

DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS

UMA ANÁLISE
MULTIDISCIPLINAR E CRÍTICA DAS
GARANTIAS INDIVIDUAIS



Paulo Eduardo Elias Bernacchi, Antônio Leonardo Amorim,
Anderson Rocha Rodrigues e Stefania Fraga Mendes
(Organizadores)



**DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE
MULTIDISCIPLINAR E CRÍTICA DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS**

Paulo Eduardo Elias Bernacchi, Antônio Leonardo Amorim,
Anderson Rocha Rodrigues e Stefania Fraga Mendes.
(Orgs.)

**DIREITOS HUMANOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ANÁLISE
MULTIDISCIPLINAR E CRÍTICA DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS**

1ª Edição

Quipá Editora

2022

Copyright © dos autores e autoras. Todos os direitos reservados.

Esta obra é publicada em acesso aberto. O conteúdo dos capítulos, os dados apresentados, bem como a revisão ortográfica e gramatical são de responsabilidade de seus autores, detentores de todos os Direitos Autorais, que permitem o download e o compartilhamento, com a devida atribuição de crédito, mas sem que seja possível alterar a obra, de nenhuma forma, ou utilizá-la para fins comerciais.

Revisão e normatização: dos autores e autoras.

Conselho Editorial:

Adriano Monteiro de Oliveira, Editor-chefe, Quipá Editora

Dra. Anny Kariny Feitosa (IFCE) / Dra. Anna Ariane Araújo de Lavor (IFCE) / Dra. Elaine Carvalho de Lima (IFTM) / Dra. Érica P.C. L. Machado (UFRN) / Dra. Harine Matos Maciel (IFCE) / Dra. Patricia Verônica Nunes Carvalho Sobral de Souza (TCE-SE/UNIT).

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D598 Direitos humanos e direitos fundamentais : uma análise multidisciplinar e Crítica das Garantias Individuais / Organizado por Paulo Eduardo Elias Bernacchi ... [et al.]. — Iguatu, CE : Quipá Editora, 2022.

147 p. : il.

ISBN 978-65-5376-026-4

DOI 10.36599/qpedit1.144

1. Direitos humanos. 2. Direitos fundamentais. I. Bernacchi, Paulo Eduardo Elias. II. Título.

CDD 341.481

Elaborada por Rosana de Vasconcelos Sousa — CRB-3/1409

www.quipaeditora.com.br / @quipaeditora

APRESENTAÇÃO

Queridos leitores e leitoras, é com grande satisfação que os professores do Curso de Direito da UNEMAT (Universidade do Estado de Mato Grosso), lançam em formato de livro digital as pesquisas realizadas por seus orientados de trabalho de conclusão de curso.

Os professores organizadores, autores e autoras, responsáveis pela realização de pesquisa crítica, científica e democrática, apresentam seus dados em formato de artigo científico, validando o aprendizado e dando publicidade a toda comunidade jurídica e sociedade das pesquisas realizadas na Universidade Pública e Gratuita.

Compõem essa obra artigos que analisam de modo crítico os Direitos Humanos e Direitos Fundamentais, proporcionando aos leitores compreensão sobre a realidade dos sistemas de garantias dos direitos, em especial a efetivação de direitos.

São capítulos de livro em formato de artigo científico, que representam a participação dos campus de Alto Araguaia/MT, Vila Rica/MT e Aripuanã/MT, na pesquisa científica.

Desde já, fica registrado o agradecimento a todos aqueles que contribuíram para a consecução dessa obra.

Desejamos a todas e todos uma excelente leitura.

Cuiabá/MT, 20 de maio de 2022.

Paulo Eduardo Elias Bernacchi

Antônio Leonardo Amorim

Anderson Rocha Rodrigues

Stefania Fraga Mendes

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO

CAPÍTULO 1

08

A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO DA CULTURA DE SEGURANÇA E EDUCAÇÃO PARA O TRÂNSITO: UMA FORMA DE PREVENÇÃO A VIOLÊNCIA E EFICÁCIA NA APLICABILIDADE DAS NORMATIVAS NO MUNICÍPIO DE VILA RICA-MT, DO PERÍODO DE 2018/2020

Patrícia Santos da Silva
Anderson Rocha Rodrigues

CAPÍTULO 2

22

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: PERSONALIDADE X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Danielly Alexandre Alves
Stefânia Fraga Mendes

CAPÍTULO 3

36

É PRECISO FALAR EM LIBERDADES DE PESSOAS TRANSGÊNERAS NO BRASIL: CADÊ OS DIREITOS HUMANOS QUE ESTAVAM AQUI?

Fabício Souza Arantes
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 4

48

DO OUTRO LADO DO ARCO-ÍRIS: A INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTQI+ NO BRASIL EM FACE À COMUNIDADE INTERNACIONAL

Thiago de Melo Siqueira
Aldo A. Nunes Filho

CAPÍTULO 5

59

GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: ANÁLISE DA SITUAÇÃO LEGAL DOS IMÓVEIS URBANOS EM VILA RICA

Francieli de Oliveira Pires
Antônio Leonardo Amorim
Paola Flores Serpa
Ernestina Norinha de Lima Sousa

CAPÍTULO 6

70

MEDIDAS AFIRMATIVAS NO INGRESSO AO ENSINO SUPERIOR E NO CONCURSO PÚBLICO: ANÁLISE A PARTIR DA LEI 12990/14

Antonione Francisco de Sousa
Aldo A. Nunes Filho

CAPÍTULO 7

83

UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO DA NOVA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

Antônio Marcelino de Queiroz
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 8

96

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS FASES PARA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jones Gonçalves Ferreira
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 9

106

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO SERVIÇO PÚBLICO: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS VERBAS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDAS PELA EMPRESA INTERPOSTA

Júlio César Campos Morais
Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 10

120

LEI DE COTAS E SUA CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA REALIDADE DAS COTAS NA UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO CAMPUS DE ALTO ARAGUAIA

Thays Borges Fraga Nogueira

Antônio Leonardo Amorim

CAPÍTULO 11

133

INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA TRABALHISTA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

Wellitjon Bonfim Pereira Feitoza

Antônio Leonardo Amorim

SOBRE OS AUTORES

146

CAPÍTULO 1

A IMPORTÂNCIA DO DESENVOLVIMENTO DA CULTURA DE SEGURANÇA E EDUCAÇÃO PARA O TRÂNSITO: UMA FORMA DE PREVENÇÃO A VIOLÊNCIA E EFICÁCIA NA APLICABILIDADE DAS NORMATIVAS NO MUNICÍPIO DE VILA RICA-MT, DO PERÍODO DE 2018/2020

THE IMPORTANCE OF DEVELOPING A CULTURE OF SAFETY AND EDUCATION FOR TRAFFIC: A WAY OF PREVENTING VIOLENCE AND EFFECTIVENESS IN THE APPLICABILITY OF REGULATIONS IN THE MUNICIPALITY OF VILA RICA-MT, FOR THE PERIOD 2018/2020

Patrícia Santos da Silva¹
Anderson Rocha Rodrigues²

Resumo: O estudo visa desenvolver uma análise com os dados disponíveis no Anuário de Trânsito publicados em 2018/2020, desenvolvido pela Secretaria de Segurança pública do estado e o DETRAN. Desenvolve-se tal estudo a partir de uma pesquisa quanti-qualitativa para refletir sobre a insegurança nos trânsitos urbanos, debates sobre a importância de desenvolver ações para prevenir a violência no trânsito e refletir ainda sobre quais formas e parâmetros a educação no trânsito tem sido eficaz e competente ao tratar da violência no trânsito e debater sobre a cultura de segurança. Os dados utilizados para análise são do estado de Mato Grosso e do município de Vila Rica –MT, sendo Comparativo Acidentes de trânsito com vítimas, Ranking das Infrações mais autuadas no Estado de Mato Grosso, Acidentes de Trânsito por sexo no Estado de Mato Grosso, Condutores habilitados de Vila Rica e suas categorias, Perfil de Infratores em Vila Rica-MT, Infrações no Trânsito em Vila Rica-MT. Desta forma o estudo apresenta dados em forma de comparativo referente aos dos últimos três anos. E assim debater e refletir sobre a aplicabilidade das normativas e campanhas de conscientização no trânsito, no sentido de apresentar de que maneira contribuem para que haja uma organização e bom senso no trânsito, ressalta-se que as campanhas existem para conscientizar sobre os riscos e as consequências de violência no trânsito, algumas graves e sem perspectiva de reversão porém, mesmo com a seriedade da temática, quando se refere a comportamento humano no trânsito é preciso desenvolver estratégias mais perspicazes.

Palavras-Chave: Direito. Educação no Trânsito. Infração. Segurança.

Abstract: The study aims to develop an analysis with the data available in the Anuário de Trânsito published in 2018/2020, developed by the state Public Safety Secretariat and DETRAN. Such a study is developed from a quanti-qualitative research to reflect on the insecurity in urban traffic, debates on the importance of developing actions to prevent violence in traffic and also reflect on which forms and parameters traffic education has been effective and competent in dealing with traffic violence and debate on safety culture. The data used for analysis are from the State of Mato Grosso and the municipality of Vila Rica -MT, being Comparative Traffic Accidents with victims,

¹ Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: patricia20vr@hotmail.com

² Mestre pela Universidade Católica de Petrópolis, RJ. Professor de Crime e Sociedade, Direito Penal e Processual Penal da Faculdade de Miguel Pereira. Professor contrato temporário na UNEMT. E-mail: profandersonrocharodrigues@gmail.com

Ranking of the most infractions in the State of Mato Grosso, Traffic Accidents by sex in the State of Mato Grosso, Qualified Drivers in Vila Rica and their categories, Offender Profile in Vila Rica-MT, Traffic Infractions in Vila Rica-MT. In this way, the study presents data in comparative form referring to the last three years. And thus, to debate and reflect about the applicability of the normative and awareness campaigns in traffic, in order to present how they contribute to the organization and good sense in traffic. It is emphasized that the campaigns exist to make people aware of the risks and the consequences of violence in traffic, some of them serious and with no reversion perspective, however, even with the seriousness of the theme, when it comes to human behavior in traffic, it is necessary to develop more perspicacious strategies.

Keywords: Infringement. Rights. Security. Traffic Education.

INTRODUÇÃO

Conforme dados disponibilizados no anuário de trânsito do Mato Grosso, desenvolvido pela secretaria de segurança do estado, as estatísticas de violência no trânsito entre os períodos de 2018 a 2020 são alarmantes e significativas. Um fator que se leva a questionar e refletir, de que forma a educação no trânsito tem sido eficaz e competente ao tratar da violência no trânsito e debater sobre a cultura de segurança?

Na perspectiva de delimitar está reflexão e trazer novos parâmetros sobre educação para o trânsito. Examinam-se os dados presentes no anuário de trânsito de Mato Grosso, especificamente os do município de Vila Rica- MT, analisa-se processos e debate-se sobre a importância desenvolver ações para prevenir a violência no trânsito.

Neste sentido, o estudo se constitui em verificar os dados de trânsito do município de Vila Rica–MT, publicados no período de 2018 – 2020. Apresentar a importância do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), debater sobre educação para o trânsito, sua eficácia para constituir uma cultura de segurança e discutir sobre estratégias de melhor aplicabilidade dentro das políticas de educação para o trânsito.

Para alcançar tais objetivos, o estudo se constitui a partir de uma metodologia de abordagem quantitativa com análise dos dados e números disponibilizados. E também qualitativa, onde se mostra as experiências e debates levantados a partir dos resultados da análise dos processos e dados. Conforme Souza (2017) a pesquisa quanti-qualitativa/quali-quantitativa objetiva-se por delimitar suas diferenças e se complementar “A primeira, como a abordagem que recorre à estatística para explicação dos dados e a segunda que lida com interpretações das realidades sociais” (SOUZA, 2017, p. 34).

Dessa forma considera-se que o estudo se justifica por sua importância científica e social, tendo em vista a relevância de seus objetivos e questionamentos, provocando debates sociais e reflexões para outras pesquisas na área. Justifica-se também por levantar uma conscientização e novas possibilidades sobre educação para o trânsito.

Tendo em vista que se trata de um tema social ligado a todos de alguma forma a educação no trânsito é um papel social e desafio, principalmente com relação a conscientização através de projetos e campanhas anuais com o intuito de diminuir os números estatísticos de violência no trânsito, seja em nível federal, estadual e municipal. Observa-se que as necessidades de desenvolver campanhas educativas surgiram após a preocupação com relação ao crescente número de acidentes no trânsito. Desta forma o estudo apresenta o problema de violência no trânsito como um caso de saúde pública para o Brasil e para o mundo.

DIREITO E O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

A relevância das normativas e o Código de Trânsito Brasileiro (CTB) para a sociedade atualmente é significativa para manter a ordem, o bom funcionamento e o respeito social no trânsito. Além disso, é difícil lidar com as ações inflacionárias no trânsito e não relacionar com o direito, tendo em vista que ele é um fator preponderante quando se refere a condutas humanas na sociedade, de características reprováveis e de questões jurídicas. Desde o início da composição da construção e organização social, tal como a população egípcia e a mesopotâmica, as legislações dessas sociedades visavam punir atos nocivos à ordem social e à paz pública cometidos por seus integrantes. (MASSON, 2012).

Desta forma, percebe-se o direito contribui para que as normativas sociais sejam vividas e respeitadas socialmente. Isto é, que as condutas de características reprováveis sejam punidas de acordo com suas ações e seja elaborada a justiça. Tendo em vista tamanha responsabilidade social, é normal e importante que sua aplicabilidade esteja presente em diferentes setores da sociedade, incluindo no trânsito, para auxiliar sua boa conduta e a aplicabilidade de suas normas.

Diante disso, é possível destacar que o trânsito, assim como as demais áreas sociais, produz atos nocivos à ordem social. Atos vitais, com sérias consequências e que se faz possível observar um desenvolvimento histórico de criminalidade e de despreocupação com os resultados. Atos quase que cultural socialmente, que podem se

iniciar com pequenas inflações, mas que podem causar sérios efeitos para a vida das vítimas. Conforme Russo (2012), a cultura do individualismo social envolve as pessoas e também seus espaços, incluindo o trânsito, dentro deste contexto surge a violência no trânsito, sobreposta por outras formas de violência como, a agressão verbal, moral e física.

A partir desses atos de violência é que viabiliza a relevância social do Código de Trânsito Brasileiro (CTB), o direito para a aplicabilidade de suas normas e mais do que isso, a conscientização da educação para o trânsito. Para Silva (2013) o Código de Trânsito Brasileiro é necessário e surgiu principalmente para a segurança dos motoristas e pedestres que circulam as vias. Além de assegurar o bem-estar, sua proposta é diminuir o número de acidentes no trânsito, porém para controlar esses espaços com eficiência é necessário ir além da punição pelas quebras das normas, é necessária uma reeducação no trânsito, (SILVA, 2011).

INCIDÊNCIAS E DELITOS DE TRÂNSITO EM VILA RICA-MT

Informações levantadas pelos dados do Anuário de trânsito brasileiro no estado de Mato Grosso entre os anos de 2018 a 2020 apresentam os desafios que têm sido presenciados por pedestres. A violência e incidências que acontecem no trânsito se tornou um caso de saúde pública na sociedade em geral (SANTOS, 2010). Ainda conforme a autora é possível classificar os delitos e violências vigentes no trânsito como uma epidemia social.

Assim, o que se pode observar é a situação de uma verdadeira epidemia que se sucede de forma silenciosa, na qual se destacam alguns episódios, não tendo, contudo, a percepção da dimensão total deste grave problema de grande repercussão social, sobretudo no setor saúde (SANTOS, 2010, p. 35).

Uma interpretação que se dá devido os casos de acidentes diários, mortes em trânsito e delitos contra o Código de Trânsito Brasileiro (CTB), fatores que acontecem mesmo com as políticas e ações de prevenção a violência no trânsito desenvolvidas em todos os estados do Brasil, como no Mato Grosso.

Dentro do período de 2018 a 2020 no estado de Mato Grosso encontra-se diferentes casos de delitos e violências, que conseqüentemente trouxe diferentes impactos para o governo do estado e também o governo federal. Tais ações encontram-se no Anuário de Trânsito de Mato Grosso (2018-2020). Desenvolvido pela Secretaria

de Segurança Pública do Estado em parceria com o Departamento de Trânsito do Estado (DETRAN-MT). E tem como objetivo apresentar um estudo detalhado das questões recorrentes no trânsito do estado de Mato Grosso, ações ilícitas, casos de violência e demais infrações.

ANUÁRIO DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO 2018

Os dados a serem apresentados a seguir, é referente ao período de 2017. Inicialmente mostra-se um comparativo do ano anterior e de forma mais específica voltada para a região de Vila Rica – MT apresenta-se quais infrações ocorreram na cidade durante este período.

Comparativo Acidentes de trânsito em Mato Grosso com vítimas no ano de 2016 e 2017



Fonte: Anuário de trânsito de Mato Grosso 2018.

Conforme o gráfico observa-se que os acidentes de trânsito que ocorreram no estado de Mato Grosso em 2016 foram de 7845 fatais e 701 não fatais, os dados foram maiores em comparação ao ano de 2017, sendo que em 2017 os números foram de 7821 fatais e 586 não-fatais.

Apesar de serem dados um pouco animador, indicando que ao decorrer do ano houve uma melhoria, é importante lembrar que de acordo com estudo desenvolvido pela Universidade de São Paulo (USP) de 2017 apresenta que o trânsito brasileiro é o quarto mais violento do continente americano³.

³ PESQUISA USP (2017): Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-nobrasil-um-problema-de-saude-publica/>> publicado em: 12/03/2018 e acesso em: 01/06/2021.

Infrações no Trânsito em Vila Rica-MT 2017

Infrações	Quantidade
Velocidade acima da média	2.408
Condutor sem o cinto de segurança	1.625
Avanço do sinal vermelho	1.036
Condução de veículo não registrado	815
Estacionamento em locais proibidos	711
Direção de veículo com o uso de celular	615

Fonte: Anuário de trânsito de Mato Grosso 2018.

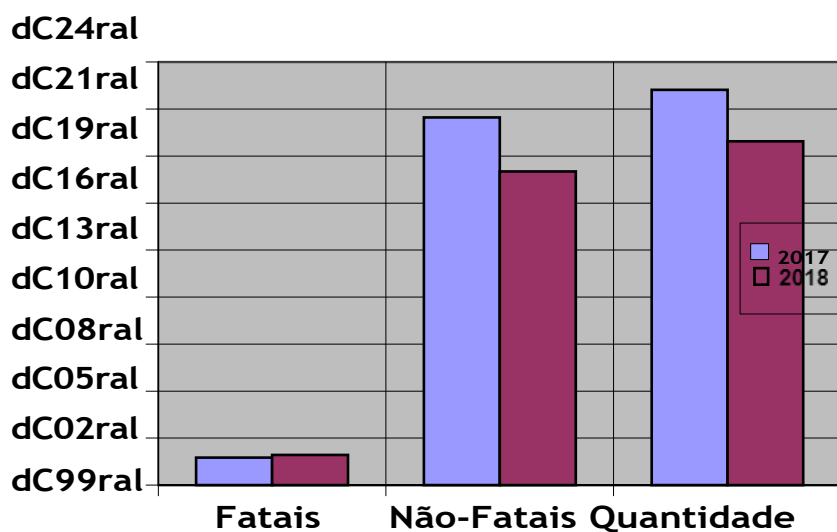
A tabela apresenta o ranking de infrações registradas no município de Vila Rica – MT durante o ano, conforme o Anuário de Trânsito de 2018, e dando um total de 7210 infrações cometidas. Sendo a mais cometida neste ano a velocidade acima da média com 2.408 e a segunda mais cometida o condutor sem o cinto de segurança com 1.625. Duas infrações que podem causar consequências irreparáveis para vítimas de violência no trânsito.

De acordo com Vieira (2011) são infrações muito debatidas dentro da Semana Nacional no Trânsito (SNT) que acontece no mês de setembro dos dias 18 a 25 de acordo com o Detran – MT. Porém, mesmo com os debates anuais e as demais políticas para educação no trânsito, tais infrações quase sempre passam impunes (VIEIRA, 2011).

ANUÁRIO DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO 2019

Os dados neste tópico referem-se ao período de 2018, um gráfico com um comparativo do ano anterior e em seguida as infrações que ocorreram no município durante o período de 2018.

Comparativo Acidentes de trânsito em Mato Grosso com vítimas no ano de 2017 e 2018



Fonte: Dados presentes no Anuário de trânsito de Mato Grosso 2019.

Conforme os dados do anuário de Mato Grosso, verifica-se que em 2017 teve uma quantidade de 8.407 acidente divididos entre 586 fatais e 7.821 não-fatais. Enquanto que no ano de 2018 teve-se 7.312 acidentes divididos entre 641 fatais e 6.671 não-fatais. De forma que o ano de 2017 teve uma maior quantidade de acidentes e de acidentes com graves consequências.

De acordo com Ayres (2004), políticas públicas de educação para o trânsito é um importante fator para diminuir os dados de acidentes no trânsito nas áreas urbanas da cidade. Por exemplo, programas como o Semana Nacional do Trânsito que acontece todo ano no mês de setembro em que desenvolve palestras e cursos sobre a não violência no trânsito, foi uma política que no em 2018 contribuiu para a construção resultados positivos ao decorrer do ano. Conforme Portal do Trânsito (2018)⁴.

Infrações no Trânsito em Vila Rica-MT

Infrações	Quantidade
Condutor sem o cinto de segurança	2.030
Velocidade acima da média	1.885
Avanço do sinal vermelho	1.342
Condução de veículo não registrado	1.230
Estacionamento em locais proibidos	775
Direção de veículo com o uso de celular	611

Fonte: Dados presentes no Anuário de trânsito de Mato Grosso 2019.

⁴ Notícia disponível em: < <https://www.portaldotransito.com.br/semana-nacional-de-transito/>> Acesso em: 19/06/2021.

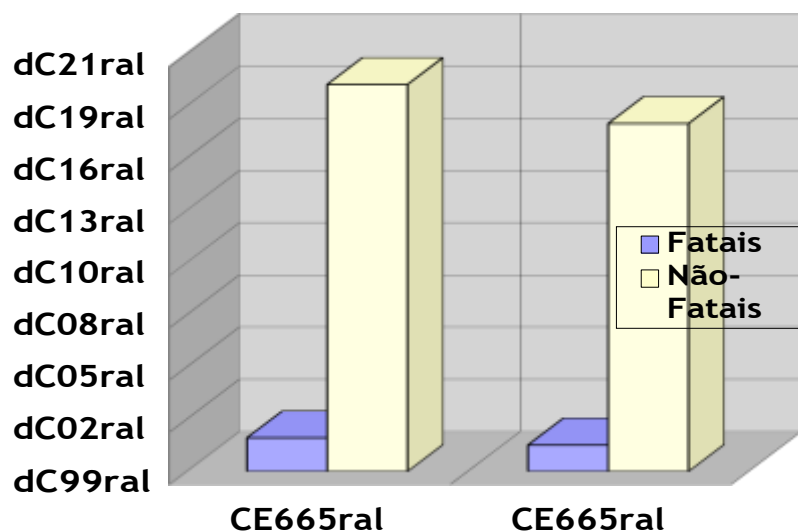
Conforme a tabela observa-se que o total de infrações durante o ano foram de 7873, sendo a mais registrada a condução de um veículo sem o cinto de segurança com 2.030, uma infração comum para a cultura da insegurança reproduzida dentro do trânsito urbano (PINHEIRO, 2006).

Ressalta-se também que as demais infrações também fazem parte de uma cultura de insegurança e podem trazer graves consequências fatais e não-fatais para a sociedade. É neste ponto que as políticas de educação para o trânsito exercem um papel fundamental na construção de uma conscientização sobre violência no trânsito (AYRES, 2004).

ANUÁRIO DE TRÂNSITO DE MATO GROSSO 2020

Os últimos dados analisados a seguir são referentes ao período de 2019, apresenta-se inicialmente um comparativo dos acidentes de trânsito do ano de 2018 e 2019 no estado e as infrações que ocorreram no município durante este período.

Comparativo Acidentes de trânsito em Mato Grosso com vítimas no ano de 2018 e 2019



Fonte: Dados presentes no Anuário de trânsito de Mato Grosso 2020.

O gráfico 5 acima representa o comparativo de acidentes de trânsito, sendo que conforme o Anuário de Trânsito de Mato Grosso de 2020, o número de acidentes no ano de 2018 foi de 8.050, sendo 641 fatais e 7.409 Não-fatais em comparação com 2019 que teve um total de 7.164 acidentes, sendo 503 fatais e 6.661 Não-fatais.

Observa-se que houve uma diminuição na quantidade de acidentes, não só dentro deste período de 2018 a 2019, com uma diferença de 886, mas também em comparação aos períodos anteriores como apresenta-se nas primeiras análises. No entanto o número de acidentes ocorridos ainda é significativo e de certa forma são consequências de infrações.

Infrações no Trânsito em Vila Rica-MT

Infrações	Quantidade
Velocidade acima da média	2.508
Condutor sem o cinto de segurança	1.725
Avanço do sinal vermelho	1.302
Condução de veículo não registrado	991
Estacionamento em locais proibidos	712
Direção de veículo com o uso de celular	625

Fonte: Dados presentes no Anuário de trânsito de Mato Grosso 2020.

A tabela acima e também última tabela de análise, apresenta o ranking de infrações registradas em Vila Rica- MT, conforme os dados do Anuário de Trânsito de Mato Grosso, sendo que ao todo deram 7.863 infrações. Dentre a infração mais autuada encontra-se a velocidade acima da média com 2.508 e em segundo condutor sem o cinto de segurança com 1.725.

De forma geral com a análise dos dados durante esse período de 3 anos do Anuário de Trânsito de 2018 a 2020, é possível ressaltar que mesmo com políticas de educação para o trânsito acontecendo anualmente, os dados raramente diminuem, tanto em sentido estadual como municipal, em alguns casos essas estatísticas até aumentam e em outros casos elas são estáveis.

EDUCAÇÃO PARA O TRÂNSITO E A CULTURA DE INSEGURANÇA

De acordo com Pinheiros (2006) a educação para o trânsito é um desafio social, um trabalho de conscientização através de projetos e campanhas anuais com o intuito de diminuir os números estatísticos de violência no trânsito, seja em nível federal, estadual e municipal. Tais necessidades de desenvolver campanhas educativas surgiram após a preocupação com relação ao crescente número de acidentes no trânsito. Ainda conforme Pinheiros (2006) é possível entender os problemas de violência no trânsito como um caso de saúde pública para o Brasil e o mundo.

Para Russo (2012) há um fator que vem a ser uma das causas de acidentes no trânsito, o comportamento humano. Algumas atitudes de condutores no trânsito são inadequadas e contribuem para um mal desempenho no trânsito colocando assim, a vida de outras pessoas em risco. Desta forma foi essencial organizações e instituições governamentais pensar em políticas voltadas para educação no trânsito.

Desconstruir uma cultura de insegurança dentro do trânsito urbano envolve debater sobre responsabilidade, ética, respeito, consequências e comportamento humano no trânsito, conforme Pinheiro (2006). Além de também formar condutores cientes de suas responsabilidades, seu lugar no trânsito e as consequências que podem trazer uma ação irresponsável.

Neste sentido ressalta-se que há um comportamento humano no trânsito que causa consequências sérias no trânsito, refletindo em uma cultura de violência no trânsito.

O comportamento humano no trânsito pode ser resultante do conflito pela disputa do espaço, na busca de mobilidade que permita atender necessidades e interesses diversos; destacando as funções do planejamento urbano em oferecer condições “[...] dignas de viver e conviver e de circular (PINHEIRO, 2006, p. 192).

Ou seja, o comportamento humano pode ser um fator de conflito e desatenções no trânsito. “A avaliação do comportamento humano no trânsito deve contemplar os processos psicológicos que atuam durante a condução do veículo: percepção e atenção” (AYRES, 2004, p. 75). Tais comportamentos humanos também são normalizados dentro da reprodução de uma cultura de insegurança no trânsito (AYRES, 2004).

Outro meio que também pode gerar conflitos é o número de veículos dentro de um trânsito urbano pouco planejado. A falta de uma estrutura adequada pode trazer não só conflitos físicos e verbais, mas também psicológicos devido o estresse por ser um fator que envolve espaço, congestionamentos e atrasos. Como forma de instrumento de controle e prevenção para com as situações de estresses e violência no trânsito existem punições, intervenções e normativas.

São formas de desenvolver a cultura de segurança social no trânsito com bases em normativas e punições. No entanto, mesmo com as punições ainda é possível encontrar desrespeitos as regras, conforme Ayres (2006) isso acontece devido a relativização de quebras de normativas e legislação.

É neste sentido que as campanhas de conscientização a violência no trânsito se tornam eficazes, direcionadas principalmente para o discurso de prevenção e o quanto

atitudes imprudentes no trânsito pode trazer consequências irreversíveis para a sociedade.

Segundo Santos (2010) a violência no trânsito é um caso de saúde pública porque ela afeta diretamente setores da área da saúde e economia no país. As campanhas e normativas contribuem diretamente para a diminuição dos indicativos preocupantes, porém quando o assunto envolve ética comportamental e tratar de forma natural a quebra de leis, as campanhas e legislações nem sempre conseguem desenvolver punições.

Há esse desafio porque debater sobre ética no trânsito é algo que envolve correção de desvios comportamentais na sociedade, trabalhar com medidas que vão além das punições, que trate sobre educação, reeducação e comtemple diferentes aspectos comportamentais. As normativas contribuem para que haja uma organização e bom senso no trânsito, e as campanhas existem para conscientizar sobre os riscos, porém quando se refere a comportamento humano no trânsito é preciso desenvolver estratégias mais perspicazes.

Envolvem principalmente o Código de Trânsito Brasileiro no qual garante que os indivíduos que infringem as normativas legais sejam devidamente punidos por suas imprudências. As punições envolvem multa, perda do registro de habilitação e prisão dependendo da gravidade do caso. Tais métodos são formas de garantir que as normas sejam cumpridas e respeitadas pelos indivíduos, em muitos casos elas realmente resolvem, garantem o cumprimento da lei e a ordem do trânsito, no entanto elas não asseguram que o comportamento humano, moral, ético e psicológico, será conforme as regras e isso também pode resultar em infrações fatais e não-fatais.

De acordo com Ayres (2004) é necessário pensar também em desenvolver treinamentos para profissionais da segurança pública, dar suporte para exercer um melhor trabalho de monitoramento e tornar a legislação menos flexível para os infratores.

Em suma está é uma tarefa desafiadora que requer estudos sociais, suporte na educação para o trânsito, exercício de políticas públicas voltada para segurança e pesquisas de viveis acadêmicos, técnicos e políticos. Todos esses fatores para pensar nesse problema como um problema de todos, de saúde, segurança e economia do país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste estudo é fundamental pensar em estratégias e práticas que tragam não só debates sobre a violência no trânsito, mas trabalhe também a questão de reeducação, rompendo a cultura de insegurança presentes nas vias urbanas da cidade e também rompendo com a reprodução da violência urbana no trânsito. Ações que podem ir além de campanhas uma vez ao ano, mas desenvolver estratégias contínuas que combatam não só a violência, mas traga conscientização sobre as consequências de atos impulsivos. Além de repensar a questão comportamental do ser humano no trânsito.

Desta forma entende-se que o Código de Trânsito Brasileiro garante que indivíduos que infringem as normativas legais sejam devidamente punidos por suas imprudências. As punições envolvem multa, perda do registro de habilitação e prisão dependendo da gravidade do caso. Tais métodos são formas de garantir que as normas sejam cumpridas e respeitadas pelos indivíduos, em muitos casos elas realmente resolvem, garantem o cumprimento da lei e a ordem do trânsito, no entanto elas não asseguram que o comportamento da pessoa, moral, ético e psicológico, será conforme as regras e isso também pode resultar em infrações fatais e não-fatais.

O estudo traz como alternativa viável para romper tais situações, novas estratégias dentro das campanhas, medidas que repense os fatores apresentados sobre comportamento humano no trânsito, educação e cultura de insegurança reproduzida socialmente. Visa desenvolver também políticas de promoções de segurança e respeito no trânsito. Tendo em vista que se trata de um fator que envolve reeducação social, desenvolvimento de ações educativas no trânsito, principalmente, durante o treinamento de novos condutores. Através dessas novas estratégias é possível levantar debates sobre as imprudências no trânsito, principalmente não subestimar os riscos de acidente e normalizar quebras algumas normativas da legislação, reproduzindo assim a cultura da insegurança nas vias urbanas da cidade.

Mesmo que algumas dessas medidas já sejam encontradas nas campanhas anuais de conscientização sobre violência no trânsito, este estudo descreve a necessidade de trabalhar com tais medidas de forma mais frequente e presente na vida dos novos condutores, tendo em vista que adotar tais procedimentos é pensar em saúde pública e qualidade de vida.

As análises desenvolvidas com os dados do Anuário de trânsito durante o período de três anos contribuíram para compreender a necessidade tais medidas

necessárias conforme a realidade do estado Mato Grosso e do Município de Vila Rica. Tendo em vista que através do estudo dos dados e ao relacionar com pesquisas e autores críticos da área, é possível ressaltar que mesmo com políticas de educação para o trânsito acontecendo anualmente, os dados raramente diminuem, tanto em sentido estadual como municipal.

Por fim considera-se que este trabalho pode contribuir para o desenvolvimento de estratégias voltadas para educação no trânsito, pode contribuir para os estudos na área, o desenvolvimento de estratégias mais eficazes e também pode ser um ponto norteador para pesquisas que visam trabalhar com a problemática de violência no trânsito e a cultura da insegurança sendo reproduzida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AYRES, Nicolau e FERRI, Lúcia Maria Gomes. **CONSIDERAÇÕES PARA A EDUCAÇÃO NO TRÂNSITO**. Revista Científica da Universidade do Oeste Paulista – Unoeste. V 2, nº 1. P. 67-78 jan/jun 2004.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro – CTB**, 1997.

BRASIL. **Código de Trânsito Brasileiro – CTB**, 2020.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA, DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE MATO GROSSO – Unidade de Registro Nacional de Acidentes e Estatística de Trânsito. **Anuário Estatístico De Trânsito 2018-DETRAN**. Mato Grosso, 2018. Disponível em: < <https://www.detran.mt.gov.br/anuario>>.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA, DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE MATO GROSSO – Unidade de Registro Nacional de Acidentes e Estatística de Trânsito. **Anuário Estatístico De Trânsito 2019-DETRAN**. Mato Grosso, 2019. Disponível em: < <https://www.detran.mt.gov.br/anuario>>.

GOVERNO DO ESTADO DE MATO GROSSO, SECRETARIA DE ESTADO DE SEGURANÇA PÚBLICA, DEPARTAMENTO ESTADUAL DE TRÂNSITO DO ESTADO DE MATO GROSSO – Unidade de Registro Nacional de Acidentes e Estatística de Trânsito. **Anuário Estatístico De Trânsito 2020-DETRAN**. Mato Grosso, 2020. Disponível em: < <https://www.detran.mt.gov.br/anuario>>.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: Parte especial. 4 Ed. – Rio de Janeiro, Forense, 2012.

PINHEIRO, Ana Lúcia da Fonseca Bragança; PILEGGI, Gisele Castro Fontanella; GAUBEUR, Ivanise e FORTES, Rita Moura. **EDUCAÇÃO PARA O TRÂNSITO E**

RESPONSABILIDADE SOCIAL. Anais do XXXIV COBENGE. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, Setembro de 2006. ISBN 85-7515-371-4.

RUSSO, M. Bastos. **VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO À “MODA BRASILEIRA”:** INSEGURANÇA, LETALIDADE E IMPUNIDADE. Universidade Federal do Ceará – UFC. 2012.

SANTOS, Márcia Andréia Ferreira e RAMIRES, Júlio César de Lima. **PREVENÇÃO DE ACIDENTES E VIOLÊNCIAS E PROMOÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL.** HYGEIA, Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde - www.hygeia.ig.ufu.br/ v. 6, nº10:35 - 47, jun/2010 ISSN: 1980-1726. 2010.

SOUZA, K. Rezende e KERBAUY, Maria Teresa Miceli. **Abordagem quantiquantitativa:** superação da dicotomia quantitativa-qualitativa na pesquisa em educação. Revista Educação e Filosofia, v. 31; nº 61, 2017. ISSN 0102-6801, p. 2144.

SILVA, Jarbas Barbosa da e MALTA, Deborah Carvalho. **Avaliação de políticas e ações voltadas a prevenção de acidentes de trânsito e violências no Brasil.** Revista Epidemiol. Serv. Saúde, Brasília, v. 22, nº 3: ISSN 371-372, jul-set 2013.

VIEIRA, Ilse Lisiane Viertel; HOLZ, Adriane Rosimeri; SILVA, Mariela Vieira da, SANTOS, Áureo dos e SANCEVERINO, Sérgio Luiz. **PERFIL DA VIOLÊNCIA NO TRÂNSITO APÓS A PROMULGAÇÃO DA “LEI SECA” – RELAÇÃO ENTRE DIREÇÃO E CONSUMO DE BEBIDAS ALCOÓLICAS.** Revista Enfermagem Centro Oeste Mineiro. V. 1, nº 2, p. 210-219. Abri/jun 2011.

CAPÍTULO 2

A COLISÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: DIREITOS DA PERSONALIDADE X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

THE COLLISION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: PERSONALITY RIGHTS X FREEDOM OF EXPRESSION

*Danielly Alexandre Alves⁵
Stefânia Fraga Mendes⁶*

Resumo: Os Direitos Fundamentais se fazem presente na sociedade ao longo da história da humanidade, após diversas lutas e transformações sociais. Nesse contexto, o “Direito” evidencia a necessidade de estabelecer qual o direito deve preceder, suceder e o qual deve se sobressair. Ocorre que em muitas vezes esses direitos entram em conflito diretamente, situação em que um pode invadir os limites do outro. A partir desse cenário, contrapõe-se a “Liberdade de Expressão” com os “Direitos da Personalidade” expondo as características de ambos, revelando seus pontos comuns e divergentes. Por meio de pesquisas bibliográficas, buscou-se a base teórica para fundamentar a problemática envolvendo a colisão dos direitos fundamentais. Para que fosse possível compreender as características que cada um apresenta e sua repercussão no ordenamento jurídico vigente, evidenciou-se a imprescindibilidade da efetivação do juízo de ponderação, aplicando o princípio da proporcionalidade nos conflitos referentes aos direitos fundamentais. O juízo ponderador exercido corrobora com a instituição de um Estado justo e democrático proporcionando que as pretensões atuais da sociedade sejam atendidas de forma adequada. Nesse sentido, ao estudar a temática sobre a colisão entre os direitos fundamentais e se tratando de Direitos da Personalidade e Liberdade de Expressão, busca-se esclarecer os reflexos que esse confronto vem produzindo na sociedade brasileira, sobretudo como tem sido o entendimento dos Tribunais. A metodologia utilizada foi a partir de referenciais bibliográficos e análise de julgados. Foram analisados julgados por amostragem para compreender o atual entendimento dos tribunais.

Palavras-Chave: Direitos Fundamentais. Colisão. Liberdade de Expressão. Direitos da Personalidade.

Abstract: Fundamental Rights are present in society, which have been acquired throughout human history, after various struggles and social transformations. In this context, the “Law” highlights the need to establish which law can precede, succeed and which must stand out. It so happens that these rights often come into conflict directly, a situation in which they can invade the limits of the other. From this scenario, the “Freedom of Expression” is contrasted with the “Rights of Personality” exposing the characteristics of both, revealing their common and divergent points. Through bibliographical research, it sought the theoretical basis to support the issue involving the collision of fundamental rights. In order to understand the characteristics that each one presents and its repercussions in the current legal system, the indispensability of

⁵Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: daniellyalexandreaves@gmail.com

⁶Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professora da Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: stefania.mendes@unemat.br.

carrying out the weighting judgment was highlighted, applying the principle of proportionality in conflicts related to fundamental rights. The pondering judgment exercised corroborates the institution of a fair and democratic State, providing that society's current pretensions are adequately met. In this sense, when studying the issue of the collision between fundamental rights and dealing with Personality Rights and Freedom of Expression, it seeks to clarify the consequences that this confrontation has produced in Brazilian society, especially as the understanding of the courts has been. The methodology used was based on bibliographic references and judgmental analysis. Judgments were analyzed by sampling to understand the current understanding of the courts.

Keywords: Fundamental Rights. Collision. Freedom of expression. Personality Rights.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta o estudo da colisão entre direitos fundamentais envolvendo a liberdade de expressão contrapostos aos direitos da personalidade na era das tecnologias.

Vivemos atualmente em uma sociedade repleta de informações, em que as pessoas são bombardeadas com todos os tipos de conteúdo. Ocorre que muitas vezes direitos entram em conflito diretamente, onde um pode invadir os limites do outro. Desse modo o “Direito” serve de instrumento de resolução desses dilemas sociais que foram gerados pelas ações humanas e que causam transtornos na vida das pessoas afetadas.

Os direitos da personalidade são direitos atribuídos ao ser humano, além de serem direitos civis e fundamentais, positivados no artigo 5, inciso X, da Constituição Federal e no Código Civil. Salienta-se, que a Carta Magna não ampara apenas os direitos da personalidade (vida privada, intimidade, honra e imagem), mas também a liberdade de expressão.

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao abordar sobre a liberdade de expressão, deixando claro que é vedado qualquer tipo de censura. Contudo, o art. 220 do texto constitucional estabelece limites á liberdade de expressão. O dispositivo mencionado confirma que esse direito não é absoluto, assim não podendo ser desigual com os direitos da personalidade, sendo estes também limitados.

É evidente que os direitos da personalidade e a liberdade de expressão podem entrar em rota de colisão facilmente, uma vez que ambos percorrem caminhos opostos.

É certo que ambos são direitos que dispõem de proteção constitucional, logo, são de mesma hierarquia. Entretanto, casos que envolvem colisões entre direitos fundamentais estão cada vez mais recentes, como o direito de informação que confronta com o direito a intimidade. Nesse sentido, diante de um caso concreto, abordaremos os seguintes questionamentos: Como tem ocorrido a colisão entre direitos fundamentais envolvendo direitos da personalidade e a liberdade de expressão? Quais implicações esse confronto tem causado na vida das pessoas afetadas?

Dessa forma, é imprescindível compreender quais são os meios jurídicos utilizados para resolver colisões entre esses direitos visto que constantemente existirão situações fáticas que não serão alcançadas pelo legislador.

O DIREITO DA PERSONALIDADE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são direitos essenciais à dignidade da pessoa humana, expressos em uma Constituição. Flávio Martins define direitos fundamentais como “são aqueles reconhecidos e positivados no ordenamento jurídico interno do país” (MARTINS, 2019, p. 787).

Nesse sentido, Barroso conceitua direitos fundamentais como “a positivação pelo Estado, dos direitos morais das pessoas. Isso se dá por previsão expressa ou implícita no texto constitucional ou no chamado bloco de constitucionalidade” (BARROSO, 2020, p. 511).

Atualmente os Direitos Fundamentais estão previstos na Constituição Federal de 1988. Tais direitos são imensamente amplos e significantes ao estado democrático de direito em que vivenciamos. Ressalta-se que os direitos individuais positivados no artigo 5º são cláusulas pétreas explícitas, conforme dispõe a redação do art. 60, parágrafo quarto do referido diploma legislativo, vejamos: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) §4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.”

De acordo com Lenza, os direitos fundamentais, direitos esses conquistados ao longo do tempo, são divididos em dimensões. Os direitos fundamentais surgiram inicialmente do lema “igualdade, liberdade e fraternidade”, usados na Revolução Francesa no século XVIII. Mencionam-se os direitos de 1ª, 2ª e 3ª dimensão,

precipuamente. Todavia, hoje já são mencionados os direitos de quarta e quinta dimensões.

Os direitos humanos da 1.^a dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentismo estatal. O seu reconhecimento surge com maior evidência nas primeiras constituições escritas, e podem ser caracterizados como frutos do pensamento liberal-burguês do século XVIII. Mencionados direitos dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, ou seja, direitos civis e políticos a traduzir o valor liberdade. (LENZA, 2020, p. 958)

A primeira dimensão dos direitos fundamentais é vista como limitação ao Poder do Estado de natureza negativa, relacionada as ideias do próprio Estado Liberal. A segunda, como direitos de igualdade de natureza positiva que marca a transição do Estado Liberal para o Estado Social. Por fim a terceira dimensão reconhecida pelos direitos de fraternidade, de caráter difuso e coletivo, pertencente a todos sem distinção.

E é neste contexto que estão inseridos os direitos da personalidade. A proteção aos direitos da personalidade ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, em virtude das constantes violências dos regimes totalitários contra a pessoa humana, o qual findou a Declaração Universal de Direitos dos Homens e em reformas dos Códigos pelo mundo inteiro. Nesse interim, Schreiber ressalta:

Foi nesse contexto histórico da segunda metade do século XIX, marcado por injustiças e revoltas, que surgiram as primeiras construções em torno dos direitos da personalidade. A expressão foi concebida por jusnaturalistas, franceses e alemães para designar certos direitos inerentes ao homem, tido como preexistentes ao seu reconhecimento por parte do Estado (SCHREIBER, 2014, p. 05)

Nas palavras de Schreiber “os direitos da personalidade encontraram forte resistência em um ambiente jurídico marcado por um pensamento liberal, especialmente no âmbito do direito privado” (SCHREIBER, 2014, p. 05). Cooperou também para isso a existência de divergências entre os defensores da própria categoria, isto é, não havia um entendimento sobre quais eram os direitos da personalidade.

No Brasil após quase um século de esquecimento, os direitos da personalidade reapareceram por intermédio da Constituição Federal de 1988 e posteriormente foram incluídos ao Código Civil de 2002. Nesse sentido Schreiber preceitua que:

Os direitos da personalidade constituem-se atributos essenciais da pessoa humana, cujo reconhecimento jurídico resulta de uma contínua marcha de conquistas históricas. A Constituição Federal Brasileira de 1988 dedica-se, em seu Título II, aos Direitos e Garantias Fundamentais. O Código Civil Brasileiro reserva um capítulo aos Direitos da Personalidade. (SCHREIBER, 2014, p. 13)

Os direitos da personalidade decorrem do princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1, inciso III da Constituição Federal. Nesse diapasão Schreiber refere-se ao princípio da dignidade da pessoa humana como:

O valor síntese que reúne as esferas essenciais de desenvolvimento e realização da pessoa humana. Seu conteúdo não pode ser descrito de modo rígido; deve ser apreendido por cada sociedade em cada momento histórico a partir de seu próprio substrato cultural. Mais importante que a conceituação é a sua compreensão do propósito da sua incorporação ao ordenamento jurídico: proteger a condição humana, em seus mais genuínos aspectos e manifestações, tornando-se a pessoa sempre como um fim e não como um meio (SCHREIBER, 2014, p. 07)

No que se refere ao conceito de direitos da personalidade, há divergências a respeito da temática, visto que não há unanimidade na doutrina.

Paulo Nader conceitua os direitos da personalidade como “expressão do direito natural, porque são históricos, derivam da ordem natural das coisas e são reveladas pela participação conjunta da razão e da experiência. Por isto não expressa uma nacionalidade, mas um elemento humano do direito” (NADER, 2016, p. 254).

Desse modo, pode se afirmar que os direitos da personalidade são direitos atribuídos a pessoa de lhe defender o que é próprio, ou seja, o fundamento de sua personalidade, bem como as qualidades referentes a ela. Além disto, tais direitos se relacionam de modo direto com a pessoa enquanto ser humano. Esses acompanham a vida toda dos indivíduos, isto é, vários direitos da personalidade farão parte da existência do ser humano, desde o nascimento até sua morte.

Fábio Ulhoa Coelho mostra algum desses direitos os quais são: “Sob o signo de “direitos da personalidade”, agrega a tecnologia civilista um número cada vez maior de direitos subjetivos. Assim, o direito à vida, integridade física, saúde, verdade, respeito e outros tantos têm sido estudado nessa categoria” (COELHO, 2012, p. 428).

Mello e Moreira acreditam que os direitos da personalidade como direitos subjetivos absolutos possuem além de sua oponibilidade *erga omnes*, as seguintes características:

a) Generalidade, no sentido de que todos os seus titulares estão protegidos dos direitos da personalidade; b) Extrapatrimonialidade, os direitos da personalidade não são aferidos objetivamente por um critério econômico; c) Intransmissibilidade e irrenunciabilidade, conforme artigo 1122, do Código Civil, significa que estes não podem sofrer mutuação subjetiva e não podem ser abdicados, recusados ou rejeitados pelo titular do direito, respectivamente;

d) Imprescritibilidade está ligada a inexistência de prazo para o seu efetivo exercício; e) Impenhorabilidade, característica intrínseca à indisponibilidade, significa que o direito não pode ser abarcado por penhora; f) Vitaliciedade, já que são inatos e permanentes à pessoa até a morte. (MELLO; MOREIRA, 2015, p. 206)

O art. 11 do Código Civil determina que “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.” Nos escritos de Farias e Rosenvald:

Dessa maneira, muito embora os direitos da personalidade sejam indisponíveis ao seu titular, admite-se, eventualmente, a cessão do seu exercício, em determinadas situações e dentro de certos limites. Significa, pois, a possibilidade de um direito da personalidade dele dispor, dê que em caráter relativo, não sacrificando a própria dignidade. (FARIAS; ROSENVALD, 2017, p. 173)

Assim constata-se que os direitos da personalidade devem ser vistos de forma relativa, desde que não sejam aplicados de forma abusiva e prejudicial, é viável permitir a disponibilização deles, como por exemplo, o uso da imagem.

O DIREITO FUNDAMENTAL À LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Os Direitos Fundamentais eram absolutos até o século XVIII, tendo como princípio o direito natural fixado por John Locke, executando o Estado, o papel apenas de garantidor. Os Direitos Fundamentais são aqueles essenciais, por meio do qual todas as pessoas são certificadas de uma existência digna. A Liberdade de Expressão é uma subdivisão do direito fundamental e serve como mecanismo para o exercício desse direito.

No Brasil, assim como em boa parte da América, após o Golpe Militar que começou em 1964 e durou 22 anos – período o qual houve severa ruptura no modelo democrático – o princípio da Liberdade de Expressão ganhou amparo em nosso ordenamento jurídico com a aprovação e promulgação da Constituição Federal de 1988 que readquiriu e salientou sua preocupação com a manifestação do pensamento e consagrou o referido princípio como cláusula pétreia nos termos do art. 5º, incisos IV e IX da Constituição.

Sobre o direito à liberdade de expressão, Meyer, Pflug e Pinho sustentam que a liberdade de expressão “(...) é uma denominação ampla, abrangendo desde a liberdade do pensamento e suas derivações (crença, culto, consciência, acesso a informação,

jornalística e científica, dentre outros) até a manifestação, sentimentos e sensações desse pensamento” (MEYER; PFLUG, 2009, p. 66; PINHO, 2011, p. 114).

Na doutrina brasileira existe uma diferença entre liberdade de expressão e liberdade de informação, uma vez que a primeira diz respeito ao direito de apresentar ideias, críticas e opiniões, ou seja, qualquer manifestação do pensamento humano. Enquanto a segunda refere-se ao direito de comunicar fatos de forma livre bem como o direito de ser informado. A esse respeito Barroso elucida o seguinte:

É fora de dúvida que a liberdade de informação se insere na liberdade de expressão em sentido amplo, mas a distinção parece útil por conta de um inegável interesse prático, relacionado com os diferentes requisitos exigíveis de cada uma das modalidades e suas possíveis limitações. A informação não pode prescindir da verdade - ainda que uma verdade subjetiva e apenas possível pela circunstância de que é isso que as pessoas legitimamente supõem estar conhecendo ao buscá-la. Decerto, não se cogita desse requisito quando se cuida de manifestações da liberdade de expressão. De qualquer forma, a distinção deve pautar-se por um critério de prevalência: haverá exercício do direito de informação quando a finalidade da manifestação for a comunicação de fatos noticiáveis, cuja caracterização vai repousar sobretudo no critério da sua veracidade (BARROSO, 2004, p. 19)

Desse modo, importante ressaltar que independente da diferença que se faz entre a liberdade de expressão, informação e a liberdade de imprensa é notório, que, ambas são espécies do gênero liberdade de expressão, tido como direito fundamental na Constituição Federal de 1988.

A Constituição Federal de 1988 é enfática ao abordar sobre a liberdade de comunicação social, deixando definido que é vedado qualquer tipo de censura.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nessa Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

A Constituição em seu artigo 220, citado acima estabelece a limites a liberdade de expressão. Esse artigo confirma que o direito de expressão não é um direito absoluto. Dessa maneira não podendo ser desigual com os direitos da personalidade, sendo estes também restritos. Os direitos devem acatar as limitações particulares a sua eventual submissão a outros interesses de igual valor.

No caso de manifestação utilizada pela imprensa, quando de conteúdo abusivo, segundo Pinho será responsabilizado o autor e na ausência de sua autoria, responderão

os responsáveis pelo veículo da publicação, sendo garantido também aquele que se sentiu ofendido, ou atingido pela manifestação de pensamento de outrem, o direito de resposta. (PINHO, 2011, p. 115)

Entende-se que a Liberdade de Expressão e de Informação é um direito fundamental, sendo permitido a qualquer pessoa a livre manifestação de ideias e pensamentos por meio de imagens, palavras ou escritos. A respeito desta temática, Boldrini, ressalta que não existe democracia sem liberdade de expressão. A vista disso é considerado um dos mais preciosos direitos do homem. (BOLDRINI, 2016, p. 04).

Dessa forma a Constituição Federal assegura aos indivíduos por meio da liberdade de expressão, informação e de imprensa o direito de expor suas convicções livremente sem qualquer repressão por meio de qualquer meio de comunicação bem como o direito de receber informações verdadeiras que auxiliam na fortificação do exercício da democracia e no desenvolvimento social.

A UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DA PONDERAÇÃO

Os direitos fundamentais pertencem a todas as pessoas indistintamente e em algumas situações específicas o direito de um indivíduo pode vir a invadir o direito de outro.

Em um Estado Democrático de Direito a Constituição Federal reflete sobre inúmeros pensamentos diferentes. Esses pensamentos, muitas vezes acabam chocando entre si. Marmelstein argumenta que “as normas constitucionais são potencialmente contraditórias, já que refletem uma diversidade ideológica típica de qualquer Estado Democrático de Direito. Não é de se estranhar, dessa forma, que elas frequentemente, no momento aplicativo, entrem em rota de colisão” (MARMELSTEIN, 2008, p.45).

Há muitos casos de confronto de direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à informação que conflita com o direito a intimidade; a liberdade de imprensa com o direito à privacidade dentre outros.

Os conflitos ocorrem devido os direcionamentos opostos de cada um dos princípios, já que o direito à informação, a liberdade de expressão está no caminho da transparência da livre circulação de informação, enquanto os direitos da personalidade, encontram-se no caminho da tranquilidade, do sigilo da não exposição.

De acordo com Barroso os critérios tradicionais de conflitos, quais seja, hierárquico, temporal e especialização não são aptos para a solução de colisões que envolvem direitos fundamentais. (BARROSO, 2004, p.3)

E nesta concepção que se insere a colisão entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade, ambos são direitos protegidos constitucionalmente, entre os quais não há relação de hierarquia.

Para corroborar o entendimento mencionado acima Barroso ainda, afirma, que “não existe hierarquia em abstrato entre princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro, ser determinada a luz do caso concreto”. (BARROSO, 2009, p. 239)

Desta forma, no caso de conflitos entre direitos não há relação de hierarquia entre direitos da personalidade e liberdade de expressão. Desse modo, utiliza-se a aplicação do método hermenêutico constitucional, relacionado ao princípio da proporcionalidade e da ponderação de bens como parâmetros para oferecer a solução cabível aos conflitos de direitos fundamentais presentes no caso concreto.

E nesta visão de colisão entre princípios e “peso” surge a técnica de ponderação de interesses. Bessa conceitua a técnica da ponderação como “Trata-se de uma técnica para a solução dos chamados hard cases, nos quais a mera subsunção é insuficiente.” (BESSA, 2006, p. 09).

De maneira simples, é possível descrever a ponderação em três etapas. Primeiramente, o aplicador identifica as normas de direitos fundamentais que estão em confronto, posteriormente, passa a analisar o contexto fático e sua repercussão sobre as normas em conflito. Por fim, na última fase, que é a da decisão deve haver uma avaliação em conjunto das normas e o impacto atribuído aos fatos, objetivando conferir “pesos” aos elementos em colisão, estabelecendo quais devem prevalecer e em qual intensidade.

A ponderação é um processo que se constitui por três etapas: a identificação das normas pertinentes ao caso pelo intérprete, verificando os conflitos entre elas; a identificação das condições fáticas e as interações com as normas; a análise conjunta dos diferentes grupos de normas e as circunstâncias concretas, apurando os pesos a serem atribuídos aos elementos da questão em embate, estabelecendo o grupo de normas que irá preponderar. (GUIMARÃES, 2015, p. 184)

É evidente que a técnica da ponderação tem grande importância para resolução de casos práticos do cotidiano. Afinal essas situações estão cada vez mais frequentes diante da superexposição que a evolução tecnológica está viabilizando as relações humanas.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL: DIREITOS DA PERSONALIDADE X LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Apesar de os meios de comunicação, sobretudo a internet, apresentarem muitas vantagens à sociedade, alguns direitos da personalidade tornaram-se mais suscetíveis de violação. Utilizando a liberdade de expressão como pretexto, a personalidade de boa parte dos indivíduos vem sendo atingida, por meio dos veículos de comunicação, principalmente para as redes sociais.

De modo frequente, sempre se encontra no “mundo das celebridades” casos de ofensas aos direitos da personalidade, possivelmente pela falsa percepção de que pessoas públicas abrem mão de tais direitos.

No ano de 2007 a atriz Isis Valverde ingressou com uma ação judicial contra a revista *playboy* que publicou sem autorização uma foto na qual a atriz aparece com os seios à mostra, com a seguinte legenda **“Isis Valverde, no Rio, da adeusinho e deixa escapar o cartão de boas-vindas.”**

Na época dos fatos Isis interpretava a personagem Telma da novela “Paraiso Tropical” quando foi surpreendida por um paparazzo, ocasião em que estava parcialmente nua, durante a gravação de uma cena em que sua personagem escorregava de um parapeito e morria.

Ao ajuizar a ação a atriz argumentou que foi fotografada sem autorização e que a revista utilizou da sua imagem para fins comerciais. No entanto, a revista *Playboy* alegou que a imagem era de cunho informativo e que não havia exploração comercial.

A magistrada responsável pelo caso, Kátia Cilene da Hora Machado Bugarim, deu razão a artista. Em consonância com a sentença Isis Valverde foi fotografada em um momento de descuido e a revista *playboy* usou a imagem de forma sensual para progredir com as vendas, visto que ali não havia o objetivo de informar.

A Justiça condenou a revista *Playboy* a pagar R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) mais juros e correção monetária a atriz. Contudo, a editora responsável pela revista recorreu, aduzindo, que não havia nenhuma ilegalidade na divulgação da imagem, tendo em vista, que, havia um contrato entre a atriz e a empresa que fez as fotos.

Argumentou-se, ainda que mesmo com a ausência do contrato não seria necessário a autorização prévia para usar a imagem de Isis, uma vez que a editora exerceu o direito à liberdade de expressão. Por fim, alegou ainda que o fato da artista ser pessoa pública permite a autorização. Diante desse cenário, a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça seguiu o voto de

Luis Felipe Salomão. De acordo com o ministro, o abuso de direito ficou constatado por ter sido configurado a ofensa a intimidade, imagem e vida privada, cuja redação se transcreve: No caso em julgamento, inexistente interesse público. A própria matéria jornalística contém a legenda “fotos indiscretas da Playboy (...) Isis Valverde, no Rio, dá adeusinho e deixa escapar o cartão de boas-vindas” (TJe 66). Ou seja, além do direito à imagem foi violada a intimidade da autora. 33. **O Superior Tribunal de Justiça considera que “não se nega o nítido confronto entre o exercício dos direitos da personalidade e da liberdade de expressão da atividade intelectual e de comunicação, igualmente assegurada pela Carta Magna, que veda, por sua vez, qualquer espécie de censura. Todavia, é também cediço que os veículos de comunicação não só podem, como devem ter limitações, sendo uma delas justamente a deferência indispensável aos direitos fundamentais, dentre os quais, os personalíssimos direitos à imagem, honra, privacidade e intimidade certamente estão inclusos” (in STJ, AREsp 376227, DJe 05.11.13).** 34. **Diante disso, a publicação da imagem da autora com os seios à mostra, sem a sua autorização, foi ilícita (art.927 do CC).** -Dano moral 35. A Corte Nacional considera que “em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo de cogitar-se a prova de prejuízo ou dano. O dano é a própria utilização indevida da imagem, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral” (STJ, REsp267.529-RJ Quarta Turma DJe 18.12.00) (*grifos acrescidos*)

Analisando a decisão mencionada acima, o ministro ressalta que não existe prova inequívoca da má-fé da publicação para que não justifique uma indenização. Salienta-se, ainda, que embora as celebridades tenham o direito a imagem mitigado os mesmos não podem ser expostos a situações vexatória ou humilhante. Mesmo que estejam em um local popular o interesse público não pode ultrapassar os limites do aceitável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A temática sobre a incidência dos direitos fundamentais na seara privada causa intensas discussões no ordenamento jurídico, sendo fundamental para a garantia de uma sociedade livre, justa e democrática. Inicialmente ficou certificado que a origem dos direitos fundamentais é muito importante para seu significado, tendo em vista que tem uma relação direta com sua eficácia.

É nesse contexto que se insere a proteção aos Direitos da Personalidade. Tais direitos passaram por uma longa evolução, contudo, a partir da Segunda Guerra Mundial, foi reconhecido ao indivíduo direitos em face do próprio Estado impedindo abusos parecidos com o conflito mundial.

No Brasil, os direitos da personalidade foram evoluindo aos poucos, tendo grande relevância com o advento da Constituição Federal. A Carta Magna trouxe a tais

direitos *status* de direitos fundamentais, os consagrando como cláusulas pétreas de nosso ordenamento jurídico.

Com a evolução das novas tecnologias, os direitos da personalidade são violados de forma frequente. No decorrer deste artigo foram realizadas observações e análises acerca dos direitos da personalidade, liberdade de expressão e informação e dentre os meios de violação aos direitos, foi constatado que os veículos de comunicação, na maioria das vezes utilizam a liberdade de expressão como pretexto para violar diretamente tais direitos.

Entretanto, isso não significa dizer que a Liberdade de Expressão não tem a mesma incidência de proteção que os direitos da personalidade. Ambos os direitos são protegidos constitucionalmente, ou seja, possuem a mesma hierarquia, o que acarreta a necessidade de parâmetros específicos para a sua compatibilização, em caso de notória colisão.

Ao desenvolver o trabalho, observou-se diante de um caso concreto que o Tribunal tem proferido decisões que se inclinam a que os direitos a personalidade se sobressaiam em caso de conflito com a liberdade de expressão. Isso tem acontecido devido aos abusos que a imprensa tem ocasionado sobre as pessoas, principalmente, quando se trata de pessoas notórias.

Sabe-se que os meios de comunicação não são livres para divulgarem todo o tipo de informação. É preciso avaliar todos os aspectos que foram observados para alcançar um resultado justo. Abusos e ofensas devem ser rechaçados, devendo buscar sempre a ponderação entre tais direitos.

Desse modo, buscou-se apresentar que a técnica da ponderação objetiva assegura um equilíbrio entre os direitos em conflitos, tendo em vista que ninguém quer retornar a censura e nem ter que renunciar a seus direitos por causa de uma liberdade de expressão sem regras.

Dessa forma, o magistrado deverá ponderar e resguardar ambos os direitos, quais sejam, direitos da personalidade e a liberdade de expressão afim de que seja proporcionada, dentro do possível, uma decisão justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo. Saraiva. 2020.

_____. Luis Roberto. Colisão entre Liberdade de Expressão e Direitos da Personalidade: Critérios de Ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada pelo Código Civil e da Lei de Imprensa. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 235, p. 1-36, jan. 2004. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45123>>. Acesso em: 14 Jul. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v235.2004.45123>.

BOLDRINI, Fernanda. O Direito ao Esquecimento no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Revista PUCRS**. 2017. Disponível em < <http://www.pucrs.br/revista/>>. Acessado em 16 de março de 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 5.ed. São Paulo. Saraiva. 2012. v.1.

FARIAS, Cristiano Chaves de; Roselvald, Nelson. **Curso de direito civil**. 15º. edição. Salva-dor: Juspodivm, 2017. v.1.

GUIMARÃES, Ricardo Duarte. Liberdade de expressão e direitos da personalidade: critérios de ponderação de interesses para biografias não autorizadas. Repositório Institucional. Universidade Federal da Bahia. p. 1-243. Maio 2015. Disponível em: < <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/17739>> Acesso em 11 de junho de 2020.

Isis Valverde será indenizada por foto em situação vexatória. CONJUR. 2017. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2017-jun-21/isis-valverde-indenizada-foto-situacao-vexatoria>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

MARETTI. Luís Marcello Bessa. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações entre particulares**. Revista de Direito Público. Londrina, v.5, número 3, p. 81-99, dez. 2010.

MARMELSTEIN, George. **Curso de Direitos Fundamentais**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MELLO, Cleyson de Moraes; MOREIRA, Thiago. **Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2015.

MEYER PFLUG, Samantha Ribeiro. **Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio**. São Paulo. Editora RT. 2009.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil – Parte Geral**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, v. 1.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2019.

PINHO, Rodrigo César Rebello. **Teoria Geral das Constituições e Direitos Fundamentais – Sinopses Jurídicas**. São Paulo. Saraiva. 11. ed. vol. 17. 2011.

Playboy é condenada a pagar R\$40 mil a Isis Valverde. CONJUR. 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-mar-18/playboy-indenizar-isis-valverde-publicar-foto-autorizacao>>. Acesso em 20 de maio de 2021.

CAPÍTULO 3

É PRECISO FALAR EM LIBERDADES DE PESSOAS TRANSGÊNERAS NO BRASIL: CADÊ OS DIREITOS HUMANOS QUE ESTAVAM AQUI?

IT IS NECESSARY TO TALK ABOUT TRANSGENDER PEOPLE'S FREEDOMS IN BRAZIL: WHERE ARE THE HUMAN RIGHTS THAT WERE HERE?

Fabício Souza Arantes⁷
Antônio Leonardo Amorim⁸

Resumo: Os gêneros ainda continuam a ser violados diariamente no Brasil, o mapa da violência da conta que o Brasil é o país que mais violenta corpos trans, de outro em compromisso firmado junto à Organização das Nações Unidas, o Brasil se comprometeu a resguardar a todos os cidadãos o direito à liberdade, segurança, vida, paz, saúde, dentre outros direitos que ratificou na Declaração Universal de Direitos Humanos (DUDH). Por meio desta pesquisa bibliográfica, busca-se investigar a dinâmica social das violências e das manifestações de preconceitos cotidianas sofridas pelas pessoas transgêneras residentes na República Federativa do Brasil. Mais precisamente, analisa-se três círculos sociais: família, escola e trabalho. Inicialmente, nota-se que a abordagem bibliográfica permite compreender que a supervalorização da DUDH inserida no plano interno na Constituição Federal de 1988, fundamenta algumas conquistas dos membros da comunidade LGBTQIA+. Além disso, esse trabalho se encarrega de descrever alguns desafios contemporâneos e enfatiza-se o cotidiano marcado por violências e preconceito, com escopo de comprovar a necessidade de efetivação dos direitos humanos como mecanismos de proteção de pessoas, no país que mais mata LGBTQIA+ no mundo. Quando o tema é violência de gênero, o Brasil é o 1º lugar no ranking, o que não condiz com a supervalorização dos humanos idealizados no texto constitucional, menos ainda com a perspectiva humanista. Tendo em vista essas reflexões, sugere-se algumas soluções para os problemas dos transgêneros: formulação de leis específicas; tratamento psicológico para casos de bullying; penas majoradas para os crimes de homofobia e transfobia; análise da lei uruguaia.

Palavras-Chave: Gênero. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. LGBTQIA+.

Abstract: Genders still continue to be violated daily in Brazil, the map of violence shows that Brazil is the country that most violently violates trans bodies, on the other hand, in a commitment signed with the United Nations, Brazil has pledged to protect all citizens the right to liberty, security, life, peace, health, among other rights that it ratified in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR). Through this bibliographical research, we seek to investigate the social dynamics of violence and manifestations of everyday prejudice suffered by transgender people residing in the Federative Republic

⁷ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso.

⁸ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

of Brazil. More precisely, three social circles are analyzed: family, school and work. Initially, it is noted that the bibliographical approach allows us to understand that the overvaluation of the UDHR, inserted internally in the Federal Constitution of 1988, underlies some achievements of the members of the LGBTQIA+ community. In addition, this work is in charge of describing some contemporary challenges and emphasizes the daily life marked by violence and prejudice, with the scope of proving the need to implement human rights as mechanisms for protecting people, in the country that kills the most LGBTQIA+ in the world. When the topic is gender violence, Brazil is the 1st place in the ranking, which is not consistent with the overvaluation of idealized humans in the constitutional text, even less with the humanist perspective. In view of these reflections, some solutions to transgender problems are suggested: formulation of specific laws; psychological treatment for bullying cases; increased penalties for homophobia and transphobia crimes; analysis of the Uruguayan law.

Keywords: Gender. Human rights. Fundamental rights. LGBTQIA+.

INTRODUÇÃO

Considerando a perspectiva constitucional contemporânea, descreve o ser humano como o centro do ordenamento, aduz-se que a principal bandeira do Estado Democrático de Direito é à garantia dos bens jurídicos fundamentais oriundos dos Direitos Humanos. Neste prisma, esta pesquisa bibliográfica descreverá os principais movimentos que tinham os Direitos Humanos como bandeira, de forma especial o que deu origem a Declaração Universal dos Direitos Humanos, marco histórico no que tange aos direitos do homem, posteriormente aos direitos inerentes aos seres humanos.

Dada a relevância dos direitos inerentes aos seres humanos, justifica-se a temática, pois o preconceito e as diversas formas de violências surgidas em ambiente familiar, escolar e laboral apontam para um cerceamento de alguns direitos humanos das pessoas transgêneros residentes no Brasil.

O Brasil é o país que mais mata pessoas LGBTQIA+ no mundo, mesmo considerando que é crime homofobia, nesse sentido, o que demonstra que mesmo criminalizando condutas e positivando garantias de direitos humanos, não se tem efetiva proteção de pessoas.

Diante disso, indaga-se, o Brasil tem assegurado direitos humanos aos transgêneros? A resposta a esse problema de pesquisa, será obtida pela pesquisa bibliográfica, documental, comparada, a partir do método indutivo.

DIREITOS HUMANOS X O COTIDIANO DAS PESSOAS TRANSGÊNEROS RESIDENTES NO BRASIL

Atualmente, o Brasil tornou-se solo fértil para exteriorização e propagação de inúmeras formas de preconceito, pois tudo é brincadeira, até quando o preconceito é exteriorizado em pronunciamentos de alguns políticos conservadores ou evangélicos.

Nunca a chamada Cura Gay foi tão propagada pelas mídias e mencionada por leigos. Nunca comentários sarcásticos, vexatórios foram tão aclamados por partidários, por seguidores de políticos que incutem um negacionismo aos direitos das maiorias (pretos, indígenas, LGBTQIA+ e nordestinos). Maiorias sem poderes político e econômico.

Posto isto, é preciso compreender, se a ideologia negacionista seria um prenúncio de um retrocesso no país que mais mata LGBTQIA+? De certa maneira, seria um retrocesso constitucional, haja vista que a carta magna proíbe qualquer forma de discriminação e reitera a igualdade de direitos do ser humano, pelo simples fato de ser humano. Mediante essas premissas, convém mencionar que de todos os componentes das maiorias, as pessoas transgêneros são as mais marginalizadas no país que mais mata LGBTQIA+ no mundo.

Em razão disto, surge a temática do trabalho de conclusão de curso, pautada em dados extraídos em três ambientes onde os preconceitos são mais latentes (família, escola e trabalho), com escopo de entender os motivos da não efetivação plena dos direitos humanos descritos na Declaração Universal de Direitos Humanos que foram contemplados e supervalorizados pela Constituição Federal de 1988.

Enfim, por meio dos dados a seguir, nota-se que algumas das conquistas mencionadas no capítulo anterior, pautadas na carta magna, não foram suficientemente eficazes no que tange à erradicação de ocorrência de discriminação, tão combatida pelos defensores dos direitos humanos nacionais e internacionais.

DIREITOS HUMANOS X PRECONCEITO

“Na atualidade, encontra-se também difundida a visão de que os direitos humanos se fundam no reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da espécie humana, entendidos como iguais em sua essência, não obstante qualquer peculiaridade física, mental, ou intelectual, ou qualquer outro aspecto de sua existência” (PORTELA, 2019, p. 960).

Portela (2019) entende que os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e complementares e, nesse sentido os diversos direitos dependem uns dos outros para sua realização. Contudo o cotidiano das pessoas transgêneros, marcado por preconceitos e violências, comprova que pode ocorrer a divisão dos direitos humanos e até a negação da existência de um determinado direito.

Na perspectiva de Guimarães (2004, p. 18):

[..]o preconceito seria apenas a crença prévia (preconcebida) nas qualidades morais, intelectuais, físicas, psíquicas ou estéticas de alguém, baseada na ideia de raça. Como se vê o preconceito pode manifestar-se, seja de modo verbal, reservado ou público, seja de modo comportamental, sendo que só nesse último caso é tido como discriminação.

Rocha (2011), por sua vez, entende que o preconceito se manifesta nas diferentes esferas do cotidiano de uma sociedade, nas esferas do Estado, da cultura, das políticas. Diante destes pressupostos teóricos, torna-se relevante direcionar o foco deste trabalho acadêmico para o preconceito direcionado às pessoas transgêneros residentes no Brasil.

Nesse sentido, Jesus (2013, p. 102) acentua que:

Historicamente, a população transgênero...é estigmatizada, marginalizada e perseguida, devido à crença na sua anormalidade, decorrente do estereótipo de que o -natural é que o gênero atribuído ao nascimento seja aquele com o qual as pessoas se identificam e, portanto, espera-se que elas se comportem de acordo com o que se julga ser- adequado para esse ou aquele gênero.

Sobre o estigma, torna-se cumpre citar que as pessoas transgêneros depararam-se com manifestações preconceituosas dentro do grupo LGBTQIA+, pois a mulher transgênero que não deseja se submeter a cirurgia de redesignação é taxada como travesti.

Essa taxaço, coloca as pessoas transgêneros na posição de minoria entre os grupos componentes da sigla. Contudo tem-se a ciência que o preconceito se perpetua de forma mais traumática em três círculos sociais: a família, a escola e o trabalho. Círculos sociais, analisados de forma superficial nos próximos tópicos devido à existência de poucos dados sobre os cotidianos das pessoas transgêneros residentes no Brasil.

PRECONCEITO FAMILIAR POR AUSÊNCIA DE ENTENDIMENTO

O círculo social denominado de família, tem grande importância na formação moral, ética e psicológica do indivíduo, por ser o elemento propulsor da felicidade.

Segundo Lacan (1985, p.13) “entre todos os grupos humanos, a família desempenha um papel primordial [...], a família prevalece na primeira educação, na repressão dos instintos”.

A ideia de que o papel de repressor de instintos pertence à família, corrobora para o infortúnio da maioria das pessoas transgêneros que devido à ausência de entendimento dos membros do núcleo familiar no que tange aos seus anseios, passam a ser vítimas de violências morais, psicológicas e até físicas. Bicalho e Caproni Neto (2015) acreditavam que os sujeitos transgêneros são vítimas de diversas violências simbólicas na sociedade por serem considerados doentes, promíscuos, marginais.

É preciso lembrar que a estigmatização e inferiorização advindas dos entes familiares culminam com a invisibilidade do transgênero perante a sociedade e o Estado. Isto porque a violação dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e da personalidade inicia-se onde deveria existir acolhimento incondicional: o núcleo familiar.

Nesse sentido, Simone de Beauvoir (1980, p. 54), entende que:

[...] quando um indivíduo ou um grupo de indivíduos é mantido numa situação de inferioridade, ele é de fato inferior; mas é sobre o alcance da palavra ser que precisamos entender-nos; a má-fé consiste em dar-lhe um valor substancial quando tem o sentido dinâmico hegeliano; ser é ter-se tornado, é ter sido feito tal qual como se manifesta; o problema consiste em saber se esse estado de inferioridade, bem como o tratamento dado deve perpetuar-se.

Frente aos pensamentos de Beauvoir, restará ao trans duas opções: 1) permanecer invisível em meio as suas angústias; 2) romper a barreira familiar, por meio de fuga ou de expulsão em decorrência da autodeterminação. Ademais, vale salientar alguns índices alarmantes que justificam a necessidade de ruptura familiar: agressões em torno de 49%; depressão em transgênero atinge 60% e o índice de tentativa de suicídio é de 40%.

BULLYING EM AMBIENTE ESCOLAR – SUA CONTRIBUIÇÃO PARA PERMANÊNCIA DO PRECONCEITO SOCIAL ENTRE GÊNEROS

“Marcadores sociais de diferenças – como raça/cor, etnia, gênero, orientação sexual, posição geracional e classe social- são componentes determinantes em nossa sociedade para a sustentação de preconceitos, atitudes estigmatizantes e comportamentos discriminatórios que permeiam as relações sociais, tanto na esfera pública como na privada” (VENTURI, 2012, p. 95).

A princípio, deve-se destacar que o preconceito exteriorizado em escolas é costumeiramente denominado de bullying, fenômeno que pode ocorrer em qualquer contexto ao qual os seres humanos interagem: locais de trabalho, em âmbito familiar, em ambiente escolar ou qualquer lugar onde existam pessoas em convivência. Tal fenômeno seria uma espécie de assédio moral que surge em determinado grupo social e pode acarretar inúmeros traumas.

Historicamente, o primeiro a estudar este fenômeno foi o norueguês Dan Olweus, em decorrência de suicídios de três crianças entre 10 e 14 anos em 1982 no norte da Noruega, motivados por agressões sofridas em ambiente escolar de formas acentuadas e contínuas. Sobreleva salientar que as ocorrências de bullying de formas continuadas, foram objetos de pesquisas de inúmeros países na década de 90.

Hoje, este fenômeno tornou-se motivo para elaborações de leis estaduais onde há altos índices de ocorrências de casos de bullying como por exemplos: a Lei nº 14.957/09, do Estado de São Paulo, a Lei nº 14.651/09 do Estado de Santa Catarina. Mediante a isso, torna-se efêmero suscitar que os artigos 2º e 3º da previsão legal de Santa Catarina destacam-se dos demais porque ensinam como detectar o bullying, evidencia o bullying através de atitudes de intimidação, humilhação e discriminação / ações praticadas de forma verbal, moral, sexual, psicológica, material, física e virtual.

Outrossim, é relevante destacar que não há dados estatísticos nacionais sobre ocorrências de bullying contra crianças, pré-adolescente ou adolescentes transgêneros. Todavia como é um fenômeno mundial, convém ressaltar os tipos mais comuns na atualidade: físico, prática de agressões por meio de uso da força física (socos, tapas, puxões de cabelo); moral, agressões que envolvem questões morais (calúnia, difamação, insinuações); psicológico, agressões com o intuito de controlar o modo de ser e estar das vítimas(ameaças, chantagens); verbal, agressões por meio de palavras de forma oral ou escrita(apelidos, pichações, xingamentos); social, agressão por meio da alienação total ou parcial do convívio escolar (exclusão ou impedimento à participação de eventos); sexual, agressão de caráter sexual ou que envolvam a sexualidade (assédios, toques, insinuações); preconceituoso, agressão pautada em preconceito (gênero, sexualidade, crença, raça); cyberbullying, agressão equivalente a outros tipos de bullying, só que por meio da rede ou ambiente virtual (exposição indevida da imagem).

Em âmbito nacional, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) tenta promover a proteção de crianças e adolescentes, independentemente do gênero, dispondo nos artigos 17 e 18 que “O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da

integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, ideias e crenças”. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. Por isto é usado como parâmetro em casos de bullying cometidos por profissionais de educação (diretores, professores, técnicos).

Mediante aos pressupostos teóricos elencados até aqui, importa ressaltar também a ausência de dados estatísticos sobre os tipos de bullying sofridos pelas crianças, pelos pré-adolescentes ou pelos adolescentes que se autodeterminam transgêneros. Há apenas, a certeza de que, apesar da mídia e das orientações pedagógicas propagarem a ideia de uma educação inclusiva, as paredes e muros de uma escola propiciam o surgimento de diversas formas de preconceito quando o/a estudante se autodetermina transgêneros. Mais precisamente os estudantes transgêneros pré-adolescente e adolescente depararam-se com a falta de acolhimento, com ocorrência de bullying ou de chacotas, principalmente em relação ao nome social.

Richartz e Santana (2012, p. 5), entende que:

Até quem deveria educar para a diversidade (professores, supervisores, coordenadores pedagógicos, diretores) também compartilham da heteronormatividade”, resultado que se confirma na pesquisa: 90% das pessoas transgêneros que sofreram preconceito e/ou violência relatam que 23% das manifestações partiram de professores e 16% partiram de funcionários da escola; 34% desses alunos não obtiveram ajuda de ninguém.

As situações acima, bem como as violências físicas e psicológicas vivenciadas no ambiente escolar, corroboram para evasão escolar. De acordo com os dados apontados pelo Grupo Gay da Bahia e pela Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil, cerca de 82% das mulheres transexuais e travestis abandonam o ensino médio entre 14 e os 18 anos.

Estudos realizados pela Ordem dos Advogados do Brasil, dispõe que, apenas 0,1% dos estudantes de universidades federais são pessoas trans. Diante destes dados, resta ao discente transgênero reivindicar o direito à educação gratuita, assegurado pela carta magna, independentemente de formulação de políticas públicas que promovam o respeito a diversidade sexual ou de elaboração de leis que coíbam, punem de formas mais eficazes o responsável pela ocorrência de qualquer tipo de bullying.

Suiama (2012, págs. 111 e 112) diz que “o conjunto de necessidades sociais enfrentadas pela maioria das pessoas transgêneras deve ser considerado pelo modelo

autodeterminativo articulado com a gramática dos direitos humanos”. Considerando os dados acima e a noção de Suiama, conclui-se que as pessoas transgêneros necessitam, urgentemente, de políticas afirmativas que garantem a inclusão escolar por meio de efetivações plenas dos direitos humanos ou de interpretações extensivas dos direitos fundamentais.

A INTERFERÊNCIA DO PRECONCEITO DE GÊNERO NO MERCADO DE TRABALHO

“As possibilidades de inserção no mercado de trabalho para transgêneros são mínimas: mesmo nas situações em que estas executem atividades tidas como femininas, não são consideradas mulheres e pela ambiguidade são alvos de preconceitos por parte da sociedade. Considera-se que a questão da diversidade é colocada a dupla dificuldade enfrentada pelas transgêneros, pois é difícil para a mulher entrar no mercado de trabalho, e ter as mesmas condições trabalhistas e salariais do homem, o desafio aumenta para a travesti”. NASCIMENTO (2003, P.37)

Primeiramente, faz-se necessário destacar que o preconceito no mercado de trabalho inicia-se quando o indivíduo com vasta experiência e inúmeras graduações vê seu curriculum ser engavetado, rasgado ou jogado no lixo após se autodeterminar transgênero. Pelo exposto, torna-se necessário dizer que a discriminação no âmbito laboral é tão latente e atual que o nome social inserido em documentos, não proporcionou uma melhor inserção desta parcela da população.

Fleury e Torres (2010, p. 59), mencionam que:

Diante do contexto social atual, de um mercado de intensas mudanças, no qual as organizações têm se preocupado em buscar novas formas de gestão para poderem permanecer num mundo cada vez mais competitivo, é necessário questionar por que alguns gestores ainda deixam de selecionar profissionais por preconceito, entre eles contra os transgêneros.

Segundo Almeida e Vasconcellos (2018), um dos fatores responsáveis pela não inserção das pessoas transgêneros ao mercado laboral é a utilização do nome social, já que o desrespeito ao nome social ocorre tanto na fase de seleção pelo confronto com dados contidos em registro civil quanto no próprio ambiente laboral pela discriminação por conta do nome social.

Cumprido destacar, que o preconceito é notado ainda no início da transição física dos transgêneros e culmina com a demissão no trabalho privado. Sem emprego, a maioria das pessoas transgêneros, comete uma atitude que fere ainda mais sua

dignidade: entra para o mundo da prostituição. Dados da REDE TRANS informam que 90 % da população TRANS brasileira vivem de prostituição.

Outrossim, evidencia-se que o preconceito no âmbito laboral já foi mais intensificado e provocava atitudes que reiteravam o cerceamento de alguns direitos humanos como por exemplo: as aposentadorias compulsórias dos militares transgêneros, sob a alegação de incapacidade para o serviço militar devido ao diagnóstico de transexualismo. Hoje, com a equiparação do crime de homofobia e transfobia ao crime de racismo e com a consolidação dos direitos humanos, os militares transgêneros são aceitos, porém, a grande maioria, ainda sofrem preconceitos.

Com efeito, torna-se necessário salientar que Arruzza, Battacharya e Fraser (2019, p. 90), partem de uma perspectiva global e afirma que:

Longe de estar restrita a homens brancos heterossexuais, em cuja imagem ainda é muito frequentemente fantasia, a maior parte da classe trabalhadora global é constituída de imigrantes...mulheres- tanto cis como trans..., cujas necessidades e os desejos são renegados ou deturpados pelo capitalismo.

Diante de tais considerações, compreende-se que os direitos humanos das pessoas transgêneros, cerceados nos três ambientes analisados foram: direito à vida, à liberdade e à segurança (art. 3º); direito de ser reconhecidos em todos os lugares como pessoa perante a lei (art. 6º); direito à proteção de discriminação (art. 7º); direito à vida privada, sem ataques à sua honra e reputação (art. 12º); direito à liberdade de locomoção (art. 13º); direito ao trabalho e à livre escolha de emprego (art. 23º); direito à instrução gratuita (art. 26º). Não menos importante, foi cerceado também o direito à igualdade disposto no artigo 2º, par. 1º “todo ser humano tem capacidade para gozar dos direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo(...) ou qualquer outra condição”.

Afere-se ainda que o cerceamento supracitado não está em consonância com a legislação vigente que criminaliza o tratamento desigual motivado por orientação sexual ou qualquer outro fator (art. 5º da carta magna). Neste prisma, pode-se vislumbrar que no Brasil contemporâneo surgem dois cenários distintos: de um lado, encontram-se as leis vigentes que supervaloriza os direitos humanos; do outro lado, encontram-se as pessoas transgêneros marcadas fisicamente e psicologicamente por diversos tipos de violências e por estigmas.

Diante de tais considerações, é de suma relevância salientar que o ordenamento pátrio dispõe de algumas alternativas descritas no decorrer da pesquisa, caso almeje

propiciar uma efetivação plena dos direitos humanos das pessoas transgêneros, inerentes a todos seres humanos: converter os direitos humanos em mecanismos para proteção de pessoas ou analisar a Ley integral de personas trans formulada por um país da América do Sul, a República Oriental del Uruguay com escopo de formular leis específicas no país.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conhecer a evolução histórica dos direitos intitulados de direitos humanos foi necessário antes de discorrer sobre o cerne da pesquisa “as pessoas transgêneros e a falta de efetivação dos direitos humanos valorados pelo ordenamento pátrio”. De imediato, notou-se que os direitos humanos propagam a dignidade da pessoa humana, independentemente de cor, credo, sexo.

A seguir, vislumbrou-se que os legisladores buscaram à mitigação de demandas das pessoas transgêneros (mudança de nome, cirurgia de redesignação sexual, equiparação da transfobia e homofobia ao crime de racismo), nos direitos humanos e nas garantias fundamentais previstas na carta magna: o direito à dignidade humana, direito à igualdade, à liberdade de escolha, à proibição de discriminação, à vida, à livre locomoção.

Outrossim, cumpre destacar que a ratificação feita pelo Brasil da Declaração Universal de Direitos Humanos, promove supervalorização dos direitos humanos concebida pelo ordenamento pátrio e os provimentos de algumas demandas, mesmo não protegendo efetivamente as pessoas transgêneros, pois o Brasil lidera o ranking de países que mais mata LGBTIS no mundo.

Cerca de 124 trans foram assassinados em 2019 e a cada um dia, 11 pessoas trans sofreram agressões. O Estado de São Paulo, apresenta o índice mais elevado de homicídios praticado contra pessoas trans, observando um aumento de 66,7% se comparado ao ano anterior (AGÊNCIA BRASIL, 2020). Infelizmente estes números não são exatos, pois somente 15 Estados da Federação, forneceram seus dados. Além disso, poucos transgêneros buscam auxílio de autoridades ligadas a segurança pública, temendo maus atendimentos e o enquadramentos das denúncias ao crime de injúria simples, crime com pena mais branda.

A equiparação do crime de transfobia e homofobia ao crime de racismo, não diminuiu as violências e manifestações de preconceitos em ambientes circundados pelos

transgêneros. Isto porque, há a necessidade de efetivação dos direitos humanos como proteção de pessoas. Uma alternativa plausível, seria a formulação de leis específicas pautadas no princípio da isonomia (tratar desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades). Tais leis devem ter penas majoradas em casos de transfobia/homofobia e em casos de bullying cometidos por profissionais da educação. Já em ocorrências de bullying cometidos por menores, as leis específicas devem garantir o acesso ao auxílio psicológico ao agressor e à vítima.

De outra feita, torna-se importante enfatizar que ao reivindicar a efetivação dos direitos humanos, dos direitos fundamentais ou a formulação de leis específicas, as pessoas transgêneros sujeitam-se as novas marcas físicas e psicológicas. Pois as primeiras marcas surgem em ambientes familiares, escolares e laborais. Principalmente nas fases de autodeterminação, de transição, de uso e reconhecimento do nome social, de tentativa de inserção ao mercado de emprego, independentemente de passar pela fase cirúrgica ou não.

Sob a perspectiva de formulação de leis específicas, cumpre ressaltar que um dos países componentes do bloco econômico Mercosul, a República Oriental de Uruguay, diante das ocorrências de violências de gêneros e dos movimentos sociais contemporâneos, formulou a ley integral de personas trans, aprovada no Senado e na Câmara com o propósito de assegurar importantes direitos, como por exemplos: o sistema de cotas no funcionalismo público e a inclusão na educação. Resta a República Federativa do Brasil trilhar este mesmo caminho que leva à liberdade de escolha sobre os próprios corpos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, C. B. de; VASCONCELLOS, V. A. **Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?** Rev. Direito GV [online]. 2018, vol. 14.

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. **FEMINISMO PARA OS 99% UM MANIFESTO**. Traduzido por Heci Regina Candiani. São Paulo: Boitempo, 2019.

BEAUVOIR, Simone de. **O segundo sexo**. 6 ed. Rio de Janeiro: nova fronteira, 1980.

FLEURY, A. R. D.; TORRES, A. R. R. **Homossexualidade e Preconceito: o que pensam os futuros gestores de pessoas**. Curitiba: Juruá, 2010.

GUIMARÃES, Antonio Sérgio Alfredo. **Preconceito e discriminação**. São Paulo: Editora 34, 2004.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos**. Disponível em: <http://www.sertão.ufg.br>, acesso em 20 de dezembro, 2020.

LACAN. Jacques. **Os complexos Familiares**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1985.

NASCIMENTO, Ewerton S. **Alternativas de mercado de trabalho para as travestis de Aracaju**. Aracaju: Ministério da Justiça, 2003.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 11. ed. São Paulo: JusPODIVM, 2019.

RICHARTZ, Terezinha; SANTANA, Zionel. **A heteronormatividade e o bullying: análise das medidas educativas adotadas por supervisores escolares para coibir a homofobia praticada por alunos do Ensino Fundamental I**. Disponível em: <https://www.google.com.br/#q=Dra.+Terezinha+Richartz.+A+HETERONORMATIVIDADE+E+O+BULLYING%3A+an>. Acesso em: 18 de jan. de 2021.

ROCHA, K. A. **Da política educacional à política da escola: os silêncios e sussurros da diversidade sexual na escola pública**. Dissertação (Mestrado em Educação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Campus de Marília, “Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho”, 2001.

SUIAMA, S. G. **Um modelo autodeterminativo para o direito de transgêneros**, **Boletim Científico** ESMPU (Edição Especial), v. 11, n. 37, p. 101-139, 2012.

VENTURI, Gustavo. Misoginia, homofobia, racismo e “gerontofobia”: contribuições de análises da opinião pública para a prevenção. In: PAIVA, Vera; AYRES, José Ricardo; BUCHALLA, Cássia M. **Vulnerabilidade e Direitos Humanos: prevenção e promoção à saúde** (Livro I: Da doença à cidadania). Juruá Editora.

CAPÍTULO 4

DO OUTRO LADO DO ARCO-ÍRIS: A INEFICÁCIA DA PROTEÇÃO DOS DIREITOS LGBTQI+ NO BRASIL EM FACE À COMUNIDADE INTERNACIONAL

FROM THE OTHER SIDE OF THE RAINBOW: THE INEFFECTIVENESS OF THE PROTECTION OF LGBTQI+ RIGHTS IN BRAZIL TOWARDS THE INTERNATIONAL COMMUNITY

*Thiago de Melo Siqueira*⁹
*Aldo A. Nunes Filho*¹⁰

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a promoção e garantia dos direitos da população LGBTQI+ no contexto político e social, bem como em comparação ao cenário internacional. A legislação nacional enfatiza a necessidade de se reconhecerem as diferenças nas esferas social e jurídica, refletindo a redefinição dos direitos civis do país que entram em vigor a partir da década de 1980. Para tanto, é necessário debater o direito e a agenda pública do governo federal para reavaliar os conceitos relacionados à população LGBTQI+ profundamente arraigados no senso comum. O estudo se concentrará na comparação do ordenamento jurídico brasileiro com a jurisprudência internacional sob a égide da CF/88, e nas possíveis especulações no quadro jurídico do país desde então, bem como na análise do discurso jurídico sobre a normalização dos direitos à população LGBTQI+, considerando o androcentrismo da cultura institucional nacional e a morosidade da legislação e do poder judiciário no atendimento deste tipo de demandas. Pretende-se buscar a compreensão de que esse tema deva fazer parte da agenda governamental, pois o movimento LGBTQI+ passou a despertar a atenção e o interesse dos formuladores de políticas públicas, bem como o reconhecimento (ainda pequeno) do campo jurídico sobre a inclusão obrigatória da comunidade LGBTQI+ para reinterpretar o conceito de “cidadania” no Brasil.

Palavras-Chave: LGBTQI+. Direito. Cidadania. Políticas Públicas.

Abstract: This research aims to analyze the promotion and guarantee of the rights of the LGBTQI+ population in the political and social context, as well as in comparison to the international scenario. National legislation emphasizes the need to recognize differences in the social and legal spheres, reflecting the redefinition of the country's civil rights that came into force in the 1980s. to reassess concepts related to the LGBTQI+ population that are deeply ingrained in common sense. The study will focus on comparing the Brazilian legal system with international jurisprudence under the aegis of CF/88, and on possible speculations in the country's legal framework since then, as well as on the analysis of the legal discourse on the normalization of rights to the LGBTQI+ population, considering the androcentrism of the national institutional culture and the slowness of legislation and the judiciary in meeting this type of demand. It is intended to seek the understanding that this issue should be part of the government agenda, as the LGBTQI+ movement started to arouse the attention and interest of public

⁹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: thmsiqueira@gmail.com

¹⁰ Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilho@outlook.com.

policy makers, as well as the recognition (still small) of the legal field on mandatory inclusion the LGBTQI+ community to reinterpret the concept of “citizenship” in Brazil.

Keywords: LGBTQI+. Law. Citizenship. Public policy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo procura observar as características dos direitos garantidos à população LGBTQI+ no Brasil, na busca pela garantia de sua presença no discurso das instituições políticas e na formulação de legislações a respeito do tema. Compreende-se que a baixa presença destas pautas no debate público acaba por adiar a resolução de importantes demandas sociais e legais nas pautas de referida população. Quais direitos são violados, atendidos parcialmente ou ainda precisam ser reconhecidos, como a classificação LGBTQI+ do Brasil impacta nas políticas públicas e ordenamento jurídico no país? E quais são as determinações legais que as pessoas LGBTQI+ precisam cumprir?

A causa LGBTQI+ compreende-se dentro de um escopo de lutas de movimentos sociais que incluem também outras pautas sociais, como as do feminismo, das causas negras e judaicas, dentre outros núcleos que lutam por voz na sociedade.

Por isso, é estabelecido um referencial teórico sociológico para basear a compreensão da homossexualidade no país e no exterior e, na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro após a Constituição de 1988, no que se referem aos conceitos de dignidade humana, pluralismo político e respeito, a partir dos quais será estudada a situação do reconhecimento jurídico da população LGBTQI+ brasileira e a lacunas legais, em comparação ao sistema internacional.

Por fim, reconhecendo a pessoa LGBTQI+ como cidadã, portadora de direitos e obrigações no campo jurídico e social, serão analisadas as principais políticas públicas voltadas para essa população, a partir do que será realizada uma comparação entre o Direito Brasileiro e o Direito Internacional para a proteção e garantias desse segmento.

DIREITOS LGBTQI+ NO BRASIL – SUA EVOLUÇÃO E EFETIVAÇÃO PARA ATENDIMENTO DAS DEMANDAS SOCIAIS

Estabelecer um quadro de direitos e prerrogativas para a população LGBTQI+, como reflexo de uma condição identitária, não é tarefa fácil, considerando-se um Estado

de formação patriarcal, conservadora e positivista como o Brasil. Diante disso, Bila (2012) afirma ser necessário estabelecer o que é o sujeito de orientação sexual dissidente para o ordenamento jurídico brasileiro para que, assim, se possam identificar as demandas jurídicas existentes a favor dessas pessoas e de suas identidades, além das possíveis interpretações jurídicas adotadas em favor da população LGBTQI+.

Lopes (2015) explica que as principais dificuldades encontradas são na maioria das vezes aquelas até então postas pela organização do Estado, como a moral socialmente legitimada e a consciência dos agentes de poder do Estado.

A afirmação do direito dos homossexuais não ocorre de forma linear e simples, mas sim de maneira problemática. Esses direitos não são sempre e necessariamente reconhecidos ou apoiados por aqueles que se dizem convencidos da bondade moral – seja da democracia ou dos direitos humanos universais. De fato, não foi apenas contra visões tradicionalistas do mundo que os homossexuais tiveram de lutar. Não poucas vezes tiveram de lutar contra grupos de aparente inclinação pela liberdade. Isso é particularmente evidente no Brasil, onde liberalismo muitas vezes significa apenas a defesa do livre comércio e da livre iniciativa empresarial. (LOPES, 2015, p. 7)

Neste contexto, Anjos (2012) contextualiza que dentre os principais desafios jurídicos a serem buscados, o mais importante é o reconhecimento do sujeito passível de direitos no ordenamento jurídico, no caso, a população LGBTQI+ como um todo, e não apenas de determinado grupo, uma vez que a preocupação deve ser pela não exclusão de transexuais e travestis como grupo legalmente reconhecido e detentor de direitos.

Anjos (2012) também observa que o preceito positivista é a base para que haja direitos, e que, portanto, excluir a população de determinada orientação sexual de prerrogativas jurídicas asseguradas às demais fere os preceitos de igualdade e dignidade da pessoa humana, bem como evidencia uma ordem androcêntrica que estigmatiza socialmente a necessidade de se estabelecer o respeito às diferenças. Segundo Anjos (2012), é possível que isso, num primeiro momento provoque um choque, visto que a interpretação e aplicação da lei varia de acordo com o caso concreto, mas ainda se encontra certa diferença entre o que propõe a lei e o que se aplica no tratamento prático.

Diante disso, Bila (2012) engloba a igualdade, a dignidade da pessoa humana e a proteção jurídica para a comunidade LGBTQI+ como dentro do conceito de direito à cidadania, que contempla as extensões das diferentes demandas, não somente da comunidade LGBTQI+, mas de todos os segmentos sociais brasileiros. Isso permite alargar o quadro do rol de direitos e prerrogativas jurídicas que serão afirmadas para

toda a população. Na verdade, para o autor, este é o processo mais dificultoso diante da realidade brasileira.

Dessa maneira, Lopes (2015) acrescenta que a construção desse direito global interdisciplinar no processo de afirmação dentro de situações demandadas pelos diferentes segmentos sociais ainda é um desafio, pois ele se dá ora excluindo, ora integrando ao ordenamento jurídico vigente as demandas de cada grupo e suas especificidades. Assim, os direitos e garantias fundamentais, dispostos no Cap. I, art. 5º da CF/88 devem acompanhar a atualidade social, a fim de estabelecer uma interpretação efetiva dos direitos de cidadania, integrando-os aos objetivos e valores fundamentais da República, expostos nos artigos 1º a 4º da Carta Magna.

Afirma Lopes (2015), ainda, que o Judiciário cada vez mais se depara com demandas pró-LGBTQI+, principalmente no que concerne ao preenchimento de lacunas legais, tendo em vista o papel integrador do Estado em casos omissos, com o intuito de consolidar uma praxe forense que vislumbre um quadro social e cultural cada vez mais diversificado. Dessa maneira, compreende-se que o Estado deve alargar o rol de direitos e prerrogativas jurídicas para que se possa assegurar os direitos e garantias fundamentais a todos, sabendo-se que o processo de construção e afirmação de direitos deve ser interdisciplinar, perpassando as organizações social, antropológica e econômica através dos tempos.

Mattos (2012) inclui à discussão que a promulgação da Constituição Federal de 1988 representou grande avanço na consolidação de direitos fundamentais à sociedade como um todo. Contudo, o autor informa que, em certos casos, tais promessas de cidadania e dignidade trazidas pela CF/88 ficam na mera exaltação retórica, não efetivamente orientando a atuação dos órgãos e poderes responsáveis por sua implementação, sobretudo em relação às pessoas que se encontram em situação de maior vulnerabilidade social, como se vê frequentemente a partir dos problemas enfrentados pela população LGBTQI+.

Conforme evidencia aquele autor, a dignidade é o pressuposto fundamental para a existência do estado democrático de direito, e deve, portanto, observar o princípio da dignidade da pessoa humana, que significa respeitar o direito de cada um de se autodeterminar e gerir sua vida da forma que melhor lhe aprouver. Chaves (2016) acredita que para a comunidade LGBTQI+ esse princípio, quando não observado, é frequentemente violado, uma vez que a visão androcêntrica e homofóbica algumas vezes está impressa nos próprios juristas, o que reforça e reproduz as inculcações

realizadas no interior da família patriarcal, no sentido de impor a heterossexualidade como algo “normal” e qualquer outro tipo de orientação sexual como algo “anormal”,

Oliveira (2014) assevera que se deve harmonizar o princípio da dignidade da pessoa humana com o direito de cidadania, considerando que todas as manifestações da condição humana são merecedoras de igual estima, sem a imposição de qualquer obstáculo com fulcro em preconceito e discriminação.

Mattos (2012) pontua:

A sexualidade deve ser concebida como direito que decorre da própria condição humana, que tem como supedâneo a liberdade do indivíduo de se orientar sexualmente da maneira que quiser, sem ingerência por parte do Estado. O direito à igualdade não pode ser condicionado à orientação sexual do indivíduo. (MATTOS, 2012, p. 5)

Dessa maneira, apesar de ainda não haver no ordenamento jurídico nacional uma regulamentação específica de atenção à comunidade LGBTQI+, percebe-se que os tribunais vêm, de forma incipiente, prolatando decisões no sentido de garantir a igualdade e as prerrogativas jurídicas para essa população. Mattos (2012) afirma ainda que, de início, é possível observar as decisões fundamentadas na competência da Vara da Família como forma de garantir a igualdade de relação aos casais LGBTQI+ aos heterossexuais.

Mesmo assim, ainda de acordo com o autor, o Poder Judiciário brasileiro parece ignorar as mudanças sociais e continua a referendar discursos permeados de preconceitos, na direção contrária ao que preceitua o princípio da dignidade da pessoa humana. Por isso, para que haja uma conquista efetiva de direitos, torna-se necessário uma mudança de postura e a implementação de políticas públicas que consagrem a isonomia e busquem vencer o preconceito.

Neste sentido, o cenário social brasileiro para o desenvolvimento de implementação de políticas públicas para assegurar os direitos de pessoas de orientação sexual dissidente demanda a superação de preconceitos oriundos de uma construção patriarcal, sexista e heteronormativa. Trevisan (2017) aponta para o processo de mobilização e articulação do movimento LGBTQI+, que jogou para a arena de debates sociais a perspectiva de construção de direitos e ações de combate ao preconceito em função da orientação sexual.

O autor mostra que para se discutir o preconceito sobre orientação sexual no Brasil, é necessário ter em mente a consequência direta da hierarquização das sexualidades e a posição superior da heterossexualidade que coloca todas as outras

orientações como inferiores ou menos normais. O preconceito sobre orientação sexual costuma estar vinculado a mecanismos de discriminação, estigmatização e violência contra pessoas LGBTQI+, ou mais genericamente contra pessoas que não se encaixam nos padrões de masculinidade e feminilidade estabelecidos culturalmente, que, portanto, presenciam cotidianamente um quadro de hostilidade bastante acentuado.

Dessa maneira, esses processos de exclusão do outro são voltados contra tudo que remeta, direta ou indiretamente, às práticas sexuais e identidades de gênero discordantes do padrão heteronormativo e dos papéis estereotipados de gênero. Nesse contexto, o primeiro Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-1996) era omissivo nas medidas de proteção da comunidade LGBTQI+ e essa lacuna só foi corrigida no ano de 2002, quando inseridos itens referentes aos direitos de gays, lésbicas, travestis e transgêneros.

A partir disso, Irineu (2014) destaca que os processos de resistência e resignificação propostos pelos movimentos LGBTQI+ e sua imersão na arena política, visibilizaram o debate de questões espaço público, gerando condições para o estabelecimento de uma compreensão de que a orientação sexual divergente da heterossexual não pode constituir um elemento de desqualificação e de subalternização dos sujeitos, mas sim determinando o reconhecimento das diferentes formas de sexualidade como possibilidade legítima e passível de acolhimento social e proteção jurídica.

Irineu (2014) descreve que no ano de 2013 foi lançado o Sistema Nacional de Enfrentamento a Violência LGBT, com o intuito de fomentar uma rede de atenção a essa população, voltadas para o combate à discriminação e para a promoção e defesa dos direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBTQI+. A autora também destaca que, embora o diálogo entre o Estado e a sociedade civil, principalmente por intermédio dos movimentos sociais organizados, tenha avançado e colocado na pauta do ordenamento jurídico para garantia de direitos e superação do preconceito, a comunidade LGBTQI+ ainda não foi ouvida como um todo e, portanto, ainda não tem suas pautas concretizadas de maneira efetiva.

Ainda segundo a autora, as políticas públicas brasileiras para enfrentamento do preconceito de orientação sexual, mesmo com o avanço da criminalização da homofobia, ainda esbarram no dilema da igualdade, vez que a diferença explícita e reproduz a hierarquia pela própria diferença. No Brasil, portanto, a luta para se vencer a LGBTQIfobia envolve muito mais do que questões sociais, já que também entram em

embate as vertentes políticas e econômicas que se relacionam de uma maneira pouco linear no ciclo demanda – concessão – conquista – outorga de direitos.

POLÍTICAS PÚBLICAS, DIREITOS REPRODUTIVOS E DE FAMÍLIA

A princípio, quando se busca estudar a evolução nos cenários de lutas e conquistas de direitos da população LGBTQI+, Duarte (2014) lembra que ela perpassa sempre o campo das políticas públicas por se tratar do resultado de uma luta organizada de segmentos sociais e, mais amplamente, da busca pela consolidação de Direitos Humanos.

Cançado Trindade (1997) explica que todo o processo de formação e implementação dos Direitos Humanos, das políticas públicas e cidadania configura, historicamente, uma relação de barganha entre os diferentes segmentos sociais e o poder público, na defesa de interesses comuns ou divergentes.

Assim, garantir direitos e a proteção dos socialmente vulneráveis, tanto no plano interno quanto no plano internacional, informa a primazia da coexistência de normas internas e externas que expressam na ação do Estado por meio das políticas públicas.

Nesse contexto, Duarte (2014) explica que a questão da diversidade sexual passou a figurar como um núcleo de políticas públicas e cidadania na década de 90, tendo como parâmetro e referência legislativa a Constituição Federal de 1988 e as Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90, que instituem, no âmbito do Estado brasileiro, o SUS, com seus princípios e diretrizes.

Conforme Maroja (2012), quando se olha mais especificamente para áreas como educação, segurança, trabalho, assistência social, previdência social e saúde, se constata que as políticas públicas voltadas para o combate à homofobia e à garantia de direitos para a população LGBTQI+ igualmente são incipientes e pouco consistentes, ou mesmo inexistentes, embora estejam previstas em programas e planos importantes do Governo Federal, como o Brasil sem Homofobia, o Plano Nacional LGBT e o Programa Nacional de Direitos Humanos 3.

Quando grupos de pessoas não se encaixam nos fenótipos de gênero convencionais, a exemplo de travestis, transexuais, homens efeminados e mulheres masculinizadas, geram-se, na maioria das vezes, situações de vulnerabilidade no âmbito de instâncias fundamentais da vida social, como família, trabalho e serviços de educação, saúde e segurança.

Assim, de acordo com o autor, as políticas públicas voltadas para a população LGBTQI+ devem versar, principalmente, sobre a área da saúde, em programas de prevenção ao HIV e combate à aids dirigidos a gays, travestis e outros HSH (homens que fazem sexo com homens).

Um exemplo de implementação deste tipo de política pública é visível em conquistas recentes de direito a atendimento médico, na rede pública de saúde, para pessoas que buscam tratamentos associados ao processo de transição de gênero e os avanços na definição de diretrizes para os cuidados necessários em decorrência da utilização de hormônios feminizantes e de silicone industrial.

No que tange à seara dos direitos reprodutivos e família, o poder legislativo brasileiro acaba votando ações pontuais envolvendo questões relativas à sexualidade e às questões de gênero. Nichnig (2019) afirma que o judiciário deve assim ser considerado como “vanguarda da sociedade, protegendo minorias estigmatizadas pelo processo político majoritário, ainda que resolvendo questões morais controvertidas” (p. 165).

O autor também diz que dentre os direitos sexuais, pode-se destacar o direito de viver e expressar livremente a sexualidade sem violência, discriminações e imposições, o direito de expressar livremente a orientação sexual: heterossexualidade, homossexualidade, bissexualidade, e o direito à informação e à educação sexual e reprodutiva no entendimento do corpo do indivíduo bem como dentro da coletividade.

Reis (2012) ressalta também que os direitos sexuais e reprodutivos são de suma importância para o reconhecimento da família formada pela união de pessoas do mesmo sexo e, também, para a causa LGBTQI+ como um todo, uma vez que sua sexualidade diferente da convencionalmente aceita é um fator que pode deixar as pessoas LGBTQI+ suscetíveis à discriminação e à violação de seus direitos.

O autor cita a Conferência Internacional das Nações Unidas sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, que estabelece que os direitos sexuais e reprodutivos abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos, em outros documentos consensuais.

Para tanto, ainda conforme o autor, esses direitos se ancoram no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo de decidir livre e responsavelmente sobre o número, o espaçamento e a oportunidade de ter filhos e de ter a informação e os meios de assim o fazer, e o direito de gozar do mais elevado padrão de saúde sexual e reprodutiva.

O DIREITO INTERNO EM FACE AO DIREITO INTERNACIONAL: A PROTEÇÃO DA PESSOA LGBTQI+ EM PAUTA

Ventura e Pozzetti (2019) corroboram com a determinação do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de que os Tratados Internacionais de Direitos Humanos possuem hierarquia supralegal, enquanto no cenário global destaca-se a Organização das Nações Unidas enquanto gerente, em trabalhos da Comissão de Direitos Humanos do referido organismo, que, consolida a jurisprudência de proteção contra a discriminação prevista no artigo 26 do Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos, incluindo a discriminação baseada na orientação sexual.

Marques (2010) discute que a criminalização das relações entre pessoas do mesmo sexo ou qualquer outro espectro da comunidade LGBTQI+, bem como a discussão sobre a os direitos matrimoniais e patrimoniais para o cônjuge sobrevivente em uma união homossexual estável, foram alguns dos casos para os quais se buscaram análises pela Comissão de Direitos Humanos da ONU, o que gerou uma produção extensa em relação ao direito dos homossexuais e da pessoa LGBTQI+.

Segundo Nichning (2019), o reconhecimento da LGBTfobia como crime pelo STF representou um grande passo no combate à violência e discriminação no Brasil.

A posição vanguarda no reconhecimento de direitos para a população LGBT pelo STF novamente pode ser observada na decisão proferida em 2019, que reconheceu a homofobia como crime, “entendeu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não editar lei que criminalize atos de homofobia e de transfobia” e por esse motivo “a Corte reconheceu a mora do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT (STF, 2019). (NICHNING, 2019, p. 186)

Assim, o presente estudo reforça a importância da proteção da pessoa LGBTQI+ envolvendo a compulsória necessidade de atendimento adequado à sua orientação sexual e identidade de gênero para, dessa forma, se criar evidências e dados que subsidiem ações de enfrentamento ao problema e busca pelos direitos humanos, mesmo assim salienta-se que os dados se referem apenas aos casos reportados de violação desses direitos, ou seja, não correspondem ao número total de casos em determinado período de tempo. Diante disso, é importante ressaltar que a verdadeira mudança transcende a seara do Direito Penal ou dos Direitos Humanos, pois as políticas antidiscriminatórias não-punitivas de reconhecimento dos direitos fundamentais e cidadania da pessoa LGBTQI+ representa um impacto político muito maior do que

qualquer criminalização, pois conseguem quebrar com muito mais vigor o preconceito e a violência simbólica, contribuir, assim, para a diminuição da segregação e do crime.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Buscou-se, com a presente pesquisa, demonstrar como em pouco mais de trinta anos a sociedade brasileira rompeu com a ditadura militar e um ambiente que não era propício à promoção dos Direitos Humanos, onde quase não existiam grupos LGBTQI+ organizados nem uma política pública voltada para este grupo de pessoas, para um cenário no qual compreendem-se centenas de grupos LGBTQI+, que atuam em todo o país, dialogam com o governo e formulam conjuntamente políticas públicas e medidas específicas de controle social.

Porém, a situação do Brasil perante o cenário internacional ainda se encontra atrasada. Isto fica evidente com a dificuldade enfrentada pela comunidade para a aprovação e discussão das políticas públicas voltadas para a comunidade LGBTQI+, bem como a inserção dessa e várias outras minorias no espaço público e na agenda governamental.

A violência e a discriminação no país ainda ocorrem em níveis inaceitáveis e somente poderão ser combatidas com a inclusão de leis de proteção e integração, medidas legislativas e, principalmente, o fortalecimento da educação para o respeito à diversidade. Apesar dos desafios, não há dúvida de que o Brasil já fez grandes avanços e superou grandes barreiras no sentido de garantir a plena cidadania para a pessoa LGBTQI+.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANJOS, Gabriele. **Homossexualidade, Direitos Humanos e Cidadania**. In: SOCIOLOGIAS. Porto Alegre: Sociologias, Ano 4, número 7, janeiro a junho de 2002.

BILA, Fábio Pessanha. **O Movimento e a Luta por Direitos LGBT: O reconhecimento da diferença no campo social e jurídico brasileiros**. (2012) In: Parlatorium – Revista Eletrônica da Faminas – BH. Disponível em: <<https://www.faminasbh.edu.br/upload/downloads/201112061943159622.pdf>>. Acesso: 02 mar. 2021.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos (Volume I)**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

CHAVES, Marianna. **Homoafetividade e Direito: Proteção constitucional, uniões, casamento e parentalidade**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

DUARTE, Marco José de Oliveira. **Diversidade Sexual, Políticas Públicas e Direitos Humanos: Saúde e cidadania LGBT em cena**. In: Revista Temporalis. Brasília (DF), ano 14, n. 27, p. 77-98, jan./jun. 2014.

IRINEU, Bruna Andrade. **10 Anos do Programa Brasil sem Homofobia: Notas críticas**. In: Revista Temporais. Brasília (DF), ano 14, n. 28, p. 193-220, jul./dez. 2014.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O Direito ao Reconhecimento para Gays e Lésbicas**. In: SUR – REVISTA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. São Paulo: SUR, Ano 2, número 2, 2015.

MAROJA, Daniela. **Políticas públicas para a população LGBT no Brasil: Notas sobre alcances e possibilidades**. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-83332012000200014>. Acesso: 13 abr. 2021.

MARQUES, Raphael Peixoto de Paula. **Olhar, Ver, Reparar: Uma análise do caráter inclusivo dos princípios constitucionais a partir do reconhecimento da União Estável entre pessoas do mesmo sexo**. In: Revista do Núcleo de Estudos e Pesquisa em Gênero & Direito. João Pessoa: Editora Universitária UFPB, 2010.

MATTOS, Fernando da Silva. **Direitos Fundamentais da População LGBT e o Seu Reconhecimento Judicial**. (2012) Disponível em: <https://direito.mppr.mp.br/arquivos/File/direitoslgbt_1.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2021.

NICHNIG, Claudia Regina. **Direitos Humanos e o Reconhecimento das Famílias Gays e Lésbicas no Brasil: Os direitos fundamentais e o julgamento histórico do Supremo Tribunal Federal de 2011**. Tempo e Argumento, Florianópolis, v. 11, n. 27, p. 1585 - 191, maio/ago. 2019.

OLIVEIRA, Rosa Maria Rodrigues de. **O Ensino Jurídico como Violência Simbólica**. In: RODRIGUES, Horácio Wanderley. **Ensino Jurídico para Que (m)?** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2000.

REIS, A. L. M. dos. **Avanços e Desafios para os Direitos Humanos das Pessoas LGBT**. In: VIEIRA, Tereza Rodrigues (Org.). **Minorias Sexuais: direitos e preconceitos**. Brasília: Consulex, 2012. p. 55-68.

TREVISAN, João Silvério. **Devassos no Paraíso: A homossexualidade no Brasil, da colônia à atualidade**. 7 ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.

VENTURA, Alichelly Carina Macedo; POZZETTI, Valmir César. **O Direito de Ser Eu Mesmo: O direito dos homossexuais no ordenamento jurídico nacional e internacional**. In: Revista de Direito da Faculdade Guanambi, Guanambi, v. 6, n. 01, e250, jan./jun. 2019.

CAPÍTULO 5

GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: ANÁLISE DA SITUAÇÃO LEGAL DOS IMÓVEIS URBANOS EM VILA RICA

GUARANTEE OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING: ANALYSIS OF THE LEGAL SITUATION OF URBAN PROPERTIES IN VILA RICA

*Francieli de Oliveira Pires*¹¹

*Antônio Leonardo Amorim*¹²

*Paola Flores Serpa*¹³

*Ernestina Norinha de Lima Sousa*¹⁴

Resumo: Essa pesquisa tem como principal objetivo verificar, como está a regularização dos terrenos urbanos destinados à moradia na cidade Vila Rica – MT. Os objetivos específicos foram: abordar os instrumentos legais que tratam do direito à moradia no Brasil, observando-o como direito fundamental previsto na Constituição Federal; realizar um recorte histórico da criação do município ressaltando a questão imobiliária; levantar a real situação, em cartório, dos imóveis do município citado. A metodologia utilizada para se chegar aos objetivos propostos foi a pesquisa bibliográfica; em memória com o responsável pela SERVAP, colonizadora do município; e entrevista com o escrevente do Cartório de Registro de Imóveis de Vila Rica – MT.

Palavras-chave: Direitos Humanos; Direitos Fundamentais; Moradia; Legalização Fundiária.

Abstract: This research has as main objective to verify, how is the regularization of urban land destined for housing in the city Vila Rica – MT. The specific objectives were: to address the legal instruments that deal with the right to housing in Brazil, observing it as a fundamental right provided for in the Federal Constitution; make a historical cut of the creation of the municipality highlighting the real estate issue; to raise the real situation, in the registry, of the properties of the mentioned municipality. The methodology used to reach the proposed objectives was bibliographical research; in memory with the person responsible for SERVAP, colonizer of the municipality; and interview with the clerk of the Real Estate Registry Office of Vila Rica – MT.

Keywords: Human rights; Fundamental rights; Home; Land Legalization.

11 Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: francieleoliveirapires@gmail.com.

12 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

13 Advogada. Mestra em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) - área de concentração em Diretorias Humanas. Especialista em Direito Processual Penal (2015-2016). Possui graduação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2013), e-mail: paserp@hotmail.com.

14 Servidora na Universidade do Estado de Mato Grosso, Unidade de Vila Rica/MT.

INTRODUÇÃO

Garantido na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental, O direito à moradia consta ainda em outros diplomas legais infraconstitucionais e Tratados Internacionais de Direitos Humanos ratificados pelo Brasil. Apesar disso, percebe-se que ainda falta sua efetivação, por esta razão uma parcela significativa da população brasileira ainda padece pela falta de tutela desse direito, talvez em virtude da ineficiência das gestões públicas, essa garantia ainda hoje é negligenciada.

Neste estudo tem-se como objetivo geral verificar, como está a regularização dos terrenos urbanos destinados à moradia na cidade Vila Rica – MT. Para tanto julga-se oportuno traçar como objetivos específicos: a) abordar os instrumentos legais que tratam do direito à moradia no Brasil, observando-o como direito fundamental previsto na Constituição Federal; b) realizar um recorte histórico da criação do município ressaltando a questão imobiliária; c) levantar a real situação, em cartório, dos imóveis do município citado.

O problema levantado para a elaboração deste estudo está centrado na necessidade de verificação do que causa a não efetivação do direito fundamental da moradia conforme preconizado na Constituição Federal e legislações infraconstitucionais no município de Vila Rica – MT.

ANALISE DA SITUAÇÃO DOS IMOVEIS URBANOS DA CIDADE DE VILA RICA JUNTO AO CARTÓRIO DE REGISTRO DE IMOVEIS

Para a coleta dos dados referentes a situação de registro dos imóveis urbanos da cidade de Vila Ricas, adotou-se entrevista por meio do aplicativo *Whatsapp web*, onde estão gravadas no celular da acadêmica, as informações pelo Escrevente substituto do Cartório do 1º Ofício Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Vila Rica – MT, Sr. Lucas Rafael Rauber.

Inicia-se falando da importância do Registro do Imóvel para salvaguardar o proprietário. Conforme o Sr. Lucas o ato de registrar o imóvel “é o único meio que garante ao comprador a propriedade do imóvel, atribuindo a este o direito de dar o imóvel em garantia em transações financeiras”.

Julga-se oportuno citar os 1227 e 1245 do Código Civil que tratam da efetividade do Registro do Imóvel.

Art.1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transferidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts.1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código. Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no registro de imóvel. §1º Enquanto não se registrar o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

É possível comentar, com base na citado acima que o legislador deixou muito clara a determinação de que apenas a escritura ou o contrato de compra e venda não legitimam o comprador como proprietário, quando determina que a transferência somente se efetiva a partir do registro.

Julga-se oportuno, antes de entrar no procedimento necessário ao registro do imóvel, citar um conselho do Dr. Fernando Pereira do Nascimento, Oficial do 1º Ofício de Registro de Imóveis de Belo Horizonte, quanto a cuidado a ser adotado pelo comprador antes de fechar o negócio:

É importante frisar que, antes de adquirir qualquer imóvel, o interessado deve procurar o cartório e solicitar uma certidão de ônus e ações do respectivo bem. Isso porque essa certidão é o único documento oficial que fornece informações como quem é o legítimo proprietário e se ele pode vender ou não o imóvel; se esse imóvel está livre ou se sobre ele pesa alguma restrição. Essa simples consulta pode evitar muitos aborrecimentos. (NASCIMENTO, 2011, *on line*).

Percebe-se a importância do procedimento como garantia de que não haverá problemas no momento da realização do registro. Dessa forma o comprador se resguarda de possíveis problemas que podem surgir em razão de restrições registradas na matrícula do imóvel.

Sobre os procedimentos para concretizar o registro do imóvel o Sr. Lucas Rafael Rauber, falou sobre o primeiro passo a ser observado antes da compra do imóvel.

Deve-se observar se o imóvel já possui uma matrícula separada, ou se ainda está no vinculado à construtora ou incorporadora, para isso basta solicitar ao cartório uma certidão de ônus da matrícula, ou se não tiver matrícula aberta, o cartório emite certidão de ônus do lote, retirando do loteamento ou colonizadora os dados do lote específico.

Oportuno comentar que transferência ocorrerá somente se imóvel estiver matriculado ou registrado em nome do vendedor, daí a importância de solicitar uma certidão da matrícula atualizada no momento da realização do negócio. Assim se assegura de que sobre o imóvel não pesa nenhum ônus que possa impedir a realização do novo registro.

O art. 195, da Lei nº 6.015/73 (Lei dos Registros Públicos), preceitua: “art. 195. Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro” (BRASIL, 1973).

O processo de escrituração é iniciado mediante a solicitação do comprador no Tabelionato de notas, com a apresentação da certidão de matrícula emitida pelo Cartório de Registro, e as certidões exigidas.

Para melhor compreensão oportuno citar o passo a passo para o registro do Imóvel, conforme cita:

Primeiro, o adquirente deve pegar uma certidão de ônus e ações do imóvel, no cartório de registro de imóveis competente, para verificar se o imóvel está regularizado e livre de ônus ou qualquer tipo de pendência. Depois, deverá ser feita uma escritura em um tabelionato de notas. Para fazê-la, o tabelião solicitará a apresentação dos documentos pessoais do(s) vendedor(es), do(s) comprador(es), a certidão de ônus e ações emitida pelo cartório de registro de imóveis, a guia do pagamento do imposto de transferência, bem como algumas certidões complementares, como, por exemplo, certidões de feitos ajuizados, certidões de quitação de impostos federais e do INSS (caso o vendedor seja pessoa jurídica), comprovantes de quitação do Imposto Sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR) e o Certificado de Cadastro de Imóvel Rural (CCIR), caso o imóvel seja rural, comprovante de quitação dos débitos condominiais ou declaração equivalente (se for imóvel em condomínio, como apartamentos). Assim, deverá ser analisado cada caso, sendo que as exigências podem variar de acordo com o tipo de imóvel ou com o tipo de pessoa, sendo que o tabelião terá condições plenas de prestar essas orientações. Por último, a escritura pública, ou documento equivalente, deverá ser levada, ato contínuo, ao cartório de registro de imóveis competente, para se proceder ao registro da aquisição e, efetivamente, à transferência do imóvel. Somente com o registro o adquirente é considerado o legítimo proprietário. (NASCIMENTO, 2011, *on line*).

Sobre a escrituração o Sr. Lucas Rafael Rauber destacou que “a escritura pública pode ser lavrada em qualquer comarca. Não precisa ser, necessariamente na comarca onde está localizado o imóvel”. Diferente o ato do registro que “obrigatoriamente deve ser feito no cartório a comarca onde está situado o imóvel”.

O valor do emolumento cobrado para efetuar o registro do imóvel, esclareceu o Sr. Lucas que, “é tabelado e calculado sobre o valor venal do imóvel”. Oportuno citar: “Os valores cobrados pelos cartórios pelos registros são tabelados, fixados em Lei Estadual. Ou seja, todos os cartórios do Estado cobram o mesmo preço, que é, em média, 0,76% do valor do imóvel em questão” (NASCIMENTO, 2011, *on line*). Cabendo aqui o esclarecimento que o valor de avaliação do imóvel é atribuído pela prefeitura, e com base nele é arrecadado o Imposto de Transmissão de Bens Imóveis – ITBI, por ocasião da lavratura da escritura.

Aqui cabe a ressalva que, apesar de a escritura poder ser lavrada em Comarca diferente daquela onde está situado o imóvel, a arrecadação do ITBI se dará para o município do imóvel, com a devida quitação da guia emitida pela prefeitura local.

Nos casos em que, ao apresentar a escritura para o registro, constar pendência na matrícula do imóvel, conforme o Sr. Lucas “o comprador poderá ajuizar ação solicitando o embargo do imóvel”. Dessa forma este ficará “registrado com pendência”, ou seja, terá que aguardar o desembaraço por parte do proprietário e o despacho do juiz para que o bem possa ser liberado para o novo registro. “Enquanto durar o intervalo de tempo em que se aguarda a liberação do juiz, o imóvel não pode ser dado em garantia em transações financeiras de nenhuma natureza”.

Quanto aos efeitos que o registro do imóvel produz, cita-se:

- a) Modo de aquisição do imóvel a partir do registro do título de transferência, valendo contra terceiros; b) Modo de constituição de transferência de direitos reais de imóveis de terceiros, tanto de gozo quanto de garantia; c) Determinam a extinção do direito real, a partir da sua devida averbação na matrícula ou a margem do registro; d) Constitui prova da existência do domínio e dos direitos reais sobre bens imóveis, salvo direito alheio (BALBINO FILHO, 2009, p. 35).

Percebe-se que o Registro do Imóvel estabelece o direito de propriedade de forma muito clara, por meio do arquivo do histórico completo do imóvel. Essa anotação visa dar garantia da publicidade, autenticidade, eficácia e segurança jurídica ao proprietário.

Sendo assim, “é exatamente a segurança jurídica a principal finalidade do Registro de Imóveis, que visa sanar os litígios referentes à aquisição e à transmissão de bem imóveis e, assim, fomentar estas transações” (DELLA GIUSTINA, 2010, p. 206).

Conforme observa-se pelas citações dos autores é possível comentar que o ato de registrar o imóvel só traz benefícios ao proprietário. O maior deles é a segurança jurídica, que o imóvel fica isento de possíveis litígios futuros, já que uma vez anotado na matrícula o registro, este não será submetido a questionamento de nenhuma natureza.

Sobre o número de imóveis do território urbano que estão registrados no Cartório do 1º Ofício Registro de Imóveis, Títulos e Documentos da Comarca de Vila Rica – MT, Sr. Lucas Rafael Rauber, não soube precisar, em número, mas informou que: “9.251 matrículas de imóveis – 70% rurais e 30% urbanos, essa a quantidade de imóveis devidamente registrados”. Comentou ainda que a “maioria dos bairros estão regularizados, existem apenas dois ou três bairros que não estão regularizados no cartório ou prefeitura”.

Perguntado sobre o número de imóveis que não estão registrados, o Escrevente Substituto, Sr. Lucas comentou que “não consegue falar em número, já que o domínio dos imóveis não pertence ao cartório, este apenas registra os terrenos quando solicitado”.

O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA

Os direitos humanos, numa visão ampla, precederam e abarcam o direito à moradia. Neste capítulo pretende-se abordar o direito à moradia como caráter fundamental do ser humano e como um dos direitos sociais capazes de promover a dignidade humana.

Para melhor compreensão do assunto julga-se coerente iniciar fazendo algumas considerações sobre moradia, em seguida estarão abordados conteúdos sobre os direitos humanos e somente depois será colocado o direito à moradia como direito fundamental, e suas previsões legais na legislação brasileira.

DIREITO A MORADIA

Para que o ser humano se desenvolva em sua plenitude, um dos itens necessários é a moradia, conforme visto nos itens anteriores. Por este motivo a moradia foi reconhecida como direito humano em 1948 por meio da Declaração Universal do Direito Humanos. Dessa forma tornou-se um direito universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo.

Corroborando com a fala acima recorre-se a Souza:

A moradia é um direito historicamente aprimorado, visto que sempre se teve um instinto em relação a sua tamanha necessidade, mesmo que ainda não fosse discutido a sua adequação digna para o completo desenvolvimento do ser humano (SOUZA, 2004, p. 18)

Outra definição vem de Loreci Nolasco, que comenta o direito à moradia como sendo:

[...] a posse exclusiva de um lugar onde se tenha um amparo, que se resguarde a intimidade e se tenha condições para desenvolver práticas básicas da vida. É um direito *erga omnes*, um lugar de sobrevivência do indivíduo. É o abrigo e o amparo para si próprio e seus familiares [...] daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção (NOLASCO, 2008, p. 88).

E ainda para ratificar o posicionamento dos autores acima citados, julga-se oportuno buscar o notável jurista Sérgio Iglesias Nunes de Souza que apresenta sua definição:

A moradia consiste em bem irrenunciável da pessoa natural, indissociável de sua vontade e indisponível, que permite a fixação em lugar determinado, não só físico, como também a fixação dos seus interesses naturais da vida cotidiana, exercendo-se de forma definitiva pelo indivíduo, e, secundariamente, recai o seu exercício em qualquer pouso ou local, mas sendo objeto de direito e protegido juridicamente. O bem da „moradia é inerente à pessoa e independente de objeto físico para a sua existência e proteção jurídica. Para nós, „moradia“ é elemento essencial do ser humano e um bem extrapatrimonial. “Residência” é o simples local onde se encontraria o indivíduo. E a habitação é o exercício efetivo da moradia sobre determinado bem imóvel. Assim, a “moradia” é uma situação de direito reconhecida pelo ordenamento jurídico [...] (SOUZA, 2004, p.45).

As definições citadas permitem comentar que, o direito à moradia é inerente a todo indivíduo em face da natureza e direito essencial que refere à personalidade humana. Assim é possível observá-lo como um direito fundamental.

Para falar de direito à moradia recorre-se ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591 de 06 de julho de 1992. A partir daí o país se comprometeu a promover e proteger o direito à moradia.

O artigo 11 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos dispõe que:

Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida (BRASIL, 1992).

Por estar previsto como direito humano no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, conforme acima citado, mesmo não estando expressamente escrito na Constituição Federal de 1988, ali já estava de forma implícita, mas perfeitamente compreensível, respaldando sua aplicabilidade e questionamento quanto a sua essencialidade.

Sobre essa ausência de descrição cita-se:

[...] em uma breve leitura dos artigos 5º e 6º da Constituição, poderia, um menos conhecedor, interpretar que o direito à moradia não era reconhecido na atual Carta Magna devido à lacuna expressa de regulamento acerca desse tema, concluindo-se, por conseguinte, que esse direito até o presente momento nunca tinha sido positivado no âmbito constitucional brasileiro (SOUZA, 2004, p. 20).

Apesar de entendimentos divergentes, uma leitura mais apurada leva ao artigo 7º, inciso IV, da Constituição Federal, que estabelece que o salário mínimo deveria ser suficiente para atender às necessidades primordiais dos trabalhadores rurais e urbanos. Ora, então incluía-se o direito à moradia.

O artigo 7º, da CF, assim estabelece:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:[...]
V – salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim; [...]. (BRASIL, 1988).

Nesse sentido, percebe-se a preocupação do legislador constituinte em garantir o direito à moradia como necessidade essencial primária do indivíduo, buscando dar a ela *status* constitucional:

E desse pensamento, dá-se sua importantíssima característica não só de direito social, como também de direito personalíssimo, humano e fundamental diante da evidente precisão desta para a sobrevivência do ser humano (SOUZA, 2004, p. 36)

À luz do ensinamento do autor acima é possível comentar a alusão feita ao direito à moradia como direito fundamental. Para alicerçar melhor o comentário cita-se o artigo 4º, inciso II, que estabelece:

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
I – [...]
II - prevalência dos direitos humanos;
III – [...]

Considerando que o Brasil em suas relações internacionais é regido pelos direitos humanos, e os tratados e convenções internacionais trazem o direito moradia como direito humanos, então o direito à moradia já estava respaldado na constituição conforme os artigos mencionados.

Nesse sentido:

Dessa forma, perante os organismos internacionais, o Estado é obrigado a atender e dar proteção ao direito à moradia, sob pena de não só descumprir o seu papel junto a sociedade brasileira, mas também junto aos órgãos internacionais. Em verdade, o assunto referente ao direito a moradia não só interessa a determinado Estado, mas a toda humanidade, já que tal assunto é de interesse legítimo internacional, reconhecimento tido nos tratados aos quais o Brasil pertence” (SOUZA, 2004, p.131).

Ainda no rol dos direitos humanos fundamentais e obrigações previstas na Carta Magna, ressalta-se que a constituição dispõe e seu artigo 23, inciso IX: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...]. X - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; [...]. (Brasil, 1988).

Após as observações a respeito dos direitos fundamentais em âmbito internacional cita-se que, no Brasil a moradia entrou para o rol dos direitos sociais previstos na Constituição Federal, por meio de Emenda Constitucional:

O surgimento da inovadora emenda teve como espelho os direitos exprimidos em tratados internacionais que o Brasil aderiu, inovando e desenvolvendo o rol de direitos nacionalmente garantidos, ao passo que esse direito ainda não se encontrava positivado expressamente (SOUZA, 2004, p. 98).

O reflexo da inovação trazida pela Emenda Constitucional é fruto de uma nova visão universal de que o indivíduo é merecedor de uma vida digna e que para isso importa observar o alcance desse direito como garantia de uma vivencia plena. Compreende que esse direito esteve, desde a promulgação da Constituição, implícito devido a estar diretamente entrelaçado com o princípio da dignidade humana.

Convém aqui citar artigo 10 da Emenda Constitucional nº 26 de 14 de fevereiro de 2000, altera o artigo 6º da Carta Magna:

Art. 10 O art. 6o da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 2000, *on line*).

Percebe-se que o legislador incluiu o direito à moradia no rol dos direitos sociais, isso com a intenção de impedir a invocação do interesse social perante o indivíduo, protegendo a sociedade sim, mas observando primeiramente a necessidade do indivíduo.

Em artigo publicado por Sergio Iglesias Nunes de Sousa, intitulado Direito à moradia e de habitação, ele esclarece:

A justificativa para o direito à moradia ser um direito social permite a possibilidade de maior estruturação da legislação infra-constitucional, no sentido de preservá-lo, a fim de proteger o indivíduo, sem que, sob pretexto de proteger a coletividade, seja sacrificado. Ou seja, não se justifica o sacrifício do direito a moradia de uma pessoa ou de algumas delas, sob pretexto do benefício social. Se o direito à moradia fosse incluído apenas como direito individual, teria fragilidade diante do interesse da função social que a limita (SOUZA, 2004, p.125).

Depreende-se que o direito à moradia é direito de igualdade, ou seja, é direito social de acesso. “Através dele, faz-se a justiça distributiva, repassando bens a sociedade por meio do capital produzido pela mesma” (SANTOS, 2013, *on line*).

Sobre esse direito Sarlet (2002, p. 24) entende que:

Por seu caráter existencial e expressão do próprio direito à vida, o direito à moradia ocupa lugar similar ao direito à alimentação e, portanto, integra aquilo que na esfera internacional tem sido designado de um direito a um adequado padrão de vida.

Importa observar que, paralelo ao direito à alimentação o direito à moradia é tido como sustentação para o direito à vida, repetidamente preconizado na esfera internacional. Cabendo, portanto, grande observância ao cumprimento desse direito que compõe o rol dos direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna de 1988.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abordar a situação dos imóveis urbanos do município de Vila Rica/MT, no que se refere a legalização dos mesmos no Cartório de Registro de Imóveis, esse foi o principal objetivo deste estudo.

É necessário discutir a questão da moradia como direito, passando pelo direito humano, uma vez que a moradia constitui um dos direitos humanos; em seguida passou-se a questão legal que envolve a emissão de títulos de propriedade e como se dá o processo de escrituração de imóveis. Essa abordagem compõe o segundo capítulo. Os conteúdos ali expostos permitem comentar que a moradia é elemento essencial para que o indivíduo tenha qualidade de vida, dada a sua importância no contexto social, para tanto a Carta Magna de 1988 incluiu no rol dos direitos fundamentais os direitos humanos e com ele o direito à moradia. A partir disso, os legisladores observam a importância dada ao tema. Observou-se ainda a importância do instrumento da escrituração e do registro do imóvel para que se possa gozar de todos os direitos inerentes à propriedade de fato.

A quantidade de imóveis urbanos que se encontram devidamente registrados, conforme o entrevistado, chega a 40% do total de registros de urbanos e rurais. Essa informação leva a conclusão de que ainda é baixo o número de imóveis urbanos destinados a moradia que estão regularizados no Cartório de Registro de Imóveis.

O registro do imóvel em nome do proprietário, é garantia de direitos humanos, para que a pessoa possa gozar, de acordo com as teorias de posse e propriedade, plenamente do seu bem imóvel.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALBINO FILHO, Nicolau. **Registro de imóveis: doutrina, prática e jurisprudência**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 35.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: março de 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em abril de 2021.

BRASIL. **Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16015compilada.htm. Acesso 10 de julho de 2021.

DELLA GIUSTINA, Bianca Sant'Anna. **O registro de imóveis como instrumento para a proteção e o desenvolvimento do mercado imobiliário**. In: REVISTA DE DIREITO IMOBILIÁRIO. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.33, n.69, 2010

NAÇÕES UNIDAS. **Direitos Humanos**. Disponível em <https://unric.org/pt/o-que-sao-os-direitos-humanos/#:~:text=Os%20direitos%20humanos%20s%C3%A3o%20direitos,religi%C3%A3o%20ou%20qualquer%20outra%20condi%C3%A7%C3%A3o.&text=Todos%20t%C3%A3m%20direito%20a%20estes%20direitos%20sem%20discrimina%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 02 de abril de 2021.

NASCIMENTO. Fernando Pereira do. Registro Imobiliário em Revista. Nº 2 jan/2011. Revista Institucional - 1º Ofício de registro de imóveis de belo horizonte. Disponível em <https://www.1ribh.com.br/wp-content/uploads/2018/06/2011.pdf>. Acesso em 10 de julho de 2021

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental à Moradia**. São Paulo: Editora Pillares, 2008.

SANTOS. Camila Buzinaro dos. **A moradia como direito fundamental**. 2013. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-moradia-como-direito-fundamental/>. Acesso em 14 de abril de 2021.

SOUZA, Sérgio Iglesias Nunes de. **Direito à Moradia e de Habitação: Análise Comparativa e suas Implicações Teóricas e Práticas com os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

CAPÍTULO 6

MEDIDAS AFIRMATIVAS NO INGRESSO AO ENSINO SUPERIOR E NO CONCURSO PÚBLICO: ANÁLISE A PARTIR DA LEI 12990/14

AFFIRMATIVE MEASURES IN ADMISSION TO HIGHER EDUCATION AND IN PUBLIC CONTEST: ANALYSIS BASED ON LAW 12990/14

*Antonione Francisco de Sousa*¹⁵
*Aldo A. Nunes Filho*¹⁶

Resumo: No Brasil a desigualdade social, o preconceito e o racismo afetam a qualidade da educação, o que faz perpetuar a discriminação, a pobreza e, por consequência, a marginalização. Deste modo, o presente trabalho objetiva o estudo da compatibilidade das políticas de ação afirmativa contra as desigualdades raciais, analisando a constitucionalidade das políticas públicas de inclusão social no acesso ao ensino superior; considerando a Lei de Cotas como mecanismo discriminatório implantadas pelo Estado brasileiro com o ordenamento jurídico internacional e nacional. A discussão acontece em torno das cotas raciais, com ênfase à previsão de reserva para negros no ensino superior e concursos públicos. As medidas adotadas serão analisadas à luz da legislação nacional, dos instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos com recorte racial, ratificados pelo Estado brasileiro, da doutrina e dos julgamentos de alguns casos apreciados pelo Poder Judiciário. Por fim, conclui-se, considerando-se a compatibilidade das referidas políticas com o sistema legal brasileiro e a necessidade de que sejam ampliadas e aperfeiçoadas.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Cotas. Lei de cotas. Direito Constitucional.

Abstract: In Brazil, social inequality, prejudice and racism affect the quality of education, which perpetuates discrimination, poverty and, consequently, marginalization. Thus, this work aims to study the compatibility of affirmative action policies against racial inequalities, analyzing the constitutionality of public policies for social inclusion in access to higher education; considering the quota law as a discriminatory mechanism implemented by the Brazilian State with the international and national legal system. The discussion takes place around racial quotas, with emphasis on the provision of reservations for blacks in higher education and public examinations. The measures adopted will be analyzed in the light of national legislation, international instruments for the protection of human rights with a racial focus, ratified by the Brazilian State, and the doctrine and judgments of some cases considered by the Judiciary. Finally, it is concluded, considering the compatibility of these policies with the Brazilian legal system and the need for them to be expanded and improved.

Keywords: Public Policies. Quota. Quota law. Constitutional right.

¹⁵ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: antonione@direitovr.com.br

¹⁶ Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilho@outlook.com.

INTRODUÇÃO

Em 2012 foi sancionada a Lei Federal 12.711, obrigando todas as universidades e institutos federais de ensino a reservarem cinquenta por cento (50%) das vagas de todos os cursos para alunos de escolas públicas e, dentro desta porcentagem, parte se destinaria a alunos negros. Ou seja, a partir daí o recorte racial e econômico não era uma opção das universidades, mas uma obrigação.

No campo jurídico, a questão está longe de se tornar pacífica e de consenso global, tendo em vista, em particular, a existência de ações judiciais que contrapõem a constitucionalidade de tais ações afirmativas.

Para discutir estas questões dividiu-se o trabalho em três capítulos: o primeiro se dedica a analisar a relevância do princípio da igualdade, em conjunto com a possibilidade real de trabalhar com as políticas públicas afirmativas. O segundo traz apontamentos quanto às discriminações legais ou positivas, baseados na doutrina, com posicionamento de juristas conceituados acerca do tema, além de citações guiadas pelo prisma constitucional, referentes às ações afirmativas no combate ao racismo e a busca pela justiça social. Enquanto isso, o capítulo três se debruça sobre a questão das cotas raciais no cenário brasileiro e sua aplicação específica nos concursos públicos, por considerar a desigualdade social, por vezes, fruto de desigualdade quanto a distribuição de oportunidades para aqueles que enfrentam até os dias de hoje, os paradigmas deixados pela herança escravocrata pela qual o nosso país passou, seguindo essa lógica, baseado em doutrinas, leis e jurisprudências, o trabalho conduzirá para a afirmação da constitucionalidade da reserva de cotas raciais em concursos públicos.

O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IGUALDADE

Para Guilherme Machado Dray (1999, p. 19) a igualdade é compreendida como um princípio geral, dominante de toda ordem jurídica e discerne os conceitos de desigualdade formal e material. Informa o autor que enquanto a primeira se traduziria em haver uma contradição na legislação ou em sua aplicação, a segunda consistiria em uma contradição de disposição legislativa frente ao “direito justo” ou à “equidade”.

De forma geral, igualdade para todos é bem diferente de todos serem iguais. Nem sempre todos serão tratados de forma igual, pois aqueles que estão em condição

desigual devem ser tratados desigualmente. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p.39):

A lei não pode conceder tratamento específico, vantajoso ou desvantajoso, em atenção a traços e circunstâncias peculiarizadoras de uma categoria de indivíduos se não houver adequação racional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada.

Sendo assim, ao analisar, compreender e refletir sobre as cotas raciais, é imprescindível ter conhecimento de que a lei que protege é a mesma que diferencia os cidadãos, isto é, é indispensável que o tratamento diferenciado venha a ser construído de forma racional, isto é, que se enquadre na realidade dos indivíduos.

A temática racial no Brasil a cada dia que passa torna-se o centro das atenções tanto do Estado quanto da população, contudo, destaca-se que o grande marco da nossa história recente é sem dúvidas o reconhecimento da existência do racismo. Bobbio, Pasquino e Matteucci (1983, p. 1.586) inferem que:

Com o termo racismo se entende, não a descrição da diversidade das raças ou dos grupos étnicos humanos, realizada pela antropologia física ou pela biologia, mas a referência do comportamento do indivíduo à raça a que pertence, e, principalmente, o uso político de alguns resultados aparentemente científicos, para levar à crença da superioridade de uma raça sobre as demais. Este uso visa justificar e consentir atitudes de discriminação e perseguição contra as raças que se consideram inferiores.

Atualmente, com a globalização cada vez mais avançada e com a integração social trazendo a pacificação dos povos, é possível encontrar na sociedade brasileira inúmeros exemplos de princípio de igualdade. Porém, ainda há um caminho longo a ser percorrido, pois o racismo está enraizado na sociedade e tem sustentado por décadas a ideia de superioridade racial. Para Silvério (2013):

Abatido por vários séculos de opressão, esse continente presenciou gerações de viajantes, de traficantes de escravos, de exploradores, de missionários, de cônsules, de sábios de todo tipo, que acabaram por fixar sua imagem no cenário da miséria, da barbárie, da irresponsabilidade e do caos. Essa imagem foi projetada e extrapolada ao infinito ao longo do tempo, passando a justificar tanto o presente quanto o futuro (SILVÉRIO, 2013, p.17)

Em se tratando de igualdade e educação, nota-se a importância da obrigatoriedade do ensino da história e da cultura afro brasileira nas escolas públicas e privadas que trabalham com Ensino Fundamental e Ensino Médio, pois, para compreender as ações afirmativas no que se refere a lei de cotas raciais, é indispensável refletir sobre a trajetória, lutas e conquistas da população negra até os dias atuais.

Ao se falar no princípio da igualdade é indispensável ressaltar sua relevância para o estado democrático de direito, tendo como base, a segurança, o bem estar, o

desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e igualitária, de modo que, sem sua incidência dentro da sociedade, seria impossível a concepção do modelo democrático. O principal enfoque do princípio da igualdade impede toda e qualquer discriminação na participação no exercício do poder político, no acesso a ele, em sua relevância, bem como no acesso a cargos públicos.

É importante exteriorizar outra magnitude do princípio de igualdade, no qual os indivíduos são como seres a ser considerados de forma igual, com enfoque especial ao âmbito jurídico, sendo comumente chamada de igualdade formal. Nesta vertente do princípio, a intenção é primar por medidas que efetivem a concreção da igualdade, utilizando-se para tanto de meios incisivos, com a finalidade de reduzir as desigualdades sociais e regionais. Na maioria das vezes tais medidas devem ser de caráter corretivo, realizadas por meio das ações afirmativas.

Nas palavras de Menezes (2001):

A Ação Afirmativa, tem por finalidade implementar uma igualdade concreta (igualdade material), no plano fático, que a isonomia (igualdade formal), por si só, não consegue proporcionar. Por esse motivo, observa-se que os programas de ação afirmativa normalmente são encontrados em países que, além de consagrarem a igualdade perante a lei, também reprimem, quase sempre no âmbito penal, as práticas mais comuns de discriminação. Portanto, até no aspecto temporal, a ação afirmativa normalmente apresenta-se como um terceiro estágio, depois da isonomia e da criminalização de práticas discriminatórias, na correção de distorções sociais.

Ao referir a esfera social, enfatizando exclusivamente as medidas corretivas, vulgo afirmativas, é inconcebível não realizar uma correlação a justiça, no seu conceito mais nu e cru. Pois que, se encontra nas entranhas do objetivo das medidas o sentimento de justiça e a sua luta contra a desigualdade.

Relevante trazer o que diz J. J Gomes Canotilho (2007), em seus comentários ao artigo 13º da Constituição da República Portuguesa:

“O conteúdo jurídico-constitucional do princípio da igualdade tem vindo progressivamente a alargar-se, de acordo com a síntese dialética dos “momentos” liberais, democráticos e sociais. O seu âmbito de proteção abrange na ordem constitucional portuguesa as seguintes dimensões: (...); (c) obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fáticas de natureza social, econômica e cultural.” (CANOTILHO, J.J GOMES, 2007, p. 339)

Compreende-se, portanto, que é no ato de equilibrar a aplicação do princípio da igualdade que se percebe a possibilidade de tratamento diferenciado em relação a um

determinado grupo que preencha certas características. Para que isso possa ser feito de maneira a não proporcionar mais desigualdades, é importante que se observe a existência de uma justificativa plausível, sobrepesando os meios aplicados com as finalidades requeridas. Ou seja, o ente responsável por aplicar a medida com finalidade de atenuar as desigualdades deve observar se seu ato é proporcional ao fim que almeja, portanto, nunca se esquecendo de prestar a devida atenção ao princípio da proporcionalidade.

A Carta Magna, mais especificamente em seu artigo 4º, VIII, destacou a importância de se eliminar da sociedade brasileira o preconceito em qualquer de suas espécies. Sobre ao preconceito de cor, figura-se evidente que a discriminação dos indivíduos de cor negra, ainda é presente na sociedade nos dias atuais; mesmo analisando a sua real diminuição nas últimas décadas verifica-se a existência do mesmo, mas não necessariamente de uma forma explícita, contudo, de forma velada, forma esta que por vezes passa despercebida aos olhos de muitos, contudo, ao agente passivo de tal discriminação, o mesmo é real e extremamente doloroso.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana, conforme a Constituição Federal (BRASIL, 1998), é um direito fundamental. Para Moraes (2003):

O princípio constitucional visa garantir o respeito e a proteção da dignidade humana não apenas no sentido de assegurar um tratamento humano e não-degradante, e não conduz exclusivamente ao oferecimento de garantias à integridade física do ser humano. Dado o caráter normativo dos princípios constitucionais, princípios que contêm os valores ético-jurídicos fornecidos pela democracia, isto vem a significar a completa transformação do Direito Civil, de um Direito que não mais encontra nos valores individualistas codificados o seu fundamento axiológico (MORAES, 2003, p. 74).

A ação preconceituosa não fere apenas preceitos constitucionais, éticos, morais e sociais, a ação discriminativa fere pessoas, seres humanos. Quando a mesma ocorre em decorrência da cor negra, verifica-se uma bagagem histórica contendo relatos de barbaridade, relatos estes que apenas intensificam a dor. Como é de conhecimento geral os negros possuíam condições análogas a de animais irracionais, com a prática de atos discriminativos, esse sentimento volta à tona em pleno século XXI.

Mesmo depois de findado o período da escravidão, os negros não conseguiram romper as barreiras impostas pela condição de ex-escravo, encontrando ainda, obstáculos formais para o desenvolvimento pessoal, é nesse sentido, a criação de medidas afirmativas e políticas de inclusão, destinadas não a beneficiar, mas trazer

igualdade de oportunidades e justiça social, como prega a constituição da república federativa do Brasil.

AÇÕES AFIRMATIVAS

A doutrina brasileira constitucionalista se manifesta de forma favorável perante a conjuntura desigual pré-existente no Brasil, desta maneira se manifesta de forma contrária a uma possível violação do prisma constitucional da igualdade no que se refere às ações afirmativas, alegando ainda que a aplicação de tais medidas caracteriza a viabilidade da isonomia material.

Neste sentido, faz jus citar o entendimento do renomado doutrinador constitucionalista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello, que destaca que os princípios constitucionais da isonomia, igualdade, compreendem diferenças legais de pessoas, coisas, fatos e situações. Aponta que na prática da discriminação há a presença de três vetores: a existência de fatores diferenciais entre as pessoas, situação, coisas ou até mesmo fatos envolvidos, seguido pelo nexos causal, ou como apontado por ele mesmo, correlação lógica, entre o fator discriminatório e a desigualdade, todos estes violando a constituição cidadão e seus preceitos protetivos. No mesmo sentido, conclui Neves que “as discriminações legais positivas em favor da integração de negros e índios estão em consonância com os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, estabelecidos nos incisos III e IV do seu artigo 3º.” (NEVES, 1996, p. 263).

Para Atchabahian (2004) a igualdade não deve ser considerada como absoluta, mas como igualdade proporcional, visto que ela varia de acordo com as exigências do homem, “é proporcional, pois longe de ser algo inalterável, relativo aos homens, deve levar em conta as peculiaridades destes”.

O jurista Nelson Jobim, no seu discurso de posse como ministro do Supremo Tribunal Federal, em junho de 2004, chamou a atenção dos presentes ao evento para o fato de que:

A regra do convívio democrático. São estes os pressupostos da ação. São essas as exigências do futuro. Façamos um acordo à bem do Brasil e do seu futuro. De um Brasil que reclama a inclusão social e o bem estar de todos. Que exige o desenvolvimento social e econômico. Que passa a enfrentar os seus obstáculos culturais, sociais e econômicos. Que discute e quer dar solução à exclusão dos negros. (JOBIM, 2004a).

Já em 2004, o já citado jurista, Nelson Jobim, repetindo o tema em uma interlocução na Câmara Municipal de São Paulo, no simpósio “A inserção do Afrodescendente na sociedade brasileira”, expressou:

O que está por trás das chamadas ações afirmativas? Está exatamente atrás a evolução do tratamento do tema. Não mais ter só exclusivamente a forma reativa, da pena penal, com todas as suas deficiências, não importa, mas ter também ações que sejam legitimadoras de políticas públicas que possam reduzir o âmbito da desigualdade. E não fazer com que a desigualdade se reproduza. É isto que está atrás dessa discussão das chamadas ações afirmativas e das chamadas quotas de negros ou negras nas universidades. (JOBIM, 2004b).

A Carta Magna Brasileira defende, dentre outros, como objetivos fundamentais da República Federativa, a redução das desigualdades regionais e sociais e a erradicação da pobreza, além disso, promove no artigo 5º, o princípio da constitucional da igualdade.

Em análise a esse cenário, é indubitável a efetividade no parâmetro constitucional da adoção de tais políticas como providências, objetivando a redução das desigualdades presente nos vários grupos sociais, tendo como finalidade a igualdade substancial, real e inclusão social, pois tais políticas se baralham com o próprio princípio, contudo no seu aspecto material. Conforme Ferrajoli (1998), no que diz respeito a igualdade:

A igualdade jurídica, seja formal ou substancial (material), pode ser definida como igualdade nos direitos fundamentais. São de fato, os direitos fundamentais as técnicas mediante as quais a igualdade de ambos os casos é assegurada ou perseguida; e é a diversa natureza dos direitos, nos dois casos sancionados que consente de explicar a diversa relação com as desigualdades de fato.

Sendo assim, tais ações são harmonizáveis com a Carta Magna, podendo ser conceituada como qualquer política que se objetive a redução das desigualdades sociais, regionais, por meio de um tratamento diferenciado, promovendo a ampliação da participação das minorias nos diversos campos da vida social, principalmente, no tocante aqui estudado: educação e mercado de trabalho.

Conforme Trindade (1998):

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. (TRINDADE, 1998, p. 134).

Em conformidade com as palavras de Trindade (1998) citada acima, é possível compreender que as cotas raciais dentro das ações afirmativas não darão lugar para mais discriminação, muito pelo contrário, é uma garantia fundamental para essa minoria, garantindo o direito de igualdade, uma vez que evidencia nele o seu caráter instrumental.

COTAS RACIAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO

Quando se trata de cotas raciais os argumentos são diversos, o mais comum é o de que o objetivo da Lei de Cotas deve ser o de igualar os indivíduos para que todos possuam oportunidades de atingir o ensino superior, porém, esse pensamento vai ainda mais além, pois se trata também de uma reparação histórico-social, isto é, um entendimento de equiparação com a dívida histórica que o Brasil tem com a população negra. Os defensores desse pensamento pensam na Lei de Cotas como uma discriminação positiva, melhor dizendo, é a inclusão social assegurada pela Constituição Federal.

A destinação de vagas para estudantes de escolas públicas e pessoas autodeclaradas negro, pardos e índios denomina-se cotas. As cotas estão previstas na Lei nº 12.711/2012 e no Decreto nº 7.824/2012. Esse último define as condições gerais, estabelece acompanhamento e o processo de transição (BRASIL, 2012, online).

Deve-se atentar ao fato de que “as ações afirmativas tem sofrido consequências quantificáveis, melhor dizendo, há desonestidade aceita de várias formas. A reidentificação de indivíduos e grupos, a fim de auferir benefícios ou cotas planejados para outros, tem ocorrido com frequência em vários países” (SOWELL, 2017). E, por isso, ainda há um longo caminho pela frente, as ações afirmativas, como a lei de cotas, não pode ser apenas uma resposta terapêutica à discriminação existente.

A política de cotas raciais adotadas pelo Brasil segue o modelo praticado por grande parte dos países segregacionistas e este sutil preconceito apenas reforça a dificuldade de ascensão dos negros a classes mais privilegiadas, baseados em tal pressuposto as cotas raciais ganham a cada dia mais força e representatividade. Em relação à fundamentação jurídica e tão pouco filosófica explica a adoção de duas teorias: Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva (MORAES, 2006).

No âmbito da Justiça Compensatória as atuais desvantagens dos afrodescendentes são fruto de incontáveis discriminações passadas; assim, propõe o reequilíbrio por meio de políticas sociais, isto é, tal teoria tem por fundamento na reparação do dano, ressalta-se um dano histórico, desde a escravidão. As conquistas dos movimentos sociais se fazem presentes nos diversos “atores” políticos, podemos perceber com a implementação das políticas públicas voltadas para a questão racial, como as cotas raciais, por exemplo, um sucesso de degrau a degrau. Segundo Souza (2006):

Interesses (ou preferências) são mobilizados não só pelo autointeresse, mas também por processos institucionais de socialização, por novas ideias e por processos gerados pela história de cada país. Os decisores agem e se organizam de acordo com regras e práticas socialmente construídas, conhecidas antecipadamente e aceitas. (SOUZA, 2006, p. 38)

Em 2014 começou a vigorar a lei nº 12.990/14, tal lei objetiva a destinação de 20% das vagas em concursos públicos federais para candidatos que se autodeclarem negros e pardos. Tendo como principal fundamento, as desigualdades entre negros e brancos no serviço público, e essa desigualdade foram apresentados através da análise do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) mostra que, apesar de os negros ocuparem 47% dos empregos no setor público, a presença dessa parcela da população é muito reduzida nas carreiras mais valorizadas, como a de diplomatas, de auditores da receita federal e de advogados da União.

Nas carreiras mais valorizadas, a presença dos negros não passa de 19%, 15%, em alguns lugares, chega até a 5%. (BRASIL, 2014, www.camara.leg.br/noticias) Contudo, essa reserva de 20% das vagas é obrigatória quando se trata de concursos públicos da União, mas em relação aos concursos públicos estaduais e municipais, não há nenhuma obrigatoriedade da reserva de vagas, ou seja, é facultado a eles reservar as vagas ou não.

A lei 12.990/14 trouxe à tona a discussão sobre a imprescindibilidade de cotas raciais para amenizar as desigualdades que existem quando se referem ao acesso a cargos públicos por negros e pardos, contudo, por consequência também voltou a reacender a polêmica que existia em torno das cotas raciais nas universidades públicas e como de costume de toda inovação legislativa foi alvo de elogios e críticas.

Sobre o julgamento da ação declaratória de constitucionalidade, em defesa da lei federal 12990/2014, votou o ministro Celso De Mello, na ADC41.

A lei 12990/14, objeto deste processo, ao assegurar, em determinado percentual (20%), aos negros a reserva de vagas em concursos públicos, consagrou cláusula de proteção viabilizadora de medidas compensatórias em favor de tais pessoas (...). Não constitui demasia insistir na afirmação de que o diploma legislativo ora em exame, ao prescrever normas destinadas a assegurar as pessoas negras o direito de acesso ao serviço público, estabelece regras que visam a instituir mecanismos compensatórios que traduzem ações afirmativas a serem implementadas pelo poder público e que buscam, na realidade, promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas negras, corrigindo as profundas desvantagens sociais que afetam tais pessoas, em ordem a tornar efetiva sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos.

ADC 41, rel. min. Roberto Barroso, voto do min. Celso De Mello, j. 8-62017, P, DJE de 17-8-2017.

Há argumentos que demonstram a necessidade dessa lei como, por exemplo, o artigo 4º, II, da Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial). O referido artigo preceitua:

Art. 4º. A participação da população negra, em condição de igualdade de oportunidade, na vida econômica, social, política e cultural do País serão promovidas, prioritariamente, por meio de: [...]

II. Adoção de medidas, programas e políticas de ação afirmativa (BRASIL, 2010).

Também merece ser mencionado o artigo 3º, III, da Constituição Federal:

Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...]

[...] III. Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

As desigualdades se destacam nos concursos públicos, quando verificamos que a representatividade negra nas repartições públicas é quase irrelevante, dessa forma, a efetivação da política de cotas em decorrência a raça possui como um dos elementares finalidades ampliar de forma simétrica esse número.

Complementa-se que ao contrário de muitos pensamentos a ótica da meritocracia não foi atingida, pois a referida lei estipula que algumas das vagas que são oferecidas sejam destinadas a disputa apenas por negros e pardos, quer dizer, haverá um critério extra de seleção para que elas sejam ocupadas, critério racial.

O direcionamento de vagas em concursos públicos não desobedece a Constituição Federal e nenhuma outra lei infraconstitucional, como foi dito anteriormente é necessário que haja ações afirmativas para que a população negra também possa ser inserida de forma proporcional nos concursos públicos e mudar sua situação quanto à desigualdade.

Sobre essa temática, é de grande relevância o voto do ministro Ricardo Lewandowski, na ADPF 186, ADPF que se deu com ajuizamento, junto ao STF, pelo partido político Democratas (DEM) uma ação contrária ao sistema de cotas então adotado pela Universidade de Brasília (UnB) que passou a garantir 20% das vagas do vestibular para candidatos afrodescendentes. A ADPF 186 objetivava alcançar a declaração de inconstitucionalidade dos atos administrativos que resultaram na garantia de reserva das vagas aos estudantes negros, sob alegação de descumprimento de preceitos fundamentais e ofensa a princípios constitucionais, como da proporcionalidade, impessoalidade moralidade, etc. o julgamento iniciado, no STF no dia 25 e concluído no dia 26 de abril de 2012, resultou, por unanimidade de votos, a improcedência na arguição. Em decorrência, o voto do relator:

Atos que instituíram sistema de reserva de vagas com base em critério étnico-racial (cotas) no processo de seleção para ingresso em instituição pública de ensino superior. (...) Não contraria – ao contrário, prestigia – o princípio da igualdade material, previsto no caput do art. 5 da carta da república (...) as políticas de ação afirmativa fundada na discriminação reversa apenas são legítimas se sua manutenção estiver condicionada a persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade com um todo, situação – é escusado dizer- incompatível com o espírito de qualquer constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.

ADPF 186, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 26-4-2012 ,P, DJE de 20-10-2014.

RE 597285,rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 9-5-2012, P DJE de 18-3-2014, com repercussão geral.

Não é justo pensar, portanto, que a população negra vive de esmola políticas por incapacidade, tal como é inaceitável dizer que a discriminação não existe, para tantos argumentos contra e tantos a favor, nada mais sensato que encerrar tal discussão com o pensamento constitucional sobre o princípio da igualdade, tratar os desiguais de forma desigual para proporcionar a igualdade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo das análises feitas é possível perceber o quão complexo é compreender a política afirmativa na modalidade de cotas raciais; não se pode deixar levar por formações de ideias acerca apenas do que se acredita ou por conclusões apressadas e numéricas. Através do referencial teórico e com base na Lei 12990/14, esse estudo buscou analisar e refletir sobre o caminho percorrido até os dias atuais no que se refere

aos cotistas, que de fato não aconteceu de um dia para o outro, mas de longos estudos acerca do assunto.

As ações afirmativas, portanto, surgiram como um grande avanço na luta contra a desigualdade social, no que se refere a Lei de Cotas, dando oportunidades para aqueles que nunca teriam uma chance e sua legitimidade se encontra no objetivo de dar uma vantagem competitiva a determinadas pessoas/grupos, com um tratamento mais favorável para que elas possam vir a ter a igualdade de oportunidades, então a lei de cotas se encontra como uma medida emergencial, que sim, é considerada paliativa, porém é indispensável.

Por fim, é indispensável reafirmar que as ações afirmativas, na modalidade de cotas raciais, devem ter como objetivo a função de eliminar, ao longo do tempo, a exclusão e a discriminação pela qual ainda passa o povo afrodescendente, pois conforme o racismo for eliminado da sociedade, ficará mais visível a parte positiva dessa ação afirmativa, ou seja, a de reconstruir e restaurar o ordenamento da sociedade, onde todos sejam realmente incluídos de forma justa, com oportunidades iguais.

REFERÊNCIAS

ATCHABAHIAN, Serge. **Princípio da igualdade e ações afirmativas**. São Paulo: RCS, 2004.

BOBBIO, Norberto; PASQUINO, Gianfranco; MATTEUCCI, Nicola. **Dicionário de Política**, 11. ed., Brasília, DF: UnB, 1983.

BRASIL. Lei nº 12.711/2012, de 29 de agosto de 2012. **Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 30 set. 2012. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

DRAY, Guilherme Machado. **O princípio da igualdade no direito do trabalho: sua aplicabilidade no domínio específico da formação de contratos individuais de trabalho**. Coimbra: Almedina, 1999.

GOMES, Joaquim B. Barbosa (2000). **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. Rio de Janeiro, Disponível em www.mre.gov.br. Acessado 15/09/2019

JOAQUIM, Nelson. **Igualdade e discriminação**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, IX, n. 31, jul. 2006. Disponível em: http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1663>. Acesso em: 12 maio. 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**, 13ª tiragem, 3ª ed., SP: Malheiros, 2006.

MENEZES, Paulo Lucena. **A ação afirmativa (affirmative action) no direito norteamericano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura Civil-Constitucional dos Danos Morais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Guilherme Pena de. **Ações Afirmativas no Direito Constitucional Comparado**. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (org.). **Direito constitucional: leituras complementares**. JusPodivm, 2006. Capítulo VII, p. 143-159.

SANTOS, Renato Emerson; LOBATO, Fátima. In: **Ações afirmativas: políticas públicas contra as desigualdades raciais**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003. (Coleção Políticas da Cor).

SEPPIR. O que são ações afirmativas. Disponível em: <http://www.seppir.gov.br/assuntos/o-que-sao-acoes-afirmativas>. Acesso em: 12 mar 2021.

SILVA, Martiniano, Jose da. **Racismo a brasileira**. 4ª Edição. P. 343 a 359. Editora Anita Garibaldi, 2009.

SOWELL, Thomas. **Ação Afirmativa ao Redor do Mundo**. São Paulo: É Realizações, 2017.

TRINDADE, Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997)**. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

CAPÍTULO 7

UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO DA NOVA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NOS DIREITOS SOCIAIS DOS TRABALHADORES

A STUDY ON THE IMPACT OF THE NEW PENSION REFORM ON THE SOCIAL RIGHTS OF WORKERS

*Antônio Marcelino de Queiroz*¹⁷
*Antônio Leonardo Amorim*¹⁸

Resumo: Com a chegada da reforma previdenciária, modificações estruturais sobre como se aposentar ou receber um benefício previdenciário assolam a vida de muitos trabalhadores, além disso, a forma como a reforma previdenciária foi colocada para a classe trabalhadora não foi nada proporcional comparada com o que se manteve para muitos que pertencem a escalões de privilégio no Brasil. Nesse sentido, o presente trabalho teve como objetivo principal discutir sobre os efeitos que a reforma previdenciária poderá contribuir para a redução dos Direitos Sociais e Fundamentais do trabalhador, principalmente aos menos favorecidos desde a aprovação da Emenda Constitucional 103, a partir de uma análise do conceito da previdência, da sua importância e dos argumentos favoráveis e contrários a referida reforma, através de pesquisa bibliográfica de livros, artigos científicos, teses e debates econômicos e políticos publicados na internet, além de dissertações que possibilitem compreender melhor a Previdência Social e suas reformas e seus impactos na violação dos direitos sociais e fundamentais nas classes menos favorecidas, mostrando que a reforma previdenciária, além de injusta, não teve nenhum esforço para tentar aumentar ou garantir a proteção aos mais pobres.

Palavras-Chave: Aposentadoria. Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Reforma Previdenciária.

Abstract: With the arrival of the social security reform, structural changes on how to retire or receive a social security benefit devastate the lives of many workers, moreover, the way in which the social security reform was placed for the working class was not at all proportional compared to what remained for many who belong to levels of privilege in Brazil. In this sense, the main objective of this study was to discuss the effects that the social security reform can contribute to the reduction of the Social and Fundamental Rights of the worker, especially the less favored since the approval of Constitutional Amendment 103, based on an analysis of the concept the social security, its importance and the arguments for and against the referred reform, through bibliographic research of books, scientific articles, theses and economic and political debates published on the

¹⁷ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: queiroz.antonio64@gmail.com.

¹⁸ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

internet, as well as dissertations that make it possible to better understand Social Security and its reforms and its impacts on the violation of social and fundamental rights in the less favored classes, showing that the social security reform, in addition to being unfair, made no effort to try to increase or guarantee protection for the poorest.

Keywords: Retirement. Human Rights. Fundamental Rights. Social Security Reform.

INTRODUÇÃO

A Previdência Social é um assunto que tem despertado interesse em todas as pessoas, principalmente no meio estudantil, sendo a Reforma da Previdência o tema que mais esteve em evidência, reforma essa que mesmo com toda resistência e crítica por populares, políticos, mídia e estudiosos do assunto teve sua aprovação em novembro de 2019, pela Emenda Constitucional 103/2019.

Com a nova reforma da Previdência no Brasil, dificilmente os trabalhadores conseguirão o valor integral das aposentadorias, pois serão necessários comprovar 40 anos de contribuição, somados aos impactos da reforma trabalhista, que instituiu modalidades como o trabalho temporário e intermitente, além de outros pontos específicos que sofreram modificações que viola o direito fundamental à Previdência, destacando que o direito à previdência integra o rol dos direitos humanos e é garantido pelo artigo 6º da Constituição Federal de 1988 bem como o artigo 9º do Protocolo de São Salvador do Decreto 3321/99, c/c artigo 5º,§2º CF/88.

Cumprе ressaltar que os direitos relativos à Previdência Social podem ser considerados direitos fundamentais sociais, ou direitos de segunda dimensão, e em função desta classificação, esses direitos têm adquirido uma força normativa cada vez maior, atingido, assim, o seu mais alto grau, no Ordenamento Jurídico pátrio, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, sendo, dessa forma, o texto atual da Constituição Federal que mais se preocupou em tratar de questões relativas à Previdência Social, motivos pelos quais o assunto terá grande destaque no presente estudo.

A reforma aprovada torna praticamente inviável a obtenção dos benefícios previdenciários por parte dos brasileiros tendo em vista os padrões sociais e geográficos do país, uma vez que os mais pobres não chegarão aos 70 anos para receber o BPC, os professores não terão saúde física e mental para exercer o magistério até os 60 anos e 30 anos em sala de aula, a trabalhadora rural não terá saúde física para segurar seus direitos até os 60 anos, existem regiões de periferia em que a expectativa de vida não chega aos

60 anos. São diversos exemplos que refletem a realidade fática de nosso Brasil, configurando ofensa à cláusula pétrea consagrada no artigo 60, §4º, da CF/88.

A REFORMA PREVIDENCIÁRIA DO GOVERNO BOLSONARO

A preocupação com o rombo da previdência é antiga, e mudanças nas regras de aposentadoria não são novidade. Os ex-presidentes Fernando Henrique Cardoso, Lula e Dilma Rousseff fizeram as suas reformas Michel Temer tentou, mas não conseguiu. Nenhuma delas, porém, alterou tanto a aposentadoria quanto a aprovada pelo Congresso no Governo de Bolsonaro.

O caminho que essa reforma seguiu foi longo e turbulento. No Congresso, a discussão durou cerca de oito meses, e os debates foram acalorados, inclusive com troca de ofensas. Nas ruas, protestos contra e a favor mobilizaram a população.

A princípio, Bolsonaro teria mais força do que Temer para conseguir aprovar sua reforma, já que havia sido eleito há pouco tempo e contava com uma base de apoio na população, além de parlamentares abertamente favoráveis a mudanças na aposentadoria terem sido eleitos na esteira do presidente. Logo de cara, mudanças no Benefício de prestação Continuada (BPC), pago a idosos e deficientes pobres, e na aposentadoria rural geraram críticas de opositores e mesmo de deputados favoráveis, assim todas essas mudanças caíram posteriormente.

Apesar de todas as dificuldades, a reforma da Previdência foi aprovada com um placar mais folgado do que o previsto inicialmente.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Os direitos humanos e as liberdades fundamentais são direitos naturais de todos, sua proteção e promoção são de responsabilidades primordiais dos Governos segundo item I.1 da Declaração e Programa de ação de Viena adotada consensualmente pela Conferência Mundial dos Direitos Humanos em 25.6.1993.

A previdência social, intimamente ligada ao princípio da dignidade da pessoa humana, foi consagrada como Direito Fundamental com a Constituição Federal de 1988, exposto no art. 6º da CF que assim dispõe:

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).

Assim, serve para preservar seus segurados das adversidades da vida, tais como doença e velhice. Dentre os direitos fundamentais encontramos o direito à seguridade social, que é um conjunto integrado de ações de iniciativa do poder público com a participação da sociedade atuando na área de saúde, assistência social e previdência social, é direito fundamental de segunda geração, ou seja, ligados às prestações que o Estado deve ao seu conjunto de integrantes.

Com o reconhecimento dos direitos de segunda geração, o direito assume uma dimensão positiva não como forma de aceitar a intervenção do Estado na liberdade individual, mas como meio de proporcionar uma participação do bem estar social (SARLET, 2006, p. 49). Com esta nova formatação de Estado, o direito à seguridade social passa a ser direito público subjetivo, pois uma vez não concedidas as prestações, o indivíduo pode requerê-las, exercitando o direito de ação.

A previdência social como direito fundamental é uma necessidade, pois muitos precisam para que possam ao mínimo ter uma condição de sobreviver, uma vez que, como sabemos o Seguro Social é meio necessário e eficaz de garantia da vida digna, firmando sua posição em todas as sociedades desenvolvidas.

Indo além, nas palavras de Bonavides, pode-se dizer que a previdência social, na sua dimensão objetiva, seria uma garantia institucional, pois supera a solidão individualista da concepção clássica dos direitos fundamentais, já que as diretrizes do aparelho previdenciário e sua própria existência são também resguardadas de alterações pelo Legislador Ordinário, em uma realidade mais abrangente e eficaz na valoração da pessoa humana.

Desta forma, não seria correto divisar a existência de um direito fundamental à aposentadoria por invalidez, ou um direito fundamental ao salário-maternidade, uma vez que a jusfundamentalidade tem a previdência social como garantia institucional. Isso é de extrema importância, pois a alteração do rol de prestações é possível, com redução ou mesmo exclusão de algumas, desde que o conjunto ainda atenda às necessidades sociais existentes, capaz de assegurar a vida digna. Somente com tais garantias é que a sociedade brasileira poderá estabelecer uma ativa isonomia e a liberdade real, na qual as pessoas possam, efetivamente, implementar seus projetos de vida.

A REFORMA DA PREVIDÊNCIA E RETIRADA DE DIREITOS SOCIAIS COMO VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES

Quanto a retirada dos Direitos Sociais, não restam dúvidas de que as medidas inseridas na proposta de reforma previdenciária, consolidada em torno da PEC nº 287/2016, teve dentre um de seus objetivos a desconstrução de um dos mais sólidos sistemas de proteção social do mundo, criado com a Constituição Federal de 1988, fazendo-o sem qualquer preocupação com os brasileiros que vivem do seu trabalho, em especial nos setores e regiões mais empobrecidos da nossa população, para os quais a perspectiva de uma aposentadoria digna se tornará um sonho distante, senão inalcançável.

Quando se fala em proteção aos Direitos Sociais, cabe ressaltar o princípio da proteção ao núcleo essencial ou da salvaguarda do núcleo essencial fundamentado por José Gomes Canotilho (1998, p. 618-619) que advém da seguinte ideia:

[...] existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado. Mesmo nos casos em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos ou direitos, restringidos.

Desta forma, considerando que a Constituição Brasileira incluiu em seu rol de direitos fundamentais os direitos sociais, fica constatado que o Estado igualmente está obrigado a fornecer as condições mínimas para uma existência digna, consubstanciando a teoria do mínimo existencial, o qual se constitui em um verdadeiro direito subjetivo vinculante, permitindo que o cidadão o exija judicialmente. Além do mais, examinou-se a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível, em que se constatou que a reserva do possível não é ilimitada e nem uma barreira intransponível para a proteção dos direitos sociais, de modo que é exatamente nos períodos de crise em que estes devem ser protegidos, restringindo até mesmo a competência orçamentária do legislador, resultando, por conseguinte, num dever do Estado em maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível, naquilo que serve de obstáculo à efetivação dos direitos sociais.

Por fim, constatou-se ainda que há posicionamentos que entendem que o princípio, além de impor ao Estado o dever de proteção ao núcleo essencial e de garantir o mínimo existencial, impede que este desconstitua as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, de modo que o núcleo essencial dos

direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que sem a criação de outros esquemas compensatórios aniquilem o núcleo essencial desse direito.

Atualmente, a Constituição prevê um regime diferenciado à aposentadoria dos professores, dos rurais e de aposentadoria especial devido aos desgastes que essas atividades causam a integridade física do trabalhador, diminuindo, naturalmente, a vida laboral do trabalhador. No caso dos professores, parcela significativa dos profissionais são acometidos e afastados frequentemente da atividade laborativas por diversas doenças vinculadas ao exercício de sua atividade, como distúrbios vocais, doenças psiquiátricas, dentre outras, motivo pelo qual se alcança esse critério diferenciado. Todavia, a reforma majora o tempo de exposição desses trabalhadores aos riscos sociais.

Em relação aos segurados especiais, a reforma passa a obrigá-los a contribuir de forma individualizada mensalmente, quando é sabido que muitos destes possuem como fonte de renda produtos sazonais, havendo períodos em que sua arrecadação é irrisória. Além disso, aumenta a idade para obtenção do benefício expondo-lhes por mais tempo ao trabalho penoso e aos fatores degradantes (como exposição ao sol, frio, dentre outros).

Nesse sentido, as alterações na aposentadoria especial também condenam o trabalhador a maior exposição a condições prejudiciais à saúde e ao risco de desenvolvimento de danos a sua saúde, ao fixar idade mínima sem considerar o caráter prejudicial da atividade laborativa. Aliás, nesse formato, confunde-se a aposentadoria especial com a própria aposentadoria por invalidez, visto a probabilidade de esses trabalhadores aposentarem-se apenas quando já incapazes.

Por certo, essas mudanças permitem concluir que a Reforma da Previdência suprime o risco de vida como elemento para concessão desses benefícios, criando um modelo em que o escopo deixa de ser a proteção da saúde e integridade física dos segurados e trabalhadores, desconsiderando o contexto que originou esse tratamento protetivo e impondo um efetivo dano à dignidade humana dos segurados da Previdência Social, tendo em vista à sujeição aos riscos sociais a que estarão expostos sem a devida proteção, suprimindo desproporcionalmente o núcleo essencial protetivo destes benefícios, sem apresentar-lhes alternativas complementares de proteção, condenando diversos trabalhadores a não alcançarem os almejados benefícios.

Dessa forma, denota-se que há mudanças da Reforma da Previdência, como por exemplo as alterações na aposentadoria especial onde foram instituídas duas regras,

uma de transição e outra permanente, além da vedação de conversão de tempo especial em comum laborado após a entrada em vigor da Reforma, que importam em verdadeiro retrocesso social, tendo em conta que parte delas limitam benefícios previdenciários de forma descabida, a ponto de atingir inclusive o núcleo essencial do direito fundamental à Previdência Social e lesionar a dignidade humana dos segurados, de modo que será necessário uma readequação das medidas da Reforma para sanar os vícios examinados, sob pena de posteriormente ser fulminada judicialmente por inconstitucionalidade.

IMPACTOS DA REFORMA PREVIDENCIÁRIA NO BRASIL

A reforma da Previdência, Emenda Constitucional 103/2019 aprovada em 12 de novembro de 2019, poupou poucos e terá impacto na vida de milhões de brasileiros. Seja uma despesa literal, em forma de investimentos mensais em uma aposentadoria suplementar, algo que uma parcela bem baixa da população brasileira tem condições de fazer ou em decorrência do adiamento dos sonhos do início da inatividade profissional.

As mudanças ocorridas com a reforma, causaram vários impactos, não só para os trabalhadores, entre eles os servidores públicos, mas também para os entes da federação. Entre os Entes da Federação, os mais atingidos, até pela menor autonomia financeira, foram os Municípios e seus Regimes Próprios de Previdência Social.

Para o auditor fiscal da receita e autor do livro “A Previdência Social e a Economia dos Municípios”, Álvaro Sólton de França, a médio e longo prazo o dinheiro dos aposentados vai fazer falta.

Segundo o Auditor da Receita Federal, em entrevista ao repórter Uelson Kalinovski, da TVT- Rede Brasil ele afirmou que:

Será extremamente danoso os impactos causados pela Reforma. Haverá uma diminuição na circulação de dinheiro, principalmente nos pequenos municípios brasileiros e teremos uma hecatombe econômica. Os municípios que hoje sobrevivem do pagamento de benefícios previdenciários terão a diminuição dos seus recursos, isso acarretará na diminuição da qualidade de vida das pessoas. (ano/2019)

Numa mesma linha de pensamento Bruna Martos do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP), também em entrevista ao repórter Uelson Kalinovski, da TVT- Rede Brasil diz que:

O Brasil poderá se transformar em uma nação de idosos e miseráveis, pois sem direito à aposentadoria, a tendência será de aumento da faixa etária da

população economicamente ativa, situação para a qual o país não está preparado. Não dá para comparar com outros países, principalmente os Estados Unidos, onde a cultura e a empregabilidade de pessoas com uma idade mais avançada são nítidas. O Brasil ainda não tem essa cultura, nós sabemos que as pessoas, hoje, aos 50 anos, já não conseguem mais encontrar oportunidades no mercado de trabalho (2019).

Conforme apresentado por Bruna Martos, podemos perceber que o Brasil que já vem sofrendo com a explosão da informalidade, fruto da reforma trabalhista, com a reforma da Previdência tenderá a aumentar mais ainda essa modalidade de trabalho o que, também acaba impactando na arrecadação previdenciária.

O que se vê, é que pouco se discute a respeito do papel dos benefícios previdenciários e assistenciais como fonte de renda das famílias. Alterações no gasto com aposentadorias e pensões têm repercussões relevantes na economia, que vão muito além da busca do ajuste fiscal, sendo que há impactos diferenciados de acordo com características como a renda e a inserção no mercado de trabalho.

O fato é que todos os trabalhadores sofrerão com as novas regras, sendo os trabalhadores do setor privado os que mais serão impactados diretamente pelas mudanças, sendo eles, proporcionalmente, o maior número da mão de obra do país, restando agora planejar bem os próximos anos ou décadas. Afinal, foram muitas alterações e novidades, sobretudo para quem já se encontra no mercado.

O QUE ESPERAR DO SOCIAL NO BRASIL EM TEMPOS DE CRISE?

Com as mudanças recentes na conjuntura econômica, marcada pelo substancial redução do crescimento econômico e a crise da pandemia e pelo aumento das taxas de inflação associado às políticas de ajuste fiscal, com cortes substanciais de recursos na área social, as conquistas obtidas nos últimos anos, tanto no mercado de trabalho como nas demais áreas da política social, estão sendo ameaçadas.

A perspectiva de que a política social brasileira marcha em direção a um modelo social privado sinaliza grandes dificuldades para a manutenção dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal, na medida em que esse modelo é caracterizado por uma concepção residual do Estado, com maior participação das forças de mercado no esforço de desenvolvimento nacional.

Caso essa trajetória venha a se concretizar, podemos vislumbrar um cenário com baixa integração da política social com a política econômica, adoção de políticas passivas ou compensatórias para o mercado de trabalho, revisão da política de

valorização do salário mínimo, redução dos investimentos públicos em serviços sociais, redução da população coberta pelas políticas de garantia de renda, com estagnação e conseqüente redução no valor dos benefícios, e fortalecimento das políticas sociais focalizadas.

Com a chegada dos reflexos da crise, não houve alternativa: o Estado foi demandado a resolvê-la. E, nesse ponto, se estabelece o grande paradoxo entre um governo cuja orientação ideológica defende a não intervenção do Estado na economia e na sociedade, e as irrestritas necessidades que se colocam para impedir que a crise se desdobre em um caos com conseqüências imprevistas.

Ao analisar algumas das medidas até então implementadas pelo governo, não há dúvidas de que tais medidas na maioria das vezes, em sua natureza, eram voltadas à proteção dos interesses do setor privado. Podemos, inclusive, percebermos isso quando analisamos os termos da Medida Provisória 936/20, criada com o objetivo de preservar o emprego e a renda e garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais, a fim de reduzir o impacto social decorrente da calamidade pública e da emergência de saúde pública, o que ocorreria através da manutenção do emprego.

Tal medida dava o direito de redução de jornada e salários, beneficiando, assim, a classe empresarial, uma vez que essa prerrogativa de diminuição de jornada cria um mecanismo de reposição salarial que, em todos os casos, resulta em perdas para o trabalhador.

Diante desse cenário, as fragilidades históricas do sistema de proteção social brasileiro, desigualdades no acesso aos serviços públicos, falta de integração de programas e ações, desarticulação vertical entre diferentes esferas de governo e horizontal entre diferentes setores que integram a política social, baixa disponibilidade de recursos etc., tendem a se cristalizar, dificultando as possibilidades de instauração de um processo de desenvolvimento inclusivo e sustentável. Cabe ressaltar que a crise econômica provocada pelo Corona Vírus pode deixar um rastro de aumento de pobreza e desigualdade no Brasil. A deterioração social tende a ocorrer em duas frentes, colocando novas pessoas entre os mais pobres do país e piorando a condição da população já vulnerável.

Assim, na leitura dos especialistas, diante dessa crise, o quadro que se desenha com a pandemia reforça a necessidade de que o poder público haja com rapidez para mitigar os efeitos sociais provocados pela crise, além da recessão que o país já vinha sofrendo. Sabemos que governo federal tem anunciado uma série de medidas. No

entanto, ainda há dúvidas sobre a capacidade do governo de fazer chegar essas novas medidas aos mais necessitados.

RETIRADA DE DIREITOS E SUAS CONSEQUÊNCIAS NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

O Direito do Trabalho bem como o Direito da Seguridade Social exprime a dimensão mais inclusiva dos Direitos Sociais. Mesmo ocupando classificações opostas dentro do tradicional critério público e privado, inerente aos ramos jurídicos, ambos têm como objetivo emancipar o indivíduo em face do mercado, tendo o importante papel de promover a cidadania, sendo, pois, condição essencial para a garantia de seus direitos.

A trajetória das políticas públicas brasileiras ao longo da história foi marcada por atuações autoritárias evidenciando uma falta de compromisso com a promoção da distribuição de renda e justiça social para todos os cidadãos.

Assim, pode-se afirmar que as justificativas para os entraves à difusão do Direito da Seguridade Social muito se relacionam àquelas expostas em relação ao Direito do Trabalho, guardando fortes semelhanças entre si. Isso porque, além serem ambos ramos sociais do direito, direcionados à plena promoção da pessoa humana, proporcionam também uma melhoria do indivíduo no cenário socioeconômico.

O surgimento dos direitos sociais na ordem jurídica marcam o início do processo de inclusão dos indivíduos. Verifica-se que tal concepção se perfaz através da proteção do cidadão que depende força laborativa para prover uma melhor qualidade de vida, atrelado, pois, ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana e à própria definição subjetiva do Direito do Trabalho (DELGADO, 2012).

Silva afirma (2006, p. 229):

Os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Os direitos sociais buscam a igualdade material entre os seres integrantes do Estado Democrático de Direito, repelindo privilégios e discriminações, integrando-os ao sistema produtivo e distribuidor de riquezas, a fim de efetivar a justiça social.

Nesse sentido, os direitos sociais devem ser compreendidos em uma dimensão retificadora, no sentido de reduzir as desigualdades existentes entre os cidadãos, e também em uma função provedora, para atender às demandas das populações referentes à dignidade da pessoa humana.

Entretanto desde 2019, a equipe econômica do governo Bolsonaro, chefiada por Paulo Guedes, tem repetido o mantra da ineficiência do Estado, do excesso de endividamento público, do colapso das contas do governo e dos privilégios do funcionalismo público, tudo isso com o objetivo de lançar um conjunto de reformas que, às custas dos direitos trabalhistas, cria uma série de benefícios ao setor privado e ao capital financeiro. No bojo dessas formulações, e com questionável apoio popular o atual governo aprovou a reforma da previdência e avançava a passos largos na aprovação da reforma administrativa. O Estado brasileiro, assim, parece só ganhar importância em meio ao caos. Porém, nas atuais circunstâncias, o Estado parece ainda não ter encontrado os caminhos para refrear os efeitos da crise. O lugar para onde caminhamos é incerto, mas inegavelmente obscuro. Razões pelas quais cabe, à classe trabalhadora, a organização e a luta pela garantia de seus direitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o presente trabalho buscou-se demonstrar ,sem a intenção de esgotarmos o assunto,os impactos que serão causados pela reforma da Previdência,principalmente nas classes menos favorecida ,reforma essa que de certa forma relativiza o caráter redistributivo das políticas sociais e representa mais uma forma de confisco aos trabalhadores.

Tal reforma previdenciária formulada pela Emenda Constitucional n. 103/19, trouxe diversas alterações, essas que buscando a paridade com os dados demográficos atuais e futuros ocasionou alguns prejuízos aos contribuintes em relação a sua aposentadoria e outros mais, e como o discutido as suas razões foram criticadas e também apoiadas pelas alas que estiveram presente desde o início da sua formulação até a sua promulgação.

Nesse período tivemos a oportunidade de analisarmos, dentro do limite imposto pelo tempo e pelos meios e recursos disponíveis, os impactos da Reforma da Previdência Social nos Direitos Sociais do trabalhador, onde não podemos esquecer de mencionarmos que o Sistema de Seguridade no Brasil, foi uma conquista através de

muita luta por parte da classe trabalhadora, e que atualmente estão sendo reduzidos.

Constamos, ainda, que as mudanças como já mencionado não trouxe benefício praticamente a ninguém e terá grandes impactos na vida de milhões de brasileiros. Sendo uma das regras mais impactante, alterada pela a Emenda n. 103/2019, o aumento de 2 (anos) de tempo de contribuição para as seguradas mulheres.

Houve também alteração nas regras no que se refere ao o cálculo do valor da aposentadoria, que será feito através de uma média aritmética simples de 100% das contribuições dos segurados, não haverá mais a exclusão dos 20% das menores contribuições, ou seja, as seguradas mulheres precisarão trabalhar mais e receberão menos. O fato é que homens do setor público se aposentarão com cinco anos a mais em relação às regras atuais. Já as mulheres demorarão sete anos. Entre trabalhadores do setor privado, a regra de idade mínima na comparação como é hoje se manterá inalterada para os homens a partir de 2031, enquanto exigirá dois anos a mais para elas ao que é hoje em 2023. Lembrando que os trabalhadores do setor privado serão os mais impactados diretamente pelas novas regras. Sendo eles, proporcionalmente, o maior número da mão de obra do país, dessa forma é bom ficarem atentos as mudanças ocorridas na reforma para não acabar perdidos sem planejar bem os próximos anos ou décadas. Afinal, são muitas alterações e novidades, sobretudo para quem já se encontra no mercado.

Não podemos esquecer do que está ocorrendo no Chile onde o sistema de aposentadoria é ineficiente e não cumpre os objetivos de dar pensões dignas aos aposentados que ofereça proteção efetiva na velhice. Diante de todo esse cenário, conclui-se que o presente momento é de luta, não só para a manutenção e ampliação dos direitos sociais, mas sobretudo, para sua defesa e efetivação, evitando de certa forma que incorramos no mesmos erros vivenciados pelos Chilenos.

Direitos sociais estes que foram retidos pelas investidas da ideologia neoliberal que utilizou-se da razão instrumental para suprimir o seu desenvolvimento. Enquanto não houver uma ampla e autônoma organização da sociedade em busca da defesa e garantia dos direitos sociais no Brasil, infelizmente continuarão prevalecendo os interesses de determinados grupos, dominantes, que são minoria da população. Assim, podemos concluir que continuaremos vendo a representação política sem resolver os grandes problemas da maioria da população, tendo o seu papel reduzido à troca de favores com quem lhe aprovar.

Agora, após a sua inclusão a legislação previdenciária, nos resta aguardar os efeitos práticos da reforma Previdenciária nas vidas dos milhões de brasileiros. Além disso, percebemos que a Reforma não apontou soluções para os verdadeiros problemas da Previdência Social, tais como: a sonegação, o mau gerenciamento, as fraudes, o pagamento da própria dívida do Estado para com a Previdência e a evasão decorrente do crescimento do mercado informal de trabalho, onde os trabalhadores não têm vínculo empregatício e, por conseguinte, não contribuem para a Previdência. Pelo contrário, a Reforma precarizou ainda mais a Previdência em termos de garantia de direitos para trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e negação do trabalho**. 2ª ed. São Paulo: Boitempo, 2000.

BRASIL. **Emenda Constitucional No 103, de 12 de novembro de 2019**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03=constituicao=emendas=emc=emc103:htm>>.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 11.ed. São Paulo: LTR. 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed, 2006.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CAPÍTULO 8

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUAS FASES PARA EFETIVAÇÃO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

FUNDAMENTAL RIGHTS AND THEIR PHASES FOR THE EFFECTIVENESS OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

*Jones Gonçalves Ferreira*¹⁹
*Antônio Leonardo Amorim*²⁰

Resumo: O findar da Segunda Guerra Mundial, sucedeu intensas mudanças sociais e econômicas, bem como foi marcado pelo advento da Criação das Nações Unidas. Tal marco possibilitou um diálogo entre os Estados com o objetivo de compartilhar e refletir sobre possíveis soluções para os problemas mundiais existentes. Este período foi então marcado pela ascensão dos Direitos Humanos e a inclusão do Direitos Fundamentais dentro da Constituição de Federativa do Brasil de 1988, de modo que a mesma foi a proclamadora do reconhecimento efetivo dos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana dentro do estado democrático de direito. Partindo deste pressuposto o estudo aqui apresentado objetivou analisar a influência dos direitos fundamentais na promoção da dignidade da pessoa humana, para que o objetivo fosse alcançado, utilizou-se da metodologia de pesquisa bibliográfica em doutrinas, Leis, Constituição Federal, artigos e estudos anteriormente publicados. De modo que a pesquisa atingiu seus objetivos e conclui que os direitos fundamentais contidos na Carta Magna de fato atuam para garantir que seus cidadãos sejam abraçados pelo princípio da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chave: Direitos Humanos. Direitos Fundamentais. Constituição Federal. Dignidade. Pessoa Humana.

Abstract: The end of World War II followed intense social and economic changes, as well as being marked by the advent of the Creation of the United Nations. This framework allowed for a dialogue between States with the objective of sharing and reflecting on possible solutions to existing world problems. This period was then marked by the rise of Human Rights and the inclusion of Fundamental Rights within the Federal Constitution of Brazil of 1988, in such a way that it proclaimed the effective recognition of the Fundamental Rights of the Human Person within the democratic rule of law. Based on this assumption, the study presented here aimed to analyze the influence of fundamental rights in the promotion of human dignity, so that the objective was achieved, we used the methodology of bibliographic research in doctrines, laws, the Federal Constitution, articles and studies previously published. So the research achieved

¹⁹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jonesferreira@gmail.com.

²⁰ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

its objectives and concludes that the fundamental rights contained in the Magna Carta actually act to ensure that its citizens are embraced by the principle of human dignity.

Keywords: Human rights. Fundamental rights. Federal Constitution. Dignity. Human Person.

INTRODUÇÃO

Os direitos fundamentais são os direitos relevantes individuais, sociais, políticos e jurídicos que são mencionados na Constituição Federal de uma nação. Onde, por determinação, os direitos fundamentais são alicerçados nos princípios dos direitos humanos, asseverando a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança etc.

No entanto, dentro do contexto histórico-cultural de determinada sociedade, deve ser considerado o estabelecimento dos direitos fundamentais. Nesse caso, por exemplo, em concordância com as particularidades culturais e históricas de cada civilização, existem contradições em diferentes países em relação a esses direitos fundamentais.

O constitucionalismo está intrinsecamente ligado ao movimento de limitação dos poderes estatais, também conhecido como freios e contrapesos, para tanto, se faz necessário descrever o movimento constitucional para entender como surgem as teorias de limitação do poder estatal.

Dentro do atual estudo, os direitos fundamentais são os que mais acrescentaram no entendimento como pessoa e futuro profissional, já que o foco aqui proposto é apresentar um estudo de suas fases para efetivação da dignidade da pessoa humana, ou seja, por serem eles um composto de direitos de suma importância numa comunidade de pessoas, assim como reconhecidos por uma ordem constitucional é que tem uma inestimável relação e concretização da mencionada dignidade da pessoa humana.

Neste sentido, tais direitos constituem, na doutrina jurídica, um nível de grandes prioridades na solidificação do resgate social na construção crescente do Direito como um todo.

O direito evolui com o passar dos anos, assim, algumas demandas vêm marcando o debate teórico acerca desses direitos e, persistem as incertezas em relação ao seu conceito e fundamento, embora se tenha conhecimento de que alguns pontos já tenham sido pacificados. Desse modo, indaga-se, os direitos fundamentais operam sistematicamente para a garantia e efetividade da dignidade da pessoa humana?

Partindo deste pressuposto o estudo aqui apresentado tem como objetivo geral analisar a influência dos direitos fundamentais na promoção da dignidade da pessoa humana, e objetivo de forma específica compreender o contexto histórico que originou os direitos fundamentais; analisar a dignidade humana como direito fundamental e demonstrar que os direitos fundamentais são princípios para essa dignidade.

O método que será utilizado para responder ao problema de pesquisa levantado será meio da hipotética dedutiva, pesquisa bibliográfica, com o objetivo descritivo e exploratória.

Destarte, a escolha do tema que aborda um estudo dos direitos fundamentais sob a perspectiva e possibilidade para a Dignidade Humana, foi em função da consciência de que esses direitos são indispensáveis à convivência digna do ser humano. Assim como, por entender o quanto o estudo dos mesmos constitui um dos assuntos mais relevantes da teoria jurídica.

E, como solidificação do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais dentro do ordenamento jurídico constitucional, cumprem uma função relevante, pois servem para ratificar os regimes políticos, isto porque, se sabe que o Estado vem adquirindo legitimidade perante a comunidade internacional, por concretizar tais direitos. Nesse contexto, a compreensão da reincidência histórica, servirá de auxílio para constatar a importância desses direitos fundamentais, desde o surgimento dos direitos humanos.

A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO INSTRUMENTALIZADOR DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

Desde os nossos primórdios a luta pelos direitos humanos e pela conquista da dignidade humana, ocorre que o jusnaturalismo do século XVII e XVIII através de Kant, começou a analisar e tratar das ideias que cercavam o conceito da dignidade da pessoa humana e assim começou a ganhar maior força (SARLET, 2015).

Outrora, a tradição ocidental tinha como dignidade da pessoa humana um conceito ligado aos pilares espirituais como a cultura greco romana clássica, judaico, cristã e especificamente o estoicismo.

Fortemente motivado e inspirados na jornada evolutiva, nos postulados kantianos e assim trouxeram as redefinições das ideologias que abriram passagem para o liberalismo clássico, marxismo, socialismo, anarquismo e liberalismo moderno,

de modo que por meio de um universal abriu-se o debate sobre a dignidade e a representatividade do valor da pessoa humana (SARLET, 2015).

São Tomais de Aquino usou a expressão *dignitas* humana e afirmou que “a dignidade é inerente ao homem, como espécie; e ela existe in actu só no homem enquanto indivíduo” (FACHIN, 2009, p. 34).

Luís Roberto Barroso (2009, p. 221-222), conceitua dignidade da pessoa como sendo:

Valor e o princípio subjacente ao grande mandamento, de origem religiosa, do respeito ao próximo. Todas as pessoas são iguais e têm direito a tratamento igualmente digno. A dignidade da pessoa humana é a ideia que informa, na filosofia, o imperativo categórico kantiano, dando origem a proposições éticas superadoras do utilitarismo: a) uma pessoa deve agir como se a máxima da sua conduta pudesse transformar-se em uma lei universal; b) cada indivíduo deve ser tratado como um fim em si mesmo, e não como um meio para a realização de metas coletivas ou de outras metas individuais. As coisas têm preço; as pessoas têm dignidade. Do ponto de vista moral, ser é muito mais do que ter. O princípio da dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo.

Nestes mesmos termos Fachin (2006), entende que a dignidade da pessoa é o princípio fundamental da República federativa do Brasil e se aplica como direção do ordenamento jurídico nacional, registrando o sentido e aniquilando a inconstitucionalidade e preceito que com ele conflitar. É de um princípio emancipatório que se trata.

Sarlet (2015, p. 42) conceitua dignidade da pessoa humana como sendo:

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existentes mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Na percepção de Sarlet (2012), a dignidade da pessoa humana está intimamente relacionada com os direitos fundamentais até mesmo naqueles países onde tais direitos não estejam inseridos em seu ordenamento jurídico.

Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2007, p. 94), lecionam que:

[...] Os direitos fundamentais são ferramentas que garantem a efetivação das garantias fundamentais são estabelecidas pelo texto constitucional como instrumentos de proteção dos direitos fundamentais. As garantias possibilitam que os indivíduos façam valer, frente ao Estado, os seus direitos fundamentais. Assim, ao direito à vida, corresponde a garantia a vedação à pena de morte; ao direito à liberdade de locomoção, corresponde a garantia

do habeas corpus; ao direito de liberdade de manifestação do pensamento, a garantia da proibição da censura etc.

Neste sentido os direitos fundamentais concedidos pela Carta Magna de 1988, são de matéria constitucional e suas ferramentas principais são as cláusulas pétreas e também as de matéria processual constitucional, como o habeas corpus, mandado de segurança e mandado de injunção.

O Habeas Corpus é uma ferramenta importante para a efetivação da garantia fundamental que tem como prioridade garantir a compreensão das informações sobre a pessoa impetrante, que estejam nos registros de dados e entidades governamentais ou de caráter público conforme previsto na Constituição de 1988 art.5º, inciso LXXII (BRASIL, 1988).

Ao que tange o mandado de segurança, esta é uma ferramenta constitucional que tem objetiva proteger os direitos certos e líquidos que não são assegurados pela *habeas corpus*, que garante as pessoas físicas ou jurídicas que venham a sofrer violações de seus direitos devido ao abuso de autoridade ou possam elas recorrer para que a justiça proteja seus direitos fundamentais conforme previsto na Constituição Federal (BRASIL, 1988).

Ao que tange o mandado de injunção podemos apontar que se trata de uma ferramenta que trata das garantias fundamentais em casos onde as normas regulamentadoras não são de aplicabilidade inviável para o exercício de fazer valer o direito, bem como de suas prerrogativas inerentes à nacionalidade, a cidadania e soberania, conforme previsto na Constituição Federal de 1988 art. 5º LXXI (BRASIL, 1988).

Após análise dos conceitos acima citados, podemos perceber que o conceito de dignidade da pessoa humana, não evoluiu tanto nos últimos anos, porém trouxe novos significados e inovações, mas também nos levam a compreender que as ferramentas constitucionais é a real aplicabilidade das leis.

DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA - PRINCÍPIOS E VALORES

A dignidade da pessoa é vista com um dos mais fundamentais princípios hoje inseridos em nossa legislação. O mesmo não está especificamente inserido dentro dos tomos da lei, porém, dentro do nosso ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se uma espécie de imagem sagrada. e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas.

Segundo Ana Paula Lemes de Souza (2015, p. 41):

A dignidade da pessoa humana se tornou, no ordenamento jurídico brasileiro, uma espécie de totem, um símbolo sagrado e indefinível, que circula duplamente entre as dimensões mágicas e práticas. Com seu poder simbólico, passou a figurar em demandas das mais diversas, trazendo sentidos cada vez mais distintos e inimagináveis para sua mensagem. Nos tribunais, essa meta princípio passou a ser uma espécie de mestre ou xamã na grande manta principiologia ordenamentária, e tem se disseminado como uma palavra-chave, ou mantra sagrada, invocada como uma entidade jurídico-protetora dos oprimidos (ou, a depender, também dos poderosos).

As normas jurídicas são divididas em regras e princípios, ocorre que a real distinção é realizada entre a tipologia da norma, haja vista que, no período do jusnaturalismo, os princípios eram afastados desta divisão, pois, os mesmos eram considerados abstratos. Após a decadência do direito natural por meio dos códigos e da Escola Histórica do Direito, expandiu-se as normas jurídicas e então passaram as mesmas a serem divididas como regras e princípios, todavia, tal distinção permitiu que o positivismo jurídico se adota os princípios como sendo uma fonte subsidiária (CAÑAS, *apud* BONAVIDES, 2004, p. 201).

Cañas (2004) aponta que Bonavides se refere aos princípios como sendo válvulas de segurança que garante a efetivação concreta da lei. Bobbio é mais sagaz e diz que os princípios não passas de fadas pautas programáticas supralegais e não possuindo assim relevância jurídica (*apud* BONAVIDES, 2004, p. 262).

Bobbio (1992) após complemento de seus estudos sobre os princípios, aponta que os mesmos possuem características de normativa e assim permite que a mesma se adapte a evolução social o que permite uma abertura ampla aos aplicadores dos direitos. Bobbio entende que essa aplicabilidade é utilizada no mundo jurídico em seus enunciados genéricos, como uma solução para distintos e suscetíveis conflitos inclusive do direito à vida (*apud* BONAVIDES, 2004, p. 265).

Partindo desta premissa, os princípios se distinguem das regras jurídicas em quatro momentos. O primeiro dele é em argumentação quanto ao grau de abstração, posto que, os princípios em seus enunciados são mais imateriais já as regras são impreteríveis. O segundo momento é determinado pelo grau da aplicabilidade, haja vista que as regras se aplicam de subterfúgio direto ao caso concreto.

O terceiro momento se dá pela disposição normogenética, cuja se identifica a caracterização fundamenta. O quarto momento é reconhecido como a distinção ontológica de modo que o princípio é confirmado de forma implícita ou expressa no ordenamento jurídico, das quais se terão eficácia, vigência e validade de forem

expressas (CANOTILHO, 2002).

Destarte, é imperiosa a autoridade supralegal dos princípios constitucionais, haja vista que, é através deles que os estudos reconhecem as forças dominantes ou dogmáticas, essenciais ao sistema constitucional (CANOTILHO, 2002).

A dignidade da pessoa humana segundo Sarlet (2015) é um dos princípios constitucionais mais amplos da constituição, tal princípio é ainda regido por uma lista de outros princípios contidos no artigo 5º da Constituição de 1988 dos quais cita:

Artigo 5º, incisos:
III do princípio da não submissão a tortura,
VI do princípio inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença,
VIII do princípio da não privação de direitos por motivo de crença ou convicção,
X do princípio da inviolabilidade da vida privada, honra e imagem,
XI do princípio inviolabilidade de domicílio,
XII do princípio da inviolabilidade do sigilo de correspondência,
XLVII do princípio da vedação de penas indignas,
XLIX do princípio da proteção da integridade do preso.

A dignidade da pessoa humana é papel principal dentro da Constituição Federativa Brasileira, haja vista que o Legislador abordou todas as questões em distintos capítulos da redação. De modo ainda, que o Legislador obteve o cuidado ímpar de reconhecer que o Estado trabalha em função da pessoa humana e não ao contrário, haja vista que, a finalidade primordial da funcionalidade estatal é o ser humano (SARLET, 2015).

Nesta conjuntura de princípio de valor fundamental se constitui em autêntico “valor jurídico que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico” (SARLET, 2015, p.112), ou conforme prega maioria dos doutrinadores que se trata do princípio de maior ordenação predominante de valoração, de modo que passa a ser colocado na condição sobre – valor.

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS OPERAM SISTEMATICAMENTE PARA A GARANTIA E EFETIVIDADE DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA?

A pesquisa acerca do tema permite apontar que os direitos fundamentais estão organizados para que a efetividade da dignidade da pessoa humana seja garantida, pois, os direitos fundamentais são incontestáveis quanto a sua legitimação do Estado moderno.

Ferrajoli (2004) entende que "para além da função limitativa do poder", existe

a resistência da respeitabilidade da escolha individual das pessoas com centro das Políticas de do Direito atuais. Aponta ainda que os direitos fundamentais são verdadeiras vantagens que são eficazes dentro da manifestação e liberdade contra o autoritarismo, haja vista que, a Constituição possui maior força que qualquer outra norma (FERRAJOLI, 2004).

Vilhena (2015) leciona sobre a importância dos direitos fundamentais frente aos aspectos programáticos, onde os direitos são utilizados dentro do ordenamento jurídico como reservas da justiça. Em razão do arremessamento dos valores socialmente importantes para a comunidade de atores sociais, de modo que é necessário e efetivo que se faça valer a proteção das minorias, o respeito multou, diversidade de escolhas, educação, saúde, lazer e outros, exigindo que sejam toleradas e respeitos todos os direitos fundamentais. Assim representando de forma efetiva os espaços constitucionais bem como de proteção aos direitos daqueles que necessitam, caracterizando-se como um conjunto de defesas contra opressões e juramento de justiça concreta.

É fato que os direitos fundamentais são de extrema relevância e, são as expressões constitutivas do cidadão, por isso necessitam de notórias atualizações e inserção de direitos para as pessoas. Já foi dito que somos um povo de muitos direitos. Isto não é mentira, possuímos muitos mais direitos do que qualquer um dos cidadãos da máxima elite do século XIX.

A humanidade progrediu nos mais variados aspectos, por direitos, tecnológicos, financeiros e que levará os cidadãos a cada dia lutar pela construção de mais direitos. Os fatos levam-nos para criação de novos direitos e novas conquistas (SARLET, 2015).

Adquirir novos direitos é essencial, mas o mais importante é fazer com que os direitos fundamentais já conquistados sejam eficazes e cumpram seu papel social. A real efetividade e garantias dos direitos fundamentais é fatídica e indispensável, porém ainda é um caminho a ser percorrido, necessitamos ainda de muito trabalho, esforços institucionais e muitos debates para que elas são cumpridas. É imprescindível que esta luta continue e, que os direitos fundamentais prevaleçam na sociedade democrática de direitos, para que o risco de retrocesso de direitos não se efetive.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais operam de forma sistêmica, para que a dignidade da pessoa humana seja garantida de modo efetivo dentro do ordenamento jurídico

brasileiro. Durante o estudo foi possível perceber que horas os Doutrinadores partilham dos mesmos pensamentos, horas a doutrina diverge sobre os conceitos e definições sobre os direitos humanos, fundamentais e sobre a dignidade da pessoa humana, porém em nenhum momento a constitucionalidade ao que tange os direitos humanos são questionados, haja vista que, a mesma está inserida efetivamente dentro de nossa Carta Magna.

Os direitos fundamentais é a garantia efetiva que, não mais haverá fatos perversos como aqueles que ocorreram na Segunda Guerra Mundial, pois, os direitos fundamentais bem como a dignidade da pessoa humana podem ser comparados a uma mola de propulsão, que garante aos cidadãos: Humanidade, Dignidade e Respeito.

Ademais, o Estado é o responsável por garantir que os cidadãos sejam tratados como iguais, e gozem dos direitos fundamentais que constam na Carta Magna em seu art. 5º e seus respectivos parágrafos, incisos e alíneas. sendo então este um princípio de igualdade para todos.

Partindo, desta premissa é possível apontar que os direitos fundamentais se trata de um aglomerado de direitos e garantias que são dirigidas aos seres humanos de forma institucionalizada, que tem como garantir o respeito a sua dignidade, proteção do poder estatal, garantia das condições mínimas de vida e principalmente do desenvolvimento do ser humano da pessoa e do profissional, e assim luta insistentemente pela igualdade, liberdade, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito.** O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. Jus Navigandi, Teresina. 2010

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Rio de Janeiro: Campus, 1992.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional.** 17. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão:** teoria do garantismo penal. São Paulo, RT, 2004.

SOUZA, Ana Paula Lemes de. **Dignidade humana através do espelho:** o novo totem contemporâneo. In: TRINDADE, André Karam (Org.); SOARES, Astreia (Org.);

GALUPPO, Marcelo Campos (Org.). **Direito, arte e literatura: XXIV Congresso Nacional do CONPEDI.** Belo Horizonte: CONPEDI, 2015. p. 22-41. Disponível em:

<http://conpedi.daniloir.info/publicacoes/66fsl345/y861uih8/0wTU99M77OSUDLxQ.pdf>
acessado em 01 de abril de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007

VILHENA, Oscar. **A Constituição e sua Reserva de Justiça**. São Paulo: Malheiros, 2015.

CAPÍTULO 9

TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO SERVIÇO PÚBLICO: ANÁLISE DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PELAS VERBAS TRABALHISTAS NÃO ADIMPLIDAS PELA EMPRESA INTERPOSTA

LABOR OUTSOURCING IN PUBLIC SERVICE: Analysis of the Public Administration's Responsibility for Labor Funds not Paid by the Interposed Company

*Júlio César Campos Morais*²¹

*Antônio Leonardo Amorim*²²

Resumo: A terceirização trabalhista surge na década de 1960 no direito do trabalho, com a finalidade de inovar as formas de trabalho apresentando a especialidade como o propósito fundamentador de sua instituição. Com o decorrer dos anos, seja o poder público como o setor privado, deram início a variadas maneiras de regulamentação do trabalho terceirizado, tendo sido interpretado pelo Tribunal Superior do Trabalho de que forma deveria acontecer essa novidade no trabalho. De início, teve aceitação somente nas atividades meio do tomador e, não permitida a sua ocorrência nas atividades fins, com o objetivo de não haver confusão com o empregado ligado de forma direta ao tomador e o terceirizado. Contudo, as regulamentações sobre essa forma de trabalho não priorizaram a especialidade, mas apresentando que esta forma de trabalho objetivava redução de custos para os empregadores com a mão de obra. No ano de 2017, através da Lei nº 13.429, foi regulamentada a terceirização, sendo que essa forma de trabalho pode ser executada em qualquer atividade do tomador, não dependendo do seguimento em que esteja relacionado. Percebe-se que a justificativa da presença do trabalho terceirizado chamado de “especialidade” com a nova regulamentação perdeu sua validade, restando somente expresso que a terceirização serve como uma maneira de atenuar os custos para o empregador que busca maior rentabilidade. Seguindo este conceito, o presente trabalho tem como objetivo apresentar a terceirização trabalhista no setor público e analisar a responsabilidade da administração pública pelas verbas trabalhistas. A metodologia utilizada para a elaboração do estudo é uma abordagem qualitativa, com pesquisas em sites, artigos científicos e livros especializados sobre o assunto.

Palavras-Chave: Administração Pública. Reforma Trabalhista. Terceirização.

Abstract: Labor outsourcing appeared in the 1960s in labor law, with the purpose of innovating the forms of work presenting the specialty as the founding purpose of your institution. Over the years, both the government and the private sector, started various ways of regulating outsourced work, having been interpreted by the Superior Labor

²¹ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jc_juliocesar11@hotmail.com.

²² Doutorand Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

Court in what way this novelty at work should happen. At first, it was accepted only in the middle of the borrower's activities and, its occurrence in the final activities is not allowed, in order to avoid confusion with the employee directly linked to the borrower and the outsourced. However, the regulations on this form of work did not prioritize the specialty, but showing that this form of work aimed at reducing costs for employers. In 2017, through Law No. 13,429, outsourcing was regulated, and this form of work can be performed in any activity of the policyholder, regardless of the segment in which it is related. It can be seen that the justification for the presence of outsourced work called "specialty" with the new regulations has lost its validity, leaving only express that outsourcing serves as a way to mitigate costs for the employer who seeks greater profitability. Following this concept, this paper aims to present labor outsourcing in the public sector and analyze the responsibility of the public administration for labor costs. The methodology used for the elaboration of the study is a qualitative approach, with searches on websites, scientific articles and specialized books on the subject.

Keywords: Public Administration. Labor Reform. Outsourcing.

INTRODUÇÃO

A terceirização é uma de estruturação do trabalho, que pode ser entendido por meio da transferência de determinadas atividades em benefício de um empreendedor autônomo ou outra organização que seja especializada ou meramente para diminuição de custos. O processo de repasse de atividades secundárias a empresas terceiras, denominado terceirização, representa um padrão de flexibilização organizacional, pública e privada, que objetiva expandir a eficácia através de uma concentração das atividades que fazem parte do núcleo estratégico de cada empresa no contrato, visto que determinadas atividades meio para uma parte significam atividades fim para a outra parte.

Apesar das estratégias de terceirização ter sido introduzida no Brasil por empresas estrangeiras, através da contratação de empresas de conservação e limpeza, foi a Administração Pública que primeiro se utilizou de serviços terceirizados, em razão do Decreto-Lei nº 200/1974, que apresentava uma Reforma Administrativa e possibilitava meio de contratação sem a obrigatoriedade de realização de concursos para atividades não essenciais do Estado (BRASIL, 1974).

De acordo com Souto (2001), apenas após a década de 1990 que a Administração Pública do Brasil começa a aplicar de forma sistemática a terceirização como um conceito basilar funcional para que a nova reforma administrativa busque na colaboração de prestadores de serviços especializados, redução de custos em recursos

humanos e otimização do rendimento do trabalho, instante em que ocorre uma gama de polêmicas sobre a utilização deste instituo pelo poder público.

Nos últimos anos, frente ao contexto de nova estruturação produtiva, neoliberalismo e globalização do capital, a maneira de contratação terceirizada no país se desenvolveu de forma relevante. Segundo Cunha (2013), o crescimento da forma de contratação terceirizada está relacionado diretamente à reestruturação dos serviços, introduzindo-se em um cenário maior da dinâmica de acumulação internacional de capitais, representado pela reestruturação produtiva. Para Antunes (2010), a terceirização deve ser entendida como uma reformulação das formas de produção relacionada ao disciplinamento das classes trabalhadoras.

Krein (2007), entende que as transformações das relações de trabalho pelas quais o Brasil passou nos últimos anos, sofreram influência direta pelo fenômeno da flexibilização do trabalho e das relações de emprego, onde objetiva retomar antigas taxas de acumulação através da inserção de novas tecnologias e da modernização da subjetividade.

Buscou-se dos trabalhadores outro tipo de envolvimento, que levou a um processo de construção de outra subjetividade. Todas essas transformações, em maior ou menor grau, atingem diretamente os trabalhadores em seu dia a dia. Os vínculos empregatícios se desfazem ou se reformulam baseado em um sentimento de instabilidade, insegurança e medo cada vez maior entre os trabalhadores (DEJOURS, 2006).

Neste instante surge a hegemonia das teses flexibilizadoras, que se mantém, onde uma das principais formas de flexibilização ocorre pela aplicação de formas terceirizadas de contratação. Assim, segundo Krein (2007), a terceirização se forma na principal maneira de flexibilização da contratação, a partir da década de 1990 no Brasil.

A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO

É essencial destacar que a jurisprudência trabalhista se apresenta comumente favorável ao trabalhador nos casos de inadimplência da empresa prestadora de serviços, não dependendo dos procedimentos relacionados ao processo de licitação. Se torna matéria pacífica nos Tribunais que a responsabilidade da Administração Pública acontece com o inadimplemento da empresa prestadora de serviços, não considerando

os princípios de legalidade ou não, que direcionam a contratação de serviços terceirizados.

A análise da responsabilidade da Administração Pública é expressar a relevância para o que seja responsabilidade. O Código Civil determina em seu artigo 265 que a solidariedade não se presume; resulta da lei ou da vontade das partes, de acordo com Maria Helena Diniz, a responsabilidade é aquela em que, ocorrendo multiplicidade dos credores ou de devedores, ou uns e outros, cada credor terá direito à totalidade da prestação, como se fosse único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor.

Sobre os conceitos e definições apresentados, a responsabilidade afirma que cada titular é detentor ou responde pelo conjunto da prestação, mesmo que aos demais assista o direito de reversão, isto é, na solidariedade às obrigações se colocam no mesmo patamar, equilibrando-se no mesmo paralelo não existindo benefício de ordem:

Traçada a questão nessas bases, no Direito jamais será admitida a solidariedade presumida, resultando de lei ou da vontade das partes, pelo motivo que se implica em um agravamento da responsabilidade dos devedores, tornando-se responsáveis pelo pagamento integral da dívida. Portanto, se a legislação não a obrigar, ou o instrumento contratual não a estimular, não haverá solidariedade (DINIZ, 1996).

Afirma-se que, nos vínculos contratuais de terceirização de serviços, o tomador não é solidário com o prestador, de acordo com o apresentado pelo Enunciado 331 do TST (BRASIL, 2011), se responsabilizando pelos créditos trabalhistas não quitados pelo prestador, ou se o conjunto dos bens do prestador não for suficiente para regularizar a pendência.

A responsabilidade pelos créditos trabalhistas é, objetivamente, do empregador, não havendo o que se falar em solidariedade (POLÔNIO, 2000). Importante frisar, também, que já no ano de 2000, houve alteração feita no inciso IV da Súmula 331, eis que passou a dispor sobre a responsabilidade da Administração Pública por esta terceirização e, no ano seguinte, acrescentou os dois últimos incisos versando sobre essa forma de trabalho. Veja-se:

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica na responsabilidade subsidiária do tomador de serviços, quando àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que haja participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso

evidenciado a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n° 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

A discussão sobre a terceirização no âmbito da Administração Pública se dá, mormente, pelo fato de que a Constituição Federal de 1988 prevê expressamente em seu artigo 37, inciso II, que o ingresso no serviço público ocorrerá apenas por meio de concurso prévio, ressalvando-se as hipóteses de cargos em comissão de livre nomeação e exoneração, não havendo, assim, nenhum tipo de reconhecimento de vínculo empregatício fora destes moldes (LEITE, 2019, p. 565).

Por meio de tal norma, verifica-se a dificuldade no reconhecimento de vínculo empregatício com a Administração Pública e, conseqüentemente, no reconhecimento de qualquer responsabilidade no que se refere à terceirização, ainda que tenha ocorrido de forma ilícita, pelo menos é o que preconiza o item II, da Súmula 331, quando diz: “a contratação irregular de trabalhador, através de empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional” (VIANA, 2011, p. 17).

Sobre a responsabilidade do Estado pelos trabalhadores terceirizados em caso de inadimplemento das obrigações contratuais por parte da empresa interposta, temos, basicamente, três entendimentos.

O primeiro deles, consolidado pelo Tribunal Superior do Trabalho, estabelece a responsabilidade subsidiária da Administração Pública pelas verbas trabalhistas dos colaboradores quando a prestadora de serviços não o fizer. Outra vertente é a de que haveria de existir o litisconsórcio necessário entre o tomador de serviços e a empresa interposta. Por fim, a terceira corrente exclui toda a responsabilidade objetiva do Estado, sustentando, para tanto o artigo 71, § 1° da Lei n° 8.666/93 (VIANA, 2011, p. 19).

Explicando a terceira vertente, Amorim (2018, p. 34) traz que:

[...] Aqui se apresenta a expressa consagração da não responsabilização da administração pública pelas verbas trabalhistas não pagas pela empresa interposta ao terceirizado, o que é demasiadamente prejudicial ao empregado, visto que na condição comum de contratação da terceirização o tomador é subsidiariamente responsável pelas verbas não adimplidas pela empresa interposta.

Em meio às contradições apresentadas entre a Súmula 331 do TST e o dispositivo constitucional mencionado, o Supremo Tribunal Federal exerceu o papel de controle na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/2010, interpretando-o como constitucional, impedindo que a responsabilidade subsidiária seja aplicada de maneira automática pela Justiça do Trabalho, permitindo-se que a norma fosse interpretada sistematicamente com outros dispositivos de lei. Veja-se:

No mesmo passo, concluíram que a constitucionalidade do enunciado legal não afasta, no entanto, a possibilidade de sua interpretação sistemática com outros dispositivos legais e constitucionais que impõem à Administração Pública contratante o dever de licitar e fiscalizar de forma eficaz a execução do contrato, inclusive quanto ao adimplemento de direitos trabalhistas, de forma que, constatada no caso concreto a violação desse dever fiscalizatório, continua plenamente possível a imputação de responsabilidade subsidiária à Administração Pública por culpa *in elegendo* ou *in vigilando* (VIANA, 2011, p. 20).

Isso consiste basicamente na responsabilização do Estado por sua culpa nas modalidades de eleição/escolha da empresa contratada ou vigilância que consiste na má fiscalização da empresa contratada quanto às suas obrigações contratuais para com os obreiros, por isso, o Estado deverá responder pelas dívidas no período da terceirização (DELGADO, 2019, p. 588).

Sendo assim, um dos pontos importantes na decisão do Pretório Excelso é que, a partir disso, o Tribunal Superior do Trabalho não poderia tratar como iguais todos os casos de inadimplência dos contratos terceirizados, mas sim, deveria apurar firmemente se isso ocorreu por ausência de fiscalização do órgão contratante e só então atribuir a responsabilidade do caso da Administração Pública (LEITE, 2019, p. 567). Neste sentido, explica CASSAR (2018, p. 93):

Defendemos que a Administração Pública não responde subsidiariamente por *culpa in elegendo e in contrahendo*, uma vez que as exigências legais para a concorrência em licitações públicas são rígidas, não podendo fazer parte as empresas com débitos fiscais ou trabalhistas. Logo, quando uma empresa vence a licitação e, por fim, é contratada pela Administração Pública, significa que preencheu todos os requisitos, condições e ultrapassou os obstáculos legais contidos nos editais e na lei. Assim, não houve culpa na escolha do contratado ou na contratação em si, pois decorrem de lei.

Por meio dos ajustes promovidos no enunciado da súmula, afastou-se a responsabilidade objetiva da Administração Pública em se tratando de terceirização e dentre tais mudanças, observa-se a distinção feita entre atividades-meio e atividades-fim do contratante, sendo este um dos meios de se avaliar a licitude da terceirização (DELGADO, 2019, p. 562).

3 OS LIMITES DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A terceirização utilizada pela Administração Pública, como demais atividade pública, respeitará o princípio da Legalidade, ou seja, a formalidade expressa em lei. Desta forma, podem-se apresentar algumas maneiras possibilitadas para que a Terceirização aconteça com o Poder Público.

O fator inicial acontece por meio da contratação temporária, expressa nos artigos 1º e 2º da Lei nº 8.745/93, em virtude da imprescindibilidade temporária de interesse público, como apresenta a Lei, para oferecer assistência em momentos de calamidade pública, auxílio a surtos endêmicos, assim como em censos administrados pelo IBGE e atividades temporárias das Forças Armadas.

Segundo Di Pietro (2002), no que se refere à contratação temporária, baseado no artigo 37 da Constituição Federal de 1988, destaca-se que grande parte das Leis que apresentam o dispositivo determina o processo seletivo, mesmo na contratação temporária de pessoal, afastando a contratação através de interposta pessoa, como acontece nos contratos de fornecimento de mão-de-obra. Comumente, é dispensado o concurso somente nos casos urgentes, não compatíveis com o procedimento do concurso público.

Ainda de acordo com a autora acima citada, nota-se que sobre o dispositivo da Constituição, fala-se em necessidade temporária de excepcional interesse público, a contratação de pessoal, baseado no referido dispositivo, não é compatível com as atividades permanentes da Administração Pública, a não ser que exista acréscimo no serviço ou redução de servidores do quadro permanente. Não existe fundamento legal para se aplicar dessa contratação temporária para preencher o quadro de funções permanentes.

Outro fator é referente à concessão e permissão de prestação de serviços públicos, onde as contratações são permitidas em virtude da Lei nº 8.987/95, que faz seu regulamento. A concessão se trata da delegação da execução do serviço público à empresa privada diante de tarifa paga pelo usuário.

De acordo com Carvalho Filho (2016, p. 18), as concessões comuns, regulamentadas na Lei nº 8.987/95, a Lei das Concessões, tem como finalidade a prestação de serviço público delegado comportando duas modalidades:

- Concessão de serviços simples, onde o Poder Público apenas delega o serviço público em si;
- Concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, onde o contrato apresenta duplo objeto, a execução de obra e a prestação do serviço.

Podem ser caracterizadas pela circunstância de que o concessionário não recebe contrapartida pecuniária por meio da concedente. Seus recursos são originados do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários do serviço.

A Permissão autoriza a execução do serviço público delegado e, através de sua natureza jurídica de contrato de adesão, não se distingue da Concessão, como apresenta Carvalho Filho (2016, p. 20):

A permissão de serviços públicos, hoje também disciplinada pela Lei nº 8.987/95, tem por finalidade, da mesma forma que as concessões de serviços públicos, a execução de certo serviço público delegado resultante de descentralização administrativa. Já foi visto que anteriormente sua natureza jurídica era de ato administrativo, mas com o advento daquele diploma legal, passou a possuir a natureza de contrato administrativo, com o que passou a não haver praticamente qualquer diferença entre os institutos.

O último fator ocorre por meio da delegação da execução de serviços de saúde e ensino através da iniciativa privada, objetivando auxiliar e alcançar a eficiência em sua atividade principal, conforme o artigo 209, que apresenta que “o ensino é livre à iniciativa privada, atendidas as seguintes condições: I – cumprimento das normas gerais da educação nacional; II – autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público”. Assim como o artigo 199, que apresenta que:

Artigo 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência às entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos. (BRASIL, Lei nº 8.987 de 1995).

Demais princípios norteadores e limitadores à Terceirização, além do princípio da Legalidade, apresenta-se a impessoalidade, que assegura a supremacia do interesse público, como publicidade, moralidade, economicidade e eficiência.

Neste instante, enfatiza-se o princípio da eficiência. A empresa intermediária, prestadora do serviço terceirizado, é obrigada a seguir o padrão de excelência ao executar os serviços públicos delegados. Deve-se ponderar a Terceirização antes de formalizada, visto que não é aceitável que, ao contrário da eficiência, a sociedade seja recebida com custos não programados pelo motivo de má execução do contrato, muitas

vezes em decorrência de corrupção inconstitucional velada e de falta de fiscalização do próprio Ente Público.

Destaca-se que a falta de eficiência não deve ser resultante da relação, em que faz parte a Terceirização, isso seria contrário a lógica organizacional da Administração Pública em não centralizar suas atividades em função de melhor custo benefício, traduzindo-se em maior qualidade, assim como em baixos custos operacionais.

RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA – ENTENDIMENTO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

A Convenção nº 94, da Organização Internacional do Trabalho fala sobre as cláusulas de trabalho nos contratos firmados por autoridade pública, simplificada mente essa convenção consolida o conceito de trabalho decente conforme norma da OIT, e preconiza esse conceito de trabalho digno sob a mesma perspectiva.

O trabalho decente é uma forma de trabalho em condições que priorizam o ser humano na realização do seu trabalho, de igual modo, o trabalho digno é a realização do trabalho em respeito à dignidade do ser humano. No ano de 2003, o ilustre senhor Luiz Inácio Lula da Silva, que era o Presidente da República da época assinou com a OIT o memorando de entendimento que trouxe para o plano nacional o trabalho decente, a ser implantado em conformidade com a agenda nacional de Trabalho Decente (OIT, 2006).

O trabalho digno também tem seu registro na OIT, como uma ideia complementar ao trabalho decente, estando inserido no documento correspondente à Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável desta organização. A OIT foi fundada em 1919 no Tratado de Versalhes com o objetivo de promover a justiça social por meio da fixação de normas (convenções e recomendações) que regulam as relações de trabalho visando assegurar um regime humano de trabalho (OIT, 2006).

Em 1946 passa a ser uma agência especializada da Organização das Nações Unidas – ONU que foi criada com o fim da segunda guerra mundial. O trabalho decente começou a ser desenhado pela OIT no ano de 1992, a partir da necessidade de promover a igualdade de acesso ao trabalho produtivo das pessoas e na igualdade de oportunidades. Em 1998, nessa linha, foi aprovada a Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho afirmando o compromisso desta em assegurar a equidade, o progresso social e a erradicação da pobreza, dentre outros direitos destinados à para garantir uma paz universal e permanente (OIT, 2006).

Segundo Marcelo D. Varella (2012, p. 402) quando um Estado viola direito internacional no qual se submeteu está sujeito a ser responsabilizado internacionalmente pelo ato, falando ainda em dever de indenizar:

A responsabilidade internacional dos Estados passa por um lento processo de adensamento jurídico no âmbito internacional. A desigualdade entre os estados e os indivíduos, por um longo período de tempo, impediu que o Estado pudesse ser responsabilizado. A imunidade absoluta de jurisdição e, posteriormente, de execução dificulta ainda hoje a efetividade de eventuais reparações de danos. O dever de indenizar decorre da existência de uma ação ou omissão do Estado, de um dano e de uma relação causal entre a ação ou omissão e o dano. O dano deve ser imputado ao Estado, seja porque foi provocado por seus agentes, seja porque o incentivou ou tolerou.

Em razão disso, a lei que trouxe a reforma trabalhista e a terceirização no Brasil, trouxe piores condições para esses trabalhadores, sendo as Leis n.º 13.429/2017 e n.º 13.467/2017 consolidadas de modo a serem formas de flexibilizar direitos trabalhistas, o que vai de encontro com as normas internacionais que adotam o trabalho decente e o trabalho digno, desse modo existe espaço para se defender a responsabilização internacional do Brasil pela violação desses direitos.

Considerando esse contexto da OIT, concordo que o trabalho seja considerado uma atividade que priorize o ser humano, que as condições de trabalho sejam justas, e que o ser humano através de seu trabalho possa alcançar a dignidade que almeja. E para isso a relação de trabalho precisa ser equivalente às perspectivas do empregado e não pode haver disparidade nessa relação mesmo quando estamos falando de terceirização dentro da administração pública. Para aprofundar um pouco mais este tema vamos entender a responsabilidade dos direitos trabalhistas e mostrar a visão da OIT.

Sabe-se que a relação jurídica empregatícia é bilateral, equiparando-se a uma moeda na qual se tem de um lado o poder diretivo, o empregador, e de outros a subordinação, o empregado. Além disso, a pessoalidade e a subordinação são elementos previstos nos conceitos de empregador e de empregado. Com a Terceirização, existe a intermediação da mão-de-obra pelas empresas prestadoras de serviço. De um lado, se apresenta a empresa tomadora, e de outro a empresa prestadora. Os trabalhadores são subordinados de forma direta à empresa prestadora e não à empresa tomadora. A relação jurídica é triangular, havendo entre a empresa tomadora e a empresa prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador existe um contrato de trabalho.

A jurisprudência consagrada pela Súmula 331, admite a terceirização da atividade inicial e da atividade intermediária. A atividade inicial da terceirização

representa atividades como limpeza, conservação e vigilância. São atividades que oferecem apoio às empresas, sem existir qualquer transferência tecnológica ou parceria comercial, com a liberação da tomadora de algumas responsabilidades administrativas.

Na Terceirização, a atividade meio representa apoio aos setores dentro da empresa tomadora que se interligam ao processo produtivo, mas não na sua atividade fim, como assessoria jurídica ou contábil, locação de automóveis, fotografias, mecânica, pinturas, entre outros. A Súmula 331 não admite que a empresa tomadora proceda à terceirização nas suas atividades relacionadas com a atividade fim. Segundo Martins (2010), a terceirização representa a possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que comumente não fazem parte do objetivo principal da organização ou instituição. Apresentam-se a empresa que terceiriza, o trabalhador e o tomador, sendo que o último usufruirá dos bens produzidos ou dos serviços prestados. De início, se aparente como um texto simples, porém é um dos assuntos mais complexos do Direito do Trabalho.

O Decreto nº 2031/96, revogado, apresentava sobre a contratação de serviços de vigilância, limpeza e conservação no ambiente da Administração Pública, conforme artigo 1º a possibilidade da Administração Pública, por meio de regular procedimento licitatório, proceder à contratação de serviços de vigilância, limpeza e conservação executados permanentemente.

O Decreto nº 2.271/97, em vigência, apresenta sobre a contratação de serviços pela Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional e dá outras providências. O Decreto em questão não apenas mantém a inteligência do antigo decreto como desenvolve neste cenário, ou seja, no âmbito da Administração Pública, a execução indireta das atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos temas que pertencem à área de competência legal do órgão ou entidade, oferecendo uma gama de atividades com a permissão da terceirização.

O artigo 11, apresenta um rol de exemplos de atividades onde “serão, de preferência, objeto de execução indireta, ou seja, atividades de conservação, limpeza, segurança, vigilância, transportes, informática, recepção, telecomunicações e manutenções”. O artigo 71 apresenta que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem onerará o objeto do contrato ou restringir a regularização e utilização de obras e edificações, inclusive frente ao Registro de Imóveis. No que se refere aos encargos previdenciários, a redação do artigo 71

apresenta que a Administração Pública responde de forma solidária ao contratado pelos encargos previdenciários resultantes da execução do contrato.

A Justiça do Trabalho compreende que a Administração Pública é responsável pelo pagamento dos créditos devidos aos trabalhadores, mas de forma subsidiária, isto é, tendo em sua garantia o benefício de ordem, apenas devendo ser citada a pagar a dívida trabalhista no caso de execução infrutífera em relação à empresa que terceirizou os serviços.

Dentro de seu contexto, a Súmula 331, que vedava a terceirização na atividade fim, parece estar superada frente aos termos conceituais de empresa prestadora e empresa tomadora. Em contrapartida, garante através do prisma legal a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora, fixando que a tomadora tem a responsabilidade de zelar pelas normas de medicina e segurança do trabalho.

Com a ampliação das atividades que podem ser terceirizadas, é comum que exista um crescimento na contratação nesta modalidade. Por seu turno, os empregados terceirizados serão representados por categorias distintas, afetando as negociações coletivas, inclusive enfraquecendo o poder de negociação.

Por fim, em razão dos conceitos expostos tem-se que a visão da OIT sobre trabalho decente e digno, que também deve ser mantido também em relações de trabalho terceirizados, pois é possível no plano nacional manter as legislações atreladas aos mandamentos internacionais, concluindo-se que a legislação trabalhista interna brasileira, após a reforma trabalhista e da terceirização tentou se adequar, estando em tese em conformidade com esses conceitos trazidos pelas normas internacionais, e verifico que os conceitos trazidos pelas normas internacionais servem justamente para dar algum tipo de garantia ao ser humano de que ele ao realizar trabalho em níveis de terceirização ainda assim sejam garantidas a ele as condições dignas de sobrevivência e que não ocorra situações como as do passado, que existia grande disparidade de condições entre empregados e terceirizados.

Isso porque é de fato, extremamente relevante frisar que o valor da dignidade do trabalhador é essencial para o exercício laboral desses indivíduos, afinal, é no trabalho que o ser humano entrega o seu inexorável tempo de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Quando o ponto em debate é responsabilidade da administração pública, quando da ausência de pagamento pela empresa interposta, deve a administração pública arcar com as obrigações, desde que comprovada sua culpa na escolha da empresa interposta ou na vigilância do contrato. Sabe-se que a má administração pode gerar prejuízos à administração e este é um dos casos em que fica claro que há falhas na organização do sistema.

Um pressuposto claro é que a Administração sabe que para viabilizar suas contratações de mão de obra pela terceirização, precisa adequá-las aos preceitos legais existentes no país, e para evitar a responsabilidade da administração pública no futuro, essa tem a obrigação de exercer o controle prévio, no que diz respeito ao certame licitatório quando vai realizar a contratação administrativa de terceirização, sendo que tudo precisa estar expressamente acordado no contrato seja a habilitação jurídica, a regularidade fiscal, a qualificação técnica e econômico-financeira da empresa contratada, isso para garantir que se comprove a saúde financeira e capacidade de adimplimento da empresa contratada, nos moldes da Lei de licitações.

Outro pressuposto é que a administração precisa exercer o controle concomitante à execução contratual, e de modo fiscalizatório efetivar todas as premissas permitidas lei para que a integralidade da consecução dos termos ajustados seja cumprida, inclusive todas aquelas geradas que são de natureza trabalhista advindas da disponibilização de mão de obra. E conseqüentemente, quando há falhas nesses dois pontos a administração pública é quem deve pagar, pois é entendimento do STF que uma vez que essas peculiaridades não forem satisfeitas, a condenação da administração pública ao pagamento será irreversível.

A convenção nº 94 da OIT sobre as cláusulas de trabalho nos contratos firmados por autoridade pública a conferência geral da organização internacional do trabalho adota diversas proposições relativas às cláusulas de trabalho nos contratos feitos por uma autoridade pública.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Antônio Leonardo. **TERCEIRIZAÇÃO TRABALHISTA NO BRASIL E TRABALHO DECENTE**. 2019. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2019.

- BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. VadeMecum. 16.ed. São Paulo: Saraiva, 2015
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007
- CASSAR. Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. 9ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- CUNHA, Yuri Rodrigues da. **Terceirização e terceirizados**: um estudo sobre os impactos objetivos e subjetivos da terceirização sobre trabalhadores terceirizados que atuam no setor de limpeza de Escolas Estaduais no Município de Marília-SP. 2015. 147p. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) - Universidade Estadual Paulista “Julio de Mesquita Filho”, Marília, São Paulo, 2013.
- DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- DELGADO. Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18. ed. São Paulo: LTr, 2018.
- DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. Ed. São Paulo: Editora Gen, 2017.
- DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.
- KREIN, José Dari. **Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990-2005**. 2007. Tese (Doutorado) - Universidade Estadual de Campinas, Campinas, São Paulo, 2007.
- LEITE. Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2019.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25ª edição. São Paulo: Atlas S.A, 2009.
- POLÔNIO, Wilson Alves. **Terceirização**: aspectos legais, trabalhistas e tributários. São Paulo: Atlas, 2000.
- SOUTO, M. J. V. **Desestatização**: Privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.
- VIANA. Márcio Túlio. **Para entender a terceirização**. São Paulo: LTr, 2001.

CAPÍTULO 10

LEI DE COTAS E SUA CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE DA REALIDADE DAS COTAS NA UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO CAMPUS DE ALTO ARAGUAIA

QUOTA LAW AND ITS CONSTITUTIONALITY: AN ANALYSIS OF THE REALITY OF QUOTAS AT THE UNIVERSITY OF THE STATE OF MATO GROSSO CAMPUS DE ALTO ARAGUAIA

*Thays Borges Fraga Nogueira*²³
*Antônio Leonardo Amorim*²⁴

Resumo: Esse trabalho trata do tema Política de Cotas, que está inserida, dentro de um contexto de Ações Afirmativas, que buscam, sobretudo, mecanismos legais de diminuição da desigualdade social e das consequentes oportunidades que um indivíduo, preto ou pardo, pode ter em relação a educação e trabalho. As questões de cotas, sempre muito debatida, precisa ser reafirmada sempre que possível, tendo em vista os contextos sociais que vivemos no Brasil, ainda, um país que exclui pessoas em razão da sua raça ou cor de pele. Para isso, o presente trabalho se pauta em uma pesquisa de cunho bibliográfico, que possibilita a recuperação de conhecimentos já sistematizados em determinada área. Além disso, materiais publicados em livros e trabalhos acadêmicos, são capazes de sustentar pesquisas tendo como premissa o modo de acesso as fontes secundárias. Neste sentido, buscou-se efetuar pesquisas em portais de periódicos, além de investigações relacionadas a leis, decretos e documentos que pudessem sustentar a discussão aqui proposta. Destaca-se que a pesquisa bibliográfica possibilita um estudo mais amplo sobre o tema, pois utiliza-se de uma grande quantidade de fenômenos, diferentemente da pesquisa realizada de maneira direta.

Palavras-Chave: Cotas. Ações Afirmativas. Teoria da Justiça Compensatória. Teoria da Justiça Distributiva.

Abstract: This work deals with the Quota Policy theme, which is inserted, within a context of Affirmative Actions, which seek, above all, legal mechanisms to reduce social inequality and the consequent opportunities that an individual, black or brown, may have in relation to education and work. The issue of quotas, always much debated, needs to be reaffirmed whenever possible, considering the social contexts we live in Brazil, still a country that excludes people because of their race or skin color. For that, the present work is based on a bibliographical research, which allows the recovery of knowledge already systematized in a certain area. In addition, materials published in books and academic papers are capable of supporting research based on the premise of

²³ Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: thays.bnogueira@gmail.com.

²⁴ Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

access to secondary sources. In this sense, we sought to carry out research on journal portals, in addition to investigations related to laws, decrees and documents that could support the discussion proposed here. It is noteworthy that the bibliographic research allows a broader study on the subject, as it uses a large number of phenomena, unlike research carried out directly.

Keywords: Quotas. Affirmative Actions. Theory of compensatory justice. Distributive Justice Theory.

INTRODUÇÃO

A sociedade atual, além de ser amplamente marcada pela presença da tecnologia e da modernidade, que são aspectos positivos, tem muito mais influência da desigualdade social, bem como da cultural e principalmente da econômica, que é o suficiente para demarcar espaços que podem ser ocupados, quando serão ocupados e principalmente, por quem serão ocupados.

Dentro desse contexto, é impossível desvincular a noção de desigualdade social com a noção de racismo estrutural, principalmente porque historicamente, no Brasil, as classes mais baixas são predominantemente marcadas pelas pessoas negras e pardas, de modo que o processo de desigualdade social atual, além de ser muito latente e profundo, promove uma ampla exclusão social, se fundamentando no preconceito que já é algo enraizado dentro da cultura e da sociedade brasileira.

Nos últimos anos, cada vez mais se busca instrumentos que permitam que a desigualdade social seja, paulatinamente algo vencido, sendo algo combatido, para que não esteja presente nessa e nas próximas gerações, enfatizando cada vez mais os níveis de exclusão do Brasil, e do mundo de modo geral com a população negra. O presente trabalho, portanto, surge justamente para falar a respeito da Política de Cotas, que está inserida, dentro de um contexto de Ações Afirmativas, que buscam, sobretudo, mecanismos legais de diminuição da desigualdade social e das consequentes oportunidades que um indivíduo, preto ou pardo, pode ter em relação a educação e trabalho.

A política de cotas, surge dentro de um contexto, onde se observa que a sociedade brasileira é fruto de uma miscigenação muito profunda, e que desse modo, é formada por indivíduos singulares, que possuem características distintas, e que não devem ser olhadas a partir de um grau de aceitabilidade, como mais e menos aceitável, oportunizável e não oportunizável. Assim, a política de cotas é algo necessário, dentro

de uma sociedade que auxilia na proliferação do preconceito. Para isso, o presente trabalho se pauta em uma pesquisa de cunho bibliográfico, que segundo Rodrigues (2007) possibilita a recuperação de conhecimentos já sistematizados em determinada área. Além disso, a autora Vergara (2016) aponta que materiais publicados em livros e trabalhos acadêmicos, são capazes de sustentar pesquisas tendo como premissa o modo de acesso as fontes secundárias.

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com Alexandre de Moraes “controlar a constitucionalidade significa verificar a adequação (compatibilidade) de uma lei ou de um ato normativo com a constituição, verificando seus requisitos formais e materiais” (MORAES, 2017, p. 741). Dessa forma, o controle de constitucionalidade pode ser entendido como o mecanismo pelo qual se verifica se uma nova norma legal é compatível com o que dispõe a Constituição Federal. Para isso, exige-se que a Constituição deste país seja formal e rígida, bem como que se tenha um órgão dotado de legitimidade para fazer esta análise.

Este mecanismo guarda estrita relação com sua própria etimologia que remete a limitação. O controle de constitucionalidade, observado dentro de um ordenamento jurídico, que possui a Constituição como norma fundamental, possui o papel de tornar efetivas as exigências que são traçadas pelo Constituinte em relação à prática de atos por indivíduos, ou mesmo entidades, que devem submissão e obediência às normas constitucionais (BERNARDES, 2004).

Nesse sentido, existem muitos tipos de controle dos limites que a Constituição previu, e segundo Ochoa (2015), essa diversidade está relacionada com a própria diversidade de razões, que devem tomar em consideração desde o modo que ele é exercido, perpassando pelo objeto suscetível de controle, até que os indivíduos ou órgãos realizem a função de controle (BERNARDES, 2004).

Ainda de acordo com os apontamentos trazidos por Bernardes (2004, p. 45) “(...) o controle de constitucionalidade é o conjunto de mecanismos dispostos para garantir a supremacia constitucional por meio da identificação e eventual reparação de condutas incompatíveis a determinadas normas constitucionais”.

Logo, entende-se que o controle de constitucionalidade não se trata de uma única forma de verificação de compatibilidade entre a norma/projeto de lei com a Constituição Federal, mas sim de um conjunto de medidas, de possibilidades para realizar esta

verificação. Para analisar se uma norma é ou não constitucional, deve-se examinar, em primeiro momento, se ela obedece aos requisitos formais e materiais de uma norma. Quanto à formalidade, a análise pode ocorrer pelo crivo subjetivo, em que se verifica se o sujeito que iniciou a elaboração da norma é detentor da competência para legislar sobre determinado assunto; e pode ser também pelo crivo objetivo, em que se analisa se foi seguido os trâmites corretos que o ato normativo exige.

Quanto à materialidade, é realizada uma análise quanto ao objeto da lei, se este é compatível com a Constituição Federal. A partir deste primeiro momento, é que se verifica se trata-se de uma inconstitucionalidade formal ou material.

No tocante ao órgão que faz esta análise, Alexandre de Moraes (2017, p. 744) explica que existem três formas de controle: o político, que ocorre em estados onde o órgão responsável pela verificação é distinto dos demais poderes; o judiciário, em que este controle é realizado por órgãos integrantes do poder judiciário; e misto, em que a análise de certas leis é submetida ao controle político e outras ao controle judiciário. No Brasil, a doutrina majoritária entende que este controle é jurisdicional, ou seja, realizado pelo Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade realizado no Brasil pode ser feito em dois momentos distintos: antes e depois da promulgação da lei. O controle exercido antes da promulgação da norma é chamado de controle preventivo, e aquele realizado após a promulgação é denominado de controle repressivo, os quais serão abordados nos tópicos a seguir.

AÇÕES AFIRMATIVAS E O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

A discussão acerca da constitucionalidade da Lei n.º 12.711/12 se dá pelo fato desta colidir com a interpretação literal do artigo 5º da Constituição Federal, uma vez que este assegura expressamente a igualdade entre todos os cidadãos. Porém, vale ressaltar que a interpretação deste dispositivo diz que o Princípio da Igualdade corresponde ao gênero, em que se subdivide duas espécies: a igualdade formal e a igualdade material.

A igualdade formal trata-se de uma concepção do constitucionalismo no século XIX, com sustentação ainda nos preceitos do Estado Liberal, que tinha por objetivo abolir os privilégios e as discriminações entre os indivíduos. Cria-se, neste sentido, um

espaço neutro, livre de distinções, onde todo indivíduo poderia se desenvolver plenamente (GOMES e SILVA, 2016).

Segundo Gomes e Silva (2016, p. 87), a igualdade formal é aquela em que “[...] a lei, genérica e abstrata, deve ser igual para todos, sem qualquer distinção ou privilégio, devendo o aplicador fazê-la incidir de forma neutra sobre as situações jurídicas concretas e sobre os conflitos interindividuais”.

Já a igualdade material, também denominada de substancial, é consubstanciada no Estado de bem-estar social, sendo aquela em que se preocupa com os elementos externos que propiciam a chegar em uma igualdade de resultados. É nela que se sustenta o Princípio da Isonomia, em que deve se tratar de modo igual os indivíduos iguais, e de maneira diferente os desiguais na medida de suas desigualdades.

De acordo com Alexandre de Moraes (2017, p. 36):

[...] o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...].

A igualdade conforme é entendida atualmente, envolve o conceito de uma igualdade inclusiva e procedimental. Isso pode ser visualizado pela sua busca para que todos tenham as mesmas chances e condições de participação dentro da produção das políticas públicas e nos provimentos judiciais e administrativos (SOUZA CRUZ, 2005).

Para que isso seja possível, segundo Guerra (2006) Habermas ensina que se deve haver um tipo de co-originalidade da autonomia privada e da autonomia pública, que configura os cidadãos não apenas da perspectiva de destinatários dos direitos e deveres, mas também sob a ótica de seres os próprios autores destes mesmos direitos e deveres.

Apesar de tratados de forma separada, o princípio da igualdade e o da não discriminação deve ser estudados de forma conjunta. Ambos estão consagrados em normas esparsas dentro da legislação, apesar de possuírem fácil entendimento. A interpretação de um, depende necessariamente do entendimento do outro (ARAÚJO, 2003).

Para compreender de maneira completa o direito a não discriminação, primeiro deve-se permear as noções do que é igualdade. Levando em consideração que somente poderá ser observada a discriminação, onde puderem ser identificadas as desigualdades. Dentro da seara jurídica, ainda requer mudanças na sua base estrutural tradicional, visto que é preciso observar além da ideia que liga a igualdade a um tratamento.

A não discriminação não é uma consequência direta da igualdade de tratamento. É necessário cautela ao antever a existência de tratamentos diferenciados, e considerar que a sociedade é plural, e dentro dela coexistem grupos e indivíduos em situações de clara desigualdade (BARROSO, 1986).

A existência das que podemos alcinhar de “leis neutras” parte do pressuposto de que estamos diante de uma sociedade composta por indivíduos pares, iguais, e que o tratamento idêntico, sanará as necessidades de todos. Porém, visivelmente se sabe que a sociedade é plural, multicultural, composta em sua maioria por grupos minoritários, que sobrevivem dentro da aplicação de um tratamento igual que não atende as suas necessidades enquanto desiguais (BOBBIO, 1984).

Logo, implicar um tratamento igualitário a todos os indivíduos, mesmo sabendo que determinados grupos não estão em situação equiparada com os demais, proporciona a igualdade apenas na teoria, uma vez que aumenta ainda mais a desigualdade entre os grupos sociais.

De acordo com Urbach (2019, p. 15):

A igualdade implica permitir que o outro tenha os mesmos direitos, sem com isso ter de ser *um igual*. Por exemplo, a cultura é a bagagem que cada pessoa traz consigo desde que nasceu, é a sua tradição, já incorporou a sua personalidade. E dentro dessa bagagem está inserida a sua crença, a sua religião, que também faz parte da pessoa e não pode ser questionada, é uma escolha individual que a torna diferente, talvez, da maioria, mas não a torna diferente perante as leis e as obrigações.

Neste sentido, para que todos os indivíduos tenham acesso aos mesmos direitos, não implica, necessariamente, que todos devam ser tratados da mesma forma, quando se tratar de indivíduos desiguais. Dessa forma, as ações afirmativas seriam os meios pelo qual se permitiria que grupos minoritários tivessem acesso aos seus direitos, assim como os demais, mas levando-se em consideração que nem todos estão na mesma condição.

Essa desigualdade se estende a outras situações, onde fica mais perceptível inclusive. Em situações que são influenciados a exercerem os mesmos direitos, são impedidos por meio do argumento do tratamento desigual. Comportamentos sociais como esse, se pautam não apenas na análise do princípio da igualdade, mas na sua própria concepção histórica (BRITTO, 1991).

Neste sentido, conforme se verifica ao longo da história, a simples proibição de realização de atos discriminatórios desde a promulgação da Constituição Federal não

fez com que se atingisse a igualdade real entre os indivíduos, sendo então considerada apenas uma igualdade velada.

É neste contexto, do entendimento do princípio da igualdade no viés substancial, é que surgem as políticas públicas como importante ferramenta para se alcançar a justiça social.

Segundo Gomes e Silva (2016, p. 89):

Da transição da ultrapassada noção de igualdade “estática” ou „formal” ao novo conceito de igualdade „substancial” surge a ideia de „igualdade de oportunidades”, noção justificadora de diversos experimentos constitucionais pautados na necessidade de se extinguir ou de pelo menos mitigar o peso das desigualdades econômicas e sociais e, conseqüentemente, de promover a justiça social.

Neste viés, a noção de igualdade entre os indivíduos está atrelada a ideia de propiciar o acesso aos direitos e às oportunidades a todos, mesmo que isso implique na adoção de uma forma desigual de tratamento para que se atinja a justiça social.

ENTENDIMENTO DO STF QUANTO À CONSTITUCIONALIDADE DAS COTAS

É de conhecimento que antes da promulgação da Lei nº 12.711/12, algumas universidades públicas brasileiras já utilizavam seus próprios sistemas de cotas para o preenchimento das vagas dos cursos que ofereciam.

Em virtude disso, não foram poucas as ações judiciais que surgiram arguindo a inconstitucionalidade deste sistema de seleção. Dentre elas, destacamos como exemplos o Recurso Extraordinário 597285, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; a ADI 3.197/RJ, Rel. Min. Dias Toffoli; e a ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal consolidou o entendimento de que adoção ao sistema de cotas sob critérios étnico-raciais pelas universidades públicas brasileiras, por si só, não fere o princípio da igualdade material, disposto na Constituição Federal.

Conforme afirmado pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski na ADPF 186:

Para possibilitar que a igualdade material entre as pessoas seja levada a efeito, o Estado pode lançar mão de políticas de cunho universalista, que abrangem um número indeterminado de indivíduos, mediante ações de

natureza estrutural, seja de ações afirmativas, que atingem grupos sociais determinados, de maneira pontual, atribuindo a estas certas vantagens, por um tempo limitado, de modo a permitir-lhes a superação de desigualdades decorrentes de situações históricas particulares. (STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 de abril de 2012, p. 50)

Neste sentido, as ações afirmativas não podem ser entendidas como mecanismos de violação do princípio da igualdade, mas sim o contrário. Tratam-se, na verdade, de ferramentas que o Estado tem para promover a igualdade material entre os cidadãos.

Ademais, segundo o referido ministro, a compatibilidade das ações afirmativas com os preceitos constitucionais não pode ser analisada de forma isolada, mas sim da Constituição Federal como um todo, visto que ela é o documento que dá sustentação ao Estado.

Neste sentido, a compreensão de justiça social não se limita à aplicação da justiça distributiva, como também a necessidade de trazer à sociedade a maior variedade cultural possível, visto que, muitas vezes, a cultura que é sobreposta é aquela que é de interesse aos grupos dominantes.

Por fim, a ADPF 186 traz também a concepção que a ação afirmativa é legítima, deve permanecer enquanto persistirem as situações de exclusão:

(...) as políticas de ação afirmativa fundadas na discriminação reparam apenas são legítimas se a sua manutenção estiver condicionada à persistência, no tempo, do quadro de exclusão social que lhes deu origem. Caso contrário, tais políticas poderiam converter-se em benesses permanentes, instituídas em prol de determinado grupo social, mas em detrimento da coletividade como um todo, situação – é escusado dizer – incompatível com o espírito de qualquer Constituição que se pretenda democrática, devendo, outrossim, respeitar a proporcionalidade entre os meios empregados e os fins perseguidos.” (STF, ADPF 186, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 26 de abril de 2012, p. 03)

Logo, caso a existência/permanência das ações afirmativas não estejam ligadas à persistência da exclusão de grupos minoritários, ela perderia sua essência de existir. Estaria esta forma de discriminação perdendo o seu caráter positivo, pois estaria a beneficiar um grupo em detrimento da coletividade sem um motivo, um bem maior a ser alcançado.

COTISTAS NA UNEMAT CAMPUS DE ALTO ARAGUAIA

Assim como em outros estados, a implementação da política de cotas na Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT) ocorreu anteriormente à promulgação da Lei n.º 12.711/12.

No ano de 2004, a UNEMAT criou o seu Programa de Integração e Inclusão Étnico-Racial – PIIER, o qual entrou em vigência no segundo semestre do ano de 2005. Neste primeiro momento, o programa reservava um percentual de vagas apenas aos alunos autodeclarados pardos ou negros, de acordo com os critérios estipulados pelo IBGE.

Posteriormente, o programa ampliou esta reserva, incluindo aqueles alunos que cursaram integralmente o ensino médio em escolas públicas. E, por fim, no ano de 2016, foram inclusos também os alunos indígenas. Impressiona o fato de os indígenas terem sido inclusos apenas em 2016, tendo em vista que o Estado de Mato Grosso é o 6º que possui o maior número de indígenas no Brasil, segundo dados publicados pelo IBGE no informativo “Os indígenas no Censo Demográfico 2010”, no ano de 2012.

O Programa de Integração e Inclusão Étnico-Racial da UNEMAT era regido, inicialmente, pela Resolução nº 071/2016 - CONEPE, em que 60% das vagas eram destinadas ao referido programa, e as demais destinadas à ampla concorrência, conforme artigo 2º da referida resolução:

Art. 2º Destinar 60% (sessenta por cento) das vagas ofertadas para ingresso nos cursos de graduação da UNEMAT às Políticas de Ações Afirmativas, a partir do Concurso Vestibular 2017 e Sistema de Seleção Unificada – SISU por um período de 10(dez) anos. (CONEPE, 2016, p. 1)

Percebe-se que a resolução em questão estipulava um limite temporal ao programa, em que este ocorreria por um período de dez anos. Consoante a isto, a distribuição das vagas do programa era realizada da seguinte forma:

Art. 3º Fica estabelecido os seguintes percentuais para ingresso nos cursos de Graduação na UNEMAT:

- I. 40% (quarenta por cento) para estudantes Ampla Concorrência;
- II. 30% (trinta por cento) para estudantes de Escolas Públicas;
- III. 25% (vinte e cinco por cento) para estudantes Negros;
- IV. 5% (cinco por cento) para estudantes Indígenas. (CONEPE, 2016, p. 1)

Atualmente, o Programa de cotas é regido pela Resolução nº 011/2019 – CONEPE, que trouxe alterações na reserva de vagas, em que este número passou a sofrer variações a depender da quantidade de vagas que o curso oferta. Ressalta-se também que foi esta normativa que trouxe pela primeira vez a reserva de vagas à alunos com deficiência, conforme disposto no artigo 3º²⁵ da resolução citada.

25 Art. 3º A UNEMAT disponibilizará as vagas para ingresso no ensino superior da seguinte forma: I. Para cursos com 30 (trinta) vagas, 12 (doze) são destinadas à ampla concorrência e 18 (dezoito) aos alunos que cumpriram integralmente o ensino médio em escola pública, assim distribuídas: a) 08 (oito)

A Resolução nº 011/2019 - CONEPE revogou a resolução anterior, e não estabeleceu prazo estipulando a vigência do programa. Dessa forma, o Programa de Integração e Inclusão Étnico-Racial continua sendo aplicado ano após ano, proporcionando que estudantes da rede pública de ensino, bem como alunos pardos, negros, indígenas e deficientes adentrem o ensino superior de qualidade.

No campus de Alto Araguaia, entre os anos de 2016 e 2020, o quantitativo de alunos cotistas (escola pública e PIIER) que acessaram o ensino superior era de 701, em um total de 1.301 alunos, sendo o percentual de 53,88%.

Tabela 1: Quantitativo de alunos cotistas UNEMAT campus de Alto Araguaia

LEVANTAMENTO DO QUANTITATIVO DE ALUNOS COTISTAS NA UNEMAT – CAMPUS DE ALTO ARAGUAIA (PERÍODO 2016 A 2020)					
Cursos Ofertados	Escola Pública	PIIER	PIIER I	Ampla Concorrência	Total
Bacharelado em Ciência da Computação	93	34	-	128	255
Bacharelado em Jornalismo	34	12	-	20	66
Licenciatura Plena em Letras	106	43	-	147	296
Bacharelado em Direito – Parceladas	63	46	-	66	175
Licenciatura em Pedagogia – Parceladas	23	2	-	23	48
Bacharelado em Ciências Contábeis – Núcleo Pedagógico de Itiquira – Parceladas	23	2	-	25	50
Licenciatura em Pedagogia – Núcleo Pedagógico de Itiquira – Parceladas	27	3	-	26	56
Bacharelado em Ciência da Computação – Núcleo Pedagógico de	44	19	-	57	120

vagas para estudantes negros; b) 01 (uma) vaga para estudante indígena; c) 01 (uma) vaga para estudante com deficiência; d) 08 (oito) vagas para os demais estudantes de escola pública. II. Para cursos com 40 (quarenta) vagas, 16 (dezesesseis) são destinadas à ampla concorrência e 24 (vinte e quatro) aos alunos que cumpriram integralmente o ensino médio em escola pública, assim distribuídas; a) 10 (dez) vagas para estudantes negros; b) 02 (duas) vagas para estudantes indígenas; c) 01 (uma) vaga para estudante com deficiência; d) 11 (onze) vagas para os demais estudantes de escola pública. III. Para cursos com 50 (cinquenta) vagas, 20 (vinte) vagas são destinadas à ampla concorrência e 30 (trinta) aos alunos que cumpriram integralmente o ensino médio em escola pública, assim distribuídas; a) 13 (treze) vagas para estudantes negros; b) 02 (duas) vagas para estudantes indígenas; c) 01 (uma) vaga para estudante com deficiência; d) 14 (quatorze) vagas para os demais estudantes de escola pública;” (CONEPE, 2019, p. 1-2).

Rondonópolis – Parceladas					
Licenciatura em Letras – Núcleo Pedagógico de Rondonópolis – Parceladas	56	13	1	62	132
Bacharelado em Direito – Núcleo Pedagógico de Rondonópolis – Parceladas	32	25	-	46	103
TOTAL	501	199	1	600	1301

Fonte: Dados divulgados pelo Campus de Alto Araguaia

Com base nos dados apresentados, verifica-se que mais da metade das vagas dos cursos ofertados pela UNEMAT, campus de Alto Araguaia, é preenchida por alunos cotistas. Nesse sentido, no que concerne ao acesso ao ensino superior, o sistema de cotas adotado pela referida universidade promove a inclusão de grupos minoritários.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho teve como objetivo analisar a constitucionalidade da Lei n.º 12.711/12, normativa que incluiu o sistema de cotas para ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio, de modo que foi verificado se a referida normativa é compatível ou não com as disposições contidas na Constituição Federal, atingindo o objetivo da pesquisa.

Em primeiro momento, foi abordado o contexto histórico da formação social brasileira, em que se verificou que desde o período colonial não foram ofertadas oportunidades para que os não brancos usufríssem de melhores condições de vida, o que foi um dos grandes fatores que contribuiu para a formação da grande mazela social: a população preta e pobre. Isso se fez necessário porque antes mesmo de saber se a lei é constitucional ou não, deve-se entender o que levou a criação desta norma, e o porquê ela se fazia necessária para a sociedade naquele período.

Em segundo momento, a Lei n.º 12.711/12 foi explicada sob a ótica de duas teorias: a Teoria da Justiça Compensatória e a Teoria da Justiça Distributiva. A primeira pauta-se na ideia de que as cotas seria uma forma de compensação à população negra por todos os males que seus antepassados sofreram desde o período da escravidão; e a segunda, refere-se a uma redistribuição das oportunidades/vantagens entre os indivíduos

da sociedade, proporcionando que grupos minoritários também tenham acesso a posições de prestígio.

Posteriormente, foi trazida a concepção de alguns autores acerca da definição de ações afirmativas, sendo, ao final, entendida como espécies de políticas públicas, de caráter temporário, que são adotadas com intuito de efetivar o princípio da igualdade, buscando corrigir situações de desigualdade há muitos anos existentes na sociedade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, S. N. **Os Direitos Individuais e Coletivos**. In: ARAÚJO, SERRANO NUNES. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Verbatim, 2013. p. 175-249.

BRIITTO, A. **reclama do orçamento**. Correio Brasiliense, Brasília, 7 dez. 1991.

BARROS, L. J. P. **Modulação dos Efeitos Temporais nas Decisões de Controle Difuso de Constitucionalidade**: da possibilidade do uso do art. 27 da Lei nº 9.868/99 na defesa incidental da Constituição. Trabalho de Pós-Graduação. 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. Rio de Janeiro: Saraiva, 2009.

BOBBIO, Norberto. **Direito e estado no pensamento de emanuel kant**. Trad. Alfredo Fait. Rev. trad. Estevão Rezende Martins. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1984.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 7. Ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 207-304.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05.10.1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao. Acesso em: 15 de abril de 2021.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado**. 2. Ed. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1999, p. 68.

CLÉVE, Clemerson Merlim. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa; SILVA, Fernanda Duarte Lopes Lucas da. **As ações afirmativas e os processos de promoção da igualdade efetiva**. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL AS MINORIAS E O DIREITO, 2001, Brasília. Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários; AJUFE; Fundação Pedro Jorge de Mello e Silva; The British Council. - Brasília. (Série Cadernos do CEJ, v. 24).

KELSEN, Hans. **Ensayos sobre Jurisprudencia y Teologia**, México: BÈFDP, 2003.

MORAES, Guilherme Peña. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

OCHOA, Juan Andrés Pizzani. **Crítica a los discursos sobre las prácticas sexuales de los pueblos originarios**. Caracas: Fundación Editorial el perro y la rana, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Mércia Consolação. **Subsídios para elaboração de um plano nacional de ações afirmativas no mundo do trabalho**. [S.I.: s.n], [2015?]. 45 p. Disponível em: http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/discrimination/pub/oit_igualdade_racial_06_234.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2021.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. **O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p.203.

URBACH, Maria Helena P. G. **O véu da igualdade: liberdade de religião, trabalho e discriminação, na jurisprudência recente do TJUE**. Universidade do Minho, 2019.

CAPÍTULO 11

INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA TRABALHISTA AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA

UNCONSTITUTIONALITY OF THE CONDEMNATION OF THE BENEFICIARY OF FREE LABOR JUSTICE TO PAY ATTORNEYS FEES

*Wellitjon Bonfim Pereira Feitoza*²⁶
*Antônio Leonardo Amorim*²⁷

Resumo: O presente trabalho tem por finalidade a análise de um dos principais assuntos discutido atualmente no âmbito da Justiça Trabalhista, o que se deu pós-reforma trabalhista, por meio da Lei 13.467/2017. Com a reforma trabalhista, de 2017, o direito do trabalho sofreu diversas alterações, que são consideradas pelos pesquisadores como retrocesso da relação social do trabalho, nesse sentido, tem-se o seguinte problema de pesquisa, o beneficiário da Justiça Gratuita pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho? Para responder o problema de pesquisa formulado, foi realizada análise bibliográfica e documental, com objetivo de constatar se o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento de honorários sucumbenciais. É importante destacar que, o inciso LXXIV, do Art. 5º da CRFB/88, garante a assistência judicial, de forma plena e gratuita, para aqueles que comprovarem insuficiência de recurso (pessoas hipossuficientes – consideradas pobres). Tal dispositivo constitucional, com o advento da Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista -, sofreu afronta direta por parte de lei infraconstitucional, considerada inferior no plano de hierarquia de normas, ao passo que, por meio do § 4º, do Art. 791-A da CLT, o qual preceitua que, vencido na Justiça do Trabalho, o beneficiário da justiça gratuita deverá arcar com o pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, os quais podem variar de 5 a 15% (cinco a quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença. Neste sentido, a pesquisa traz o desvelar dos efeitos e resultados proferidos pela doutrina e pela jurisprudência.

Palavras-chave: Hipossuficiência. Justiça Gratuita. Direitos e Garantias Fundamentais. Honorários Advocatício de Sucumbência.

Abstract: The purpose of this work is to analyze one of the main issues currently discussed in the scope of Labor Justice, which took place after the labor reform, through Law 13.467/2017. With the 2017 labor reform, labor law underwent several changes, which are considered by researchers as a setback in the social relationship of work, in

26 Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).

27 Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

this sense, we have the following research problem, the beneficiary of the Free Justice can be sentenced to payment of attorney fees for loss of suit in the labor process? In order to answer the formulated research problem, a bibliographic and documentary analysis was carried out, in order to verify whether the beneficiary of free justice can be sentenced to payment of succumbential fees. It is important to highlight that item LXXIV, of Art. 5 of CRFB/88, guarantees full and free legal assistance for those who prove insufficient resources (hyposufficient people - considered poor). This constitutional provision, with the advent of Law 13.467/2017 - Labor Reform -, was directly affronted by an infra-constitutional law, considered inferior in the hierarchy of norms, while, through § 4 of Art. 791- That of the CLT, which stipulates that, once it has expired in the Labor Court, the beneficiary of the free court shall bear the payment of attorney's fees for loss of suit, which may vary from 5 to 15% (five to fifteen percent) of the amount resulting from the settlement of the sentence. In this sense, the research brings the unveiling of the effects and results given by the doctrine and jurisprudence.

Keywords: Hyposufficiency. Free Justice. Fundamental Rights and Warranties. Attorney's Fees for Succumbence.

INTRODUÇÃO

A partir da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017), o direito do trabalho sofreu diversas alterações, as quais são consideradas pelos pesquisadores como retrocesso da relação social do trabalho, nesse sentido, tem-se o seguinte problema de pesquisa: o beneficiário da Justiça Gratuita pode ser condenado no pagamento de honorários advocatícios de sucumbência no processo do trabalho?

Para responder o problema de pesquisa formulado, foi realizada análise bibliográfica e documental, com objetivo de constatar se o beneficiário da justiça gratuita pode ser condenado ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbenciais. Em tese, a luz da literalidade constitucional, isso não poderia ser possível, pelo fato de a Constituição Federal de 1988, por meio do seu Art. 5º, inciso LXXIV, consignar que o Estado deverá prestar assistência integral e gratuita àqueles que comprovarem insuficiência de recursos. Ademais, no desvelar sobre o assunto, a pesquisa fez uma abordagem mais específica, buscando informa qual tem sido o entendimento doutrinário e jurídico sobre a temática.

Não obstante, para melhor compreender o assunto, fora feita uma breve abordagem histórica sobre o trabalho e o Direito do Trabalho, no mundo e no Brasil, a fim de entender, por exemplo: quando ocorreu e quais foram os principais fatos valorativos que deram ensejo a criação das primeiras (e principais) normas que regulamentaram as relações de trabalho? No que isso resultou (positivo e/ou negativamente)?

De igual modo, a pesquisa abordou sobre a distinção entre os termos Justiça Gratuita (ou Acesso à Justiça) e Gratuidade da Justiça (Assistência Judiciária Gratuita). De certo modo, ambas (Justiça Gratuita e Gratuidade da Justiça) estão interligadas. Concomitantemente, a pesquisa aborda sobre o princípio da proteção e sobre o princípio da proteção processual, os quais são considerados algumas das principais normas norteadoras do direito do trabalho (material e processual). Enfim, a abordagem deste e de outros assuntos estão contidas no desvelar dos tópicos seguintes.

JUSTIÇA GRATUITA X GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Inicialmente, para a melhor compreensão, é importante que haja uma distinção entre os termos: (i) Justiça Gratuita e (ii) Gratuidade da Justiça. O primeiro (Justiça Gratuita), trata-se do direito fundamental garantido a todos, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País o direito de acesso ao Poder Judiciário, para buscar reparação ou evitar lesão ou ameaça ao direito.

O segundo (Gratuidade da Justiça), trata-se do direito fundamental garantido à certas pessoas (seja ela física ou jurídica), compreendendo aquelas que estejam em situações vulneráveis (mesmo que de forma temporária), cuja ajuda e/ou proteção do Estado torna-se indispensável para evitar possíveis lesão e/ou ameaça de direito. Ademais, ambas expressões (Justiça Gratuita e Gratuidade da Justiça) estão interligadas, conforme veremos a seguir.

JUSTIÇA GRATUITA (OU ACESSO À JUSTIÇA)

A Justiça Gratuita (ou Acesso à Justiça), está prevista no Art. 5º, inciso XXXV, da CRFB/88, o qual versa que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Assim, segundo o jurista Nery Junior (2019, p. 426-427):

Em conformidade com o que dispõe a CF 5.º XXXV, “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. (...) Desta maneira, todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativamente a um direito. Estão aqui contemplados não só os direitos individuais, como também os difusos e coletivos. Pelo princípio constitucional do direito de ação, além do direito ao processo justo, todos têm direito de obter do Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada.

Nas palavras de Bezerra Leite (2019, p. 198-199), “o acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos

humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos.”

O Acesso à Justiça, em sim, é gratuito, é direito de todos, contudo, as despesas decorrentes da manutenção da ação proposta, em tese, ficam à cargo de quem a propõe, conforme prevê, por exemplo, os Art. 789 e Art. 789-B, da CLT, ressalvados algumas exceções. Vale lembrar que, o Acesso à Justiça teve previsão legal, pela primeira, na Constituição de 1946, a qual, por meio do seu Art. 141, § 4º, previa que: “a lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

No mesmo sentido, a Constituição de 1967, por meio do seu Art. 150, § 4º fez a mesma previsão²⁸, “*ipsis litteris*” (conforme está escrito), como foi na Constituição de 1946 (Art. 141, § 4º). Percebe-se que, a previsão legal em ambas as Constituições apontadas acima (de 1946 e de 1967), limitou o Acesso à Justiça apenas a lesão de “direito individual”. Ou seja, antes do advento da Constituição de 1988, não havia acesso gratuito à Justiça para apreciação de lesão de quaisquer direitos difusos e coletivos.

Destarte, a nova Constituição (1988) não fez restrições, deixando aberto a todos (Art. 5º, “*caput*”, CRFB/88) a possibilidades de ter acesso à Justiça, quando os seus direitos se encontrarem lesionados ou ameaçados. Neste sentido, Nery Junior (2019, p. 427) aduz que:

O direito de ação pode ser exercido independentemente da qualificação jurídica do direito material a ser por ele protegido. Com isso, tanto o titular do direito individual, quanto o do direito metaindividual (difuso, coletivo ou individual homogêneo) têm o direito constitucional de pleitear ao Poder Judiciário a tutela jurisdicional adequada. Como as garantias fundamentais e os direitos sociais (CF 5.º a 8.º) devem ser interpretados ad amplianda – contrariamente aos demais preceitos constitucionais, que se interpretam ad restringenda -, não se pode dar à lei interpretação que impeça ou dificulte o exercício da garantia constitucional do direito de ação.

Em suma, a expressão “Justiça Gratuita” (ou Acesso à Justiça), traduz-se no sentido de que, a Justiça é gratuita para todos, cabendo ao Poder Judiciário (órgão estatal responsável por julgar as matérias de natureza jurisdicional) atender a sociedade de modo geral, sem distinção de qualquer natureza (Art. 5º, “*caput*”, CRFB/88).

28 Cf.: “Art. 150. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 4º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.”

BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA)

O Direito à Gratuidade da Justiça, é um “benefício da Justiça Gratuita”, destinado à pessoa hipossuficiente, considerado aquela que não possui condições financeiras de arcar com despesas (custas) processuais. O benefício da Gratuidade da Justiça (ou Assistência Judiciária Gratuita) teve previsão legal, pela primeira vez, com o advento da Lei 1.060/1950, a qual, por meio dos Art. 2º, Art. 3º e Art. 9º (redação original), estabeleceu o seguinte:

Art. 2º Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Parágrafo único. Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família. Art. 3º A assistência judiciária compreende as seguintes isenções: I - das taxas judiciárias e dos selos; II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da Justiça; III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; V - dos honorários de advogado e peritos. Art. 9º Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias.

Observa-se que, o Art. 9º, da referida Lei, estabeleceu que a gratuidade da justiça (benefício da assistência judiciária) deveria abarcar todos os atos processuais, desde a propositura da ação até a decisão final, em todas as instâncias.

As disposições previstas na Lei 1.060/1950 foram recepcionadas, apenas, pela Constituição de 1988, por meio do Art. 5º, inciso LXXIV, o qual preconiza que:

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: (...)
LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Conforme se observa, o inciso LXXIV, Art. 5º, da Constituição de 1988, consignou o direito assistencial, conferido pelo Estado, àqueles que não obtivessem condições financeiras para arcar com as despesas processuais, obtidas em juízo. No âmbito da legislação civil (comum), a nova roupagem do Código de Processo Civil (CPC), advinda pela Lei 13.105/2015, ampliou a cobertura do benefício da Gratuidade

da Justiça (Assistência Judiciária Gratuita), revogando o rol de assistência previsto nos Art. 2º e Art. 3º, da Lei 1.060/1950, do mesmo modo é o que estabelece o §1º, do art. 98, do CPC. A legislação comum, por meio do CPC, contempla inúmeros direitos ao beneficiário da gratuidade da justiça, diferentemente do direito do trabalho, o qual deixou vago quais direitos o(a) trabalhador(a) hipossuficiente teria, caso lhe fosse concedido a assistência jurídica integral e gratuita.

Vale informar que, a Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970, que dispõe sobre normas de Direito Processual do Trabalho, por meio do seu Art. 14, limita-se a estabelecer algumas condições para que fosse concedido o benefício da assistência judiciária (gratuidade da justiça), como: (i) a assistência deveria ser prestada pelo Sindicato da categoria profissional; (ii) o trabalhador deveria receber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal, ficando garantido o mesmo direito ao trabalhador de maior salário, caso restasse provado sua insuficiência de recurso financeiro; (iii) o Ministério do Trabalho e Emprego (ou Delegado de Polícia, na ausência da autoridade competente) deveria atestar a situação econômica do trabalhador, em até quarenta e oito horas (48h).

No decorrer do tempo, algumas destas especificidades foram sendo revogadas tacitamente. E, somente no ano de 2017, por meio da Súmula 463, inciso I, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), foi que, definitivamente, a regra contida no Art. 14 da Lei 5.584/70 foi completamente revoga de forma tácita. Assim, a referida Súmula (463, I, TST) estabeleceu que:

Súmula nº 463 do TST. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPROVAÇÃO (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, com alterações decorrentes do CPC de 2015) - Res. 219/2017, DEJT divulgado em 28, 29 e 30.06.2017 – republicada - DEJT divulgado em 12, 13 e 14.07.2017. I – A partir de 26.06.2017, para a concessão da assistência judiciária gratuita à pessoa natural, basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou por seu advogado, desde que munido de procuração com poderes específicos para esse fim (art. 105 do CPC de 2015).

De todo modo, mesmo assim, a legislação trabalhista não faz menção abrangente sobre o benefício da Assistência Judiciária Integral e Gratuita, apenas limita-se dizer que “o benefício da justiça gratuita será concedido à parte que comprovar insuficiência de recursos para o pagamento das custas do processo” (Art. 790, CLT), e que o beneficiário da justiça gratuita é isento de custas (Art. 790-A, CLT).

Destarte, na falta de disposições que regulamentam de forma abrangente o referido instituto (Gratuidade da Justiça - Assistência Judiciária Gratuita), com aparo

nos Art. 8º, § 1º, e Art. 769, da CLT, o direito comum (material e processual civil) será fonte subsidiária do direito do trabalho.

Desta feita, diferentemente da “Justiça Gratuita” (ou Acesso à Justiça) – a qual apenas oferece a prestação jurisdicional à todos, sem qualquer distinção (Art. 5º, “caput”, CRFB/88) -, o benefício da Gratuidade da Justiça (Assistência Judiciária Gratuita) não só possibilita o acesso à Justiça, como também, vai muito além disso, pois, propõe-se a custear todas as despesas inerentes a lide daquele que comprovar ser necessitado e não possuir recursos financeiros para arcar com as devidas custas e despesas judiciais e/ou administrativas.

A REFORMA TRABALHISTA – LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017

A legislação avançou, e o direito do trabalho passou por uma grande repaginação, a qual foi batizada por “Reforma Trabalhista”. A Reforma Trabalhista, é fruto da Lei nº 13.467, a qual foi aprovada pelo Congresso Nacional no dia 13 de junho de 2017 e entrou em vigo 120 dias depois (Art. 6º), em 11 de novembro do mesmo ano (2017).

Conforme se vê, a Lei nº 13.467/2017 fez grandes modificações nos direitos trabalhistas. Em razão disso, surgiram inúmeras críticas a tal respeito. Outrossim, Bezerra Leite (2019, p. 67-68) apresenta a seguinte crítica sobre a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017):

Em direção contrária ao neoconstitucionalismo (neopositivismo), que enaltece a força normativa da Constituição e adota a supremacia dos princípios e dos direitos fundamentais, a chamada Reforma Trabalhista, instituída pela Lei n. 13.467/2017, restringe a função interpretativa dos Tribunais e Juízes do Trabalho na aplicação do ordenamento jurídico. É o que se depreende da leitura dos §§ 2º e 3º do art. 8º da CLT, inseridos pela referida lei, os quais revelam a verdadeira intenção do legislador reformador: desconstitucionalizar o Direito do Trabalho e o Direito Processual do Trabalho e introduzir o chamado modelo do negociado sobre o legislado.

Em suma, segundo os teóricos, o advento da Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) acarretou possíveis prejuízos a parte trabalhadora, principalmente aos mais necessitados. Não obstante, a referida norma atingiu de igual forma às empresas que estão em situações de vulnerabilidade (insolvência), as quais, também, não possuem condições de patrocinar as custas em determinada lide processual.

1. 3.1 INCONSTITUCIONALIDADE DA CONDENAÇÃO DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA TRABALHISTA (ART. 5º, INCISO LXXIV, CRFB/88) AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE SUCUMBÊNCIA (ART. 791-A, § 4º, CLT)

Conforme já apontado anteriormente, o benefício da assistência judiciária gratuita teve previsão legal, pela primeira vez, com o advento da Lei 1.060/1950 (Art. 2º, Art. 3º e Art. 9º). Em seguida, a referida Lei (1.060/1950) foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, a qual, por meio do inciso LXXIV, do Art. 5º, contemplou que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Observa-se que, a Lei 1.060/1950 contemplou apenas a “assistência judiciária” aos necessitados. Já a Carta Cidadã de 1988 (CRFB/88) foi muito além, pois, contemplou de forma ampla a “assistência jurídica integral e gratuita” aos necessitados. Ou seja, aquele que comprovasse insuficiência de recurso, o Estado teria que arcar com os meios necessários para lhe garantir condições equitativas (justa) perante determinada lide.

Este sentimento do legislador originário perdurou por quase 30 anos, após a vigência do texto constitucional de 1988. Todavia, com o advento da Lei 13.467, a partir de 11 de novembro de 2017, o legislador reformador decidiu retirar esta garantia constitucional conferida ao trabalhador hipossuficiente, “assistência jurídica integral e gratuita”, ao encorpar à CLT o Art. 791-A, § 4º, o qual passou a reger o seguinte, “*in verbis*”:

Art. 791-A. Ao advogado, ainda que atue em causa própria, serão devidos honorários de sucumbência, fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor que resultar da liquidação da sentença, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa. (...) § 4º Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Sendo assim, ao editar norma infraconstitucional (abaixo da Constituição), Art. 791-A, § 4º, CLT, contrariando norma fundamental da Constituição, o legislador

reformador incide sob o instituto da inconstitucionalidade. Uma vez que, todas as normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro devem estar balizadas pelo crivo constitucional, sob pena de se tornarem inválidas (inconstitucionais).

Cabe dizer que, a “assistência jurídica integral e gratuita” conferida aos hipossuficientes (necessitados), prevista no Art. 5º, LXXIV, CRFB/88, não pode ser objeto de modificação ou reforma por meio de Emenda à Constituição (EC), tampouco por meio lei infraconstitucional (como foi feito pelo Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista), por ser direito e garantia individual, sendo assim, encontra-se protegido pelo manto da cláusula pétrea (imutável), esculpida no Art. 60, § 4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual versa que:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...) § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais.

Portanto, uma vez desrespeitadas as formalidades constitucionais, o Art. 791-A, § 4º, CLT, além de tantos outros dispositivos, violou a Constituição Federal de 1988. Assim, tal dispositivo incorre em inconstitucionalidade.

Não obstante, o referido dispositivo legal (Art. 791-A, § 4º, CLT), ao prever a possibilidade de descontar dos créditos (alimentícios) do beneficiário da justiça gratuita, auferidos em juízo, recursos creditícios para pagar os honorários devidos, viola, de igual forma, o “Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhista”, o qual, segundo leciona Delgado (2017, p. 217-218), preconiza que:

A indisponibilidade inata aos direitos trabalhistas constitui-se talvez no veículo principal utilizado pelo Direito do Trabalho para tentar igualizar, no plano jurídico, a assincronia clássica existente entre os sujeitos da relação socioeconômica de emprego. O aparente contingenciamento da liberdade obreira que resultaria da observância desse princípio desponta, na verdade, como o instrumento hábil a assegurar efetiva liberdade no contexto da relação empregatícia: é que aquele contingenciamento atenua ao sujeito individual obreiro a inevitável restrição de vontade que naturalmente tem perante o sujeito coletivo empresarial.

Ainda sobre o “Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhista”, é válido lembrar que, o § 1º, do Art. 100, CRFB/88, reconhece por verbas de natureza alimentícia tudo aquilo que decorrer de “salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado”.

Bem assim, o Art. 1.707 do Código Civil aduz que “é vedado renunciar o direito a alimentos, sendo o respectivo crédito insuscetível de cessão, compensação ou penhora”. É válido lembrar que, o Art. 1.707, CC/2002, por força do § 1º, do Art. 8º, CLT, atende subsidiariamente (por omissão) o direito do trabalho.

Logo após a entrada em vigor da Reforma Trabalhista, entre os dias 09 e 10 de outubro de 2017, fora realizado em Brasília-DF, a 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, evento promovido pela ANAMATRA (Associação Nacional dos Magistrado da Justiça do Trabalho), o qual tinha por tema a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017). Um dos assuntos pautados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho foi o Art. 791-A, § 4º, CLT, na ocasião, por meio do enunciado de nº 100, ficou consignado que:

100. HONORÁRIOS E ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. É INCONSTITUCIONAL A PREVISÃO DE UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS TRABALHISTAS RECONHECIDOS EM JUÍZO PARA O PAGAMENTO DE DESPESAS DO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA COM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS OU PERICIAIS (ARTIGOS 791-A, § 4º, E 790-B, § 4º, DA CLT, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 13.467/2017), POR FERIR OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E INTEGRAL, PRESTADA PELO ESTADO, E À PROTEÇÃO DO SALÁRIO (ARTIGOS 5º, LXXIV, E 7º, X, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL).²⁹

Destarte, no que concerne a inconstitucionalidade do Art. 791-A, § 4º, CLT, Bezerra Leite (2019, p. 958) aduz que:

O § 4º do art. 791-A da CLT, incluído pela Lei n. 13.467/2017, dispõe que se o beneficiário da justiça gratuita for vencido, „desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade (...)”. Esse novel dispositivo é, a nosso sentir, manifestamente inconstitucional por violar ao direito fundamental de acesso à justiça para o cidadão/trabalhador/pobre, o que levou o Procurador-Geral da República, inclusive, a ajuizar a ADI 5.766, sustentando que gratuidade judiciária ao trabalhador pobre equivale à garantia inerente ao mínimo existencial. Na referida ação, o PGR argumenta ainda que, ao pleitear na Justiça do Trabalho cumprimento de direitos trabalhistas inadimplidos, os trabalhadores carecedores de recursos buscam satisfazer prestações materiais indispensáveis à sua sobrevivência e à da família.

Enfim, em que pese possa haver posicionamentos contrários no seio doutrinário (teórico), o que prevalece, conforme se verifica acima, é o entendimento de que o § 4º do art. 791-A da CLT é inconstitucional. Constitucionalmente falando, em tese, os créditos trabalhistas não poderiam ser abatidos (compensado), visto que, possuem

29 Cf.: ANAMATRA - Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho. Enunciados aprovados na 2ª Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho. Disponível em: <Enunciados aprovados jornada e conamat.indd (anamatra.org.br) >.

natureza alimentar (Art. 100, § 1º, CRFB/88), do contrário, isso acarretaria possíveis prejuízos ao sustendo próprio do(a) trabalhador(a), bem como de sua família.

É importante destacar que, no direito civil, de acordo com o § 3º, Art. 98, do CPC:

Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário.

Ou seja, o credor tem que demonstrar, em até cinco anos, que o litigante sucumbente deixou de exercer condição de insuficiência de recursos, passando a ter condições de adimplir com custas e honorários de sucumbência. Pois, do contrário, não pode ser deduzido qualquer quantia obtida, mesmo aquela alcançada em juízo.

Dessarte, é claro e evidente que o artigo 791-A, §4º, da CLT, confere o mesmo tratamento às partes litigantes, os quais se encontram em posições econômicas e jurídicas desiguais. Outrossim, por se tratar de matéria de ordem constitucional, por violação ao inciso LXXIV, Art. 5º, CRFB/88, a decisão final caberia ao Supremo Tribunal Federal (STF), por ser este o guardião da Constituição Federal de 1988.

Por esta razão, em 2017, a Procuradoria-Geral da República (PGR) ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.766 frente alguns dispositivos da Reforma Trabalhista, dentre alguns deles, o Art. 791-A, § 4º, da CLT.

Na ocasião, a PGR entendeu que, os dispositivos advindos pela Lei 13.467/2017 violam o acesso à Justiça (Art. 5º, “caput”, XXXV e LXXIV, CRFB/88). Com isso, a ADI 5.766 aponta que os dispositivos incorporados à CLT, inclusive o Art. 791-A, § 4º, apresentam inconstitucionalidade material, por impor restrições à garantia de gratuidade judiciária trabalhista aos que comprovarem insuficiência de recursos (VIVEIROS, 2018, p. 421).

A fim de decidir sobre o caso, ADI 5.766, no dia 20 de outubro de 2021, o Tribunal Pleno do STF (órgão máximo da corte) julgou procedente o pedido formulado pela Procuradoria Geral da República, para declarar inconstitucional o Art. 791-A, § 4º, CLT. Até o fechamento desta pesquisa, a referida decisão plenária do STF não fora publicada do Diário Oficial. Destarte, restou demonstrada a inconstitucionalidade da condenação do beneficiário da justiça gratuita trabalhista ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelos resultados colhidos das discussões jurídica (decisões dos Tribunais) e doutrinária (pensamento teórico), percebe-se que, desde o início da discussão temática, grande parte dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRTs) e dos doutrinadores entendia que o referido diploma legal (Art. 791-A, § 4º, CLT) seria, de fato, inconstitucional, por ser flagrante a violação contida no Art. 5º, LXXIV, CRFB/88. O que restou ratificado pela decisão plenária do Supremo Tribunal Federal (em 20/10/2021).

Em síntese, o benefício da justiça gratuita não é para qualquer trabalhador (empregado), mas sim, para aqueles que comprovarem insuficiência de recursos para arcar com as despesas inerentes a lide. Assim, uma vez conferido tal garantia, o Estado assume para si toda e qualquer responsabilidade ao afirmar que a assistência jurídica será “integral e gratuita”, porquanto, em hipótese alguma, deveria impor deduções sobre questões não provadas, tampouco abater qualquer quantia das verbas obtidas.

O mesmo princípio lógico pode ser aplicado às empresas que estão em situações de vulnerabilidade (insolvência). É válido dizer que, para os demais trabalhadores (empregados) que não estejam sobre o manto protetor desta garantia constitucional (assistência jurídica “integral e gratuita”), pela regra, podem ser condenados ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência (Art. 791-A, “caput”, CLT), além de outras custas, por não terem demonstrado à Justiça ser hipossuficiente (desprovido de recursos financeiros).

Todavia, a luz da Constituição Federal (Art. 5º, LXXIV), o trabalhador que comprovar insuficiência de recurso (seja por meio de declaração), para arcar com possíveis despesas processuais, lhe será devido o benefício da assistência judiciária de forma integral e gratuita, uma vez que, do contrário, seria o mesmo que falar em lesão direta e frontal aos direitos e garantias fundamentais. No caso, uma vez concedido o benefício da gratuidade da justiça, condenar o trabalhador hipossuficiente ao pagamento de honorários advocatício de sucumbência configura-se ato violador de direitos e garantias constitucionais, por ir na contramão da literalidade e do espírito da Lei maior (Constituição Federal de 1988), logo, tal ato, por si só, será considerado inconstitucional.

Por fim, o Direito do Trabalho deve proteger a parte mais vulnerável numa lide processual, seja ela um empregado ou uma empresa, ofertando-lhe os meios necessários (gratuitamente), a fim de que injustiças não sejam cometidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. PLANALTO. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, DE 5 DE OUTUBRO DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em: 15 de fev. 2021.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. LEGISLAÇÃO. **LEI Nº 1.060, DE 5 DE FEVEREIRO DE 1950**. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1060-5-fevereiro-1950-363465-publicacaooriginal-1-pl.html>>. Acessado em: 14 de fev. 2021.

BRASIL. PLANALTO. **LEI Nº 13.467, DE 13 DE JULHO DE 2017 (REFORMA TRABALHISTA)**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm>. Acessado em: 17 de fev. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 16ª ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 17ª ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOBRE OS AUTORES

Aldo A. Nunes Filho - Doutorando em Direito Internacional na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Professor da Universidade do Estado de Mato Grosso. Advogado e membro da Academia Brasileira de Direito Internacional. E-mail: aldofilho@outlook.com.

Antônio Leonardo Amorim – Doutorando em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina, bolsista CAPES (2022), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2017-2019), bolsista CAPES durante o período do mestrado (2017-2018), Especialista em Direito Penal e Processo Penal (2017-2018), Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Mato Grosso do Sul (2012-2016) - Unidade de Naviraí/MS, pesquisador de Direito Penal, Processo Penal, Criminologia e Direito da Criança e Adolescente. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), foi Coordenador do Grupo de Pesquisa Novas Perspectivas do Direito Penal (2019-2021), e-mail: amorimdireito.sete@hotmail.com.

Antônio Marcelino de Queiroz - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: queiroz.antonio64@gmail.com.

Antonione Francisco de Sousa - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: antonione@direitovr.com.br

Anderson Rocha Rodrigues – Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá, Especialização em Ciências Criminais pela PUC/MG e Mestrado em DIREITO pela Universidade Católica de Petrópolis (2017). Atua como professor nas seguintes instituições: Faculdade de Miguel Pereira (FAMIPE), nas matérias de Crime e Sociedade, Direito Penal e Direito Processual Penal e no Curso Preparatório às Escolas Militares - CPREM - CONCURSOADM. Atuou na Universidade do Estado de Mato Grosso, nas matérias de Direito Penal, Direito Constitucional e Direito Administrativo em Inteligência Educacional e Sistemas de Ensino - IESDE BRASIL S/A e foi conciliador no Fórum Regional de Bangu/RJ (2020/2021).

Danielly Alexandre Alves - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: daniellyalexandre@alves@gmail.com.

Ernestina Norinha de Lima Sousa - Servidora na Universidade do Estado de Mato Grosso, Unidade de Vila Rica/MT.

Fabício Souza Arantes - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso.

Francieli de Oliveira Pires - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT), e-mail: francieleoliveirapires@gmail.com.

Jones Gonçalves Ferreira - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jonesferreira@gmail.com.

Júlio César Campos Morais - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: jc_juliocesar11@hotmail.com.

Paola Flores Serpa - Advogada. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS) - área de concentração em Diretorias Humanas. Especialista em Direito Processual Penal (2015-2016). Possui graduação pela Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (2013), e-mail: paserp@hotmail.com.

Paulo Eduardo Elias Bernacchi - Mestre em Direito na Universidade Católica de Petrópolis/RJ (2017) - Programa de Pós-graduação stricto sensu em Direito com área de concentração única em JUSTIÇA, PROCESSO E DIREITOS HUMANOS, na linha de pesquisa Processo e efetivação da justiça e dos direitos humanos. MBA em LLM Direito Corporativo pelo IBMEC-RJ (2006-2007). Graduado em Direito pela Universidade Estácio de Sá (2005). Membro da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/RJ) na Turma de Ética e Disciplina (TED) e membro da Comissão de Estudos em Processo Civil da OAB/RJ (2018/2021). Atualmente é advogado.

Patrícia Santos da Silva - Graduada em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: patricia20vr@hotmail.com.

Stefânia Fraga Mendes - Mestre pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - UNESP (2014-2016). Graduada pela Faculdade de Direito de Franca (2009-2013). É professora da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Foi bolsista CAPES (2014-2016). Foi bolsista do Centro Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico - CNPq (2010/2011 e 2012/2013). Membro de grupo de pesquisa - Projeto de Extensão. Áreas de pesquisa: Direito Civil - Obrigações, Contratos e Família.

Thiago de Melo Siqueira - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: thmsiqueira@gmail.com

Thays Borges Fraga Nogueira - Bacharel em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso. E-mail: thays.bnogueira@gmail.com.

Wellitjon Bonfim Pereira Feitoza - Graduado em Direito pela Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT).

ISBN 978-655376026-4



9

786553

760264