisão ante a autoridade competente.**

(...)

Artigo 27. Suspensão de garantias

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.

2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); **4 (Direito à vida)**; 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem

das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. (BRASIL, 1992c).

O Brasil ainda aderiu ao Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador, aprovado pelo Decreto Legislativo no 56, de 19 de abril de 1995 que entrou em vigor para o Brasil em 16 de novembro de 1999 e, posteriormente, foi promulgado por meio do Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. (BRASIL, 1999)

Importante ressaltar que a Convenção Americana de Direitos Humanos, a qual apenas estados-membros da Organização dos Estados Americanos podem aderir, não enuncia direitos sociais, mas determina que Estados alcancem, progressivamente, a plena realização desses outros direitos e liberdades, conforme a seguir:

Artigo 1

Obrigações de Adotar Medidas

Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

(...)

Artigo 19

Meios de Proteção

1. Os Estados-Partes neste Protocolo comprometem-se a apresentar, de acordo com o disposto neste artigo e nas normas pertinentes que deverão ser elaboradas sobre o assunto pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, **relatórios periódicos a respeito das medidas progressivas que tiverem adotado para assegurar o devido respeito aos direitos consagrados no Protocolo.**

(...)

5. **Os relatórios anuais que o Conselho Interamericano Econômico e Social e o Conselho Interamericano da Educação, Ciência e Cultura apresentarem à Assembléia Geral deverão conter um resumo de informação recebida dos Estados-Partes neste Protocolo e dos organismos especializados, sobre as medidas progressivas adotadas, a fim de assegurar o respeito dos direitos reconhecidos no Protocolo e das recomendações de caráter geral que a respeito considerarem pertinentes.**

(...)

8. No exercício das funções que lhes confere este Artigo, os **Conselhos e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos deverão levar em conta a natureza progressiva da vigência dos direitos objeto da proteção deste Protocolo.** (BRASIL, 1969).

A Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos, de 1981, em vigor desde 1986, teve ampla adesão dos cinquenta e três Estados africanos e detém atenção especial às tradições históricas e valores da civilização africana, numa perspectiva coletivista, priorizando o “direito dos povos”, para somente depois transitar ao indivíduo, com inclusão dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais. Ela dá especial proteção à vida humana:

Artigo 4º

A pessoa humana é inviolável. **Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida** e à integridade física e moral da sua pessoa. **Ninguém pode ser arbitrariamente privado desse direito.** (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1981)

Em vigor desde março de 2008, a Carta Árabe de Direitos Humanos de 1994 apresenta incompatibilidades com o sistema global de Direitos Humanos, principalmente porque defende a discriminação contra mulheres e não nacionais, bem como a aplicação da pena de morte a crianças e equipara ao racismo o sionismo, um movimento político de autodeterminação do povo judeu e à existência de um Estado nacional judaico. Mesmo assim, ela assegura o direito à vida, veja-se:

artigo 5º

O direito à vida é inerente a todos os direitos humanos; A lei protege esse direito e ninguém será arbitrariamente privado de sua vida. (PASSEI DIREITO, 1994)

A Carta Asiática dos Direitos Humanos (1986) foi adotada em novembro de 2012, assegurando direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, além do direito ao desenvolvimento e à paz. Até hoje na Ásia, nenhuma carta governamental foi emitida, por isso “uma carta do povo”, a chamada “*Asean Human Rights Declaration*”, foi declarada pela Comissão Asiática dos Direitos Humanos, fundada por um grupo de juristas e ativistas de direitos humanos em Hong Kong (UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS, 1986).

3. Dos tribunais e comitês internacionais de monitoramento dos Direitos Humanos.

Os órgãos de monitoramento do Direitos Humanos são formados por tribunais e comitês. Os tribunais atualmente existentes são: a) Corte Europeia de Direitos Humanos; b) Corte Interamericana de Direitos Humanos; e c) Corte Africana dos Direitos do Homem.

A Corte Europeia de Direitos Humanos de Strasbourg, criada em 1950 é formada por juízes em número igual ao dos Estados-parte com autonomia judicial.

Composta por sete membros escolhidos pelos Estados-parte, com autonomia judicial, a Corte Interamericana de Direitos Humanos foi assinada em San José, em 1969. O reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção, deve seguir do art. 62 do instrumento, *in verbis*:

Artigo 62

1. Todo Estado Parte pode, no momento do depósito do seu instrumento de ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, ou em qualquer momento posterior, declarar que reconhece como obrigatória, de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação desta Convenção.
2. A declaração pode ser feita incondicionalmente, ou sob condição de reciprocidade, por prazo determinado ou para casos específicos. Deverá ser apresentada ao Secretário-Geral da Organização, que encaminhará cópias da mesma aos outros Estados membros da Organização e ao Secretário da Corte.
3. A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência, seja por declaração especial, como prevêm os incisos anteriores, seja por convenção especial. (BRASIL, 1992c)

No Brasil, a convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 89, de 3 de dezembro de 1998, e depositada junto à Secretaria-Geral da Organização dos Estados Americanos, em 10 de dezembro de 1998, data a partir da qual se iniciou seu poder jurisdicional.

No entanto, a declaração de conhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, sob reserva de reciprocidade, foi promulgada somente em 8 de novembro de 2002, pelo Decreto nº 4.463, com efeitos retroativos, veja-se:

Art. 1º É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, de acordo com art. 62 da citada Convenção, sob reserva de reciprocidade e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (BRASIL, 2002a)

A Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, com sede em Arusha, na Tanzânia, foi criada em 1998, em vigor desde 2004 e instalada em 2006. Ela é composta por 11 juízes eleitos pela Assembleia dos Estados da União Africana e possui independência funcional e autonomia judicial.

Na Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), foi instituído o direito de ação individual no plano internacional, um dos pilares essenciais para dar eficácia ao sistema de proteção europeu dos direitos humanos (Acórdão de 04/02/2005, Caso Mamatkoulov e Askarov contra Turquia, Queixas n.º 46827/99 e 46951/99 e Acórdão de 23/03/1995, Caso Loizidou contra Turquia, Queixa n.º 15318/89), assim como ocorre no sistema interamericano, em que qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental, tem legitimidade para denunciar supostas violações dos direitos humanos reconhecidos e, assim, exercer o seu direito de petição. (BICHÃO; AQUINO, 2017, p. 44)

Também se exige, nos dois sistemas, que se esgotem as vias recursais internas, em razão da subsidiariedade ou complementariedade dos sistemas regionais em relação aos nacionais. No sistema interamericano, entretanto, é vedada a interposição de petição individual diretamente à Corte Interamericana dos Direitos Humanos, pleiteando-se o reconhecimento de violação de direitos no âmbito de respectivo Estado, o que se admite no sistema regional europeu. (BICHÃO; AQUINO, 2017, p. 51)

Os comitês de monitoramento são órgãos da ONU criados por tratados internacionais, cuja atribuição é de supervisão e controle de cumprimento dos tratados de Direitos Humanos.

São compostos por expertos, com notável conhecimento em Direitos Humanos, que têm autonomia, pois não representam os Estados.

Os principais comitês de monitoramento são:

- a) Comitê de Direitos Humanos, um órgão criado pelo art. 28 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos;
- b) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado pelo Conselho Econômico e Social, tendo em vista a omissão do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais sobre o tema, previsto no Protocolo de 2009, mas não ratificado pelo Brasil.
- c) Comitê contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, órgão criado pelo art. 22 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes, aprovada na Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua XL Sessão, realizada em Nova York, a 10 de dezembro de 1984.

A referida convenção foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 4, de 23 de maio de 1989, entrou em vigor para o Brasil em 28 de outubro de 1989, data em que a Carta de Ratificação da Convenção foi depositada, na forma de seu artigo 27 e foi promulgada pelo Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. Ela prestigia a vida, assegurando o direito de indenização em caso de morte por tortura:

ARTIGO 14

1. Cada Estado Parte assegurará, em seu sistema jurídico, à vítima de um ato de tortura, o direito à reparação e a uma indenização justa e adequada, incluídos os meios necessários para a mais completa reabilitação possível. **Em caso de morte da vítima como resultado de um ato de tortura, seus dependentes terão direito à indenização.** (BRASIL, 1991)

d) Comitê sobre os Direitos da Criança, órgão criado pelo art. 43 da Convenção sobre os Direitos da Criança, aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 28, de 14 de setembro de 1990, tendo entrado em vigor para o Brasil em 23 de outubro de 1990, na forma do seu artigo 49, inciso 2, e foi promulgada pelo Decreto no 99.710, de 21 de novembro de 1990. Nela, o direito à vida é assegurado nos seguintes termos:

Artigo 6

1. Os Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida.

2. Os Estados Partes assegurarão ao máximo a sobrevivência e o desenvolvimento da criança. (BRASIL, 1990b)

e) Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, órgão originado pelo art. 21 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, assinada pela República Federativa do Brasil, em Nova York, no dia 31 de março de 1981. Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 93, de 14 de novembro de 1983, entrou em vigor no Brasil em 2 de março de 1984, e foi promulgada pelo Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. Mister é explicitar que o Brasil ratificou Protocolo Facultativo que autoriza o Comitê a receber petições de vítimas, conforme a seguir:

Artigo 29

1. Qualquer controvérsia entre dois ou mais Estados-Partes relativa à interpretação ou aplicação desta Convenção e que não for resolvida por negociações será, a pedido de qualquer das Partes na controvérsia, submetida a arbitragem. Se no prazo de seis meses a partir da data do pedido de arbitragem as Partes não acordarem sobre a forma da arbitragem, qualquer das Partes poderá submeter a controvérsia à Corte Internacional de Justiça mediante pedido em conformidade com o Estatuto da Corte.

2. Qualquer Estado-Parte, no momento da assinatura ou ratificação desta Convenção ou de adesão a ela, poderá declarar que não se considera obrigado pelo parágrafo anterior. Os demais Estados-Partes não estarão obrigados pelo parágrafo anterior perante nenhum Estado-Parte que tenha formulado essa reserva.

3. Qualquer Estado-Parte que tenha formulado a reserva prevista no parágrafo anterior poderá retirá-la em qualquer momento por meio de notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas. (BRASIL, 2002b)

f) Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, órgão do art. 14 da Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, assinada pelo Brasil em Nova Iorque em 07 de março de 1966, posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 23, de 21 de junho de 1967, entrou em vigor para o Brasil em 04 de janeiro de 1969, trigésimo dia após o depósito de seu instrumento de ratificação ou adesão, em conformidade com o disposto em seu artigo 19, e foi promulgada pelo Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. (BRASIL, 1969).

g) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, órgão da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, criado pelo seu art. 34. Assinada pelo Brasil junto com seu Protocolo Facultativo, em Nova York no dia 30 de março de 2007, e posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, a citada convenção entrou em vigor para o Brasil em 31 de agosto de 2008, trigésimo dia após o depósito de seu instrumento de

ratificação ou adesão, em conformidade com o disposto em seu artigo 45, e foi promulgada pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009, nos seguintes termos:

Artigo 10

Direito à vida

Os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Artigo 11

Situações de risco e emergências humanitárias

Em conformidade com suas obrigações decorrentes do direito internacional, inclusive do direito humanitário internacional e do direito internacional dos direitos humanos, os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar a proteção e a segurança das pessoas com deficiência que se encontrarem em situações de risco, inclusive situações de conflito armado, emergências humanitárias e ocorrência de desastres naturais. (BRASIL, 2007)

Os referidos comitês de monitoramento trabalham ativamente na análise dos fatos que chegam aos seus conhecimentos e submetidos às Cortes de Direitos Humanos.

Um importante julgado sobre garantia do direito à vida é o caso “*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*”, conhecido também como caso dos “*niños de la calle*”, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, através da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com destaque para o voto do juiz Cançado Trindade, com sentença de 19 de novembro de 1999.

Os fatos levados ao conhecimento e apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram dois: a) o sequestro, a tortura e o assassinato de quatro jovens moradores de rua, em 15 de junho de 1990, por isso, o nome do caso, “*niños de la calle*”, Henry Contreras, Federico Túnchez, Julio Roberto Sandoval e Jovito Cifuentes, tendo seus corpos encontrados nos Bosques de San Nicolás; e b) o assassinato, dez dias depois, de um outro garoto sem teto, Anstrum Aman Villagrán Morales. As duas violações de direitos humanos foram perpetradas por membros da Polícia Nacional da Guatemala, identificados como Néstor Lopez e Samuel Zuñiga.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos pronunciou-se favoravelmente às denúncias da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, reconhecendo a violação ao direito à vida, garantido no art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos. Declarou-se que não se trata somente de que nenhuma pessoa deva ser privada de sua vida arbitrariamente, mas que, além disso, os Estados devem tomar todas as devidas medidas para proteger e preservar o direito à vida, relacionando o art. 4º com o art. 1.1 da referida Convenção, *ipsis litteris*:

“144. El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisite para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él.

145. Como bien ha establecido el Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, [l]a protección contra la privación arbitraria de la vida, que es explícitamente exigida por el tercer párrafo del artículo 6.1 [del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos] es de suprema importancia. El Comité considera que los Estados Partes deben tomar medidas no sólo para prevenir y castigar la privación de la vida [causada por] actos criminales sino también para prevenir los homicidios arbitrarios [cometidos por] sus propias fuerzas de seguridad. La privación de la vida por autoridades del Estado es una cuestión de suma gravedad. En consecuencia, [el Estado] debe controlar y limitar estrictamente las circunstancias en las cuales [una persona] puede ser privada de su vida por tales autoridades (Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Comentario General 6/1982, párr. 3 (la traducción es de la Corte) y cfr. también Comentario General 14/1984, párr. 1.” (CORTE IDH, 1999, p. 40)

Dessa forma, ficou claro que os Estados possuem o dever de garantir as condições mínimas para uma existência, digna, além de impedir que seus agentes atentem contra tais condições e contra a própria lei. A Corte Interamericana de Direitos Humanos reconheceu a gravidade do caso, uma vez que as vítimas eram jovens, sendo três delas menores de dezoito anos, o que não violou apenas o art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, mas outros numerosos dispositivos internacionais de proteção e assistência à criança também pelo Estado.

Ressalte-se que a jurisprudência dos órgãos de proteção internacional de direitos humanos e, em especial, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), estabeleceu a obrigação positiva dos Estados de: a) remover os obstáculos sociais que impossibilitam o acesso à jurisdição; b) tomar medidas apropriadas para evitar que alterações ambientais cheguem a constituir uma violação do direito à vida privada e familiar; e c) desenvolver ações afirmativas para impedir riscos previsíveis e evitáveis que afetem o direito à vida. (ABRAMOVICH, 2005, p. 192).

No caso *Osman vs Reino Unido*, sentença de 28 de outubro de 1998, por exemplo, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) estabeleceu que entre essas obrigações estava o dever primário de garantir a vida, não somente implementando uma legislação penal efetiva para evitar o cometimento de delitos

contra as pessoas, mas, em determinadas circunstâncias, na obrigação positiva de adotar medidas operacionais para proteger um indivíduo, ou indivíduos, cuja vida esteja em risco por atos criminosos de outros indivíduos, bem como o dever do Estado de investigar oficialmente se uma pessoa foi morta pelo uso da força estatal. Em semelhantes julgados da CEDH, foram estabelecidos deveres positivos para o Estado em relação ao direito à vida, como nos casos *Mc Cann e Outros vs Reino Unido*, sentença de 27 de setembro de 1995, *Kaya vs Turquia*, sentença de 19 de fevereiro de 1998 e *Mahmut Kaya vs Turquia*, sentença de 28 de março de 2000. (ABRAMOVICH, 2005, p. 214).

4. Da aplicação dos Tratados de Direitos Humanos no direito interno à luz da Constituição Brasileira de 1988.

Os direitos fundamentais da pessoa humana dizem respeito àqueles que são inerentes ao universo de sua personalidade e de seu patrimônio moral, ao lado daqueles que são imprescindíveis para garantir um patamar civilizatório mínimo inerente à centralidade da pessoa humana na vida socioeconômica e na ordem jurídica.

Os eixos centrais de estruturação da Constituição Cidadã, iniciam-se pela incorporação constitucional do conceito de Estado Democrático de Direito, que se funda “em um inovador tripé conceitual: pessoa humana, com sua dignidade; sociedade política, concebida como democrática e inclusiva; sociedade civil, também concebida como democrática e inclusiva.” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 199).

O princípio *pro homine*, também denominado *pro persona* ou *favor persona*, originário do Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem caráter de vetor de interpretação, ante as diversas fontes normativas, que direciona a atuação do intérprete para os significados que possibilitem o maior espectro de proteção à pessoa humana ou que venham a restringir em menor grau seu âmbito de atuação, independentemente do seu grau hierárquico no ordenamento jurídico. (GOMES; SCHÄFER, 2017, p. 30)

Sua aplicação não se restringe ao direito internacional, conforme a seguir:

A aplicação do princípio *pro homine*, porém, não se encontra limitada ao âmbito internacional, o que possibilita ao operador do Direito examinar, de forma conjunta, as disposições convencionais e os dispositivos inscritos em um determinado ordenamento jurídico estatal, sejam eles de caráter material ou processual, buscando o significado que alcance a maior proteção à pessoa Humana (AGUILLAR CAVALLO; NOGUEIRA ALCALÁ, 2016).

Em idêntico sentido, Pinto (1997), leciona que a pluralidade de fontes estatais e internacionais exige do operador do Direito uma compatibilização quanto ao alcance dos direitos protegidos e das obrigações assumidas pelo Estado, a qual deve ser realizada por meio da aplicação do princípio *pro homine*. (GOMES; SCHÄFER, 2017, p. 31).

Pode-se observar que o direito à vida ocupa ponto central como novo paradigma da estrutura de princípios, institutos e regras da Constituição, dele irradiando diversos outros direitos igualmente importantes para contemplar a dignidade da pessoa humana em sua plenitude, veja-se:

A eleição da pessoa humana como ponto central do novo constitucionalismo, que visa a assegurar sua dignidade, supõe a necessária escolha constitucional da democracia como o formato e a própria energia que tem de perpassar toda a sociedade política e a própria sociedade civil. Sem democracia e sem instituições e práticas democráticas nas diversas dimensões do Estado e da sociedade, não há como se garantir a centralidade da pessoa humana e de sua dignidade em um Estado Democrático de Direito. Sem essa conformação e essa energia democráticas, o conceito inovador do Estado Democrático de Direito simplesmente perde consistência, convertendo-se em mero enunciado vazio e impotente.” (DELGADO; DELGADO, 2018, p. 200)

Nesse contexto, a Declaração Universal de Direitos Humanos foi internalizada no direito pátrio por meio do próprio texto original da Constituição Brasileira de 1988, portanto, os princípios e regras nela contidos não são passíveis de declaração de inconstitucionalidade, mas, tão somente, se submetem às regras de hermenêutica para ponderação de conflitos de valores.

Frise-se, ainda, que tais dispositivos são cláusulas pétreas, uma vez que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais”, nos termos do art. 60, § 4º, IV, da CF.

No mesmo sentido, a Constituição Federal garante aplicação imediata dos direitos e garantias fundamentais, dentre eles se inclui a garantia do direito à vida, veja-se:

Artigo 5.º (...)

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Como se verifica acima, os tratados e convenções internacionais que tratem sobre direitos humanos serão internalizados ao direito pátrio com *status* de emendas constitucionais,

desde que sejam aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros.

Na mesma linha afirmativa, a República Federativa do Brasil já aprovou dois tratados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, são eles:

a) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007, aprovados com força de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008. Como já exposto anteriormente, por meio do art. 10 desse tratado, os Estados Partes reafirmam que todo ser humano tem o inerente direito à vida e que tomarão todas as medidas necessárias para assegurar o efetivo exercício desse direito pelas pessoas com deficiência, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (BRASIL, 2007).

b) Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso, concluído no âmbito da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), celebrado em Marraqueche, em 28 de junho de 2013 e aprovado com *status* de emenda constitucional pelo Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015. Por esse tratado, protege-se a vida e a dignidade dessas para garantir a efetividade dos princípios da não discriminação, da igualdade de oportunidades, da acessibilidade e da participação e inclusão plena e efetiva na sociedade, proclamados na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. (BRASIL, 2015)

Os demais tratados aprovados e promulgados pela República Federativa do Brasil também são incorporados ao direito pátrio, no entanto, em categoria imediatamente inferior à constituição e superior a todas as demais normas, ou seja, possuem eficácia supralegal.

Isso é o que se extrai da interpretação sistemática da Constituição, em especial com observância do art. 5º, § 2º, CF, quando afirma que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. Dessa forma, os tratados em que o Brasil seja parte têm eficácia plena e imediata, desde que guardem compatibilidade com a Constituição, sendo capazes, inclusive, de tornar inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes.

Quanto à eficácia supralegal, a Suprema Corte Brasileira é firme no entendimento de que os Tratados Internacionais de Direito Humanos ostentam *status* supralegal, conforme diversos julgados, *in verbis*:

Supremacia da Constituição da República sobre todos os tratados internacionais. O exercício do *treaty-making power*, pelo Estado brasileiro, está sujeito à observância das limitações jurídicas emergentes do texto constitucional. **Os tratados celebrados pelo Brasil estão subordinados à autoridade normativa da Constituição da República. Nenhum valor jurídico terá o tratado internacional, que, incorporado ao sistema de direito positivo interno, transgredir, formal ou materialmente, o texto da Carta Política.** (MI 772 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 24-10-2007, P, DJE de 20-3-2009.)

A ordem constitucional brasileira, inaugurada em 1988, trouxe desde seus escritos originais a preocupação com a proteção das pessoas portadoras de necessidades especiais, construindo políticas e diretrizes de inserção nas diversas áreas sociais e econômicas da comunidade (trabalho privado, serviço público, previdência e assistência social). **Estabeleceu, assim, nos arts. 227, § 2º, e 244, a necessidade de se conferir amplo acesso e plena capacidade de locomoção às pessoas com deficiência**, no que concerne tanto aos logradouros públicos quanto aos veículos de transporte coletivo, determinando ao legislador ordinário a edição de diplomas que estabeleçam as formas de construção e modificação desses espaços e desses meios de transporte. **Na mesma linha afirmativa, há poucos anos, incorporou-se ao ordenamento constitucional a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, primeiro tratado internacional aprovado pelo rito legislativo previsto no art. 5º, § 3º, da CF, o qual foi internalizado por meio do Decreto presidencial 6.949/2009.** O art. 9º da convenção veio justamente reforçar o arcabouço de proteção do direito de acessibilidade das pessoas com deficiência. (ADI 903, rel. min. Dias Toffoli, j. 22-5-2013, P, DJE de 7-2-2014.) (RMS 32.732 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 3-6-2014, 2ª T, DJE de 1º-8-2014).

(...) desde a adesão do Brasil, sem qualquer reserva, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º, 7), ambos no ano de 1992, não há mais base legal para prisão civil do depositário infiel, pois o caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, porém acima da legislação interna. **O status normativo supralegal dos**

tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja ela anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do Código Civil de 1916 e com o DL 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo Código Civil (Lei 10.406/2002). (RE 466.343, rel. min. Cezar Peluso, voto do min. Gilmar Mendes, j. 3-12-2008, P, DJE de 5-6-2009, Tema 60.).

A subscrição pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, limitando a prisão civil por dívida ao descumprimento inescusável de prestação alimentícia, implicou a derrogação das normas estritamente legais referentes à prisão do depositário infiel. (HC 87.585, rel. min. Marco Aurélio, j. 3-12-2008, P, DJE de 26-6-2009.).

A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu art. 7º, item 5, que "toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz", posto **ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro**, legitima a denominada "audiência de custódia", cuja denominação sugere-se "audiência de apresentação". O direito convencional de apresentação do preso ao juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo CPP, nos seus arts. 647 e seguintes. O *habeas corpus ad subjiciendum*, em sua origem remota, consistia na determinação do juiz de apresentação do preso para aferição da legalidade da sua prisão, o que ainda se faz presente na legislação processual penal (art. 656 do CPP). (ADI 5.240, rel. min. Luiz Fux, j. 20-8-2015, P, DJE de 1º-2-2016.)

Pedido de revogação de **prisão preventiva para extradição (PPE)**. (...) **O Pacto de São José da Costa Rica proclama a liberdade provisória como direito fundamental da pessoa humana (art. 7º, 5). A prisão é medida excepcional em nosso Estado de Direito e não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos (art. 5º, LXVI). Inexiste razão, tanto com base na CF/1988, quanto nos tratados internacionais com relação ao respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana, para que tal entendimento não seja também aplicado às PPEs.** (HC 91.657, rel. min. Gilmar Mendes, j. 13-9-2007, P, DJE de 14-3-2008.)

No plano dos tratados e convenções internacionais, aprovados e promulgados pelo Estado brasileiro, é conferido tratamento diferenciado ao tráfico ilícito de entorpecentes que se caracterize pelo seu menor potencial ofensivo. Tratamento diferenciado, esse, para possibilitar alternativas ao encarceramento. É o caso da Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas,

incorporada ao direito interno pelo Decreto 154, de 26-6-1991. **Norma supralegal de hierarquia intermediária, portanto, que autoriza cada Estado soberano a adotar norma comum interna que viabilize a aplicação da pena substitutiva (a restritiva de direitos) no aludido crime de tráfico ilícito de entorpecentes.** (HC 97.256, rel. min. Ayres Britto, j. 1º-9-2010, P, DJE de 16-12-2010.).

Estatuto de Roma. Incorporação dessa convenção multilateral ao ordenamento jurídico interno brasileiro (Decreto 4.388/2002). Instituição do Tribunal Penal Internacional. Caráter supraestatal desse organismo judiciário. Incidência do princípio da complementaridade (ou da subsidiariedade) sobre o exercício, pelo Tribunal Penal Internacional, de sua jurisdição. Cooperação internacional e auxílio judiciário: obrigação geral que se impõe aos Estados-partes do Estatuto de Roma (art. 86). Pedido de detenção de chefe de Estado estrangeiro e de sua ulterior entrega ao Tribunal Penal Internacional, para ser julgado pela suposta prática de crimes contra a humanidade e de guerra. Solicitação formalmente dirigida, pelo Tribunal Penal Internacional, ao governo brasileiro. Distinção entre os institutos da entrega (surrender) e da extradição. Questão prejudicial pertinente ao reconhecimento, ou não, da competência originária do STF para examinar este pedido de cooperação internacional. Controvérsias jurídicas em torno da compatibilidade de determinadas cláusulas do Estatuto de Roma em face da Constituição do Brasil. O § 4º do art. 5º da Constituição, introduzido pela EC 45/2004: cláusula constitucional aberta destinada a legitimar, integralmente, o Estatuto de Roma? A experiência do direito comparado na busca da superação dos conflitos entre o Estatuto de Roma e as Constituições nacionais. A questão da imunidade de jurisdição do chefe de Estado em face do Tribunal Penal Internacional: irrelevância da qualidade oficial, segundo o Estatuto de Roma (art. 27). Magistério da doutrina. Alta relevância jurídico-constitucional de diversas questões suscitadas pela aplicação doméstica do Estatuto de Roma. Necessidade de prévia audiência da douta PGR. (Pet 4.625, ementa do despacho proferido pelo min. Celso de Mello, no exercício da Presidência, em 17-7-2009, DJE de 4-8-2009 e Informativo 554.).

Diante de tais fundamentos, é irrefutável a aplicação plena e imediata de todos os tratados, convenções e pactos internacionais de direitos humanos citados anteriormente e ratificados pelo Brasil, uma vez que possuem *status* supralegal, capazes de tornar inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, com efeitos *ex nunc*, desde que guardem compatibilidade com a Constituição Federal.

Assim, diante de tantas afirmações em tratados internacionais ratificados pelo Brasil pelas mais diversas nações do mundo, não é necessário nenhum ato normativo, sequer

regulatório, para que se possa dar efetividade à garantia do direito à vida no direito pátrio da forma mais ampla possível, incluindo acesso ao judiciário facilitado, bem como com celeridade processual extrema, necessária para assegurar a eficácia do mandado jurisdicional.

5. Do princípio da inviolabilidade do direito à vida na Constituição Cidadã

Especificamente no Brasil, a proteção ao direito à vida está consagrada na Constituição Cidadã de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, explicitamente pelo Princípio da Inviolabilidade do Direito à Vida, no art. 5º, *caput*, da CF, veja-se:

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: (...) (BRASIL, 1988)

No dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida está expresso no art. 227, *caput*, da CF, conforme a seguir:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988)

Quanto à incumbência do Poder Público de controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente, o direito à vida se encontra amparado no art. 225, §1º, V, da CF, *in verbis*:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.
§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:
(...)

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (BRASIL, 1988)

O art. 230, *caput*, da CF afirma que 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, senão vejamos:

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, 1988)

Por fim, o Estado brasileiro não pode tirar a vida de pessoa alguma, a menos na única hipótese, excepcionalíssima, de pena de morte em estado de guerra, no caso de agressão estrangeira, declarada pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional, nos termos dos art. 5º, XLVII, “a”, e art. 84, XIX, da CF, confira-se:

Art. 5º. (...)

XLVII - não haverá penas:

a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

(...)

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

XIX - declarar guerra, no caso de agressão estrangeira, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por ele, quando ocorrida no intervalo das sessões legislativas, e, nas mesmas condições, decretar, total ou parcialmente, a mobilização nacional; (BRASIL, 1988).

Ressalte-se que a sentença definitiva de condenação à morte por fuzilamento só pode ser executada após o trânsito em julgado e sete dias após a comunicação ao Presidente da República, salvo no caso excepcional em que a pena é imposta em zona de operações de guerra, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares, nos termos do art. 55 e seguintes do Código Penal Militar, *ipsis litteris*:

Art. 55. As penas principais são:

a) morte;

(...)

Art. 56. A pena de morte é executada por fuzilamento.

Art. 57. A sentença definitiva de condenação à morte é comunicada, logo que passe em julgado, ao Presidente da República, e não pode ser executada senão depois de sete dias após a comunicação.

Parágrafo único. Se a pena é imposta em zona de operações de guerra, pode ser imediatamente executada, quando o exigir o interesse da ordem e da disciplina militares. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, está bem claro que o direito à vida é um dos mais protegidos pela Constituição Federal e engloba, não somente a existência física e a integridade corporal, mas também a dignidade da pessoa humana.

Para proporcionar a todas as pessoas uma garantia de proteção à vida pelo Estado, ou pelo menos, de acesso ao Poder Judiciário para apreciação do cumprimento ao Princípio da inviolabilidade do direito à vida em tempo suficiente para evitar o falecimento do jurisdicionado, ou mesmo, danos irreversíveis a sua integridade física, o autor desenvolve em sua dissertação de mestrado em direito uma resposta eficaz para que se pleiteie diretamente o direito a manutenção da vida em risco iminente com mais efetividade.

Conclusão

Os tratados de Direitos Humanos se dividem em gerais e especiais. O principal deles é a Carta Internacional dos Direitos Humanos, constituída por três tratados gerais: a) Declaração Universal de Direitos Humanos (1948); b) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (1966); e c) Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais (1966).

Existem outros importantes tratados gerais que tratam do direito à vida como: a) Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio (1948); b) Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982); c) Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares (1996); e d) Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999).

Criadas principalmente após a Declaração Universal de Direitos Humanos, as Cartas de Direitos Humanos de alcance regional são: a) Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948); b) Convenção Europeia de Direitos Humanos (Convenção de Roma, 1950), sobrevivendo a Carta Social Europeia em 1965; c) Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José, 1969); d) Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (1981); e e) Carta Árabe de Direitos Humanos (1994). Existe ainda na Ásia “uma carta do povo”, a chamada “*Asean Human Rights Declaration*”, que foi declarada pela Comissão Asiática dos Direitos Humanos, fundada por um grupo de juristas e ativistas de direitos humanos em Hong Kong.

Os órgãos de monitoramento do Direitos Humanos são formados por tribunais e comitês. Os tribunais atualmente existentes são: a) Corte Europeia de Direitos Humanos; b) Corte Interamericana de Direitos Humanos; e c) Corte Africana dos Direitos do Homem. Os principais comitês de monitoramento são: a) Comitê de Direitos Humanos; b) Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, criado pelo Conselho Econômico e Social; c) Comitê contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis, Desumanos e Degradantes; d) Comitê sobre os Direitos da Criança; e) Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; f) Comitê para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial; e g) Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

Um importante julgado que não pode deixar de ser citado é o caso “*Villagrán Morales y otros vs. Guatemala*”, conhecido também como caso dos “*niños de la calle*”, que teve início junto à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 1997, através da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Nele se reconheceu a violação ao direito à vida, garantido no art. 4º da Convenção Americana de Direitos Humanos, bem como declarou-se que não se trata somente de que nenhuma pessoa deva ser privada de sua vida arbitrariamente, mas que, além disso, os Estados devem tomar todas as devidas medidas para proteger e preservar o direito à vida de todos.

A Declaração Universal de Direitos Humanos foi internalizada no direito pátrio por meio do próprio texto original da Constituição Brasileira de 1988, portanto, os princípios e regras nela contido não são passíveis de declaração de inconstitucionalidade, mas, tão somente, se submetem às regras de hermenêutica para ponderação de conflitos de valores.

A República Federativa do Brasil já aprovou dois tratados nos termos do § 3º do art. 5º da Constituição Federal, são eles: a) Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo; e b) Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso.

Os demais tratados aprovados e promulgados pela República Federativa do Brasil também são incorporados ao direito pátrio, no entanto, em categoria imediatamente inferior à constituição e superior a todas as demais normas, ou seja, possuem eficácia supralegal, capazes de tornar inaplicável a legislação infraconstitucional com eles conflitantes, com efeitos *ex nunc*,

desde que guardem compatibilidade com a Constituição Federal, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

No Brasil, a proteção ao direito a vida está na Constituição Cidadã de 1988, no título dos direitos e garantias fundamentais, explicitamente pelo Princípio da Inviolabilidade do Direito à Vida, no art. 5º, *caput*, CF. No dever da família, da sociedade e do Estado de assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida está expresso no art. 227, *caput*, CF. Outros exemplos: controle de substâncias que comportem risco para a vida (art. 225, §1º, V, da CF), amparo às pessoas idosas garantindo-lhes o direito à vida (art. 230, *caput*, CF) e na excepcionalíssima de pena de morte em estado de guerra declarada, no caso de agressão estrangeira, pelo Presidente da República, autorizado pelo Congresso Nacional (art. 5º, XLVII, “a”, e art. 84, XIX, CF).

Dessa forma, está bem claro que o direito à vida é um dos mais protegidos pela Constituição Federal e engloba, não somente a existência física e a integridade corporal, mas também a dignidade da pessoa humana.

Para proporcionar a todas as pessoas uma garantia de proteção à vida pelo Estado, ou pelo menos, de acesso ao Poder Judiciário para apreciação do cumprimento ao Princípio da inviolabilidade do direito à vida em tempo suficiente para evitar o falecimento do jurisdicionado, ou mesmo, danos irreversíveis a sua integridade física, o autor desenvolve em sua dissertação de mestrado em direito uma resposta eficaz para que se pleiteie diretamente o direito à manutenção da vida em risco iminente com mais efetividade.

Referências.

ABRAMOVICH, Víctor. *Linhas de Trabalho em Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: instrumentos e aliados*. In: SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos. Ano 2, nº 2, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sur/v2n2/a09v2n2.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2020.

BICHÃO, João Paulo Borges; AQUINO, Maria da Glória Costa Gonçalves de Souza. *Análise Procedimental Comparativa do Acesso ao Sistema de Proteção Europeu e Interamericano de direitos humanos*. Rev. de Direitos Humanos em Perspectiva, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 39–54, Jul/Dez 2017. Disponível em: <<https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/2276/pdf>>. Acesso em: 19 out. 2020.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 40, de 15 de fevereiro de 1991. *Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos Cruéis* (1984). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0040.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais* (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* (1966). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (1969). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 2.864, de 7 de dezembro de 1998. *Tratado de Proibição Completa de Testes Nucleares* (1996). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2864.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.463 de 8 de novembro de 2002. *Declaração de Reconhecimento da Competência Obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4463.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%204.463%2C%20DE%208,22%20de%20novembro%20de%201969.>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador"* (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002. *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher* (1981). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4377.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005. *Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo* (1999). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos2004-2006/2005/Decreto/D5640.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009. *Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência* (2007). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 30.822, de 6 de maio de 1952. *Convenção sobre a Prevenção e a Punição do Crime de Genocídio*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D30822.html>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 65.810, de 8 de dezembro de 1969. *Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1966)*. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990. *Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (1982)*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1990/decreto-99165-12-marco-1990-328535-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. *Convenção sobre os Direitos da Criança (1990)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 261, de 25 de novembro de 2015. *Tratado de Marraqueche para Facilitar o Acesso a Obras Publicadas às Pessoas Cegas, com Deficiência Visual ou com outras Dificuldades para Ter Acesso ao Texto Impresso (2013)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/CONGRESSO/DLG/DLG-261-2015.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

CORTE IDH. *Caso Villagrán Morales y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 19 de noviembre 1999. Serie C No. 72. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A matriz da Constituição de 1988 como parâmetro para a análise da reforma trabalhista*. Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, Curitiba, PR, v. 7, n. 67, p. 7-21, abr. 2018. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/115870/2017_delgado_mauricio_matriz_constituicao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 7 set. 2020.

DE LUCAS, Javier. *Algunos Elementos Básicos de la «Cultura de los Derechos»: ¿por qué los derechos humanos?* Ediciones Universidad de Salamanca, Stud. hist. H.^a cont., 36, 2018, pp. 25-34. Disponível em: <http://revistas.usal.es/index.php/0213-2087/article/view/shhc2018362534/19944>>. Acesso em: 19 out. 2020.

ECHR. *Convenção Europeia de Direitos Humanos (1950)*. Disponível em: <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

GOMES, Jesus Tupã Silveira. SCHÄFER, Gilberto. *Da Pirâmide à Bússola: considerações sobre o princípio pro homine e seu uso na proteção dos direitos humanos*. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 22-38, Jul/Dez 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/direitoshumanos/article/view/2248/pdf>. Acesso em: 19 out. 2020.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)*. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 7 set. 2020.

OAS. *Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (1948)*. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm>. Acesso em: 7 set. 2020.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. *Carta Africana de Direitos do Homem e dos Povos (1981)*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/africa/banjul.htm>>. Acesso em: 7 set. 2020.

PASSEI DIREITO. *Carta Árabe de Direitos Humanos de 1994*. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/4036954/a-carta-arabe-de-direitos-humanos>>. Acesso em: 7 set. 2020.

UNIDOS PELOS DIREITOS HUMANOS. *Carta Asiática dos Direitos Humanos (1986)*. Disponível em: <<https://www.unidosparaosdireitoshumanos.com.pt/what-are-human-rights/international-human-rights-law/international-human-rights-law-end.html>>. Acesso em: 7 set. 2020.

ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA À LUZ DO DISPOSTO DO ART. 318 e SS. DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

RELEVANT LEGAL ASPECTS CONCERNING FLAGRANT PRISON AND CUSTODY HEARING IN THE LIGHT OF THE PROVISION OF ART. 318 AND SS. OF THE CRIMINAL PROCEDURE CODE

Flávia Dias Chalita Teixeira

Mestra em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB

Ulisses Borges de Resende

Doutor em Sociologia pela Universidade de Brasília (unB); professor da graduação e da Mestrado Profissional em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios do Centro Universitário IESB.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA DAS MULHERES PRESAS GESTANTES E MÃES PRESAS

CONCLUSÃO

RESUMO

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Nesta linha, a audiência de custódia vem oportunizar a presa em flagrante ser levada à presença da autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão. Com isso, importa avaliar a situação das mulheres gestantes e mães de filhos de até 12 anos, tendo em vista as disposições dos arts. 318 e ss do CPP.

Palavra chave: Audiência de Custódia, Pacto de São José da Costa Rica, Código de Processo Penal; Prisão Preventiva; Prisão Domiciliar, Liberdade Provisória, Mulheres Presas.

Abstract

Denota-se que a consolidação do Poder Judiciário no Brasil se deu com maior intensidade após o advento da Constituição Federal (“CF”) de 1988. Nesse sentido, tem-se que a Carta Magna permitiu a massificação de acesso a justiça, o que resultou em uma nova necessidade para o judiciário brasileiro: dar respostas mais céleres aos conflitos. Nesta linha, a audiência de custódia vem oportunizar a presa em flagrante ser levada à presença da autoridade judicial, para que esta avalie a legalidade e necessidade de manutenção da prisão.

Keywords: Custody Hearing, San José Pact of Costa Rica, Code of Criminal Procedure; Preventive imprisonment; House Prison, Provisional Freedom, Women Prisoners.

INTRODUÇÃO

A audiência de custódia consiste em oportunizar à presa em flagrante a sua oitiva, na presença do juiz, do membro do Ministério Público e de seu defensor, para que possa discorrer acerca das condições de sua prisão. Nesta oportunidade, após manifestação do parquet, bem assim da defesa, o juiz irá se pronunciar sobre a possibilidade de relaxamento da prisão, concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, aplicação das medidas cautelares diversas, ou, ainda, conversão do flagrante em preventiva, analisadas, para tanto, as particularidades do caso concreto, bem assim as condições pessoais e folha de antecedentes penais da autuada.

1. ASPECTOS JURÍDICOS RELEVANTES QUANTO À PRISÃO EM FLAGRANTE E AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

A disciplina da audiência de custódia tem amparo no artigo 7º, item 5, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos – Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/92; no artigo 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto Presidencial nº 592/92; nas recomendações do Conselho Nacional de Justiça; e, no Tribunal de Justiça local, nas deliberações contidas no Procedimento Administrativo nº 18.297/2014, do TJDF, rendendo ensejo à sua instituição por meio da Portaria Conjunta nº 101, de 07 de outubro de 2015, publicada no DJ em 14/10/2015, no que se convencionou designar de Núcleo de Audiência de Custódia – NAC.

Veja-se que, na forma do art. 3º da Portaria em comento, o preso em flagrante, em seguida à sua prisão, deve ser apresentado ao juiz competente para presidir a audiência de custódia.

Dessa forma, munido o juiz do auto de prisão em flagrante, ouvirá o autuado acerca das circunstâncias objetivas da sua prisão, após prévia entrevista com o seu advogado.

Em seguida, oportunizadas a manifestação do Ministério Público e da defesa, caberá ao magistrado proferir decisão nos termos do art. 310 do Código de Processo Penal – CPP157, atentando para as possibilidades de deferimento das medidas cautelares alternativas, previstas no art. 319 do mesmo diploma legal, bem assim para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, conforme os termos do art. 318 da mesma lei.

Portanto, a primeira análise a ser feita é a da legalidade da prisão em flagrante, segundo a inteligência do art. 302 do CPP. Conforme o dispositivo em comento:

Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem:

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

Os incisos I e II se referem ao denominado flagrante próprio ou perfeito; o inciso III trata do que se convencionou designar como flagrante impróprio, imperfeito ou quase-flagrante; e o inciso IV se refere ao intitulado flagrante presumido.

Se avaliam, de igual forma, os requisitos formais da prisão em flagrante, na forma do art. 304 e ss. do CPP. Caso padeça de alguma mácula, o caso é de imediato relaxamento da prisão ilegal, conforme o disposto no art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal. Noutra giro, uma vez constatada a higidez material e formal do auto de prisão em flagrante, passa-se à análise da necessidade ou não da sua conversão em preventiva.

Com efeito, a prisão preventiva encontra previsão legal a partir do art. 311 e ss. do CPP e somente juízes ou tribunais podem decretá-la.

Na abordagem da prisão preventiva, mais precisamente na avaliação da sua necessidade, podem ser elencados três momentos distintos, a saber, a existência dos

¹⁵⁷ Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

pressupostos (art. 312, segunda parte), fundamentos (art. 312, primeira parte), bem assim as hipóteses de cabimento ou condições de admissibilidade (art. 313).

Pois bem, a prisão preventiva, como espécie de medida cautelar do processo penal, submete-se à existência dos pressupostos consubstanciados no *fumus boni iuris* e no *periculum in mora*. Reside aquele na prova da existência do crime e nos indícios de autoria. Quanto ao *periculum in mora*, a despeito da impropriedade da terminologia mais afeita ao processo civil, se refere ao perigo que a liberdade do agente pode representar para a sociedade ou para o regular andamento do processo.

Quanto aos fundamentos da preventiva, mister se faz conferir o *caput* do art. 312 do CPP, primeira parte, a saber:

Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. – destaquei.

Pois bem, segundo o magistério de André Nicolitt (2016), reside a garantia da ordem pública em um conceito vago e indeterminado. Pontua o autor que:

[...] a doutrina e a jurisprudência tradicionais têm associado a expressão ora à chamada periculosidade do agente, outras vezes à necessidade de assegurar o “meio social” e também à credibilidade da justiça em face da gravidade ou repercussão do crime.

No concernente à garantia da ordem econômica, envolvem os comportamentos, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 (que Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica), que tenham o condão de, *verbis*:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

Prosseguindo, acerca da conveniência da instrução criminal, envolve todos os comportamentos passíveis, em tese, de colocar em xeque a adequada colheita da prova, em decorrência de uma postura nociva neste sentido por parte do acusado. Envolve neste rol, v.g.,

a ameaça a testemunhas e a destruição de provas, atitudes estas que constituem justificativa passível de ensejar a prisão cautelar em questão, para salvaguarda do processo.

Por derradeiro, temos a prisão para assegurar a aplicação da lei penal. Cuida-se do típico exemplo em que o réu realiza ações que apontam para a sua intenção de não se submeter à pena, em caso de condenação, como a mudança de endereço sem a devida comunicação ao juízo processante, ou, na mesma linha, o planejamento de viagem internacional (compra de passagem aérea), sem autorização e conhecimento do juízo da causa.

Noutro giro, o art. 313 do CPP assim elenca as suas hipóteses de cabimento:

Art. 313. Nos termos do art. 312 deste Código, será admitida a decretação da prisão preventiva:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

O parágrafo único do art. 312 do CPP ainda preconiza uma outra possibilidade de prisão preventiva, decorrente do descumprimento de quaisquer das obrigações estabelecidas por força de outras medidas cautelares (art. 282, § 4º).

Dessa forma, cuidando-se de prisão legal, se na apreciação do caso concreto não restarem observados os pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva, o caso é o de concessão da liberdade provisória, com ou sem fiança, e aplicação das medidas cautelares do art. 319 do CPP, a critério do juízo da Custódia.

Com efeito, as medidas cautelares diversas da prisão, instituídas no ordenamento pátrio a partir da alteração dada pela Lei nº 12.403/2011, são as seguintes:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - monitoração eletrônica.

Veja-se que as medidas cautelares surgiram como uma alternativa ao cárcere, mediante o estabelecimento de condições menos gravosas que mantêm o agente vinculado ao processo e cuja inobservância, em tese, pode render ensejo até mesmo à decretação da preventiva.

Questão importante diz respeito ao fato de que a fiança pode ser cumulada com as medidas cautelares, segundo a inteligência do § 4º do art. 319 do CPP.

Não se olvide que, de acordo com art. 323 do CPP, não será concedida fiança nos crimes de racismo, de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, terrorismo e nos definidos como crimes hediondos, além dos crimes cometidos por grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático.

Na forma do art. 324 do mesmo diploma legal, também não será, igualmente, concedida fiança, aos que, no mesmo processo, tiverem quebrado fiança anteriormente concedida ou infringido, sem motivo justo, qualquer das obrigações a que se referem os arts. 327 e 328 do CPP, em caso de prisão civil ou militar ou quando presentes os motivos que autorizam a decretação da prisão preventiva.

Embora a vedação da fiança pelo legislador tivesse como mote emprestar um tratamento mais rigoroso aos comportamentos acima elencados, fato é que na prática a vedação importou, por mais paradoxal que possa parecer, justamente em um tratamento mais benéfico a tais agentes, eis que, nessas circunstâncias, os juízes, por óbvio não sendo o caso de conversão

do flagrante em preventiva, acabam optando por conceder a liberdade somente com a cominação das cautelares, enquanto os autuados envolvidos em crimes em tese menos graves, devem suportar não apenas as cautelares, como também a fiança.

Outrossim, em se tratando de crime a que a lei não comine, abstratamente, pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos, a autoridade policial poderá fixar o valor da fiança (art. 322 do CPP).

Neste particular, não raro o agente, num primeiro momento, por não dispor de dinheiro para arcar com o valor da fiança fixada pelo delegado de polícia, permanece preso até o momento da audiência de custódia, quando então o magistrado a reduz ou até mesmo isenta o agente do seu recolhimento, conforme autoriza o § 1º do art. 325 do CPP. Neste sentido, se evidenciam, por exemplo os casos que envolvem o delito de embriaguez ao volante.

Por fim, como alternativa à prisão preventiva, diante das condições pessoais de alguns agentes, a lei prevê a possibilidade de substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Neste ponto se subsumi os casos que envolvem as mães e gestantes, objetos deste trabalho.

Sobre a matéria, colhem-se os seguintes dispositivos do CPP:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

I - maior de 80 (oitenta) anos

II - extremamente debilitado por motivo de doença grave;

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante;

V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos;

VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Interessante registrar, ademais, que após a decisão constante do HC coletivo, sobreveio nova alteração no CPP, por meio da Lei nº 12.769, de 2018, mais precisamente a inclusão dos

arts. 318-A e 318-B, e que vieram a cancelar, em linhas gerais, o mandamento constante do supramencionado *mandamus*.

Confira-se:

Art. 318-A. A prisão preventiva imposta à mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência será substituída por prisão domiciliar, desde que:

I - não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;

II - não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Art. 318-B. A substituição de que tratam os arts. 318 e 318-A poderá ser efetuada sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 deste Código.

Como arremate, é possível inferir que, na análise da questão referente à prisão das mulheres gestantes e mães de filhos menores de até 12 (doze) anos de idade incompletos, é de se observar o seguinte iter:

- a) Inicialmente, analisa-se se é o caso de relaxamento da prisão;
- b) Caso não seja, avalia-se se é o caso de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, com ou sem fiança, *a contrario sensu* da existência dos pressupostos, fundamentos e circunstâncias de admissibilidade da prisão preventiva;
- c) Por derradeiro, mesmo que se cuide de caso de conversão do flagrante em preventiva, há que se observar se não é o caso de, como medida menos drástica, beneficiar a agente com a prisão domiciliar.

Recentemente, foi aprovada a Lei 13.964/2019, proveniente de um projeto do Governo denominado de Pacote Anticrime. Com a sua aprovação pelo Congresso Nacional, o Código Penal sofre alterações a partir do início de sua vigência, fixada para 30 dias após a publicação oficial.

A mencionada lei traz alterações e inovações na legislação penal e processual penal. No contexto do trabalho, algumas considerações importantes a serem informadas.

O art. 282 do CPP, em seu § 6º assim previa: “[...] A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319).”

E foi alterado para a seguinte redação:

[...] A prisão preventiva somente será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar, observado o art. 319 deste Código, e o não cabimento da substituição por outra medida cautelar deverá ser justificado de forma fundamentada nos elementos presentes do caso concreto, de forma individualizada. (BRASIL, 2019)

Desta forma, verifica-se que o juiz terá que fundamentar de forma individual o caso da mulher que ficará presa preventivamente e o não cabimento da prisão domiciliar.

Outra alteração sensível e benéfica é a alteração do art. 310 do CPP, que teve a inclusão do prazo de **24 horas** para que se realize a audiência de custódia e se fundamente a sua motivação:

Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente:

§ 1º Se o juiz verificar, pelo auto de prisão em flagrante, que o agente praticou o fato em qualquer das condições constantes dos incisos I, II ou III do caput do art. 23 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), poderá, fundamentadamente, conceder ao acusado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento obrigatório a todos os atos processuais, sob pena de revogação.

§ 2º Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que integra organização criminosa armada ou milícia, ou que porta arma de fogo de uso restrito, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares.

§ 3º A autoridade que deu causa, sem motivação idônea, à não realização da audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão.

§ 4º Transcorridas 24 (vinte e quatro) horas após o decurso do prazo estabelecido no **caput** deste artigo, a não realização de audiência de custódia sem motivação idônea ensejará também a ilegalidade da prisão, a ser relaxada pela autoridade competente, sem prejuízo da possibilidade de imediata decretação de prisão preventiva. (grifamos, BRASIL, 1941)

Na mesma linha, o art. 315 do CPP requer a obrigatoriedade de a decisão que dispor sobre a prisão preventiva seja fundamentada e suas exceções, trazendo mais segurança nos pronunciamentos judiciais:

Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada.

§ 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada.

§ 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

- I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida;
- II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso;
- III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão;
- IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador;
- V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;
- VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento. (BRASIL, 1941)

De todas as alterações, talvez essa seja a de maior importância para essa classe de mulheres, e que consiste que no prazo de 90 dias será feita a revisão da prisão, onde pode ser verificado ainda remanescem os requisitos ensejadores da custódia preventiva:

Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem.
Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.” (NR).

CONCLUSÃO

Nesse aspecto, a despeito de a audiência de custódia também ter representado um avanço, ao permitir o imediato contato da presa em flagrante com o juiz, a fim de aferir as circunstâncias e legalidade da prisão, no que diz respeito as mulheres objeto deste trabalho, ainda não se mostra capaz de garantir e assegurar os seus direitos, notadamente quando há a sua conversão em preventiva.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em 24 out. 2018.

BRASIL. [Constituição (1998)]. **Constituição da República Federativa do Brasil** Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 01 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.942, de 28 de maio de 2009.** Dá nova redação aos arts. 14, 83 e 89 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal, para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência. Brasília, DF: Presidência da República, 2009a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9046.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prisão processual, fiança, liberdade provisória, demais medidas cautelares, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011b. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12403.htm. Acesso em: 25 jul. 2019.

OS IMPACTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, CONSEQUÊNCIAS DO ISOLAMENTO SOCIAL, NA BASE DA PIRÂMIDE SOCIOECONÔMICA DO BRASIL, FRENTE ÀS MEDIDAS DE PREVENÇÃO AO NOVO CORONAVIRUS.

Walber Martins Mouzinho

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP; mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP; professor do Curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogado da União.

1 INTRODUÇÃO

O endividamento dos brasileiros pertencentes às classes C, D e E, após as medidas de isolamento social, em face da pandemia do novo coronavírus, por se apresentar como acontecimento relativamente novel, conecta-se com de medidas sociais e estatais, com o desígnio de evitar um retrocesso no âmbito das relações sociais de trabalho, como forma de proteção às relações de trabalho e à parte vulnerável na relação empregatícia, estabelecendo medidas eficazes a sua prevenção e tratamento.

Ante a inexistência de fato similar anterior, de um momento de tamanha anormalidade institucional, nos deparamos com um cenário sócio econômico que pode levar ao ferimento dos princípios sociais das relações de trabalho, defendidos e atingidos nos últimos anos, com tamanha maestria pelos meios sociais, jurídicos e políticos. A legislação trabalhista dos últimos anos vem desempenhando importante papel no sentido de esquadrihar políticas públicas voltadas a proteção do vulnerável na relação de trabalho, identificando exercícios desrespeitosos.

Ainda é observada a resistência da classe dominante quanto aos assuntos atinentes à justiça social, haja vista ser a igualdade social absolutamente relacionada com a distribuição de renda e que necessita de uma interação entre as diferentes classes/ grupos, em prol da concretização da igualdade social. Sendo necessária a conexão entre os objetivos dos movimentos sociais e as experiências privadas.

Ao longo dos últimos meses os brasileiros das classes C, D e E, que compõem a base da pirâmide socioeconômica do país, que representam mais de 13 milhões de cidadãos, perderam metade ou mais de sua renda. A renda variável dos integrantes dessas classes sociais evidencia a desigualdade social e regional, com uma perda mais acentuada nas regiões Norte e Nordeste do país. A escassez de rendimento, ou até mesmo a inexistência de qualquer que seja o rendimento, incentiva o desrespeito as regras mínimas de dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho.

A influência da atual crise será experimentada pelos integrantes destas classes sociais, e a desesperança pode levar a aceitação e submissão ao cenário de diminuição da dignidade nas relações de trabalho, em especial o Hiper ou ultra vulneráveis.

O atual cenário pode levar ao incremento da era da informatização, e principalmente, da facilidade em se desrespeitar os princípios da dignidade da pessoa humana na relação de trabalho, com o descumprimento das regras trabalhistas, e a aceitação das classes atingidas pela pandemia em tão desrespeito. Deverá ser fissurada uma contenda sobre as formas, condições e consequências do superendividamento dos integrantes hiper vulneráveis da base socioeconômica de nossa pátria, o que, por via de consequência, gerará um enfraquecimento dos direitos trabalhistas.

2 A relevância do respeito a principiologia fundamental das relações sociais do trabalho e a lógica moral dos conflitos sociais, desrespeito e resistência.

As relações sociais de trabalho estabelecidas entre empregadores e empregados sofrerão consideráveis abalos negativos com a chegada da atual crise, frente às medidas sociais de isolamento em razão do novo coronavírus. A atual legislação trabalhista, que, perante sua classe protecionista, resulta desafiada por peculiares efeitos peremptórios e parece ameaçada quanto à sua função de promover o equilíbrio da relação de trabalho, que brota em demonstrada inconexão, deverá blindar-se e cingir-se de um abissal fortalecimento, para garantir a manutenção dos princípios humanos mínimos nas relações de trabalho.

Com efeito, o desrespeito aos princípios mínimos das relações de trabalho, desvirtuará o contexto social de conflito, promovendo uma nova gramática moral dos conflitos sociais, pois o conceito formal de eticidade deixa de existir, denegando o todo das condições intersubjetivas

para a concretização do reconhecimento. A lógica moral do conflito social passa a existir, uma batalha só pode ser etiquetada como “social” na medida em que é capaz de suscitar objetivos que se tornem coletivos, ou seja, quando eles podem se generalizar a ponto de tornar possível um movimento coletivo. Tal movimento coletivo fica demonstrado na medida restou marcado por ser um microsistema multidisciplinar.

A dicotomia entre inclusão e exclusão social é um processo dinâmico e pluridimensional, cujo parâmetro está associado a níveis de pobreza não somente econômico, mas em sentido mais amplo na vida social e política do indivíduo.

A existência de políticas públicas de assistência social pelo Estado como fornecedora de meios adequados para garantir uma vida digna, que contribui para a universalização da cidadania e para o reconhecimento do indivíduo, enquanto sujeito de direito pertencente da sociedade, constitui medida essencial para minimizar as desigualdades e permitir a inclusão social dos excluídos e marginalizados.

Vale destacar, que para evitar o conflito social, as ações sociais, econômicas e fundamentalmente o respeito as regras mínimas das relações sociais de trabalho devem ser respeitadas, e principalmente, para derrotar esse período de anormalidade institucional, deve ser lastreado por ações sociais trabalhistas de ordem pública e manifesto interesse social, peculiares respeitáveis e transformadoras, a ponto de determinar este organismo social como uma das basilares artilharias que dispõe os entes sociais.

Não raras vezes, acompanhamos pela mídia a incansável luta de classes das ditas “minoritárias” em busca de igualdade, de reconhecimento da sociedade como sujeitos iguais em direitos. Podemos citar, a questão racial, relações homoafetivas, entre outras. Contudo, ainda convivemos com os “invisíveis”, ou seja, aqueles para os quais a sociedade ainda fecha os olhos.

Sob um viés sociológico, Axel Honneth foi um dos principais estudiosos da questão do reconhecimento. Tomando por base a teoria de Hegel, Honneth, enveredou por uma vertente mais materialista, fugindo do idealismo daquele filósofo.

Sobre o conflito social, o sentimento de abandono, injustiça e menosprezo, podem se agravar pelo aumento das desigualdades sociais, como assevera Axel Honneth:

(...) saber empiricamente se o potencial cognitivo, inerente aos sentimentos da vergonha social e da vexação, se torna uma convicção política e moral depende, sobretudo, de como está constituído o entorno político e cultural dos sujeitos atingidos

- somente quando o meio de articulação de um movimento social está disponível é que a experiência de desrespeito pode tornar-se uma fonte de motivação para ações de resistência política (HONNETH, 2009, p. 224).

Note-se, por ser relevante, que é necessária a existência de ponte semântica entre as finalidades de um movimento social e as experiências privadas daqueles que o compõem, para que haja laços mínimos de identidade coletiva. As classes C, D e E, por consequência da crise atual, vivenciam coletivamente a perda ou até inexistência da renda mínima para existência, o piso mínimo social deixou de existir, podendo levar a formas de resistência e lutas, que podem ser em âmbito neutro, simbólicas ou passivas na exposição pública do desrespeito e das lesões infligidas.

Tal conflito social que surge frente às enormes crises econômicas, que levam ao aumento das desigualdades sócias, esse quadro de isolamento e esquecimento do piso social podem levar a grande revoltas sociais e pressões da classe trabalhadora, que transpõe a se aparelhar de forma coletiva, evitando um retrocesso nos avanços democráticos e sociais já alcançados.

Foram as lutas sociais que romperam o domínio privado nas relações entre capital e trabalho, extrapolando a questão social para a esfera pública, exigindo a interferência do Estado para o reconhecimento e a legalização de direitos e deveres dos sujeitos sociais envolvidos (IAMAMOTO, 2003: 66, grifos da autora).

3 Análise da Interconexão Entre a Crise da Hiperinflação dos Anos 1980 até 1990 - a Atual Crise pelo Isolamento Social em Cace do Coronavírus

Rememorar a história econômica contemporânea do Brasil, se faz forçoso para que se opere a escavação do objeto e, nomeadamente para que se envolva o contexto atual de crise em que habita a base socioeconômica do país.

O Brasil, entre os anos de 1980 e 1990, passou por uma hiperinflação, quando a inflação andante abordou a sobrepujar os 80% ao mês, ou seja, o próprio alvitre atingia a perto duplicar de cotação de um mês para o outro. Dados da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (Fipe) mostram que entre 1980 e 1989, a inflação média no país foi de 233,5% ao ano. Na década seguinte, entre os anos de 1990 e 1999, a variação anual subiu para 499,2%.

O recinto da economia nacional estava impregnado com um desemprego alarmante, os altos índices de pobreza afligiam o país, uma vez que, com o desemprego elevado, não existia a possibilidade de se amparar índices baixos de pobreza por um extenso período.

Nesta esteira, o país vivia um momento de imensa pobreza, hiperinflação, fracassados planos econômicos, o que gerou um enorme retrocesso nas relações de trabalho, com o não reconhecimento de vínculos empregatícios, bem como o aumento do trabalho informal.

O mercado de trabalho atravessa, no Brasil, uma etapa de maturação, que se dá essencialmente entre as décadas de 1930 e 1980, porém com a crise econômica vivida entre os anos 1980 até meados de 1990, ocorreu uma desregulação do mercado laboral, houve também a ruptura do padrão de estruturação do mercado de trabalho, que se refletiu em basicamente cinco fenômenos interligados.

Primeiro, no perfil setorial das ocupações urbanas localizadas no setor terciário (comércio e serviços). Segundo, no alargamento dos segmentos considerados pouco estruturados do mercado de trabalho (trabalhadores sem carteira assinada, pequenos empregadores, trabalhadores por conta própria e trabalhadores não remunerados). Terceiro, na tendência à precarização ou perda de qualidade dos postos de trabalho (desassalariamento formal, perda de direitos sociais, trabalhistas e previdenciários, jornadas de trabalho mais longas, remuneração oscilante no tempo, múltiplas fontes de rendimentos, etc.). Quarto, na estagnação das remunerações provenientes do trabalho, em particular dos segmentos assalariados da estrutura ocupacional. Quinto, na piora distributiva funcional (repartição da renda entre rendimentos do capital e do trabalho) e pessoal (repartição dos rendimentos do trabalho entre os ocupados). Um sexto elemento desestruturador do mercado de trabalho — o aumento dos níveis de desocupação e desemprego aberto — viria manifestar-se com maior intensidade somente nos anos 90, incorporando-se a partir daí no conjunto de fatores a caracterizar empiricamente o fenômeno da desestruturação do mercado de trabalho brasileiro (Medeiros & Salm, 1994; Mattoso & Pochmann, 1998).

Vale ressaltar, a crise vivida nos anos 1980 até 1990 foi capaz de afetar fortemente uma maturação nas relações de trabalho que levaram mais de cinquenta anos para alcançarmos, e que a atual crise vivida pelo distanciamento social em muito se assemelha à crise dos anos 1980 até 1990, pois temos uma perda da renda mínima de existência das famílias e um forte aumento no desemprego e no trabalho informal, fato que, em muito nos preocupa neste momento a proteção dos atuais princípios mínimos da relação de trabalho, alcançados na última década, em uma

busca para que não ocorra o retrocesso das relações sociais de trabalho, mesmo frente à atual vulnerabilidade do empregado.

Diante das crises econômicas, os Estados passam a desregular a capitalização com domínios inferiormente severos das atividades econômicas, havendo diminuições de direitos laborais. Segundo essa doutrina, o Estado deve retirar-se da economia, inclusive enxugar gastos com políticas sociais, de saúde, educação, a fim de diminuir impostos e estimular as atividades produtivas

A crise do Estado de Bem-Estar Social, associada à crise econômica dos principais países de economia capitalista, somado ao declínio da força dos sindicatos nos anos 80 pelos governos neoliberais, fragilizaram também o Direito do Trabalho, mesmo em países com padrões sociais-democratas ou do constitucionalismo social, atribuem a esse ramo do direito o emperramento da livre iniciativa, culpando o protecionismo trabalhista pelo alto custo do emprego e inibidor do desenvolvimento econômico e social do país (AZEVEDO, 2013, p. 20).

Mesmo com o advento do plano Real, os índices de trabalho informal não diminuíram, pelo contrario, ocorreu um enorme aumento nessas formas de labor, e no desemprego. Nem mesmo o tão bem sucedido plano econômico que foi capaz de abolir a hiperinflação, teve a capacidade de erradicar a pobreza e diminuir as desigualdades sociais, o desemprego continuou crescente e as desigualdade elevadas.

Como bem destacado por José Eduardo Faria (2017):

O único meio de estimular e manter uma utilização mais eficiente dos recursos é o Estado agir como redutor de incertezas. Em outras palavras, caberia ao Estado agir como coordenador e promotor de uma vontade representativa do corpo social, seja estabelecendo regulações mais adequadas e controles efetivos sobre os mercados, seja adotando políticas fiscais compensatórias não como medidas ocasionais, mas como amparo permanente sem o qual o capitalismo não conseguiria sobreviver. (...)

O Estado tem de fazer aquilo que fica fora da esfera individual e que ninguém fará caso ele não venha a chamar essa responsabilidade para si. É este, por exemplo, o caso do problema do subemprego e do desemprego, cuja solução está, obviamente, fora do alcance da ação individual.

No mesmo caminho segue a atual crise econômica decorrente das ações de distanciamento como forma de combate ao coronavírus, a desaceleração da economia, a precarização das relações de trabalho, podem levar ao retrocesso nas relações de trabalho, que foram conquistadas arduamente nas ultimas décadas.

Transplantando esse esboço até aqui despendido às questões atuais que se presencia hodiernamente, tem-se que muitos desamparados pelo Estado e pela própria sociedade elitizada

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.9, n.9, jul./dez., 2020.

haverá que enfrentar, não muito tardiamente, oposições de direitos materializados como luta legítima de reconhecimentos.

É o caso que se vislumbra, *ad argumentandum tantum*, de motoristas e entregadores por aplicativos, ambulantes e demais trabalhadores autônomos. O mesmo há se falar dos desempregados e, principalmente, os dependentes dos auxílios emergenciais.

O mesmo há que se dizer dos que são explorados em suas relações de trabalho, muitas vezes viesados pela naturalização do que não é natural (ou pelo menos não deveria o ser) – ou seja, a terceirização na tomada da força de trabalho.

Nessa mesma cadência da marcha pelos direitos, torna-se imperioso buscar no nosso Direito Constitucional elementos outros que são capazes, aliados ao princípio da igualdade, sob o pilar de direitos humanos, oferecer o substrato que nutre o próprio direito de resistência como legítimo mecanismo de luta por reconhecimento, fazendo alusão ao princípio constitucional solidarista.

Por força desse princípio é possível repassar à sociedade a responsabilização de amparo, ainda que ausentes o instituto da culpa e/ou dolo. Unicamente no dever constitucional de solidarismo pela subsistência, sobrevivência, progresso e progressividade dos direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A crise que se instalou no Brasil em face do isolamento social como forma de combate ao novo coronavírus, coloca em risco direitos sociais dos trabalhadores, alcançados ao longo de décadas, tornando-se, pois, um tema de enorme relevância, tanto na seara social, como trabalhista, bem como estatal.

A importância se relevou pela enorme estima em manter a proteção social aos direitos laborais conquistados, que com as crises se afrontam ao objetivo capitalista de manter ganhos de capitais sacrificando o piso social já imolado por enormes lutas e desigualdades sociais existente em nosso Estado nas últimas décadas.

Evidentemente, o respeito aos princípios sociais do trabalho, são um alento para o trabalhador, uma mínima segurança de respeito a existência de sua vida, vida com um piso

mínimo de sobrevivência garantida em nosso Estado Democrático de Direito, após muitas batalhas em uma guerra incansável.

As experiências anteriores de momentos de anormalidades institucionais geradas por crises econômicas são um alerta para atual crise que vivemos nas classes C, D e E, que representam o piso de nossa Estado, experiências que demonstram um retrocesso em direitos sociais trabalhistas conquistados e exarados em normas jurídicas, que sucumbem frente a informalidade e a necessidade de sobrevivência.

Em um contexto de exclusão social, em que condições mínimas de existência humana são ausentes, ainda assim o desejo de bem-estar e felicidade são buscados, pois trata-se de uma característica inerente e genuína à condição humana. Ser feliz e ter uma vida boa pressupõe uma existência digna, significa, no ordenamento jurídico brasileiro, ter direitos fundamentais reconhecidos e respeitados.

Com a assim denominada “reforma trabalhista”, as garantias do trabalhador foram sacrificadas de forma desrespeitosa com a história de conquistas atingidas pela atual normatividade, degradar mais ainda tais mínimas garantias existentes ao trabalhador, seria um enorme retrocesso. A busca pela manutenção dessas garantias do pacto laboral devem ser uma constante de todos os poderes, uma busca incansável dos detentores do poder, preservando assim o piso de nosso mercado de trabalho.

Uma crescente de desrespeito ao piso mínimo de existência do trabalhador, frente à atual crise econômica, pode levar a um conflito social, pois o cidadão se sentira sem amparo em uma realidade social não assistida, entrando em conflito com o próprio conceito Estatal, dando vazão ao sentimento de lesão, isto é, às condições de sua própria identidade na sua comunidade social.

REFERÊNCIAS

www.revistasdireito.com.br

AZEVEDO, André Jobim de. A CLT, o Ordenamento Jurídico Trabalhista e a Reforma. In: CLT – 70 Anos de Consolidação. Uma Reflexão Social, Econômica e Jurídica. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2013, p. 19-31;

FARIA. José Eduardo. O Estado e o Direito Depois da Crise. 2ª Edição. São Paulo. Saraivajur, 2017;

_____. Hiperinflação e estabilização no Brasil: o primeiro Plano Collor. Revista de Economia Política, v. 11, n. 4, p. 89-104, 1991. Trabalho originalmente apresentado ao Second International Post Keynesian Workshop, Knoxville, Tennessee, jun. 1990.

HONNETH, Axel. Teoria Crítica .Luta por Reconhecimento. A gramática moral dos conflitos sociais. 2ª ed. São Paulo: Editora 34, 2009.

IAMAMOTO, Marilda Villela. Renovação e conservadorismo no serviço social. 5ª ed. São Paulo: Cortez, 2003.

MEDEIROS, Carlos **SALM**, Claudio. (1994) O mercado de trabalho em debate. São Paulo, Novos Estudos, CEBRAP, (39).

MATTOSO, Jorge E. **POCHMANN**, Marcio. (1998) Mudanças estruturais e o trabalho no Brasil dos anos 90. Economia e Sociedade, Campinas, (10), junho.]

REFLEXÕES SOBRE O ÓDIO NAS REDES E NAS RUAS: A LGBTIFOBIA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS AMEAÇADOS.

Álvaro Augusto Cerqueira Mangabeira

Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios e bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB.

Any Ávila Assunção

Doutora e mestra em sociologia jurídica pela Universidade de Brasília (UnB); coordenadora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB); advogada.

Resumo: Os conflitos vivenciados pela sociedade não raro são submetidos à apreciação e julgamento pelo Poder Judiciário. Do ponto de vista da inclusão social das minorias sexuais, o Brasil tardou em garantir a efetividade dos Direitos Fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. O casamento homoafetivo e a adoção por casais homoafetivos foram garantidas pelo Supremo Tribunal Federal, estabelecendo a base jurídica para a proteção e defesa dos Direitos Fundamentais de Liberdade e Igualdade previstos na Carta Magna. Recentemente, o STF também considerou LGBTIfobia um crime equiparado ao racismo, aplicando as disposições da Lei 7.716/89 também a esses casos. Apesar dos avanços em relação à garantia de Direitos na esfera jurídica a esse grupo marginalizado historicamente, muito ainda se observa em relação à prática de atos discriminatórios contra pessoas LGBTIs no Brasil. O discurso de ódio (hate speech), impulsionado nas redes sociais, tem sido a principal ferramenta de estigmatização e subalternização das minorias sexuais e de gênero no Brasil, disseminando e estimulando o preconceito e a exclusão desse grupo, ocasionando, no mais das vezes, situações de violência real. Nesse sentido, observa-se que o conservadorismo arraigado na sociedade brasileira, estimulado pelo discurso de ódio em rede, assim como a baixa tolerância do parlamento brasileiro à diversidade sexual e de gênero, são fatores que podem demonstrar a fragilidade de algumas conquistas garantidas pelo Poder Judiciário, na seara dos Direitos Fundamentais.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À SAÚDE E À EDUCAÇÃO: o histórico subfinanciamento e a delicada equação entre o binômio mínimo existencial e reserva do possível

Leonardo Weber

Mestre em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo, Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal), Pós-graduado em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Porto (UP-Portugal).

Resumo: Do ponto de vista teórico-conceitual, os modelos públicos de saúde e de educação brasileiros costumam ser frequentemente exaltados, inclusive em fóruns internacionais, mostrando-se significativos, na perspectiva prática, os avanços estatísticos alcançados, nas últimas décadas, em inúmeros indicadores. Os aludidos progressos, contudo, ainda se contrapõem às dificuldades em torno de uma implementação mais efetiva das aspirações que, na origem, nortearam a Carta Constitucional de 1988. Pode-se afirmar, nesse sentido, que a grande expectativa depositada pela sociedade em tal proposta constitucional foi, paulatinamente, fragilizando-se. O presente artigo procurará investigar algumas das causas que impediram (e que impedem) tal efetivação, notadamente os aspectos relacionados ao subfinanciamento, buscando estabelecer conexões entre o investimento insuficiente em tais áreas e as mazelas que nelas ainda são identificadas.