

Anais de Artigos Completos - Volume 10 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira
Jónatas Machado
Carla de Marcelino Gomes
Catarina Gomes
César Augusto Ribeiro Nunes
Leopoldo Rocha Soares



www.cidhcoimbra.com
ISBN 978-65-89537-25-0



VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: UMA VISÃO TRANSDISCIPLINAR

ORGANIZAÇÃO:



<http://www.inppdh.com.br>



<http://igc.fd.uc.pt/>

**VITAL MOREIRA
JÓNATAS MACHADO
CARLA DE MARCELINO GOMES
CATARINA GOMES
CÉSAR AUGUSTO RIBEIRO NUNES
LEOPOLDO ROCHA SOARES
(Organizadores)**

**ANAIS DE ARTIGOS COMPLETOS DO VI
CIDHCoimbra 2021
VOLUME 10**

www.cidhcoimbra.com

1ª edição

**Campinas / Jundiaí - SP - Brasil
Editora Brasílica / Edições Brasil
2022**

© Editora Brasília / Edições Brasil - 2022

Supervisão: César Augusto Ribeiro Nunes
Capa e editoração: João J. F. Aguiar
Revisão ortográfica: os autores, respectivamente ao capítulo
Revisão Geral: Comissão Organizadora do VI CIDHCoimbra 2021

Conselho Editorial Editora Brasília: César Ap. Nunes, Leopoldo Rocha Soares, Daniel Pacheco Pontes, Paulo Henrique Miotto Donadeli, Elizabeth David Novaes, Eduardo Antônio da Silva Figueiredo, Egberto Pereira dos Reis

Conselho Editorial Edições Brasil: João Carlos dos Santos, Dimas Ozanam Calheiros, José Fernando Petrini, Teresa Helena Buscato Martins, Marlene Rodrigues da Silva Aguiar. Colaboradores: Valdir Baldo e Gláucia Maria Rizzati Aguiar

Todos os direitos reservados e protegidos pela Lei 9.610/1998. Todas as informações e perspectivas teóricas contidas nesta obra são de exclusiva responsabilidade dos/as autores/as. As figuras deste livro foram produzidas pelos/as autores/as, sendo exclusivamente responsáveis por elas. As opiniões expressas pelos/as autores/as são de sua exclusiva responsabilidade e não representam as opiniões dos/as respectivos/as organizadores/as, quando os/as houve, sendo certo que o IGC/CDH, o INPPDH, as instituições parceiras do Congresso, assim como as Comissões Científica e Organizadora não são oneradas, coletiva ou individualmente, pelos conteúdos dos trabalhos publicados.

A imagem da capa foi obtida na Adobe Stock por João J. F. Aguiar. Nenhuma parte desta obra pode ser reproduzida ou transmitida por qualquer meio, sem previa autorização por escrito das editoras. O mesmo se aplica às características gráficas e à editoração eletrônica desta obra. Não é permitido utilizar esta obra para fins comerciais. Quando referenciada, deve o responsável por isto fazer a devida indicação bibliográfica que reconheça, adequadamente, a autoria do texto. Cumpridas essas regras de autoria e editoração, é possível copiar e distribuir essa obra em qualquer meio ou formato. Alguns nomes de empresas e respectivos produtos e/ou marcas foram citadas apenas para fins didáticos, não havendo qualquer vínculo entre estas e os responsáveis pela produção da obra. As editoras, os organizadores e os autores acreditam que todas as informações apresentadas nesta obra estão corretas. Contudo, não há qualquer tipo de garantia de que os conteúdos resultarão no esperado pelo leitor. Caso seja necessário, as editoras disponibilizarão erratas em seus sites.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

N9221a Nunes, César Augusto R.

Anais de Artigos Completos do VI CIDHCoimbra 2021 - Volume 10 / César Augusto R. Nunes et. al. (orgs.) [et al.] – Campinas / Jundiaí: Editora Brasília / Edições Brasil, 2022.

366 p. Série Simpósios do VI CIDHCoimbra 2021

Inclui Bibliografia

ISBNs: 978-65-89537-25-0 / 978-65-86051-78-0

1. Direitos Humanos I. Título

CDD: 341

Publicado no Brasil / Edição eletrônica
contato@edbrasilica.com.br / contato@edicoesbrasil.com.br

VI CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS DE COIMBRA: uma visão transdisciplinar

12 a 14 de Outubro de 2021 – Coimbra/Portugal

www.cidhcoimbra.com

VOLUME 10 - Composição dos Simpósios:

<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 110</p> <p style="text-align: center;">ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL</p> <p>Coordenadores: Nicole Marie Trevisan e Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 112</p> <p style="text-align: center;">TUTELA AMBIENTAL E EFETIVIDADE DA PROTEÇÃO AO AMBIENTE SADIO E EQUILIBRADO</p> <p>Coordenadores: Ana Cristina de Souza Serrano Mascarenhas e Antônio Carlos Pereira</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 116</p> <p style="text-align: center;">VIOLAÇÃO DE DIREITOS HUMANOS POR EMPRESAS TRANSNACIONAIS NO MUNDO GLOBALIZADO</p> <p>Coordenadores: Samyra Haydée dal Farra Napolini e Ricardo Libel Waldman</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 117</p> <p style="text-align: center;">TRIBUTAÇÃO E DIREITOS HUMANOS</p> <p>Coordenadores: João Sérgio Ribeiro e Andreia Isabel Dias Barbosa</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 120</p> <p style="text-align: center;">DIREITOS HUMANOS E AS NOVAS FACES DA MIGRAÇÃO E REFÚGIO NO SÉCULO XXI: UM OLHAR SOBRE A EDUCAÇÃO E O MUNDO DO TRABALHO</p> <p>Coordenadores: Izabel Cristina de Araújo Neckel dos Santos e Lindomar Wessler Boneti</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 121</p> <p style="text-align: center;">DIREITOS HUMANOS E MIGRAÇÃO NOS TRIBUNAIS</p> <p>Coordenadores: Luís Renato Vedovato e Carolina Piccolotto Galib</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 122</p> <p style="text-align: center;">MOBILIDADE E DIREITOS HUMANOS NO CONTEXTO DA CRISE CLIMÁTICA</p> <p>Coordenadores: Beatriz Felipe Pérez e Daniel Iglesias Márquez</p>
<p style="text-align: center;">Simpósio n.º 125</p> <p style="text-align: center;">A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS DOS TRABALHADORES E DA PROMOÇÃO DO CONCEITO DE TRABALHO DECENTE DA OIT NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19: DA TUTELA À JURISDIÇÃO</p> <p>Coordenadores: Eliana dos Santos Alves Nogueira e Victor Hugo de Almeida</p>

Simpósio n.º 126

**REDUÇÃO DO TRABALHO INFANTIL E INSERÇÃO DO TRABALHO
APRENDIZ**

Coordenadores: Ivani Contini Bramante e Erotilde Ribeiro dos Santos Minharro

ISBN: 978-65-89537-25-0

COMISSÃO CIENTÍFICA DO VI CIDHCOIMBRA 2021:

Membros Titulares:

Prof. Doutor Vital Moreira; Prof. Doutor Jónatas Machado; Mestre Carla de Marcelino Gomes; Mestre Catarina Gomes; Doutor César Augusto Ribeiro Nunes; e Doutor Leopoldo Rocha Soares.

Membros Convidados:

Prof. Doutor César Aparecido Nunes, Profa. Doutora Aparecida Luzia Alzira Zuin, Prof. Doutor Rafael Mario Iorio Filho, Mestre Alexandre Sanches Cunha, Mestre Orquídea Massarongo-Jona.

SUMÁRIO

Desenvolvimento Sustentável Através da Política do Desmatamento Zero na Amazônia: Crescimento Econômico Harmonizado com Meio Ambiente e a Dignidade da Pessoa Humana.....	10
Giovana Domingues Jeronimo	
Desenvolvimento Sustentável e Proteção ao Meio Ambiente Marinho: uma análise com base nos ensinamentos de Amartya Sen.....	19
Juliana Horn Machado Philippi e Pamela Varaschin Prates	
O Desenvolvimento Sustentável: instrumento para a concretização da autonomia tributária municipal.....	33
Renata da Silva Torres	
Refugiados Ambientais Antropogênicos: um estudo a partir da equidade intergeracional e sua aplicabilidade no poder judiciário brasileiro.....	45
Samuel Pereira de Alvarenga	
Pacote Anticrime: a inconstitucionalidade do Novo Acordo de Não Persecução Penal sob a perspectiva do direito ambiental.....	62
Clara Castelani	
Os Desafios do Brasil no Alcance da Universalização do Acesso à Água e ao Saneamento	74
Letícia Magalhães Brito Alves e Sheila Cavalcante Pitombeira	
O Controle Judicial Brasileiro das Políticas Públicas Ambientais	87
Thayana Bosi Oliveira Ribeiro	
El Endurecimiento Del <i>Soft Law</i> Como Alternativa Para Regular la Relación Empresas-Derechos Humanos	99
Ana Maria D'ávila Lopes e Mara Livia Moreira Damasceno	
A Era da Geopolítica Mundial em Matéria Prima e a Influência das Empresas Multinacionais na África: nova colonização ou cooperação win-win entre os povos?.....	111
Sébastien Kiwonghi Bizawu	
O Dever Fundamental de Pagar Imposto Como Mecanismo de Implementação dos Direitos Humanos e dos Direitos Fundamentais Face a Ultima Ratio do Direito Penal.....	119
Sabrina Gomes Silva e Ivânia Cristina Camin Chagas Modesto	

A Reforma Tributária Iguatária de Thomas Piketty à Luz da Constituição Brasileira de 1988: Instrumento de Promoção ou Violação de Direitos?	133
Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro	
A Tributação Unificada Sobre a Renda Como Instrumento de Desenvolvimento Socioeconômico e Fonte de Custeio Para os Direitos Fundamentais	147
Diego Bisi Almada	
Pobreza Menstrual: o silencioso efeito sobre os corpos femininos da violação ao princípio da isonomia a ser aplicado nos sistemas tributários	161
Melina Coelho Garcia	
A Importância da Escola na Integração de Crianças e Adolescentes Migrantes ou Refugiados	171
Mirella Fiorença da Silva Manenti	
Deslocados Ambientais: uma análise sobre a necessidade de regulamentação destes indivíduos para efetiva proteção	180
Ana Júlia Abdo Ravanhani	
A Mediação no Caso José Pereira Vs. Brasil: uma análise sobre a importância do procedimento de solução amistosa no Direito Internacional dos Direitos Humanos	192
Gustavo Mira Salles e Luiza Vincki Dizioli Fernandes	
Caso Teitiota versus Nova Zelândia: uma análise da efetiva proteção dos Direitos Humanos das vítimas do deslocamento forçado causado pela crise climática.....	205
Elisa Maffassioli Hartwig	
Procesos Migratorios Por la Crisis Climática: ¿un nuevo reto para el Derecho Internacional?	217
Carlos Gil Gandía	
<i>Migrate or Not Migrate, That Is The Question...</i> : Respuestas adaptativas al cambio climático desde una perspectiva de género a la luz del Derecho Internacional	230
Justo Corti Varela e Álvaro Jarillo Aldeanueva	
Plataformas Digitais: as novas formas de trabalho e a necessidade de proteção social no mundo do trabalho como efetividade dos direitos fundamentais em tempos de pandemia da covid 19.....	245
Maria Rafaela de Castro	
O Enfraquecimento dos Sindicatos e a Concomitante Potencialização das Negociações de Direitos Trabalhistas versus a Promoção do Trabalho Decente	255
Nathália Eugênia Nascimento e Silva	

A Política Trabalhista Brasileira no Contexto da Pandemia Covid-19: restrições à tutela e à jurisdição.....	269
Maurício Godinho Delgado e Yuli Barros Monteiro Rodrigues	
Estudos Acerca da (des)Necessidade de os Empregadores Motivarem a Rescisão Contratual.....	277
Larissa Reis Ferreira e Francisco Meton Marques de Lima	
O Trabalho Decente no Contexto Pandêmico e sua Perspectiva Como Direito Fundamental: Desafios Para o Futuro sob o Prisma da Dicotomia do Discurso Neoliberal em Contraposição a Atuação da Organização Internacional do Trabalho ..	290
Renata Osorio Caciquinho Bittencourt e Paulo Campanha Santana	
O Monitoramento da OIT na Pandemia de Covid-19: dados, expectativas e desafios na era da uberização do trabalho	301
Maria Júlia Militão Bernardes	
Teletrabalho e Pandemia: uma análise do direito do trabalho brasileiro e português	313
Régis Antônio Bersanin Nieddu	
O Papel da Justiça do Trabalho Brasileira na Erradicação das Piores Formas de Trabalho Infantil	325
Theanna de Alencar Borges	
O Trabalho Infantil Artístico: riscos e desafios regulatórios no tratamento de dados de influenciadores mirins.....	339
Gabriel Chiusoli Ruscito e Eliana dos Santos Alves Nogueira	
A Cota Social de Aprendizagem e a Inclusão de Adolescentes e Jovens Negros e em Situação de Vulnerabilidade Social no Mercado de Trabalho.....	352
João Batista Martins César	

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL ATRAVÉS DA POLÍTICA DO DESMATAMENTO ZERO NA AMAZÔNIA: CRESCIMENTO ECONÔMICO HARMONIZADO COM MEIO AMBIENTE E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Giovana Domingues Jeronimo

Pós-Graduada em Direito Urbanístico e Ambiental na Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais; Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Franca; Estagiária de Pós-Graduação no Ministério Público de Minas Gerais.

Resumo:

A ideia de que o desmatamento está diretamente ligado ao crescimento econômico de um país é errônea e ultrapassada. Pesquisas apontam que uma economia baseada no desmatamento não contribui para o desenvolvimento econômico, apenas devasta o meio ambiente e compromete a qualidade de vida dos seres vivos. Os verdadeiros efeitos do desmatamento da Floresta Amazônica são negativos e alarmantes, já que está diretamente relacionado com emissão de gases que contribuem para o efeito estufa, mudanças climáticas drásticas em todo o planeta, bem como a destruição da maior floresta tropical do mundo. O presente trabalho visa demonstrar que é possível compatibilizar crescimento econômico, meio ambiente e sadia qualidade de vida, através de uma política voltada ao desenvolvimento sustentável, de forma a assegurar os princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade intergeracional, garantindo, ainda, um ganho econômico considerável, a partir do fim do desmatamento na Amazônia.

Palavras-chave: Meio ambiente; Amazônia; Desmatamento zero; Desenvolvimento sustentável.

Breves apontamentos sobre a política do desmatamento

Ao longo da história, várias circunstâncias são utilizadas como justificativas para uma política de desmatamento. A retirada da cobertura vegetal das nossas florestas sempre foi vista, por muitos, como uma prática necessária para o suprimento das necessidades dos seres humanos e definida como uma política que gera crescimento econômico para um país. Os fatores motivado-

res do desmatamento são muitos, como o comércio da madeira, a expansão da agropecuária, a urbanização, a agricultura, entre outros. Ou seja, a redução das florestas naturais em todo o mundo ocorre como fruto de um conjunto de fatores que deveriam, em tese, gerar uma resposta positiva e que compensasse a agressão ambiental causada.

No Brasil, no início da década de 60, adotou-se uma política desenvolvimentista na região amazônica, que visava integrar a Amazônia ao resto do país; e então houveram incentivos por parte do governo para que indivíduos migrassem para a região. Além de concessão de crédito com taxas de juros negativas, o governo também concedeu benefícios fiscais atraentes aos empresários que implantassem estabelecimentos agrícolas por lá, aumentando a população local e, conseqüentemente, acelerando o desmatamento na Amazônia¹. E assim, a devastação da Floresta Amazônica se perpetuou ao longo dos anos, mas sempre com o embasamento de que o desmatamento gera um crescimento econômico para o país.

No entanto, pesquisas apontam o contrário. A proposta deste trabalho é demonstrar que não existe relação causal entre degradação ambiental e crescimento econômico, tendo em vista que o desmatamento apenas devasta o meio ambiente e compromete a qualidade de vida dos seres vivos – humanos e não humanos. A exploração dos recursos naturais coloca em risco o equilíbrio do planeta e compromete cada dia mais o suprimento das gerações futuras, uma vez que não há retorno econômico considerável para a humanidade. De acordo com dados do Imazon – Instituto do Homem e Meio Ambiente da Amazônia, na década de 1970, a Amazônia participava com menos de 8% do PIB do Brasil, época em que contava com um total de 1% de área degradada. Passadas mais de quatro décadas, depois de todo o desmatamento ocorrido, a região ainda colabora com os mesmos 8%, ao passo que contamos hoje com um total de 20% das florestas destruídas².

Dessa forma, o presente trabalho visa comprovar que o desmatamento não contribui com o crescimento econômico nacional. Pelo contrário, que é possível harmonizar o crescimento econômico do país com desenvolvimento sustentável através de uma política que tem como principal objetivo zerar o desmatamento na Amazônia.

A verdade é que já devastamos toda a terra necessária para as atividades desenvolvidas na região. O INPE - Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais desenvolveu quatro sistemas de monitoramento da Amazônia, os quais utilizam imagens de satélite para produzir estimativas anuais das taxas de desflorestamento da Amazônia Legal, divididas pelos estados que a compõem:

- 1 ARRAES, Ronaldo de Albuquerque e; MARIANO, Francisca Zilania; SIMONASSI, Andrei Gomes. **Causas do desmatamento no Brasil e seu ordenamento no contexto mundial**. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/resr/a/pYBBTKchmnRTsY-jMCqDtjxj/?lang=pt>.
- 2 VERÍSSIMO, Beto. **O desmatamento não contribuiu para o crescimento econômico nem para a qualidade de vida das pessoas**. 2018. Disponível em: <https://imazon.org.br/imprensa/esta-na-hora-do-desmatamento-zero/>.

Acre, Amapá, Amazonas, Goiás, Mato Grosso, Pará, Rondônia, Roraima e Tocantins. De acordo com o levantamento feito pelo Instituto, cerca de 729 mil km² já foram desmatados no bioma Amazônia³. Isso corresponde a uma área florestal maior do que os estados de Minas Gerais e Paraná somados. Não bastasse, uma grande parcela dessa área se encontra abandonada ou subutilizada, o que é um desperdício extremamente alto, ao se considerar que novas áreas continuam sendo devastadas para novas atividades, sem utilizar adequadamente uma grande parte das áreas já desflorestadas.

Nesse sentido, já não há mais justificativas para a destruição da vegetação nativa do país. Proporcionalmente às incertezas relativas ao ganho econômico com o desmatamento, é a certeza em relação aos prejuízos causados por ele. A devastação florestal está diretamente relacionada com a emissão de gases que contribuem para o efeito estufa, como monóxido de carbono, dióxido de nitrogênio, carbono negro, carbono marrom e precursores de ozônio, entre outros. Isso porque as florestas têm um mecanismo de armazenamento natural de carbono ao longo do tempo e, quando queimadas, podem liberar centenas de anos de carbono na forma de dióxido de carbono. No caso da Floresta Amazônica, suas queimadas podem gerar uma mudança climática não só no país, mas sim um aumento considerável na temperatura de todo o planeta. Além disso, as queimadas geram doenças, mortes e acabam com a biodiversidade existente na região, acarretando em prejuízos a curto e a longo prazo.

A partir dessa percepção, é urgente que seja feito um controle estatal da situação, através da implementação de políticas públicas se dediquem a solucionar o problema e parem de negligenciar questões ambientais a custo de atividades que sequer geram um saldo positivo de custo-benefício. É preciso priorizar o meio ambiente, a sadia qualidade de vida da população e o desenvolvimento sustentável, que podem ser valorizados através da política do desmatamento zero na Amazônia.

A implementação do desmatamento zero na Amazônia

Superado o equívoco de associar devastação ambiental com crescimento econômico, é necessário desenvolver uma linha de raciocínio diversa, e entender qual política relacionada as florestas traz mais vantagens para o país e para a população. O foco das políticas públicas e dos incentivos governamentais deve ser voltado para efetivar um desenvolvimento sustentável, de forma a gerar benefícios ambientais, tendo como consequência não comprometer a sadia qualidade de vida da população e, ainda, contribuir positivamente para a economia nacional. A proposta do desmatamento zero entra para conciliar esses três pontos principais, e deve ser implementada enquanto ainda há tempo de salvar a maior floresta tropical do mundo.

3 INPE, Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais. **Como se monitora o desmatamento na Amazônia**. 2021. Disponível em: <http://www.inpe.br/faq/index.php?pai=6>.

O desmatamento zero nada mais é do que uma campanha pelo fim da destruição das florestas brasileiras. Iniciou-se a discussão em março de 2012, tendo tido como principal instrumento um Projeto de Lei proposto pelo Greenpeace, organizações parceiras e representantes da sociedade civil⁴. A ideia é que a supressão de vegetação só seja admitida em situações excepcionais, justificadas e mediante planos de manejo sustentável. A dizimação do meio ambiente, com a extração das riquezas florestais feitas a qualquer custo ou realizado apenas para o acúmulo ou grilagem de terras, seria extinto. Vale ressaltar que a agricultura e a pecuária no Brasil não dependem da abertura de novas áreas para crescerem, de acordo com o presidente da Sociedade Rural Brasileira, Marcelo Vieira⁵. O que precisa é de um melhor aproveitamento das áreas já devastadas, que são hoje ocupadas com pecuária de baixa produtividade. Além disso, muitas atividades desenvolvidas em uma floresta viva teriam maior potencial para serem impulsionadas, como extração de óleos, castanha, açaí e mel, de forma a gerar uma opção econômica para as populações tradicionais.

A importância do nosso bioma amazônico é cada vez maior. A Amazônia abriga a maior floresta tropical e a maior bacia hidrográfica do mundo. Tem um papel essencial na estabilidade do clima e da temperatura global, já que sem as florestas tropicais úmidas e suas plantas fazendo fotossíntese, o efeito estufa seria agravado. Tal circunstância ocasionaria mudanças climáticas ainda mais graves, que levariam a uma alteração da regulação do sistema de chuvas que abastece diversas partes do Brasil. Ela desempenha um papel essencial de serviços ecológicos, tendo em vista que é o abrigo da maior biodiversidade do planeta em plantas, animais e microrganismos, sendo de vital importância a sua preservação, de forma a garantir a qualidade do solo, dos recursos hídricos e proteger a biodiversidade, assegurando a sustentabilidade natural. Para além de toda essa importância ecológica, ela ainda é lar de grande parte dos povos indígenas, o que torna extremamente importante um cuidado especial também como forma de preservação cultural.

Ou seja, a relevância da Floresta Amazônica é inquestionável e a urgência em zerar ou, ao menos, diminuir drasticamente o desmatamento, também é. Até mesmo porque, além de todos esses benefícios ecossistêmicos e culturais, a política da restauração florestal apresenta uma oportunidade de gerar empregos – há uma cadeia produtiva com diferentes segmentos primários no cenário exigido para atividades que busquem a reconstituição da flora e o controle da degradação ambiental, como: coleta e produção de sementes, viveiros de mudas, manutenção dos plantios, assistência técnica, monitoramento, etc. De acordo com um estudo publicado em 2017 pelo Instituto Escolhas, em colaboração com o Imazon, com o Imaflores - Instituto de Manejo e

4 Projeto de Lei nº 4179/2008

5 SCHREIBER, Mariana. **Brasil não precisa desmatar mais para ampliar produção, afirma presidente da Sociedade Rural Brasileira**. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49443560>.

Certificação Florestal e Agrícola e com o Laboratório de Geoprocessamento da Escola Superior de Agricultura Luiz de Queiroz da Universidade de São Paulo (USP):

“Se todo o desmatamento - e a consequente expansão da fronteira agrícola - no Brasil acabasse imediatamente, seja legal ou ilegal, incluindo terras públicas e privadas, haveria um impacto mínimo na economia do país. Isso significaria uma redução de apenas 0,62% do PIB acumulado entre 2016 e 2030, o que corresponderia a uma diminuição do PIB de R\$ 46,5 bilhões em 15 anos, ou R\$ 3,1 bilhões por ano. Tal valor é muito menor do que é investido pelo Estado brasileiro em diversas áreas consideradas prioritárias. Somente os subsídios para o custeio do Plano Safra foram de aproximadamente R\$ 10 bilhões em 2017”.⁶

Dessa forma, não há dúvidas que acabar com a devastação florestal apenas trará vantagens ecológicas e benefícios para o país. A partir de então, é preciso entender como a política do desmatamento zero é implementada na prática e quais mecanismos precisariam ser adotados. Neste ponto, o presente estudo constatou a utilização de quatro eixos de ação que poderiam direcionar a concretização do objetivo de zerar o desmatamento. A priori, devem ser implementadas políticas públicas ambientais e permanentes, tais como: aumentar a efetividade da fiscalização ambiental, com a utilização de ferramentas tecnológicas empregadas para auxiliar a atuação das infrações ambientais; criação de Unidades de Conservação, sem reduzir suas áreas ou seu grau de proteção; coibir a grilagem; demarcar terras indígenas, de forma a garantir os direitos territoriais aos povos indígenas; entre outras medidas de iniciativa governamental.

Em segundo lugar, ainda como um papel essencial do governo, deve ser incentivado o uso sustentável da floresta, como, por exemplo, fornecer apoio financeiro ao proprietário rural que conserva a vegetação natural de áreas além das exigidas pela legislação vigente. Além disso, o Estado deve apoiar a capacitação para um aumento de produtividade em áreas já desmatadas, para que incentive melhores práticas agropecuárias, com um aproveitamento total dos espaços já abertos. Em sequência, deve-se restringir drasticamente do mercado produtos que causem novos desmatamentos, devendo ser monitorada a cadeia completa da pecuária e dos fornecedores de produtos aos frigoríficos e supermercados, de forma que estes se comprometam a certificar que está havendo um controle do desmatamento nos produtos que chegam até suas lojas.

Por fim, é essencial o engajamento de eleitores, consumidores e investi-

6 SPAROVEK, Gerd; GUIDOTTI, Vinícius; PINTO, Luis Fernando Guedes; FERREIRA FILHO, Joaquim Bento de Souza. **Qual o impacto do desmatamento zero no Brasil?** 2017. Elaborada por Instituto Escolhas. Disponível em: <https://escolhas.org/wp-content/uploads/2017/10/Escolhas-Sum%C3%A1rio-Desmatamento-Zero-du-plas.pdf>.

dores. Além de todas essas políticas públicas, é importante uma adesão social, para demandar o fim de apoio financeiro aos desmatadores, mobilizar contra medidas que aumentem o desmatamento e apenas investir e comprar de empresas que apoiem a conservação florestal e o desenvolvimento sustentável. É preciso consciência individual, para que se alcance um objetivo coletivo e social, que alcança a presente e as futuras gerações. É preciso também consciência política, na hora de votar e apoiar candidatos que estejam comprometidos com o fim do desmatamento e estejam dispostos a lutar pela implementação de medidas efetivamente ligadas à preservação do meio ambiente.

Garantia do direito ao meio ambiente equilibrado como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana

O ser humano é completamente dependente dos recursos naturais, vez que carece de uma biodiversidade biológica infinita para todas as suas necessidades: alimentação, água, regulação climática, controle de doenças e satisfação espiritual, seguindo vinculado à produção da biodiversidade.⁷ No entanto, os limites ecológicos suspiram diante da exploração exacerbada e desenfreada da natureza, que vêm aumentando ao longo dos anos, enquanto vivemos uma insustentabilidade sem precedentes. Não há como duvidar que o meio ambiente está diretamente relacionado com a qualidade de vida da população, que pode melhorar ou piorar ao passo que a natureza é conservada ou desmatada.

Nesse sentido, nosso ordenamento jurídico explicitamente reconhece a importância de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, tratado como um direito fundamental. Diz a Constituição Federal Brasileira:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁸

Assim, a preservação florestal é um direito constitucional. Isso porque, através dela, há a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, já que o meio ambiente equilibrado propicia bem-estar aos seres vivos – humanos e não humanos. O fim das queimadas e a manutenção das florestas traz um equilíbrio climático e ecológico, garantindo uma sadia qualidade de vida para a população. Além disso, a Constituição Federal também protege o meio ambiente como garantia da continuidade da vida, já que as futuras gerações dependem da ética e da responsabilidade da geração presente para que possam usufruir dos recursos naturais no futuro. Trata-se do princípio da solidariedade intergeracional.⁹ O valor da Amazônia ultrapassa o seu sentido

7 RECH, Adir Ubaldo. **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: Educs, 2014.

8 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

9 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo:

local e atual, sendo de interesse nacional e atemporal a sua preservação.

É válido ressaltar que os vinte e seis princípios contidos na Declaração de Estocolmo de 1972 estão expressos no artigo 225 da Constituição Federal e nos seus parágrafos. Tais princípios têm como propósito assegurar o meio ambiente ecologicamente equilibrado e a sadia qualidade de vida do homem, que se fundem no direito à vida. Estamos diante de um direito difuso e coletivo, que é objeto de titularidade de todos, não sendo possível mensurar a quantidade de seres que usufruem deste bem comum. Dessa forma, é imprescindível a utilização racional dos recursos naturais para a subsistência do homem e das demais espécies.¹⁰

Compatibilizar “meio ambiente e desenvolvimento significa considerar os problemas ambientais dentro de um processo contínuo de planejamento, atendendo-se adequadamente às exigências de ambos e observando-se as suas inter-relações particulares a cada contexto sociocultural, político, econômico e ecológico, dentro de uma dimensão tempo/espço. Em outras palavras, isto implica dizer que a política ambiental não se deve erigir em obstáculo ao desenvolvimento, mas sim em um de seus instrumentos, ao propiciar a gestão racional dos recursos naturais, os quais constituem a sua base material”.¹¹

Considerações finais

Por mais que sejam vastos os trabalhos na literatura que abordem sobre o tema, se complementando acerca das causas da degradação ambiental e a relevância de se preservar o meio ambiente, é notável que esse problema persiste em ocorrer. Com isso, continua sendo necessário a manutenção de debates que visem alertar sobre a importância global que é a preservação da Floresta Amazônia e apontem soluções para melhor resolução do problema. Nesse sentido, contextualizar os motivos pelo qual o desmatamento continua ocorrendo e combinar com soluções viáveis e efetivas realça a contribuição do estudo para a literatura e para a sociedade.

Ante todo o exposto, conclui-se que não vale sacrificar a saúde e o bem-estar das pessoas substituindo uma floresta tropical exuberante por um cenário de devastação e fumaça de queimadas, sem qualquer ganho econômico considerável. É preciso apostar em recursos renováveis e políticas sustentáveis, consolidadas em uma interação entre sociedade e Estado, concretizando a participação democrática nas questões ambientais. Além disso, vale reforçar o fato de que a dignidade da pessoa humana, além da sua dimensão social, abrange também uma dimensão ecológica essencial. Tal princípio fundamental não será totalmente garantido enquanto se perpetue o descaso com o meio ambiente e o desequilíbrio ecológico.

Malheiros, 2005, p. 123

10 SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 126.

11 MILARÉ, Édís. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 36

Falar em preservação da Amazônia, em política de desmatamento zero, é falar em proteção aos direitos humanos, sendo certo que o conceito de meio ambiente e saúde são indissociáveis. A saúde humana se relaciona com diversos fatores que influenciam no bem-estar do indivíduo, sendo a natureza determinante na qualidade de vida das pessoas. Segundo Reinaldo Pereira e Silva, “nem todo direito individual possui um conteúdo individual. Há direitos individuais cujo conteúdo é supra individual, como é o caso do direito fundamental ao ambiente natural”¹². Direito este que está absolutamente interligado com o resguardo da condição de vida humana, devendo ser reconhecida e garantida a sua fundamentalidade.

Referências

ABRAMOVAY, Ricardo. Amazônia: por que o desmatamento zero é viável. 2019. Disponível em: <https://outraspalavras.net/terraeantropoceno/amazonia-por-que-o-desmatamento-zero-e-viavel/>. Acesso em: 22 set. 2021.

ARRAES, Ronaldo de Albuquerque e; MARIANO, Francisca Zilania; SIMONASSI, Andrei Gomes. Causas do desmatamento no Brasil e seu ordenamento no contexto mundial. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/resr/a/pYBBTK-chmnRTsYjMCqDtjxj/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021.

AZEVEDO, Cláudia. A importância das florestas em pé na Amazônia. 2001. Disponível em: <https://ipam.org.br/cartilhas-ipam/a-importancia-das-florestas-em-pe/>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 28 set. 2021.

BRASIL, Greenpeace. Desmatamento Zero: uma história sua e do Greenpeace. 2018. Disponível em: <https://www.greenpeace.org/brasil/blog/desmatamento-zero-uma-historia-sua-e-do-greenpeace/>. Acesso em: 22 set. 2021.

FEARNSIDE, Philip M.. Desmatamento na Amazônia: dinâmica, impactos e controle. 2006. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/aa/a/97R3WH4L93x74Sr-5q7X7BVy/?lang=pt>. Acesso em: 20 set. 2021.

IMAZON; GREENPEACE; IMAFLORA; VIDA, Instituto Centro de; SOCIOAMBIENTAL, Instituto; IPAM; CONSERVANCY, The Nature; NATURE, World Wide Fund For. Desmatamento zero na Amazônia: como e porque chegar lá. 2017. Disponível em: <http://greenpeace.org.br/desmatamentozero/2017/desmatamento-zero-como-e-porque-chegar-la.pdf>. Acesso em: 17 out. 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2005

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001

12 SILVA, Reinaldo Pereira e. **A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual**. Revista de Direito. N. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

NASA, Earth Observatory. **Biomass Burning**. 2001. Disponível em: <https://earthobservatory.nasa.gov/features/BiomassBurning>. Acesso em: 27 set. 2021.

OLIVEIRA, Ana Clara. Por que falar da importância da Floresta Amazônica para crianças? 2019. Disponível em: <https://leiturinha.com.br/blog/importancia-da-floresta-amazonica/>. Acesso em: 02 out. 2021.

OLIVEIRA, Rejane Corrêa de; ALMEIDA, Eduardo; FREGUGLIA, Ricardo da Silva; BARRETO, Ricardo Candéa Sá. Desmatamento e crescimento econômico no Brasil: uma análise da curva de Kuznets ambiental para a Amazônia legal. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/resr/a/6XXhymQGJLJsnRZKwYND-w9S/?lang=pt>. Acesso em: 02 out. 2021.

POTTER, Hyury. Desmatamento na Amazônia seria o dobro do registrado pelo Inpe, aponta estudo de universidade americana. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49402606>. Acesso em: 23 set. 2021.

RECH, Adir Ubaldó. **Instrumentos de desenvolvimento e sustentabilidade urbana**. Caxias do Sul: Educ, 2014.

SCHREIBER, Mariana. Brasil não precisa desmatar mais para ampliar produção, afirma presidente da Sociedade Rural Brasileira. 2019. BBC News Brasil. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-49443560>. Acesso em: 27 set. 2021.

SILVA, Reinaldo Pereira e. **A teoria dos direitos fundamentais e o ambiente natural como prerrogativa humana individual**. Revista de Direito. N. 46. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2007.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SPAROVEK, Gerd; GUIDOTTI, Vinícius; PINTO, Luis Fernando Guedes; FERREIRA FILHO, Joaquim Bento de Souza. Qual o impacto do desmatamento zero no Brasil? 2017. Elaborada por Instituto Escolhas. Disponível em: <https://escolhas.org/wp-content/uploads/2017/10/Escolhas-Sum%C3%A1rio-Desmatamento-Zero-duplas.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

VERÍSSIMO, Beto. O desmatamento não contribuiu para o crescimento econômico nem para a qualidade de vida das pessoas. 2018. Disponível em: <https://imazon.org.br/imprensa/esta-na-hora-do-desmatamento-zero/>. Acesso em: 20 set. 2021.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE MARINHO: UMA ANÁLISE COM BASE NOS ENSINAMENTOS DE AMARTYA SEN

Juliana Horn Machado Philippi

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR (Bolsista PROEX). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano NUPED – PUCPR. Advogada

Pamela Varaschin Prates

Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná PUCPR (Bolsista PROEX). Membro do TAXPUC - Grupo de Pesquisas sobre Tributação, Complexidade e Desenvolvimento (PPGD/PUCPR/CNPq). Advogada

Resumo:

A pesquisa procura analisar como a noção contemporânea de desenvolvimento sustentável deve abarcar a proteção ao meio ambiente marinho. Busca-se preencher uma lacuna nas análises de desenvolvimento sustentável tradicional que costumam ser restritas aos aspectos econômicos de um país. Para tanto, faz-se uso do método de abordagem hipotético dedutivo, eis que parte da hipótese de que o desenvolvimento de um país não deve ser analisado apenas com base nos aspectos econômicos, mas também deve mensurar as demais dimensões do desenvolvimento, o que abarca também a questão da proteção e garantia ao ambiente marinho saudável para que esse desenvolvimento seja sustentável. A pesquisa se divide em três partes. Na primeira, são feitas notas introdutórias sobre o tema e analisa-se o que é desenvolvimento e as suas diversas concepções e dimensões. Na segunda, estuda-se a abordagem de Amartya Sen sobre desenvolvimento como um processo contínuo de expansão de liberdades. Apesar de Sen não ter adentrado na proteção ao meio ambiente em específico nas águas marítimas, defende-se, neste artigo, que os seus ensinamentos têm muito a contribuir. Na sequência, a terceira parte da pesquisa foca na noção contemporânea de desenvolvimento sustentável, abordando os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) elaborados pelas Organizações das Nações Unidas (ONU) na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Dentre os objetivos, há o de número 14 que especialmente consagra a vida na água, a sua conservação e uso sustentável, como

essenciais para o desenvolvimento sustentável. Por fim, são feitas as considerações finais, concluindo-se pela necessidade de a análise do desenvolvimento sustentável a englobar a proteção e preservação do meio ambiente marinho.

Palavras-chave: Desenvolvimento; Sustentabilidade; Meio ambiente; Poluição marinha.

Introdução

O presente trabalho trata do desenvolvimento sustentável, com enfoque na poluição marinha, tendo em vista o Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 14 da Organização das Nações Unidas (ONU). Utiliza-se o método de abordagem hipotético dedutivo, partindo-se da hipótese de que o desenvolvimento de um país não deve ser analisado apenas com base nos aspectos econômicos, mas também as demais dimensões do desenvolvimento, o que abarca também a questão da proteção e garantia ao ambiente marinho saudável para que esse desenvolvimento seja sustentável.

Não se duvida que a poluição marinha tenha impacto considerável no desenvolvimento sustentável, visto que interfere em todo o meio ambiente, com impactos consideráveis à vida humana, não apenas para a presente como também para as futuras gerações. Não é a toa que a vida na água, o que engloba a poluição marinha, é objeto da Agenda de Sustentabilidade Multidimensional (Agenda 2030) da Organização das Nações Unidas (ONU), especificamente no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS n. 14), o que demonstra a necessidade de preocupação com o uso sustentável os oceanos, mares e recursos marinhos, tendo em vista o desenvolvimento sustentável.

Na primeira parte há análise das diferentes concepções de desenvolvimento, que não se limita à parte econômica, com destaque à existência de múltiplas dimensões do desenvolvimento. Na segunda se adentra na análise da teoria de Amartya Sen sobre desenvolvimento como um processo contínuo de expansão de liberdades, que, apesar de não ter adentrado na proteção ao meio ambiente em específico nas águas marítimas, tem muito a contribuir a respeito do tema. Por fim, o terceiro ponto foca na noção contemporânea de desenvolvimento sustentável, abordando os objetivos de desenvolvimento sustentável (ODS) elaborados pelas Organizações das Nações Unidas (ONU), com destaque para o de número 14 que especialmente consagra a vida na água, a sua conservação e uso sustentável, como essenciais para desenvolvimento sustentável.

Concepções de desenvolvimento

O termo “desenvolvimento” é de certo modo vago. Comumente relacionado apenas ao aspecto econômico, tem, na realidade, outros significados,

isto é, não se limita às questões econômicas¹, ao crescimento econômico, que tem uma visão gradualista, refere-se a critérios quantitativos como crescimento e renda *per capita*.² Pode-se dizer que o desenvolvimento possui dimensões, com interdependência entre a esfera humana e a social, que é um dos pontos cruciais, de modo que “o desenvolvimento pressupõe a ocorrência de crescimento econômico, mas não se limita a isso”³.

Desse modo, o crescimento é uma das etapas do desenvolvimento econômico, mas não se confunde com este. Em outras palavras, o crescimento faz parte do desenvolvimento econômico. Sobre o tema, tomando-se por exemplo a economia industrial, em que o empresário reinveste seus lucros e com isso aperfeiçoa seus métodos de produção, de modo a possibilitar o crescimento e também o desenvolvimento. Por outro lado, em se tratando de economia comercial, o comerciante pode reinvestir apenas parte da renda, com expansão de seus negócios, visto que seu lucro é monetizado. Ou seja, independente da reinversão pelo comerciante (seja ela no próprio negócio ou até mesmo em artigos de luxo), o sistema continuará operando.⁴

O direito é um dos instrumentos para a promoção do desenvolvimento sustentável, uma vez que leis e instituições jurídicas são determinantes para o desenvolvimento econômico, assim como os mecanismos informais, para o reconhecimento da propriedade privada e cumprimento dos contratos.⁵ Mas deve-se tomar cuidado com a simples “importação” do direito dos países ditos como desenvolvidos, visto que a premissa de *one size fits all* pode desconsiderar a trajetória do país e suas instituições informais, o que pode acarretar falhas na aplicação do direito por não levar em consideração o *path dependance*, isto é, a trajetória pregressa local.⁶ Desse modo, para que se tenha reformas mais eficazes e visando a promoção do desenvolvimento sustentável, não se pode descurar da trajetória local e instituições informais, que devem ser analisadas conjuntamente com o direito, que não pode desconsiderar a realidade social local.⁷

1 FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e *blockchain* como instrumentos para o desenvolvimento econômico. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020. p. 99.

2 COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. Desenvolvimento e direito de autor na sociedade de informação. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez/2010. p. 287.

3 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 151.

4 FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. p. 138-143.

5 DAVIS, Kevin E; TREBILCOCK, Michael J. **A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos**. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), jan.-jun./2009. p. 245.

6 SCHAPIRO, Mário Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais**. Revista Direito GV, São Paulo, 6 (1), p. 213-252, jan.-jul. 2010. p. 243.

7 FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital

De acordo com Juarez Freitas, “o princípio da sustentabilidade molda e condiciona o desenvolvimento (não o contrário)”⁸, clamando por uma sustentabilidade multidimensional, com dimensões social, ética, jurídico-política, econômica e ambiental, que são interdependentes entre si, isto é, cada uma das dimensões clama pelo reforço das demais. A dimensão social não admite que o desenvolvimento seja discriminatório, excludente, que abriga os direitos fundamentais sociais. Na dimensão ética, há conexão intersubjetiva, com dever de empatia, solidariedade e cooperação, buscando o equilíbrio homeostático, buscando a consolidação do bem-estar com fins éticos superiores, do que está a serviço o próprio Estado de Direito. Já a dimensão ambiental se preocupa com as gerações atuais e futuras e o direito a um meio ambiente limpo, que encontra embasamento constitucional no art. 225 da Constituição Federal, com forte preocupação com a degradação ambiental e seus impactos na vida humana, sua dignidade, e o futuro da espécie. A dimensão econômica evoca sopesamento de todas as transações, com os custos e benefícios diretos e indiretos, com destaque aos arts. 70 e 170, VI, da Constituição Federal, com *trade-off* entre eficiência e equidade intra e inter-geracional.⁹ E ainda, na dimensão jurídico-política, defende que “a sustentabilidade *determina, com eficácia direta, independentemente da regulamentação, a tutela do direito ao futuro*”¹⁰. Incide sobre todo o sistema e envolve o resguardo aos direitos fundamentais à longevidade digna, à alimentação sem excesso e carências, ao ambiente limpo, à educação de qualidade, à democracia (preferencialmente direta), à informação livre de conteúdo qualificado, ao processo judicial e administrativo com desfecho tempestivo, à segurança, à renda oriunda do trabalho decente, à boa administração pública, e à moradia digna e segura.¹¹

André Folloni fala em interdisciplinaridade do desenvolvimento sustentável, isto é, que “não pode ser bem compreendido pelo isolamento disciplinar do conhecimento”¹², e que há uma interdependência entre as dimensões, que não são excludentes entre si. Para referido autor, há aspectos ideológicos, jurídicos e políticos quanto ao desenvolvimento sustentável.¹³ E ainda, tendo

e blockchain como instrumentos para o desenvolvimento econômico. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020. p. 100.

8 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 61.

9 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 64-76.

10 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 76.

11 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro**. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 78-81.

12 FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan.-jun./2014. p. 63.

13 FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan.-jun./2014. p. 83-87.

em vista o contexto da Constituição de 1988, Daniel Wunder Hachem propõe “que a noção jurídica de desenvolvimento, desvinculada de uma perspectiva meramente econômica, reclama a postura interventiva de uma Administração Pública inclusiva, por meio de ações que não se restrinjam à garantia do mínimo existencial”¹⁴.

Assim, pode-se dizer que o desenvolvimento social e humano visa satisfazer necessidades básicas dos cidadãos, o bem-estar social. Isto demanda a implementação através de políticas públicas voltadas à observância e concretização dos direitos sociais, como os direitos à educação, saúde, moradia, alimentação, etc. Por isso diz-se que, além da parte econômica, o desenvolvimento engloba também a satisfação dos direitos sociais.¹⁵

Amartya Sen e desenvolvimento como liberdade

Amartya Sen em suas teorias propôs uma abordagem alternativa ao desenvolvimento. Para entendermos a sua teoria é preciso, primeiramente, compreender a sua crítica ao utilitarismo. A crítica de Sen ao utilitarismo diz respeito ao seu uso como meio de mensuração do bem-estar. Para Sen, o utilitarismo tem dois elementos centrais: (i) preocupação exclusiva com as conquistas para analisar avaliações sociais e (ii) as conquistas são compreendidas como as utilidades alcançadas¹⁶. Esses dois elementos juntados formam a base informacional do utilitarismo que é utilizada para comparar utilidades para avaliações sociais e pessoais de bem-estar. Sen, no entanto, defende que o foco da avaliação de bem-estar deve ser alterado de conquistas de utilidade para a liberdade de as pessoas escolherem terem a vida que desejarem ter¹⁷. Além disso, a utilidade, medida por recursos, seria um critério inadequado para analisar a liberdade das pessoas.

De acordo com Sen, o viver pode ser interpretado com um arranjo de “funcionamentos” que seriam estados, como estar saudável ou estar bem alimentado, e ações, tais como comer e ler. Assim, Folloni relata que para Sen os funcionamentos seriam “coisas valorosas que uma pessoa pode ser ou pode fazer”¹⁸. Ocorre que as pessoas têm diferentes características pessoais e so-

14 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 133.

15 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jul. 2013. p. 387-388.

16 SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 32.

17 SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 33-34. SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 73.

18 FOLLONI, André. Liberdade como capacidade em Amartya Sen desde sua crítica ao utilitarismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 114, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1329>>. Acesso em 03 jul. 2021.

ciais e, portanto, a possibilidade das pessoas em transformar bem, coisas e recursos em funcionamentos é diversa para cada pessoa¹⁹. Como exemplo disso, Folloni cita o caso de uma pessoa rica, com muitos recursos financeiros, mas que sofre alguma doença de difícil cura devido a medicina não ter avançado no seu estudo, neste caso, essa pessoa, apesar de ter condições financeiras, não consegue converter os seus recursos, dinheiro, em um funcionamento de ter saúde²⁰. O bem-estar da pessoa citada pode ser menor do que o de uma pessoa que possua menos dinheiro, recursos financeiros, mas que tenha saúde. Assim, se o bem-estar for analisado apenas com base em recursos financeiros, podemos chegar a conclusões equivocadas. Para Sen, quanto mais funcionamentos uma pessoa conseguir ter maior será o seu bem-estar. Os funcionamentos são uma parte constitutiva da existência de uma pessoa e, portanto, uma avaliação do bem-estar deve ser focada nesses elementos²¹.

Outro conceito central na teoria de Sen é o de “capacidade”. As pessoas podem usar funcionamentos ou ter eles à sua disposição, e o conjunto desses funcionamentos forma o seu conjunto de capacidades. As capacidades são o conjunto de diversas combinações de funcionamentos que uma pessoa usa ou tem a sua disposição²². Assim, as capacidades seriam um tipo de liberdade, qual seja a liberdade substantiva de se obter combinações de funcionalidades. Com isso, a avaliação do bem-estar deve abranger todo o conjunto de capacidades de uma pessoa, isto é, os funcionamentos que a pessoa escolhe ter e também aqueles que ela escolhe não realizar. A possibilidade de escolher é importante da mesma forma que o resultado de sua escolha. Para explicar isso, Sen relata o caso de uma pessoa rica que decide passar fome para emagrecer e o de uma segunda pessoa que é forçada a passar fome, por não ter condições de se alimentar. Veja que o resultado de ambas as pessoas é o mesmo: passar fome. No entanto, as duas situações são diferentes em termos de capacidades: a primeira pessoa tem a liberdade de escolher não passar fome, a segunda não tem essa liberdade de escolha²³.

Há duas importantes relações entre capacidades e bem-estar. A primeira é de que, como as funcionalidades compõem o bem-estar de alguém, consequentemente a capacidade de adquirir essas funcionalidades representa a liberdade de alguém obter bem-estar. E a segunda, o bem-estar pode ser visto como dependente das capacidades, já que a escolha, por si só, seria uma parte valiosa de viver e uma vida com escolhas e opções de escolhas genuínas seria

19 SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 38.

20 FOLLONI, André. Liberdade como capacidade em Amartya Sen desde sua crítica ao utilitarismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 114, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1329>>. Acesso em 03 jul. 2021.

21 SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 39.

22 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 75. SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 49.

23 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 75.

mais rica em termos de bem-estar²⁴.

Ao analisar o desenvolvimento, Amartya Sen apresenta uma crítica à visão tradicional que mensura o desenvolvimento com base apenas no crescimento do produto interno de um país²⁵. Para Sen, o desenvolvimento seria um processo contínuo de expansão de liberdades. A liberdade teria duas importâncias principais para o desenvolvimento. A primeira seria a importância para avaliação²⁶: o desenvolvimento de uma sociedade é avaliado pelo aumento das liberdades de todas as pessoas desta sociedade. A segunda é a importância de eficácia²⁷: a realização do desenvolvimento é dependente da liberdade das pessoas.

A liberdade é o fim principal e, ao mesmo tempo, o principal meio do processo de desenvolvimento. É o que Sen denominou de “papel constitutivo” e “papel instrumental” da liberdade. O papel constitutivo é visto como “A importância intrínseca da liberdade humana como objetivo preeminente do desenvolvimento” que seria diferente do papel instrumental que se preocupa com a “eficácia instrumental da liberdade de diferentes tipos para promover a liberdade humana”²⁸. Em outras palavras, Sen esclareceu que “A eficácia da liberdade como instrumento reside no fato de que diferentes tipos de liberdade se inter-relacionam, e a liberdade de um tipo pode ajudar muito no avanço da liberdade de outros tipos”²⁹. A partir disso, Sen explica que há liberdades consideradas instrumentais por contribuírem, direta ou indiretamente, para uma liberdade global. Tais liberdades seriam: as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora³⁰. Sen adverte que não é uma lista completa, que as cinco liberdades merecem ênfase pela sua contribuição de gerar capacidades para uma pessoa ter uma vida mais livre, bem como por terem efeito complementar entre elas e também se reforçarem. As liberdades políticas devem ser vistas de forma ampla e incluem os direitos políticos das democracias, como a possibilidade de determinar quem governará o Estado, direito ao voto, oportunidade de diálogo político, entre outros. As facilidades econômicas seriam as oportunidades das pessoas de usar recursos econômicos, seja para consumo, produção ou troca. A terceira liberdade, as oportunidades sociais, referem-se aos arranjos de sociedade sobre educação e saúde, por exemplo, que afetam a liberdade substancial de se viver bem³¹. Na sequência, as garantias de transparência se referem a necessidade de honestidade que as pessoas po-

24 SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992, p. 40.

25 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 3.

26 Sen denomina isso de “*evaluation reason*”. SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 4.

27 Chamada de “*effectiveness reason*”. SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 4.

28 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 36-37.

29 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 37.

30 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 38.

31 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 38-39.

dem esperar – tais garantias funcionam como inibidores de corrupção. E a quinta liberdade seria a segurança protetora que consiste na necessidade de se ter uma rede de segurança para proteger parcela da população mais vulnerável a mudanças do sistema econômico, evitando, assim, que sejam reduzidas à miséria³².

Sendo assim, a análise do processo de desenvolvimento deve examinar, além das liberdades políticas, sociais e econômicas, também a base informacional e até que ponto as pessoas, realmente, têm a oportunidade de alcançar funcionalidades. Os níveis de renda das pessoas são importantes, na medida em que servem para comprar bens e serviços que possibilitam às pessoas desfrutarem de padrões de vida adequados. No entanto, os níveis de renda são inadequados para medir desenvolvimento, já que não tocam em fatores importantes como a liberdade de viver uma vida longa, a liberdade de viver em uma comunidade de forma pacífica, liberdade de ter saúde e de viver uma vida adequada. Todos esses fatores não estão ligados diretamente à prosperidade econômica. Por isso, as liberdades demandam que a análise do desenvolvimento vá muito além do termo de crescimento da renda per capita. Ver o desenvolvimento como liberdade demanda que sejam removidas as principais fontes de privação de liberdade³³.

Cabe mencionar que, em leitura de acordo com a Constituição Federal brasileira, os direitos sociais e o Direito Administrativo social, Daniel Wunder Hachem aponta a necessidade de ampliação na noção de liberdades, para inserir garantias que tradicionalmente não são tidas como liberdades.³⁴ Assim, aponta limitações na teoria de Amartya Sen, no sentido de que, para o desenvolvimento, é imprescindível associar a liberdade à busca pela igualdade.³⁵ No mesmo sentido é o posicionamento de Emerson Gabardo, para quem o ponto de partida para a justificação dos fins do Estado é a dignidade, mas não se restringe à sua garantia, e que não é apropriada a ideia da subsidiariedade do Estado.³⁶

Desenvolvimento sustentável, ODS 14 e a poluição marinha

Não se nega a importância dos aspectos econômicos para o desenvolvimento. Mas o desenvolvimento deve ser visto para além dos aspectos eco-

32 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 39-40.

33 SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999, p. 3.

34 HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 158-159.

35 HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, jan./jul. 2013. p. 388.

36 GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte, Fórum, 2009. p. 330.

nômicos, devendo abarcar a proteção ao meio ambiente, com redução dos impactos ambientais ao mínimo possível, numa leitura conjunta dos arts. 170, VI, 186, II e 225, da Constituição Federal. Fazendo uso da teoria de Sen, podemos compreender que o meio ambiente adequado e a possibilidade de ser usufruído pelas pessoas, corresponde a importante capacidade das pessoas que deve, portanto, ser garantida. Nem sempre é fácil equilibrar os diferentes aspectos do desenvolvimento, a equação é difícil e deve ser sempre acompanhada do componente social, com necessidade de se sopesar os reflexos econômicos e ambientais das decisões (sejam elas privadas ou públicas, e até mesmo as judiciais). Tradicionalmente, os aspectos de crescimento econômico prevalecem ao meio ambiente, que o meio ambiente frequentemente acaba sendo afetado. De outro lado, também não se mostra adequado, como medida para equilibrar a equação, decidir-se pela redução do consumo, visto que é hipocrisia atribuir a responsabilidade unicamente às fábricas e indústrias, que muitas vezes satisfazem as demandas dos consumidores.³⁷

O meio ambiente deve ser entendido da sua forma mais ampla, a incluir o ambiente terrestre, aéreo e o marinho. Ocorre que o ambiente marinho acaba sendo negligenciado das análises de desenvolvimento. Convém delimitar que “o ambiente marinho engloba as águas marinhas (formadas pelo mar territorial, zona contígua e alto mar), a plataforma continental e a zona econômica exclusiva”³⁸.

A poluição marinha é definida no artigo 1, item 4, da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, realizada em Montego Bay em 10 de dezembro de 1982, sobre o Direito do Mar, como a introdução humana no meio ambiente marinho, de modo direto ou indireto, de substâncias ou energia, o que inclui estuários, que pode vir a causar efeitos de deterioração, como danos aos recursos vivos e à vida marinha, bem como riscos à vida humana, entraves às atividades marítimas, alteração da qualidade da água do mar para seu uso e redução dos locais de recreio.³⁹ A referida convenção foi internalizada no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 99.165/1990⁴⁰, e entrou em vigor no Brasil em 16 de novembro de 1994, conforme determina o art. 1º do Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995⁴¹.

37 FREITAS, Vladimir Passos. A desejada e complexa conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente no Brasil. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 4, n. 1, p. 235-263, 2014. p. 244-245.

38 MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

39 UNITED NATIONS. **United Nations Convention on the law of sea**. Disponível em <https://treaties.un.org/doc/publication/CTC/Ch_XXI_6_english_p.pdf> Acesso em 03 de jul. 2021.

40 FREITAS, Vladimir Passos de. **As ODSs da ONU e a poluição marítima: o que temos a ver com isto?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-out-04/odss-onu-poluicao-maritima-temos-ver-isto>> Acesso em 03 jul 2021.

41 BRASIL. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm> Acesso em 03 de jul. 2021.

A Convenção de Montego Bay estabelece que os Estados têm a obrigação de proteger e preservar o ambiente marinho (arts. 192 e 196). E ainda, distribui a competência (arts. 217, 218 e 220) em: a) Estado da Bandeira (país de origem das embarcações, que deve fiscalizar todas as embarcações registradas em seu território ou que arvoem seu pavilhão, quanto ao cumprimento dos requerimentos ambientais nacionais e internacionais); b) Estado do Porto (país onde a embarcação atracará, que deve fiscalizar as embarcações atracadas); e c) Estado da Costa (o Estado banhado pelo mar, que tem ampla liberdade para proteger o meio ambiente que está sob sua jurisdição).⁴²

Justamente em razão da preocupação com o desenvolvimento sustentável, em 2015 a ONU editou os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, a Agenda de Sustentabilidade Multidimensional (Agenda 2030)⁴³. Dentre tais objetivos, o de número 14 trata especificamente da vida na água, com a justificativa de que “40% dos oceanos estão sendo afetados incisiva e diretamente por atividades humanas, como poluição e pesca predatória, o que resulta, principalmente, em perda de habitat, introdução de espécies invasoras e acidificação”⁴⁴, além da alta presença de lixo e plástico, com a presença de treze mil pedaços de plástico por quilômetro quadrado.⁴⁵

Como anunciado por Vladimir Passos Freitas⁴⁶, em 2019 o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) lançou os Cadernos ODS⁴⁷, com análise dos desafios e as possibilidades para o Brasil cumprir os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS). Especificamente com relação ao ODS 14, referido documento aponta limitações orçamentárias, de meios e de pessoal qualificado, bem como escassez de navios com equipamentos específicos e a baixa disponibilidade de embarcações apropriadas para a formação de alunos. Pontua, ainda, que o uso compartilhado do ambiente marinho apresenta dificuldade em razão dos diversos interesses conflitantes entre si, e a multiplicidade de atores envolvidos. Destaca que 98 (noventa e oito) espécies de peixes marinhos correm risco de extinção, o que chama a atenção para a necessidade de proteção, e que a “lista nacional de espécies da fauna ameaçadas de extinção - peixes e invertebrados aquáticos”, lançada em 2014, foi suspensa temporariamente em razão de decisão judicial. Com relação aos recursos pesquei-

42 MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente:** a gestão ambiental em foco. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 269.

43 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade:** direito ao futuro. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 98.

44 PLATAFORMA AGENDA 2030. **Objetivo 14:** vida na água. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/14/>> Acesso em 04 jul. 2021.

45 PLATAFORMA AGENDA 2030. **Objetivo 14:** vida na água. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/14/>> Acesso em 04 de jul. 2021.

46 FREITAS, Vladimir Passos de. **As ODSs da ONU e a poluição marítima: o que temos a ver com isto?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-04/ods-onu-poluicao-maritima-temos-ver-isto>> Acesso em 03 de jul. 2021.

47 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Cadernos ODS.** Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34776> Acesso em 04 de jul. 2021.

ros e pescarias, para contribuir com o avanço quanto à geração de informações e definição da metodologia a ser adotada, o documento revela a intenção do governo em aperfeiçoar a regulamentação da pesca e acesso dos pescadores ao seguro-defeso, bem como reativar a coleta de informações a respeito dos desembarques pesqueiros, e atualizar o PREPS - Programa Nacional de Rastreamento de Embarcações Pesqueiras por Satélite. Por fim, o documento menciona “mudanças nas instâncias democráticas de diálogo entre a sociedade civil e o governo, por efeito do Decreto nº 9.759, que extinguiu centenas de colegiados da administração pública federal”, permanecendo apenas a CIRM - Comissão Interministerial para os Recursos do Mar. Pondera, ainda, que “como tais instâncias são essenciais para a articulação e o desenvolvimento de políticas públicas, inclusive ODS, é possível que outras sejam reinstituídas, de forma que ainda não se tem certeza sobre o nível do impacto dessas extinções na implementação do ODS 14”⁴⁸.

Desse modo, em escrito recente, Vladimir Passos Freitas sugere divulgação para consciência de todos a respeito dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, com mudança de hábitos, redução do consumo ao estritamente necessário, rejeição dos plásticos que embalam os produtos, de modo a enviar mensagens às indústrias quanto às embalagens desnecessárias. Clama, ainda, por educação ambiental, para que o meio ambiente seja tratado como matéria e não algo a ser dado por todos os professores, com revogação do art. 10, § 1º, da Lei n. 9.795/99⁴⁹. Propõe, ademais, a criação da Guarda Costeira Nacional e a restrição de financiamentos e subsídios em detrimento daqueles que não observam a sustentabilidade.⁵⁰ Para Juarez Freitas, com a Agenda, o relevante “é aprofundar a percepção de que o desenvolvimento e a sustentabilidade não são categorias necessariamente colidentes, no plano normativo e no campo empírico. Esta, a sustentabilidade, modela aquele. Condiciona-o. Redefine-o.”⁵¹

Considerações finais

A concepção atual de desenvolvimento não deve se limitar a aspectos econômicos. Com base nos ensinamentos de Amartya Sen, o desenvolvimento deve ser visto com um processo contínuo de expansão das liberdades.

48 INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **ODS 14:** conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190711_cadernos_ODS_objetivo_14.pdf> Acesso em 04 de jul. de 2021.

49 “Art. 10. A educação ambiental será desenvolvida como uma prática educativa integrada, contínua e permanente em todos os níveis e modalidades do ensino formal.
§ 1º A educação ambiental não deve ser implantada como disciplina específica no currículo de ensino.”

50 FREITAS, Vladimir Passos de. **As ODSs da ONU e a poluição marítima: o que temos a ver com isto?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-04/odss-onu-poluicao-maritima-temos-ver-isto>> Acesso em 03 de jul. 2021.

51 FREITAS, Juarez. **Sustentabilidade: direito ao futuro.** 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 117.

O meio ambiente saudável, o seu acesso e fruição por todos, deve ser visto, nesse contexto, como uma liberdade essencial para o bem-estar das pessoas. Como consequência disso, o processo de desenvolvimento deve buscar remover todas as causas que comprometam o acesso ao meio ambiente sadio.

Tendo em vista a garantia de um meio ambiente sadio para a presente e as futuras gerações, como previsto no art. 225 da Constituição Federal, o desenvolvimento não pode se dissociar da sustentabilidade. É nesse diapasão que em 2015 foi editada a Agenda 2030, da Organização das Nações Unidas (ONU), a Agenda de Sustentabilidade Multidimensional.

O Objetivo de Desenvolvimento Sustentável (ODS) n. 14, da Agenda 2030, trata especificamente da Vida na Água, o que ressalta a crescente preocupação com os impactos da poluição marinha, e a necessidade de prevenção/proteção das águas para que se tenha um meio ambiente sadio para a presente e as futuras gerações.

A poluição marinha compromete significativamente a vida marinha e a vida humana, haja vista os efeitos nefastos que ocasiona. O crescimento econômico de uma nação precisa ser equacionado e equilibrado com a proteção ambiental. Há a necessidade de uma constituição mútua do desenvolvimento e da sustentabilidade, com maior conscientização das pessoas a respeito dos impactos das atividades humanas sobre o meio ambiente, e implementação de políticas que visem conscientizar, mitigar, reduzir ou até mesmo neutralizar os impactos do desenvolvimento e do aumento do consumo sobre o meio ambiente, a exemplo das medidas propostas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) da Agenda 2030 da ONU.

É nesse sentido que essa pesquisa defende que seja procedida a análise do processo de desenvolvimento.

Referências

BRASIL. Decreto n. 1.530, de 22 de junho de 1995. Declara a entrada em vigor da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, concluída em Montego Bay, Jamaica, em 10 de dezembro de 1982. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1995/d1530.htm > Acesso em 03 jul.2021.

CABRAL, Mário André Machado. **Subdesenvolvimento e Estado de Exceção: o papel da Constituição Econômica e do Estado no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

COSTA, José Augusto Fontoura; SOLA, Fernanda. Desenvolvimento e direito de autor na sociedade de informação. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 1, n. 2, jul.-dez/2010. p. 287.

DAVIS, Kevin E; TREBILCOCK, Michael J. **A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos**. Revista Direito GV, São Paulo, 5(1), p. 217-268, jan.-jun./2009.

DENEULIN, Séverine. **The capability approach and the praxis of development**. New York: Palgrave MacMillan, 2006.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan.-jun./2014.

FOLLONI, André. Liberdade como capacidade em Amartya Sen desde sua crítica ao utilitarismo. **A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 20, n. 80, p. 103-124, abr./jun. 2020. Disponível em: <<http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1329>>. Acesso em 03 jul. 2021.

FREITAS, Dario Almeida Passos de. **Poluição Marítima: legislação, doutrina e jurisprudência**. Curitiba, Juruá, 2019.

FREITAS, Vladimir Passos. A desejada e complexa conciliação entre desenvolvimento econômico e proteção do meio ambiente no Brasil. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 4, n. 1, p. 235-263, 2014.

FREITAS, Vladimir Passos de. **As ODSs da ONU e a poluição marítima: o que temos a ver com isto?** Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-out-04/odss-onu-poluicao-maritima-temos-ver-isto>> Acesso em 03 jul. 2021.

FRIEDRICH, Denise Bittencourt; PHILIPPI, Juliana Horn Machado. Inclusão digital e *blockchain* como instrumentos para o desenvolvimento econômico. **International Journal of Digital Law**, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, p. 97-115, jan./abr. 2020.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009. p. 138-143.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico – Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. p. 151.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia** (UniBrasil), v. 13, n. 13, Curitiba, UniBrasil, p. 340-399, jan./jul. 2013.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Cadernos ODS**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=34776> Acesso em 03 jul. 2021.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **ODS 14: conservação e uso sustentável dos oceanos, dos mares e dos recursos marinhos para o desenvolvimento sustentável**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/190711_cadernos_ODS_objetivo_14.pdf> Acesso em 04 jul. 2021.

MILARÉ, Edis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. 7. ed. rev., atual. e reform. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PLATAFORMA AGENDA 2030. **Objetivo 14: vida na água**. Disponível em: <<http://www.agenda2030.org.br/ods/14/>> Acesso em 03 jul. 2021.

SCHAPIRO, Mário Gomes. **Repensando a relação entre Estado, Direito e Desenvolvimento**: os limites do paradigma rule of law e a relevância das alternativas institucionais. Revista Direito GV, São Paulo, 6 (1), p. 213-252, jan.-jul. 2010.

SEN, Amartya. **Inequality Reexamined**. Oxford: Oxford University Press, 1992.

SEN, Amartya. **Development as Freedom**. New York: Knopf, 1999.

TINONIN, Cecilia. Determinants of child undernutrition in India. A micro-case study to operationalize the Capability Approach. Dissertation thesis, Alma Mater Studiorum Università di Bologna. Dottorato di ricerca in Economia e statistica agroalimentare, 2011. Disponível em: <<http://amsdottorato.unibo.it/4009/>>. Acesso em 03 jul. 2021.

O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: INSTRUMENTO PARA A CONCRETIZAÇÃO DA AUTONOMIA TRIBUTÁRIA MUNICIPAL

Renata da Silva Torres

Advogada, Pós Graduanda em Processo Tributário e Empresarial, Graduanda em Economia pela Faculdade de Petrolina.

Resumo:

O desenvolvimento local está diretamente relacionado ao aumento da autonomia das decisões municipais, ao aumento da capacidade de gerar, captar e reinvestir o excedente econômico e a uma permanente e crescente inclusão social, associados à preservação do meio ambiente. Verifica-se que, a subutilização da grandeza municipal como veículo propulsor do desenvolvimento local, precisa ser alterada, visto que, o poder público é peça fundamental na promoção de atitudes sustentáveis e a gestão tributária precisa dialogar com os princípios de desenvolvimento sustentável, caminhando para um sistema tributário sustentável preditivo e probabilístico, tratando-se de verdadeira prevenção aplicada à seara tributária. Justifica-se o presente estudo para que se avance em direção ao desenvolvimento sustentável, tendo o município como instância capaz de conduzir uma mudança no tratamento tradicional dos problemas sociais, promovendo integração e efetiva conquista dos direitos e da cidadania plena.

Palavras-chave: Desenvolvimento local; Sustentabilidade; Sistema tributário; Autonomia municipal.

1. Introdução

De acordo com a Comissão Mundial sobre o Meio Ambiente - CMMA (1991), o principal objetivo do desenvolvimento é satisfazer as aspirações humanas e às necessidades básicas como saúde, habitação, alimentação, roupas e trabalho. Além de tais necessidades, as pessoas buscam uma melhor qualidade de vida. Tudo isso deve estar combinado com o compromisso com as gerações futuras, englobando a ideia de legado deixado para os que virão, representado por uma herança ambiental, urbana, econômica, política e social.

Desde 1989, o Banco Mundial introduziu nos seus relatórios sobre o desenvolvimento, a noção de local governança. Trata-se de um espaço estra-

tégico de intermediação e de conciliação de interesses contraditórios entre os diversos segmentos da sociedade civil, do mercado e do Estado, por meio de conselhos, comissões e fóruns. Ainda em 1991, o Presidente do Banco Mundial, numa fala, considerava que a estabilidade política e econômica não era suficiente para o desenvolvimento, sugerindo um conjunto de dispositivos normativos de “bom governo” e “boas práticas”, de caráter moral (luta contra a corrupção, contra o familismo amoral, o corporativismo e clientelismo etc.), tendo em vista a construção de um novo consenso de Estado eficiente. Formularam-se, então, através de tratativas das agências multilaterais, orientações práticas e a difusão de novas modalidades de arranjos para os agentes públicos e privados, como as parcerias público-privadas, a descentralização das ações, a criação de arenas públicas de discussões etc.

Seguindo essa ação de ruptura dos modelos tradicionais de desenvolvimento, surge o conceito do *Triple Bottom Line* ou tripé da sustentabilidade, elaborado por Elkington em 1994, apoiado na sustentabilidade ambiental, econômica e social. Dentre esses três pilares, historicamente, sempre se priorizou a dimensão econômica, quando da escolha dos investimentos e projetos, relegando a último plano, a sustentabilidade social. A qual, justamente, representa um processo de melhoria na qualidade de vida, pela redução das diferenças entre a opulência e a miséria, pelo equilíbrio na distribuição justa de rendas através da redução das diferenças sociais, de modo a assegurar condição de vida com dignidade, o que implica, também, o acesso aos recursos e serviços sociais. Por todo o exposto, constata-se a imprescindibilidade de um alinhamento decisório entre as três dimensões. Uma vez que, a sustentabilidade, de fato, só é alcançada quando a sociedade baseia suas decisões nos três pilares, sem priorizar um em detrimento do outro. Ações em contrário podem acarretar o insucesso de qualquer estratégia de longo prazo.

Dentro desse contexto, é necessário pontuar que desenvolvimento sustentável e sustentabilidade são termos distintos, porém complementares, no sentido de que o desenvolvimento está associado a noção de meio, ao passo que sustentabilidade se liga a ideia de fim. Philippi (2001), pontua o conceito de sustentabilidade como a capacidade de se auto manter, de se auto sustentar. Uma atividade sustentável qualquer é aquela que pode ser desenvolvida por um longo período, ou seja, para sempre, de forma a não se esgotar nunca, apesar dos imprevistos que podem vir a ocorrer durante este período.

Muito embora haja um crescimento ao redor da mobilização pela sustentabilidade, ela continua muito centrada no ambiente interno das empresas, impulsionada apenas por vantagem competitiva e expansão no mercado, voltada para processos que evitem os desperdícios, melhorem a capacidade de produção, atrelada à difusão de uma imagem positiva frente ao cliente, ou seja, intrinsecamente ligada ao desempenho econômico, fazendo com que o desenvolvimento sustentável esteja relacionado a uma racionalidade econômica, podendo mudar de curso conforme os interesses do capital.

Superando o ambiente empresarial, o que se tem, nos dias de hoje, é a

subutilização da grandeza municipal como veículo propulsor do desenvolvimento local. E aqui cabe uma ressalva, no sentido não se aludir à intervenção do Estado na economia, mas ao estímulo na formação do capital social comunitário, a partir do fortalecimento da comunidade e das instituições sociais e, conjuntamente, à criação do capital humano, representado pelo aprimoramento das capacidades técnicas dos envolvidos nas atividades laborais.

Aspectos como prevenir, reutilizar, cooperar, integrar, interagir e democratizar somente podem ser atuantes quando exercidos através das boas práticas de âmbito local. Ao desenvolver ações baseadas em boas práticas locais, tanto os governos como as empresas difundirão práticas sustentáveis de governabilidade e gestão, motivando outras cidades e empresas para que busquem também criar suas próprias estratégias de desenvolvimento local e corresponsabilidade social. Portanto, com base na tendência de todos os movimentos atuais busca-se responder o seguinte questionamento: como resolver o problema de supervalorização dos aspectos econômicos, nas discussões sobre desenvolvimento sustentável? Como a administração pública pode adotar uma postura de liderança, de modelo e de realização das mudanças necessárias para uma gestão sustentável e de alto desempenho?

O objetivo desta pesquisa, a qual encontra-se em andamento, é demonstrar a sustentabilidade como estratégia utilizada para correção das disfunções que existem na organização do sistema tributário brasileiro, apresentando o desenvolvimento local sustentável como uma ferramenta para alcançar a autonomia municipal. Como metodologia do ensaio teórico, parte-se de pesquisas bibliográficas. E ao final, espera-se que possam surgir, propostas práticas de apoio aos entes municipais, visando à promoção da sustentabilidade aliada à melhor gestão dos recursos e equipamentos sociais disponíveis na comunidade.

2. Desenvolvimento local sustentável como instrumento para alcançar autonomia municipal frente à situação de dependência das transferências financeiras estaduais e federais

Dentro desse panorama, é preciso debater sobre a responsabilidade dos municípios quanto à política de desenvolvimento local sustentável. Uma vez que, o desenvolvimento local está diretamente relacionado ao aumento da autonomia das decisões municipais, ao aumento da capacidade de gerar, captar e reinvestir o excedente econômico e a uma permanente e crescente inclusão social, associados à preservação do meio ambiente.

Para que um município alcance o desenvolvimento sustentável, é necessário refletir sobre a realidade socioeconômica e ambiental desse lugar, e perceber que as diferenças existentes configuram vários espaços, os quais são denominados territórios. Consequentemente um município pode ter mais de um território, existindo formas variadas de eles interagir, mas cada um deles com um perfil diferente. Isso mostra que políticas públicas voltadas para o

desenvolvimento local não podem ser geradas através de um mesmo modelo. Tais políticas devem estar adaptadas ao perfil e às necessidades de cada um destes territórios.

É por isso que paralelo ao fluxo de desconcentração do Estado e ao surgimento dos novos agentes sociais e movimentos, emerge uma crítica à noção de desenvolvimento como “um modelo universal” e único, regido pelo mercado e pela democracia liberal, impostos de forma autoritária, como se só existisse um tipo de regulação para os conflitos em todas as sociedades e em todos os seus segmentos. Ou seja, da mesma forma que, dentro de um mesmo município, pode haver múltiplos territórios, com características diversas, também deverá seguir essa linha o desenvolvimento. Espera-se, portanto, superar a perspectiva homogeneizadora de desenvolvimento como um modelo universal, fazendo emergir a grandeza subutilizada de novos agentes.

Esses territórios são constituídos por movimentos de mão dupla. Pois de um lado, ele se constrói como um espaço de realização de projetos coletivos e, do outro, ele é o lugar de intervenção das políticas, dos poderes públicos e dos agentes produtivos. Sobre essa perspectiva, um projeto de desenvolvimento local, resulta da convergência das demandas e iniciativas locais e da interferência dos grandes projetos nacionais e supranacionais (WANDERLEY, 2000). É na tensão desses arranjos e escalas entre diferentes agentes que se conformam e constroem as tendências e possibilidades do (novo) desenvolvimento. Quer se considerem as áreas metropolitanas, quer se trate das tipicamente rurais, é da movimentação dos interesses contraditórios de integração ou exclusão que é definido o destino das populações tradicionais e locais preexistentes.

É por isso que o desenvolvimento deve ser realizado de “baixo para cima”, ou seja, partindo das potencialidades socioeconômicas locais, através de um processo de construção social. Trata-se de um processo endógeno de mobilização das energias sociais em espaços de pequena escala promovendo melhorias significativas nas condições de vida da população, a partir da elevação das oportunidades sociais e da viabilidade econômica (FRANCO, 2000). Nesse contexto, o poder público, é peça fundamental na promoção de atitudes sustentáveis em sua gestão, uma vez que as estratégias de desenvolvimento sustentável acabam passando pela discussão de um desenvolvimento que agregue a promoção econômica, junto com a preservação, e conservação ambiental e a participação social.

Atualmente, os projetos municipais de desenvolvimento local, quando existem, normalmente se concentram em restaurar áreas verdes da cidade, construção de hortas comunitárias, produção artesanal com produtos recicláveis, recuperação e reflorestamento das áreas em volta das nascentes fluviais que abastecem o município, e educação ambiental nas escolas municipais com profissionais qualificados, dentre outras ações, todas dirigidas para o mesmo sentido, de prevenção da degradação do meio ambiente. Entretanto, além do aspecto ecológico, os projetos municipais devem considerar que a instituição,

a gestão e a destinação dos tributos de competência local é uma ação que contribui para a formação do desenvolvimento local sustentável.

Em verdade, a avaliação da sustentabilidade dos tributos, deve ser considerada no contexto de desenvolvimento local, estimando desde a decisão política da criação dos tributos até a gestão da prestação pecuniária. Isso porque, a tributação é o instrumento de que se tem valido a economia capitalista para sobreviver, conforme pontua Hugo de Brito Machado. Modernamente, nenhum tributo é introduzido com função exclusiva arrecadatória, visto que desde o final do século XIX, abandonou-se a ideia de tributos completamente neutros. Logo, os impactos diretos e colaterais, precisam ser considerados, pois podem ser sistemicamente positivos ou contrários ao desenvolvimento duradouro.

O modelo sustentável, por sua vez, permite aferir, “ex ante” e “ex post”, os benefícios líquidos das políticas públicas, graças à avaliação da sustentabilidade dos impactos, tratando-se de um “*compliance*” nas esferas sociais, ambientais e econômicas. O fato gerador e os seus reflexos passam a ser denominados de “descarbonizados” e a finalidade de construir um desenvolvimento sustentável ocupa lugar tão relevante quanto a finalidade arrecadatória. A tributação está vinculada a instauração do desenvolvimento duradouro, não a qualquer crescimento, aferido pelo precário PIB.

Dentro do contexto de sistema tributário sustentável, não se aplica a noção de tributos punitivos aos atos ilícitos de poluição, pois evidentemente não se admite a tributação sancionatória. Porém, a internalização de que todo tributo tem que atuar de modo inibitório das externalidades negativas se faz fundamental. Frontalmente ou de forma oblíqua, os tributos devem andar em compasso com as metas do desenvolvimento durável, como instrumentos de indução comportamental.

3. Notas relevantes sobre o sistema tributário brasileiro

Observa-se que a história da tributação se confunde com a própria história dos Estados, como sociedades organizadas. O surgimento dos tributos, conforme concepção atual, é produto das revoluções liberais de 1640, 1779 e 1789, especialmente da Revolução Industrial, impulsionada pelos ideais da Revolução Francesa. No Brasil, desde a descoberta do país, já existiam taxações e exações expropriatórias, edificando-se os fundamentos estruturantes da disciplina moderna das relações jurídico-tributárias. Verifica-se, por conseguinte, que o direito tributário brasileiro encontra as suas raízes mais profundas no conjunto das normas portuguesas vigentes na época do descobrimento, que exerceu uma inegável influência na formação cultural do ordenamento jurídico pátrio. Ubaldo Cesar Balthazar (2005) explica que, se nesse tempo já havia um “direito tributário”, não existia ainda, por outro lado, um “sistema tributário”, assim compreendido como um conjunto harmônico de princípios, regras e institutos disciplinadores da atividade tributária, cujo elemento

nuclear é o tributo.

Somente com a instituição da primeira Constituição brasileira em 1824, apontou-se para um Estado Fiscal no Brasil, porém ainda com poucas normas sobre a tributação (BALTHAZAR, 2005). Apenas com a Proclamação da República, ocorrida em 1889, inaugurou-se, enfim, a Era de fiscalidade no Brasil. Foram desses períodos, os primeiros estudos financeiros do direito pátrio, que consagraram o jurista Rui Barbosa, à época, como um dos grandes financistas brasileiros (BALEEIRO, 2010). Posteriormente, sob a vigência da Constituição de 1946, finalmente consolidou-se o ciclo de formação de um sistema tributário propriamente dito. Após a Segunda Grande Guerra Mundial, a Carta de 1946 modificou sensivelmente a discriminação de rendas tributárias, buscando solucionar os problemas de finanças locais, mas não tratou de promover uma sistematização completa do direito tributário brasileiro (ZAVARIZI, 2006). Apenas com a Emenda Constitucional n. 18, de 1965 impulsionada pela tomada de poder pelo Governo Militar, que foi realmente efetivada, no Brasil, uma profunda reforma tributária, nascida sob a responsabilidade da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda. E é considerada por muitos juristas a mais ampla e profunda reforma tributária já realizada na história do constitucionalismo pátrio, descortinando um sistema tributário moderno, enxuto e eficiente (BALTHAZAR, 2005).

Portanto, foi a Reforma de 1965 que promoveu um maior entrosamento entre os sistemas tributários federal, estadual e municipal, de modo a instituir, de fato, um integrado sistema tributário nacional. O qual, segundo Antônio Roque Carrazza (2010, p. 23) remete a ideia “de uma reunião ordenada de várias partes que formam um todo, de maneira que elas se sustentam mutuamente e as últimas explicam as primeiras”. Hugo de Brito Machado (2020, p. 275) caminhando no mesmo sentido, afirma que a palavra sistema modernamente significa o “conjunto organizado de partes relacionadas entre si e interdependentes”, e afirma que no Brasil, só se pode afirmar a existência, no plano constitucional, de um sistema tributário, tomada no sentido moderno da palavra, a partir da Emenda Constitucional 18/1965. Em vista disso, infere-se que a ideia de um sistema tributário ainda é algo novo no nosso ordenamento.

Apesar disso, atualmente, no Brasil, o Sistema Tributário conta com mais de 3.500 normas em vigor (PITTA, MÉXAS E PEREIRA, 2018), e uma carga tributária, segundo dados do Tribunal de Contas da União (2009), semelhante à arrecadadas em países como Suíça, Canadá e Austrália, cujo PIB per capita é bastante superior ao do Brasil. E o que se observa é que toda essa complexidade não gera arrecadação, pois faria sentido, se toda a grandiosidade do sistema servisse para carrear mais recursos aos cofres públicos, mas o que aqui se tem aqui são múltiplas isenções, regimes especiais, alíquotas favorecidas, reduções de base de cálculo e créditos presumidos. Enfim, todos os elementos que tornam o que pelo próprio tamanho já é complexo, em algo muito mais complexo.

Segundo o *Doing Business*, o qual representa uma das principais publi-

cações do Banco Mundial, através de um estudo anual que mede como as leis e regulamentações promovem ou restringem as atividades empresariais, apresentando indicadores quantitativos sobre a regulamentação dos negócios e a proteção dos direitos de propriedade, em sua última edição divulgada em outubro de 2019, revelou que o Brasil caiu 15 posições em relação ao ano de 2018, estando agora na 124^o colocação entre 190 países, e atingindo 59,1 pontos em uma escala de zero a 100. Mesmo nos indicadores que se tem uma boa pontuação, caso do Tempo de Abertura de Empresa com 81 pontos, o Brasil ocupa a posição 138. Já o pior indicador é a pesada burocracia para Pagar Impostos estando na posição 184. Há cerca de 1.501 horas por ano desperdiçadas apenas para lidar com a burocracia para pagar os impostos. As 1.500 horas/ano gastas em *compliance* tributário mantém o Brasil como pior país do mundo nesse quesito. O penúltimo lugar hoje é a Bolívia, onde as empresas gastam em média, 1.025 horas por ano, tempo muito inferior ao do Brasil.

4. As disfunções do sistema tributário brasileiro

Por todo o exposto, a geração de um ambiente local favorável é uma estratégia a ser implementada nas disfunções do atual sistema tributário brasileiro. A organização do sistema tributário é um tema complexo, dentro de um contexto moderno, porque afeta múltiplas áreas, estando diretamente associado ao crescimento econômico e a competitividade nacional frente a outros mercados, podendo ser considerado como um fator na distribuição social e regional de renda, servindo tanto como um elemento de suporte, quanto como uma barreira ao desenvolvimento.

Sabe-se que os Estados Modernos exigem do povo, através de tributos, os recursos necessários para satisfação das necessidades comuns, seja para prestação de bens públicos ou bens individualmente considerados, representados por benefícios dirigidos a um grupo de pessoas ou setores que necessitam de uma assistência maior. Simbolizando uma forma de proporcionar equanimidade, através da justiça distributiva.

Portanto, a depender da história e daquilo que determinada sociedade entende como necessário, haverá uma variação no tamanho do ente nacional. O pacto daquilo que é considerado bem comum, está definido nas Constituições, e a estrutura do Estado é proporcional ao modelo socialmente convencional. Para sustentar tais escolhas está organizada a atividade financeira do estado, entendida como o conjunto de medidas que determinado ente adota para carrear recursos aos cofres públicos, e chegar o mais próximo possível dos valores pactuados constitucionalmente. Para Ricardo Lobo Torres (1991), a soberania financeira, a qual é do povo, transfere-se limitadamente ao Estado pelo contrato constitucional, permitindo-lhe tributar e gastar.

Ao longo dos anos, além do questionamento sobre o tamanho atual do Estado brasileiro, outra questão que constantemente é levantada é o que fazer com o sistema tributário, que possui uma estrutura formulada na década de

60, em que se produziram os preceitos básicos, os quais até hoje, se conhece como núcleo sobre tributação na Constituição de 1988. Nessa perspectiva, embora constantemente difundida e colocada como necessária e urgente a reforma tributária, sem entrar no mérito das inúmeras propostas que tramitam, apoiadas em diversos entendimentos, a pergunta subjacente e talvez mais eficaz do que propriamente uma decisão de qual proposta parece ser mais adequada, é no sentido de que, o que se busca atualmente é uma ruptura do sistema atual, inaugurando uma nova ordem tributária ou diante do sentimento de descontentamento, busca-se mais controle, mais fiscalização sobre a atuação do Estado quanto a gestão das disponibilidades públicas, acompanhada da sensação de transparência, de inclusão, de simplificação das obrigações?

Diante de todas essas perplexidades, ainda deve-se levar em consideração a tarefa de tributar em uma Federação, visto que apenas 20 países do mundo adotam o federalismo como forma de Estado, representadas pela reunião de vários estados autônomos em torno de uma administração única (federal). O Brasil, dentro desse cenário, ainda apresenta a peculiaridade de ser a única federação em que os municípios são entes federados. Muito embora a Constituição de 1934, tenha discriminado rendas tributárias, contemplado os municípios com impostos privativos, apenas a Constituição atual os elevou à condição de entidade estatal, outorgando-lhes autonomia política, administrativa e financeira, permitindo operar paralelamente à União e aos Estados em assuntos de competência privativa. Formando-se, portanto, um federalismo em três níveis, havendo três tipos de competência tributária, três tipos de obrigações e recolhimentos e um jogo político de constante tensão.

Pela própria origem do sistema tributário no Brasil, nascido como um gêmeo siamês da Ciências das Finanças Públicas, não é possível tratar do primeiro, sem o segundo, sendo este o cerne da impossibilidade em se analisar o sistema de tributação brasileira sob o ponto de vista do Direito Tributário em si mesmo, e o tributo como fato jurídico puro. É dessa impossibilidade que surge a hercúlea tarefa de se implementar uma reforma tributária, sob o ponto de vista essencialmente jurídico, sem considerar um contexto macroambiental ou seja, aspectos econômicos e sociais.

5. O papel dos municípios

Hodiernamente, nos países que adotam o sistema federativo a organização do poder ocorre com base na distribuição dual, ou seja, existe o governo central e os governos regionais, representados pelos Estados membros, e a partir deles vê-se regulado o funcionamento dos governos locais, restritos de autonomia aos limites das determinações das unidades subnacionais. No Brasil, observa-se que, apesar de o Município ser considerado uma unidade federativa com autonomia própria para gerir os assuntos de seu peculiar interesse, elaborar sua Lei Orgânica e eleger seus representantes, historicamente a condução dispensada pela União e pelos Estado membros, tem afastado um

tratamento municipal adequado tanto na definição das atribuições (execução de encargos) como também na distribuição das receitas tributárias. Isso porque o Constituinte, em 1988, ao ascender o Município à condição de ente autônomo dentro da organização federal, não concedeu maior capacidade tributária ou ao menos, garantiu-lhe uma melhor distribuição nas transferências de receitas constitucionais. Sendo assim, de nada adianta a capacidade de auto-organização política e administrativa, se não há alocação dos respectivos recursos financeiros que assegurem a independência econômica de fato.

Sabe-se que o Município tem como finalidade principal prover o bem estar dos seus habitantes, o que corresponde ao crescimento dos indivíduos em todos os sentidos, cultural, social e econômico, tanto da família quanto da comunidade. Sendo necessário que a ele sejam dadas as condições para cumprir com êxito suas atribuições. A grande maioria das estruturas municipais brasileiras possuem o formato de cidades pequenas, as quais são integradas a núcleos menores, formando o seu entorno. Todos esses pequenos núcleos se reúnem em torno de um polo arrecadador, do qual normalmente dependem economicamente, e a nível regional e nacional, dos Estados e União, respectivamente. O atual quadro de dificuldades a que estão submetidos os governos da União e os Estados, especialmente com o advento da pandemia provocada pelo coronavírus, faz com que se transfira muitos encargos e incrementos para às competências Municipais, fazendo com entrem no mesmo ciclo de limitação, de endividamento, e da falta de eficiência na execução de seus serviços, programas e ações de governo. Conseqüentemente, não são proporcionadas condições para que os entes locais possam superar suas deficiências e dificuldades, causando um descrédito e caos na administração pública como um todo.

Segundo a estimativa da carga tributária bruta elaborada pela Secretaria do Tesouro Nacional (STN) que segue o padrão do Manual de Estatísticas de Finanças Públicas de 2014 do FMI, estimava-se que, em 2019, a carga tributária bruta (CTB) do governo geral (governo central, estados e municípios) alcançaria 33,17% do Produto Interno Bruto (PIB), permanecendo praticamente estável em relação a 2018. Na decomposição por esfera de governo, a CTB dos governos estaduais apresentaria um crescimento de 0,15 p.p.do PIB, dos governos municipais haveria um aumento de 0,08 p.p. do PIB, e do governo central uma redução de 0,20 p.p. do PIB. Ainda com base no mesmo relatório, entre os anos de 2018 e 2019, houve um aumento na estimativa para arrecadação dos impostos municipais sobre a propriedade, da ordem de 4.736 milhões, já em relação aos impostos municipais sobre serviço, esse incremento seria ainda mais significativo passando dos 81.980 milhões previstos para serem arrecadados em 2018, para 89.867 milhões em 2019, o que representaria uma equivalência a 1,24% do PIB em 2019. No entanto, mesmo diante da previsão desse incremento arrecadatário, os Municípios continuam necessitando de uma maior capacidade e responsabilidade gerencial, maior transparência e organização para explorar a autonomia tributária outorgada pela

Constituição e romper a situação de dependência financeira historicamente experimentada.

Como estratégia de rompimento do ciclo de dependência econômica, os Municípios devem se apoiar nos princípios do desenvolvimento local sustentável. Isso em razão de o conceito de desenvolvimento local não está mais associado apenas àquilo que tradicionalmente era atribuído ao “lugar” (local). Existe atualmente, a concepção de que o âmbito “local” influencia e é influenciado pela esfera regional (estadual), por todo o país (âmbito nacional) e, ainda, por outras esferas. Os fenômenos locais não estão isolados ou não são os únicos que influenciam as políticas públicas municipais, uma vez que estão integrados em contextos nos quais os atores locais não possuem gestão. Outros Municípios realizam ações que impactam na realidade local. Governos estaduais mudam alíquotas de impostos, constroem ou pavimentam vias que facilitam o acesso de pessoas e mercadorias e, por isso, acabam impactando os Municípios em seu trajeto. O Governo Federal acelera ou freia a economia. Enfim, é por essa maior inter-relação entre os fenômenos locais e em outras esferas, inclusive a internacional, que a questão da sustentabilidade tem ganhado espaço na arena das políticas públicas locais.

É por essa razão, que a sustentabilidade deixou de ser um tema exclusivamente nacional, e conseqüentemente, a transição para um sistema tributário sustentável é uma estratégia que pode impactar fundamentalmente a esfera local. Por isso, a subutilização desse agente local de transformação precisa ser trabalhada, visto que nenhuma empresa por mais recursos que disponha, muitas vezes superiores a alguns Estados Nacionais, irá alcançar a alavanca de mobilização que um ente estatal possui; nenhum segmento privado terá como inspirar as pessoas, assim como os entes federativos fazem, de exigir, a partir de determinado momento, que as pessoas lhe entreguem os recursos necessários para existência em coletivo. E tais recursos precisam ser utilizados de forma a impulsionar o potencial comunitário. Portanto, o conceito de desenvolvimento local está diretamente relacionado à autonomia municipal, ao protagonismo dos atores envolvidos e à capitalização dos resultados no próprio Município.

Dentro dessa perspectiva, as Administrações Municipais podem atuar por diferentes vias, atraindo investimentos externos e fortalecendo o empresariado local, através do estímulo aos pequenos negócios e da criação de empreendimentos corporativos, impactando de forma positiva na estrutura social do lugar, uma vez que tais atitudes estimulam a distribuição de renda e induz os segmentos populares a um comportamento mais ativo.

Segmentos públicos de estudo propõem políticas ou linhas de ação que podem ser utilizadas tanto na abordagem, quanto na identificação de oportunidades que promovam o desenvolvimento econômico local, como um tratamento diferenciado para micro e pequenas empresas, através da legislação municipal, tornando mais simples a existência dessas empresas. Dessa forma, os empreendimentos tendem a promover sua formalização, com o conse-

quente aumento da base tributária, criando um potencial para a elevação da receita municipal.

No mesmo sentido, é fundamental o apoio à comercialização local, aprimorando feiras livres, criando mercados públicos, nos quais produtos locais são comercializados. Dentro da implementação deste apoio, é indispensável que sejam negociadas condições que valorizem o emprego de mão de obra local, de tal modo que isto se reverta em mais renda para pessoas que têm como base a vida no Município. Adicionalmente, a promoção de exposições, feiras, congressos e outros eventos de caráter comercial fortalece atividades econômicas locais, divulga seus produtos, constrói intercâmbio e contribui para aumentar a oferta de emprego e renda.

Contudo, nenhuma das mencionadas ações, cumprirão, o papel de projetar o desenvolvimento local se não houver acesso à capacitação de recursos humanos, a qual pode se dá por meio da inclusão, na grade curricular das escolas municipais, de conteúdos ligados ao empreendedorismo, de modo que estudantes obtenham informações sobre o mercado de trabalho e desenvolvam capacidade de iniciar e gerir negócios. A capacitação pode ocorrer também por meio de cursos patrocinados pelo Município com o objetivo de formar pessoas aptas para trabalhar nos estabelecimentos ali localizados.

6. Conclusão

Na contemporaneidade, um Município não pode se abster da função de fomentador do desenvolvimento municipal. Sua conduta deve ter como objetivo conduzir ações, captar recursos, mobilizar agentes e promover parcerias, almejando uma economia mais sólida, de modo que, a situação de dependência de recursos externos seja cada vez menor. Essas ações podem encontrar apoio em órgão da própria Administração, a partir da criação de agências responsáveis pela condução dos trabalhos, inclusive com a possibilidade de participação da Sociedade Civil. Como estratégia para implementação de um plano de desenvolvimento local, a Administração Municipal pode obter como fonte de informações a consulta à Municípios próximos, com realidade local semelhante ou, entre aqueles, que mesmo distantes se conhecem ações bem-sucedidas. Detalhes sobre o que e como fazem para melhorar as condições econômicas e sociais em seu território são informações valiosas para gerar novas oportunidades de desenvolvimento local.

Nesse sentido, fica evidente que, dentro do contexto de boas práticas de gestão, está a implementação de um sistema tributário sustentável, preditivo, o qual com base em estudos, possa projetar a repercussão de uma isenção ou da criação de uma espécie tributária, por exemplo, afastando a velha prática, de escolhas baseadas no modelo binário ônus/benefício político que podem gerar. Para isso, deve ser abandonadas alianças puramente partidárias e ideológicas, partindo para o desenvolvimento de ações que possam perpassar governos, internalizando o pacto intergeracional que o termo sustentabilidade

suscita.

Referências

BALEEIRO, Aliomar. **Uma Introdução à Ciência das Finanças**. 17. ed. rev. e atual. por Hugo de Brito Machado Segundo. Rio de Janeiro: Forense, 2010

BALTHAZAR, Ubaldo Cesar. **História do Tributo no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

BANCO MUNDIAL. Doing Business, 2020. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/data/exploretopics/paying-taxes>. Acesso em: 13 ago. 2020.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO (CMMAD). **Nosso Futuro Comum**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

ELKINGTON. John. **Cannibals with forks: the triple bottom line of 21st century business**. Oxford: Capstone, 1997.

FRANCO, A. **Porque precisamos de Desenvolvimento Local Integrado e Sustentável?** 2 ed. Brasília: Millenium, 2000.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 41. Ed. São Paulo: Malheiros, 2020.

PHILIPPI, L. S. A Construção do Desenvolvimento Sustentável. In.: LEITE, Ana Lúcia Tostes de Aquino; MININNI-MEDINA, Naná. **Educação Ambiental (Curso básico à distância) Questões Ambientais – Conceitos, História, Problemas e Alternativa**. 2. ed, v. 5. Brasília:Ministério do Meio Ambiente, 2001.

PITTA, Bárbara Barreto; MÉXAS, Mirian Picinini; PEREIRA, Gabriella Velloso Castro. **O Impacto da Carga Tributária Brasileira e o Efeito do Simples Nacional em Microempresas e Empresas de Pequeno Porte**. Sustainable Business International Journal, n. 74, 2018.

TCU. Versão Simplificada das Contas do Governo da República. 2009. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/tcu/paginas/contas_governo/contas_2009/Textos/Ficha%203%20-%20Carga%20Tributaria.pdf. Acesso: Setembro 2020.

TORRES, Ricardo Lobo. **A Idéia de Liberdade no Estado Patrimonial e no Estado Fiscal**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

WANDERLEY, Maria de Nazareth. **A emergência de uma nova ruralidade nas sociedades modernas avançadas – o “rural” como espaço singular e ator coletivo**. Estudos Sociedade e Agricultura, Rio de Janeiro, n.15, out. 2000.

WORLD BANK. **Gouvernance and development**. Washington DC: Ed. World Bank, 1992.

ZAVARIZI, Índio Jorge. A Fiscalidade no Brasil República. In: BALTHAZAR, Ubaldo Cesar (Org.). **O Tributo na História: da Antiguidade à Globalização**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

REFUGIADOS AMBIENTAIS ANTROPOGÊNICOS: UM ESTUDO A PARTIR DA EQUIDADE INTERGERACIONAL E SUA APLICABILIDADE NO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Samuel Pereira de Alvarenga

Bacharel em Direito Centro Universitário Adventista de Engenheiro Coelho, Pós graduado em Direito ambiental FAVENI, Graduando em Gestão Ambiental, Estácio. samuelpereiradealvarenga@gmail.com

Resumo:

O mundo há séculos conheceu uma nova categoria de refugiados: os refugiados ambientais. Mas quem são essas pessoas? São vítimas da ganância do homem, da exploração desenfreada da natureza, forçando famílias a se deslocar do seu habitat por fatores ambientais, provenientes diretamente ou não do homem. A pesquisa foi realizada através do método dedutivo e análise de sentenças, entendendo primeiramente os desastres ambientais, suas causas e efeitos no surgimento dos refugiados ambientais. Analisou-se a lacuna jurídica dos refugiados a partir da ótica teoria da equidade intergeracional de Edith Brown enfim a presença da teoria no artigo 225 da Constituição Brasileira e sua efetividade nos tribunais superiores. Os resultados demonstraram a necessidade de respaldo jurídico e a falha nacional na questão. Concluindo então a efetividade do artigo como base para normativa, com ensejo de devolver a estes indivíduos seus direitos humanos e o acesso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Palavras-chave: Refugiados ambientais; Equidade intergeracional; Direito ambiental.

Introdução

Em 2019 a ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) divulgou a existência de 26 milhões de refugiados pelo mundo, sendo essa soma elevada quase ao triplo ao contar com deslocados internamente. O número vem cada vez mais aumentando, mas uma categoria vem se destacando por seu crescimento exponencial, são os refugiados ambientais, pessoas que foram obrigadas a se deslocar por fatores ligados a uma perturbação

ambiental, ligadas diretamente ou indiretamente ao homem.

Segundo o estudo da Universidade das Nações Unidas estima-se que até 2050 os refugiados ambientais serão em 200 milhões de pessoas espalhadas pelo mundo, 200 milhões de pessoas com seus direitos humanos suprimidos, em busca de um refúgio, porém a perda não se dá somente no seu habitat, essas pessoas não tem respaldo algum jurídico internacional ou nacional, isto é, há uma lacuna jurídica, que separa essas pessoas de seus direitos.

É essencial que exista sob égide do país, meios para que essas pessoas possam retomar suas vidas de forma digna a sociedade. Esses desastres e acidentes tem sido ocorrido por diversos fatores como rompimento de barragens, desertificação, elevação do mar, secas, queimadas, etc. Nota-se que algumas causas são antropogênicas, isto é, são de interferência direta do homem, advindas da evolução do capitalismo, e o sistema predatório do capital. As tragédias de Mariana, Brumadinho, Belo Monte, são o reflexo de como a ganância do homem, atinge o próprio, porém afetando os mais vulneráveis.

Ao estudar sobre estes refugiados é comum se deparar com apontamentos sobre as lacunas jurídicas nacionais e internacionais, mas nunca se faz um apontamento e um estudo de como solucionar essa questão nacionalmente falando, se fazendo necessário quebrar o senso comum e trazer uma solução a essa confusão ética, onde o crescimento econômico de uns, é o detrimento de outros.

Para entender os refugiados ambientais, se faz necessário entender sua evolução historicamente, então num primeiro momento iremos entender o que são os desastres ambientais, suas tipificações, suas causas e como a ganância humana os fomenta, auxiliando cada vez mais no nascimento de novos refugiados ambientais.

Ao analisar as causas dos refugiados ambientais, vamos nos deparar com uma grande confusão ética e o conhecido sistema predatório, onde o lucro para alguns grupos, é sinônimo de destruição de outros. Essa conta não fecha, pois como se faz necessário para elevar sua riqueza, destruir o habitat e suprimir o direito de outros? É partindo desse questionamento que nos deparamos com a “Justiça ambiental”, um complexo de princípios que vão assegurar que não haja desproporcionalidade por consequências ambientais negativas vindas de causas antropogênicas a nenhum grupo de étnico, racial ou econômico.

A confusão ética criada, faz entender que não somente essas pessoas que perdem seus habitats irão ser prejudicadas e afetadas, mas as futuras gerações advindas dessas famílias, existindo não somente uma preocupação presente mas Após essa constatação, uma revisão da teoria da equidade intergeracional de Edith Brown Weiss é feita, onde a professora irá afirmar a necessidade do uso moderado dos recursos naturais, para promover as futuras gerações um meio ambiente equilibrado e uma qualidade de vida firmando um compromisso com entre as gerações presentes e as futuras. A teoria é presente no Brasil a Constituição Federal de 1988 no seu artigo 225.

Após analisar o artigo 225 da Constituição Federal, será feito um breve estudo de algumas decisões de Ações Diretas de Inconstitucionalidade dos Tribunais Superiores, verificando como os ministros utilizam o artigo para a estruturação de seus votos.

A construção da presente pesquisa se utilizara o método dedutivo, do entendimento dos desastres ambientais, o nascimento dos refugiados ambientais antropogênicos, irá passar pela teoria da equidade intergeracional, para finalizar com a premissa específica, que é a falta de legislação para os mesmos, e como a equidade intergeracional pode se relacionar com a normativa. A proposta será então entender como essa teoria, que é presente em nosso ordenamento jurídico, na Constituição Brasileira de 1988, poderá preencher a lacuna jurídica presente nos refugiados ambientais.

Dos desastres ao nascimento dos refugiados ambientais

Estamos no século 21, muitas coisas até aqui se passaram, guerras, pragas, revoluções, descobertas, evoluções científicas e tecnológicas entre outros marcos na história. A indústria cada vez mais avançando em suas tecnologias, em uma busca sem fim pelo capital e o acúmulo de bens. Este avanço é pautado no uso desenfreado de recursos ambientais e a má administração dos mesmos, o que faz com que a matemática seja negativa, isto é, traga grandes problemas ao homem (SERRAGLIO, 2014, p. 31).

Os problemas causados por essa má gestão de recursos ambientais, irá despertar o que é conhecido como desastre ambiental. A Defesa Civil define em seu Glossário desastre ambiental como:

Resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem, sobre um ecossistema (vulnerável), causando danos humanos, materiais e/ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais. (CASTRO, 1998, p. 52).

Esses desastres se intensificaram após a Revolução Industrial e o fenômeno da globalização, porém não são frutos desses fatores, existem a milhares de anos na história, sendo considerados provenientes do divino, carma e outros fatores. Desastres como inundações, tsunamis, terremotos, e acidentes nucleares são mais conhecidos pelo mundo, por estarem presentes de forma constante em alguns países (BARCESSAT, 2018, p. 18).

Os desastres ambientais são definidos por eventos naturais ou provocados pelo homem, porém o foco da pesquisa se dará nos desastres antropogênicos, variando de queimadas, desmatamentos, poluição, quebra de barragem, acidente nuclear e que podem ser definidos como sendo:

[...] aqueles provocados por ações ou omissos humanas. São produzidos por fatores de origem interna, relacionando-se com o próprio ser humano, como autor e vítima dos desastres. Normalmente os desastres humanos são consequências de ações desajustadas geradoras

de desequilíbrios socioeconômicos, políticos, tecnológicos e de profundas e prejudiciais alterações no ambiente ecológico de forma geral (BARCESSAT, 2018, p. 23).

Para efeitos de definição neste trabalho, será definido como desastre antropogênico aquele proveniente de atividade humana direta, sendo subestimação de riscos, avaliações inadequadas que colocam a sociedade e a natureza em risco. Para exemplificar e um melhor entendimento, podemos citar desastres ambientais por causas antropogênicas: Desastre em Bophal em 1984, vazando gás metil isocianato, o acidente nuclear de Chernobyl em 1986. Na esfera nacional os vazamentos de óleo na Baía de Guanabara em 2000 e recentemente os rompimentos de barragens em Minas Gerais, Mariana no ano de 2015 e Brumadinho em 2019, ceifando vidas e causando um dano ambiental imensurável (FILAGRANA, 2018, p. 149).

Os desastres ambientais afetam todo o ecossistema ao seu redor, tornando o local muitas vezes isolado e não sendo viável e possível a vida naquele habitat, desencadeando deslocamentos internos e externos. Isso vai ocasionar o surgimento de uma nova categoria chamada de “refugiados ambientais”. Esses refugiados então, são pessoas que são obrigadas a se deslocar do seu habitat por causas ambientais, perdendo seu meio, seu trabalho e seus direitos. Isso não é uma invenção da modernidade, afinal essas pessoas sempre existiram, mas o termo e o olhar humanitário criam vida no pós guerra, onde o número de refugiados ambientais quase vai se igualar aos refugiados propriamente ditos (SERRAGLIO, 2014, p. 88).

Os refugiados propriamente ditos como citado, são aqueles que são amparados por órgãos internacionais e nacionais, através de protocolos, resoluções e leis. Para ser reconhecido como refugiado no Brasil é necessário que o indivíduo esteja perseguido por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões ou devido a grave e generalizada violação de direitos humanos. Os refugiados então possuem legislações e amparo jurídico nacional e internacional, porém o mesmo não acontece com os refugiados ambientais, afinal não são reconhecidos por qualquer legislação regente. (FEDERAL, 1988).

A definição sobre exata sobre os refugiados ambientais causa uma confusão terminológica entre doutrinadores e ambientalistas, pois alguns os definem como: migrantes ambientais, migrantes ambientalmente forçados, eco migrantes, deslocados ambientais e refugiados ambientais. Vale ressaltar que os diversos termos utilizados vão ser apenas discussões doutrinárias por diferentes pensamentos, não limitando o pensamento para tal discussão e sim a solução para proteção dessa categoria (CLARO, 2018, p. 76-77).

Porém, com toda essa confusão terminológica, em 1985 o PNUMA e a ACNUR definiram refugiados ambientais como pessoas que

[..] foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a

zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas), perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo (ACNUR, 2011).

A primeira vez que se utilizou o termo “refugiado ambiental”, foi em 1970 pelo analista ambiental Lester Brown, mas o foi popularizado em 1985 no relatório do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA) (CLARO, 2015).

Essa categoria vem crescendo cada vez mais, a ONU (Organização das Nações Unidas) através de um dos seus órgãos traz um estudo sobre esse aumento e algumas perspectivas

[...]Especialistas da Universidade das Nações Unidas (UNU) estimam que, até o ano de 2050, poderão ser 200 milhões de pessoas que tiveram de abandonar os seus lares em razão de processos de degradação e desastres ambientais, especialmente em virtude das mudanças climáticas; e em 2010, já haveria 50 milhões de pessoas nessa condição, superando o quantitativo referente à categoria dos refugiados tradicionais (RAMOS, 2011, p. 22).

Novas lógicas de expulsões vão surgindo e as elites predatórias cada vez mais através de suas conquistas aumentando os números de refugiados ambientais por todo o mundo (SASSEN, 2016 p. 22). Provando então o quanto esses refugiados ambientais são frutos do capitalismo em que a ganância e a ambição pelo poder, torna os detentores das grandes fortunas se tornarem mais ricos e aqueles que estão sobrevivendo à margem da sociedade, são prejudicados por esses desastres ambientais (SASSEN, 2016, p. 9).

A raiz desse grande dilema se encontra na ação do próprio homem, não se falando mais de ações de guerra, mas de desastres ambientais, ceifando vidas e destruindo ecossistemas, em que o capitalismo “dá ao homem” o papel de vítima e vilão ao mesmo tempo, trazendo uma só afirmação: há uma confusão ética por trás dessa categoria (LOPES et al., 2012).

A confusão ética dos refugiados ambientais, justiça ambiental e uma nova preocupação

Essa confusão ética entre o homem assumir o papel de opressor e oprimido, traz dúvidas: existe evolução quando é derivada a somente uma parte da população? Existe crescimento quando o mesmo é pautado no detrimento de outros indivíduos? Os questionamentos feitos acima, advém de só uma resposta: o capitalismo é um sistema criado somente para obtenção do lucro e não das necessidades, inaugurando um sistema onde uns ganhem muito e outros simplesmente perdem tudo. (FOLADORI, 1999, p. 33).

Para Zygmunt Bauman o capitalismo é como um parasita, extrai os nutrientes de seu hospedeiro até o mesmo se findar, como fazem os detentores

do capital para atingirem seus lucros, extraem todo recurso natural do meio ambiente e onde habitam os mais vulneráveis, destruindo vidas pelo capital (BAUMAN, 2010, p. 9).

Não há como falar em evolução quando ela é pautada no detrimento da própria ou de qualquer espécie, deve se ter responsabilidade e não colocar em risco a vida atual ou futura, ou então viveremos em um sistema onde o objetivo totalmente o lucro e não a satisfação das necessidades, fomentando cada vez mais a desigualdade social no país e no mundo (FOLADORI, 1999, p. 33).

Desta desigualdade fomentada que o número de refugiados ambientais vai crescendo, sinônimo de uma sociedade que cada vez mais alimenta um consumo desenfreado, destruindo seu habitat e os seus (LOPES, HOSSNE, SABER, 2010, p. 410).

As alterações climáticas, o desmatamento, a escassez de recursos naturais, poluições, só demonstram cada vez mais a ganancia humana, que destrói tudo ao seu redor e agrava cada vez mais o grupo de pessoas vulneráveis que são atingidas por esses fatores. Afinal, “a corda sempre irá estourar do lado mais fraco”, pois essas pessoas perdem vidas, seus habitats e quem deveria conciliar essa relação serve aos detentores do poder econômico, pois os mesmos ameaçam retirar suas empresas, contratos e compromissos sociais, favorecendo a quem não deveria e alimentando cada vez mais a destruição ambiental e a disparidade social (LASCHEFSKI, ZHOURI, 2010, p. 5-6).

É desse caos que nasce um gerador chamado “injustiça ambiental”. Derivado do conceito de Justiça Ambiental, o termo nasce nas décadas de 70/80 nos Estados Unidos, onde moradores de baixa renda, comunidades negras, vão as ruas protestar ao terem conhecimento que suas casas foram construídas em solo contaminado com dejetos químicos (HERCULANO, 2008, p. 3).

As ruas com protestos volumosos, denúncias e a mídia apoiando, a partir de uma coleta de dados é constatado que 3/4 de todos os aterros de resíduos tóxicos do Sudeste dos Estados Unidos estavam instalados em bairros com população negra e se concluiu junto a isso que grande parte estavam em territórios de etnias mais pobres (HERCULANO, 2008, p. 3).

Após esses escândalos, o governo não poderia mais negar o movimento, então implementa mecanismos políticos, criando formas para construir procedimentos para descontaminação do solo, fundos para comunidades afetadas por esses poluentes, assim como amparo jurídico pela busca dos seus direitos (HERCULANO, 2008, p. 4).

Da necessidade dos mais vulneráveis, surge então a Justiça Ambiental, um conjunto de princípios e práticas para garantir meio ambiente a todos, trazendo atenção aqueles estão em posições econômicas não favorecidas e que por etnias ou questões raciais, são privadas de um meio ambiente equilibrado como outros mais favorecidos (MMA, 2012).

No Brasil a Justiça Ambiental nasce em 2001, com a criação da Rede Brasileira de Justiça Ambiental, advinda de movimentos sociais e acadêmicos, inspirada nos movimentos sociais do Estados Unidos, a mesma vem com um

escopo maior de princípios e práticas. A Rede foi responsável por inúmeras denúncias no país, desde desmatamentos a altas explorações de recursos naturais, com o intuito de proteção do meio ambiente, e famílias que poderiam viver ao redor (CARTIER et al., 2009, p. 2695).

As injustiças ambientais que mais se destacam no Brasil são lixões, aterros sanitários, áreas inundáveis e depósito de produtos químicos, que em sua grande maioria são encontrados próximos a populações mais pobres. A falta de saneamento básico é uma das maiores injustiças ambientais do país, em que famílias vivem com esgotos a céu aberto e crianças brincam e vivem em total contato a essas poluições e dejetos. Mas como proteger essas crianças desses danos ambientais, como garantir que essas futuras gerações tenham um ambiente saudável e equilibrado como nosso? (CARTIER et al, 2009. p. 2696).

A ideia de que recursos naturais são infinitos não tem mais vigência e a preocupação com a escassez assombra os países, surgindo uma preocupação não pautada somente na atualidade, mas uma preocupação futura com o meio ambiente e com quem irá usufruir do mesmo (BRANDÃO, SOUZA, 2012, p. 164).

A conscientização sobre o uso dos recursos naturais se torna uma necessidade, para garantir as gerações futuras que possam usufruir igualmente desses recursos, surgindo então a teoria equidade intergeracional, uma preocupação com as gerações futuras, uso racional do meio ambiente e outros fatores, que serão abordados minuciosamente a seguir (BRANDÃO, DORNELAS, 2013, p. 6).

As futuras gerações e a equidade intergeracional

A preocupação com as futuras gerações, não é algo recente, já foi pautada em lei, convenção e conferências. A primeira aparição do termo “futuras gerações”, nasce na seara do direito ambiental nos Estados Unidos em 1916, na redação da Lei de Criação e Proteção dos Parques Nacionais do país, onde trazia que era necessário manter a paisagem, assim como a vida silvestre para que futuras gerações possam usufruir. Em 1946 aparece na Convenção Internacional para Regulação da Captura da Baleia, trazendo a preocupação com o recurso natural as futuras gerações (BRANDÃO, DE SOUZA, 2012, p. 166).

Com aparições concretas em lei e convenção sobre a preocupação com as futuras gerações, muitos autores ainda acreditam que ela surge junto a ideia de deveres intergeracionais na Declaração de Estocolmo em 1972:

A origem do Princípio da Equidade Intergeracional, nestes termos, advém da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano, celebrada na cidade de Estocolmo, capital da Suécia, em 1972, quando do reconhecimento da preocupação com a finitude dos recursos naturais, estabelecendo, em seu princípio, que estes devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante cui-

Os autores podem até divergir sobre a origem, mas é unânime que a discussão ganha forças e olhares no direito ambiental com o estudo da professora de Direito Internacional do Georgetown University Law Center, Edith Brown Weiss¹, nos anos 80. Seu nome se torna pioneiro no assunto, pelo vasto estudo e por tratá-lo com melhor definição e trazer junto à sua teoria um conjunto de princípios (BOLSON, 2012, p. 224).

A professora vai trazer um modelo teórico pautado em uma confiança planetária, isto é, onde toda a comunidade humana, sendo gerações presentes, passadas ou futuras tem direitos iguais ao meio ambiente, por isso a extrema necessidade das gerações atuais conservarem o meio em que vivem, para repassar às futuras gerações no mesmo estado, de forma equilibrada e sadia (THEODORO, GOMES, 2016, p. 6).

A professora defende a necessidade de um olhar as gerações futuras quando se trata de meio ambiente:

Two relationships must shape any theory of intergenerational equity in the environmental context. The first is our relationship with our natural system of which we are a part. The second is our relationship with other generations² (WEISS, 1992, p. 20).

A teoria da equidade intergeracional está diretamente ligada ainda com o desenvolvimento sustentável, como defende Edith³ (BRANDÃO, SOUZA 2012 p. 169), que seria utilizar do meio ambiente, dos recursos naturais, de modo que seja possível a utilização do mesmo por futuras gerações. Forte é a ligação entre a teoria e a desenvolvimento sustentável, mas não é apenas isso, pois consigo traz três princípios conformadores: Princípio da conservação da diversidade das opções; Princípio da conservação da qualidade e Princípio da conservação do acesso (THEODORO, GOMES, 2016, p. 9).

O princípio da conservação da diversidade das opções, é baseado na

1 Edith Brown Weiss nascida em 1942, é advogada e acadêmica jurídica, conhecida por suas contribuições no Direito Internacional, principalmente no Direito Ambiental Internacional. Atuou como presidente da sociedade americana de Direito internacional e atuou em inúmeras organizações internacionais. Conhecida como a precursora da equidade intergeracional, é dona de muitas obras como: international environmental law: basic instruments and references, In fairness to future generations, International Environmental Law and Policy.

2 Duas relações devem moldar qualquer teoria de equidade intergeracional no contexto ambiental. O primeiro é nosso relacionamento com nosso sistema natural do qual fazemos parte. O segundo é nosso relacionamento com outras gerações. (Tradução minha).

3 Nós detemos o ambiente natural e cultural do planeta em condomínio com todos os membros da espécie humana: gerações passadas, presentes e futuras. Como membros da presente geração, nós conservamos a Terra como depositários para as gerações futuras. Ao mesmo tempo, nós somos beneficiários autorizados a usá-la e colher os benefícios desse uso. Nós também somos parte do sistema natural, e como as mais sencientes criaturas vivas, temos a responsabilidade especial de proteger sua resiliência e integridade. (Tradução do Autor)

diversidade biológica, defendendo que quanto maior o número de espécies, trará consigo um resultado pautado em uma biodiversidade mais rica e um ecossistema robusto. O segundo princípio da conservação da qualidade defende a necessidade de que gerações atuais possuem o dever de deixar as futuras gerações a mesma qualidade ambiental que lhe foram recebidos. Ambos os princípios defendem a diversidade e a qualidade de vida, para as futuras gerações terem os mesmos recursos que as atuais (BOLSON, 2012, p. 229).

Já o terceiro princípio, da conservação do acesso, ele irá se preocupar com o acesso a esses recursos, que é um problema enfrentado atualmente diversos países, como o Brasil, que existem milhares de pessoas que não tem acesso à água potável ou saneamento básico⁴. Demonstrando então que os três princípios de Edith Brown, demonstram a esperança da professora em minimizar os desastres dos recursos naturais, trazendo um alerta as presentes gerações para um uso sustentável e consciente, para que seus filhos e netos possam ter acesso a esses recursos de forma igualitária as gerações atuais (BOLSON, 2012, p. 230).

A teoria da equidade intergeracional surge da preocupação com as futuras gerações, trazendo um dever as gerações atuais, mas não é somente uma teoria aplicada no Mundo á fora, mas é recepcionada em 1988 no Brasil, com a Constituição Federal, em seu artigo 225.

A Teoria da Equidade Intergeracional no Brasil, sua aplicação e uma base normativa aos refugiados ambientais

Direitos ambientais e proteção ao meio ambiente para futuras gerações é um conceito novo no Brasil, comparado a outros países. Em 1988 essas proteções, direitos e deveres ao Estado são recepcionadas pela Constituição, um grande avanço ambiental ao país. Somente em 1965 no Código Florestal que encontramos alguma proteção ambiental, com dispositivos para preservação das florestas e regularização da sua exploração. Dois anos depois encontramos uma preocupação ecológica na Constituição de 1967⁵ e em 1981 com a Lei 6.938 da Política Nacional do Meio Ambiente como um marco das políticas públicas de meio ambiente. (BENJAMIN, 2005, p. 11).

Anteriormente o meio ambiente era resguardado de forma indireta, sua proteção era encontrada na defesa do direito à saúde, a vida, dignidade da pessoa humana, entre outros direitos, mas de forma intrínseca, pois não conseguimos resguardar os mesmos sem falar em meio ambiente (BENJAMIN, 2005, p. 9).

4 Segundo IBGE, este número equivale a cerca de 9 milhões de lares em todo o território nacional que não têm acesso à rede de esgoto e crescem desde 2016. Os dados são da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua 2019, divulgados nesta quarta-feira (6) pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)

5 Art. 172 da Constituição de 1967: A lei regulará, mediante prévio levantamento ecológico, o aproveitamento agrícola de terras sujeitas a intempéries e calamidades. O mau uso da terra impedirá o proprietário de receber incentivos e auxílios do Governo.

O maior avanço ambiental no Brasil e na América Latina acontece em 05 de Outubro de 1988, com a promulgação da Carta Magna. Trazendo em seu corpo, o direito ambiental como direito constitucional, um grande crescimento se considerarmos os quase 500 anos do país. O direito ambiental principalmente no artigo 225 em consonância com a equidade intergeracional, impõe ao poder público e a coletividade a proteção ao meio ambiente, juntamente ao seus sete parágrafos, garantindo controle, educação e deveres ao coletivo e ao Estado, transformando o direito ambiental em um direito social (GALVAO, GIANINI, 2018, p. 14).

Trazendo sete parágrafos consigo, o artigo 225 traz em seu *caput*:

“Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL, 1988)

Autores defendem que o Estado ganha uma nova roupagem com a presença do artigo 225:

Com o advento da Constituição Federal de 1988, houve a assunção de um modelo de Estado com caráter de socioambiental, que apresenta como eixo central o artigo 225 do referido diploma. A efetivação do direito fundamental ao ambiente equilibrado pode ser realizada consoante o previsto no artigo 5º, LXXIII, da CF (ação popular manejada por qualquer cidadão), que também conferiu ao Ministério Público, como uma de suas funções essenciais, a promoção da ação civil pública para a proteção do ambiente (ANDRADE, CARVALHO, 2015).

Ambientalistas denominam uma nova roupagem ao Estado na Constituição de 1988, roupagem está chamada de Estado Socioambiental, que tem por objetivo combater a desigualdade e a promoção do bem estar. (SARLET, MACHADO, FENSTERSEIFER, 2017).

Princípios também são resguardados no artigo 225 em seus incisos, como princípio do desenvolvimento sustentável, do poluidor-pagador e prevenção. Outro ponto resguardado, ainda que implicitamente, é a soberania do Brasil presente no artigo no seu § 4º, definindo o que são patrimônios nacionais: Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira (BRITO, BRITO, 2015).

São grandes as inovações do artigo 225 com princípios e resguardos, mas não há como esquecer da recepção da teoria da equidade presente no mesmo. A preocupação com as futuras gerações se torna uma necessidade constitucional, demonstrando o alto cuidado que a coletividade e o poder público devem ter com o meio ambiente, para seus sucessores (GALVAO, GIANINI, 2018 p. 8).

É nítido o quanto o constituinte direcionou seus olhos ao meio ambien-

te, em um caráter protetivo, mas também preventivo, dividindo a tarefa de preservação com o Estado e a população. O texto base traz uma enorme elaboração e ascensão do direito ambiental a sociedade, mas se é de fato aplicável seu texto, é algo a se pensar e é exatamente o que será feito, a aplicação do referido artigo por órgãos superiores (BEZERRA, NETO, 2015, p. 95).

Se faz de grande importância a participação dos órgãos superiores na concretização das leis, o Superior Tribunal de Justiça tem sido exemplo disso, como defende:

Como guardião maior das leis infraconstitucionais no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) mostra concretamente sua preocupação em disponibilizar a linguagem construída nas suas decisões sobre o meio ambiente. Com mais de três mil processos julgados que tratam exclusivamente de demandas ambientais, o STJ gera linguagem. Aqui o médium da linguagem se concretiza como experiência hermenêutica (HUPFFER, NAIME, 2012 p. 235).

Sua evolução pode ser enxergada nos números de jurisprudências criadas e ao admitir inversão do ônus da prova a empresas e empreendedores que foram acusados de danos ambientais, isso ocorreu no próprio Superior Tribunal de Justiça em 2009 decidindo que em ações de degradação ambiental, cabe ao réu e não ao acusador, apresentar as provas, decisão essa proferida pela Ministra Eliana Calmon (HUPFFER, NAIME, 2012, p. 235).

Herman Benjamin, Ministro do Superior Tribunal de Justiça em 2010, defendeu a necessidade de o próprio tribunal trazer uma interpretação mais ampla e aplicar os princípios do Direito Ambiental. Em 2010 o Tribunal, reconheceu a responsabilidade solidária entre o Estado de São Paulo e as empresas poluidoras, por danos ambientais que foram resultados de construções irregulares no Parque Estadual de Jacupiranga no Estado de São Paulo, o embasamento para decisão foi no artigo 225 desde seu *caput* a seus parágrafos e incisos, entendendo o dever de controle e fiscalização do Estado de um meio ambiente ecologicamente equilibrado (LEITE, 2004, p. 21).

Outros votos são muito importante a serem pautados, como o voto do Ministro Arnaldo Esteves de Lima do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1115555/MG, (julgado em 2011), onde se fundamentou no artigo 225, condenando o réu ao pagamento se baseando nos princípios da Solidariedade Intergeracional, da Prevenção, da Precaução, Poluidor-Pagador, da Informação, da Participação Comunitária.

O Supremo Tribunal Federal é responsável por inúmeras decisões de ADIs (Ações Diretas de Inconstitucionalidade) se baseando no artigo em análise, o art 225 da Constituição Federal. Alguns temas se destacam entrelaçados ao artigo, como o meio ambiente ecologicamente equilibrado, desenvolvimento sustentável, participação democrática, entre outros.

Em resolução de ADI 1505/ES, o Supremo Tribunal Federal através do Ministro Eros Grau em 2004 utilizou do artigo 225 em seu § 1º para defender

o estudo de impacto ambiental. Em seu voto o Ministro Carlos Britto na ADI 3.378/DF em 2008 utilizando do referido artigo, defendeu o meio ambiente ecologicamente equilibrado. Podemos ainda encontrar o Ministro Luiz Fux em 2012 no seu voto na ADI 4.029/DF defendendo a participação do Estado e sociedade e na mesma ação, o Ministro Celso de Mello defendendo um desenvolvimento sustentável e uma natureza equilibrada (BEZERRA, NETO 2015 p. 99).

O conceito de direito ao meio ambiente muito bem abordado em seu voto pelo ministro Celso de Mello na Ação acima, no Supremo Tribunal Federal, deve ser descrita, pois se tornou base de muitas decisões:

[...] um típico direito de terceira geração, que assiste, de modo subjetivamente indeterminado, a todo o gênero humano, circunstância essa que justifica a especial obrigação - que incumbe ao Estado e à própria coletividade - de defendê-lo e de preservá-lo em benefício das presentes e futuras gerações (MACHADO, 1995, p. 161).

Após nos depararmos com as decisões por tribunais superiores, se demonstra a efetividade do artigo 225 da Constituição Federal, assim como demonstra a preocupação do legislador e constituinte com as presentes e futuras gerações, como é importante ao meio ambiente. Então o mesmo pode ser utilizado como base para a normativa dos refugiados ambientais, que carecem de proteção e necessitam de um meio ambiente ecologicamente equilibrado e proteção as futuras gerações.

Inicialmente abordado, o vazio jurídico dos refugiados ambientais é algo que tem preocupado os Estados, assim como os órgãos internacionais. Por eventos naturais ligados indiretamente a ações humanas e eventos com total responsabilidade humana, não há como negar que os refugiados ambientais são resultado de uma natureza egocêntrica e antropocêntrica, onde o capitalismo coloca cifrões a frente de pessoas. A ganância humana resultou nessa nova categoria, que hoje é responsável por números que se intensificam ano após ano. A Organização Internacional para Migrações, estima que o número de refugiados ambientais irá alcançar de 200 milhões a 1 bilhão de pessoas até 2050 (CLARO, 2013, p. 2).

Internacionalmente esse vazio jurídico já tentou ser preenchido, porém um obstáculo separa os refugiados ambientais de uma devida proteção: a ausência do elemento perseguição, que habita os estatutos e convenções internacionais. Não obtendo esse *status*, os refugiados ambientais não conseguem amparo jurídico, o que leva a alguns ambientalistas afirmarem que a perda de habitat por degradações ambientais antropogênicas é uma forma de perseguição (PEREIRA 2011, p. 232).

O Brasil já enfrentou esse dilema e de maneira desesperada tentou resolvê-lo. Em 2010 centenas de haitianos tiveram que sair de seu país por razões ambientais, advindas de um terremoto. Ao chegarem no Brasil, não conseguiram

ram refúgio, afinal não possuíam o elemento perseguição necessário, então por pressões das organizações civis, o Conselho Nacional de Imigração teve que autorizar permanência de 199 haitianos por razões humanitárias, reconhecendo a eles um visto humanitário RAMOS, 2011, p. 101).

O visto humanitário acarretou muitas burocracias, como estar com passaporte em dia, residência no Haiti comprovada por atestado, atestado de bons antecedentes e pagamento de taxa de U\$ 200 para o emitir o visto. Essas exigências foram responsáveis por barrar um número maior de concessões de vistos, também se encontrando problemas nas concessões em Porto Príncipe, demonstrando o consulado insuficiência nas emissões (FERNANDES, FARIA, 2017, p. 155).

Essa até poderia ser a solução se não fosse os inúmeros problemas enfrentados, como emissão, temporariedade e criação apenas a um caso específico. Outra dificuldade seria que a solução não abrangeria os deslocados internos, criando novamente um vazio jurídico. Para o ambientalista Tiago Baptistela, (2018, p. 173), a sua maior diferença para os refugiados propriamente ditos, está nos benefícios, pois um refugiado dispõe uma série de direitos e garantias, como alimentação, donativos financeiros, materiais diversos, centros de saúde e programas de criação de escolas pela ACNUR, enquanto o visto somente abrange concessão ao trabalho e direitos como qualquer estrangeiro, não tendo toda assistência pelo órgão dos refugiados.

O caso dos haitianos é a prova do quanto é necessário o país conceder respaldo jurídico aos refugiados ambientais, pois se encontrou com uma situação onde centena de pessoas necessitaram de amparo urgente, e não os tinha.

Ao analisarmos a pesquisa encontramos na nossa Carta Magna de 1988, a maior resposta para essa lacuna jurídica, trazendo a equidade intergeracional e todas as proteções do artigo 225, protegendo valores como: meio ambiente equilibrado para as presentes e futuras gerações, afinal, não há quem mais precise de um meio ambiente equilibrado que os refugiados ambientais que recém perderam seus habitats e necessitam retomar suas vidas, para dar dignidade e um meio ambiente para seus descendentes.

Então o poder público ao assumir a responsabilidade de proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações, assim como seus inúmeros deveres, deve se valer da própria norma constitucional como base para reger os refugiados ambientais e sanar o vazio jurídico e a retomada de direitos.

Considerações finais

O objetivo deste artigo foi analisar como a equidade intergeracional pode afetar a ordem normativa para os refugiados ambientais por causas antropogênicas. Para atingir esta compreensão se utilizou o método dedutivo, inicialmente entendendo o que são desastres ambientais, suas causas e o mo-

tivo no qual ensejam os desastres ambientais antropogênicos. Através desse fenômeno entendemos o nascimento dos refugiados ambientais e como essa categoria nasce de uma ambição e busca pelo capital, trazendo consigo uma confusão ética, onde o homem se torna o predador e a vítima. Entendendo esse sistema predatório esbarramos por termos como justiça ambiental e equidade intergeracional.

Procurou entender a teoria de da equidade intergeracional da professora Edith Brown Weiss, como meio de proteção às gerações futuras, na garantia de um meio ambiente equilibrado e como esta teoria é aplicada na Constituição Federal de 1988, no artigo seu 225, que foi estudado de forma minuciosa, entendendo os princípios nele presente, sua evolução ao direito ambiental, assim como sua aplicação nos tribunais.

A necessidade da qual esses refugiados carecem de amparo jurídico para sanar sua mitigação de direitos foi evidenciado na pesquisa, afinal essa categoria não tem qualquer respaldo nacional ou internacional e como as tentativas de preenchimento dessa lacuna foi falha, demonstrando a alta necessidade de um amparo jurídico aos mesmos.

Após uma leitura dos votos em decisões nos tribunais superiores, a forma no qual fica conclusivo a efetividade do artigo 225 da Constituição Federal de 1988, seja ele na aplicação dos princípios ambientais ou no norteamento a leis infraconstitucionais que legislem matérias ambientais, demonstrando o quanto seria efetivo o regimento da normativa dos refugiados ambientais pela própria norma.

Por fim, mesmo com obstáculos em sanar esse vazio jurídico, se encontrou uma base sólida nacional, podendo ser a égide da ordem normativa dessa categoria. O ganho à humanidade que esta pesquisa traz é de tamanho imensurável, uma vez que essa categoria, possui perspectivas de aumento, mostrando a urgência que este respaldo jurídico deve ser criado, a fim de não deixar mais pessoas à mercê da vida por simples ganância do homem, restaurando então seus direitos fundamentais, seu meio ambiente ecologicamente equilibrado e suas vidas.

Referências

ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. **Manual de procedimentos e critérios para a determinação da condição de refugiado**, Geneva, 2011.

ANDRADE, Andressa Paula de; CARVALHO, Érika Mendes de. **A proteção penal do meio ambiente como direito fundamental e os mandados de criminalização**.

BAPTISTELA, Tiago. **A problemática da tutela jurídica dos refugiados ambientais no Brasil**: Análise da Concessão do Visto Humanitário Concedido pelo Conselho Nacional de Imigração. *Revista Direito em Debate*, v. 27, n. 49, p. 156-176, 2018.

- BARCESSAT, Ana Clara Aben-Athar. **Desastres e direito ambiental**: governança, normatividade e responsabilidade estatal. Curitiba: Juruá, 2018, 142p.
- BENJAMIN, Antônio Herman et al. **O meio ambiente na Constituição Federal de 1988**. Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BEZERRA, Ana Keuly Luz; NETO, José Machado Moita. **Justiça ambiental: uma análise à luz da Constituição Federal**. Revista Direito Ambiental e Sociedade, v. 4, n. 2, 2015.
- BOLSON, Simone Hegele. **A dimensão filosófico-jurídica da equidade intergeracional**. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 6, n. 19, p. 210-236, 2012.
- BRANDÃO, Luiz Carlos Kopes; DE SOUZA, Carmo Antônio. **O princípio da equidade intergeracional**. Planeta Amazônia: Revista Internacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, n. 2, p. 163-175, 2012.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- BRANDÃO, Eraldo José; DORNELAS, Henrique Lopes. **Justiça ambiental e proteção dos direitos intergeracionais**. Ciência Atual–Revista Científica Multidisciplinar das Faculdades São José, v. 1, n. 2, 2013.
- BRITO, Fernando de Azevedo Alves; BRITO, Álvaro de Azevedo Alves. **A tendência ambientalista da Constituição Federal de 1988**. 2015
- CARTIER, Ruy et al. **Vulnerabilidade social e risco ambiental**: uma abordagem metodológica para avaliação de injustiça ambiental. Cadernos de Saúde Pública, v. 25, p. 2695-2704, 2009. Disponível em: <https://www.scielosp.org/pdf/csp/2009.v25n12/2695-2704/pt>
- CASTRO, Antônio Luiz Coimbra de. **Glossário de Defesa Civil: estudos de riscos e medicina de desastres**. Ministério do Planejamento e Orçamento, Secretaria Especial de Políticas Regionais, Departamento de Defesa Civil, 1998. Disponível em: <http://defesacivil.mg.gov.br/images/documentos/Defesa%20Civil/manuais/GLOSSARIO-Dicionario-Defesa-Civil.pdf>. Acesso em 02 jun. 2020.
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção dos Refugiados Ambientais no Direito Internacional**. Tese de doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015, 328p. Disponível em https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-08042016-155605/publico/Tese_Carolina_de_Abreu_Batista_Claro.pdf
- CLARO, Carolina de Abreu Batista. **O Conceito de Refugiados Ambientais**. P 69- 101 Refugiados Ambientais. Liliana Lyra Jubilut, ... [et al.] organizadoras; Amanda Allgayer ... [et al.]. – Boa Vista: Editora da UFRR, 2018.
- FERNANDES, Duval; FARIA, Andressa Virgínia de. **O visto humanitário como resposta ao pedido de refúgio dos haitianos**. Revista Brasileira de Estudos de População, v. 34, n. 1, p. 145-161, 2017.
- FIGUEIRA, Sérgio Sampaio. **A função teleológica do princípio da equidade intergeracional no Direito Ambiental do Brasil**. Planeta Amazônia: Revista In-

ternacional de Direito Ambiental e Políticas Públicas, n. 2, p. 1-10, 2012.

FILAGRANA, Tatiana Conceição Reis. **OS DESASTRES AMBIENTAIS**: dicotomia entre os fatores naturais e antropogênicos. Revista Húmus, v. 8, n. 24, 2018.

FOLADORI, Guillermo. **O capitalismo e a crise ambiental**. Raízes: Revista de Ciências Sociais e Econômicas, n. 19, p. 31-36, 1999.

GALVÃO, Débora Gomes; GIANINI, Juliana Buck. **A equidade intergeracional**: uma análise dos direitos da natureza em constituições latino-americanas. Conpedi Law Review, v. 4, n. 2, p. 1-20, 2018.

HERCULANO, Selene. **O clamor por justiça ambiental e contra o racismo ambiental**. Revista de gestão integrada em saúde do trabalho e meio ambiente, v. 3, n. 1, p. 01-20, 2008.

HUPFFER, Haide Maria; NAIME, Roberto. **Vocação de diálogo do artigo 225 da Constituição Federal no conflito ambiental**. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável, v. 9, n. 17, p. 213, 2012.

LEITE, Thiago. **Direito Ambiental**. Do individual, 2004. Acesso em: <http://files.ibijus.webnode.com.br/200000961-422ba4325e/Aula%2003%20-%20Direito%20Ambiental.pdf>

LOPES, Adelirian Martins Lara; AB'SABER, Aziz Nacib; HOSSNE, William Saad. **O conceito de refugiado ambiental**: é uma questão bioética? Revista Bioethikos, v. 6, n. 4, p. 409-415, 2012.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito ambiental brasileiro**. Malheiros Editores, 1995.

MMA, Brasília. “Ministério do Meio Ambiente.” **Manifesto de Lançamento da Rede Brasileira de Justiça Ambiental** (2012).

RAMOS, Érika Pires. **Refugiados ambientais**: em busca de reconhecimento pelo direito internacional. Doutorado. Universidade de São Paulo – Direito. São Paulo: EP Ramos, 2011.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **Uma visão brasileira do conceito “refugiado ambiental”**. 60 anos de ACNUR, p. 221.

SASSEN, Saskia. **Expulsões**: brutalidade e complexidade na economia global/ Saskia Sassen; tradução Angélica Freitas – 1ª ed. – Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra. 2016. 336 p.

SERRAGLIO, Diogo Andreola. **A proteção dos refugiados ambientais pelo direito internacional**: uma leitura a partir da teoria da sociedade de risco. 22.ed. Curitiba: Juruá, 2014. 180 p.

THEODORO, Marcelo Antonio; GOMES, Keit Diogo. **Teoria da Equidade Intergeracional**: Reflexões Jurídicas. Revista de Direito Ambiental e Socioambientalismo, v. 2, n. 1, p. 1-16, 2016

WEISS, Edith Brown. **Intergenerational fairness and rights of future generations**. **Stiftung für die Rechte zukünftiger Generationen** (The Foundation for the Rights of Future Generations). Disponível em: Acesso em: 15 Agosto 2020

ZHOURI, Andréa; LASCHEFSKI, Klemens. **Conflitos ambientais**. Publicação do Grupo de Estudos em Temáticas Ambientais da Universidade Federal de Minas Gerais–GESTA/UFMG, 2010

PACOTE ANTICRIME: A INCONSTITUCIONALIDADE DO NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO AMBIENTAL

Clara Castelani

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

O Acordo de Não Persecução Penal (artigo 28-A do CPP) veio com alterações depois de sua mudança com o novo Pacote Anticrime. Dessa forma, a pesquisa presente visa analisar um ponto muito importante: a sua inconstitucionalidade diante dos crimes ambientais, uma vez que os requisitos para se obter o acordo se enquadram perfeitamente entre a maioria dos crimes ambientais. Dessa forma, iremos analisar o grande retrocesso para o meio ambiente, uma vez que, ela confronta um dos direitos fundamentais da 3ª geração: um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal. Nisso, o projeto apresentado será realizado de forma teórica. Utilizaremos meios de pesquisa como: artigos científicos, doutrinas, livros e entre outros. O projeto resultou em uma pesquisa aprofundada para demonstrar de fato a inconstitucionalidade da norma para o meio ambiente; onde Rogério Sanches Cunha, Édis Milare e outros, compuseram essa pesquisa com seus estudos.

Palavras-chave: Direito ambiental; Acordo de Não Persecução Penal; Retrocesso ambiental.

Introdução

O meio ambiente e o direito:

Previsão legal, proteção constitucional e política nacional sobre o meio ambiente

A definição legal de Meio Ambiente se encontra no artigo 3º, I, da Lei 6.938/1981, relativa à Política Nacional do Meio Ambiente (PNAMA), a qual explica que meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que, permite, abriga e rege a vida

em todas as suas formas”.¹

O CONAMA – Conselho Nacional do Meio Ambiente também traz uma definição ainda mais complexa do que a própria Lei 6.938/1981, englobando também o patrimônio cultural e artificial, a qual define “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas.”²

Vale lembrar que nem sempre existiu proteção legal. As Constituições que antecederam a de 1988 nunca se preocuparam com a proteção do Meio Ambiente – tanto que nem as palavras “Meio Ambiente” foram citadas, nos mostrando total inadvertência e despreocupação. A Constituição do Império de 1824 nunca fez referência à matéria, “apenas cuidando da proibição de indústrias contrárias a saúde do cidadão – artigo 179, n. XXIV.”³

A Constituição de 1934 dispensou proteção às belezas naturais, patrimônios históricos, artísticos e culturais, (artigos 10, III, e 148); conferiu à União competência em matéria de riquezas de subsolo, mineração, água, florestas, caça, pesca e sua exploração (artigo 5º, XIX, j).⁴

Dada a degradação irracional do meio ambiente, fez-se necessário a “maior e eficaz tutela dos recursos ambientais pelo Poder Público e por toda a coletividade”.⁵

Um dos grandes marcos internacionais, foi a Conferência de Estocolmo (Suécia), em 1972, juntamente com 113 (cento e treze) países, promovida pela ONU, onde se deu um “alerta mundial sobre os riscos à existência humana trazidos pela degradação excessiva”⁶ – em que o Brasil manteve uma postura muito retrógrada.

Situando-se durante a ditadura militar, o Brasil dava tanta importância com o crescimento acelerado da economia, que durante a Conferência de Estocolmo, “se posicionou a favor do crescimento econômico ambientalmente irresponsável. Isso quer dizer que o país colocaria seu crescimento econômico acima de qualquer política ambiental.”⁷

1 AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. 7. ed. São Paulo: Método, 2016.

2 BRASIL. **Resolução Conama nº 306, de 5 de julho de 2002**. Estabelece os requisitos mínimos e o termo de referência para realização de auditorias ambientais. Anexo I, XII. Disponível em: <http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=306>. Acesso em: 26 jan. 2021.

3 MILARÉ, 2015, p. 169.

4 Ibid.

5 Ibid.

6 AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2016.

7 SOARES, Giovanna. Direito Ambiental: entenda o conceito em 5 pontos. **Politize**, 18 abr. 2020. Disponível em: <https://www.politize.com.br/direito=-ambiental/#:~:text=A%20prote%C3%A7%C3%A3o%20ao%20meio%20ambiente,da%20queda%20do%20governo%20militar>. Acesso em: 11 jan. 2021.

Com isso, foi a partir dos anos 60 que os países começaram a editar normas jurídicas mais rígidas para a proteção do Meio Ambiente. No Brasil, pode-se citar, por exemplo, “a promulgação do antigo Código Florestal, editado por meio da Lei 4.771/1995, assim como a Lei 6.938/1981, que aprovou a Política Nacional do Meio Ambiente.”⁸

A Política Nacional do Meio Ambiente, recepcionada pela Constituição de 1988, afigura-se como norma geral sobre proteção ambiental, estabelecendo princípios, objetivos e instrumentos para a implementação da preservação dos recursos naturais no País, além de instruir o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA.⁹

A necessidade de harmonização entre desenvolvimento econômico, preservação ambiental e equidade social, hoje denominado “desenvolvimento sustentável”, é um dos objetivos da Política Nacional do Meio Ambiente.¹⁰

Como citado, a finalidade do SISNAMA – Sistema Nacional de Meio Ambiente, é “estabelecer uma rede de agências governamentais, nos diversos níveis da federação, visando assegurar mecanismos capazes de, eficientemente, implementar a Política Nacional do Meio Ambiente.”¹¹

A Constituição de 1988 foi inovadora em muitos aspectos, se comparada com as anteriores, também em relação ao Meio Ambiente e ao Direito Ambiental. Atualmente, a Constituição tem expressamente em seu artigo 225, a proteção jurídica ao Meio Ambiente, como cita:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para os presentes e futuras gerações.¹²

Graças a queda da ditadura militar, a proteção ao meio ambiente foi introduzida na nossa Constituição de 1988, depois de muita pressão dos movimentos ambientais – tanto nacionais quanto internacionais, conferências, relatórios... Tudo voltado em defesa do meio ambiente.

Em 1992, foi realizado no Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento – CNUMAD, também conhecida como ECO-92 ou RIO-92, em que foi aprovada a Declaração do Rio, documento contendo 27 princípios ambientais, bem como a Agenda 21, “instrumento não vinculante com metas mundiais para a redução a poluição e alcance de um desenvolvimento sustentável.”¹³

8 AMADO, 2016.

9 Ibid.

10 Ibid.

11 THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015, p. 189.

12 BRASIL, 1988, Art. 225.

13 AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquemático**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2016.

Se tratando de Direito Ambiental, depois de uma breve explicação de como basicamente ele foi criado, é possível defini-lo como:

Ramo do direito público composto por princípios e regras que regulam as condutas humanas que afetem, potencial ou efetivamente, direta ou indiretamente, o meio ambiente, quer seja o natural, o cultural ou o artificial.¹⁴

O objetivo do Direito Ambiental no Brasil, é, dentro dos padrões toleráveis, “manter um desenvolvimento econômico sustentável, atendendo as necessidades das presentes gerações sem privar as futuras da sua dignidade ambiental.”¹⁵

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...]

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação.¹⁶

Segundo Paulo de Bessa Antunes, “é o ramo do jurídico que regula a relação dos indivíduos, governos e empresas com o meio ambiente,”¹⁷ ou seja, “proteger o meio ambiente, evitando danos a ele e, assim, garantir que ele permaneça saudável para as próximas gerações,”¹⁸ já que um “dos princípios que lastreiam a Ordem Econômica é a Defesa do Meio Ambiente,”¹⁹ como menciona o artigo 170 da Constituição Federal supracitada.

Infrações administrativas ambientais

Entende-se por infração administrativa ambiental:

Toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente, sendo punida com sanções do presente diploma legal sem prejuízo de aplicação de outras penalidades previstas na legislação.²⁰

Sendo assim, “o agente atuante, ao lavrar o auto de infração e de apre-

14 Ibid.

15 Ibid.

16 BRASIL, 1988, Art. 170.

17 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21. ed. [S. l.: s. n.], 2020.

18 SOARES, 2020.

19 AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Método, 2016.

20 BRASIL. **Decreto nº 3.179, de 21 de setembro de 1999**. Revogado pelo Decreto nº 6.514, de 2008, art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3179.htm Acesso em: 11 jan. 2021.

são, indicará a multa prevista para a conduta, bem como, se for o caso, as demais sanções estabelecidas no decreto,”²¹ e ainda analisando a gravidade dos fatos antecedentes, bem como a situação econômica do infrator, como deixa claro o artigo 6º do Decreto nº 3.179/99, a qual dispõe sobre a especificação das sanções aplicáveis às condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Ainda nesse sentido, o artigo 60 do mesmo decreto dispõe sobre as multas previstas, a quais podem ter sua exigibilidade suspensa, nos casos previsto em seu teor.

Importante destacar que qualquer pessoa pode, ao ter conhecimento de alguma infração ambiental, apresentar representação às autoridades do SISNAMA, já mencionado anteriormente. Assim, a autoridade ambiental deverá promover imediatamente a apuração da infração ambiental, sob pena de corresponsabilidade, como dispõe o artigo 70, da Lei nº 9.605/98:

Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Art. 70. Considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. § 2º Qualquer pessoa, constatando infração ambiental, poderá dirigir representação às autoridades relacionadas no parágrafo anterior, para efeito do exercício do seu poder de polícia.²²

De igual maneira vale ressaltar que, além dos previstos em lei, são também considerados crimes ambientais aquelas condutas que de certa forma “ignoram” as normas ambientais, mesmo não sendo causadoras de danos, como é o caso dos empreendimentos sem licenciamento ambiental. O que se dá é a desobediência de uma exigência da lei ambiental prevista, a qual pode ser sujeito a punição por multa ou até mesmo detenção.

O direito penal e o direito ambiental

Responsabilidade criminal ambiental

A responsabilidade criminal ambiental está inserida na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998 – Lei de Crimes Ambientais, a qual tem fundamento e alicerce no artigo 225, §3º da Constituição Federal.

Art. 225. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio

21 GIEHL, Germano. A Infração Administrativa Ambiental. **Âmbito Jurídico**, 2 jan. 2007. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-infracao-administrativa-ambiental/#:~:text=No%20presente%20artigo%20entende%2Dse,previstas%20na%20legisla%C3%A7%C3%A3o%5B18%5D>. Acesso em: 28 jan. 2021.

22 BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF: Senado Federal, 1998. Art. 70. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm Acesso em: 28 jan. 2021.

ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.²³

Primeiramente, vale dizer que a Constituição Federal de 1988 foi a Constituição que mais se preocupou com o Meio Ambiente, e trouxe, de fato, normas protetivas. Nisso, faz-se necessário explicar o mencionado artigo 225 da Constituição Federal.

Quando o legislador trata do referido artigo, ele quis fazer uma relação com todos os outros artigos mais importantes da Constituição. Na letra de lei em que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo”, o legislador coloca o Direito Ambiental como um direito difuso e transindividual, isto é, prerrogativas jurídicas as quais os indivíduos são indeterminados, e é um direito exercido tanto por uma pessoa só, quanto pela coletividade. Esta prerrogativa tem como principal característica a indivisibilidade e a indeterminação. Ou seja, quando existe uma lesão ao Meio Ambiente, não dá para se determinar “quem” foi lesado, não há o que se falar em “dividir a lesão”. Por isso, o interesse do homem em preservar o Meio Ambiente é também o de preservar a si mesmo.

Quando, no mesmo artigo, o legislador cita “essencial à sadia qualidade de vida”, fica claro, mais uma vez que o homem está atrelando a proteção e conservação do meio ambiente com direitos essenciais para a sadia qualidade de vida.

Como cita Geraldo Doniezete Luciano e Leandro de Deus Filho:

Vale dizer, o meio ambiente, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, não pertence a determinado ente ou pessoa. Seus destinatários são todos aqueles que habitam o território nacional, alcançando até mesmo aqueles que sequer nasceram, daí seu caráter intergeracional ou transgeracional, como queiram.²⁴

As penas estabelecidas na Lei de Crimes Ambientais são baixas – tanto que, a maior parte delas são referentes a infrações de menor potencial ofensivo. A pena máxima não passa de 4 (quatro) anos, como acontece no caso do tráfico de animais, do artigo 29 da Lei de Crimes Ambientais, a qual a pena máxima é de um ano.

O que podemos notar, diante disso, é o papel simbólico que o Direito Ambiental tem. Existe efetivamente a proteção legal, mas está atrelada a uma baixa efetividade da norma e da sua aplicabilidade no caso concreto.

Um estudo feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), em relatório publicado, concluiu que a Lei de Crimes Ambientais é ineficiente. O Poder Judiciário também é apontado como um dos responsáveis pela pre-

23 BRASIL, 1988, Art. 225.

24 LUCIANO, Geraldo Doniezete; FILHO, Leandro de Deus. **Crimes Ambientais: Comentários à Lei 9.605/98**. 1. ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021, p. 15.

cariedade na aplicação da Lei.

A burocracia excessiva e a morosidade fazem com que perca a credibilidade. Assim, o próprio desempenho do judiciário acaba por desestimular as condutas, frustrando expectativas e contribuindo para a ineficácia da legislação ambiental²⁵

Por outro lado, temos uma preocupação em especial no Direito Ambiental que também perpassa o Direito Penal Ambiental, que é a reparação e a compensação pelo dano ambiental. A grande questão é que, em alguns casos, por se tratar de Meio Ambiente, a reparação do dano se torna muitas vezes impossível.

Há situações outras, em que a reparação do dano é impossível em razão do perecimento do objeto tutelado, que não pode mais ser recomposto, típico caso de alguns crimes ambientais em que, uma vez ocorrida a degradação, não há mais possibilidade de retorno ao *status quo ante*.²⁶

A garantia de reparação cível dos danos causados em detrimento do degradamento do Meio Ambiente é um dos princípios básicos da Lei de Crimes Ambientais, cujo efeitos se expandem em todo o ordenamento jurídico, como diz Alex Fernandes Santiago:

A conclusão é de que nada servirá um Direito Penal que pretenda proteger o meio ambiente e não se ocupe da reparação do dano ambiental. A reparação é essencial, imanente a qualquer discussão sobre meio ambiente. Primeiro, prevenção e, em seu fracasso, imediatamente buscar a reparação. De que servirão sanções como a pena privativa de liberdade para aqueles que desmatam a floresta amazônica, por exemplo, se também não lhes é exigida a recomposição do ambiente danificado?²⁷

Com base nisso, entraremos então, em um dos institutos do processo penal ambiental, o qual, depois da atualização com o novo Pacote Anticrime, Lei 13.964/2019, está gerando bastante discussão: o Novo Acordo de Não Persecução Penal.

O Novo Acordo de Não Persecução Penal

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), foi criado de forma pio-

25 NASSIF, Luis. **A ineficiência da lei de crimes ambientais**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent§ion=28&ordering=4&limitstart=3930&limit=10&Itemid=1> Acesso em 25 abril 2021.

26 CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 131.

27 SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de Direito Penal Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey. 2015, p. 349.

neira pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mais precisamente pela Resolução 181/17 e logo em seguida alterada pela Resolução 183/18, a qual inspirou a redação atual do artigo 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

A nova Lei nº 13.964 de 2019 ou Pacote Anticrime, modificou vários dispositivos legais dentro da legislação penal brasileira. Com ele, foi inserido o Novo Acordo de Não Persecução Penal, fixado no artigo 28-A do CPP.

O Acordo consiste em um negócio jurídico firmado entre o Ministério Público e o acusado, este assistido por advogado, homologado por juiz, em que o acusado assume a responsabilidade pelo crime ou infração aceitando cumprir condições menos severas do que a sanção penal aplicável de fato a ele imputado. Acredita-se que com isso, “abreviam um tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social”,²⁸ como forma de priorizar a celeridade, razoabilidade e resoluções de demandas judiciais brasileiras.

O acordo segue “diretrizes e normativas da chamada ‘Justiça Consensual’, abandonando, pois, o velho e obsoleto dueto pena-prisão”.²⁹ Ou seja, tem por objetivo evitar o encarceramento daqueles que cometem infrações de menor potencial ofensivo, admitem o erro e procuram não mais praticar crimes.

Primeiramente, dá-se que o acordo tem alguns pressupostos que devem ser preenchidos, como a existência de procedimento investigatório presidido pelo Ministério Público; não ser caso de arquivamento dos autos; o crime ter pena mínima inferior a 04 (quatro) anos; não ter sido cometido o crime com violência ou grave ameaça; e o investigado deve confessar formal e circunstanciadamente o cometimento do crime. Em suma, se preenchidos todos os requisitos acima citados, sendo eles cumulativos, o Ministério Público poderá propor o Acordo de Não Persecução Penal em favor do acusado.

De um lado, nas demandas judiciais dentro do âmbito criminal, existe o crescimento desproporcional de processos criminais, de outro lado, a falta de solução célere dessa quantidade de processos.

Entende-se que, com a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal os conflitos serão resolvidos, de fato, de forma mais ágil e eficiente, aliviando, de certa forma, as denúncias propostas pelo Ministério Público ao Poder Judiciário e ao sistema penitenciário na execução da pena.

O grande fato que envolve essa discussão, é quanto aos crimes ambientais. Basicamente, todos os crimes ambientais se enquadram dentro do requisito proposto no teor do artigo 28-A, sendo na sua maioria, penas menores de 4 (quatro) anos, como citado acima.

Alguns autores, como Rogério Sanches Cunha, Geraldo Donizete Luciano e Leandro de Deus Filho, acreditam que o acordo de não persecução

28 CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 128.

29 LÚCIANO, Geraldo Donizete; FILHO, Leandro de Deus. **Crimes Ambientais**: Comentários à Lei 9.605/98. 1. ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021. p. 58.

penal, tal como outros institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, seria uma espécie de “mitigação” ao Princípio da Obrigatoriedade, inserido no artigo 24 do CPP.

No que tange ao campo dos crimes ambientais, resta claro que essa nova atualização que veio com o Pacote Anticrime não passa de um grande retrocesso.

O artigo 28-A menciona que a medida, de acordo com o critério de prevenção da conduta praticada, cabe ao Ministério Público, quando analisa a questão do Acordo de Não Persecução Penal, ou seja, cabe ao Ministério Público, ao fazer a análise, quando for questão de crime ambiental, diante de toda construção jurídica que a Constituição Federal tem, em seu artigo 225 e em outros, estabelecer condições que sejam proporcionais a essa prevenção e reprovação do delito. Caso contrário, o risco que se corre, como já mencionado anteriormente, é o Acordo de Não Persecução Penal esvaziar mais ainda do que já é esvaziado o Direito Ambiental, torná-lo mais simbólico do que já é em relação à reparação ambiental.

O grande ponto de análise é se o Novo Acordo de Não Persecução Penal está tentando efetivamente reparar o dano, como tanto é dito. Ele precisa atingir um dos objetivos da tutela ambiental, que é a reparação do dano causado, bem como caminhar em paralelo para que não se estimule ou incentive, de certa forma, a prática desses crimes.

É como funciona e cita Lothar Kuhlen (1986), em sua teorização proposta de “Delitos de acumulação”, ou de danos cumulativos (*Kumulationdelikte*).

A categoria dos delitos por acumulação é inicialmente sugerida por Lothar Kuhlen, para fornecer uma hipótese de intervenção penal nos casos de pequenas infrações ao meio ambiente que, individualmente, são insignificantes, já que não representam lesividade suficiente para permitir a punição do autor, mas que, somadas, representam um dano considerável às condições de preservação ambiental.³⁰

Trata-se, basicamente, da criminalização de condutas isoladamente inofensivas, mas que, em repetição praticada por várias pessoas, poderia resultar em significativos danos ambientais. Lothar desenvolveu sua teoria a partir de um caso concreto, a qual pequenas quantidades de suinocultoras ao longo do rio lançavam dejetos em quantidades acima do que era permitido. Constatou-se que, apesar de pouca representatividade dos poluentes que foram lançados nos rios, insuficientes para causar um tipo penal de poluição no rio, a soma de poluentes despejados por todas as propriedades representava uma deterioração grave da qualidade da água.

Com esse estudo concluiu que, por menor que seja a conduta, ela preci-

30 OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Ibccrim**, 20 nov. 2020. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/18/artigo2.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

sa ser punida individualmente com a finalidade de preservação do Meio Ambiente. Punir tal fato para que não se incentivem outras pessoas a fazerem o mesmo; como podemos aplicar ao caso do Novo Acordo de Não Persecução Penal, em que os crimes ambientais, por se enquadrarem tão bem dentro do tipo penal, poderão, a longo prazo, além de incentivar muitas vezes a prática desse crime, gerar uma destruição muito grande, indo também contra Princípios Ambientais, como é o caso do Princípio do Não Retrocesso Ambiental.

Violação ao princípio do não retrocesso ambiental

A proibição do retrocesso ambiental vem no sentido de garantir, que, com a evolução do tempo, das normas e da sociedade – o avanço não prejudique, de nenhuma forma o Meio Ambiente. Vem para assegurar que, conforme o tempo e a edição de novas normas, também se mantenha o alicerce de garantias constitucionais postas ou se avance na proteção do Meio Ambiente.

Antônio Herman Benjamin aponta que os controles legislativos de salvaguarda dos direitos humanos e patrimônio natural das futuras gerações devem sempre “caminhar para frente”, e é exatamente sobre essa ideia que o Princípio do Não Retrocesso Ambiental permeia. Decorre da natureza fundamental do direito ao Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, uma vez que uma de suas características é a proibição do retrocesso.

Fazendo um ponto com o Acordo de Não Persecução Penal, resta claro que este fere o princípio mencionado. Como também dito nos tópicos anteriores, seria um grande retrocesso para nosso ordenamento jurídico que os crimes ambientais (na maior parte, se não no todo) se enquadrassem no tipo penal do artigo 28-A, uma vez que a reparação de determinados crimes, em alguns casos, não é possível. Mais uma vez vemos o grande esvaziamento com a tutela penal ambiental diante do Acordo de Não Persecução Penal virá a trazer.

Da inconstitucionalidade do artigo 28-A do Código de Processo Penal

Uma norma é considerada inconstitucional quando é desprovida de um conteúdo de eficácia, não produzindo os efeitos jurídicos que deveriam. Está presente a partir do momento que se verifica uma contrariedade com a própria Constituição.

Quando no artigo 28-A, em seu caput, é mencionado que a pena mínima inferior a 4 (quatro) anos é um dos requisitos para a aplicação do Novo Acordo de Não Persecução Penal, verificamos, de acordo com a lei, que a grande maioria dos crimes ambientais tem pena inferior a 4 (quatro) anos. É o que acontece no caso de alguns crimes.

Resta claro que os crimes ambientais serão muito mais suscetíveis de acordos entre o acusado e o Ministério Público com essa nova lei. Pelos crimes ambientais se encaixarem dentro todos os requisitos, principalmente a

pena mínima ser inferior a 04 (quatro) anos, mais uma vez não terão sua aplicabilidade total, chegando à conclusão de que são inconstitucionais, por não atingirem totalmente sua eficácia.

Desse modo, não há dúvidas que, o Novo Acordo de Não Persecução Penal não é eficaz em sua totalidade. Sabemos da forma de uma norma constitucional, sabemos que a legislação existe, porém, sabemos também que a ineficácia desses institutos existe, o que não é diferente com o artigo 28-A, quando tratamos dos crimes ambientais.

Por se encaixar em todos os requisitos propostos no tipo penal do artigo 28-A, podemos observar que não seria bom em nenhum aspecto, a não ser para o causador do dano, os crimes ambientais passarem pelo Acordo de Não Persecução Penal. Além de esvaziar mais ainda a tutela ambiental do que já é e incentivar pessoas a fazerem o errado porque em tese não serão punidas na gravidade do crime cometido, é um retrocesso legislativo, indo contra, além dos próprios princípios ambientais, a Constituição Federal, conforme artigo 255 desta.

A reparação do dano em um crime ambiental é muitas vezes impossível. Já vimos vários crimes acontecendo e quase nenhuma atitude sendo tomada, muito menos o dano sendo reparado. Como o Acidente com Césio-137 em Goiânia, no ano de 1987; o vazamento de óleo na Baía de Guanabara, no Rio de Janeiro, nos anos 2000; rompimento da barragem em Mariana, em Minas Gerais, em 2015; rompimento da barragem em Brumadinho, também em Minas Gerais, no ano de 2019 e tantos outros.

Referências

AMADO, Frederico. **Direito Ambiental Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Método, 2016.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 21. ed. [S. l.: s. n.], 2020.

BENJAMIN, Antonio Herman et al. (Org.). **7º Congresso Internacional de Direito Ambiental: Direito, água e vida**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019 - Comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. 1. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DIVINO, Claudia. A aplicação da pena nos crimes ambientais. **Jusbrasil**, 25 jul. 2019. Disponível em: <<https://claudiadivino.jusbrasil.com.br/artigos/735815521/a-aplicacao-da-pena-nos-crimes-ambientais>> Acesso em: 23 mai. 2021.

GIEHL, Germano. A Infração Administrativa Ambiental. **Âmbito Jurídico**, 2 jan. 2007. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-infracao-administrativa-ambiental>> Acesso em: 28 jan. 2021.

IBGE. **FAUNA Ameaçada de Extinção**. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/geociencias-novoportal/cartas-e-mapas/informacoes-ambientais/15810-fauna-ameacada-de-extincao.html?=&t=o-que-e>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Indicadores de Desenvolvimento Sustentável**. 2012. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv59908.pdf#page=2>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

LEITE, José Rubens Morato; PILATI, Luciana Cardoso; JAMUNDÁ, Woldemar. **Desafios do direito ambiental no século XXI**: Estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado. São Paulo: Malheiros, 2005.

LUCIANO, Geraldo Donizete; FILHO, Leandro de Deus. **Crimes Ambientais**: Comentários à Lei 9.605/98. 1. ed. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2021.

MILARÉ, Édís. **Direito do Ambiente**. 10. ed. rev. atual. e aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NASSIF, Luis. **A ineficiência da lei de crimes ambientais**. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_alphacontent§ion=28&ordering=4&limitstart=3930&limit=10&Itemid=1> Acesso em 25 abril 2021.

OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. A tutela (não) penal dos delitos por acumulação. **Ibccrim**, 20 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/media/posts/arquivos/18/artigo2.pdf>> Acesso em: 27 abr. 2021.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição do retrocesso ambiental. In: COMISSÃO DE MEIO AMBIENTE, DEFESA DO CONSUMIDOR E FISCALIZAÇÃO E CONTROLE. **O princípio de retrocesso ambiental**. Brasília-DF: Senado Federal, 2012.

SANTIAGO, Alex Fernandes. **Fundamentos de Direito Penal Ambiental**. Belo Horizonte: Del Rey. 2015.

SOARES, Giovanna. Direito Ambiental: entenda o conceito em 5 pontos. **Politize**, 18 abr. 2020. Disponível em: <<https://www.politize.com.br/direito-ambiental>> Acesso em: 11 jan. 2021.

THOMÉ, Romeu. **Manual de Direito Ambiental**. 5. ed. rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2015.

OS DESAFIOS DO BRASIL NO ALCANCE DA UNIVERSALIZAÇÃO DO ACESSO À ÁGUA E AO SANEAMENTO

Letícia Magalhães Brito Alves

Universidade de Fortaleza. Graduanda do curso de Direito, pesquisadora do projeto de pesquisa “O Saneamento Básico como Garantia do Bem-Estar na Cidade”, patrocinado pela Universidade de Fortaleza.

Sheila Cavalcante Pitombeira

Universidade de Fortaleza. Professora de Direito Ambiental. Coordenadora do projeto de pesquisa “O Saneamento Básico como Garantia do Bem-Estar na Cidade” (Universidade de Fortaleza). Doutora pela Universidade Federal do Ceará.

Resumo:

A presente pesquisa tem como objeto discutir algumas questões referentes à universalização do acesso à água limpa e ao saneamento básico no Brasil. Estabelecido através do objetivo 6 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas, o tema vem ganhando ainda mais destaque no Brasil devido às discussões em torno do novo marco de saneamento básico do país. Assim, as questões relacionadas à universalização do acesso à água e saneamento se apresentam deveras importantes, como os debates sobre os desafios de universalizar tais serviços de grande relevância no âmbito nacional e internacional. A metodologia de estudo é feita com uma abordagem qualitativa e, em relação ao seu objetivo, o artigo é classificado como exploratório, tendo uma exposição e interpretação de fatos encontrados, utilizando de modo conjunto dados secundários de índice de acesso à água e ao saneamento básico no Brasil, de modo a analisar a situação atual do país e realizar comparações entre as estatísticas de cada região.

Palavras-chave: Acesso à água; Acesso ao saneamento; Garantia ao saneamento básico; Universalização do saneamento básico no Brasil.

Introdução

O direito ao acesso à água e ao saneamento é formalmente reconhecido como direito humano no âmbito internacional, sendo a garantia dos serviços

de abastecimento de água e esgotamento sanitário de modo universal incluída entre as metas dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da Agenda 2030. No Brasil, não há expressamente tal direito na Constituição Federal, estando implícito no direito ao meio ambiente saudável, direito à vida e à saúde, bem como a legislação ordinária prevê metas para o alcance de índices mais próximos da universalização.

Entre os serviços de saneamento básico previstos no atual marco de saneamento básico brasileiro, encontra-se o abastecimento de água e o esgotamento sanitário que são objetos da presente pesquisa. Destaca-se que, embora haja a garantia legal do acesso à água e saneamento tanto no âmbito internacional quanto no Brasil, o país ainda enfrenta entraves para garantir de forma plena tais serviços.

Desse modo, a pesquisa sobre os desafios do Brasil no alcance da universalização dos serviços de água e esgoto tem o objetivo de discutir algumas questões referentes à universalização do acesso à água limpa e ao saneamento básico no Brasil, identificando os entraves que contribuem para a falta da prestação universal dos serviços sanitários no país. Para o desenvolvimento do artigo, a metodologia de estudo é feita com uma abordagem qualitativa e, em relação ao seu objetivo, o artigo é classificado como exploratório, tendo uma exposição e interpretação de fatos encontrados, relacionados à temática, utilizando-se de um conjunto dados secundários referentes ao índice de acesso à água e ao saneamento básico no Brasil, de modo a analisar a situação atual do país e realizar comparações entre as estatísticas de cada região.

Direito à água e saneamento básico no contexto internacional

O acesso à água e ao saneamento repercute em diversas áreas da vida dos indivíduos, sendo pilares importantes para a garantia da dignidade humana, vida, saúde e um ambiente saudável. Assim, a falta de garantia do acesso à água potável e esgotamento sanitário gera grande impacto na qualidade de vida das pessoas. No início do século 20, estimava-se que 1.1 bilhão de pessoas não tinham acesso aos serviços básicos de água, bem como a falta desses serviços e a ausência de saneamento resultavam na morte de 1.6 milhão de crianças com idades menores que 5 anos (WHO; UNICEF, 2006).

Assim, a garantia de acesso à água e ao saneamento vem sendo discutida em diversos documentos internacionais, destacando-se de logo a Conferência das Nações Unidas sobre Água, ocorrida em Mar del Plata, na Argentina em 1977, cujo Plano de Ação reconhecia que a água deveria ser um direito de todos os povos. A par disso, apontava a importância de a água potável (própria ao consumo humano) ser compatível em qualidade e quantidade ao atendimento das necessidades humanas básicas (YIP; YOKOYA, 2016).

Na Convenção Sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra as Mulheres, ocorrida em 1979, a garantia do direito ao abastecimento de água é citada como dever dos Estados assegurar o acesso à água às

mulheres, como se observa no art. 14(2)(h) da citada convenção, bem quanto garantir o saneamento, como formas de combate a desigualdade entre gênero (UN, [S.d]).

Artigo 14

[...]

2. Os Estados-Partes adotarão todas as medidas apropriadas para eliminar a discriminação contra a mulher nas zonas rurais a fim de assegurar, em condições de igualdade entre homens e mulheres, que elas participem no desenvolvimento rural e dele se beneficiem, e em particular as assegurar-lhes-ão o direito a:

h) gozar de condições de vida adequadas, particularmente nas esferas da habitação, dos serviços sanitários, da eletricidade e do abastecimento de água, do transporte e das comunicações (BRASIL, 2002).

Já em 1989, na Convenção sobre os Direitos da Criança, para o combate de questões como a desnutrição e doenças, a água potável foi prevista como uma das medidas que deveriam ser empregadas pelos Estados de forma plena (BRASIL, 1990).

Todavia, na Declaração de Dublin Sobre Água e Desenvolvimento Sustentável de 1992, em seu princípio nº 4, é ressaltada a importância do reconhecimento do acesso à água e ao saneamento a preço acessível como um direito básico de todos. Além disso, o capítulo 18 da Agenda 21, documento decorrente da Conferência das Nações Unidas sobre o Ambiente e o Desenvolvimento de 1992, prevê a necessidade de manutenção da qualidade e do abastecimento dos recursos hídricos para todos os indivíduos, indicando:

18.2. A água é necessária em todos os aspectos da vida. O objetivo geral é assegurar que se mantenha uma oferta adequada de água de boa qualidade para toda a população do planeta, ao mesmo tempo em que se preserve as funções hidrológicas, biológicas e químicas dos ecossistemas, adaptando as atividades humanas aos limites da capacidade da natureza e combatendo vetores de moléstias relacionadas com a água. Tecnologias inovadoras, inclusive o aperfeiçoamento de tecnologias nativas, são necessárias para aproveitar plenamente os recursos hídricos limitados e protegê-los da poluição (UNCED, 1992).

Em 1999, o artigo 12 da Assembleia Geral da ONU A/RES/54/175, indicou como fundamental o direito à água limpa de forma a concretizar o direito ao desenvolvimento (UN, 2000). No ano seguinte, 2000, o Objetivo de Desenvolvimento do Milênio nº 7, relaciona a água à garantia de um meio ambiente sustentável e apresenta como uma das metas, até 2015, a diminuição, pela metade, da população que não tinha acesso seguro e sustentável à água e ao saneamento básico (UN, 2014).

O Comentário Geral nº 15, elaborado em 2002 pelo Comitê das Nações Unidas sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, destacou a indispensabilidade do direito à água para a garantia da dignidade, devendo o acesso

ser seguro, acessível e suficiente (NEVES-SILVA; HELLER 2016).

Apesar de indispensáveis, o direito humano à água e ao saneamento somente foram reconhecidos de modo formal em 2010, por meio da Resolução da Assembleia Geral da ONU A/RES/64/292, que proclamou tais direitos como essenciais para a efetivação dos demais direitos humanos, sendo os Estados e as organizações internacionais chamados para contribuir com o acesso ao saneamento e à água, a custo acessível para os indivíduos (UN, 2010).

1. Recognizes the right to safe and clean drinking water and sanitation as a human right that is essential for the full enjoyment of life and all human rights;
2. Calls upon States and international organizations to provide financial resources, capacity-building and technology transfer, through international assistance and cooperation, in particular to developing countries, in order to scale up efforts to provide safe, clean, accessible and affordable drinking water and sanitation for all;
3. Welcomes the decision by the Human Rights Council to request that the independent expert on human rights obligations related to access to safe drinking water and sanitation submit an annual report to the General Assembly,¹³ and encourages her to continue working on all aspects of her mandate and, in consultation with all relevant United Nations agencies, funds and programmes, to include in her report to the Assembly, at its sixty-sixth session, the principal challenges related to the realization of the human right to safe and clean drinking water and sanitation and their impact on the achievement of the Millennium Development Goals (UN, 2010).

Atualmente, a garantia da universalização do acesso de água e saneamento básico está incluída entre as metas do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 6, previsto pela Agenda 2030, que estabeleceu objetivos que devem ser alcançados até o ano de 2030. Entre as metas estão:

- 6.1** Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos
- 6.2** Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade
[...]
- 6.4** Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água
[...]
- 6.a** Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso

6.b Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento (NAÇÕES UNIDAS, 2021).

Sobre o panorama mundial de acesso à água, cerca de 2 bilhões de pessoas não tinham acesso ao serviço de água segura em 2020, estando incluso nesse número indivíduos com acesso a fontes não seguras, com serviços básico precário ou consumindo água da superfície. Em relação ao saneamento, em 2020, cerca de 3,6 bilhões de pessoas não possuem acesso ao serviço de modo seguro, incluindo 1,9 bilhão de pessoas com serviços básicos e 494 milhões que realizam defecação a céu aberto (UNICEF; WHO, 2021). Assim, considerando o alto número de pessoas que não possuem acesso à água e saneamento de forma adequada, o relatório *Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2020: Five years into the SDGs* indicou a necessidade de um aumento de 4 vezes nas taxas de progresso anual para que os serviços atinjam meta prevista na Agenda 2030 (UNICEF; WHO, 2021).

Legislação brasileira sobre acesso à água e saneamento

Fazendo uma síntese acerca das diretrizes de saneamento anteriores à atual Constituição brasileira, até a década de 50, as diretrizes do setor de saneamento e do setor de saúde estavam muito conectadas. Posteriormente, esses dois setores (saneamento e saúde) foram se distanciando, vez que o saneamento, na década de 60, estava mais orientado para uma gestão regionalizada, baseada nas companhias estaduais que atuavam de forma mais prioritária no abastecimento de água (BRITTO; REZENDE, 2017). Na década de 70, surgiu o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) que proporcionou um aumento no acesso à água tratada, tendo em vista o foco de eliminar a deficiência no serviço de abastecimento (ALMEIDA, 2015; RODRIGUES, 2020). Contudo, na década seguinte, houve a extinção do plano.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 não traz expressamente o direito à água e saneamento, estando este direito implicitamente incluso em outros direitos fundamentais, tais como o direito à vida (art. 5º), direito à saúde (art. 196) e direito ao meio ambiente equilibrado, presente no art. 225 da carta constitucional.

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

[...]

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

[...]

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

A legislação brasileira infraconstitucional indica que o saneamento básico diz respeito a um conjunto de serviços públicos referentes ao abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, drenagem e manejo de águas pluviais, incluindo assim uma série de serviços abarcados pela expressão. Importante destacar que em 2007 ocorreu uma mudança de perspectiva na política com a Lei Federal Nº 11.445/2007, que apresentava o acesso de modo universal, a eficiência e a sustentabilidade como princípios para uma política adequada à população (MADEIRA, 2010). Isto porque, em comparação com as políticas anteriores, o oferecimento dos serviços não tinha como objetivo determinado a universalização, mas uma melhoria na saúde ou uma maior adequação dos serviços, especialmente abastecimento de água, ao crescimento industrial da época.

Art. 2º Os serviços públicos de saneamento básico serão prestados com base nos seguintes princípios fundamentais:

I - universalização do acesso;

II - integralidade, compreendida como o conjunto de todas as atividades e componentes de cada um dos diversos serviços de saneamento básico, propiciando à população o acesso na conformidade de suas necessidades e maximizando a eficácia das ações e resultados;

III - abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana e manejo dos resíduos sólidos realizados de formas adequadas à saúde pública e à proteção do meio ambiente;

IV - disponibilidade, em todas as áreas urbanas, de serviços de drenagem e de manejo das águas pluviais adequados à saúde pública e à segurança da vida e do patrimônio público e privado;

V - adoção de métodos, técnicas e processos que considerem as peculiaridades locais e regionais;

VI - articulação com as políticas de desenvolvimento urbano e regional, de habitação, de combate à pobreza e de sua erradicação, de proteção ambiental, de promoção da saúde e outras de relevante interesse social voltadas para a melhoria da qualidade de vida, para as quais o saneamento básico seja fator determinante;

VII - eficiência e sustentabilidade econômica;

VIII - utilização de tecnologias apropriadas, considerando a capacidade de pagamento dos usuários e a adoção de soluções graduais e progressivas;

IX - transparência das ações, baseada em sistemas de informações e processos decisórios institucionalizados;

X - controle social;

XI - segurança, qualidade e regularidade;

XII - integração das infraestruturas e serviços com a gestão eficiente dos recursos hídricos (BRASIL, 2007, online).

Previsto na Lei Federal nº 11.445 de 2007, o Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB) foi criado no ano de 2013 por meio do Decreto Federal Nº 8.141 (revogado pelo Decreto Nº 10.346/2020), tendo sido aprovado pela Portaria Interministerial Nº 571 em dezembro de referido ano. A partir de então o saneamento básico foi planejado de forma integrada, incluindo abastecimento de água potável, esgotamento sanitário, drenagem de águas pluviais, manejo de resíduos sólidos, bem como apresentava metas de alcance a curto, médio e longo prazo (RODRIGUES, 2020).

Em recente mudança legislativa, foi instituído o Novo Marco do Saneamento Básico, a Lei Federal Nº 14.026/2020, alterando a Lei Federal 11.445/2007. Um dos objetivos dessa proposta de Política de Saneamento é estimular o aumento da participação de investimentos da iniciativa privado no setor de saneamento básico, sob a justificativa de ampliar a concorrência, aumentando a eficiência na prestação dos serviços.

Assim, encontra-se em vigência esse Novo Marco do Saneamento Básico, alterando o disciplinamento legal anterior. Como dito, a nova regra busca maior inserção da iniciativa privada no setor de saneamento como forma de aumentar os investimentos na área, proibindo a contratação de serviços de saneamento por meio de contratos de programa. Também incluiu no texto a definição de metas para o abastecimento de água e saneamento básico até o final do ano de 2033, estabelecendo a meta de 99% de garantia de atendimento de água potável e 90% população com acesso a esgotamento sanitário, aproximando-se da meta prevista no Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 6 da Agenda 2030.

Art. 11-B. Os contratos de prestação dos serviços públicos de saneamento básico deverão definir metas de universalização que garantam o atendimento de 99% (noventa e nove por cento) da população com água potável e de 90% (noventa por cento) da população com coleta e tratamento de esgotos até 31 de dezembro de 2033, assim como metas quantitativas de não intermitência do abastecimento, de redução de perdas e de melhoria dos processos de tratamento (BRASIL, 2020).

Os entraves enfrentados pelo Brasil na garantia dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário

Fundamental para o aumento da garantia de qualidade de vida à população, o acesso aos serviços de água e esgotamento sanitário tem papel importante no bem-estar dos indivíduos, tendo em vista que a falta desses serviços está relacionada, por exemplo, a doenças de veiculação hídrica, tais como diarreia e gastroenterite e doenças transmitidas por vetores, como a dengue (PSMB, 2014), repercutindo negativamente para os indivíduos e para sociedade. O adoecimento do trabalhador em vista da carência dos serviços adequados de saneamento afeta a produtividade impactando negativa a economia (TRATABRASIL; CEBDS, 2014).

Além disso, destaca-se que as mulheres brasileiras são afetadas de forma desproporcional pela falta saneamento básico adequado, tendo em vista que estão mais recorrentemente desempenhando trabalhos não remunerados, tais como trabalho doméstico e de cuidados, conforme demonstra estudo Mulheres e Saneamento, realizado pelo BRK Ambiental e Instituto Trata Brasil, já que tem comprometido seu desempenho no estudo, sua saúde e sua produtividade no setor econômico.

Ao analisar os índices de atendimento total dos serviços de saneamento básico no Brasil, divulgados pelo Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS), vê-se que a taxa de atendimento de água em 2019 foi de 83,7%, tendo o índice de atendimento urbano ultrapassado a média nacional, chegando a 92,9% (SNIS, 2019). Já a taxa de esgotamento sanitário nacional é de 54,1% e o índice no meio urbano atinge 61,9% da população. Contudo, tais dados, não demonstram com clareza a proporção do desafio brasileiro em garantir de forma adequado o acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, já que as discrepâncias regionais são um dos entraves que o país enfrenta.

Analisando os dados das macrorregiões brasileiras referentes ao abastecimento de água, a região Norte tem índice total de 57,5% e índice urbano de 70,4%; a região Nordeste tem índice total de 73,9% e índice urbano de 88,2%; a região Sudeste tem índice total de 91,1 e índice urbano de 95,9%; a região Sul tem índice total de 90,5% e índice urbano de 98,7%; e a região Centro-oeste tem índice total de 89,7% e índice urbano de 97,6%(SNIS, 2019).

O padrão de maior déficit de garantia do serviço permanece nas regiões norte e nordeste quando se analisa os dados referentes ao acesso à rede de coleta de esgoto, sendo as taxas ainda mais preocupantes. A região Sudeste lidera o ranking de esgotamento sanitário com média total de 79,5% e média urbana de 83,7%; a região Centro Oeste apresenta média total de 57,7% e média urbana de 63,6%; a região Sul apresenta média total de 46,3% e média urbana de 53,1%, estando novamente a região Nordeste em penúltima posição com média total de 28,3% e média urbana de 36,7%; e a região Norte encontra-se em última posição com média total de 12,3% e média urbana de 15,8% (SNIS, 2019).

Assim, percebe-se que as regiões que possuem menor índice de desenvolvimento humano também possuem uma menor taxa de acesso aos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, restando claro que o Brasil tem como desafio a diminuição das desigualdades regionais para ser possível a universalização do saneamento básico no país.

A eficiência dos sistemas já empegados também mostra-se um entrave, tendo em vista o índice considerável de perdas de água que repercutem negativamente no ambiente e oneram os usuários e o sistema sanitário (OLIVEIRA *et al*, 2021). O índice de perda no ano de 2019 foi de 39,2%, indicando 39,2 litros de água, a cada 100 litros, não são contabilizados como utilizados pelos usuários (SNIS, 2020).

Outro fator que se mostra um entrave na universalização dos serviços de acesso à água e esgoto, é a ausência de investimentos suficientes no setor de saneamento. O PLANSAB estimava que seriam necessários aproximadamente 22 bilhões de reais anualmente entre os anos de 2014 e 2033 para o alcance da prestação de serviços de modo universal e, a partir da atualização, entre os anos de 2019 e 2033 seria necessário investimento anual de 25 bilhões (FGV CERJ, 2019).

Com objetivos de contornar a questão do investimentos e da eficiência do sistema, o novo marco do saneamento tenta estimular a entrada do setor privado, tendo gerado discussões se a abertura do setor de saneamento para uma maior privatização seria o caminho mais adequado para a prestação dos serviços de saneamento de forma universal.

Enquanto a retórica de defesa da Lei 14.026/2020 concentra-se na maior aquisição de capital para investimento no setor e na utilização da concorrência como ferramenta para melhorar a eficiência dos sistemas, os argumentos desfavoráveis à nova mudança legislativa apontam uma maior tendência mundial de prestação de serviços essenciais, como abastecimento de água e saneamento básico, pelo poder público, retomando estas áreas outrora privatizadas, sendo a busca por prover os serviços de modo mais acessível à população, bem como redução de abusividades do setor privado, alguns dos fatores que impulsionaram essa retomada (TNI, 2017).

Além disso, é importante destacar que as zonas urbanas, em particular, enfrentam grandes desafios para assegurar a garantia de saneamento básico em áreas irregulares, problemática que se relaciona com a questão fundiária urbana e o direito à moradia digna, que também compõe um dos objetivos da Agenda 2030. Isto porque, em meados das décadas de 60 e 70, o processo de urbanização contribuiu para o aumento dos aglomerados subnormais (JUNKES *et al*, 2020), tendo os governos estaduais, a partir da década de 80, empreendido programas de implantação de redes de saneamento básico nas favelas (RODRIGUES, 2021).

Essa questão se revelou mais gravosa, como lembra Rodrigues (2021) ao realizar alguns apontamentos sobre as redes de abastecimento de água, indicando que o contexto de pandemia devido a COVID-19 evidenciou o problema de acesso à água tratada nas favelas, conforme divulgado por moradores que não possuíam serviço de água para pôs em prática as medidas de higiene para evitar o contágio da doença.

Se por um lado a atuação das companhias de saneamento básico – até então predominantemente controladas pelo estado –, apoiadas por investimentos federais em programas estaduais e municipais de urbanização de favelas, conseguiram promover o acesso à água tratada em boa parte das favelas, por outro lado, a disponibilidade diária da rede ainda não foi garantida (RODRIGUES, 2021, p.77).

Dessa forma, o Brasil enfrenta como desafios para a garantia dos ser-

viços de acesso à água e saneamento as desigualdades socioeconômicas entre as regiões do país, ausência de investimentos suficientes para a expansão das redes de água e esgotamento sanitário, a ineficiência do sistema e a questão fundiária, notadamente nas zonas urbanas. Essas questões que muito contribuído para os entraves na universalização do saneamento básico, continuam presentes e subjacentes ainda que instituído um novo marco regulatório para o saneamento.

Considerações finais

A garantia de acesso à água e ao saneamento básico é debatida no âmbito internacional desde 1977, contudo apenas foram reconhecidos formalmente como direitos humanos no ano de 2010. Ao analisar o panorama mundial de garantia dos serviços de abastecimento de água e saneamento ainda há uma alta taxa de pessoas sem acesso adequado, principalmente ao serviço de esgotamento sanitário, estando as médias de prestação dos serviços de água e esgoto muito distantes das metas previstas nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável para o ano de 2030.

A situação brasileira em relação à água e saneamento mostra que país enfrenta desafios que impedem a universalização dos serviços, afetando de forma negativa diversos aspectos da vida do cidadão e da sociedade. A carência da prestação dos serviços de água e saneamento básico também possui um efeito prejudicial em especial para as brasileiras, contribuindo de certo modo para a desigualdade entre gêneros.

Pela análise dos dados divulgados pelo Sistema Nacional de Informações sobre o Saneamento, é possível visualizar que o Brasil enfrenta alguns desafios para assegurar a garantia universal do acesso à água e saneamento, tais como: discrepância entre as macrorregiões, índices alarmantes em relação a garantia de rede de esgoto, ineficiência do sistema de abastecimento de água, falta de investimento em valor suficiente para alcançar a universalização dentro da meta estipulada, bem como, as questões fundiárias nas áreas de aglomerados subnormais.

Referências

ALMEIDA, Leonardo Ferreira de. **A importância do reconhecimento do direito fundamental de acesso à água potável diante do avanço da privatização dos sistemas de abastecimento.** Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Rio Grande, 2015. Disponível em: http://repositorio.furg.br/bitstream/handle/1/7317/Leonardo%20Ferreira%20de%20Almeida_4469751_assignsubmission_file_TCC_Leonardo_Ferreira_de_Almeida_%20REVISADO_FINAL.pdf?sequence=1. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de jul. 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 99.170,** de 21 de novembro de 1990. Disponível em: <http://>

www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm. Acesso em: 03 jul. de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 4.377**, de 13 de setembro de 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 8.141**, de 20 de novembro de 2013. Dispõe sobre o Plano Nacional de Saneamento Básico - PNSB, institui o Grupo de Trabalho Interinstitucional de Acompanhamento da Implementação do PNSB e dá outras providências. Disponível em: . Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 10.346**, de 11 de maio de 2020. Declara a revogação, para os fins do disposto no art. 16 da Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998, de decretos normativos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10346.htm. Acesso em 10 nov. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 11.445**, de 5 de janeiro de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11445.htm. Acesso em: 04 jul. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 14.026**, de 15 de julho de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14026.htm. Acesso em: 03 jul. 2021.

BRASIL. **Portaria Interministerial Nº 571**, de 5 de dezembro de 2013. Aprova o Plano Nacional de Saneamento Básico (PNSB). Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/62664459/dou-secao-1-06-12-2013-pg-176>. Acesso em 10 nov.2021. Acesso em: 20 nov. 2021.

BRITTO, Ana Lucia; REZENDE, Sonaly Cristina. A política pública para os serviços urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário no Brasil: financeirização, mercantilização e perspectivas de resistência. **Cad. Metrop.**, São Paulo, v. 19, n. 39, p. 557-581, maio/ago 2017 <http://dx.doi.org/10.1590/2236-9996.2017-3909>. Acesso em: 19 nov. 2021.

FGV CERI. **Reformulação do Marco Legal do Saneamento no Brasil**, 2019. Disponível em: <https://ceri.fgv.br/publicacoes/reformulacao-do-marco-legal-do-saneamento-no-brasil> Acesso em: 03 jul. 2021.

JUNKES, J. A *et al.* Resíduos Gerados nas Favelas: impactos sobre o direito à moradia adequada, o ambiente e a sociedade. **Desenvolvimento em Questão**, [S. l.], v. 18, n. 50, p. 325–342, 2020. Disponível em: <https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/desenvolvimentoemquestao/article/view/8524>. Acesso em: 20 nov. 2021.

MADEIRA, Rodrigo Ferreira. **O setor de saneamento básico no Brasil e as implicações do marco regulatório para universalização do acesso**. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, n. 33, p. 123-154, jun. 2010.

NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 6: Água potável e saneamento**, 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/6> Acesso em: 03 jul. 2021.

NEVES-SILVA, Priscila; HELLER, Léo **O direito humano à água e ao esgotamento sanitário como instrumento para promoção da saúde de populações vulneráveis**. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2016, v. 21, n. 6, pp. 1861-1870. Dis-

ponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-81232015216.0342201>. Acesso em: 03 jun. 2021.

OLIVEIRA et al. **PERDAS DE ÁGUA 2021 (SNIS 2019): DESAFIOS PARA DISPONIBILIDADE HÍDRICA E AVANÇO DA EFICIÊNCIA DO SANEAMENTO BÁSICO**, 2021. Disponível em: http://www.tratabrasil.org.br/images/estudos/Perdas_d%C3%A1gua/Estudo_de_Perdas_2021.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

RODRIGUES, Rute Imanishi. O Abastecimento de água nas Favelas em Meio à Pandemia da Covid-19. **Boletim de Análise Político-Institucional**, [S.l.], n°25, fev. 2021. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/10496/1/bapi_25_AbastAguaPandemia.pdf. Acesso em: 20 nov. 2021.

RODRIGUES, Karla Cristina Tyskowski Teodoro. **Estrutura do Saneamento Básico no Brasil**: dispêndio de gastos e atenção básica à saúde. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Regional e Agronegócio, da Universidade Estadual do Oeste do Paraná, 2020. Disponível em: <http://tede.unioeste.br/handle/tede/5240>. Acesso em: 03 jul. 2021.

SNIS. **25º Diagnóstico dos Serviços de Água e Esgoto-2019**. Brasília: SNS, 2019. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/diagnosticos/ae/2019/Diagn%C3%B3stico_SNIS_AE_2019_Republicacao_31032021.pd. Acesso em: 20 nov. 2021.

SNIS. **Do SNIS ao SINISA**: Informações para planejar o abastecimento de água. Diagnóstico SNIS-AE 2019. Brasília: SNS, 2020. Disponível em: http://www.snis.gov.br/downloads/cadernos/2019/DO_SNIS_AO_SINISA_AGUA_SNIS_2019.pdf. Acesso em: 04 jul. 2021.

TNI. **Reconquistar os serviços públicos**: Como estão as cidades e os cidadãos a reverter as privatizações, 2017. Disponível em: https://www.tni.org/files/publication-downloads/rps_portuguese_web.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

TRATABRASIL; CEBDS. **Benefícios econômicos da expansão do saneamento**, 2014. Disponível em: https://cebds.org/wp-content/uploads/2014/03/Relatorio_Beneficios-Economicos-do-Saneamento.pdf. Acesso em: 15 jul. 2021.

UN. **A/RES/54/175**. Resolution Adopted by General Assembly, 2000. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/54/175. Acesso em: 03 jul. 2021.

UN. **A/RES/64/292** – Resolution adopted by the General Assembly, 2010. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292. Acesso em: 03 jul. 2021.

UN. **The Millennium Development Goals Report**, 2014. Disponível em: <https://www.un.org/millenniumgoals/2014%20MDG%20report/MDG%202014%20English%20web.pdf>. Acesso em: 19 nov. 2021.

UN. **O Direito Humano à água e ao saneamento**: Marcos, [S.n.]. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones_por.pdf. Acesso em: 31 jun. 2021.

UNCED. **Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1992. Disponível em: <https://www.ecologiaintegral.org.br/Agenda21>.

pdf. Acesso em: 03 jul. 2021.

UNICEF; WHO. **Progress on household drinking water, sanitation and hygiene 2000-2020: Five years into the SDGs**, 2021. Disponível em: <https://data.unicef.org/resources/progress-on-household-drinking-water-sanitation-and-hygiene-2000-2020/>. Acesso em: 04 jul. 2021.

WHO, UNICEF. **Meeting the MDG drinking water and sanitation target: the urban and rural challenge of the decade**, 2006. Disponível em: <https://apps.who.int/iris/handle/10665/43488>. Acesso em: 03 jul. 2021.

YIP, César; YOKOYA, Mariana. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e direito à água: uma perspectiva brasileira**. ACIDI, Bogotá, Vol. 9, pp. 167-195, 2016. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5317492>. Acesso em: 03 jul. 2021.

O CONTROLE JUDICIAL BRASILEIRO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS AMBIENTAIS

Thayana Bosi Oliveira Ribeiro

Doutoranda - Programa de Pós-graduação em Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão, Mestra - Programa de Pós-graduação em Direito e Instituições do Sistema de Justiça da Universidade Federal do Maranhão, Bolsista - Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico.

Resumo:

O trabalho científico tem o objetivo de refletir sobre o papel que o Poder Judiciário, que é importante instituição de transformação da realidade e guardião do ordenamento jurídico, vem desempenhando na efetividade da proteção ambiental, dos direitos e políticas públicas ambientais. Explica-se que a metodologia da pesquisa se concentrou no levantamento, leitura e discussão de textos e documentos sobre o tema, havendo a análise, especificamente, da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a temática. Diante dos resultados obtidos com o desenrolar da pesquisa, compreendeu-se importante revisitar a discussão sobre a legitimidade da intervenção do Judiciário na formulação, implementação e fiscalização de políticas públicas, assunto que é constantemente levantado. Por fim, teceu-se alguns comentários sobre como vem avançando o posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre a questão.

Palavras-chave: Direito Ambiental; Controle do judiciário das políticas públicas ambientais; Supremo Tribunal Federal.

Introdução

O trabalho científico tem o objetivo de refletir sobre o papel que o poder judiciário, que é importante instituição de transformação da realidade e guardião do ordenamento jurídico, vem desempenhando na efetividade da proteção ambiental, dos direitos e políticas públicas ambientais.

Explica-se que a metodologia da pesquisa se concentrou no levantamento, leitura e discussão de textos e documentos sobre o tema, e que o trabalho se dividiu da seguinte forma: primeiro são traçadas reflexões sobre a proteção ambiental disciplinada no ordenamento jurídico brasileiro, o conteúdo e a titularidade do direito ambiental enquanto direito fundamental de todos e tare-

fa fundamental do Estado e a consolidação do Estado de Direito Ecológico.

Em seguida, parte-se para a análise, através de decisões, sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal – STF nas demandas pela efetividade de direitos e políticas públicas ambientais. Contudo, diante dos resultados alcançados com o desenrolar da pesquisa, percebeu-se que é relevante revisitar a controvérsia sobre a legitimidade da intervenção judicial nas políticas públicas Econômicas, Sociais, Culturais e Ambientais - DESCAs, que é suscitada novamente no STF no andamento, especificamente, da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54/DF de 2020. Trata-se de uma temática que ganha constante relevo e espaço de debate.

São apresentadas, assim, considerações sobre o papel que o Judiciário pode desempenhar em meio ao desgaste da natureza e suas consequências – que se refletem nas alterações climáticas, por exemplo e afetam a vida de todos os organismos no planeta, afetam a própria biosfera –, diante de posicionamentos governamentais que podem significar o retrocesso na governança ambiental. Teceu-se, por fim, alguns comentários sobre como vem avançando o posicionamento jurisprudencial e doutrinário sobre a questão.

1. A proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro

Herman Benjamin (2012) explica que somente em 1981, com a promulgação da Lei n. 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), é que se deu no Brasil o primeiro passo rumo a um paradigma jurídico que visava, talvez de forma insincera, tratar holisticamente a natureza e seus processos ecológicos. Apenas em 1988 a proteção ambiental foi reconhecida constitucionalmente – sendo recepcionada a Lei acima citada. Com esse marco, a questão ambiental “deixou de ser um interesse menor ou incidental no ordenamento, afastando-se dos tempos em que, quando muito, era objeto de acaloradas, mas juridicamente estéreis, discussões” (BENJAMIN, 2012, p. 99).

A Constituição de 1988 – em período ainda fortemente marcado pelos padrões e linguagens da Conferência de Estocolmo (BENJAMIN, 2012) – disciplinou o direito ambiental como direito fundamental e um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado. Estabeleceu no artigo 23, por exemplo, que os entes federados devem proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas e preservar as florestas, a fauna e a flora.

Já no artigo 225 determinou que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado e, para efetividade desse direito, impôs ao Poder Público: preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade, além de outras

obrigações.

De tal forma, “a ordem constitucional consagrou a dupla funcionabilidade da proteção ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, ou seja, tanto sob a forma de um objetivo e tarefa estatal quanto de um direito (e dever) fundamental do indivíduo e da coletividade” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019b, p. 52).

Enquanto um direito fundamental, necessário à manutenção da vida com qualidade e bem-estar, e pelo marco jurídico constitucional socioambiental, entende-se a proteção ambiental como imprescindível e integrada ao que se passa chamar de Direitos e políticas públicas Econômicas, Sociais, Culturais e Ambientais – DESCAs. Sarlet e Fensterseifer (2017) vêm trabalhando também a ideia de direito fundamental ao mínimo existencial socioambiental.

Sustentam a inclusão, aos direitos já identificados como integrantes do mínimo existencial, como o direito a uma moradia digna, saúde básica, educação fundamental, acesso à justiça, dentre outros, “da qualidade e segurança ambiental, objetivando a garantia de uma existência humana digna e saudável, especialmente no que diz com a construção da noção de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade (e segurança) do ambiente” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017, p. 123).

O Supremo Tribunal Federal – STF do Brasil, a seu turno, também tem expressado em sua jurisprudência a dimensão ecológica do princípio da dignidade humana, e a interdependência e a indivisibilidade dos direitos fundamentais, exigindo, nesse sentido, um nível mínimo de qualidade e integridade ecológica para a concretização de uma vida digna (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos – CIDH ressaltou no parecer consultivo 23 de 2017 a interdependência e a indivisibilidade entre a proteção do meio ambiente e os direitos humanos. Expressou que o direito ao meio ambiente saudável é um direito autônomo com conotações individuais e coletivas, com a proteção de componentes ambientais, tais como os rios, com interesse jurídico em si mesmos e que os danos gerados à natureza podem atingir todos os direitos fundamentais – como o direito à vida e à saúde. Realça-se que todos os Estados signatários da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, têm a obrigação de tecer os seus ordenamentos jurídicos internos de acordo com os parâmetros da Convenção, com os outros tratados do Sistema Interamericano de Direitos Humanos e com os seus pronunciamentos, pareceres consultivos e sentenças de casos contenciosos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Mais recentemente o Conselho de Direito Humanos das Organizações das Nações Unidas – ONU, no dia 8 de outubro do corrente ano de 2021, reconheceu, pela resolução 48/13, o meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano, e pediu aos Estados que trabalhassem em conjunto para a sua concretização. Trata-se de uma importante reafirmação – apesar de vários Estados já contarem com disposições nacionais que inferem

o *status* de direito fundamental ao meio ambiente, como é o caso do Brasil – em meio ao calor de discussões internacionais sobre as alterações climáticas. Espera-se que essa resolução faça ecoar ainda mais a fiscalização e a exigência de efetividade da proteção ambiental, dos direitos e políticas públicas ambientais.

Importante, entretanto, pontuar que vem ocorrendo, ao longo dos anos, cada vez mais a ampliação da argumentação para a extensão da ideia de vida digna para todas as espécies, como para os animais – consoante, por exemplo, a Lei brasileira contra os maus-tratos aos animais –, e também que há uma tendência, tanto nos dispositivos jurídicos quanto nas decisões judiciais, no âmbito internacional ou nacional, de reconhecimento da própria natureza como sujeito de direitos (SARLET; FENSTERSEIFER, 2019).

Já quanto à proteção ambiental enquanto uma tarefa e objetivo fundamental do Estado, se destaca que, a partir da Constituição Federal e de comandos infraconstitucionais, há a redução da discricionariedade da Administração que deve sempre levar em conta os princípios ambientais, como evidência Benjamin (2012, p. 101):

“Os comandos constitucionais reduzem a discricionariedade da Administração Pública, pois impõe ao administrador o permanente dever de levar em conta o meio ambiente de, direta e positivamente, protegê-lo, bem como exigir seu respeito pelos demais membros da comunidade, abrindo aos cidadãos a possibilidade de questionar ações administrativas que de forma significativa prejudiquem os sistemas naturais e a biodiversidade” (BENJAMIN, 2012, p. 101).

Não há margem para um “não atuar” do Estado nem para um “atuar de forma insuficiente” – princípio da proibição de proteção deficiente –, sendo que tal atitude resultaria em uma prática inconstitucional (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017). Sarlet e Fensterseifer (2017, p.304) defendem também que pelo o princípio da proibição de retrocesso, deve-se preservar o bloco normativo, constitucional ou não, já construído e consolidado no ordenamento jurídico, especialmente o que objetiva “assegurar a fruição dos direitos fundamentais, impedindo ou assegurando o controle de atos que possam provocar a supressão ou restrição dos níveis de efetividade vigentes dos direitos fundamentais”.

Enfatiza-se, por fim, que o Brasil aderiu ainda a tratados internacionais de proteção ambiental, que, segundo nosso ordenamento, por envolverem direitos humanos, tem aplicabilidade imediata e podem ser tomados como parâmetro normativo para o controle judicial de convencionalidade (inclusive *ex-officio*) da legislação infraconstitucional e ações e omissões de órgãos públicos e particulares (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

Dessa forma entende-se, diante desses dispositivos jurídico-políticos mencionados acima, que no nosso ordenamento se busca a consolidação de um Estado de Direito Ecológico. Contudo, várias tem sido as críticas voltadas

à efetividade do direito ambiental – que não foi capaz de frear a ação humana e seus resultados, que estamos enfrentando o desgaste das condições de vida para qualquer ser vivo do planeta, o desgaste e a morte da própria biosfera. Observa-se que as demandas ao Poder Judiciário têm crescido, e busca-se na presente pesquisa entender o papel que tem desempenhado, e sua importância, na concretização dos direitos e políticas públicas ambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; LUÑO, 2012).

Com o desenrolar da presente investigação se percebe que o Supremo Tribunal Federal - STF tem um posicionamento pacífico quanto à legitimidade da inferência do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas e direitos fundamentais, mas que foi levado a se posicionar novamente sobre o assunto, no futuro, no curso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760/DF e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54/DF, como se verá. O que faz, ainda em face das crescentes discussões e pressões no âmbito nacional e internacionais para que os Estados adotem medidas capazes de reduzir os danos ambientais e garantir a sustentabilidade da vida, com que a temática da atuação do Judiciário na formulação e implementação de políticas públicas ambientais, ganhe constante relevo e espaço de debate.

2. Atuação do Supremo Tribunal Federal quanto à efetividade de políticas públicas ambientais

Observa-se que se tem consolidado nos últimos anos o entendimento, tanto de parte da doutrina quanto da jurisprudência, de que o poder judiciário pode determinar que a administração pública, diante de omissão injustificável, venha a cumprir políticas públicas, pois estas não podem ser encaradas apenas como promessas vazias e sem efetividade (GUETTA; OVIEDO; BENSUSAN, 2019; BENJAMIN, 2012).

Entende-se que o Poder Público quando não toma nenhuma providência, ou toma de forma insuficiente, referente à efetividade de princípios e garantias fundamentais da Constituição Federal, incorre em conduta de maior gravidade política-jurídica, sendo cabível a inconstitucionalidade por omissão total ou parcial – há também a possibilidade de se protocolar outras ações, incluindo no âmbito administrativo. O então Ministro do Supremo Tribunal Federal -STF, Celso de Mello, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 1458/DF, em 1996, solidificou essa perspectiva:

Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *no facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público [...].

Celso de Mello consolidou ainda, na decisão da ADPF-45/DF, em 2004, a legitimidade constitucional do controle e intervenção judicial na implementação de políticas públicas diante da abusividade governamental e a inoponibilidade de arbítrio estatal, devendo prevalecer a preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do “mínimo existencial”. Como se lê:

[...] é certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário – e nas desta Suprema Corte, em especial – a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto consoante já proclamou esta Suprema Corte que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política não pode converter-se em promessa constitucional insequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositada pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental [...] Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Esse tem sido então o posicionamento adotado pelo STF, que é lícito ao Poder Judiciário determinar que a administração pública adote medidas assecuratórias de direitos constitucionalmente reconhecidos como essenciais – dá-se destaque ao agravo de relatoria da Ministra Rosa Weber, DJe 11/06/2014 e AI708.667 Agr. de relatoria do Ministro Dias Toffoli DJe 10/04/2012.

A proteção ambiental, como visto, é positivada na Constituição Federal de 1988 como direito fundamental de titularidade coletiva, objetivo e tarefa fundamental do Estado, está relacionada a um agir positivo dos operadores públicos, sendo incluída como elemento integrante no mínimo existencial à concretização da dignidade humana. Nesses termos, o incumprimento da dimensão positivo-prestacional do artigo 225 da CF/88, pode gerar inconstitucionalidade e o controle e a imposição de efetividade por parte do Poder Judiciário que é inclusive instrumento que pode ser acionado pelos cidadãos individuais ou coletivamente considerados.

Cabe destacar que o art. 5º, XXXV da CF/1988 disciplina a inafastabili-

dade do controle judicial perante qualquer lesão ou ameaça de lesão a direitos e garantias fundamentais, no que se inclui as violações à proteção ambiental advindas da falha na aplicação, ou omissão, das políticas públicas ambientais. No mesmo sentido se ressalta a Convenção de Aarhus sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisões e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental, que traz entre seus objetivos a garantia a todos os cidadãos, e às organizações não governamentais, de acesso a mecanismos judiciais eficazes de proteção de interesses legítimos e aplicação de leis em matéria ambiental (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017).

Ademais, com base nos preceitos aqui elencados, se reflete também que a inércia e o descumprimento, por parte do Estado, de diretrizes constitucionais não pode encontrar guarita no princípio da separação dos poderes. Pondera-se, numa perspectiva democrática que não se funda exclusivamente no sistema de representação tradicional, que as ações judiciais podem permitir, por meio de mecanismos próprios, na verdade, a participação popular inerente aos direitos fundamentais. Frisa-se a utilização, por exemplo, de audiências públicas, de *amicus curiae*, a participação de experts, e a existência de ações como ação popular, a ação civil pública, entre outras, que podem concretizar um processo dialógico e participativo na formulação de alternativas (SARLET; FENSTERSEIFER, 2017; ALMEIDA, 2014).

Vale, por outro lado, apontar, a partir da discussão sobre a compreensão da legitimidade do controle e intervenção judicial na efetivação dos direitos e políticas públicas ambientais, as considerações esboçadas por Sarlet e Fensterseifer (2017) que, analisando parte das jurisprudências das Cortes Superiores do País, observam a atuação do poder judiciário, em termos gerais, ainda muito vinculada a uma tradição de tutela de direitos subjetivos individuais, a despeito do crescente uso de instrumentos coletivos.

Flávia Piovesan (2010), em sua pesquisa direcionada à análise de decisões envolvendo os direitos sociais, também percebe que as demandas que chegam ao judiciário são em sua maioria individuais e que se discute geralmente o acesso a determinado direito, por exemplo, à educação ou à saúde, mas não a qualidade dos serviços.

Frisa-se que a Corte Constitucional Colombiana - CCC, como experiência oposta, vem alcançando resultados significativos para o direito comparado por apresentar decisões estruturais e dialógicas. Em sua sentença T-025 declarou as violações sofridas pelas Pessoas Deslocadas Internamente - PDI e os defeitos sistêmicos de ação do Estado como um estado de coisas inconstitucional e coordenou, promovendo a participação de organizações não governamentais e da sociedade, a elaboração, implementação e fiscalização da política pública integral direcionada a todas as PDI, e não apenas às demandantes.

Compete, por fim, pontuar que mais recentemente, na esfera ambiental, o Supremo Tribunal Federal vem sendo instado a se posicionar, no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760/DF e na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54/DF impetrada por

sete partidos políticos em que pedem a retomada da execução do Plano de Ação para Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia Legal (PP-CDAm) que foi exitoso na década passada, mas foi extinto extraoficialmente pelo atual governo, e para que as metas climáticas assumidas pelo Brasil sejam cumpridas.

Contextualiza-se que nos últimos anos o Brasil vem se distanciando do cumprimento das metas e compromissos ambientais assumidos juridico-politicamente no âmbito nacional e internacional. Encontra-se em curso no país, pela ação do governo, um desmonte da governança ambiental instituída pela Constituição Federal de 1988 (OBSERVATÓRIO DO CLIMA, 2021). Como pode se verificar nos exemplos que seguem:

- retração na fiscalização e exercício do poder de polícia ambiental, com a redução no número de autuações de infrações ambientais;
- permissividade com a presença humana e atividades ilegais (extração de madeira, garimpo, etc) em Unidades de Conservação e Territórios Indígenas;
- aumento progressivo do desmatamento e dos focos de incêndio na Amazônia (e no Pantanal), aliado ao negacionismo científico e climático de alguns representantes de órgãos do Governo Federal, contrariando o consenso científico e inclusive os dados oficiais (por exemplo, do próprio Inpe);
- violação aos deveres estatais de transparência ativa e acesso à informação ambiental, consagrados expressamente tanto na Lei de Acesso à Informação Ambiental (Lei 10.650/2003) quanto na Lei de Acesso à Informação Pública — Lei 12.527/2011;
- redução da participação da sociedade civil, como no caso do Conselho Nacional do meio Ambiente (Conama) objeto da ADPF 623 proposta pela Procuradoria-Geral da República (PGR), em que o Governo Federal reduziu drasticamente a sua estrutura e criou um procedimento de “sorteio aleatório” para esvaziar a participação das entidades ambientalistas, ensejando violação flagrante aos direitos ambientais de participação da sociedade, consagrados, por exemplo, no Princípio 10 da Declaração do Rio (1992) e, mais recentemente, no Acordo Regional de Escazú para América Latina e Caribe sobre Acesso à Informação, Participação Pública na Tomada de Decisão e Acesso à Justiça em Matéria Ambiental (2018);
- reduções orçamentárias e mesmos a não utilização dos recursos orçamentários disponíveis; e, por fim,
- a falta de utilização do Fundo Clima por inércia do Governo Federal, que, aliás, também tem como pano de fundo limitar a participação da sociedade civil nas políticas ambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

A Procuradoria Geral da República, por sua vez, se manifestou nas referidas ações alegando, entre outros argumentos, que as medidas judiciais tomadas não são instrumentos adequados para acompanhar e fiscalizar a gestão de políticas públicas, ou para impor a obrigação de cronogramas, metas e resultados a serem alcançados pelos órgãos competentes. Defendeu que a formula-

ção, implementação e fiscalização de políticas públicas cabem exclusivamente ao Poder Executivo e Legislativo, e que o judiciário estaria extrapolando sua competência atribuída pela Constituição se conhecesse tais demandas. Essas foram, em resumo, algumas de suas colocações no parecer protocolado na ADO 54/DF:

[...] 8. Verificada a existência de ações concretas do poder público tendentes a minimizar ou a frear os efeitos das práticas de desmatamento ilegal, substituir a atuação dos Poderes Legislativo e Executivo pelas ações pretendidas pelo requerente representaria ingerência do Judiciário no mérito das ações adotadas, para impor determinado modo de agir em sobreposição aos órgãos competentes, providência incompatível com o objeto da ADO e com a função jurisdicional. 9. Eventual acolhimento do pedido formulado, com a determinação de obrigação de fazer genérica aos órgãos do Poder Executivo “para determinar a adoção de providências de índole administrativa no sentido de combater o desmatamento na Amazônia”, demandaria avançar em seara operacional e técnica, estranha à função jurisdicional, ultrapassando o mero exame objetivo de compatibilização entre a atuação impugnada e a Constituição Federal. 10. Veredito acerca de eventual acerto ou desacerto, suficiência ou insuficiência das medidas que vêm adotadas, além de demandar exame de aspectos técnicos da política nacional, dependeria de ampla dilação e discussão probatória, providências incompatíveis com o procedimento de fiscalização abstrata de constitucionalidade.

Assim, o STF vai se posicionar novamente sobre a matéria, que até hoje é levantada, sobre a legitimidade de atuação do Poder Judiciário de intervir nas políticas públicas, mais especificamente, nas políticas públicas ambientais. Postula-se no presente artigo científico, enfim, que o Judiciário cumpra seu dever constitucional de tutela ecológica, atuando de maneira efetiva contra a omissão e falhas das políticas estatais e na obtenção de resultados reais, e que avance também rumo à virada ecocêntrica, à criação de uma consciência de compartilhamento, de lugar em comum, tendo a humanidade como mais um componente terráqueo, mais um componente da natureza e dependente de complexas redes de vida (LEFF, 2016).

Reafirma-se que a questão da atuação do Judiciário na efetividade dos DESCA, como explanado anteriormente, vem sendo rediscutida e se torna cada vez mais importante em meio às falhas e omissões do Poder Público em efetivar direitos fundamentais à vida digna – fundamentais para a continuidade da vida em si, humana e não humana –, como o direito ao meio ambiente equilibrado, em meio a processos de destruição do Planeta, em meio ao Antropoceno.

Como compreendem Sarlet e Fensterseifer (2020, p. 6), o Poder Judiciário é sujeito essencial, nesse contexto de enfraquecimento da governança ambiental, que pode apresentar uma postura contramajoritária, resguardando direitos fundamentais, e fazer uso de decisões estruturais que são considera-

das mais eficazes:

[...] STF tem atuado e pode avançar como ator proativo de uma co-governança ecológica, no contexto de sua função contramajoritária, porquanto também está em causa resguardar interesses e direitos fundamentais de minorias e grupos sociais vulneráveis e, inclusive, sub-representados pela política tradicional (via regra majoritária), como é o caso dos povos indígenas, das crianças e adolescentes (pela ótica da justiça climática, como bem simbolizado pelo movimento Fridays for Future, da estudante sueca Greta Thunberg) [...] A forma possivelmente mais eficaz de atuação do Poder Judiciário nesses casos de grande impacto e transversalidade, sempre buscando, quando possível, uma deferência para os demais atores estatais, é lançar mão de decisões que impõe medidas estruturantes (como defendem, na doutrina, Marco Felix Jobim, Hermes Zanetti Jr., Sergio Arenhardt, entre outros).

Na ADPF 709/DF, por exemplo, o STF já determinou a instalação de uma “Sala de situação” para acompanhar a execução das decisões, as medidas tomadas. Outro caso brasileiro que teve grande repercussão e que infere no acompanhamento forte da execução, foi a decisão da 6ª Vara Federal de Florianópolis que concedeu liminar deferindo a criação da Câmara Judicial de Proteção da Lagoa da Conceição que tem a finalidade de assessorar o Judiciário na adoção das medidas estruturais necessárias para garantir a integralidade ecológica da Lagoa. Em suma, esses foram casos emblemáticos mais recentes em que o Poder Judiciário brasileiro já adotou posturas que implicam, sim, na inferência em políticas públicas a partir de decisões estruturais e acompanhamento forte da execução em prol da efetividade dos direitos fundamentais.

Alexandra Aragão (2017) frisa que o Estado de Direito Ecológico conta com a prolação de decisões judiciais que enfrentam o Antropoceno, e que deve haver sim a obrigação jurídica do Tribunal para alcançar resultados na prevenção real dos danos e melhoria da qualidade do meio ambiente com a estipulação de metas e prazos. Destaca-se, novamente, nesse quadro, a atuação da Corte Constitucional Colombiana - CCC que tem, também, na seara ambiental, conduzido processos dialógicos e estruturais acompanhando, através de meios participativos, a formulação e implementação de políticas públicas, estipulando prazos para que os setores estatais apresentem seus planejamentos, a aplicação e resultados alcançados. A CCC, como já afirmado, se tornou importante referência no sul global na defesa de direitos fundamentais por meio de decisões estruturais.

Considerações finais

A Lei n. 6.938 de 1981, que trata da Política Nacional do Meio Ambiente, foi a primeira no Brasil que disciplinou a proteção da natureza e dos processos ecológicos de forma holística. A Constituição de 1988, a seu turno, estipulou a proteção ambiental como direito fundamental de todos e tarefa

fundamental do Estado. A doutrina tem defendido que o meio ambiente equilibrado é um dos componentes do mínimo existencial e o STF também tem se posicionado, reconhecendo a dimensão ecológica da dignidade humana e a indivisibilidade dos direitos fundamentais.

A CIDH proferiu, nesse sentido, no parecer consultivo 23 de 2017, que o direito ao meio ambiente saudável é um direito autônomo com conotações individuais e coletivas, e que os danos gerados à natureza podem atingir todos os direitos fundamentais. Já o Conselho de Direito Humanos da ONU, nesse ano de 2021, reconheceu na resolução 48/13 o meio ambiente limpo, saudável e sustentável como um direito humano. Essas são importantes reafirmações vindas de organizações internacionais que vinculam, criam responsabilidade e causam pressões diplomáticas para que os Estados signatários adotem medidas efetivas de proteção ambiental e cumpram as metas e compromissos assumidos.

Ressalta-se, ademais, que no nosso ordenamento jurídico há o princípio da proibição de retrocesso e o princípio da proibição de proteção deficiente de matéria ambiental. De modo geral, busca-se o cumprimento do Estado de Direito Ecológico. Porém, tem crescido as demandas ao Poder Judiciário frente à falta de efetividade do direito e de políticas públicas ambientais que levaram aos resultados hoje vivenciado de desgaste da natureza, das condições de vida digna para todos os seres vivos e morte da própria biosfera. No Brasil encontra-se em curso o desmonte da governança ambiental, com a recusa em aplicar políticas ambientais, a diminuição de orçamentos, processos de desregulamentação e enfraquecimento dos órgãos de fiscalização, entre outras medidas.

Mais recentemente, apesar do STF já ter o entendimento pacífico quanto à legitimidade do Poder Judiciário de interferir na formulação, aplicação e fiscalização de políticas públicas, fazendo prevalecer os direitos fundamentais diante da omissão e inércia do poder público, tal capacidade foi novamente questionada no âmbito da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 760/DF e da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 54/DF de 2020 que requerem a retomada do PPCDAm e o cumprimento das metas climáticas. Compreende-se, assim, a relevância de revisitar esse debate.

Postula-se que Judiciário pode atuar como importante sujeito apresentando postura contrária ao retrocesso dos direitos e políticas ambientais, fazendo valer a tutela ecológica constitucionalmente disciplinada. Os juízes têm avançado nessa perspectiva, proferindo decisões estruturais e com acompanhamento forte da execução das decisões, com a participação da sociedade e de organizações não governamentais. São condutas que já vem sendo tomadas, e que têm alcançado resultados positivos, pela CCC, que se tornou importante referência para o direito comparado no sul, e que também vêm sendo discutidas no norte, como reflete Alexandra Aragão (2017), sobre o dever do Judiciário de obter, através da imposição de metas e prazos, a real prevenção dos danos.

Referências

ARAGÃO, Alexandra. O estado de direito ecológico no antropoceno e os limites do planeta. In: DINNEBIER, Flávia França; LEITE, José Rubens Morato (orgs.). **Estado de Direito Ecológico: conceito conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza**. São Paulo: Instituto o Direito por um planeta verde, 2017.

ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. **Direitos fundamentais sociais e ponderação: ativismo irrefletido e controle jurídico racional**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Ed. 2014.

BENJAMIN, Antônio Herman. Direito Constitucional Ambiental Brasileiro. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. LEITE, José Rubens Morato. (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUETTA, Mauricio. OVIEDO, Antonio Francisco Perrone. BENSUSAN, Nurit. Litigância Climática em busca da efetividade da tutela constitucional da Amazônia. In: SETZER, Joana. CUNHA, Kamyla. BOTTER FABBRI, Amália. **Litigância climática: novas fronteiras para o direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

LEFF, Enrique. **A aposta pela vida: imaginação sociológica e imaginários sociais nos territórios ambientais do Sul**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. **Perspectivas e tendências atuais do estado constitucional**. Porto Alegre: livraria do advogado, 2012.

OBSERVÁTORIO DO CLIMA. “Passando a Boiada”: o segundo ano de desmonte ambiental sob Jair Bolsonaro. Janeiro de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito Constitucional Ambiental: constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

_____. Do direito constitucional ambiental ao direito constitucional ecológico. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/direito-constitucional-ambiental-direito-constitucional-ecologico> Acesso em: 20/08/2019.

_____. O direito constitucional-ambiental brasileiro e a governança judicial ecológica: estudo à luz da jurisprudência do superior tribunal de justiça e do supremo tribunal federal. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**. Curitiba, vol.11, n.20, jan-jul, 2019b.

_____. Litigância climática, proteção do ambiente e a ADPF 708. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/direitos-fundamentais-litigancia-climatica-protecao-ambiente-adpf-708df?imprimir=1>. Acesso em: 20/09/2021.

EL ENDURECIMIENTO DEL *SOFT LAW* COMO ALTERNATIVA PARA REGULAR LA RELACIÓN EMPRESAS-DERECHOS HUMANOS

Ana Maria D'ávila Lopes

Profesora Titular del Posgrado en Derecho de la Universidade de Fortaleza. Doctora en Derecho Constitucional por la Universidade Federal de Minas Gerais

Mara Lívía Moreira Damasceno

Profesora del Centro de Ciencias Jurídicas de la Universidade de Fortaleza. Máster y Doctoranda en Derecho Constitucional por la Universidade de Fortaleza

Resumen:

Desde los años setenta del siglo XX, la Organización de las Naciones Unidas viene intentando regular la actividad de las empresas transnacionales, debido a la gran cantidad de violaciones a los derechos humanos que vienen cometiendo, especialmente en los países más pobres. Diversos documentos ya fueron aprobados, pero todos ellos de *soft law*, o sea, sin obligatoriedad. En ese contexto, se objetiva demostrar la importancia del endurecimiento del *soft law*, como alternativa para regular la relación empresas y derechos humanos, por lo menos hasta que documentos de *hard law* sean aprobados. Con ese fin, fue realizada una investigación bibliográfica y documental, recurriéndose al método dialéctico-deductivo de análisis. Con base en esa investigación, se optó por escoger los parámetros de endurecimiento del *soft law* propuestos por Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, exjuez portugués de la Corte Europea de Derechos Humanos, debido a su clareza y viabilidad práctica.

Palabras clave: Empresas transnacionales; *Soft law*; Principios ruggie; Derechos Humanos.

Introducción

En la etapa actual de globalización, las actividades de muchas empresas se han ido expandiendo por todo el mundo. Esta transnacionalidad de la actividad empresarial ha generado impactos de proporciones globales positivas y negativas. Así, no se puede negar que la instalación de grandes empresas transnacionales, especialmente en los países pobres, genera innumerables ven-

tajas, como la creación de empleos, el aumento de la recaudación tributaria, desarrollo tecnológico y científico etc. Sin embargo, también no se puede negar que esa transnacionalidad empresarial es capaz de generar diversos impactos negativos, como la falta de respeto a las normas laborales, daños al medio ambiente etc.

Son los impactos positivos los que hacen que los Estados que reciben esas empresas transnacionales en sus territorios no las responsabilicen por los impactos negativos que también provocan.

Ante este panorama, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) viene, desde los años setenta del siglo XX, intentando regular esa actividad empresarial, sea de una forma más amplia, como la creación de la plataforma del Pacto Global (PG-ONU), lanzada en 1999, sea de una forma más restricta, como la aprobación de documentos vinculantes. Esta última tentativa no ha tenido éxito, habiendo conseguido aprobar apenas documentos de *soft law*, como los denominados Principios Ruggie, en 2011. Actualmente, hay un tratado que viene siendo elaborado por la ONU (fueron ya aprobados cuatro *drafts*, el más reciente en 17 agosto de 2021), pero aún sin mayores perspectivas de aprobación a corto plazo (ONU, 2021).

En ese contexto, el presente trabajo objetiva demostrar la importancia del endurecimiento del *soft law*, como alternativa que puede viabilizar la regulación de la relación empresas y derechos humanos, por lo menos hasta que ese tratado u otros documentos de *hard law* sean aprobados.

Con ese fin, fue realizada una investigación bibliográfica en la doctrina nacional y comparada, así como una investigación documental en la legislación y la jurisprudencia internacional, recurriéndose al método dialéctico-deductivo de análisis.

Con base en esa investigación, se optó por escoger los parámetros de endurecimiento del *soft law* propuestos por el jurista portugués Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, exjuez portugués de la Corte Europea de Derechos Humanos, debido a su clareza y viabilidad práctica.

De esa forma, inicialmente, será presentada una síntesis de los esfuerzos de la ONU para regular la relación empresas y derechos humanos, para, seguidamente, presentar los parámetros del endurecimiento del *soft law* formulados por el exjuez Pinto de Albuquerque y, de ese modo, demostrar que puede ser una alternativa para regular la relación empresas y derechos humanos.

1. Esfuerzos de las Naciones Unidas para regular la relación empresas-derechos humanos

A partir de los años setenta del siglo XX, con el desarrollo de la globalización y la proliferación de empresas transnacionales, la ONU comenzó a buscar mecanismos para regular la actividad de esas corporaciones debido al gran número de casos de violaciones de derechos humanos, especialmente en los países más pobres, donde los incentivos fiscales para las inversiones

extranjeras son grandes y la legislación de protección al trabajador y al medio ambiente son deficientes. De hecho, esos países, son verdaderos paraísos abiertos al lucro, pues aglutinan los factores que buscan los empresarios para reducir sus costos de producción, como mano de obra barata, desprotección del medio ambiente y tributos reducidos (LOPES, PEREIRA, MARQUES, 2020).

Así, en 1970, el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de la ONU, luego de intensas discusiones sobre las estrategias para la Segunda Década del Desarrollo, que entonces comenzaba, estableció como uno de los temas relevantes de ese periodo la necesidad de “prácticas comerciales restrictivas” (ECOSOC, 1970, p. 310).

Sin embargo, los primeros esfuerzos para discutir y regular las actividades comerciales de la actividad empresarial transnacional enfrentaron diversos obstáculos. La ONU, principal entidad del sistema mundial de protección de los derechos humanos, aún no contaba con la fuerza política necesaria para hacer que los países aceptasen tales restricciones. Por otro lado, la mayoría de los países no tenía ni fuerza ni interés en limitar las actividades de las transnacionales dentro de sus territorios, ya que eso significaba perder una buena fuente de ingresos (CASSEL, 2001).

Así, las décadas siguientes estuvieron marcadas por la ausencia de cooperación y consenso internacional sobre la imposición de restricciones a las empresas transnacionales. Las primeras discusiones sobre el tema estuvieron cargadas de un discurso que redujo el tema a disputas entre el Norte (países desarrollados, generalmente de origen de las transnacionales) y el Sur (países subdesarrollados o periféricos, generalmente anfitriones de las transnacionales), o entre occidente y oriente como consecuencia del fin de la guerra fría.

Esa situación comenzó a cambiar en 2005, cuando la Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la ONU solicitó al Secretario General de ese organismo, Kofi Annan, que nombrara un representante especial para que actuara para identificar y aclarar los estándares de responsabilidad corporativa; definir el papel de los Estados en el proceso de regulación de las obligaciones de las empresas transnacionales y otras empresas en materia de respeto a los derechos humanos; aclarar los conceptos de “complicidad” y “esfera de influencia” y sus implicaciones para las empresas; desarrollar materiales y una metodología para realizar evaluaciones de impacto sobre la relación entre empresas y derechos humanos; y escribir un compendio de buenas prácticas de países y entidades comerciales (ONU, 2005). El 25 de julio de 2005, el ECOSOC aprobó la solicitud de la CDH.

Atendiendo a ese pedido, Kofi Annan nombró John Ruggie, como Representante Especial de la ONU para trabajar sobre esa problemática, iniciando una nueva etapa en el proceso para responsabilizar internacionalmente a las empresas (RUGGIE, 2007).

John Ruggie, profesor de la Universidad de Harvard, se desempeñó durante dos períodos de tres años como Representante Especial de la ONU,

en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (RIVERA, 2013). En su primer mandato, entre 2005 y 2008, elaboró el informe “Marco Conceptual de la ONU para Proteger, Respetar y Remediar las Empresas y los Derechos Humanos” (ONU, 2008). En su segundo mandato, entre 2009 y 2011, redactó los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”, más conocido como “Principios Ruggie”, con el fin de establecer mecanismos para implementar el primer informe. Además, en ese segundo mandato, creó también un Grupo de Trabajo sobre derechos humanos y empresas transnacionales y otras empresas comerciales, que entró en funcionamiento en 2011.

El mérito del Marco Conceptual, de 2008, fue establecer expresamente obligaciones para los Estados y las empresas. El documento se sustenta en tres pilares básicos: a) la obligación de los Estados de proteger a los seres humanos de las violaciones derivadas de la actividad empresarial; b) la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos previstos en los documentos internacionales, así como de adoptar la “debida diligencia” para evitar que violaciones acontezcan; c) la obligación de los Estados y de las empresas de crear mecanismos de reparación de las violaciones (ONU, 2008).

Según ese documento de 2008, la obligación de los Estados de proteger es entendida como el deber que tienen de salvaguardar los derechos humanos contra los abusos de terceros no estatales, incluidas las empresas. Delineando este amplio deber, el Marco Conceptual recomienda, como primer pilar, que los Estados tomen todas las medidas necesarias para proteger los derechos humanos, especialmente previniendo, investigando y sancionando los abusos cometidos, así como promoviendo el acceso a los medios de reparación.

En cuanto al segundo pilar, es decir, en cuanto a la obligación de las empresas de respetar los derechos humanos. Con este principio se busca que la actividad empresarial no sea sinónimo de violaciones a los derechos humanos. Para ellos, se crea el concepto de “debida diligencia” entendido como “*a process whereby companies not only ensure compliance with national laws but also manage the risk of human rights harm with a view to avoiding that*” (RUGGIE, 2008, p. 194).

El tercer pilar se refiere al acceso a los medios de reparación. De hecho, sin mecanismos de investigación, castigo y compensación, las obligaciones de los Estados de proteger los derechos humanos de los abusos corporativos serían de poca utilidad.

Una vez establecidos los tres pilares relativos a la relación empresa-derechos humanos, quedaba la tarea de ponerlos en práctica. Fue por ello por lo que, el 18 de junio de 2008, el CDH reconoció la necesidad de ponerlos en funcionamiento, a fin de brindar una protección más efectiva contra las violaciones de derechos humanos perpetrados por empresas transnacionales, de modo a contribuir con la consolidación de normas y parámetros relativos a la actividad empresarial en el mundo (ONU, 2008), renovándose el mandato de John Ruggie hasta 2011.

De esa manera, en marzo de 2011, Ruggie presentó un nuevo informe

denominado Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, más conocido como Principios Ruggie, con el objetivo de implementar y detallar el Marco Conceptual, elaborado en 2008 (ONU, 2011).

Ese mismo año, el CDH aprobó los Principios Ruggie y creó un grupo de trabajo para la difusión e implementación de ese documento, con la tarea de entregar anualmente un informe. Además, se creó también un Foro sobre Empresas y Derechos Humanos, bajo la coordinación del grupo de trabajo, para debatir los desafíos de la implementación de este informe de 2011 y promover la cooperación internacional de temas relacionados a empresas y derechos humanos (ONU, 2011).

Los Principios Ruggie comienzan con una introducción, que contiene los principios informativos generales para la regulación de la interacción entre empresas y derechos humanos, entre los cuales se destaca la disposición que determina que esos principios se aplican a todos los Estados y empresas, independientemente de cualquier factor, aunque aclara que los principios no deben ser interpretados de manera que establezcan nuevas obligaciones del derecho internacional, ni que restrinjan o reduzcan los deberes asumidos por los Estados (ONU, 2011).

El documento está dividido para poder detallar e implementar los tres pilares del Marco Conceptual de 2008. En cuanto al Pilar I, relacionado con la obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, los Principios Ruggie son enfáticos al disponer, en el Principio 1, que:

States must protect against human rights abuse within their territory and/or jurisdiction by third parties, including business enterprises. This requires taking appropriate steps to prevent, investigate, punish and redress such abuse through effective policies, legislation, regulations and adjudication (ONU, 2011).

Sobre ello, se pone especial atención a las situaciones en las cuales existe un nexo entre el Estado y la empresa, ya sea porque se trata de entidad que forma parte de la estructura estatal, aunque con personalidad propia o de derecho privado, o porque recibe altos incentivos económicos por parte del gobierno. De hecho, el Principio 4 determina que los países deben adoptar medidas adicionales para protegerse contra las violaciones de derechos humanos cometidas por sus empresas, requiriendo, de ser necesario, auditorías. También se menciona expresamente, en el Principio 6, la obligación de los países de “*promote respect for human rights by business enterprises with which they conduct commercial transactions*” (ONU, 2011).

Con respecto al Segundo pilar del Marco Conceptual 2008, es decir, la responsabilidad empresarial por el respeto a los derechos humanos, el Principio 11 de los Principios Ruggie tiene el mérito de especificar la conducta que las empresas deben adoptar, estableciendo el deber de “*avoid infringing on the human rights of others and should address adverse human rights impacts with which they are involved*” (ONU, 2011). En este sentido, el Principio 12 aclara cuales docu-

mentos sobre derechos humanos deben ser respetados:

The responsibility of business enterprises to respect human rights refers to internationally recognized human rights – understood, at a minimum, as those expressed in the International Bill of Human Rights and the principles concerning fundamental rights set out in the International Labour Organization’s Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. (ONU, 2011).

En cuanto al Tercer pilar del Marco Conceptual 2008, el Principio 25 de los Principios Ruggie, establece que los países deben adoptar “*steps to ensure, through judicial, administrative, legislative or other appropriate means, that when such abuses occur within their territory and/or jurisdiction those affected have access to effective remedy*” (ONU, 2011).

A pesar de ser un documento muy detallado con conceptos bien definidos, los Principios Ruggie de 2011 tienen una naturaleza jurídica de *soft law*, es decir, de mera orientación para los países y los empresarios, demostrando la necesidad de un instrumento internacional de *hard law*, que imponga obligaciones plenamente exigibles a los Estados y una rendición de cuentas a las empresas.

Por ese motivo, la ONU viene trabajando en un tratado internacional, cuyo cuarto borrador fue aprobado en agosto de 2021 (ONU, 2021), lo que muestra, por un, lado, que se está avanzando, pero, por otro lado, que aún falta mucho para tener un documento obligatorio, siendo así, es necesario pensar en alternativas que puedan proteger hoy los derechos humanos, como el endurecimiento del *soft law*, a seguir desarrollado.

2. El endurecimiento del *soft law*

El 20 de octubre de 2016, la Corte Europea de Derechos Humanos (CorteEDH) dictó sentencia condenatoria contra el Estado de Croacia, por la violación del art. 3º del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que prohíbe la tortura y los tratos o penas inhumanas o degradantes. En el caso Mursic v. Croacia, el Estado croata fue condenado por haber mantenido preso a Kristijan Mursic durante 27 días consecutivos, en una celda con un espacio individual inferior a 3 m², incumpliendo las normas mínimas europeas (CorteEDH, 2016).

El exjuez de esa Corte, Paulo Sérgio Pinto de Albuquerque emitió voto parcialmente discordante de esa decisión, por considerar que la CorteEDH no había respetado las Regras Penitenciarias Europeas (RPE), cuya naturaleza es de *soft law* endurecido y, por lo tanto, tienen un carácter vinculante.

Para respaldar su posición, Pinto de Albuquerque explicó que el endurecimiento del *soft law* ocurre cuando ciertos factores están presentes, como cuando en el documento se hace uso de lenguaje imperativo, su aprobación fue compleja, hubo amplia publicidad, etc. (como sucedió con las RPE), y, también, cuando el documento fue expresamente adoptado por el Comité de

Ministros del Consejo de Europa, constituyendo una fuente indiscutible del Derecho europeo.

Pinto de Albuquerque inició su voto parcialmente disidente manifestando que estaba a favor de declarar la violación del art. 3 ° del CEDH durante todo el período (50 días no consecutivos), durante el cual el peticionario, Kristijan Mursic, fue encarcelado en la prisión estatal croata de Bjelovar, en un espacio individual menor de 3 m², y no solo durante los 27 días consecutivos. (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §1°).

Con su voto, Pinto de Albuquerque buscó demostrar que la interpretación en evolución, el consenso europeo y el endurecimiento del *soft law* constituyen los tres pilares del sistema normativo del Consejo de Europa (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §2°).

Sobre el *soft law*, reconoció ser un concepto controvertido, habiendo sido considerado una contradicción por su redundancia, una frase vacía que disfraza el inflado derecho internacional actual, un intento de imponer compromisos políticos a los Estados a los que no desea sancionar, una forma de ocultar el amplio poder de algunos países y de otros actores no estatales etc. (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §3°). También señaló que el *soft law* no está incluido en las fuentes clásicas del derecho internacional establecidas en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ECIJ), cuya ampliación requiere una carga probatoria muy exigente (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §4°).

En todo caso, aclaró que la lista de fuentes establecida en el artículo 38 de la ECIJ no es exhaustiva, considerando, especialmente, los cambios sufridos por el derecho internacional después de la Segunda Guerra Mundial, siendo posible, por lo tanto, su reformulación (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §5°).

Por otro lado, señaló que no existe un parámetro único para determinar la diferencia entre *hard* y *soft law*, siendo las dos reglas de conducta. El *soft law* se manifiesta de diversas formas, como, por ejemplo, un estándar de derecho consuetudinario, siendo importante recordar que el derecho internacional no es completamente rígido en cuanto a su aplicabilidad y justiciabilidad (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, § 6°). Así, el *soft law* puede ser ignorado sin mayor problema, pero su incumplimiento puede acarrear consecuencias negativas, que no se limitan apenas a consecuencias de carácter moral, político o reputacional (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §7°).

Agregó que, cuando hay legislación expresa, se puede utilizar el *soft law* para ayudar a comprender la intención de los autores de las normas, facilitar la aplicación de instrumentos vinculantes, aclarar puntos complejos y técnicos y adaptar el Derecho con mayor facilidad a los cambios sociales (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §8°). Cuando no hay legislación expresa, el *soft law* puede actuar como una práctica relevante del Derecho internacional, pudiendo conformar la *opinio juris* y la práctica estatal que componen el Derecho internacional consuetudinario. A pesar de su relevancia, hasta la fecha no

se ha hecho nada para aclarar cómo el Consejo de Europa, y especialmente el CEDH, abordan este tema (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §9°).

En todo caso, advirtió que se debe admitir que ese documento no puede interpretarse de manera aislada, sino que debe ser interpretado en armonía con el Derecho internacional y el *soft law*, ya que no existen regímenes autónomos en el Derecho internacional (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §10).

El CEDH, como instrumento vivo, observó Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §11), debe ser interpretada a la luz de las condiciones actuales y de la evolución de las normas del Derecho nacional e internacional, según lo decidido por primera vez en el caso *Tyrer. v. Reino Unido*, 1978.

Aclaró, además, que la interpretación evolutiva del CEDH, desde el inicio del funcionamiento de la CorteEDH, “estuvo íntimamente ligada a la necesidad de una lectura consensuada del texto”, basada en el “legado común de tradiciones políticas, ideas, libertad y estado de derecho, a los que hace referencia el Preámbulo” (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §13).

De esta forma, el *soft law* constituye, según Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §14), la realización del consenso europeo y la herencia común de valores que conforman el marco jurídico interno de la gran mayoría de los Estados miembros, como decidido en *Marckx vs. Bélgica*, en 1979. Sin embargo, de manera similar a la técnica interpretativa utilizada por el Tribunal Constitucional Europeo, la CorteEDH modula los efectos de sus decisiones para, por ejemplo, evitar aplicarlas retroactivamente, preservando así la seguridad jurídica.

Por otro lado, explicó que la interpretación del CEDH debe reflejar el más alto estándar de protección internacional de los derechos humanos, como se decidió en *Demir y Baykara v. Turquía*, 2008 (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §17), lo que significa que la invocación de otros tratados no depende de su ratificación por las partes, ni del número de Estados partes vinculados a ellos, demostrando que el *hard law* y el *soft law* se entrelazan en el derecho europeo (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §18). Bajo esta misma lógica, la CorteEDH también ha utilizado normas de otros órganos del Consejo de Europa, que no son parte del CEDH (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §19).

La importancia dada al consenso en el caso *Tyrer v. Reino Unido*, 1978, emana, como afirmó Pinto de Albuquerque, (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §20) del entendimiento de la existencia de “una democracia deliberativa e internacional en la que se considera que una mayoría o proporción representativa de las Partes Contratantes de la Convención hablan en nombre de todos y, por lo tanto, tiene derecho a imponer su voluntad a las demás Partes”, mostrando una desconexión entre consenso y unanimidad, es decir, puede existir consenso, aunque no todos estén de acuerdo.

Sin embargo, Pinto de Albuquerque, en ese mismo párrafo 20, recordó las críticas levantadas contra la CorteEDH con relación a su legitimidad para interpretar el CEDH de manera innovadora, “utilizando el *soft law* para eludir los órganos legislativos competentes y desconocer los principios de la democracia, el estado de derecho y la subsidiariedad” (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §20). Crítica que, para él, puede considerarse obsoleta, por estar inspirada en el anticuado lema soberano del *dubio pro mitius*.

Señaló que el Preámbulo del CEDH defiende que el objetivo del Consejo de Europa es crear una mayor unidad entre los Estados miembros, basada en el entendimiento común y la observancia de los derechos humanos, con el principio *in dubio pro persona* jugando un papel fundamental en esta lógica (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque §21).

Así, aclaró que “la interpretación evolutiva, el consenso europeo y el endurecimiento del *soft law* componen los tres pilares del sistema normativo europeo”, sin que ello signifique prescindir del consentimiento de los Estados. El ordenamiento jurídico europeo, añadió, no puede seguir reduciéndose a un pacto internacional de egoísmo yuxtapuesto, ni a la soberanía como un dato absoluto (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §22).

Sin embargo, Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §23) reconoció que el Derecho europeo de derechos humanos todavía está vinculado a la teoría formal de las fuentes del Derecho. Así, con base en la doctrina de la Corte Internacional de Justicia, la CorteEDH ha considerado que, para que una disposición se convierta en derecho internacional consuetudinario, debe cumplir con las siguientes condiciones:

- a) Tener un carácter fundamentalmente normalizador, de modo que pueda servir de base a un Estado general de derecho;
- b) Ser una práctica consolidada por los Estados; y,
- c) Evidenciar “la creencia de que dicha práctica es obligatoria por la existencia de un estado de derecho que lo requiere (*opinio juris sive necessitatis*)”.

De esa manera, Pinto de Albuquerque aclaró que en la CorteEDH “nunca hubo un monopolio del formalismo en el establecimiento del derecho internacional”. Esta “deformalización” del Derecho europeo de derechos humanos, sin embargo, no debe interpretarse como una negación de la legalidad, sino como la adopción de una “perspectiva cosmopolita de la universalidad de los derechos humanos y una comprensión dialógica del patrimonio común de valores de sociedades europeas” (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §24).

En este sentido, señaló que la regla de reconocimiento ya no es una regla voluntarista, bilateral de arriba hacia abajo, centrada en el Estado, sino “un mecanismo de creación de parámetros de tipo democrático, centrado en lo individual, ampliamente multilateral, intencionalmente consensual, de abajo hacia arriba, que involucra a los estados europeos y otros actores no estatales”,

es decir, un “verdadero *jus gentium*”. En cualquier caso, el *soft law* está sujeto al control democrático del Consejo de Europa y sus órganos, lo que confirma su carácter subsidiario y refuerza “el carácter democrático del proceso y la capacidad de respuesta del sistema internacional” (CorteEDH. Juez Pinto de Albuquerque, 2016, §25).

Esta comprensión más compleja de la regla de reconocimiento no debe interpretarse como un aumento del grado de inseguridad jurídica, ya que, advirtió Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §26), “la seguridad jurídica dependerá más de la sustancia del discurso”, de que de aspectos de forma o procedimiento.

Entre el *soft law* y el *hard law*, agregó Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §27), hay una normatividad gradual derivada de varios factores. Corresponde a la CorteEDH decidir cómo estos factores contribuyen al endurecimiento del *soft law*, que puede referirse tanto al procedimiento de redacción como a la aplicación de las normas. Estos parámetros son: (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §28)

- a) El lenguaje normativo utilizado, de modo que un texto redactado en un lenguaje prescriptivo debe, en principio, leerse con un texto normativo;
- b) El grado de exactitud lingüística y la precisión del contenido del texto son indicativos de su pretensión normativa;
- c) La existencia de trabajos preparatorios sobre las causas y consecuencias de las “decisiones políticas tomadas aumentan la densidad normativa del texto”;
- d) La complejidad del proceso de deliberación, incluido el quórum de votación, es un indicio de endurecimiento;
- e) El grado de publicidad que se le da al texto normativo revela la preocupación por su difusión y consecuente conciencia y cumplimiento;
- f) También indica endurecimiento la delegación a un tercero independiente de la interpretación y resolución de conflictos, así como la provisión de mecanismos de seguimiento;
- g) La práctica posterior, especialmente por la misma autoridad, refuerza su pretensión normativa.

La CorteEDH ha entendido que estos factores no son sólo hechos, o simple realidad sociológica, sino fuentes de Derecho, sujetos al principio de *jura novit curia* (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §29).

Afirmó que, una vez que se establece el endurecimiento, el *soft law* produce los mismos efectos jurídicos que el *hard law*. Por lo tanto, los Estados están obligados a actuar de conformidad con ese *soft law* pudiendo su incumplimiento ser considerado un delito internacional. También agregó que el *soft law* endurecido tiene un efecto derogatorio en relación con otras leyes, además de no poder ser suavizado nuevamente (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de

Albuquerque, §30).

Sobre este último punto, Pinto de Albuquerque (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, §32) fue muy enfático al afirmar que “la legislación europea en materia de derechos humanos no puede volver a ser blanda”. La flexibilidad implicaría ir en contra del CEDH y el objetivo del Consejo de Europa, lo que podría dar lugar a la suspensión del Estado, con base a lo dispuesto en el art. 3 del Estatuto del Consejo.

El *soft law* es, por lo tanto, un medio a partir del cual puede desarrollarse el Derecho europeo, sirviendo para enriquecer el *hard law* o, en caso de no existir, para llenar este vacío normativo (CorteEDH, 2016. Juez Pinto de Albuquerque, § 33).

Conclusión

Debido al protagonismo internacional de las empresas transnacionales y al potencial nocivo de sus actividades para los derechos humanos, la Organización de las Naciones Unidas, a fines de 1970, comenzó a dirigir su atención a la regulación de estas actividades y a la discusión sobre la posible responsabilidad de las empresas.

Hasta la fecha, apenas han sido aprobados documentos de *soft law*, como el “Marco Conceptual de la ONU para Proteger, Respetar y Remediar las Empresas y los Derechos Humanos”, de 2008 y los “Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos”, más conocido como “Principios Ruggie”, de 2011, lo que muestra la necesidad de medidas alternativas urgentes que permitan una regulación de esa actividad, considerando la gran cantidad de casos de violaciones de derechos humanos que vienen sucediendo en todo el mundo.

Una de esas opciones sería considerar el endurecimiento del *soft law*, lo que permitiría identificar jurídicamente esas violaciones y establecer las eventuales responsabilidades de las empresas por esos daños a los derechos humanos.

Para ello, en el presente trabajo se propuso adoptar los parámetros de endurecimiento del *soft law* propuestos por el jurista portugués Paulo Sergio Pinto de Albuquerque, exjuez de la Corte Europea de Derechos Humanos, en el caso *Mursic v. Croacia* de 2016.

Haciendo uso de esos parámetros, documentos como los Principios Ruggie pueden pasar a ser entendidos como siendo de *hard law* y, consecuentemente, aplicados por las cortes internacionales y nacionales, contribuyendo, así, con una mayor protección de los derechos humanos, especialmente en los países cuya fragilidad geopolítica coloca sus ciudadanos en clara situación de vulnerabilidad frente a la agresiva actividad de las empresas transnacionales.

Referencias

CASSEL, Doug. Ecuador’s Revised Draft Treaty: Getting Down to Business. In: *In-*

forme del primer período de sesiones del grupo de trabajo. Ginebra, 2019. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/blog/2019/09/09/ecuadors-revised-draft-treaty-getting-down-to-business/CDH.2016>. Acceso en: 21 oct. 2021.

CONSELHO DA EUROPA. *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, 4 de noviembre de 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf. Acceso en: 21 oct. 2021.

CORTEEDH – CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. *Mursic vs. Croácia*, Aplicação nº 7334/13, de 30 de outubro de 2016. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["mursic"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"CHAMBER"},"itemid":\["001-167483"\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Acceso en: 21 oct. 2021.

ECOSOC – ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Resolução 1913 (LVII)*, de 5 de dezembro de 1970. Disponible en: https://digitallibrary.un.org/record/215243/files/E_RES_1913%28LVII%29-EN.pdf. Acceso en: 21 oct. 2021.

LOPES, Ana Maria D'Ávila; PEREIRA, Marynna Laís Quirino; MARQUES, Lucas Vieira Barjud. Esforços da Organização das Nações Unidas para a responsabilização das empresas pela violação de direitos humanos diante da pandemia da covid 19. In: LOPES, Ana Maria D'Ávila; PEREIRA JÚNIOR, Antonio Jorge; VASCONCELOS, Mônica Carvalho. (Org.). *Direitos humanos e empresas em tempos da pandemia da covid 19*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020, p. 25-48. Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Ana-Maria-Lopes/publication/344669497_DIREITOS_HUMANOS_E_EMPRESAS_EM_TEMPOS_DA_PANDEMIA_DA_COVID-19/links/5f883a3492851c14bcc92675/DIREITOS-HUMANOS-E-EMPRESAS-EM-TEMPOS-DA-PANDEMIA-DA-COVID-19.pdf. Acceso en: 21 oct. 2021.

ONU - ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Legally binding instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*. 17/08/2021. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session6/LBI3rdDRAFT.pdf>. Acceso en: 1 nov. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Guiding Principles on Business and Human Rights*, June 16, 2011. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/GuidingPrinciplesBusinessHR_EN.pdf. Acceso en: 21 oct. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Protect, Respect & Remedy: A Framework for Business and Human Rights*, February 2008. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/24090059_Protect_Respect_Remedy_A_Framework_for_Business_and_Human_Rights. Acceso en: 21 oct. 2021.

RIVERA, Humberto Fernando Cantú. *Empresas y derechos humanos: hacia una regulación jurídica efectiva, o el mantenimiento del status quo?* Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/432/693>. Acceso en: 21 oct. 2021.

RUGGIE, John G. Business and Human Rights: The Evolving International Agenda. *The American Journal of International Law*, v. 101, n. 4, pp. 819-840, out. 2007

A ERA DA GEOPOLÍTICA MUNDIAL EM MATÉRIA PRIMA E A INFLUÊNCIA DAS EMPRESAS MULTINACIONAIS NA ÁFRICA: NOVA COLONIZAÇÃO OU COOPERAÇÃO WIN-WIN ENTRE OS POVOS?

Sébastien Kiwonghi Bizawu

Escola Superior Dom Helder Câmara-Belo Horizonte – Minas Gerais. Pós-doutor pelo Ius Gentium Conimbrigae/Centro de Direitos Humanos, Coimbra-Portugal.

Mestre e Doutor em Direito Internacional – Pontifícia Universidade de Minas – Gerais e Pró-Reitor de Intercâmbio da Escola Superior Dom Helder Câmara

“A esperança é a verdadeira matéria prima e verdadeira riqueza da África, mas se trata de uma esperança niilista, confinada, sensata.”
(MONGA, 2010)

Resumo:

O presente artigo objetiva analisar a influência das empresas multinacionais na África, tendo em vista a consolidação da presença das empresas chinesas em um continente há muito dominado pela Europa e pela presença americana. Tal situação acarreta sérias indagações e interpretações. Em um mundo globalizado e desafiador quanto à cooperação econômica e comercial entre Estados desenvolvidos e Estados em desenvolvimento, pergunta-se se os investimentos chineses não ensejam uma nova colonização na África ou se trata, realmente, de uma cooperação “win-win” em que todas as partes saem ganhando para o bem-estar dos respectivos povos e, sobretudo, para o desenvolvimento econômico sustentável com respeito aos direitos humanos e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, visando-se a qualidade de vida e a dignidade dos povos africanos. Para a consecução dos objetivos, utilizar-se-ão o método dedutivo e a pesquisa qualitativa descritiva com base no levantamento bibliográfico.

Palavras-chave: Geopolítica mundial; Matéria prima; Empresas multinacionais; China; Colonização.

1. Introdução

O mundo pós-segunda Guerra Mundial (1945) tem se caracterizado pelas significativas mudanças, considerando, por exemplo, os avanços tecnológicos em matéria de informática, na Era digital e dos direitos humanos, bem como nas questões geopolíticas e geoestratégicas após a queda do muro de Berlim, dando-se também voz aos ecologistas e/ou ambientalistas diante das mudanças climáticas e o aquecimento global.

No âmbito econômico, observa-se a presença maciça de empresas multinacionais no continente africano em busca de recursos naturais, sobretudo, as empresas chinesas nas infraestruturas, provocando uma verdadeira mudança de paradigmas quanto à cooperação econômica internacional e à (in) dependência dos países africanos da Europa. Até que ponto tais relações econômicas e comerciais entre a China e os países africanos estão desnudas de condicionalidades? Indaga-se se é possível que os países africanos possam se libertar economicamente da Europa para manter relações mais amistosas e harmoniosas com a China que, através de suas empresas multinacionais tem se destacado bastante pelos colossais investimentos naquele continente.

O presente artigo busca analisar, justamente, se a cooperação econômica e comercial entre os Estados africanos e a China não inaugura a Era de uma nova colonização ou, é realmente, uma cooperação assentada no respeito mútuo e na vontade de combater o atraso tecnológico e a falta de infraestruturas na África.

Para melhor desenvolvimento do trabalho e para responder à problemática acima mencionada, será empreendida a pesquisa qualitativa descritiva assentada em método dedutivo com base em levantamento bibliográfico.

2. Globalização e cooperação internacional

Como se pode observar, a globalização econômica é um dos aspectos mais relevantes em matéria de interdependência dos Estados e da horizontalidade das relações apesar de termos, com mais evidência também, a hegemonia legendária das grandes potências, Todavia, há de ressaltar que, em matéria de desenvolvimento econômico, os Estados buscam proteger seus interesses econômicos, tecendo relações de cooperação bilateral ou multilateral, dependendo do bloco econômico em que se inserem. Há vários fatores que interferem quando se trata de desenvolvimento econômico. Nesse sentido, vale destacar a observação do Jónatas E.M. Machado (2013) quando descreve o Direito Internacional do Desenvolvimento e sua teoria, tratando-se da importância da edificação de Estados de direito democráticos de direitos fundamentais:

Em bom rigor, talvez se deva entender que o desenvolvimento econômico assenta na convergência bem sucedida de um conjunto significativo de entre os vários fatores referidos, Nos últimos tempos

parece regressar uma ênfase na criação de condições de crescimento econômico.(MACHADO, 2013, p. 562).

É nesse contexto que surgem as indagações sobre o efetivo desenvolvimento econômico sustentável da África, continente à margem das grandes correntes da globalização, com multiplicidade de problemas bem complexos, alguns surreais no século XXI. Os desafios são enormes, com certeza, mas, ao mesmo tempo, trata-se de um continente do futuro com sinais reais de decolagem e novas perspectivas de cooperação pragmática com outros Estados, incluindo a China, evitando-se, para tanto, a sua marginalização e exclusão do cenário mundial.

Todavia, há de salientar a necessidade de investir na África dentro da lógica da nova ordem econômica Internacional (NOEI), ocorrida em pleno processo de descolonização do continente em busca de terceira via. Infelizmente, o desenvolvimento econômico tão desejado para os países pobres não aconteceu e o mundo assombrou com o colapso do comunismo no unilateralismo, indexando-se, mais uma vez os países africanos.

Nos ensinamentos do Jónatas Machado (2013),

O projecto da NOEI viria a sofrer um importante revés com o colapso do comunismo e dos modelos coletivistas e o fim da guerra fria. Apsar da sua retórica idealista, a NOEI punha em relevo as insuficiências do sistema de *Bretton Woods* e do GATT na luta conta o ciclo vicioso de pobreza e subdesenvolvimento de uma boa parte da humanidade. Um dos principais objetivos da NOEI consistia na reforma do sistema monetária internacional. Depurado dos seus excessos coletivistas, o projecto da NOEI continua atual. (MACHADO, 2013. P. 565).

É importante observar que, diante dessas lacunas que a China desenvolveu uma diplomacia mais agressiva, porém respeitosa com a maioria dos países africanos, propondo um modelo de economia assentado em novos paradigmas bem pragmáticos, a cooperação “win-win”, com a adoção de um discurso sobre a necessidade de promover os investimentos colossais para combater a fome e extrema pobreza. Segundo Machado (2013, p. 566), o investimento pode ser directo, quando assenta na construção de estabelecimentos produtivos e na transferência de know-how e tecnologias, ou indirecto, quando consiste apenas na aquisição de participações sociais de empresas existentes num determinado Estado.

No caso de investimentos chineses, os Estados são conhecidos, mas persiste ainda a indagação sobre o impacto da presença chinesa no continente africano. Será que, diante das críticas oriundas dos Estados que colonizaram África durante séculos e não deixaram um legado glorioso, o continente não tem direito ao desenvolvimento econômico e humano? De quem viriam as regras de boa governança e de desenvolvimento como liberdade dos povos

africanos na Era dos direitos humanos, como diria Norberto Bobbio?

Sem dúvida, a cooperação “win-win” entre a China, por intermédio de suas empresas, é sempre criticada pelos dirigentes europeus no plano social, político e ambiental, no sentido que, segundo, as críticas, fundadas ou não, as empresas chinesas não respeitam os direitos trabalhistas, caracterizando-se os trabalhos análogos à escravidão, ou seja, estando, os trabalhadores em condições degradantes de trabalho, colocando em risco sua saúde e vida com jornada exaustiva. Trata-se de violações sistemáticas de direitos humanos. Há acusações relativas à degradação do meio ambiente com sérias consequências sobre os ecossistemas e a biodiversidade.

Pode-se dizer que a política de ajuda da China aos países africanos é um presente envenenado ou uma verdadeira cooperação com a qual a África pode contar para combater e erradicar a fome e a pobreza extrema, valorizando seus recursos naturais de que precisam as empresas chinesas para manter no top a economia de seu país, sempre em disputa econômica e comercial com os Estados Unidos,¹ e, ao mesmo tempo, promover um desenvolvimento econômico real e pragmático no continente africano. Tais investimentos na África têm provocado a agressividade entre as grandes potências em busca de liderança econômica global.

Para isso, segundo o Jornal DN/Lusa, “A administração de Trump proibiu também as empresas norte-americanas de venderem tecnologia à Huawei, colocando em risco o provisionamento crucial para o gigante chinês de componentes eletrônicos produzidos nos Estados Unidos”.

Ora, a mesma empresa proibida nos EUA e cujos produtos são boicotados naquele país, é bem recebida na África e acredita fazer brilhar a sua estrela naquele continente. É o que retrata a Revista “Jeune Afrique”, “Boicotada no Ocidente, a fabricante de equipamentos está determinada a manter uma forte presença na África - da Etiópia ao Marrocos e à RDC - onde pode esperar um crescimento em seu faturamento.”² (VELLUET, 2021, tradução nossa). Como se pode observar, Huawei tornou-se símbolo de rivalidade entre os EUA e a China, mas com forte impacto na África, continente que terá que suportar mais uma guerra, desta vez digital com a implementação de 5G, porém, uma guerra por procuração com consequências e impactos imprevisíveis.

Observa-se, portanto, pelo fenômeno da globalização, a surpreendente corrida de empresas multinacionais para o continente africano, sobretudo as empresas chinesas, levando alguns analistas políticos a falar de uma nova colonização do continente. Em um mundo globalizado, a África tem se tornado

1 Cf. Reportage no Diário de Notícias, PT. “China acusa Estados Unidos de “terrorismo econômico”. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/china-acusa-estados-unidos-de-terrorismo-economico-10957519.html> Acesso em: 29 nov. 2021.

2 VELLUET, Quentin. **Pourquoi Huawei croit en son étoile en Afrique**. “Boycotté en Occident, l'équipementier est résolu à maintenir une forte présence en Afrique – de l'Éthiopie au Maroc en passant par la RDC –, où il peut espérer une croissance de son chiffre d'affaires”. Disponível em: <https://www.jeuneafrique.com/1262031/economie/pourquoi-huawei-croit-en-son-etoile-en-afrique/> Acesso em: 29 nov. 2021.

o palco privilegiado das empresas multinacionais devido às impressionantes e escandalosas quantidades de reservas de recursos naturais, sobretudo dos minérios considerados estratégicos atualmente, bem como à potencialidade de oferecer uma mão de obra barata para as empresas extrativistas.

Vale reconhecer a luta dos países africanos para independência e afirmação de suas soberanias após décadas da colonização, levando alguns atores políticos a buscar a identidade autenticamente africana na filosofia do pan-africanismo o qual se tornara uma referência de resistência e autodeterminação do povo africano, desembocando na criação da Organização da Unidade Africana (1963), precursora da vigente União africana, oficialmente instituída em 2002. A criação da Organização das Nações Unidas (1945) trouxe uma luz de esperança para os novos Estados independentes da África para implementar um modelo de desenvolvimento assentado no princípio de autodeterminação dos povos cunhado na própria Carta da ONU que, em seu Capítulo 1, estipula no Art. 1º: que o objetivo da Carta das Nações Unidas é: “Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas para reforçar a paz universal”.

Tal Princípio será retomado pelos dois Pactos Internacionais sobre os Direitos Civis e Políticos, bem como sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966). Observa-se, contudo que, passando a euforia das independências, os Estados africanos tornaram-se novo “Eldorado” de empresas multinacionais por suas capacidades de rentabilidade de capital investido, sobretudo no setor de mineração, acarretando sérios impactos ambientais e graves e generalizadas violações de direitos humanos.

É de destacar, também que a exploração dos recursos naturais tem causado danos ambientais irreversíveis com a destruição da biodiversidade e dos ecossistemas. O presente artigo preconiza a importância de conciliar o desenvolvimento econômico sustentável com o respeito aos direitos humanos, visando a proteção e a conservação do meio ambiente e, ao mesmo tempo combater a pobreza, dando às populações as melhores condições de vida, buscando a reponsabilidade social das empresas e a mudança de condutas.

3. Os desafios da cooperação “win-win”

É imperativa frisar a questão das desigualdades sociais na África que recebe as empresas chinesas em busca de seu desenvolvimento. Amartya Sen (2000, p. 112), ao descrever as diferenças entre a pobreza de renda e a pobreza de capacidade, há de destacar quando as desigualdades encontradas no continente africano que as razões são múltiplas e complexas. Daí a necessidade como diz o autor de uma abordagem múltipla, pois são questões que “relacionam-se estreitamente à necessidade de equilibrar o papel do governo e de outras instituições políticas e sociais – com o funcionamento dos mercados. “ (SEM, 2000, p. 151). “Essas questões também indicam a relevância de

uma “estrutura de desenvolvimento ampla’, como a exposta pelo presidente do Banco Mundial, James Wolfensohn” (Sem, 2000, p. 151).

Segundo Mattlin e Nojonen (2011, p. 17 – 19) que examinarem a literatura chinesa, a China impõe várias condicionalidades, tais como: 1 - condicionalidade política: designa-se ao país destinatário o cumprimento de condições prévias diplomáticas e políticas básicas antes de receber qualquer financiamento; isso inclui as relações diplomáticas e a linha das sensibilidades políticas chinesas. 2 - Condicionalidade intrínseca: o país beneficiário precisa aderir a um número ou demandas relacionadas ao projeto, referente ao uso de empreiteiros de origem chinesa, tecnologia, equipamentos, gerenciamento e treinamento, como também a mão de obra chinesa. 3 - Condicionalidade cruzada: refere-se à situação em que o uso de financiamento chinês é condicionado a ações do país beneficiário em algum outro contexto que beneficie a China. 4 – condicionalidade emergente: refere-se a efeitos estruturais que o histórico de financiamento chinês possa criar no futuro.

As condicionalidades chinesas podem ser bem entendidas na lógica do apoio chinês durante a colonização. Os países africanos tiveram ao seu lado a China como aliada no processo de autodeterminação dos povos e de emancipação da África marginalizada, espoliada e humilhada pelos países colonizadores e metrópoles. Uma África que teve que sair das cinzas do pan-africanismo com seus líderes e filosofias emancipatórias. Alguns foram assinados.

O apoio chinês na descolonização africana cristalizou a China como uma parceira fiável e amiga no desenvolvimento econômico e social das nações africanas. Trata-se de um momento histórico e crucial para a África, sobretudo, após a Conferência de Bandung (1955) em pleno mundo bipolarizado entre capitalistas e socialistas. Forte de tal apoio, desenvolveram-se os substratos diplomáticos que permitiram compreender melhor o aprofundamento das relações sino-africanas na década de 2000 e que se prolongam nos tempos atuais apesar das críticas contra a China sobre o não respeito dos Direitos Humanos.

Na realidade, deve-se reconhecer que a estratégia chinesa não é de hoje. Ela é de longo prazo.

“A estratégia chinesa no território africano é de longo prazo, a partir da ideia de “coalition engagements”, em que se alia a expansão comercial no continente com as aspirações políticas globais de Beijing (DAVIES, 2007, p. 52)”

Tal apoio chinês tem seu preço, pois, visando os recursos naturais para manter o país no top das economias no mundo, a China não tem pudor para interferir nas políticas africanas, mas com uma diplomacia bem discreta e eficaz com relação aos países europeus que apoiam e defendem ditadores africanos enviando-se tropas ou mercenários, como ocorre frequentemente com a França cujas tropas estão no Mali, Chade, Gabão, Eritreia e outros.

Nota-se que a China não apoia regimes, mas políticas que visam a proteger seus interesses econômicos em plena expansão, apostando, em primeiro

lugar na segurança de suas relações com dirigentes africanos. A necessidade de desenvolver a cooperação “win-win” está bem ligada à defesa de seus interesses econômicos, mas sobretudo, na sobrevivência da indústria chinesa e na estabilidade dos negócios. Em uma entrevista, Terry He, representante da empresa Huawei na África, foi bem claro quanto à presença chinesa no continente com relação à estabilidade como fator determinante nas relações com países africanos e seus dirigentes. Assim, ele declara:

Estamos presentes em África há mais de vinte anos e contamos com a confiança inabalável de todos os nossos parceiros e clientes. É por isso que nossas atividades no continente permanecem estáveis, e saúdo isso. Além disso, como líder global no fornecimento de soluções e infraestrutura de tecnologia da informação e comunicação (TIC), nossa missão é capacitar as tecnologias digitais para cada pessoa, família e organização - sejam quais forem, quaisquer que sejam as rivalidades internacionais. (HE Terry, *apud* DIAWARA Malick, 2021, tradução nossa)³

Conclusão

Buscou-se, no presente artigo, analisar a presença maciça de empresas chinesas na África e seus impactos quando ao processo de desenvolvimento daquele continente nas questões políticas, sociais, econômicas e ambientais.

Observou-se que a ausência das condicionalidades impostas pelos países europeus, faz com que a China se torna atrativa, tendo em vista o reconhecimento e o respeito à soberania nacional dos Estados africanos e de suas lideranças, sejam ditadores ou não, bem como a lógica de uma diplomacia mesclada pela política de não interferência e do silêncio quanto às violações de direitos humanos em alguns dos países africanos parceiros. Tal postura acarretou no meio dos dirigentes africanos uma admiração sem falhas, necessária, portanto, para manter as relações amistosas e harmoniosas entre respectivos povos.

Forte é o impacto da ajuda no processo de desenvolvimento econômico, dificilmente será sustentável, quanto à proteção do meio ambiente diante das ações predadoras das empresas chinesas e da passividade dos dirigentes africanos, alguns corrompidos, cuja inércia ou cumplicidade na destruição do meio ambiente pela exploração sem limites dos recursos naturais, sacrificam o verdadeiro desenvolvimento econômico sustentável de que precisam as populações africanas curvadas sob o jugo da fome e pobreza extrema.

3 Terry He, entrevistado por Malick Diawara. Jeune Afrique, de 20/10/ 2021. ” Nous sommes présents en Afrique depuis plus de vingt ans et nous bénéficions d’une confiance sans faille de l’ensemble de nos partenaires et clients. C’est pourquoi nos activités sur le continent restent stables, et je m’en félicite. En outre, en tant que leader mondial dans la fourniture de solutions et d’infrastructures de technologies de l’information et de la communication (TIC), nous avons pour mission de donner accès aux technologies numériques à chaque personne, foyer et organisation – quelles que soient les rivalités internationales.” (Redação original).

Se, de um lado, as ferramentas para a construção de laços de solidariedade entre países africanos e a China são louváveis, porém do outro, há de destacar as grandes assimetrias de poder global e de disputa por espaços economicamente rentáveis. Os avanços da ideia dos direitos humanos tornaram-se um retrocesso com a presença de empresas chinesas que, pelas atitudes de seus dirigentes que entram na África como novos conquistadores, aniquilam direta ou indiretamente o “capital humano e a capacidade humana”, necessários para o desenvolvimento como liberdade, no entendimento de Amartya Sen.

Referências

DAVIES, Penny. *China and the end of poverty in Africa - towards mutual benefit?* Sundbyberg: Diakonia, 2007.

DIAWARA, Malick. Entrevista de Terry He. **Huawei : « Nous voulons donner à voir le potentiel de l'Afrique ! »** Disponível em: https://www.lepoint.fr/afrique/huawei-nous-voulons-donner-a-voir-le-potentiel-de-l-afrique-21-10-2021-2448734_3826.php. Acesso em: 29 nov. 2021.

DN/ LUSA. **“China acusa Estados Unidos de “terrorismo económico”**. Disponível em: <https://www.dn.pt/mundo/china-acusa-estados-unidos-de-terrorismo-economico-10957519.html> Acesso em: 29 nov. 2021.

MATTLIN, Mikael; NOJONEN, Matti. Conditionality in Chinese bilateral lending. Helsinki. BOFIT- Institute for Economies in Transition Bank of Finland. Discussion Papers, 14, 2011.

MONGA, Célestin. **Niilismo e Negritude**. Trad. Estela dos Santos Abreu. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

MACHADO, Jónatas E.M. **Direito Internacional**. 4 ed. Coimbra-Editora, 2013.

SEM, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução Laura Teixeira Motta; revisão Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das letras, 2000.

VELLUET, Quentin. **Pourquoi Huawei croit en son étoile en Afrique**. Disponível em: <https://www.jeuneafrique.com/1262031/economie/pourquoi-huawei-croit-en-son-etoile-en-afrique/> Acesso em: 29 nov. 2021.

O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR IMPOSTO COMO MECANISMO DE IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS FACE A ULTIMA RATIO DO DIREITO PENAL

Sabrina Gomes Silva

Universidade Autónoma de Lisboa UAL. Mestranda em Ciências Jurídicas. Advogada trabalhista - Ordem dos Advogados do Brasil.

Ivânia Cristina Camin Chagas Modesto

Universidade Autónoma de Lisboa UAL. Mestranda em Ciências Jurídicas. Pós-graduada em Direito Civil e Processual Civil. Advogada- Ordem dos Advogados do Brasil.

Resumo:

O presente artigo destina-se à análise da relação entre os direitos humanos e o dever fundamental de pagar imposto. Para tanto é necessário verificar as principais críticas das teorias que tentam definir de forma precisa o bem jurídico protegido no direito penal fiscal, conceito, função e importância do bem jurídico no direito penal comum e no direito penal secundário. Investiga-se quais os fundamentos que substanciam a utilização do dever de pagar imposto como mecanismo de implementação dos direitos humanos e dos direitos fundamentais e analisa-se as mudanças na visão do fenómeno tributário em razão da característica do tributo como dever fundamental. A finalidade é estabelecer uma conclusão acerca da real necessidade da intervenção do direito penal na matéria fiscal ante ao princípio da intervenção mínima do direito penal (ultima ratio), já que sua atuação se justifica quando para protecção de outros direitos fundamentais e na medida do estritamente indispensável para este efeito¹. A pesquisa deverá ser centrada na relação entre o Direito Penal Tributário e o Direito Penal Comum, assentando-se na importância desses dois institutos para manutenção dos direitos humanos e dos direitos funda-

1 Nos termos da **Constituição da República Portuguesa**, n.º 2, artigo 18.º: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 24 março 2021.

mentais: corolário de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Deveres fundamentais; Direitos fundamentais; Dever de pagar impostos.

Introdução

Sabe-se que a concreta realização dos direitos humanos e dos direitos fundamentais demanda dinheiro². Para que o indivíduo cumpra a obrigação, são estabelecidas políticas criminais que utilizam a interferência do Direito Penal para combater o incumprimento das obrigações tributárias. No entanto, se de um lado temos o interesse social de garantir e realizar concretamente os direitos humanos e fundamentais, de outro temos a problemática da intervenção penal em matérias onde sua atuação seria dispensável, na medida em que a imposição de penas implica em uma restrição aos direitos de liberdade e propriedade. Não obstante, a intervenção penal só poderá ser legítima se da norma incriminadora pode-se delimitar com precisão o bem jurídico protegido. Por sua vez, o bem jurídico deve estar carente de outra forma de proteção, que não a penal, cumprindo-se assim não só os princípios da necessidade da legalidade como também da *ultima ratio*. As infrações tributárias possuem uma expressão quantitativa de relevo e constituem um tipo de criminalidade altamente lesiva, de interesses da comunidade e pautada na repartição justa dos rendimentos e da riqueza, da igualdade e justiça social, assim como na diminuição das desigualdades³. Portanto, necessário se faz a análise dos atuais apontamentos acerca do dever fundamental de pagar impostos, de modo que o estudo das teorias patrimonialistas e funcionalistas se tornam essenciais para o tema.

Princípio da *ultima ratio* do direito penal

Considerando que o direito penal deve cumprir uma função de *ultima ratio*, a sua intervenção no direito fiscal só se justifica se “não for possível o recurso a outras medidas de política social, igualmente eficazes, mas menos violentas do que as sanções criminais”⁴.

Afim de se verificar a adequação do direito penal em matéria tributária, a investigação de alguns princípios do direito penal comum se fazem mais

2 SOUSA, Daniela Filipa Ferraz. **Análise do artigo 103º, n.º 1, alínea c) do regime geral das infrações tributárias: a simulação fiscal enquanto conduta criminalmente relevante**. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2020. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/92689>>. p. 117.

3 SOUSA, Luis Dos Milagres E. **Fraudes Tributárias e o Crime Tributário Continuada**. 1ª. ed. Coimbra: Almedina, ISBN 978-9724036700. 2010. p. 130.

4 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Tribunal Constitucional, 2015. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/69992910/details/maximized>>. Acesso em: 03/02/2021.

relevantes: “Assim, a conformação do ilícito fiscal e das condutas que hão-de entrar na esfera penal devem sujeitar-se antes a uma selecção criteriosa dos princípios da fragmentariedade, subsidiariedade e de ultima ratio e ao exame crítico do bem jurídico tutelado.”⁵

A propósito, os referidos princípios já possuem difícil aplicabilidade no direito penal nuclear, porventura no direito penal especial a situação se coloca bem mais delicada: “A conjugação de todos estes princípios respeitam-se no carácter fragmentário do Direito Penal, o que significa que nem todos os ataques ao bem jurídico são penalmente relevantes, mas só como modalidades de ataque, mas graves; neste princípio manifestam-se também considerar as proporções de proporcionalidade e de utilidade.”⁶

A concepção de Estado democrático de direito, descrita no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República Portuguesa remete ao conceito de bem jurídico e limita a atividade do legislador no momento da criação do ilícito penal: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”⁷

Daqui resulta o princípio da necessidade da pena, ou seja, a punição criminal que irá restringir o direito fundamental à liberdade deve ter carácter de “indispensabilidade” do meio para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.⁸

Antes de mais, devemos considerar a necessidade da pena, ou nas palavras de Germano Marques da Silva: “É também necessário que esse bem jurídico necessite de protecção penal e que tal protecção seja, no caso, satisfatória em termos de utilidade social, o que implica a característica da subsidiariedade, ultima ratio, e intervenção mínima do Direito Penal.”⁹

O princípio da necessidade da pena está ligado também ao princípio da legalidade previsto no n.º 1 do artigo 29.º da Constituição da República Portuguesa¹⁰, onde presume-se a regra: “nullum crimen, nulla poena, sine lege

5 COSTA, Carina Alina. **Crime de fraude fiscal e as suas consequências para o bem jurídico e as funções sociais do estado**. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, 2015. ISSN. Disponível em: < <http://hdl.handle.net/10400.26/28937> >. Acesso em: fevereiro 2021.

6 SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Tributário**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 9789725405871.

7 Faz-se especial referência ao seguinte trecho do **Acórdão 634/93 do Tribunal Constitucional**: “Todavia ele não é mais do que uma aplicação, ao direito penal e à política criminal, dos princípios constitucionais da justiça e da proporcionalidade, este aflorando designadamente no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição, e ambos decorrentes, iniludivelmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignada no artigo 2.º da Lei Fundamental.”

8 Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015. Tribunal Constitucional, 2015.

9 SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Tributário**. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 9789725405871, p. 34.

10 **Constituição da República Portuguesa**, artigo 29.º - (Aplicação da lei criminal): 1. *Ninguém pode ser sentenciado criminalmente senão em virtude de lei anterior que declare punível a acção*

praevia et certa”. Assim, os dois princípios integram o âmbito nuclear daquilo que devemos almejar como política criminal de um Estado de direito.

Não obstante, a intervenção penal só poderá ser legítima se da norma incriminadora pode-se delimitar com precisão o bem jurídico protegido. Por sua vez, o bem jurídico deve estar carente de outra forma de proteção, que não a penal, cumprindo-se assim os princípios da necessidade e da legalidade: “O Direito Penal tem caráter subsidiário, no sentido de que só deve intervir para a tutela de bens jurídicos quando para a sua proteção não sejam suficientes outros meios (última ratio do Direito Penal)”.¹¹

Para além do mais, o sistema penal português prestigia o princípio da subsidiariedade, onde o direito penal deve ser visto como tendo a função de tutela subsidiária dos bens jurídicos dotados de dignidade penal. Assim, n.º 2 do artigo 18.º da Constituição Da República Portuguesa, deve ser considerado com o preceito político-criminalmente mais relevante de todo o texto constitucional: “ele obriga, por um lado, a toda a descriminalização possível; proíbe, por outro lado, qualquer criminalização dispensável, o que vale por dizer que não impõe, em via de princípio, qualquer criminalização em função exclusiva de um certo bem jurídico; e sugere, ainda por outro lado, que só razões de prevenção nomeadamente de prevenção geral de integração, podem justificar a aplicação de reacções criminais.”¹²

Portanto, só se justifica a atuação do direito penal quando o bem jurídico for realmente digno de sua tutela, de modo que, não basta apenas definir o bem jurídico de forma exata e delimitada, mas também saber se a intervenção criminal é necessária.¹³

A problemática do bem jurídico nos crimes fiscais

Nas palavras de Orlando Miguel Lourenço Salgueiro: “(...) a tutela de um bem jurídico em específico é o que legitima o recurso ao direito penal e apenas quando se protegem bens jurídicos constitucionalmente previstos é que é proporcional recorrer à pena. O mesmo se passa com o direito penal económico.”¹⁴

ou a omissão, nem sofrer medida de segurança cujos pressupostos não estejam fixados em lei anterior.

11 SILVA, 2018, p. 15.

12 SOUSA, 2020, p. 113.

13 Consta no **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 179/2012**: “(...) “*não basta que o «bem jurídico» protegido pelo novo tipo criminal se mostre digno de tutela penal; é ainda necessário que esse mesmo (bem) se revele dela [da tutela penal] (carente) ou (precisado)»* próprio. É neste sentido - exigido pelo primado normativo da Constituição, decorrente do n.º 1 do artigo 3.º da CRP -que se diz que, em cada nova incriminação, «há de observar-se uma estrita analogia entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal dos bens jurídico-penais» (Acórdão n.º 108/99, ponto 4); e que «toda a norma incriminatória na base da qual não seja suscetível de se divisar um bem jurídico-penal claramente definido é nula, porque materialmente inconstitucional». Disponível em: <https://dre.pt/home/-/dre/552810/details/maximized>. Acesso: 25 de março de 2021.

14 SALGUEIRO, Orlando Miguel Lourenço. **Os fins das sanções das infrações tributárias: enquadramento com o sistema sancionatório geral**. Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses pela Universidade de Lisboa. Repositório da Universidade de Lisboa,

Por isso, a importância de analisar o bem jurídico e a compreender sobre os princípios que modelam a intervenção do direito penal geral está evidenciada. Não só pela relevância a que se assume o bem jurídico na matéria penal, mas também porque é essencial definir qual o bem jurídico que se pretende proteger através dos crimes fiscais. Para além do mais, mister investigar o papel que o direito penal deverá assumir na protecção de interesses marcadamente colectivos.

O bem jurídico no direito penal fiscal assume características próprias de supra-individualidade ou coletividade em relação ao direito penal nuclear (afastando-se da tutela direta dos indivíduos concretos) e tais características irão refletir no direito penal tributário: “Estes interesses coletivos, uma vez que apresentam uma natureza complexa e difusa, são mais vulneráveis e mais dificilmente identificáveis que os interesses individuais, o que suscita a dúvida se estamos perante verdadeiros bens jurídicos.”¹⁵

Contudo, antes de questionarmos o bem jurídico nos crimes de fraude fiscal e sua relevância axiológico-social que justifica sua qualificação como um ilícito criminal, é necessário tratar do seu conceito, tanto no direito penal nuclear como no direito penal tributário.

O conceito de bem jurídico no direito penal comum possui diversas definições que ao longo do tempo se modificaram de acordo com as necessidades sociais e o interesse coletivo (do contrário, se tornaria obsoleto e teria desaparecido). No entanto, “a doutrina parece unânime, em atribuir a Birnbaum a origem da expressão “bem jurídico”, introduzindo um bem material, no lugar do direito subjectivo anteriormente protegido, não obstante a ausência de referência expressa ao termo “bem jurídico”.¹⁶

Mas foi com Franz Von Liszt que o bem jurídico passou a ser independente do termo formal-jurídico, assumindo uma postura crítica e mais humana. Para ele, o bem jurídico existe mesmo antes da norma, pois é aquilo que a compreensão humana não pode dispor ou se afastar. É, pois, a conduta natural de todo indivíduo na busca da sobrevivência, da protecção de seus recursos e do desenvolvimento da comunidade onde ele se insere.¹⁷

Desde então, o conceito de bem jurídico se desenvolveu e até desapareceu por um longo período: “a evolução histórica do conceito de bem jurídico caminhou-se desde, uma concepção de direito subjectivo violado (Feuerba-

2019. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10451/38244>>. p.71.

15 SALGUEIRO, 2019, p.74.

16 COSTA, 2015, p. 53.

17 Em sua obra, **Tratado de Direito Penal Alemão**, Liszt afirma: “O bem jurídico, objecto da protecção do direito, em ultima análise é sempre a existência humana nas suas diversas formas e manifestações. Ella é que é o bem jurídico, isto é, o centro de todos os interesses juridicamente protegidos. Mas a existência humana nos apparece como existência do homem considerado na sua individualidade ou como existência dos membros da comunhão na sua colectividade. Todos os interesses atacados pelo crime e protegidos pelo direito penal se distinguem consequentemente em bens do individuo e em bens da colectividade.” LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira. s/d. Acesso: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496219> Acesso em 07 de março de 2021. p. 01.

ch), transformando-se em bem radicado no mundo da realidade (Birnbaum), chegando até a ser aquilo que fosse eleito e protegido pela norma (concepção positivista), pouco se concluindo definitivamente na procura de um conceito único adequado”.¹⁸

O legislador português estabeleceu no artigo 40.º do Código Penal que a aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos. Como ensina Germano Marques da Silva, “o bem jurídico é o objecto jurídico do crime, é o interesse ou bem que uma norma penal incriminadora visa proteger”.

Para além das características relativas ao bem jurídico que define-se no direito penal comum, há grande controvérsia sobre a relevância penal e o reconhecimento dos bens jurídicos coletivos, uma vez que nos crimes tributários tem-se a conduta criminosa como ofensa à comunidade geral. O problema disso é que o bem jurídico perderia seu carácter pessoal, concreto e indivisível: O bem jurídico deve estar claramente definido na norma incriminadora, assegurando-se que o tipo penal proteja autónoma e especificamente os bens jurídicos enunciados nos termos ali referidos.¹⁹

Por isso, no direito penal secundário, principalmente quando dos crimes de fraude fiscal, o conceito específico de bem jurídico não é matéria tão simples de se perfazer, posto que, “ao contrário dos crimes clássicos o bem jurídico no direito penal secundário não tem contornos definidos, concretamente apreensível, que funcione como um constituens, ao invés, o objecto da protecção penal é um constituto, resultante de objectivos e estratégias de política criminal previamente traçados.”²⁰

A propósito, são essencialmente duas as correntes doutrinárias que percorrem o conceito de bem jurídico nos crimes tributários: as teorias patrimonialistas e as teorias funcionalistas.²¹ Com efeito, torna-se necessário aprofundar no estudo acerca desses dois institutos e analisar como eles se manifestam no direito português.

As concepções patrimonialistas “identificam o bem jurídico protegido como o patrimônio público, ou seja, o próprio erário”. Já as funcionalistas “partem de critérios diversos, quase sempre em razão da característica sistêmica da ordem tributária, e se afastam das ideias patrimonialistas.”²²

Nos termos do artigo 103.º, n.º 1 da Constituição da República Portuguesa, a função do tributo é a obtenção de receitas destinadas à “...satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas”. Contu-

18 COSTA, 2015, p. 58.

19 SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Tributário**, p.31, afirma que “*Não é fácil a determinação de um bem jurídico em condições de designar um núcleo substancial comum a todos os crimes tributários, nem isso nos parece essencial.*”

20 ARAÚJO, 2010, p. 68.

21 NETO, Souza Mello Neto. **A controvérsia a respeito do bem jurídico protegido no direito**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=04fcc65450efcccd>>. Acesso em: 15 fevereiro 2021. p. 1

22 Ibidem, p.05.

do, a constituição tem em conta as funções extrafiscais do tributo: “Se a fonte de legitimação do sistema fiscal é a Constituição, é também dela que decorre o dever de cumprir os deveres tributários fundamental, nomeadamente o dever de pagar impostos fundamentais”.²³

É neste prisma que se baseia a teoria funcionalista que subdivide-se em várias categorias que comportam o crime tributário como ofensa à função tributária, ao poder tributário, ao sistema económico, ou ao sistema tributário.

Portanto, para esta vertente, o crime tributário não atenta apenas contra o erário público, mas sim, muito mais gravoso, pois ofende um dever do contribuinte que deriva da função tributária do Estado: “o não cumprimento do dever de pagar tributo tem consequências para toda a economia e sociedade, não apenas para o erário público.”²⁴

Daquí resulta a justificação para a tutela penal dos deveres tributários, punindo-se os atos mais graves desse dever, já que ocorre a violação do dever de solidariedade. O imposto não é mais um ato de sujeição ao poder do soberano mas sim, um atributo da cidadania: “o preço de pertencer a uma comunidade, à comunidade constituída em Estado de direito democrático, é manifestação do dever de solidariedade dos cidadãos para com a comunidade(...)”.²⁵

Todavia, para Susana Maria Aires de Sousa²⁶, a construção funcionalista possui um equívoco, pois tende a confundir a *ratio legis* da incriminação e o conceito de bem jurídico-penal: “o bem jurídico seria as funções do tributo e das normas tributárias em si, sem qualquer bem jurídico penal concretizado.”²⁷

Para a corrente patrimonialista as receitas tributárias é que seriam o verdadeiro bem jurídico protegido dos crimes fiscais. Esta concepção patrimonialista está orientada em subdivisões: pontuada no princípio do benefício onde cada indivíduo deve ser tributado de acordo com os benefícios que colhe dos bens públicos, aqui as Infracções tributárias teriam por finalidade a proteção de créditos devidos ao Estado, como proteção patrimonial “individual” do Estado poder.²⁸

Deste modo, na teoria patrimonialista pura “o direito fiscal assumiria, assim, caráter de direito privado, enquadrando-se quase no direito das obrigações”.²⁹ Porém, se assim fosse, o legislador estaria a punir o indivíduo por conta de meros créditos do Estado, equiparando os tributos aos restantes cré-

23 SILVA, 2018, p. 33.

24 SALGUEIRO, 2019, p. 83.

25 SILVA, 2018, p. 33.

26 SOUSA, Susana Maria Aires de. Criminalizador, **Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão Sobre a Legitimidade do Discurso**. [S.l.]: Almedina, 2021. ISBN 9789724090177. p.270

27 SALGUEIRO, p. 83.

28 SALGUEIRO, 2019.

29 Ibidem, p. 86

ditos civis.³⁰

No direito português ainda é possível verificar uma perspectiva mista, que adota uma solução intermédia, ou uma perspectiva “pluriofensiva” que se sustenta na protecção do património fiscal do Estado e de valores de verdade e lealdade fiscal. Para Silva Dias, 212, esta seria a opção do legislador português³¹. Há, no entanto, controvérsias: “a posição que nos parece mais correcta, nos dias de hoje, é afirmar que nos crimes provenientes de infracções tributárias o bem jurídico penal é o património financeiro do Estado (...)”.³²

A teoria dos deveres fundamentais

Nessa conjuntura, em que pese os esforços da doutrina para enquadrar real legitimação e definição do bem jurídico nos crimes de cunho fiscal ou tributário é que cremos que os deveres fundamentais, quando tratados de forma autónoma, conforme veremos, é que podem pôr fim a qualquer dúvida.

A teoria dos deveres fundamentais passa a ter um estudo mais aprofundado e distinto com a publicação da obra de José Casalta Nabais, denominada “O dever fundamental de pagar impostos, contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”³³. Longe de esgotarmos a obra nesse pequeno artigo, é através dos conceitos lá estabelecidos é que pretende-se demonstrar a importância desta teoria e como ela pode também colaborar com as controversas acerca do bem jurídico penal nos crimes de ordem tributária.

É natural que a matéria cause estranheza e pode ser difícil visualizar a necessidade de se falar em deveres fundamentais, numa era em que a protecção dos direitos fundamentais é prioridade para a sociedade atual. Contudo, “todos os direitos fundamentais exigem uma prestação estatal para serem efetivados, o que, por consequência, gera custos financeiros que devem ser arcados pela sociedade mediante o pagamento de tributos.”³⁴

Para Nabais, “os deveres fundamentais em geral, e o dever fundamental de pagar impostos em especial, são encontrados em todo tipo de Estado, liberal ou social, onde as atribuições estatais sejam limitadas ou abrangentes, mesmo que o alcance dos deveres fundamentais seja distinto em cada ca

Para além de compreender sua importância, é necessário compreendermos que os deveres fundamentais não trabalham como mero limites dos direitos fundamentais, não estão ligados ao comportamento ético, tão pouco devem ser confundidos com a ideia do dever de solidariedade. É o que pretende-se esclarecer a seguir.

30 SOUSA, 2010, p. 28.

31 ARAÚJO, 2010.

32 SOUSA, 2010, p. 94.

33 NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos**. 1ª ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9724011151.

34 ZAVASCKI, Francisco Prehn. **Os deveres fundamentais, o custo dos direitos e a tributação**. Revista jurídica tributária. s/l. 2008.

Conceito dos deveres fundamentais

Conforme ensina Nabais, os deveres fundamentais geralmente são definidos em duas principais perspectivas: as teorias funcionalizantes (onde os deveres fundamentais são meras expressões de poder do estado) e as teorias liberais (que integra e esgota os deveres fundamentais na temática e na figura dos direitos fundamentais). Contudo, para o autor, ambas as teorias não alcançam o real significado dos deveres fundamentais.

Na realidade, vivemos em um sistema que confere primazia aos direitos fundamentais, mas não a exclusividade dos direitos face aos deveres. E por isso não podemos falar em direitos fundamentais absolutos ou ilimitados, até porque eles encontram seus limites não só nos deveres, mas também nos demais direitos igualmente consagrados pela constituição.³⁵

Isso não quer dizer que os deveres fundamentais devem ser compreendidos como mero limites aos direitos fundamentais, tão pouco o lado oposto destes, em que pese serem um elemento importante: “os deveres fundamentais, mesmo não sendo mero contrapolo dos direitos fundamentais, integram os direitos fundamentais, embora isso pareça paradoxo”.³⁶

Nabais define os deveres fundamentais “como deveres jurídicos do homem e do cidadão que, por determinarem a posição fundamental do indivíduo, têm especial significado para a comunidade e podem por esta ser exigidos”.³⁷

Os deveres fundamentais são, portanto, aqueles deveres que estão intimamente associados, respectivamente, à existência, ao funcionamento econômico e ao funcionamento democrático da comunidade estadual. Para o autor, os deveres fundamentais podem ser divididos em três situações. Deveres fundamentais clássicos, os deveres fundamentais de conteúdo econômico e os deveres fundamentais de categorias.³⁸

Nos interessa a perspectiva clássica dos deveres fundamentais que são aqueles deveres que, por serem relacionados a própria existência de um estado democrático de direito, não podem deixar de ser reconhecidos e exigidos. Geralmente se fazem presentes nas constituições de um estado como o dever de defesa da pátria, do dever de serviço militar e deveres sucedâneos deste, os deveres políticos (em que se incluem o dever de voto) e o dever de pagar impostos. Desta forma, o titular activo seria exclusivamente a comunidade estadual que dispõem também de soberania constitucional e de soberania em matéria de disciplina legal dos deveres fundamentais.³⁹

A propósito, Jorge Sampaio em um artigo sobre o programa de emer-

35 LOPES, Lorena Duarte. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal**. ed: Equipe Âmbito Jurídico. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/amp/>>. Acesso em: novembro 2021.

36 NABAIS, p. 38.

37 Ibidem, p. 674.

38 Ibidem, p. 102.

39 Ibidem.

gência de bolsas de estudos e oportunidades académicas para jovens afegãs, fala do dever de solidariedade, afirmando que: “nunca seria demais recordar que a solidariedade não é facultativa, mas um dever que resulta do artigo 1.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos - ‘Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade’”.⁴⁰

Contudo, os deveres fundamentais não se confundem com o dever de solidariedade, pois este está muito mais próximo do campo do “dever ser”, do aspecto ético e moral ao passo que os deveres fundamentais estão no campo normativo e jurídico, que podem ter aspectos distintos a depender da especial necessidade da comunidade onde são exigidos. Para além do mais, não existem deveres fundamentais extraconstitucionais⁴¹, de modo que todo dever fundamental deve estar, explícita ou implicitamente, previsto na constituição.

O uso do termo “dever de solidariedade” parece ser mais aceitável na doutrina não só pelo fato da expressão estar mais próxima aos direitos fundamentais, mas também porque moral, deveres e obrigações são, muitas vezes, confundidas e utilizadas como sinónimos. Porém: “o termo dever não tem, em sua origem, significado moral, mas jurídico, estabelecendo uma relação pela qual alguém detém algo de outrem, quer dizer, um *debitum*, diferenciando-se do significado moral, que advém do latim *officia*, que se refere àquilo que as pessoas devem fazer, ou como devem se comportar, distinguindo-se, também, de obrigação, derivado do latim *obligatio*, que tem significado jurídico apenas.”⁴²

Por isso é que devemos analisar os deveres fundamentais como uma categoria ou figura jurídica própria.⁴³

O dever fundamental de pagar impostos

Na esfera dos deveres fundamentais clássicos, conforme dito anteriormente, temos o dever fundamental de pagar impostos, que não deve ser encarado como mera expressão de poder do estado, nem como um mero sacrifício para cidadãos e sim, nas palavras de Nabais: “contributo indispensável a uma vida em Comunidade organizada em estado fiscal (...)Daí que se não possa falar num (pretenso) direito fundamental a não pagar impostos.”⁴⁴

A constituição portuguesa, assim como a maioria das constituições dos estados fiscais, não contém qualquer afirmação expressa da natureza fiscal,

40 SAMPAIO, Jorge. (26 de agosto de 2021). **Dever de solidariedade**. Fonte: Público: Disponível em: < <https://www.publico.pt/2021/08/26/opiniao/opiniao/solidariedade-1975228>>. Acesso em: fevereiro 2021.

41 NABAIS, p. 19.

42 SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem De. Ministério Público de São Paulo. **Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica**. 2017.

43 NABAIS p.36

44 NABAIS, p. 679.

mas apresenta diversas disposições constitucionais que colocam os impostos como o suporte financeiro dominante da colectividade: “Também a escassa referência constitucional à figura das taxas e outros tributos e, sobretudo, a dimensão constitucionalmente assumida pelo nosso estado social, traduzida nas mais variadas tarefas e prestações estaduais postas financeiramente a cargo de toda a comunidade, são claras expressões dessa sua natureza.”⁴⁵

Na ideia de que o estado fiscal concretiza-se principalmente no dever de impostos (e não em outros tributos) temos que: As taxas e outros tributos “causais” ou “contraprestacionais” constituem uma parcela muito pequena das receitas públicas do Estado Fiscal, figurando o imposto como o tributo por excelência, cuja receita é aplicada livremente pelo Estado nos limites da lei orçamentária (...)”⁴⁶

O imposto pode ser definido como a “prestação pecuniária, unilateral, definitiva e coactiva, exigida de detentores de capacidade contributiva a favor de entidades que exerçam funções públicas com vista à realização de fins públicos não sancionatórios.”⁴⁷

O pagamento fraudulento ou a redução indevida de impostos constituem actos lesivos ao património fiscal na medida que ofendem o princípio da capacidade contributiva e inviabiliza a oferta de condições mínimas de dignidade.

Conclusão

Os deveres fundamentais são aqueles que possuem especial significado para a comunidade e o dever de pagar imposto “se molda como elemento essencial na construção de qualquer comunidade justa e igualitária.” Contudo, é notável que essa especial necessidade pode não estar presente em todos os tipos de tributos, mas indiscutivelmente está presente quando falamos de impostos, visto que “em geral eles baseiam a administração à aplicação e eficácia de princípios que os limites materiais à modificação constitucional visam salvaguardar”.⁴⁸

Para além de atender os interesses públicos o dever de pagar imposto é assunto relevante de toda a humanidade uma vez que é interesse de todos “evitar que o aumento quantitativo dos impostos retire o carácter qualitativo e transmute seu real propósito em instrumento contra os direitos humanos”.⁴⁹

Nos cabe a conclusão de que, sendo o dever fundamental de pagar imposto uma condição indispensável para a realização da dignidade da pessoa humana (princípio basilar das constituições do estado democrático de direito) o bem jurídico nos crimes de cunho fiscal, ultrapassa a natureza funcionalista,

45 NABAIS, p..680.

46 GODOI, Marciano Seabra de. & Greco, Marco Aurélio. **Tributo e Solidariedade Social - Solidariedade social e tributação**. São Paulo. Ed. Dialética. 2005. p. 154.

47 NABAIS, p. 681

48 Ibidem, p.678.

49 NABAIS, p. 681

não estando a lei penal disponível apenas como um meio formal de reforçar as normas tributárias, ainda que preste para este serviço. E isso também não colabora com a ideia de que o bem jurídico protegido pelos crimes tributários seja em sua essência exclusivamente patrimonial fiscal, pela própria razão de ser que justifica sua existência. Aliás, com o entendimento de Germano Marques da SILVA: “Não é fácil a determinação de um bem jurídico em condições de designar um núcleo substancial comum a todos os crimes tributários, nem isso nos parece essencial.”⁵⁰

O dever fundamental de pagar impostos é um dever fundamental de todos, e uma atividade estatal indispensável em um estado democrático de direito porque atende à realização da democracia econômica, tornando possível a concreta realização dos direitos humanos. Por isso a atuação do direito penal é legítima e importante, visto que estamos diante de um bem jurídico de natureza coletiva e essencial.

Referências documentais

Acórdão n.º 548/2001/T. Const. **Tribunal Constitucional**, 2002. Disponível em: <<https://dre.pt/web/guest/pesquisa-avancada/-/asearch/3044329/details/normal?emissor=Tribunal+Constitucional&perPage=200&types=JURISPRUDENCIA&search=Pesquisar>>. Acesso em: 20/03/2021.

Acórdão n.º 256/2003/T. Const. **Tribunal Constitucional**, 2003. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/3434159/details/maximized>>. Acesso em: 01/02/2021.

Acórdão n.º 379/07.3.TAILH.C1. **Tribunal da Relação de Coimbra**, 2012. Disponível em: <https://dre.pt/web/guest/pesquisa/-/search/93355075/details/maximized?sort=whenSearchable&sortOrder=DESC&q=281%2F2003&print_preview=print-preview&perPage=100>. Acesso em: 24/03/2021.

ARAÚJO, Almeida Araújo. **No Percurso do Discurso Legitimador do Direito Penal**. Dissertação de Mestrado em Direito na variante de a obtenção do grau de mestre, Faculdade de Direito da Universidade do, 2010. Disponível em: <https://sigarra.up.pt/flup/pt/pub_geral.pub_view?pi_pub_base_id=24896>. Acesso em: 14/03/2021.

CONSTITUCIONAL, A. D. T. **Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 377/2015**. Tribunal Constitucional, 2015. Disponível em: <<https://dre.pt/home/-/dre/69992910/details/maximized>>. Acesso em: 03/02/2021.

COSTA, Carina Alina. **Crime de fraude fiscal e as suas consequências para o bem jurídico e as funções sociais do Estado**. s/l. Dissertação apresentada para a obtenção do grau de Mestre em Ciências Jurídico-Forenses, 2015. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.26/28937>>. Acesso em: 03/02/2021.

EUROPA. **Convenção Europeia dos Direitos Humanos**. Protocolo n.º 4, 1950. s/l. Disponível em: <https://gddc.ministeriopublico.pt/sites/default/files/convention_por.pdf>. Acesso em: 03/03/2021.

50 SILVA, Germano Marques da. *Direito Penal Tributário*. 2. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018. ISBN 9789725405871. p. 31.

EUROPA. **União Europeia, Código de Conduta, fiscalidade das Empresas.** Conselho Europeu, 2000. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A41998X0106>>. Acesso em: 23/03/2021.

FREITAS, Fátima Vanessa Gonçalves. **A simulação de negócios em sede de imposto sobre o valor acrescentado.** Dissertação de mestrado em Direito Tributário e Fiscal, 2017. s/l. Disponível em: <<http://repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/50475>>. Acesso em: 20/02/2021.

GIANNETTI, Leonardo Varella. **O Dever Fundamental De Pagar Tributos E Suas Possíveis Consequências Práticas.** Dissertação apresentada ao Programa de Pós- Graduação em Direito da Faculdade Mineira de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, 2011. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/11014-ricardo-utrabopereira/file>>. Acesso em: 20/02/2021.

LOPES, Lorena Duarte. **Colisão de direitos fundamentais: visão do Supremo Tribunal Federal.** ed: Equipe Âmbito Jurídico. 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/colisao-de-direitos-fundamentais-visao-do-supremo-tribunal-federal/amp/>>. Acesso em: novembro 2021

MARQUES, Sara Raquel Pereira. **A fraude fiscal e a simulação.** Curso de Pós-Graduação em Direito Fiscal, 2012. Disponível em: <<https://www.cije.up.pt/download-file/160>>. Acesso em: 20/02/2021.

NETO, Benedicto de Souza Mello. **A controvérsia a respeito do bem jurídico protegido no direito.** Londrina. s/d. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=04fcc65450efcccd>>. Acesso em: 15/02/2021.

ONU. **Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e políticos,** 1966. Disponível em: <<http://www.cne.pt/content/onu-pacto-internacional-sobre-os-direitos-civis-e-politicos>>. Acesso em: 03/03/2021.

POÇO, M. D. L. C. **Perceção da evasão e fraude fiscal em Portugal: um estudo sociológico.** Dissertação de Mestrado em Contabilidade e Fiscalidade Empresarial, 2013. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10400.26/14577>>. Acesso em: 24 março 2021.

PORTUGAL. **Constituição da república portuguesa.** Diário da República n.º 86/1976, Série I de 1976-04-10, 1976. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. Acesso em: 24/03/2021.

PORTUGAL. **Código Penal Português.** Diário da República n.º 63/1995, Série I-A de 1995-03-15, 1995. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230100/indice>>. Acesso em: 24/03/2021.

PORTUGAL. **Regime Geral das Infracções Tributárias.** Procuradoria Distrital Geral de Lisboa. Lisboa. 2001. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=259&tabela=leis>. Acesso em: 24/03/2021.

SOARES, Sofia Isabel Ferreira. **Simulação e Fraude Fiscal no Direito Tributário Português.** Especialização em Ciências Jurídico-Administrativas e Tributárias, 2012. Porto. Disponível em: <<http://repositorio.uportu.pt/>>. Acesso em: 22/03/2021.

SOUSA, Daniela Filipa Ferraz. **Análise do artigo 103º, n.º 1, alínea c) do regime**

geral das Infracções tributárias: a simulação fiscal enquanto conduta criminalmente relevante. Dissertação de Mestrado em Direito apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra. 2020. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10316/92689>>. Acesso em: 15/02/2021.

Referências

AZEVEDO, Patrícia Anjos. **A penalização das contraordenações fiscais no âmbito do RGIT: principais destaques.** Revista da Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto, Porto, 2017. ISSN 2184-1020.

GODOI, Marciano Seabra de. & Greco, Marco Aurélio. **Tributo e Solidariedade Social - Solidariedade social e tributação.** São Paulo. Ed. Dialética. 2005.

LISZT, F. V. **Tratado de direito penal alemão.** Tradução de José Hygino Duarte Pereira. Trad. José Hygino Duarte Pereira pág. 94. ed. Brasília: fac-sim, 2006.

NABAIS, José Casalta. **O Dever Fundamental de Pagar Impostos.** 1. ed. Coimbra: Almedina, 2009. ISBN 9724011151.

ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal.** Tradução de Luis Greco. [S.l.]: Renovar. s/l. 2006. ISBN 8571475288.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Tributário.** 2. ed.: Universidade Católica Editora. Lisboa. 2018. ISBN 9789725405871.

SAMPAIO, Jorge. (26 de agosto de 2021). **Dever de solidariedade.** Público. Lisboa. Disponível em:< <https://www.publico.pt/2021/08/26/opiniao/opiniao/solidariedade-1975228>>. Acesso em: fevereiro 2021.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem De. Ministério Público de São Paulo. **Elementos para uma teoria dos deveres fundamentais: uma perspectiva jurídica.** São Paulo. 2017.

SOUSA, Luis Dos Milagres E. **Fraudes Tributárias e o Crime Tributário Continuado.** 1ª. ed.: Almedina, Coimbra. 2010. ISBN 978-9724036700.

SOUSA, Luis Dos Milagres E. **Fraudes Tributárias e o Crime Tributário Continuado.** 1ª. ed. Coimbra: Almedina, 2010. ISBN 978-9724036700.

SOUSA, Susana Maria Aires de. **Os Crimes Fiscais: Análise Dogmática e Reflexão Sobre a Legitimidade do Discurso Criminalizador.** [S.l.]: Almedina, 2021. ISBN 9789724090177.

ZAVASCKI, Francisco Prehn. Os deveres fundamentais, o custo dos direitos e a tributação. Revista jurídica tributária. s/l. 2008.

A REFORMA TRIBUTÁRIA IGUALITÁRIA DE THOMAS PIKETTY À LUZ DA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988: INSTRUMENTO DE PROMOÇÃO OU VIOLAÇÃO DE DIREITOS?

Eduardo Moreira Lima Rodrigues de Castro

Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Resumo:

O artigo tem como objetivo analisar a constitucionalidade da Reforma Tributária igualitária de Thomas Piketty. Em linhas gerais, vai-se tentar responder ao seguinte problema: A proposta de Thomas Piketty em matéria tributária, no que diz respeito à tributação fortemente progressiva de renda, heranças e capital, é válida à luz do Regime Constitucional de 1988? A hipótese investigada é a de que as propostas de Piketty, em sua quase totalidade estão em consonância com a Constituição de 1988, já que aderentes aos princípios, objetivos e direitos fundamentais republicanos. A pesquisa é realizada a partir da obra de Thomas Piketty, bem como da produção acadêmica dedicada ao estudo do sistema tributário nacional e dos limites constitucionais à reforma tributária. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. Não são tecidas considerações sobre a justiça ou injustiça da proposta, ou mesmo sua adequação ou inadequação, limitando-se o texto às considerações de ordem jurídica (conformidade ou não com a Constituição Federal de 1988).

Palavras-chave: Reforma tributária; Thomas Piketty; Constitucionalidade.

Introdução

Caso integrasse, na condição de membro, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, o Brasil figuraria em terceiro lugar dentre os países que mais tributam atividades relacionadas à produção e circulação de bens e serviços; ao mesmo tempo, figuraria entre os quatro últimos colocados no critério tributação de renda, lucros e ganho de capital¹.

1 RECEITA FEDERAL DO BRASIL. Carga tributária no Brasil – 2019 (Análise por Tributos e Bases de Incidência). Disponível em <<https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/dados-abertos/receitadata/estudos-e-tributarios-e-aduaneiros/estudos-e-estatisticas/carga-tributaria-no-brasil/ctb-2019-v2-publicacao.pdf>>.

Esses fatores, somados à elevada carga tributária e, por óbvio, aos péssimos indicadores sociais brasileiros, tornam a reforma tributária no país uma das principais demandas sociais.

Dentre as propostas de reforma tributária mais conhecidas no mundo, destaca-se aquela apresentada pelo economista francês Thomas Piketty, denominada por Ricardo Lodi Ribeiro de “Reforma Tributária Igualitária”². Construída ao longo de mais de duas décadas e sistematizada nas obras “O Capital no Século XXI”³ e “Capital e Ideologia”⁴, a reforma pikettyana baseia-se essencialmente na tributação fortemente progressiva da renda, das heranças e do capital, bem como na instituição de um imposto de saída (*exit tax*), de um imposto sobre o carbono e de um imposto sobre operações financeiras internacionais. Existe, contudo, forte divergência acerca dos limites constitucionais à reforma do Sistema Tributário Nacional brasileiro, principalmente nos casos de propostas que envolvam mudanças na própria Constituição tributária.

Este trabalho tem como objetivo geral delimitar os limites (jurídicos) para a reforma tributária no Brasil e, como objetivo específico, analisar a constitucionalidade da Reforma Tributária igualitária pikettyana. Vai-se tentar responder, em síntese, ao seguinte problema: Das propostas realizadas por Thomas Piketty – em matéria tributária –, quais são válidas à luz do Regime Constitucional de 1988? A hipótese investigada é a de que a proposta de Piketty, em sua quase totalidade, mesmo nos pontos que demandam alteração do Texto Constitucional, está em consonância com a Constituição de 1988.

A pesquisa é realizada a partir da obra de Thomas Piketty, bem como da produção acadêmica dedicada ao estudo do sistema tributário nacional brasileiro e dos limites constitucionais à reforma tributária, incluindo considerações sobre os temas da soberania popular, do constitucionalismo e das cláusulas pétreas tributárias. O método científico utilizado é o hipotético-dedutivo.

Ainda em sede introdutória, faz-se prudente esclarecer que o trabalho não discorre sobre o mérito das proposições pikettyanas, isto é, não analisa se as medidas são boas ou ruins, justas ou injustas, adequadas ou inadequadas, limitando-se a investigar se se enquadram à moldura constitucional brasileira. Em verdade, em que pese se defenda, em grande medida, a *validade* das propostas, sem aprofundar a reflexão, suspeita-se fortemente que, caso postas em prática, elas pudessem se revelar danosa às pretensões de crescimento e

Acesso em: 15-05-2021.

2 RIBEIRO, Ricardo Lodi. Piketty e a reforma tributária igualitária no Brasil. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 3, n.3, 2015. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/issue/view/962>>. Acesso em 16-01-2021.

3 PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Edição Kindle. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

4 PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

desenvolvimento do Brasil.

O socialismo participativo de Thomas Piketty

Para formular sua teoria da (des)igualdade, Thomas Piketty parte do pressuposto de que *os mais diversos elementos presentes nas sociedades modernas* – denominadas por ele de regimes desiguaisitários –, tais como a concorrência e o mercado, o salário e o lucro, a dívida e o capital, *não têm existência própria, dependendo essencialmente de escolhas (sociais) referentes aos sistemas educacional, político, jurídico e tributário*. Referidas escolhas, por sua vez, remetem às representações que cada sociedade tem de justiça social e economia justa, bem como das relações de forças político-ideológicas entre diferentes grupos e discursos⁵.

Na obra “Capital e Ideologia”, à luz do pressuposto da força transformadora das ideias, Piketty propõe-se a criar uma ideologia voltada à *superação do que ele chama de ideologia proprietarista*, tida como discurso dominante e solidificada a partir da Revolução Francesa. A ideologia proprietarista prega essencialmente o fim de privilégios e a igualdade de direitos, em especial, do direito do indivíduo de “desfrutar de sua propriedade em segurança, ao abrigo da arbitrariedade do rei, do senhor ou do bispo, e se beneficiar de um sistema jurídico e tributário que trata a todos por igual segundo regras estáveis e previsíveis”⁶.

A ideologia proposta por Piketty, denominada de “Socialismo Participativo”, defende um outro tipo de igualdade, qual seja, a igualdade de acesso aos bens fundamentais. Para o autor francês, “[a] sociedade justa organiza as relações socioeconômicas, as relações de propriedade e a distribuição de renda e de patrimônio a fim de possibilitar aos membros menos favorecidos que se beneficiem das mais elevadas condições de vida possíveis”⁷, sem que isso implique, contudo, “a uniformidade ou a igualdade absoluta”⁸.

O Socialismo Participativo configura uma “nova ideologia... mais otimista em relação à natureza humana e também mais precisa e convincente do que as narrativas anteriores, por ser mais bem ancorada nas lições da história global”⁹. Em verdade, *a riqueza de dados* referentes aos níveis de educação, expectativa de vida ao nascer, concentração de renda e patrimônio, bem como referentes à distribuição da carga tributária, sobretudo nos países ocidentais mais desenvolvidos – com destaque para Estados Unidos, França, Inglaterra e Alemanha –, ao longo de aproximadamente duzentos anos, é possivelmente *o elemento de maior destaque na produção do economista francês*.

As informações que são objeto de maior atenção na obra de Piketty dizem respeito aos *níveis de concentração da renda e patrimônio* – verificados também no período que vai da Revolução Francesa até os dias de hoje. Os dados colhidos

5 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 252.

6 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 2433.

7 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 17747.

8 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 17747.

9 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 170.

mostram que os níveis de concentração de renda e capital alcançaram seus patamares mais baixos no período que vai do início da Primeira Guerra Mundial até meados dos anos 1980. Os patamares mais elevados de concentração, por sua vez, são verificados no período que vai das últimas décadas do século XIX até a Primeira Guerra Mundial, bem como no período compreendido entre os anos 1980 e o ano de 2018¹⁰. No que diz respeito especificamente à concentração de capital, os dados mostram que essa sempre foi muito mais significativa do que a de renda. Enquanto, no início do século XX, até a primeira grande guerra, os 10% mais ricos detinham aproximadamente 90% do total da propriedade privada da Europa, nos anos 1980-1990 esses índices caíram para 50%-55%, voltando a subir em seguida. É dizer, “quando a concentração dos patrimônios atinge seu patamar histórico mais baixo, trata-se, ainda assim, de um nível comparável ao mais elevado observado para a desigualdade da renda”¹¹.

A partir do material coletado, Piketty defende a tese de que, *nos momentos de maior concentração, a ideologia proprietarista meritocrática* – chamada, em alguns momentos, de hipercapitalista – *predominou, enquanto nos períodos de menor concentração, outros discursos encontraram espaço*. Na sua visão, *o retorno das desigualdades teria sido influenciado sobremaneira pela derrocada dos regimes comunistas e pelo fracasso da social-democracia em lidar com alguns dos mais importantes desafios da globalização*, como a maior interação entre pessoas de diferentes origens e a competição fiscal internacional.

Com o objetivo de viabilizar sua ideologia, Piketty propõe um *modelo de sociedade baseado em dois pilares, quais sejam, os sistemas jurídico e tributário*. Sem ignorar a relevância das transformações políticas e educacionais propostas, vai-se conferir ênfase, ao longo do presente trabalho, às propostas de Piketty alusivas à matéria tributária.

A reforma tributária igualitária Pikettyana

Há pelo menos duas décadas, Thomas Piketty trata do tema da tributação. Isso se deve ao fato de que, para ele, “[o] imposto não é uma questão apenas técnica, mas eminentemente política e filosófica, e sem dúvida a mais importante de todas”¹². Embora não se furte a fazer propostas bem delimitadas de reformas tributárias, Piketty alerta para os riscos inerentes à (re)construção de um sistema tributário. O que se deve ter em mente é que, no anseio de construir um sistema mais justo, há sempre o risco de piorar ainda mais a situação, tendo em vista que, “em matéria de imposto, é sempre possível encontrar um que é mais imbecil”¹³.

Em linhas gerais, *o sistema tributário proposto baseia-se no equilíbrio de 3 (três)*

10 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, Posição 553.

11 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 7998.

12 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia**..., *op. cit.*, posição 9681.

13 PIKETTY, Thomas. **É possível salvar a Europa?** Crônicas 2004-2011. Edição Kindle. Trad. Renata Teodoro de Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015, Posição 2446.

*formas de imposto progressivo: um imposto fortemente progressivo sobre a renda, um imposto fortemente progressivo sobre as heranças e um imposto fortemente progressivo sobre o patrimônio (capital), cada um deles com uma finalidade específica*¹⁴. A proposta contempla ainda um *imposto sobre transações financeiras internacionais*, um *imposto sobre saída (exit tax)*, um *imposto progressivo sobre as emissões de carbono*, que, pela menor relevância para a construção do modelo de sociedade almejado, não serão objeto de maiores reflexões.

O *imposto progressivo sobre a renda* e o *imposto progressivo sobre heranças*, com alíquotas que podem atingir 70%-90% constituem, respectivamente, “a inovação mais importante do século XX em matéria fiscal”¹⁵ e a “segunda inovação mais importante do século XX”¹⁶. Para o autor, “a utilização de taxas confiscatórias no topo da hierarquia das rendas é não somente possível, mas ainda a única maneira de conter os grandes aumentos de salários observados no topo das grandes empresas”¹⁷. O imposto progressivo sobre a renda, ademais, traria em torno de 45% da renda nacional e viabilizaria o financiamento das mais relevantes despesas públicas, “em particular a renda básica e, sobretudo, o Estado de bem-estar social (inclusive os sistemas de saúde e de educação, as aposentadorias etc.)”¹⁸.

Apesar da relevância dos tributos mencionados acima¹⁹, Piketty defende, à luz da experiência histórica, que eles devem ser complementados com um “imposto progressivo anual sobre a propriedade, a ser considerado como a ferramenta central para que se possa assegurar uma verdadeira circulação do capital”²⁰. O *imposto progressivo sobre o capital tem por objetivo principal regular o capitalismo*, não financiar o Estado Social²¹. Isso porque, a desigualdade tende a aumentar em virtude do fato de que, com o tempo, a taxa de rendimento do capital torna-se superior à taxa de rendimento da renda e da produção. O imposto progressivo sobre o capital, que, somado ao imposto progressivo sobre heranças, responderia pela arrecadação de algo em torno de 5% da renda nacional, além de impedir que as maiores fortunas se distanciassem das posses do restante da sociedade, permitiria o financiamento de uma “dotação universal de capital”²². Essa dotação, por sua vez, possibilitaria aos 50% mais pobres deter parte relevante dos ativos e, conseqüentemente, participar de maneira plena da vida econômica e social.

14 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia...**, *op. cit.*, posição 10274.

15 PIKETTY, Thomas. **O capital...**, *op. cit.*, posição 9674.

16 PIKETTY, Thomas. **O capital...**, *op. cit.*, posição 9674.

17 PIKETTY, Thomas. **O capital...**, *op. cit.*, posição 10113.

18 PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia...**, *op. cit.*, posição 18012.

19 O autor observa que as décadas em que os impostos progressivos sobre renda e heranças foram aplicados nos Estados Unidos e no Reino Unido, isto é, do final da segunda grande guerra até meados dos anos 1980, representam o período de maior crescimento da histórica dos referidos países. (PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia...**, *op. cit.*, posição 17915)

20 PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia...**, *op. cit.*, posição 17915.

21 PIKETTY, Thomas. **O capital...**, *op. cit.*, posição 10231.

22 PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia...**, *op. cit.*, posição 10499.

Em linhas gerais, a fixação de alíquotas dos 3 impostos descritos acima dar-se-ia da seguinte forma:

Impostos progressivos sobre a propriedade			Imposto progressivo sobre a renda	
Múltiplo do patrimônio médio	Imposto sobre a propriedade	Imposto sobre a herança	Múltiplo da renda média	Alíquota efetiva de tributação
0,5	0,1%	5%	0,5	10%
2	1%	20%	2	40%
5	2%	50%	5	50%
10	5%	60%	10	60%
100	10%	70%	100	70%
1.000	60%	80%	1.000	80%
10.000	90%	90%	10.000	90%

Fonte: PIKETTY, Thomas. **Capital e ideologia...**, op. cit., posição 18019.

Para além de controvérsias relacionadas à sua justiça ou injustiça, factibilidade ou não factibilidade – que, como exposto na parte introdutória, não serão tratadas neste artigo –, *a reforma tributária supradescrita pode suscitar debates acerca de sua validade, à luz dos diversos ordenamentos jurídicos internos*. Nas próximas seções, vai-se examinar o que pode e o que não pode ser alterado (por meio de emenda constitucional ou simples alteração legislativa) no Sistema Tributário Nacional, e, em seguida, quais propostas de Piketty são constitucionais e quais afrontam a ordem jurídica vigente.

Os limites constitucionais à Reforma Tributária no Brasil

Pode-se alterar o sistema tributário nacional brasileiro mediante inovações (normativas) de ordem constitucional ou infraconstitucional.

Por *simples alteração legislativa*, é possível modificar significativamente o modelo de repartição de encargos vigente. Da mesma forma, necessita-se apenas de uma lei (complementar) para alterar as chamadas normas gerais em matéria tributária – como as que versam sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência –, assim como o regime único de arrecadação dos impostos e contribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. A *emenda constitucional*, por sua vez, é o instrumento adequado para alterações mais profundas no sistema vigente. Por esse caminho, pode-se pensar, por exemplo, na criação, alteração ou supressão de competências, imunidades, princípios, regras veiculadoras de direitos e até mesmo espécies tributárias. Mais do que isso, a emenda constitucional pode se revelar útil para alterar as *normas constitucionais sobre normas*, como o rol de atribuições destinadas às leis complementares em matéria tributária e as matérias a respeito das quais o Congresso pode dispor mediante resolução.

Como não poderia deixar de ser, em ambos os casos, *é preciso verificar a compatibilidade das novas prescrições com a Constituição de 1988*: em se tratando de reforma de ordem meramente legal, o parâmetro de constitucionalidade são *todas as disposições constitucionais* (com destaque, por óbvio, para aquelas que versem sobre matéria tributária); no caso das reformas veiculadas mediante emenda constitucional, deve-se atentar para que não sejam afrontadas as chamadas *cláusulas pétreas tributárias*.

Reforma tributária infraconstitucional

Vai-se tratar, na presente (sub)seção, das controvérsias relacionadas ao alcance dos princípios constitucionais tributários mais relevantes para o delineamento do sistema, quais sejam, os princípios da *capacidade contributiva* (art. 145, § 1º), da *isonomia tributária* (art. 150, II) e da *vedação ao uso de tributo com efeito de confisco* (art. 150, IV).

No que diz respeito à *capacidade contributiva*, no que interessa ao presente trabalho, as divergências costumam girar em torno de sua aplicação às demais espécies tributárias (diversas dos impostos), do alcance da expressão “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal”, de sua vinculação ao ideal de progressividade e de seu(s) limite(s). Quanto ao *princípio da isonomia*, por sua vez, controverte-se sobretudo sobre sua aplicabilidade aos tributos vinculados, sua vinculação ao ideal de progressividade e, por fim, seus limites. Por fim, merecem menção as divergências atinentes ao *princípio da vedação ao efeito confiscatório do tributo*, em que duas questões se sobressaem: A violação à norma em comento deve levar em conta as alíquotas aplicadas a cada tributo ou ao conjunto dos tributos pagos pela pessoa? Como é possível aferir se um tributo é confiscatório?

Em primeiro lugar, no que toca às *divergências sobre o alcance da capacidade contributiva*, defende-se a tese (minoritária) de que referida norma aplica-se exclusivamente aos impostos, por expressa previsão constitucional²³. Sobre a expressão “*sempre que possível*”, entende-se que visa a orientar o legislador a privilegiar a instituição de impostos pessoais – que, por questões lógicas, facilitam a concretização do ideal de tratar de maneira igual os iguais e desigual os desiguais²⁴. O fato de, em muitos casos, não ser possível criar impostos pessoais, não retira do legislador o dever de graduá-los segundo a capacidade econômica do contribuinte; o princípio da capacidade contributiva, portanto, impõe – sem exceções – a gradação tributária²⁵. Quanto ao(s) *limite(s) da capacidade contributiva*, por fim, defende-se, neste trabalho, a tese de que a gradação

23 Em sentido contrário, dentre outros, confira-se: PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2012, p. 60.

24 MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros 2006, p. 63.

25 FOLLONI, André. Capacidade contributiva e dever fundamental. **Direito Tributário Atual**, v. 42, 2019, p. 487.

imposta pela Constituição *não pode ser de tal monta que retire do contribuinte (i) as condições de existência digna*, no caso das pessoas naturais, e *(ii) alguma margem de lucro*, no caso das pessoas jurídicas de natureza empresarial. Qualquer tributação acima disso será confiscatória²⁶.

Em *segundo lugar*, em relação às *controvérsias relacionadas ao princípio da isonomia*, entende-se que a Constituição estabelece apenas uma proibição de tratamento privilegiado, não obrigando a tributação progressiva, embora, em nosso sentir, a progressividade seja recomendável para cumprimento mais efetivo do princípio da isonomia geral. Ademais, defende-se a tese de que a isonomia também autoriza tratamento desigualitário voltado à gradação segundo a capacidade econômica com base em critérios distintos da progressividade, como a seletividade e a não-cumulatividade. Mais do que isso, a isonomia tributária autoriza que contribuintes em situações distintas tenham tratamento diferenciado sem que necessariamente a capacidade econômica seja levada em consideração, como ocorre em alguns casos de tributação extrafiscal²⁷.

Em *terceiro lugar*, só se pode falar em confisco, *na tributação sobre pessoas naturais*, quando o montante arrecadado for de tal monta que não permita ao contribuinte *condições de vida digna*²⁸, e, *na tributação sobre pessoas jurídicas de natureza empresarial*, quando *lhes retirar a possibilidade de lucro*²⁹, não importando a alíquota aplicada. Em ambos os casos, “o tributo (...) aniquila a propriedade privada, atingindo-a em sua substância e essência”³⁰. *Uma alíquota de imposto de renda equivalente a 10% pode se revelar confiscatória* caso – considerados os demais tributos federais, como se verá adiante – a renda sobre a qual incidir (base de cálculo) seja tão baixa que impeçam ao sujeito passivo acesso a bens fundamentais, em especial, aqueles descritos no inciso IV do art. 7º da Constituição de 1988, como alimentação, moradia e lazer³¹. *A métrica do confisco, em nosso juízo, deve levar em consideração a carga tributária global*, e não a carga isolada de cada Ente.

26 No sentido (diverso) de que o mínimo existencial configuraria o limite mínimo da capacidade contributiva, e a vedação ao efeito confiscatório do tributo, o máximo, confira-se, dentre outros: COSTA, Regina Helena. **O princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros 2003, p. 30-31.

27 SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 315.

28 PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência**. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2012, p. 50.

29 TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 46.

30 TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**, volume III: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 132.

31 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - 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.

Reforma tributária constitucional

Diferentemente das reformas tributárias veiculadas por meio de leis ou instrumentos normativos de igual ou menor hierarquia, a validade de uma reforma tributária constitucional depende essencialmente do *respeito às normas que regulam a edição de emendas constitucionais*. Dissertando sobre referidas normas, Richard Albert explica que “*They can specify who is authorized to initiate an amendment and by what majority, when an amendment proposal becomes effective and later expires, where it must be ratified and by whom, and what within the constitution is unchangeable*”³². A criação de cláusulas imutáveis está relacionada à *necessidade de se garantir*, por período razoável, o *projeto constitucional vitorioso* na revolução levada a efeito pelo povo constituinte³³.

O maior desafio da teoria das limitações materiais ao poder de emenda é a elaboração de um modelo de interpretação capaz de, a um só tempo, assegurar as vantagens contramajoritárias descritas acima, sem desnaturar o direito de cada geração se autogovernar³⁴. Defende-se aqui um *modelo de interpretação* que se enquadre nesse “meio termo”, isto é, que *proteja o núcleo fundamental dos direitos e institutos* inerentes ao regime constitucional instituído, mas que *permita às gerações futuras definir seus rumos*³⁵. Nessa linha, não é qualquer alteração no regime de competências dos Entes que afronta a cláusula pétrea do federalismo. Da mesma maneira, nem todo direito previsto na Constituição de 1988 deve ser caracterizado como direito fundamental.

Embora se reconheçam os desafios de se empreender uma análise em abstrato dos limites à reforma do Sistema Constitucional Tributário, vai-se tentar, a partir das conclusões apresentadas nos parágrafos anteriores, tecer algumas considerações sobre o que pode e o que não pode ser modificado nos principais grupos de normas constitucionais tributárias.

Pois bem. *Em primeiro lugar*, no que diz respeito às propostas de alteração das disposições que contemplam *normas sobre normas tributárias*, vislumbam-se *amplas possibilidades ao constituinte derivado*. Ainda que modificações no rol de matérias sujeitas à reserva de lei complementar, nos limites à edição de medidas provisórias em matéria tributária, ou mesmo nas matérias passíveis de deliberação mediante Resolução do Senado Federal possam de alguma maneira alterar o equilíbrio entre os Poderes, afigurasse-nos *difícil pensar em situações em que emendas dessa natureza possam afrontar o núcleo do princípio da separação dos poderes*. *Em segundo lugar*, no que toca às reformas no *sistema de competências tributárias*, entende-se também haver considerável espaço de manobra para os parlamentares. O limite à alteração, aqui, deve ser o *princípio federativo*³⁶, de-

32 ALBERT, Richard. *Constitutional amendments: making, breaking and changing constitutions*. New York, Oxford University Press, 2019, Kindle Edition, posição 245.

33 LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais**: democracias e supermaiorias. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018, p. 133.

34 VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 134.

35 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito...**, *op. cit.*, p. 302.

36 OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Alguns parâmetros para a densificação das cláusulas

vendo-se preservar o poder de *União, Estados e Municípios terem à sua disposição recursos para cumprir com todas as suas obrigações*³⁷. Em *terceiro lugar*, quanto às possíveis alterações nas *regras (originárias) sobre imunidades tributárias*, defende-se, contrariando doutrina e jurisprudência majoritárias, que, *salvo raras exceções, referidas normas*, embora configurem direitos dos contribuintes, *não são dotadas da fundamentalidade necessária a estarem protegidas pelo contido no art. 60, § 4º, I a IV, da Constituição*, podendo ser modificadas e até mesmo suprimidas. Essa análise, porém, deve ser realizada caso a caso. Em *quarto lugar*, sobre os *princípios constitucionais tributários*, em especial os princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da vedação ao uso de tributo com efeito de confisco, julgamos que *emendas constitucionais tendentes a contrariá-los ou suprimi-los deverão ser declaradas inconstitucionais*. Isso porque, referidas prescrições caracterizam-se como direitos fundamentais dos contribuintes, diretamente relacionados ao núcleo fundamental dos direitos de igualdade e propriedade. Aqui, a maior dificuldade, passível de apuração detida apenas à luz de uma norma concreta, como visto, é identificar o alcance de cada princípio. Em *quinto lugar*, sobre as *demais regras tributárias veiculadoras de direitos*, como as regras da legalidade, irretroatividade e anterioridade anual, parece-nos também que *eventual emenda constitucional tendente a abolí-la ou reduzir sua importância, inclusive mediante criação de novas exceções, deverá ser anulada, por afronta a direito fundamental do contribuinte*. Nesses casos, afigurasse-nos já ter o próprio constituinte originário editado a regra como resultado do processo de ponderação dos valores contrapostos na relação de tributação³⁸ – de um lado, os interesses arrecadatórios, de outro, os interesses individuais dos contribuintes. *Por fim, mas não menos importante, advoga-se a tese de que o rol de espécies tributárias previstas na Constituição pode ser amplamente modificado* – sem que se possa falar em afronta a qualquer cláusula pétrea. Em verdade, com a evolução da sociedade e o surgimento de novas tecnologias, alterações das espécies tributárias fazem-se até necessárias, a fim de que exteriorizações de riqueza não escapem da incidência.

A reforma tributária de Thomas Piketty: análise de constitucionalidade

questões de ordem federativa e extinção de tributos

Diante de omissão - na obra de Piketty – sobre o tema, cabe-nos aduzir que a reforma tributária pikettyana só poderia ser implementada, no Brasil, caso fosse acompanhada de regras sobre a repartição dos recursos – oriundos sobretudo dos impostos sobre renda, herança e patrimônio – e a distribuição

sulas pétreas tributárias e financeiras. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 8, n. 48, nov./dez. 2010.

37 No mesmo sentido, confira-se: BARREIRINHAS, Robinson Sakiyama. Inconstitucionalidade do “Super Simples?”. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 126, maio de 2006, p. 46.

38 ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 99.

de competências que permitissem à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios desempenharem a contento suas atribuições constitucionais.

Outro ponto a ser analisado na proposta em estudo é a validade da extinção de muitas das espécies tributárias hoje constitucionalmente estabelecidas. Isso porque, no modelo proposto, como visto, não há espaço para impostos indiretos, como ICMS, IPI e ISS, tampouco impostos sobre parcelas do patrimônio das pessoas, como ITR, IPVA e IPTU. Piketty também não faz menção a tributos de outras naturezas, como empréstimos compulsórios, contribuições de melhorias, taxas e contribuições sociais (previdenciárias ou não).

O sistema proposto, evidentemente mais simples do que o vigente no Brasil, parece-nos válido, por não afrontar qualquer cláusula pétrea constitucional. Conforme exposto, não se afigura razoável defender a existência de um direito fundamental de só ser tributado em caso de concretização das materialidades fixadas pelo constituinte originário há quase 40 (quarenta) anos. Pelo contrário, é fundamental, diante do avanço tecnológico e da erosão de muitas bases tributárias, que o sistema seja adaptado de maneira a continuar possibilitando aos Entes federados obterem recursos necessários ao cumprimento dos objetivos fundamentais republicanos.

Impostos fortemente progressivos sobre renda e heranças

Conforme exposto acima, a base da arrecadação, no sistema tributário proposto por Thomas Piketty, adviria de 2 impostos, quais sejam, um imposto fortemente progressivo sobre a renda e um imposto fortemente progressivo sobre heranças, ambos com alíquotas que poderiam superar os 80%. O produto da arrecadação seria destinado ao custeio dos serviços indispensáveis à efetivação do Estado de Bem-Estar Social pikettyano (educação, saúde, aposentadorias e outros).

Em nosso sentir, e mais uma vez advertindo que não se está tratando da justiça ou adequação – isto é, do mérito – da proposta, *ambas as exações podem se revelar constitucionais, a depender da forma como seria moldada a progressividade.*

Aqui, não é difícil supor que as controvérsias relacionadas à criação dos novos impostos em âmbito nacional estariam relacionadas essencialmente à adequação das propostas aos princípios da capacidade contributiva, da isonomia e da vedação à utilização de tributo com efeito de confisco. A questão central, aqui, é a seguinte: afinal, uma tributação dessa magnitude seria válida ou confiscatória?

A resposta à pergunta formulada acima depende da concepção que se tem sobre o(s) limite(s) da capacidade contributiva, bem como sobre o que se entende por tributo confiscatório. Como visto, defende-se neste trabalho, contrariando doutrina majoritária, a tese de que a gradação inerente à capacidade contributiva tem apenas um limite (para ricos e pobres), qual seja, o necessário para uma vida digna – o que difere do mínimo existencial. Qualquer

exação que impossibilite o gozo dessa condição afrontará o direito à propriedade privada e, portanto, será considerada confiscatória. Pelo que se percebe, a depender da situação econômica do contribuinte, tanto alíquotas de 80% quanto alíquotas de 8% podem ser consideradas confiscatórias.

Dito isso, entende-se consentânea com a Constituição uma alíquota de imposto de renda de 80% incidente, por exemplo, sobre rendimentos – decorrentes de quaisquer origens – superiores a R\$ 100 mil por mês. Nesse caso, indubitavelmente restariam ainda meios de se ter uma vida digna, com ótimas condições de alimentação moradia e lazer. O mesmo ocorreria com a cobrança de imposto sobre heranças incidisse à alíquota de 80% sobre patrimônio da casa das dezenas de milhões de reais.

Imposto fortemente progressivo sobre o capital

O imposto (anual) progressivo sobre o capital contido na proposta de reforma tributária igualitária em estudo, voltado essencialmente à regulação do capitalismo e à viabilização de uma dotação universal de capital – preferencialmente para jovens com idade de 25 anos –, seria responsável pela arrecadação de algo em torno de 5% da renda nacional e incidiria sobre o patrimônio global dos contribuintes. As alíquotas do referido imposto – incidentes, por óbvio, sobre o patrimônio global –, como visto, variariam de 0,1%, para pessoas com patrimônio equivalente à metade do patrimônio médio nacional, até 90%, para pessoas com patrimônio equivalente a 10.000 (dez mil) vezes o patrimônio médio nacional.

Considerando a riqueza média do brasileiro adulto em 2016 de U\$ 18.059³⁹, teríamos a seguinte tabela de contribuições:

Múltiplo do patrimônio médio	Imposto sobre a propriedade	Patrimônio	Valor a ser recolhido
0,5	0,1%	U\$ 9.029,50	U\$ 9,0295
2	1%	U\$ 36.118,00	U\$ 361,18
5	2%	U\$ 90.295,00	U\$ 1.805,90
10	5%	U\$ 180.590,00	U\$ 9.029,50
100	10%	U\$ 1.805.900,00	U\$ 180.590,00
1.000	60%	U\$ 18.059.000,00	U\$ 10.835.400,00
10.000	90%	U\$ 180.590.000,00	U\$ 162.531.000,00

Em que pese as alíquotas aplicáveis aos bilionários e aos multimilionários estejam muito acima das alíquotas verificadas nos tributos sobre bens móveis – sobretudo veículos – e imóveis vigentes no Brasil, e desconside-

39 CREDIT SUISSE. Global Wealth Databook 2016. Disponível em file:///C:/Users/eduar/AppData/Local/Temp/global-wealth-databook-2016.pdf. Acesso em 01-04-2021.

rando as dificuldades práticas de implementação do regime, entende-se que em nenhuma das faixas de tributação propostas se possa falar em confisco tributário. Isso porque, em qualquer cenário, mesmo após a tributação, restariam aos contribuintes bens em montante suficiente para viver em condições dignas e usufruir dos direitos fundamentais estabelecidos na Constituição.

Referências

ALBERT, Richard. *Constitutional amendment: making, breaking and changing constitutions*. New York: Oxford University Press, 2019, Kindle Edition.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. rev. e ampl. À luz da Constituição de 1988 até a Emenda Constitucional n. 10/1996. Notas de Mizabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BARREIRINHAS, Robinson Sakiyama. Inconstitucionalidade do “Super Simples”. **Revista Dialética de Direito Tributário**, São Paulo, n. 126, p. 44-53, maio de 2006.

COSTA, Pietro. **Soberania, representação, democracia**: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

COSTA, Regina Helena. **O princípio da capacidade contributiva**. 3. ed. São Paulo: Malheiros 2003.

FOLLONI, André. Capacidade contributiva e dever fundamental. **Direito Tributário Atual**, v. 42, 2019.

LIMA, Jairo. **Emendas constitucionais inconstitucionais**: democracias e supermaiorias. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2018.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 27. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros 2006.

OLIVEIRA, Gustavo da Gama Vital de. Alguns parâmetros para a densificação das cláusulas pétreas tributárias e financeiras. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**, Belo Horizonte, ano 8, n. 48, nov./dez. 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito tributário**: Constituição e Código Tributário Nacional à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2012.

PIKETTY, Thomas. **É possível salvar a Europa?** Crônicas 2004-2011. Edição Kindle. Trad. Renata Teodoro de Assis. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2015.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Edição Kindle. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PIKETTY, Thomas. **Capital e Ideologia**. Trad. Monica Baumgarten de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. Pikkety e a reforma tributária igualitária no Brasil. **Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento**, v. 3, n.3, 2015. Dispo-

nível em < <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfptd/issue/view/962>> . Acesso em 16-01-2021.

SCHOUERI, Luís Eduardo. **Direito tributário**. São Paulo: Saraiva, 2011.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. 1. reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e princípio da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**, volume III: os direitos humanos e a tributação: imunidades e isonomia. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A constituição e sua reserva de justiça**: um ensaio sobre limites materiais ao poder de reforma. São Paulo: Malheiros, 1999.

A TRIBUTAÇÃO UNIFICADA SOBRE A RENDA COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO E FONTE DE CUSTEIO PARA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Diego Bisi Almada

Mestrando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana
Mackenzie - Brasil

Resumo:

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar que a tributação unificada sobre a renda deve ser considerada como um instrumento de desenvolvimento socioeconômico, bem como fonte de custeio para os direitos fundamentais. Em um primeiro momento, de acordo com o economista austríaco Joseph Schumpeter, o desenvolvimento socioeconômico de um país exige a sinergia e compatibilização de diversas políticas e ações coordenadas pelo Estado. De acordo com a Teoria Schumpeteriana, tais políticas devem se coadunar com um cenário tributário receptivo. Todavia, o Sistema Tributário Brasileiro sempre foi alvo de duras críticas pautadas na onerosidade e complexidade operacional. A complexidade decorre da grande gama de obrigações decorrentes de instrumentos regulamentadores elaborados pelo entes tributantes. De outro lado, a onerosidade se justifica pela customização de um Sistema Tributário, cujo foco encontra-se no consumo. Em um segundo momento, de acordo com José Casalta Nabais, os direitos fundamentais possuem uma face oculta, qual seja, o custo pelo exercício dos mesmos. Desta maneira, a tributação não deve ser vista somente como instrumento de desenvolvimento socioeconômico, mas como fonte de custeio ao exercício dos direitos fundamentais e à manutenção da estrutura de sua proteção. Por derradeiro, o presente trabalho conclui que um modelo de tributação unificado sobre a renda deve ser considerado como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e de fonte de custeio para os direitos fundamentais, pois a unificação tributária enseja simplificação operacional e a tributação concentrada sobre a renda denota observância à capacidade contributiva.

Palavras-chave: Sistema tributário; Desenvolvimento; Direitos fundamentais.

Introdução

O presente trabalho objetiva demonstrar que a tributação unificada sobre a renda deve ser considerada como um instrumento de desenvolvimento socioeconômico, bem como fonte de custeio para o exercício e proteção dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, o trabalho analisa o desenvolvimento socioeconômico, sob a ótica do economista austríaco Joseph Schumpeter. De acordo com a Teoria Schumpeteriana, o desenvolvimento socioeconômico depende da conjunção de diversas variáveis articuladas pelo governo, dentre elas, a existência de uma política fiscal ou tributária receptivas. Todavia, o Sistema Tributário Nacional é alvo recorrente de críticas, em decorrência de sua onerosidade, complexidade e regressividade, o que traduz em um ambiente pouco propício e receptivo, sob o olhar desenvolvimentista.

Em um segundo momento, o trabalho analisa o custo dos direitos fundamentais. De acordo com Jorge Reis Novais, os direitos fundamentais são aqueles que ostentam tal *status* ante a sua consagração constitucional. Todavia, tal consagração constitucional enseja um vinculação estatal ao cumprimento de deveres estatais.

Corroborando com tal entendimento, José Casalta Nabais assevera que os direitos fundamentais possuem uma face oculta, qual seja, dos deveres e custos para seu exercício e proteção que, em suma, são suportados pelos tributos arrecadados.

Em um terceiro momento, o presente trabalho analisa o Sistema Tributário Nacional e as principais críticas que são tecidas a ele: onerosidade, regressividade e complexidade. O Sistema Tributário Brasileiro, alicerçado na Constituição Federal de 1988, é dotado de elevada complexidade operacional, em razão da inúmeras regras tributárias estabelecidas. Todavia, as críticas acerca do Sistema Tributário Brasileiro não se resumem à dificuldade operacional, mas à elevada carga tributária, eis que o mesmo é claramente regressivo, pois encontra-se voltado ao consumo. O Sistema atual claramente onera os mais desfavorecidos e desonera os mais favorecidos, ofendendo o princípio da capacidade contributiva.

Ato contínuo, o trabalho apresenta uma proposta de tributação unificada sobre a renda que atue como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e como fonte de custeio ao exercício e proteção dos direitos fundamentais.

Por fim, cabe frisar que tal proposta objetiva a implantação de um novo cenário de tributação unificada sobre a renda que conceda benefícios a importante setores desenvolvimentistas e de bem-estar social, nos termos estabelecido em um Plano de Metas gerido pelo Estado.

Desenvolvimento socioeconômico sob a ótica schumpeteriana

Inicialmente, é importante frisar que o desenvolvimento socioeconômi-

co de um país é decorrente, dentre outros fatores, do sucesso de uma Política Industrial. No entanto, de acordo com Suzigan e Furtado a Política Industrial é implementada e operacionalizada de acordo com fundamentos teóricos diversos (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

Neste sentido, surgem duas concorrentes que fundamentam a implantação de uma Política Industrial, quais sejam: Liberal e Schumpeteriana.

De acordo com Suzigan e Furtado, a corrente liberal denota ser a Política Industrial dotada de caráter reativo, pois almeja corrigir irregularidades e falhas de mercado (SUZIGAN; FURTADO, 2006). Nos termos explicitados pela Teoria Liberal, a Política Industrial não é vista como ferramenta desenvolvimentista, pois o mercado se autorregula, sendo esta somente dotada de função corretiva.

De outro lado, a Teoria Schumpeteriana visualiza a Política Industrial sob outro enfoque. De acordo com Suzigan e Furtado, tal teoria vislumbra a política como estratégia de desenvolvimento socioeconômico, dotada de caráter ativo (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

No entanto, para que a mesma obtenha êxito há necessidade que seja compatível com a Política Macroeconômica. Em relação à compatibilização das Políticas Industrial e Macroeconômica sob o enfoque da teoria Schumpeteriana, ponderam Suzigan e Furtado:

Esta segunda abordagem mostra-se mais adequada à formulação e implementação de uma PI como estratégica de desenvolvimento, e seu amplo escopo implica a necessidade compatibilizá-la com a política macroeconômica, estabelecer metas, articular instrumentos, normas e regulamentações aos objetivos estabelecidos, coordenar avanços das infraestruturas física, de C,T&I e social) em sinergia com a estratégia industrial, e organizar o sistema de instituições pública e entidades representativas do setor privado que irão interagir na execução da estratégia (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

Desta maneira, é perceptível aos olhos dos autores que o sucesso de uma Política Industrial depende de um conjunto de variáveis articuladas pelo governo. Nesse sentido, elucidam os autores:

O sucesso da PI como estratégia de desenvolvimento centrada na inovação depende da difícil articulação de instrumentos, normas e regulamentações (...). Trata-se de administrar os vários instrumentos – sistema de proteção, financiamento, promoção de exportações, incentivos fiscais, defesa da concorrência, lei de patentes e outros – de modo harmônico, sem ambiguidades em termos dos sinais transmitidos aos agentes, e de forma consistente com os objetivos da estratégia industrial (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

Nos termos explicitados pelos autores, as mesmas variáveis citadas podem levar ao fracasso da política, senão vejamos:

(...) movimentos contraditórios da taxa de câmbio e da tarifa aduaneira (ou outros instrumentos do sistema de proteção, inclusive promoção de exportações) financiamento insuficiente ou com prioridades diferentes das estabelecidas pela PI, incentivos fiscais com metas incompatíveis com as da PI, e legislações que criem incertezas quanto ao ambiente competitivo e à apropriabilidade dos benefícios da inovação, distorcem os efeitos alocativos desejados e impedem que a PI funcione como uma estratégia de desenvolvimento (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

Desta maneira, é imprescindível para o sucesso ou fracasso da Política Industrial como estratégia de desenvolvimento socioeconômico sua compatibilização com um sistema de tributação favorável à sua implementação.

Todavia, Suzigan e Furtado asseveram que a “política industrial está fragilizada pela política tributária (na verdade, pela falta de uma verdadeira política tributária)” (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

A questão fiscal, de acordo com Suzigan e Furtado, deve integrar o debate sobre Política Industrial, tendo como foco a análise da isonomia e racionalidade fiscal. De acordo com os autores, o Sistema Tributário atual possui mecanismos que impedem a promoção da eficiência e da competitividade. Nessa toada, a alteração da estrutura tributária seria essencial para a retomada de investimentos. (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

É de grande relevância explicitar que o atual Sistema Tributário brasileiro faz com que empresários busquem brechas na legislação, em razão da elevada carga tributária e da complexa gestão operacional.

Corroborando com os autores, Wilson Cano, afirma que nosso país vivencia um processo de desindustrialização que poderia ser revertido através da compatibilização entre as políticas industrial e macroeconômica. (CANO, 2012).

No entanto, conforme assevera o autor, nosso país é detentor de medidas fiscais pontuais que beneficiam setores, sendo insuficientes, tendo em vista as necessidades estruturais do país. (CANO, 2012). Um exemplo clássico da implantação de políticas fiscais setorializadas é a desoneração da folha de pagamentos que impactou somente alguns setores da economia, tais como, construção civil, tecnologia da informação, transporte, dentre outros.

Nesse passo, uma estrutura tributária favorável é essencial para o sucesso da política industrial, bem como para o desenvolvimento socioeconômico do país.

Todavia, nos termos explicitados por Suzigan e Furtado, a política industrial está fragilizada pela política tributária ou ausência dela. Nesse sentido, percebe-se a grande necessidade de uma reforma estrutural de amplo espectro no Sistema Tributário Nacional, não se restringindo somente a medidas pontuais que beneficiam alguns setores (SUZIGAN; FURTADO, 2006).

Logo, é importante reiterar que o sucesso de uma Política Industrial utilizada como estratégia para o desenvolvimento socioeconômico depende da

conjunção de diversas variáveis articuladas pelo governo, dentre elas, a política fiscal ou tributária.

Desta maneira, é recorrente o discurso acerca da necessidade de alteração estrutural do sistema tributário, com a criação de um sistema simplificado e menos oneroso, pautado na isonomia tributária e que não enseje desigualdades socioeconômicas. Noutro ponto, o Sistema Tributário deve conceder benefícios a relevantes setores imprescindíveis ao desenvolvimento dispostos em um Plano de Metas, tais como: exportação, infraestrutura e alta tecnologia.

Logo, resta claramente demonstrado que, sob o enfoque Schumpeteriano, o sucesso ou fracasso de uma Política Industrial está intrinsecamente ligado a diversas variáveis, dentre elas, à questão fiscal e tributária.

O custo dos direitos fundamentais

Inicialmente, é imprescindível entendermos o significado de um direito fundamental. De acordo com Jorge Reis Novais, para que o direito seja considerado fundamental deve possuir “uma importância, dignidade e força constitucionalmente reconhecidas que, no domínio das relações gerais entre Estado e indivíduo elevam o bem, a posição ou situação por ele tutelada à qualidade de limite jurídico-constitucional à atuação dos poderes públicos” (NOVAIS,2010).

Nessa toada, assevera Novais, que para serem considerados fundamentais, os direitos devem atender aos requisitos da importância material, dignidade e forças constitucionais. (NOVAIS,2010).

A presença de tais requisitos e a conseqüente caracterização de um direito como fundamental, ensejam ao mesmo maior proteção, sobretudo, em razão de sua consagração constitucional.

Jorge Reis Novais apresenta importante observação acerca da consagração constitucional dos direitos fundamentais. Explicita o referido autor:

A consagração constitucional dos direitos fundamentais enseja um sentido jurídico relevante de imposição ao Estado e a cada um dos Poderes, de deveres de subordinação e vinculação jurídica que resultam para os particulares em pretensões e direitos, passíveis de serem exigidos judicialmente, para o cumprimento dos deveres estatais. (NOVAIS,2010)

De acordo com as ponderações tecidas por Novais, é possível perceber que a consagração constitucional dos direitos fundamentais enseja uma vinculação do Estado ao cumprimento de deveres estatais. Para o referido autor, são considerados deveres estatais: a) dever estatal de respeito aos direitos fundamentais; b) dever estatal de proteção dos direitos fundamentais e; c) dever estatal de promoção dos direitos fundamentais. (NOVAIS,2010).

Desta maneira, passemos à breve análise dos deveres estatais suscitados em razão da consagração constitucional dos direitos fundamentais.

Em um primeiro momento, o dever estatal de respeito aos direitos fundamentais se caracteriza pelo dever de abstenção, de não interferência nas esferas de autonomia, de liberdade e de bem-estar dos particulares garantidas pelos direitos fundamentais. (NOVAIS, 2010).

Em um segundo momento, o dever de proteção dos direitos fundamentais denota que o Estado está obrigado a promover a proteção da vida, liberdade, segurança e propriedade. No entanto, Novais pondera que o dever de proteção não está adstrito somente a proteger contra atos atentatórios de outras pessoas ou entidades, mas contra contingências ou eventualidades naturais que afetem o acesso aos bens fundamentalmente protegidos e sobre as decisões e opções que o próprio indivíduo assume livre e conscientemente. (NOVAIS, 2010)

Por fim, de acordo com Novais, o dever de promoção dos direitos fundamentais obriga o Estado a promover o acesso individual aos bens fundamentais e protegê-lo, ajudando àqueles que não dispõem condições de acesso igualitário, seja por ausência de recursos, aptidão ou capacidade. (NOVAIS, 2010).

Em que pese a importância dos direitos fundamentais e os deveres estatais que são suscitados em razão da sua consagração constitucional, é de grande relevância tecermos considerações acerca da face oculta dos direitos, suscitada por José Casalta Nabais.

De acordo Nabais, os direitos guardam uma face oculta, qual seja, os deveres e os custos que os materializam. Em sua obra intitulada “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, Nabais faz relevantes ponderações acerca dos deveres e dos custos essenciais para materialização dos direitos fundamentais. (NABAIS, 2014)

Inicialmente, Nabais faz importante ligação dos deveres com a cidadania. De acordo com o autor, os deveres e responsabilidades dos cidadãos devem vir antes dos seus direitos. Para tanto, justifica sua afirmação no livro de autoria de *Joseph Rovon* com o sugestivo título: *Como tornar-se cidadão da Europa. Primeiro os deveres, depois os direitos.* . (NABAIS, 2014)

Nessa toada, o autor estabelece que os direitos e os deveres sejam colocados no mesmo plano constitucional, sendo este detentor de duas faces, ambas igualmente importantes para compreender o lugar em que a pessoa humana deve ter na Constituição. (NABAIS, 2014)

Ademais, Nabais explicita que todos os direitos tem custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos, pois implicam em cooperação social e responsabilidade individual. (NABAIS, 2014)

Neste sentido, Nabais elucida que

do ponto de vista do seu suporte financeiro, bem podemos dizer que os clássicos direitos e liberdades, os ditos direitos negativos, são, afinal de contas, tão positivos como os outros, como os ditos direitos positivos. Pois, a menos que tais direitos e liberdades não passem de

promessas piedosas, a sua realização e a sua proteção pelas autoridades públicas exigem recursos financeiros. (NABAIS, 2014)

Desta maneira, nos termos explicitados anteriormente por Novais e Nabais, todos os direitos fundamentais possuem deveres e custos financeiros públicos essenciais ao seu exercício e proteção, sejam eles direitos sociais ou clássicos direitos e liberdades, suportados principalmente pelos tributos arrecadados pelo Estado.

Tributação sobre a renda como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e fonte de custeio para os direitos fundamentais

Atual Sistema Tributário Brasileiro

Inicialmente, é importante relatar que o Sistema Tributário Nacional encontra-se alicerçado a partir do artigo 145, da Constituição Federal de 1988.

Em um capítulo especificamente destinado ao Sistema Tributário, a Constituição Federal de 1988 trata sobre importantes assuntos, tais como, espécies tributárias, competência tributária, limitações ao poder de tributar, dentre outros.

Em que pese o importante alicerce estrutural apresentado pela Constituição Federal 1988, as espécies tributárias (impostos, taxas, contribuições de melhoria, empréstimos compulsórios, contribuições federais e contribuição para o custeio da iluminação pública) são instituídas por entes federativos distintos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988 apresenta tributos de competência federal, estadual ou municipal. Tal regra reflete a existência de um elevado número de legislações infraconstitucionais regulamentadoras que denotam os procedimentos para cumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias.

Nesse passo, o Sistema Tributário Nacional detém um elevado nível de complexidade, haja vista a existência de inúmeras regras nos âmbitos federal, estadual ou municipal, em relação aos tributos de sua competência.

A título exemplificativo, podemos citar o ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual), de competência estadual. Tal tributo é o campeão de críticas sob o enfoque operacional tributário, haja vista as complexas regras estaduais existentes. Para comprovar tal fato, basta imaginarmos uma operação de compra e venda de mercadorias entre empresários que se encontram em Estados diferentes.

Outro tributo complexo que merece ser citado é o ISS (Imposto Sobre Serviços). Tal tributo, de competência municipal, possui regras operacionais complexas. A título exemplificativo imaginemos a seguinte operação: Uma empresa localizada no município de São Paulo/SP contratou um prestador de serviços de coleta de resíduos do município de Guarulhos/SP, para coletá-los

em Barueri/SP, tratá-los em Campinas/SP e descartá-los em Paulínia/SP. Indaga-se: Como ficaria o ISS, tendo em vista a sua competência municipal?

Logo, como já mencionado anteriormente, o Sistema Tributário brasileiro é dotado de elevada complexidade operacional, o que traduz, consequentemente, em um elevado custo para cumprimento das inúmeras regras tributárias estabelecidas.

Todavia, as críticas acerca do sistema tributário brasileiro não estão somente adstritas à dificuldade operacional, mas à elevada carga tributária, eis que o Sistema Tributário é claramente regressivo, pois encontra-se voltado ao consumo. O Sistema atual claramente onera os mais desfavorecidos e desonera os mais favorecidos, ofendendo o princípio da capacidade contributiva.

É importante mencionar que a carga tributária não está ligada somente às elevadas alíquotas inerentes aos tributos, mas ao custo de conformidade tributária e ao deficitário retorno de serviços estatais prestados.

Desta maneira, é recorrente o discurso acerca da necessidade de alteração estrutural do sistema tributário, com a criação de um sistema simplificado e menos oneroso, pautado na isonomia tributária e que não enseje desigualdades socioeconômicas.

No entanto, tal discurso se intensificou a partir de meados do ano de 2019. Com a aprovação da Reforma da Previdência, os holofotes se voltaram à aprovação da Reforma Tributária brasileira.

Desta maneira, no ano de 2019, surgiram dois projetos que objetivam a reforma estrutural do sistema tributário brasileiro, quais sejam: PEC nº 45/2019 e PEC nº 110/2019. O primeiro projeto é proveniente da Câmara dos Deputados, tendo como autor o Deputado Baleia Rossi. O segundo projeto, originário do Senado Federal, tem como autor o Senado Davi Alcolumbre.

No mês de março do ano de 2020 foi criada a Comissão Mista da Reforma Tributária, composta por cinquenta membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. O objetivo da Comissão é debater sobre as propostas de Reforma Tributária, consolidando-as em um único texto que será encaminhado ao Parlamento para discussão e aprovação.

Originariamente, em março do ano de 2020, a Comissão Mista da Reforma Tributária possuía um Plano de Trabalho pautado em reuniões e audiências públicas que culminaria com a aprovação de um projeto único até o mês de maio do ano de 2020.

No entanto, os trabalhos da Comissão Mista da Reforma Tributária foram interrompidos em razão do advento da pandemia ocasionada pelo COVID-19.

Desta maneira, no período compreendido entre março e julho do ano de 2020 o discurso sobre Reforma Tributária perdeu força em razão da pandemia. Todavia, tal discurso foi retomado e se tornou denso a partir do dia 21 de julho do ano de 2020, pois, nesta data, o Ministro Paulo Guedes apresentou ao Congresso Nacional o projeto de Reforma Tributária proveniente do

Poder Executivo (Projeto de Lei nº 3.887/20).

É grande relevância explicitar que os três projetos supracitados objetivam, em suma, a simplificação tributária, através da unificação de tributos. Todavia, tais projetos não solucionam os problemas da onerosidade tributária e da regressividade existente no Sistema Tributário Brasileiro, em decorrência da tributação voltada ao consumo.

Desta maneira, o atual Sistema Tributário Brasileiro além de pouco receptivo a uma política desenvolvimentista, enseja desigualdade, pois ofende ao princípio da capacidade contributiva. Por fim, é possível concluir que o Sistema Tributário necessita ser reformado, com o escopo de torná-lo mais simplificado e menos oneroso, pautando-se na isonomia tributária, de modo a não ensejar desigualdades socioeconômicas.

Tributação sobre a renda como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e fonte de custeio para os direitos fundamentais

Inicialmente, é importante reiterar que o Sistema Tributário Brasileiro é alvo de duras críticas tecidas, em decorrência da sua onerosidade, regressividade e complexidade operacional, que restaram demonstradas anteriormente.

O presente capítulo objetiva apresentar uma proposta de sistema de tributação que atue como instrumento de desenvolvimento socioeconômico, através da implantação de um cenário mais receptivo e consonante com as políticas desenvolvimentistas. Tal modelo de tributação, além de atuar como instrumento de desenvolvimento, deve prezar pela isonomia tributária, eliminando as desigualdades existentes atualmente.

A proposta consiste na criação de um Sistema Tributário dotado das seguintes características: a) Recolhimento de tributo único; b) Tributação voltada sobre a renda; c) Concessão de benefícios para setores imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico e ao bem-estar social, nos termos de um Plano de Metas governamental.

Passemos a discorrer sobre as características anteriormente apresentadas.

A primeira característica da proposta consiste na implantação de um sistema de tributação com recolhimento unificado que objetive a redução da complexidade operacional.

Atualmente, o Sistema Tributário Nacional, é dotado de alto grau de complexidade, haja vista que cada ente federativo é detentor de competência para instituição de tributos, nos termos preceituados pela Constituição Federal.

A repartição das competências tributárias entre os entes federativos faz suscitar uma complexa “teia” de obrigações tributárias principais e acessórias, que tornam de sobremaneira complexa, a gestão de tributária cotidiana.

Desta maneira, objetivando simplificar o sistema de tributação e torná-lo mais receptivo, a presente proposta se pauta na criação de um tributo

único, similarmente utilizado em diversos países do mundo, sob a sigla IVA (Imposto sobre o Valor Agregado).

No Brasil, a Lei Complementar nº 123/2006, apresenta um Sistema de Recolhimento Simplificado e Unificado, denominado Simples Nacional. Tal regime de tributação, voltado às microempresas e empresas de pequeno porte, consiste no recolhimento unificado de diversos tributos em uma guia denominada DAS (Documento de Arrecadação do Simples Nacional). Uma vez efetuado o recolhimento, a União procede à partilha dos tributos para cada ente federativo, nos termos dispostos nos anexos de tributação da Lei Complementar nº 123/2006.

No âmbito empresarial, a presente proposta objetiva a implantação de um Sistema Tributário similar ao Simples Nacional para as empresas de maior porte. Através do referido sistema de tributação as empresas passariam a efetuar o recolhimento de modo unificado, com a posterior partilha dos tributos aos entes federativos. Tal medida reduziria a complexidade operacional e, sobretudo, o custo de conformidade tributária.

A segunda característica da proposta consiste na implantação de um sistema de tributação voltado à renda.

Atualmente, o Sistema Tributário Brasileiro é calcado sobre o consumo. Tal característica faz emergir uma grande desigualdade tributária, ante à regressividade fiscal. A título exemplificativo, imaginemos uma operação de compra e venda de uma mercadoria, em que haja incidência de 18% (dezoito por cento), a título de ICMS. Independentemente da capacidade econômica do contribuinte, a aquisição da mercadoria carregará consigo a mesma carga tributária. Logo, tal exemplo deixa claro que o Sistema Tributário atual é regressivo e ensejador de desigualdade tributária.

Desta maneira, objetivando a implantação de um cenário mais justo, a presente proposta se pauta na criação de um Sistema Tributário voltado à renda, tanto para pessoas jurídicas quanto físicas.

A tributação concentrada/unificada sobre a renda, dotada de caráter progressivo se coaduna com o princípio da capacidade contributiva, haja vista que tal modelo objetiva tributar mais àqueles detentores de maiores rendimentos e desonerar àqueles menos favorecidos. Para tanto, se faz imprescindível estipulação de alíquotas que se elevam, nos termos do aumento da renda auferida.

Por derradeiro, a terceira característica da proposta consiste na implantação de um sistema de tributação que conceda benefícios para os setores imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico e ao bem-estar social, nos termos de um Plano de Metas governamental.

Como já mencionado anteriormente, o Sistema Tributário Nacional é alvo de severas críticas acerca da sua onerosidade, complexidade e regressividade. Tal cenário, não se coaduna com políticas desenvolvimentistas e enseja desigualdade tributária e social.

Objetivando a alteração do cenário anteriormente tecido, analisamos

anteriormente a implantação de um sistema de tributação com recolhimento unificado e pautado sobre a renda.

Todavia, para que o presente modelo de tributação seja considerado como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e como fonte de custeio aos direitos fundamentais, é imprescindível que haja a concessão de benefícios para setores imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico e ao bem-estar social, nos termos de um Plano de Metas gerido pelo Estado.

Em um primeiro momento, ao analisarmos a tributação sob o prisma desenvolvimentista, se faz imprescindível que alguns setores sejam desonerados ou beneficiados, nos termos de uma Plano de Metas gerenciado pelo Estado. A título exemplificativo, podemos citar os setores de exportação, infraestrutura e alta tecnologia.

De outro lado, a tributação concebida sob o olhar desenvolvimentista também deve beneficiar setores que atendam às necessidades básicas da população, tais como habitação, saneamento, educação e saúde. Ademais, conforme citado anteriormente por Novais e Nabais, vale lembrar que o exercício dos direitos fundamentais possui custos que são suportados pelos tributos arrecadados.

Neste sentido, é possível concluir que um sistema de tributação voltado sobre a renda, de recolhimento unificado e que conceda benefícios a determinados setores imprescindíveis ao desenvolvimento e ao bem estar social, deve ser considerado como um instrumento desenvolvimentista e como fonte de custeio aos direitos fundamentais.

Conclusão

O objetivo central do presente trabalho se pauta na demonstração de que a tributação unificada sobre a renda deve ser considerada como um instrumento de desenvolvimento socioeconômico, bem como fonte de custeio para os direitos fundamentais.

Nesse passo, o presente trabalho, sob o enfoque Schumpeteriano, demonstra que a Política Industrial deve ser utilizada como estratégia para o desenvolvimento socioeconômico. Desta maneira, diversas variáveis se fazem presentes para o sucesso da implantação e operacionalização da referida política, dentre elas, a questão tributária ou fiscal.

Todavia, o Sistema Tributário Nacional sempre foi alvo de duras críticas, ante à sua complexa operacionalização, regressividade e onerosidade, que não se coaduna com a implantação e operacionalização de uma Política Industrial que objetive o desenvolvimento socioeconômico.

De outro lado, é importante salientar que o Sistema Tributário não pode ser concebido somente com o escopo desenvolvimentista, haja vista que o mesmo deve ser pautado em uma tributação consonante com a capacidade econômica do contribuinte e que atue como fonte de custeio ao exercício e proteção dos direitos fundamentais.

Vale frisar que todos os direitos fundamentais possuem deveres e custos financeiros públicos essenciais ao seu exercício e proteção suportados principalmente pelos tributos arrecadados pelo Estado.

Todavia, como mencionado anteriormente, o Sistema Tributário Brasileiro é conhecido pela sua alta complexidade, onerosidade e regressividade. Desta maneira, tal Sistema carece de uma reforma estrutural que não objetive somente a simplificação. Simplificar a tributação é louvável, mas não é o ponto fulcral. Como já dito anteriormente, os holofotes dos projetos de reforma tributária estão voltados à tributação sobre o consumo.

Nesse passo, o presente trabalho apresenta uma proposta de sistema de tributação que atue como instrumento de desenvolvimento socioeconômico, através da implantação de um cenário mais receptivo e consonante com as políticas desenvolvimentistas. Tal modelo de tributação, além de atuar como instrumento de desenvolvimento, deve prezar pela isonomia tributária, eliminando as desigualdades existentes atualmente.

Tal proposta consiste na criação de uma tributação unificada sobre a renda que conceda benefícios para setores imprescindíveis ao desenvolvimento socioeconômico e ao bem-estar social, nos termos de um Plano de Metas gerido pelo Estado.

Logo, é possível concluir que tal modelo de tributação deve ser considerado como instrumento de desenvolvimento socioeconômico e de fonte de custeio para os direitos fundamentais, pois a unificação tributária enseja simplificação operacional e a tributação concentrada sobre a renda denota observância à capacidade contributiva.

Referências

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1992.

ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de Incidência Tributária**. São Paulo: Malheiros, 1992.

BERCOVICI, Gilberto. **Reformas de Base e Superação do Subdesenvolvimento**. Cadernos de Pós-Graduação em Direito: estudos e documentos de trabalho, v. 27, p. 4-20, 2014.

_____. **Política Econômica e Direito Econômico**. Revista Fórum de Direito Econômico e Financeiro, v. 1, p. 199-219, 2012.

_____. **O Estado Desenvolvimentista e Seus Impasses: Uma Análise do Caso Brasileiro**. Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, v. XLVII, p. 149-180, 2004.

_____. **Constituição Econômica e Desenvolvimento**. Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba - PR, v. 5, p. 203-219, 2004.

_____. **Direito Econômico e Desenvolvimento: O Papel de Juscelino Kubitschek**. In: Tarcísio Henriques Filho; Davi Augusto Santana de Lelis; Elpídio Paiva Luz Segundo; Fabiano Gomes de Oliveira. (Org.). **Direito Econômico: Estudos em Homenagem ao Professor Giovani Clark**. 1ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido,

2015, v., p. 399-417.

_____. **Celso Furtado e a Necessidade de uma Política Nacional de Desenvolvimento Regional**. In: Gilberto Bercovici; João Sicsú; Renan Aguiar. (Org.). *Utopias para Reconstruir o Brasil*. 1ed. São Paulo: Quartier Latin, 2020, v. , p. 167-194.

BORGES, José Souto Maior. **Obrigação Tributária - Uma Introdução Metodológica**. 2. ed. São Paulo, Editora Saraiva, 1999.

BRASIL. Programa de Metas do Presidente Juscelino Kubitschek. Rio de Janeiro, Serviço de Documentação da Presidência da República, 1958.

CANO, Wilson. **A Desindustrialização no Brasil**. *Economia e Sociedade*, vol 21, dezembro de 2012, pp. 831-851.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de direito constitucional tributário**. 27. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

_____. **Direito Tributário- Fundamentos Jurídicos da Incidência**. Ed. Saraiva, São Paulo, 2010

DENARI, Zelmo. **Curso de Direito Tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

GADELHA, Carlos Augusto Grabois. **Política Industrial: Uma Visão Neo-Schumpeteriana Sistêmica e Estrutural**. *Revista de Economia Política*, vol. 21, nº 4, outubro/dezembro de 2001, pp. 149-171.

_____. A nova ortodoxia do desenvolvimento: uma crítica do debate em torno da visão do Banco Mundial e elementos para uma abordagem alternativa neo-schumpeteriana. *Revista de Economia Política (Impresso)*, v. 18, p. 1-19, 1998.

_____. **A Dimensão Social e a Dimensão Econômica do Desenvolvimento**. In: José E. Cassiolato, Maria Gabriela Podcameni, Maria Clara C. Soares. (Org.). *Sustentabilidade socio-ambiental em um contexto de crise*. 1ed. Rio de Janeiro: e-papers, 2015, v. 1, p. 345-364.

NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. E.Pública: *Revista Eletrônica de Direito Público*. v. 1, 2014. In. <file:///C:/Users/Usuario/Desktop/Artigo%20A%20face%20oculta%20%20...%20Casalta%20Nabais.pdf>.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SCHUMPETER, Joseph A. (1911). **A Teoria do Desenvolvimento Econômico**. São Paulo: Abril Cultural, 1982.

_____. (1946). **Capitalismo, Socialismo e Democracia John Maynard Keynes: 1883-1946**. *American Economic Review*, v. XXXVI, n. 4, p. 495-518, September

SUZIGAN, Wilson; FURTADO, João. **Política Industrial e Desenvolvimento**, *Revista de Economia Política*, vol. 26, nº 2, abril/junho de 2006, pp. 163-185.

WARDE Júnior, Walfrido Jorge; BERCOVICI, Gilberto; SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Um Plano de Ação para o Salvamento do Projeto Nacional de Infraestrutura**. 1. ed. São Paulo: Contracorrente, 2015. v. 1. 112p.

POBREZA MENSTRUAL: O SILENCIOSO EFEITO SOBRE OS CORPOS FEMININOS DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA A SER APLICADO NOS SISTEMAS TRIBUTÁRIOS¹

Melina Coelho Garcia

Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC). Fundadora da ONG “Projeto Deixa Fluir”, de combate à pobreza menstrual.

Resumo:

A pobreza menstrual apresenta múltiplas formas de expressão e causas. Desse modo, a presente pesquisa tem por objeto a compreensão dessa situação como violação ao princípio da isonomia aplicado à tributação. Para investigar o apontado fenômeno, recorre-se à análise qualitativa de políticas fiscais de redução de impostos sobre produtos menstruais e dos resultados por elas produzidos. A metodologia, com base nos objetivos descritos, é de ordem exploratória e explicativa. Quanto às fontes adotadas, é bibliográfica e documental. Diante do analisado, observa-se o espaço que os impostos incidentes sobre produtos menstruais ocupam, exclusivamente, no orçamento de pessoas que menstruam, evidenciando o não cumprimento do princípio da isonomia. Por outro lado, uma vez reduzidos os impostos, não obrigatoriamente é facilitado o acesso a produtos de higiene menstrual, permitindo-se concluir que a pobreza menstrual é fenômeno complexo e multifacetado, devendo ser abordado holisticamente.

Palavras-chave: Pobreza menstrual; Direito tributário; Igualdade de gênero; Direitos sexuais e reprodutivos.

Introdução

Na formação das sociedades, distintas relações de poder foram estabelecidas, criando-se situações de desigualdade e de domínio de certos grupos por outros. Essa observação pode ser feita ao comparar-se os papéis atribuídos a homens e mulheres na cultura ocidental, em que as mulheres situaram-se, por muito tempo, em uma posição de inferioridade amparada, inclusive, pelo

¹ O presente artigo foi escrito sob a orientação do Professor Doutor Emmanuel Teófilo Furtado Filho, professor da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará.

Estado.

Atualmente, a igualdade entre homens e mulheres é norma de ordem constitucional em distintas jurisdições, no entanto, não se pode ignorar que as relações sociais sofrem influência daquilo que se entende por “gênero”, o qual é capaz de dotar certos indivíduos de um poder simbólico que aparenta ser construído com base nas diferenças biológicas, mas que se origina das relações de poder criadas socialmente. Diante disso, o desnivelamento quanto a quem detém o poder influencia na criação de diversas situações e problemáticas que inserem as mulheres em maior situação de vulnerabilidade, sendo a pobreza menstrual, objeto deste artigo, apenas uma delas.

A pobreza menstrual, compreendida como o acesso limitado aos múltiplos fatores que permitem a vivência digna e natural da menstruação, como fenômeno complexo que é, violando uma série de direitos tidos por fundamentais nos atuais Estados Democráticos de Direito, apresenta distintas origens, efeitos e caminhos para que seja combatida.

Nesse contexto, o presente trabalho tem por objetivo compreender de que modo a pobreza menstrual se manifesta como um dos efeitos extrafiscais de políticas de tributação que desconsideram as especificidades de cada grupo da sociedade, bem como suas necessidades, criando-se, dessa forma, um custo adicional apenas suportado por aqueles que menstruam, em uma completa violação ao princípio da isonomia tributária, que é base para o sistema tributário dos países influenciados pelo novo constitucionalismo.

Isto posto, observa-se a adoção, por muitas nações, de políticas fiscais de redução ou completa isenção de tributação sobre produtos menstruais, com vistas a permitir o mais amplo acesso a esses itens pela população que menstrua. Nesse sentido, a segunda finalidade deste trabalho consiste em questionar se, de fato, tais medidas se apresentam como efetivas diante dos objetivos a que se propõem.

Para realizar a investigação proposta, a pesquisa é de ordem pura, baseando-se na leitura de artigos científicos e doutrina especializada no princípio da isonomia tributária como marco teórico. Ademais, a metodologia é bibliográfica e documental, recorrendo-se a documentos de análise qualitativa das políticas fiscais de redução tributária sobre produtos menstruais adotadas no Quênia e Austrália, de modo comparativo.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é descritiva, na medida em que visa a demonstrar de que modo a pobreza menstrual se manifesta como uma das formas de violação à isonomia tributária, bem como exploratória, ao analisar-se as políticas fiscais adotadas no Quênia e na Austrália, assim como os efeitos por elas produzidos no combate à pobreza menstrual.

1 O princípio da isonomia tributária sob uma perspectiva de gênero

A igualdade entre os indivíduos, para além de mera abstração moral, é

norma expressamente contida em diversas constituições influenciadas pelo neoconstitucionalismo (SILVA; WRIGHT, 2015), incluindo-se a Constituição Brasileira de 1988, a qual prevê, em seu artigo 5º, que todos são iguais perante a lei, conferindo especial destaque à igualdade entre homens e mulheres, contidas no primeiro inciso do artigo.

Não se pode, no entanto, compreender, erroneamente, que a igualdade firmada pelo constituinte limita-se, como determina o *caput* do artigo 5º da Constituição Brasileira, à mera igualdade “perante a lei”. Ao irradiar o princípio da igualdade para diversos dispositivos da Constituição e, posteriormente, expressá-la na legislação infraconstitucional, o legislador e o constituinte brasileiros visaram ao estabelecimento jurídico da igualdade material, mais abrangente que a formal, objetivando a equidade entre os indivíduos, considerando-se suas diferenças de fato no mundo real (GOMES, 2000).

Nesse aspecto, a igualdade entre homens e mulheres, para além de determinar a proibição da edição de leis que discriminem um ou outro com base no sexo, limitando o exercício de direitos, afirma ainda o dever do Estado de adotar políticas que objetivem a reduzir a desigualdade historicamente estabelecida entre homens e mulheres, oriunda de anos de uma cultura patriarcal em que cidadãos do sexo feminino não tinham seus direitos reconhecidos (SILVA; WRIGHT, 2015).

Considera-se, portanto, que as diferenças entre homens e mulheres, para além de meras diferenças entre sexos biológicos, são reflexos de relações de poder, o que permite, portanto, que a História e o Direito, ambas ciências sociais, sejam compreendidos a partir da categoria analítica de gênero, o qual é definido por Scott (1990) como elemento influenciador na construção das relações sociais.

Compreendido esse caráter “material” do princípio da igualdade, impende observar que sua presença se difunde por diversas previsões de ordem constitucional, destacando-se, para os fins deste trabalho, o princípio da isonomia tributária como um de seus aspectos.

A tributação, ainda que, primordialmente, seja fonte dos recursos do Estado e demais entes federativos, também se revela, em sua construção e conformação jurídica, potencial instrumento de redução das desigualdades e fomentador da isonomia, a partir dos efeitos extrafiscais que pode vir a produzir (MACHADO SEGUNDO, 2018). Como simples exemplo que pode ser extraído da ordem jurídica brasileira, tem-se o estabelecimento de um regime tributário distinto para as pequenas e microempresas, que gozam de tratamento diferenciado, como um estímulo ao empreendedorismo.

Ademais, reitera-se que o princípio da isonomia tributária encontra-se expressamente previsto no texto constitucional de 1988, em seu artigo 150, no qual se lê a proibição de o ente federativo instituir tratamento desigual aos contribuintes que se encontrem em situação equivalente. Nesse sentido, ao firmar a proibição de tratamento desigual a contribuintes “em situação equivalente”, o constituinte mais uma vez considerou que situações não equiva-

lentes existirão, permitindo-se, portanto, um tratamento diferenciado (GOMES, 2000).

Desse modo, a tributação e, mais precisamente, a isonomia tributária, como objetos de discussão e análise jurídica, igualmente podem ser investigadas a partir da utilização do gênero como categoria analítica, isto é, considerando as relações sociais que dotam mulheres e homens de poderes simbólicos distintos, estando as cidadãs em uma situação de maior vulnerabilidade, sendo, portanto, do escopo da isonomia tributária fomentar a redução dessa desigualdade.

O que se observa, no entanto, é a inobservância da isonomia tributária a partir dos efeitos extrafiscais produzidos por sistemas de tributação que desconsideram as individualidades e necessidades distintas de homens e mulheres. Dentre os vários exemplos em que essa inobservância se manifesta, o presente trabalho pretende discutir a pobreza menstrual como potencial violação à isonomia tributária, na medida em que produz custos diferenciados para mulheres e homens, criando uma situação de desigualdade no acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação, trabalho e dignidade.

2 A pobreza menstrual como efeito extrafiscal da tributação em contradição à isonomia tributária

Primeiramente, para que se possa compreender em que medida a pobreza menstrual se revela um efeito extrafiscal da tributação, que desconsidera as diferenças entre homens e mulheres, fomentando a violação à isonomia tributária, impende determinar no que consiste esse fenômeno.

A pobreza menstrual ou, ainda, precariedade menstrual, consiste na falta de acesso ou acesso limitado a produtos de saúde menstrual, tais como absorventes, coletores e discos menstruais, bem como à água limpa e potável e a espaços privados e seguros para realizar a higiene menstrual, além de educação quanto aos direitos sexuais e reprodutivos (UNICEF, 2019). Desse modo, limitando o acesso das mulheres que menstruam aos itens e fatores descritos, restringe-se o exercício de direitos fundamentais básicos, a serem garantidos pelo Estado Democrático de Direito: o direito à saúde, à dignidade, à liberdade de ir e vir, à educação e à liberdade sexual e reprodutiva (ROSSOW; ROSS, 2021).

Entende-se, portanto, que a pobreza menstrual é mais um dos resultados das relações de poder construídas tendo o gênero como base estrutural, isto é, considerando os tabus que por muito tempo proibiram a discussão acerca da menstruação, esse processo, natural para todas as mulheres saudáveis por cerca de quarenta anos de suas vidas, tornou-se mais um dos demarcadores das diferenças entre homens e mulheres nas sociedades.

Uma vez que se trata de um fenômeno complexo, a pobreza menstrual apresenta diversas origens, sendo consideravelmente influenciada pela feminização da pobreza que se observa mundialmente (UNICEF; 2019). Diante

disso, a maior presença de mulheres em atividades informais, ou mesmo no exercício de serviços domésticos não remunerados, intensifica a insuficiência de renda dessa população, que se manifesta, inclusive, na limitação do acesso a itens de saúde menstrual (SOUZA; VERA, 2010).

Parte dessa inacessibilidade aos itens de higiene menstrual resulta da elevada incidência de tributos sobre esses materiais, que, no Brasil, por exemplo, representavam cerca de 27,5% de seu valor em 2020 (REFORMA, 2020). Consequentemente, a combinação da feminização da pobreza com o elevado valor a ser pago sobre os produtos menstruais limita o acesso a esses itens por aqueles que já estão expostos a situações de vulnerabilidade socioeconômica, em um risco à verdadeira efetivação de direitos como à dignidade humana, à saúde, à liberdade de ir e vir e à liberdade e segurança sexual e reprodutiva.

Entende-se, portanto, que ao instituir uma política tributária que desconsidera as individualidades femininas e as necessidades específicas dessa parcela da população, o ente tributante caminha na contramão do princípio da isonomia tributária nos moldes que deve ser interpretado, isto é, como mecanismo de garantia da igualdade material e instrumento de combate e redução das desigualdades (MACHADO SEGUNDO, 2018).

Nesse cenário, itens de higiene menstrual revelam-se artigos de luxo, enquanto que a pobreza menstrual torna-se realidade para a população que, diante de outras necessidades vitais, não pode obtê-los. Desse modo, entende-se que a tributação, uma vez pensada a partir da lógica do “neutro”, que é homem, heterossexual, branco e de classe média (BIROLI; MIGUEL, 2014), ou seja, sem considerar as distintas necessidades de cada parcela da população, mas amparada em um arquétipo que representaria o conjunto de todos os contribuintes, alimenta, em seus efeitos extrafiscais, situações de vulnerabilidade, como a pobreza menstrual, que se manifesta na restrição ao exercício de direitos fundamentais.

Como estratégia de reverter esse quadro e garantir o acesso a itens básicos de higiene menstrual, diversos países já adotaram ou discutem a adoção de políticas fiscais em que a incidência de tributos sobre esses produtos é eliminada ou consideravelmente reduzida. No entanto, apesar de difundir-se rapidamente por diversas jurisdições, os questionamentos acerca da efetividade dessas políticas são numerosos. Isto posto, a próxima seção tem por objetivo a análise da adoção dessa estratégia em três países, bem como dos efeitos que vieram a produzir para os contribuintes no acesso à dignidade menstrual.

3 A isenção de tributação como resposta à pobreza menstrual? Análise de políticas fiscais e seus efeitos

A adoção de políticas fiscais cujo objetivo final é proporcionar o amplo acesso a itens de higiene menstrual é medida já adotada em diversos países pelo mundo, desde nações ricas e desenvolvidas, como a Alemanha, até países com elevados índices de pobreza e desigualdade social, como a Nigéria (ROS-

SOUW; ROSS, 2021), estando ainda em discussão em outras nações, como o Brasil (REFORMA, 2020).

Em comum, todas essas políticas partilham do escopo fundamental de permitir mais acesso de mulheres que menstruam a itens como absorventes menstruais, coletores menstruais e discos, a partir da redução ou completa isenção da carga tributária incidente sobre esses itens. Entende-se, portanto, que com a redução no preço desses produtos, sua mais fácil e menos onerosa aquisição poderia ser garantida a um maior número de indivíduos.

No entanto, ao analisar-se a adoção de semelhantes políticas, urge observar as circunstâncias que envolvem seu estabelecimento e execução em cada país, considerando-se as diferenças culturais, econômicas, comerciais e sociais encontradas, sob o risco de, não o fazendo, chegar-se a conclusões generalizantes que não consideram as especificidades de cada nação.

De modo a evitar, portanto, conclusões errôneas, analisa-se, de um lado, a isenção da tributação sobre produtos menstruais na Austrália e, do outro lado, a redução sobre os mesmos produtos a partir de políticas fiscais no Quênia, bem como os efeitos que produziram e estão a produzir sobre a pobreza menstrual.

No exemplo australiano, o país estabeleceu, em 2019, a isenção da incidência do imposto sobre bens e vendas sobre produtos que permitem a gestão higiênica da menstruação, tais como absorventes, coletores menstruais, discos, tampões, calcinhas menstruais, bem como englobando ainda outros produtos especialmente destinados à absorção de fluidos. A determinação, portanto, permite que uma ampla gama de produtos seja incluída na política fiscal, permitindo-se a vivência dos ciclos do modo mais confortável e seguro à pessoa que menstrua (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Já no Quênia, a existência de políticas de redução de impostos sobre produtos menstruais data ainda de 2004, quando se removeu a incidência de impostos sobre valor agregado sobre absorventes e tampões, seguindo-se ainda da remoção do imposto sobre produtos finais em 2011 e, por último, da remoção do imposto sobre importação de matéria prima destinada à fabricação destes produtos, esperando-se, ao fim, uma redução de até 16% no preço final dos absorventes comercializados nacionalmente (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Como observado, em ambos países o objetivo principal é o mesmo: a redução no preço dos produtos menstruais a partir da remoção, parcial ou total, da carga de tributos neles incidentes. Os efeitos, todavia, em decorrência das diferenças acima descritas, não se revelaram os mesmos.

Ao ser estabelecida, a medida australiana visava a uma redução de até 9,1% nos preços finais dos produtos, a qual foi alcançada, com a colaboração e transparência, ainda, dos fornecedores desses produtos, os quais, em parte, informavam os consumidores da redução do preço como resultado a isenção adotada (ROSSOUW; ROSS, 2021). Permitiu-se, portanto, alcance do objetivo principal da política, ou seja, a redução dos preços dos produtos mens-

truais.

Por outro lado, quando se observa os resultados alcançados no Quênia com estratégias semelhantes, o cenário é distinto, de modo que em 2016, após três medidas de redução tributária sobre produtos menstruais adotadas pelo Estado, 65% das mulheres e meninas quenianas ainda não podiam adquiri-los (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Para compreender-se essa realidade de resultados diferentes, cujos contrastes se repetem ao comparar-se medidas, de um lado, adotada nos Estados Unidos e Alemanha e, do outro, em Bangladesh e na Tanzânia, há de se observar a atuação ou ausência de atuação de múltiplos atores que influenciam na verdadeira efetivação da redução dos preços dos produtos menstruais e seu repasse para a população.

Em primeiro lugar, observou-se que em lugares cujas autoridades fiscalizadoras não possuem amplos poderes de atuação, como no Quênia, os produtores e importadores de produtos menstruais tendiam a se beneficiar das políticas de reajuste tributário sem repassar as isenções para o preço final pago pelo consumidor, aumentando, portanto, sua margem de lucro diante do mesmo valor a ser cobrado. Por outro lado, na Austrália, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) atuou de forma ativa para garantir o repasse da política para o consumidor final, de modo que apenas poucos fornecedores tentaram utilizar-se da medida para ampliar suas margens de lucro, sendo posteriormente penalizados pelas autoridades e pela opinião pública, concentrada em fiscalizar a efetivação da medida (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Ademais, a ausência de concorrência no mercado de produtos menstruais pode revelar-se mais um fator a impedir a efetiva redução dos preços. Se, por um lado, a competitividade é garantida e estimulada na Austrália, sendo efetivada ainda por uma autoridade de defesa da concorrência, no Quênia a pouca quantidade de produtores de produtos menstruais locais viu-se prejudicada com a redução dos impostos sobre produtos importados, de modo que observou-se um aumento na importação para o país, elevando-se a taxa de desemprego como resultado do esvaziamento da produção nacional, tendendo a atingir mais expressivamente as mulheres empregadas no setor (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Por último, não se pode ignorar que as políticas de redução tributária sobre produtos menstruais se, de um lado, reduzem ou pretendem reduzir o custo na obtenção desses produtos, por outro não auxiliam, por óbvio, a aumentar a renda de mulheres que vivem na extrema pobreza. Essa realidade é mais expressiva em países com elevado número de pessoas inseridas nessa condição, tais como Quênia, Nigéria e África do Sul, onde mesmo na adoção das estratégias descritas, o acesso a produtos que garantam a menstruação digna permanece limitado como resultado da intensa pobreza que atinge a população, sendo a mera redução de tributos uma medida insuficiente para sanar a pobreza menstrual (ROSSOUW; ROSS, 2021).

Desse modo, por um lado, ainda que se mostrem como um dos passos fundamentais para permitir o mais amplo acesso a produtos menstruais, políticas de redução tributária sobre esses produtos não podem ser compreendidas como a solução para a pobreza menstrual, mas apenas como um dos pilares para se atingir a efetiva garantia de dignidade menstrual a todas as mulheres e meninas.

Por outro lado, entende-se que as referidas políticas, ainda que falhas, a depender do contexto em que são aplicadas, são de fundamental importância para a aplicação do princípio da isonomia tributária, ao retirar um custo extraordinário aplicado sobre o orçamento feminino, o qual não é igualmente dividido com a população que não menstrua, criando-se mais um critério de agravamento da desigualdade material (REFORMA, 2020).

Nesse sentido, as políticas fiscais de redução de impostos sobre produtos menstruais são dotadas de ampla carga principiológica, ao permitir que a tributação exerça seu papel extrafiscal de redução das desigualdades (MACHADO SEGUNDO, 2018). Contudo, sua aplicação deve vir acompanhada de uma compreensão holística da sociedade, economia, cultura e mercado, de modo que distintas estratégias sejam pensadas para o efetivo combate da pobreza menstrual, tais como o fortalecimento de autoridades fiscalizadoras dos direitos dos consumidores e da concorrência, a distribuição de absorventes gratuitamente para a população de baixa renda, como já ocorre na Escócia (ROSSOUW; ROSS, 2021), e o incentivo governamental a produtores locais de absorventes.

Dessa forma, a pobreza menstrual, tal como situação complexa que é, possuindo múltiplas origens, demanda, igualmente, diferentes abordagens, as quais devem ser amplamente discutidas e acompanhadas pela sociedade em sua execução.

Conclusão

O princípio da igualdade é base do Estado Democrático de Direito e transcende seus efeitos da mera igualdade perante a lei para atingir outras atribuições do Estado, como o poder de instituir e cobrar tributos, a partir da isonomia tributária, que, para além de proibir o tratamento desigual entre iguais, visa à redução das desigualdades historicamente construídas.

Nesse cenário, as relações entre homens e mulheres também devem ser objeto do princípio da igualdade e, mais especificamente, da isonomia tributária, a partir de mecanismos que permitam o exercício da igualdade material entre todos e todas, criando-se condições para que as relações de poder simbólico construídas ao longo do tempo sejam subvertidas e a equivalência de oportunidades seja garantida para ambos os sexos.

O que se observa, no entanto, como demonstrado neste trabalho, é a completa violação da isonomia tributária que se manifesta a partir dos efeitos extrafiscais da tributação sobre produtos menstruais, favorecendo a intensifi-

cação do fenômeno da pobreza menstrual, situação que atinge mulheres que são privadas de viver sua menstruação com dignidade ao não poderem, dentre outros fatores, adquirirem produtos menstruais tributados com elevada carga de impostos, surgindo, dessa forma, um custo extraordinário que atinge as menstruantes exclusivamente em comparação àqueles que não menstruam.

Diante disso, já são muitos os países que adotam políticas fiscais de redução tributária sobre esses produtos, com o principal objetivo de reduzir o valor final repassado aos consumidores. Todavia, da mesma forma que a pobreza menstrual não é fenômeno simples, mas complexo e multifacetado, sua resposta não pode derivar de apenas uma única medida.

Nesse sentido, observou-se que os efeitos das políticas fiscais supracitadas variam conforme o país que as adotam, dependendo consideravelmente de outros fatores que ultrapassam o mero poder de tributar ou não tributar, atingindo a capacidade de fiscalização e garantia dos direitos dos consumidores e da concorrência, a pobreza extrema, que não permite o acesso aos produtos mesmo com seu valor reduzido, e a pressão, da população, para que demais medidas sejam adotadas para o combate à pobreza menstrual.

Contudo, não se pode descartar a importância de políticas tributárias de combate à pobreza menstrual. Em primeiro lugar, as apontadas medidas são fundamentais para a aplicação da isonomia tributária pelo Estado, ao considerar as diferentes necessidades e interesses de cada grupo populacional e não, meramente, estabelecer tratamentos tributários generalizantes que desconsideram as especificidades de homens e mulheres.

Em segundo lugar, as referidas políticas, se acompanhadas de outras medidas de fiscalização sobre os fornecedores, garantia da concorrência, incentivo à produção doméstica e pressão dos consumidores pelo cumprimento do objetivo final da estratégia, de fato permitem uma redução nos valores dos produtos menstruais, como observado na Austrália, Estados Unidos e Alemanha, favorecendo-se, portanto, mais amplo acesso a esses itens.

Por último, a medida deve ser compreendida como apenas mais uma a ser adotada no combate à pobreza menstrual, sendo importante oportunidade para iniciar o diálogo sobre outras políticas que visem à garantia da dignidade da menstruação, como ocorre na distribuição universal e gratuita de absorventes adotada na Escócia e nas discussões sobre distribuição desses itens em espaços públicos no Brasil. Desse modo, a pobreza menstrual e a menstruação abandonam parte dos tabus e restrições culturais que inibiram, por muito tempo, sua discussão pública, tornando o espaço da política um meio aberto para se proporem medidas que assegurem o exercício dos direitos fundamentais daqueles que menstruam, sem que a menstruação seja uma limitação.

Referências

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e Política**: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014.

GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. **Instrumentos e métodos de mitigação da desigualdade em direito constitucional e internacional**. [S.l.; s.n.], 2000.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Tributação e redução das desigualdades. **RJLB**, [S. l.], v. 4, n. 6, p. 105-146, 2018.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

REFORMA tributária e desigualdade de gênero: contextualização e propostas. Tributação e Gênero. Núcleo de Direito Tributário do Mestrado Profissional da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV), 2020. Disponível em: <https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/12/reforma-e-gecc82nero-final-2.pdf?x65737>. Acesso em: 15 ago. 2021.

ROSSOUW, Laura; ROSS, Hana. **Understanding Period Poverty**: socio-economic inequalities in menstrual hygiene management in eight low- and middle-income countries. *International Journal Of Environmental Research And Public Health*, [S.L.], v. 18, n. 5, p. 2571-2584, 4 mar. 2021. MDPI AG. <http://dx.doi.org/10.3390/ijerph18052571>.

SCOTT, Joan W. Gênero: uma categoria útil de análise. **Educação e Realidade**, Porto Alegre, v. 2, n. 16, p. 5-22, 1990.

SILVA, Salete Maria da; WRIGHT, Sonia Jay. As mulheres e o novo constitucionalismo: uma narrativa feminista sobre a experiência brasileira. **Revista Brasileira de História do Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 2, p. 170–190, jul./dez. 2015.

SOUZA, Luísa Cardoso Guedes de; VERA, Flávia Santinoni. Orçamento da União: instrumento para a igualdade de gênero e para o desenvolvimento. *In: Fernando Boarato Meneguim. (Org). Agenda Legislativa para o Desenvolvimento Nacional*. Brasília: Senado Federal - Subsecretaria de Edições Técnicas, 2010, v. 1, p. 393-410.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND (UNICEF). **Guidance on menstrual health and hygiene**. New York: Programme division/WASH, 2019.

A IMPORTÂNCIA DA ESCOLA NA INTEGRAÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES MIGRANTES OU REFUGIADOS

Mirella Fiorença da Silva Manenti

Estudante de Mestrado em Direito e Ciências Jurídicas, especialização em Direitos Fundamentais, pela Universidade de Lisboa; Graduada em Direito, pelo Centro Universitário de Curitiba; Funcionária Pública no Ministério Público do Estado do Paraná.

Resumo:

O objetivo do presente estudo é enfatizar a importância do papel da escola no processo de integração de crianças e adolescentes migrantes ou refugiados. Para isso, primeiramente, será abordado a legislação voltada para a defesa de direitos educacionais desse público, destacando-se, para isso, as normativas internacionais e nacionais sobre o assunto, em especial o disposto na Constituição Federal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Estatuto da Criança e do Adolescente. Na sequência, serão citadas as principais dificuldades encontradas por esses alunos, como a língua, haja vista que muitos deles provêm de países que não utilizam o português como forma de comunicação nativa. Por fim, serão salientadas as estratégias disponíveis que podem ser empregadas pelas instituições de ensino a fim de se garantir a frequência desses alunos, dado que esse ambiente proporciona não apenas uma formação acadêmica, mas também possui relevante papel social.

Palavras-chave: Migrantes e refugiados; Legislação; Educação.

1 Introdução

Cada vez mais torna-se comum a veiculação de reportagens noticiando a chegada de milhares de migrantes e refugiados, geralmente em condições precárias de meio de transporte, apenas com as roupas que vestem, com o objetivo de reconstruir sua vida no novo país de acolhida.

Observa-se que, conforme será demonstrado, mais da metade desse público é composto por crianças e adolescentes, que muitas vezes não falam a língua do país em que se encontram, mas que, de alguma forma, serão inseridos nas instituições escolares e, futuramente, irão compor o mercado de trabalho.

Nesse contexto, o presente artigo pretende, primeiramente, relacionar algumas legislações aplicáveis no que diz respeito ao direito educacional desses alunos, principalmente no contexto brasileiro, como, por exemplo, na Constituição Federal, Estatuto da Criança e do Adolescente, Plano Nacional de Educação atualmente em vigor, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei de Migrações, Estatuto dos Refugiados.

Ademais, será pontuado o papel da escola diante dos desafios que se apresentam nessa trajetória, bem como algumas estratégias para que esse processo de integração seja viabilizado da forma melhor e menos abrupta forma possível.

2 Legislação educacional aplicável

O fenômeno migratório pode ser observado em diferentes intensidades no decorrer das gerações, contudo, nos últimos anos, em decorrência do aumento de conflitos armados, catástrofes naturais, instalação de regimes totalitários, houve um considerável agravamento.

Segundo relatório da ACNUR (2021a), “pelo menos 82,4 milhões de pessoas ao redor do mundo foram forçadas a deixar suas casas. Entre elas, estão cerca de 26,4 milhões de refugiados, e quase metade deles tem menos de 18 anos”. Assim, “1 em cada 95 pessoas na Terra fugiram de suas casas por causa de conflitos e perseguições”.

Especificamente no Brasil, nos últimos dez anos, as nacionalidades com maior representatividade foram de venezuelanos (60%), haitianos (23%) e cubanos (5%). Vismbra-se que, apenas a Venezuela foi responsável por mais da metade dos pedidos, sendo a justificativa em mais de 90% dos processos de grave e generalizada violação de direitos humanos em seu país de origem (ACNUR, 2021b).

Pode-se inferir, portanto, que esse público pertence à população de extrema vulnerabilidade, haja vista que saem dos seus países muitas vezes sem documentos ou sem condições financeiras para se estabilizarem financeiramente e assim iniciar um novo capítulo da sua vida.

Além disso, conforme já mencionado, estima-se que cerca da metade são crianças ou adolescentes, ou seja, encontram-se ainda mais em perigo durante as travessias não apenas aos obstáculos que por si só já se apresentam, mas também como à exploração sexual, tráfico, e outras formas de violência.

Dessarte, nesse panorama, a educação é ferramenta fundamental nessa transição de morada, uma vez que a escola não apenas é responsável pelo papel didático, mas também social, uma vez que no seu âmbito podem ser detectadas uma série de negligências às quais as crianças ou adolescentes são/ foram expostos.

Antes de se adentrar especificamente nas legislações responsáveis por assegurar a educação dessa parcela, enfatiza-se que essa condição está prevista já no artigo 14 da Convenção Universal de Direitos Humanos.

De princípio, salienta-se que o Brasil dispõe de uma série de diplomas normativos que asseguram o direito à educação tanto ao nacional quando ao estrangeiro já na Magna Carta, norteador de todo o arcabouço jurídico, nos artigos 5º e 6º, bem como por ser subscritor da Convenção Relativa para o Estatuto dos Refugiados e do Protocolo Adicional de 1967.

Quanto a esse assunto, ainda, destaca-se que a nação se tornou o primeiro país na América do Sul a regulamentar a proteção dos refugiados por meio da Lei nº 9.474/97, concedendo proteção efetiva dos direitos humanos dos refugiados. Consigna-se que foi redigida com o ACNUR e com a sociedade civil, hoje sendo considerada pela própria ONU como umas das leis mais modernas, abrangentes e generosas do mundo (SANTOS, 2019, p. 19).

Além da Constituição Federal, encontra-se disposição semelhante em diversos outros estatutos brasileiros. O artigo 22 da Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, no qual enfatiza que o Estado deve adotar medidas necessárias para que as crianças refugiadas beneficiem de adequada proteção e assistência humanitária de forma a permitir o gozo dos direitos no aludido diploma.

Por sua vez, a Lei nº 8.069/1990, mais conhecida como o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelece nos seus artigos 4º e 5º que é dever da família, da comunidade, do poder público “assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação”, sendo que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

Detidamente na legislação educacional, primeiramente observa-se que a Lei nº 13.005/2014, intitulada Plano Nacional da Educacional, no seu artigo 7º, § 4º dispõe que haverá colaboração específica entre os entes federais “para a implementação de modalidades de educação escolar que necessitem considerar territórios étnico-educacionais e a utilização de estratégias que levem em conta as identidades e especificidades socioculturais e linguísticas de cada comunidade envolvida”.

Ademais, a Lei nº 9.394/1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional esclarece, em seus artigos 2º e 3º, que a educação terá por finalidade o pleno desenvolvimento do educando, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, sendo que esse ensino será ministrado com base em alguns princípios, dentre os quais os da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e consideração com a diversidade étnico-racial.

Já na Lei nº 9.474/1997, que define mecanismos para a implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951, em seus artigos 43º e 44º, propõe que a condição de refugiado deverá ser considerada no país de destino quando necessária a apresentação de documentos provenientes do seu país de origem, assim como devem ser facilitados os mecanismos para reconhecimento de di-

plomas e obtenção de residência, ingresso em instituições escolares.

Por fim, na Lei nº 13.445/2017, mais conhecida como a Lei de Migração, nota-se, nos seus artigos 3º e 4º, que a política migratória brasileira será regida por alguns princípios, dentre os quais o do acesso igualitário e livre do migrante a serviços, programas e benefícios sociais, educação, sendo-lhe assegurado, em igualdade ao nacional, o direito à educação pública, vedada a discriminação em razão da nacionalidade e da condição migratória.

Em vista do exposto, recentemente, o Conselho Nacional de Educação expediu a Resolução nº 1, de 13 de novembro de 2020, que objetivou garantir a matrícula de crianças e adolescentes migrantes, refugiados, apátridas e solicitantes de refúgio nas redes públicas de educação básica brasileiras, sem o requisito de documentação comprobatória de escolaridade anterior, nos termos do artigo 24, II, “c”, da Lei de Diretrizes e Bases nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e sem discriminação em razão de nacionalidade ou condição migratória.

Sendo assim, na ausência de documentação escolar que comprove a escolarização anterior, os estudantes do segundo ano do fundamental e do ensino médio serão submetidos aos procedimentos de avaliação para verificar o grau de desenvolvimento do estudante e sua inserção no nível e ano escolares adequados, enquanto que aqueles da educação infantil e primeiro ano fundamental levar-se-á em conta apenas o critério etário (artigos 2º e 3º).

Por fim, nota-se que o diploma normativo enfatiza ainda a importância no desenvolvimento de medidas para o acolhimento desses estudantes, como práticas que valorizem a cultura do estudante não-brasileira, políticas de prevenção ao *bullying* e não segregação (artigo 6º).

Dessa forma, depreende-se que o Brasil dispõe de vasto diploma normativo para assegurar a educação igualitária entre nacionais e não nacionais, contudo, conforme será visto na sequência, a previsão legal não obsta a existência de uma série de barreiras relacionadas com a falta da qualificação e infraestrutura do aparato de atendimento público brasileiro.

2.1 Desafios e estratégias para a melhoria do cenário

Estima-se que 48% das crianças refugiadas em idade escolar encontra-se fora das instituições de ensino. Especificamente sobre as fases de ensino realça-se:

Enquanto na escola primária (equivalente no Brasil ao ensino fundamental) a taxa de matrícula de crianças refugiadas é de 77%, apenas 31% dos jovens nesta população estão matriculados na escola secundária (equivalente ao ensino médio no Brasil). No ensino superior, apenas 3% dos jovens refugiados estão matriculados (ACNUR, 2020).

Inferre-se, assim, um completo descaso com a inserção dessa parcela de estudantes nas escolas, principalmente na fase de nível médio e superior. Se-

gundo a UNESCO, justifica-se essa disparidade em razão de barreiras como: limitação de número de vagas por conta da capacidade de atendimento, ausência de documentos de identidade ou históricos escolares exigidos para a matrícula, transporte e a distância respectiva, as interrupções na escolaridade, o currículo e a língua, a discriminação e o *bullying* (MOUMNÉ; SAKAI, 2019, p. 11).

Por conta disso, o mesmo órgão alerta que, “muitos adolescentes e/ou famílias, sob o estresse e a pressão da migração, priorizam os benefícios de curto prazo do casamento precoce, do trabalho doméstico (em casa ou outro lugar) ou das atividades assalariadas. Os jovens também podem ser pressionados a abandonar a escola para trabalhar” (MOUMNÉ; SAKAI, 2019, p. 11).

Outrossim, esse contexto desenha-se no que diz respeito aos venezuelanos no Brasil. Segundo o artigo “Integração de Venezuelanos Refugiados e Migrantes no Brasil”:

De acordo com o censo escolar de 2020, somente 37.700 ou 45% das crianças venezuelanas em idade escolar, estavam matriculadas na escola. A taxa bruta de matrícula no nível fundamental (da 1ª à 9ª série) é de cerca de 74% entre os venezuelanos, em comparação com a matrícula universal de brasileiros. No ensino médio, a taxa de matrícula é de 40% para os venezuelanos e mais de 80% para os brasileiros.

A análise dos dados sugere que o índice de evasão escolar entre o ensino fundamental e médio é maior entre os venezuelanos. Além disso, a maioria, cerca de 22.000 ou 60 por cento, está frequentando escolas em Roraima e no Amazonas, o que pode levar à superlotação das escolas nesses dois estados.

Em média, os venezuelanos tendem a ser mais velhos do que os brasileiros nas séries iniciais, da 1ª à 5ª série, sugerindo que a população refugiada e migrante têm maior probabilidade de frequentar classes e anos incompatíveis. Isso leva a crer que a dificuldade na validação de certificados e conhecimentos prévios dos alunos venezuelanos, somado à barreira do idioma, podem fazer com que esses refugiados e migrantes sejam matriculados em anos e séries inferiores. É essa prática que pode desmotivar os alunos venezuelanos com o aprendizado formal e inclusive aumentar o custo da educação para o país (UNCHR, 2021).

Na mesma lógica de maior incidência de evasão nos anos finais da educação básica reflete a imigração de mexicanos aos EUA, em que 40% desses que lá chegaram aos 7 anos de idade não completaram a educação secundária, comparado com 70% dos que lá chegaram aos 14 anos (UNESCO, 2018, p. 16).

Ocorre que, a ausência da educação, notadamente secundária, pode deixar esse público mais vulnerável ao trabalho infantil, à exploração e a problemas de comportamentos negativos, como drogas e pequenos crimes, associados à ociosidade e à desesperança, enquanto que para as meninas ainda agravava-se em virtude de casamentos e/ou gravidez precoce e exploração sexual (MOUMNÉ; SAKAI, 2019, p. 8-9).

Dessa forma, a escola, conforme já mencionado, é indispensável tanto para a formação acadêmica do estudante, a fim de que futuramente este jovem possa estar mais bem preparado para o mercado de trabalho na nova localidade, mas também como grande influenciador para a melhora de índices sociais.

Por outro lado, a educação também possui papel central na integração das crianças e adolescentes recém-chegados em um território desconhecido dado que, por meio do contato com colegas, apreende-se a língua local – para aqueles que não compartilham o mesmo idioma - constrói-se novos vínculos, possibilita, para aqueles em maior vulnerabilidade, uma rotina de alimentação, acompanhamento pela equipe de apoio pedagógico, ou seja, o suporte vai muito além do que apenas a oferta da educação obrigatória.

O apoio social da escola mostra-se indispensável principalmente quando se observa que as taxas de prevalência de transtornos de estresse pós-traumático entre esses estudantes variam de 10% a 25% em países de renda alta, e chegam a 75% em países de renda baixa e média. Quando não há acesso a serviços de saúde mental para crianças, a escola pode ser o único lugar onde esse tipo de ajuda está disponível (UNESCO, 2018, p. 26).

Todavia, para que a escola opere no seu máximo potencial como principal instituição no processo integrador de crianças ou adolescentes provenientes de outros países, algumas medidas devem ser adotadas para viabilizá-lo, as quais serão abaixo delineadas.

Em primeiro lugar, sem dúvida, é a oferta do ensino da língua do país de recebimento, uma vez que facilita o acesso aos serviços mais básicos como os assistenciais, de saúde, educação e promove a maior integração com os demais residentes.

Sobre esse quesito cita-se uma pesquisa com requerentes de asilo na Alemanha, realizada em 2016, em que se mostrou que 15% deles eram analfabetos, 34% eram alfabetizados em línguas do alfabeto latino, e 51% eram alfabetizados em outro alfabeto. Ou seja, apenas nessa realidade já contamos com mais da metade de requerentes alfabetizados de forma divergente do país de acolhida (UNESCO, 2018, p. 21).

Ressalta-se, além disso, a necessidade de ampliação de turnos para a oferta da escolaridade e mais educadores, preferencialmente treinados e que disponham de materiais de aprendizagem para dezenas ou mesmo centenas de milhares de recém-chegados que, conforme anteriormente mencionado, não falam a língua do país em que se encontram, e que já perderam, em média, de três a quatro anos de escolaridade (UNESCO, 2018, p. 9).

Sobre isso, anota-se que a matrícula de todas as crianças sírias na Turquia demandaria cerca de 80 mil novos docentes. Na Alemanha, são necessários 18 mil educadores e 24 mil docentes a mais. Já em Uganda precisa-se de 7 mil docentes primários extras para a educação de refugiados. (UNESCO, 2018, p. 26).

Nessa medida, a contratação de mais professores, sua respectiva qualifi-

cação para o trabalho com crianças ou adolescentes migrantes ou refugiados, contando com materiais específicos para o auxílio durante o ensino, são medidas primordiais para esse processo de aprendizagem e integração.

Por seu turno, programas para a primeira infância, programas de apoio linguístico e políticas relativas à transmissão, à seleção ou à segregação são importantes para melhorar o acesso educacional (UNESCO, 2018, p. 20).

Uma revisão de 26 planos de resposta humanitária e para refugiados mostra que quase a metade não faz menção alguma à educação ou aprendizado para crianças menores de 5 anos, e menos de um terço menciona especificamente a educação pré-primária (UNESCO, 2018, p. 27).

Outra necessidade é a ampliação da assistência por meio de bolsas de estudo, isenção das taxas aplicáveis para estudantes estrangeiros ou aumento de ensino à distância. Afinal, mesmo nos locais onde a educação é gratuita, os custos com livros didáticos e transporte podem ser altos.

Um projeto-piloto no Líbano, que oferecia dinheiro para cobrir o transporte e compensar a renda perdida quando as crianças frequentavam a escola em vez de trabalhar, aumentou a frequência de 0,5 a 0,7 dia por semana, ou cerca de 20%. Já o governo da Turquia estendeu transferências condicionais de renda para refugiados e alcançou 368 mil crianças sírias até 2018 (UNESCO, 2018, p. 25).

Nesse sentido, maiores financiamentos para educação, por si só é um incentivo para que completem seus estudos em todos os níveis. Assim, alguns programas incorporam migrantes como um fator explícito para o financiamento escolar como na Lituânia, em que o orçamento escolar confere um adicional de 20% para estudantes pertencentes a uma minoria nacional e 30% para estudantes migrantes em seu primeiro ano de escola no país. (UNESCO, 2018, p. 20).

Ademais, conforme oportunamente pontuado, salienta-se a relevância do processo para facilitação do reconhecimento das qualificações desse público, uma vez que este é um grande empecilho para a matrícula, principalmente no ensino superior, e também inserção no mercado de trabalho, podendo ser, assim, um grande entrave para o início da integração local.

Por fim, não se pode olvidar da inserção de políticas *antibullying*, conteúdos relacionados com migrações e refúgio nos currículos e materiais a serem trabalhados nas escolas com todos os alunos.

Segundo Pesquisa Internacional de Educação Cívica e Cidadania de 2016, a aprendizagem sobre a história de outros países foi associada a atitudes positivas para a defesa de direitos de grupos étnicos em 12 dos 22 países participantes (UNESCO, 2018, p. 31).

3 Conclusão

Por todo o exposto, conclui-se que a escola, muito além da responsabilidade pelo ensino, possui papel central na integração desses novos alunos

provenientes de outros países. Além de instituição competente para instrução convencional, coaduna-se como guardiã de direitos, uma vez que no seu âmbito é possível detectar-se uma série de possíveis negligências/violações.

Contudo, para que esse processo seja feito da forma mais adequada e respeitosa possível, deverá ser, primeiramente, ofertado o ensino da língua local, a fim de que possam se apropriar do conhecimento do conteúdo pedagógico para assim acompanharem a turma, bem como se expressarem no cotidiano com os demais, contar com o suporte de uma equipe suficiente e capacitada para a prática pedagógica desse público que dispõe de exigências específicas.

Além disso, incentivos à matrícula são indispensáveis, uma vez que as dificuldades que o próprio dia-a-dia de quem é novo em um país se impõem acabam por deixar a escola ou o ensino superior em segundo plano. Assim, isenção de taxas, assistência por meio de bolsas de estudo, auxílios financeiros são estratégias eficientes que possibilitam o acesso, a permanência e o sucesso escolar.

Porém, ressalta-se que a integração deve ser não apenas papel da escola, mas sim dela juntamente da rede de proteção local responsável por outros aspectos do atendimento desses alunos, como a saúde e assistência, dado que, conforme mencionado, a maioria dessas crianças e adolescentes, em decorrência da exaustiva jornada que muitas vezes percorrem para chegar no país de acolhida, acabam por lidarem, posteriormente, com sofrimentos psíquicos.

Para isso, mostra-se imprescindível o planejamento desse atendimento, haja vista que é uma realidade que muitos países estão enfrentando e que tende, em razão da piora das crises climáticas, conflitos armados, maior incidência de regimes autoritários, agravar.

Referências

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. **Dados sobre refúgio**. 2021a. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. **Dados sobre refúgio no Brasil**. 2021b. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/dados-sobre-refugio-no-brasil/>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. **Relatório do ACNUR: Coronavírus é ameaça terrível à educação de refugiados; metade das crianças refugiadas do mundo está fora da escola**. Genebra, 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/09/03/relatorio-do-acnur-coronavirus-e-ameaca-terrivel-a-educacao-de-refugiados-metade-das-criancas-refugiadas-do-mundo-esta-fora-da-escola/>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

BRASIL. Resolução nº 1, de 13 de novembro de 2020. **Diário Oficial da União**, edição 218, seção: 1, p. 61, 16 nov. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-n-1-de-13-de-novembro-de-2020-288317152>> Acesso em: 19 nov. 2021.

MOUMNÉ, Rolla; SAKAI, Leticia. **Proteção do direito à educação dos refugiados**. UNESCO, 2019. 38p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000251076_por?posInSet=1&queryId=fdc6fa42-5c77-4666-b72b-cc329af020c5>. Acesso em: 19 nov. 2021.

SANTOS, Camille Magda dos. **A escola e o acolhimento do aluno imigrante: algumas considerações**. 59 f. TCC (Bacharel em Pedagogia) – Faculdade de Educação da Universidade, Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <<https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/12605/1/CSantos.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

UNCHR – The UN Refugee Agency. **Integração de venezuelanos refugiados e migrantes no Brasil**. 2021. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/05/5-pages-Integration-of-Venezuelan-Refugees-and-Migrants-in-Brazil-pt.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2021.

UNESCO Digital Library. **Relatório de monitoramento global da educação, resumo, 2019: migração, deslocamento e educação: construir pontes, não muros**. Global Education Monitoring Report Team, 2018. 61p. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265996_por> Acesso em: 19 nov. 2021.

DESLOCADOS AMBIENTAIS: UMA ANÁLISE SOBRE A NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DESTES INDIVÍDUOS PARA EFETIVA PROTEÇÃO

Ana Júlia Abdo Ravanhani

Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

Considerando que a ocorrência de desastres ambientais é uma realidade cada vez mais frequente em razão dos efeitos advindos da globalização e liberação do mercado internacional, isto acaba por criar um novo meio de mobilidade humana, o deslocamento ambiental. Assim, o objetivo deste trabalho é analisar como a deterioração do meio ambiente pode ganhar proporções que inviabilizam a sobrevivência e subsistência de indivíduos ou comunidades em seus locais de origem, comprometendo gravemente o modo de vida adotado, todavia, apesar de sua grande importância, no tocante jurídico, quando se trata de deslocamento humano por causas ambientais o que se encontra é um enorme vazio normativo, vez que estes indivíduos não possuem proteção específica em âmbito nacional e internacional. Para isso, como metodologia, foi utilizado o método de dedução, com avaliação de casos concretos e formas de proteção dos deslocados ambientais a partir das normas e regime jurídicos internacionais, revelando que meios não oferecem diretamente qualquer proteção aos deslocados ambientais. Dessa forma, o presente trabalho traz a conceituação dos deslocados ambientais em um contexto internacional e histórico, bem como demonstrando a existência de uma sociedade de risco. Ainda, foram apresentadas as causas destes deslocamentos de povos, podendo ser elencadas em causas naturais e causas antrópicas e, em contrapartida, também foram abordadas as consequências para aqueles que permanecem em seus locais de origem, bem como para os Estados que recebem tais vítimas. Por fim, foram apresentadas sugestões para que ocorra a devida regulamentação de tais indivíduos e sua efetiva proteção, por meio da Teoria da Persuasão de Alexander Betts e formas viáveis de proteção descritas por Roger Zetter, viabilizando meios para que os Estados possam cooperar entre si.

Palavras-chave: Deslocamento ambiental; Mobilidade humana; Âmbito nacional e internacional.

Introdução

Sociedade de risco, migração e deslocados ambientais

1. Delimitação conceitual e contexto histórico sobre sociedade de risco

“Sociedade de Risco” é um conceito atribuído por Ulrich Beck, que se utilizou do termo para definir o período atual que a humanidade enfrenta: uma segunda modernidade. Enquanto na primeira modernidade havia segurança no desenvolvimento científico e no controle sobre o seu progresso, na segunda modernidade – também conhecida como reflexiva –, se torna um período marcado por incertezas, devido o excesso de poder que o homem obteve perante a ciência e tecnologias.

Para Ulrich Beck, o avanço da tecnologia, reflete cada vez mais na natureza, na sociedade e na própria situação da pessoa. Assim, o autor viabiliza a denominação de autoameaça civilizatória, sendo essa a característica típica de sociedade de risco.

Portanto, pode-se afirmar que os riscos apresentados como centro da “sociedade de risco”, apenas são resultados do desenfreado progresso tecnológico, caracterizando-se pelas graves consequências, como a causalidade e indeterminabilidade, atingindo igualmente aqueles se encontram nas áreas afetadas.

Compreendido este ponto inicial, acrescenta-se a análise referente a preocupação e atenção com os deslocados, isso porque, dependendo da maneira como o homem entender correto manipular e controlar a natureza, tais atitudes acabam por comprometer o meio comum, devido a ação do risco concretizado.

Nesse sentido, Delton Winter de Carvalho (2015, p.21), esclarece que, graves acidentes e eventos acabam por provocar impactos sociais e ambientais nas comunidades, proporcionando o estudo acerca dos desastres, pois, esses podem gerar diversos desdobramentos. Um dos principais desdobramentos que se pode notar, é o deslocamento de povos, o qual será devidamente abordado no presente trabalho.

Necessário compreender que, se anteriormente o desastre era tido como um fenômeno divido, bem como uma demonstração de poder da natureza, atualmente, em um contexto contemporâneo, acrescenta-se a situação de vulnerabilidade social (CARVALHO, 2015, p.21). Portanto, conclui-se que, os desastres também estão vinculados à crescente ação humana decorrente da sociedade industrial, à densidade populacional, à degradação ambiental, dentre outros fatores (FREITAS, 2014, p.25).

1.1 Quem são os deslocados ambientais?

As catástrofes naturais, em suas múltiplas formas, ou seja, tanto por desastres causados devido a ações humanas ou aqueles cuja causa é puramente

ambiental, estão cada vez mais presentes como causas de migrações humanas. O relatório do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR) de 2017, disponibilizou um relevante número de deslocamento de povos no exercício de 2016, sinalizando que, dos 10,3 milhões indivíduos forçados a se deslocar, dois terços (6,9 milhões) destes se deslocaram dentro de seu próprio país.

A partir destes dados, pode-se considerar a existência de um intenso número de indivíduos que migram devido às causas ambientais.

Com o passar dos anos, a degradação e os desastres ambientais, especialmente os que estão vinculados às mudanças climáticas, auxiliaram na criação de uma nova causa de fluxo populacional, em razão dos indivíduos, grupos e/ou comunidades que são forçados a se deslocarem, abandonando temporariamente ou definitivamente, seus locais de origem, algumas das vezes, atravessando as fronteiras de seus países (RAMOS, 2011, p.19).

Em razão disto, o fluxo migratório decorrente de catástrofes ambientais ganhou uma nova vertente de mobilidade humana, a crise ambiental. Essa situação é criada devido os eventos de degradação e deterioração do meio ambiente, que acabam por impulsionar o deslocamento humano, assim como ocorreu com o desastre nuclear de Chernobyl, afetando diretamente 6 milhões de pessoas, em que, mais de 300 mil foram evacuadas de seus lares (CARVALHO et. AL., 2018, p.712).

O desastre de Chernobyl caracterizou-se como uma crise humanitária, que surgiu devido um desastre ambiental. Tal situação, impulsiona o deslocamento humano e, conseqüentemente, desperta conflito entre os demais países por visar locais mais seguros, bem como pela busca acirrada de recursos naturais escassos.

Dessa maneira, não resta dúvidas que as catástrofes (desastres) ambientais auxiliaram no aumento do deslocamento de povos, situação que está claramente vinculada à violação de Direitos Humanos (LUCHINO; RIBEIRO, 2016, P. 895), considerando que seus impactos colocam em perigo a vida – e podem acarretar em risco de sobrevivência – dos indivíduos afetados, gerando assim, o que parte da doutrina denomina como “refugiados ambientais”. O Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente os define como:

refugiados ambientais são pessoas que foram obrigadas a abandonar temporária ou definitivamente a zona tradicional onde vivem, devido ao visível declínio do ambiente (por razões naturais ou humanas) perturbando a sua existência e/ou a qualidade da mesma de tal maneira que a subsistência dessas pessoas entra em perigo (EQUIPE ACNUR, 2013).

No entanto, de acordo com a Convenção das Nações Unidas, em atenção ao Estatuto dos Refugiados de 1951, nota-se o equívoco na utilização da terminologia “refugiados ambientais”, já que este documento não é direcionando à proteção dos deslocados ambientais, havendo clara limitação aos

deslocamentos populacionais que ocorreram em razão da 2ª Guerra Mundial, no que tange aos perseguidos que foram forçados a se deslocarem por questões de nacionalidade, raça, religião, grupos sociais ou opiniões políticas, sendo assim, as mudanças climáticas e desastres naturais se encontram ausentes deste rol.

No mais, em março de 1996, em análise ao artigo 1º da Convenção supracitada, a União Europeia elencou elementos subjetivos e objetivos com enfoque em questões políticas e sociais (GONZÁLES, 2013, p.21), ou seja, ausente os migrantes por desastres ambientais entre as restritas hipóteses descritas no quadro normativo vigente.

Nesse sentido, o sociólogo Stephen Castles argumenta que a terminológica “refugiados ambientais” acaba por ser simplista e equivocada, bem como induz a uma “monocausalidade” que dificilmente será concretizada na prática. Além disso, frisa que a expressão é restritiva diante da complexidade de causas e formas de deslocamento humano, consequentemente, se torna inadequada ante o regime de proteção internacional vigente.

Portanto, considerando que a legislação vigente é incapaz de incluir vítimas que se deslocam em razão de desastres ambientais, resta comprovado a existência de uma lacuna normativa na Convenção de 1951, bem como no Estatuto dos Refugiados de 1967, em relação ao deslocamento ambiental, principalmente em relação aos povos que atravessam as fronteiras políticas de um país (LUCHINO; RIBEIRO, 2016, p. 893).

1.2. A necessidade de um marco jurídico

A ausência de amparo jurídico e a utilização errônea da terminologia “refugiados ambientais” são alguns dos aspectos que fortalecem a atual situação de negligência de povos que se deslocam em razão de dessas ambientais, assim, dificultando o reconhecimento jurídico em âmbito internacional dessa classe de migrantes (CONTIPELLI; SAAD, 2018).

O termo refugiados, em sua concepção tradicional, estaria completamente vinculado ao conceito apresentado na Convenção de Genebra e, consequentemente, este conceito não poderia ser utilizado analogamente para definir os “refugiados ambientais”, vez que a Convenção supracitada não engloba mudanças climáticas e/ou desastres ambientais como fato causador de fluxo migratório, muito menos de refúgio. Vejamos:

“Art. 1º - Definição do termo “refugiado”

A. Para os fins da presente Convenção, o termo “refugiado” se aplicará a qualquer pessoa:

1) Que foi considerada refugiada nos termos dos Ajustes de 12 de maio de 1926 e de 30 de junho de 1928, ou das Convenções de 28 de outubro de 1933 e de 10 de fevereiro de 1938 e do Protocolo de 14 de setembro de 1939, ou ainda da Constituição da Organização Internacional dos Refugiados.”

Desta maneira, resta comprovado que a terminologia utilizada para categorizar a migração ambiental está equivocada, vez que esta não compreende a complexidade da situação de deslocamento. No mais, a falta de padronização de conceitos se torna um impedimento para compreensão científica sobre estes indivíduos, situação esta que pode ser abordada como uma negligência jurídica, já que estas diferenciações moldam as políticas nacionais e internacionais a serem criadas para efetiva proteção da classe.

O debate sobre a temática dos “deslocados ambientais” ultrapassa o limite da terminologia, vez que, a depender da dimensão do dano ambiental, o próprio deslocamento gera novas situações jurídicas, assim, o Estado nacional se torna responsável por garantir a proteção de seu povo. O que exemplifica o deslocamento ambiental interna, também conhecido como Pessoas Internamente Deslocadas (PIDs). Paralelamente, sabe-se que os impactos ambientais podem ultrapassar limites geográficos, obrigando grupos de indivíduos a cruzarem os limites territoriais de seu país, caracterizando assim, o deslocamento ambiental externo, inexistindo qualquer proteção ou regulamentação internacional.

Nesse sentido, resta claro que as migrações ambientais estão cada vez mais presentes, aumentando o cenário de risco e ameaça de povos, o que torna extremamente necessário a elaboração de uma regulamentação específica e direcionada pelo Direito Internacional, buscando adequar e regulamentar a situação das vítimas de desastres ambientais.

Visando sanar essa falha no ordenamento jurídico dos Estados, Vieira e Cavedon ilustram o Projeto de Convenção sobre o Estatuto Internacional dos Deslocados Ambientais, de Limoges na França, buscando assegurar direitos específicos aos deslocados temporários e definitivos, bem como prevê “uma estrutura administrativa organizada para a implementação da Convenção, principalmente pela criação de uma Agência Mundial para os Deslocados Ambientais” - AMDA (VIERA; CAVEDON, 2013, p.94).

Assim, o projeto demonstra como principal missão conduzir os trabalhos de prospecção sobre a evolução deste fenômeno vulgarmente conhecido como deslocados ambientais, bem como avaliar e criar políticas nacionais e internacionais, mobilizar programas e viabilizar suporte aos deslocados nos diferentes pontos do globo.

2. Das causas e consequência dos deslocamentos ambientais

Conforme restou demonstrado no capítulo anterior, o planeta está sujeito a constante mudanças naturais, de modo que as transformações ocorridas ao longo dos séculos, relacionadas à revolução tecnológica e aos crescimentos populacionais fizeram com que o meio ambiente sofresse alterações, naturais, e em razão das ações descontroladas do ser humano sobre ele.

De acordo com Lacko e Aghazarm, os processos naturais e as ações humanas, acabam por provocar essa diversidade de causas e mudanças am-

bientais, assim, as mudanças climáticas e a degradação ambiental são os dois fatores que configuram o atual cenário para os deslocamentos humanos, em razão da sua multicausalidade. Para os autores, a referida diversidade gera dificuldade no momento de identificação dos fatores ambientais como um “fio condutor” da migração.

Conforme demonstração da OIM – International Organization for Migration, os fatores dos deslocamentos forçados são diferenciados em dois tipos: causas naturais e causas antrópicas.

As causas naturais por si só provocam imensos desastres, vez que não há controle sobre elas, deixando o homem em posição de despreparo, já que muitas vezes a natureza possui reflexos inesperados e repentinos. Tais causas são caracterizadas como furações, tsunamis, enchentes, secas, erosão do solo e desertificação, e possuem capacidade de destruição de casas, vilas, fazendas e empresas, gerando deslocamento de pessoas em massa.

Ademais, as causas antrópicas são aquelas que ocasionadas pelo homem e, por consequência, intensificando os deslocamentos ambientais, também conhecidos como desmatamentos, queimadas, desertificação, construções, derretimento de geleiras. Exemplificando, o desmatamento elimina meios de subsistência de indivíduos, principalmente aos que se encontram em minorias étnicas. Além disso, outros exemplos que caracterizam esta situação é o derretimento de geleiras e desastres causados por acidentes industriais.

No que tange as consequências, tais desastres acabam por acentuar as desigualdades já pré-existentes nas regiões, bem como aumentar o índice de discriminação, marginalizando severamente pobres, idosos, mulheres solteiras e pessoas com deficiência e, ainda, conseguem afetar os direitos de povos indígenas.

Para aqueles que permanecem em seus países de origem, as mudanças ocorridas em razão das catástrofes são tão poderosas, que colocam em risco a economia local, reduzindo recursos necessários para subsistência.

Além disso, muitos deslocados ambientais encontram dificuldades nos países em que são acolhidos, isso porque estes indivíduos estão sujeitos a violação de direitos humanos básicos, o que também ocorre com os refugiados e os deslocados internos, exemplificando, são conflitos resultantes pela escassez de água no sertão nordestino Brasileiro. Consequentemente, mesmo que de maneira indireta, a segurança dos países acolhedores em diversos momentos é colocada em risco, pois, com a chegada dos deslocados, podem ocorrer profundas mudanças ambientais ou estruturais no local, reduzindo acesso e a qualidade dos recursos naturais importantes para subsistência, gerando conflitos interestatais.

Portanto, resta claro que as mudanças naturais e ação antrópica, juntamente, provocam intenso deslocamento de pessoas, entretanto, nem sempre os locais de acolhimento se encontram aptos a proteger e proporcionar condições de vida dignas aos deslocados.

3. Da proteção dos deslocados ambientais

Em atenção as causas e consequências das mudanças climáticas e da degradação ambiental, entende-se que os deslocados ambientais necessitam de proteção, pois, segundo o Acnur, a migração e deslocamento são tradicionais meios para responder a crises como conflitos e perseguições.

Nesse sentido, a migração acaba por ser uma ação positiva para maioria das famílias, indivíduos e, por vezes, comunidades inteiras, em busca de melhorar suas vidas e reduzir o risco e vulnerabilidade. Assim, Goodwin-Gill ilustra:

“(…) O movimento de pessoas em busca de refúgio, emprego, família ou para qualquer outro número de razões humanas compreensíveis é uma realidade social com a qual os Estados devem aprender a lidar de acordo com a lei. As pessoas sempre tem se movimentado, e os próprios Estados aceitam que haverá aqueles que merecem proteção internacional entre eles”.

Dessa maneira, independente de serem deslocados forçados ou voluntários, internacionais ou internos, permanentes ou temporários, os deslocados ambientais devem, obrigatoriamente, ter protegido os seus direitos humanos, e tal premissa deve ser absorvida por países que compõe o meio internacional.

3.1. Da proteção jurídica dos deslocados ambientais

As proteções jurídicas nacionais e internacionais dos deslocados ambientais são fornecidas por meio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, do Direito Humanitário Internacional e dos Princípios Orientadores de Deslocamento Interno, bem como a proteção nacional em cada país.

Todavia, grande parte da migração humana decorrente de alterações climáticas, é projetada para ocorrer dentro de fronteiras nacionais, assim, os Princípios Orientadores de Deslocamento Interno reconhecem que esses indivíduos possuem direito a direitos humanos em seus países, incluindo proteção contra deslocamento forçado.

No entanto, os indivíduos que se deslocam através das fronteiras, ultrapassando os limites nacionais, ou seja, se deslocam por fronteiras internacionais, seja apenas por razões ambientais, em regra, não gozam de proteção como os refugiados nos termos da Convenção de 1951.

Dessa maneira, resta claro que no que se refere aos deslocados ambientais, não existe nenhuma proteção específica para estes indivíduos. Ou seja, independente dos motivos ambientais que resultam no deslocamento, a falta de status legal continuará, a não ser que ocorra uma mudança institucional, com o devido desenvolvimento de instrumentos normativos adequados. Nesse sentido, Zetter (2008. P.01) diz que:

“(…) um tema dominante do discurso baseado em direitos é que os direitos não devem ser violados pelo deslocamento. Há, portanto, bem estabelecidas, normais internacionais, regionais e nacionais de instrumentos jurídicos e convênios para proteger os direitos das pessoas deslocadas pelos conflitos, perseguições, catástrofes naturais e projetos de desenvolvimento. Assim é surpreendente que um quadro semelhante para proteger os direitos de pessoas forçadas a se mover por causa da mudança climática induzida pelo meio ambiente não exista.”

Insta salientar que, o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui duas características: a universalidade e transnacionalidade. Ou seja, ele protege todos os indivíduos, bem como tem a possibilidade de monitoramento e responsabilização internacional dos Estados.

Por outro lado, o Direito Internacional Humanitário é considerado como um conjunto de direitos que visa a proteção de indivíduos em situação de conflito, sendo um mecanismo de amparo aos seres humanos. Assim, tal amparo é compreendido no sentido que os deslocados ambientais também serão amparados pelas agências humanitárias, vez que tais agências garantem, sobretudo, o direito a sobrevivência.

Em contrapartida, os Princípios Orientadores de Deslocamentos Internos visam a proteção dos deslocados ambientais internos, no entanto, são considerados apenas como recomendações, já que estes não possuem poder sancionador, o que acaba por inviabilizar a efetiva prática de proteção desses indivíduos.

Restringindo-se ao âmbito internacional, o Regime Internacional dos Refugiados, se consolidou com um complexo sistema normativo de Direito Internacional Público, a partir da vigência da Convenção de 1951. O direito internacional dos refugiados não foi criado visando a proteção de pessoas deslocadas nas fronteiras em razão dos efeitos das mudanças climáticas. Ou seja, os deslocados ambientais, por não serem caracterizados como indivíduos que se encontram em perseguição por motivos de religião, raça, política e nacionalidade, não podem ser qualificados como “refugiados”.

Nota-se que, até o presente momento, não houve ampliação do regime internacional dos refugiados por meio da Convenção de 1951 para que os deslocados ambientais sejam incluídos como categoria de pessoas protegidas por ele, de modo que uma atitude por parte dos Estados deve ser tomada.

Nesse sentido, a proposta de proteção apresentada por Zetter, defende uma maior cooperação internacional entre os Estados, por meio de iniciativas políticas, as quais, para alcançar seus objetivos, necessitam de um diálogo coordenado entre organizações intergovernamentais e não governamentais.

Portanto, a proteção aos deslocados ambientais necessita ser baseada em direitos, por se tratar de um princípio aceito e induzido na responsabilidade internacional dos Estados, estes encontram dificuldades de criar e implementar mecanismos adequados para proteger tais indivíduos.

3.2. Sugestões e meios para viabilizar a proteção dos deslocados ambientais

Inicialmente, antes de adentrar nas possíveis sugestões para proteção dos deslocados ambientais, se faz necessário saliente a existência de um impasse entre países do Norte com os do Sul, vez que há falta de cooperatividade dos estados do Norte em dividir o fardo da proteção dos refugiados/deslocados com os estados do Sul, que hospedam esmagadora maioria destes indivíduos no mundo.

Além disso, importante frisar que, os estados do Norte vêm poluindo o meio ambiente em razão da massiva quantidade de suas indústrias, contribuindo grandemente com as mudanças climáticas. Nesse sentido, os países que emitem gases com efeito estufa, em regra, não são os mais vulneráveis às alterações climáticas; pelo contrário, acabam por ser menos vulneráveis do que países que se encontram em desenvolvimento. Assim, resta clara a dicotomia existente entre países Norte-Sul, o que contribui para o fenômeno das migrações.

Dessa forma, Alexander Betts apresenta a Teoria da Persuasão, afirmando ser necessário o cruzamento de assuntos na questão dos deslocados ambientais entre os países, de modo que, os atores que não querem cooperar, devem ser persuadidos para que tenham outra postura, passando a cooperar. Ou seja, para que a persuasão se concretize, as questões discutidas precisam estar conectadas umas com as outras, para que os Estados possam compartilhar suas obrigações vinculadas às questões como migrações, seguridade social etc.

Para maior compreensão, os atores não estatais (deslocados ambientais, agências e órgãos não governamentais) podem persuadir os atores estatais mostrando a verdadeira consequência que o descaso com os deslocados ambientais e mudanças climáticas acarretam no aspecto de segurança estatal. Dessa maneira, tendo em vista que os Estados prezam pela segurança estatal, passariam a se colocar à disposição para auxiliar em medidas nas áreas ambientais e, conseqüentemente, melhorando as condições de vida e sobrevivência dos deslocados ambientais.

Superados tais pontos, o autor Roger Zetter, traz em sua análise que “o conceito chave para uma nova abordagem da migração forçada relacionada às mudanças ambientais deveria ser a redução da vulnerabilidade e a promoção de medidas adaptativas, de resiliência e sustentabilidade (2008, p.60)”. Nesse sentido, o autor demonstra que os Estados devem focar nas ações de adaptação, mitigação e resiliência para que os deslocados tenham uma proteção mais eficaz em situações que ocorram desastres naturais. Vejamos:

“(…) a lacuna de proteção é mais marcante em que os governos fazem (ou deixam de fazer), em termos de especificação e proteger direitos antes de deslocamento (isto é, direitos relacionados com a mitigação, adaptação e resiliência estratégicas) e depois do deslocamento (isto é, direitos relacionados com o rendimento e, mais especialmente, rela-

cionada ao reassentamento).

No que tange a mitigação, os governos devem adotar e aplicar leis para lidar com aspectos relevantes sobre a redução do risco de desastres, configurando mecanismos e procedimentos necessários para tanto. Ilustrando, o Acnur (2012) ressalta que a mitigação limita o impacto ambiental com atividades como a redução das emissões de carbono.

Já a adaptação, é considerada um dos fatores que mais contribui para que ocorram mudanças positivas no meio ambiente. Isso porque, conforme conceituado por Matin (2010, p.06) a adaptação nada mais é do que um “ajuste nos sistemas naturais ou humanos em resposta a estímulos reais ou esperados climáticos ou seus efeitos, que modera danos ou explora oportunidades benéficas”.

Dessa maneira, a adaptação pode se dar de diversas formas, incluindo em nível institucional, desenvolvimento comunitário, evoluções tecnológicas, educação e formação de iniciativas.

Em contrapartida, o Acnur (2012) ressalva que, atualmente, as medidas de adaptação são cada vez mais desenvolvidas pelos próprios deslocados/refugiados e pelas comunidades de acolhimento, enquanto ao mesmo tempo estes indivíduos são obrigados a lidar com a mudança de seu ambiente.

Por fim, o terceiro ponto, também chamado de resiliência, é definida pela Federação Internacional da Cruz Vermelha e Sociedades do Crescente Vermelho – IRFC, como uma “habilidade dos sistemas de responderem e se adaptarem a circunstâncias de mudanças”. Ou seja, caso ocorram desastres ambientais, os Estados estarão mitigando e se adaptando para se proteger de tais fenômenos, fornecendo à população maior capacidade de resiliência a estes desastres.

Segundo IRFC (2012, p.04) os governos, políticos e partes relevantes interessadas devem incentivar o desenvolvimento e financiamento de planos de resiliência coordenadas e de forma coerente em todos os setores, pois, assim, haverá uma redução na vulnerabilidade.

Assim, ressalta-se que, as três propostas de mitigação, adaptação e resiliência, são advindas dos Princípios Orientadores dos deslocados Internos, são de grande insignificância para que os Estados previnam-se. e estejam preparados para desastres futuros.

Além disso, Zetter afirma que todos os agentes internacionais devem estar intrinsecamente conectados, tendo a responsabilidade de realizar ações apropriadas para: (i) aceitar a responsabilidade sobre seus cidadãos deslocados pela degradação ambiental; (ii) se comprometerem em mitigar e responder ao fluxo migratório; (iii) fazer suficiente para preservar, proteger e cuidar do meio ambiente; (iv) se manter preparados para prevenir, mitigar e responder aos desastres. Assim, com a articulação efetiva dos Estados junto aos demais atores que compõem o cenário internacional, pode vir a ser solucionado o problema dos deslocados ambientais.

Portanto, a sugestão de cooperação internacional, com base na teoria supracitada de Betts, com a persuasão e cruzamento de questões em área de interesses dos Estados, se torna ainda mais eficaz no caso dos deslocados ambientais, isso porque, estes atingem o principal ponto coletivo, a segurança estatal. No mais, conforme o entendimento de Zetter, as medidas de mitigação, adaptação e resiliência, são estratégias benéficas para os países, desde que estas sejam tratadas e implementadas da maneira correta por parte dos agentes responsáveis, proporcionando, assim, uma agenda internacional mais didática e menos complexa.

Conclusão

O presente trabalho teve como principal objetivo instaurar o debate sobre a necessidade de um marco jurídico voltado para os deslocados ambientais. Isso porque tal situação pode ser considerada como violação da dignidade da pessoa humana, já que esses indivíduos são obrigados a se deslocarem dos seus locais de origem em razão das mudanças climáticas e degradação ambiental, que acabam por inviabilizar a permanência no local.

O deslocamento humano por causas ambientais, pode tanto acontecer em fronteiras internas quanto ultrapassar fronteiras internacionais e, nesse contexto, nota-se que tais indivíduos necessitam de uma proteção específica. Entretanto, a falta de legislação e assistência dificulta a proteção dessas vítimas.

Assim, é imprescindível que ocorra cooperação entre os Estados com o intuito de fornecer proteção adequada para estes indivíduos, o que deve ser realizado por meio da Teoria de Persuasão de Betts, utilizando o cruzamento de questões e obrigações relacionadas a migrações e segurança estatal, afim de induzir os atores estatais a agir na área de degradação ambiental e mudanças climáticas.

Além disso, Zetter alega que medidas efetivas para uma melhoria na situação em que os deslocados ambientais se encontram, seriam a resiliência, mitigação e adaptação, de modo que os deslocados estariam mais seguros para enfrentar os desastres e problemas ambientais.

Portanto, o presente trabalho visou fornecer uma contribuição para o estudo na área dos deslocados ambientais, com enfoque na regulamentação dos mesmos, sugerindo medidas eficazes de proteção em âmbito internacional.

Referências

ACNUR. **Declaração de Cartagena sobre os refugiados, de 1984**. In: Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados. Brasília, 2005.

ACNUR. **Convenção de 1951, relativa ao Estatuto dos Refugiados**. In: Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados.

Brasília, 2005.

ACNUR. **Protocolo de Nova York sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1967.** In: Lei 9474/97 e Coletânea de Instrumentos de Proteção Internacional dos Refugiados. Brasília, 2005.

AGHAZARM, C.; LACZKO, FRANK. Migration, environment and climate change: assessing the evidence. **International Organization for Migration (OIM).** Geneva, 2009. Disponível em <http://publications.iom.int/bookstore/free/migration_and_environment.pdf>. Acesso em: 01 março 2021.

BECK, ULRICH. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade** [Tradução: Sebastião Nascimento]. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BETTS, A. **Cooperação Internacional no Regime Global de Refugiados.** In: International Studies Association anual conventio, 2008, San Francisco.

BETTS, A. **Protection by Persuasion.** New York: Cornell University, 2009.

BOANO, C.; ZETTER, R.; MORRIS, T. **Pessoas deslocadas ambientalmente: Compreender as relações entre mudanças ambientais, meios de subsistência e migração forçada.** Refugee Studies Centre, november 2008. Disponível em <<http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/policy-briefings/RSCPBI-Environment.pdf>>. Acesso em: 15 março 2021.

COMITÊ INTERNACIONAL DA CRUZ VERMELHA. **A Estrada para a Resiliência – Ponte de Alívio e Desenvolvimento para um Futuro mais Sustentável.** Geneva, 2012.

Instituto Migrações e Direitos Humanos. **Migrantes.** Disponível em <<http://www.migrantes.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=8d00b920-e735-4147-87a6-clcaa8feb528#e>>. Disponível em 25 fevereiro 2021.

Instituto Migrações e Direitos Humanos. **Tráfico de Pessoas** Disponível em <<http://www.migrantes.org.br/IMDH/ControlConteudo.aspx?area=f10245c4-4802-4bff-9a35-3e52c034316d>>. Disponível em 20 fevereiro 2021.

ONU; ACNUR. **ACNUR e Mudança Ambiental – Proteção, Mitigação, Adaptação.** Paquistão, 2011.

ZETTER, ROGER. **Como os quadros legais e normativos são abordados será fundamental para a segurança de pessoas ameaçadas pela mudança climáticas.** Disponível em <<http://www.google.com.br/url?sa=t&ret=j&q=&esrc=&source=web&ed=1&ved=0CFYQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.fmreview.org%2FtextOnlyContent%2FFMR%2F31%2FZE%2FmX55dtZ04Z0rjQ2SAQ&sig2=S4AeW4ftaBZ59vDffsLFQ>>. Acesso em 05 março 2021

ZETTER, ROGER. **Pessoas deslocadas ambientalmente – Compreensão das relações entre meio ambiente, mudança e subsistência e a migração forçada.** Disponível em: <<http://www.rsc.ox.ac.uk/publications/policy-briefings/RSCPBI-Environment.pdf>>. Acesso 20 março 2021

A MEDIAÇÃO NO CASO JOSÉ PEREIRA VS. BRASIL: UMA ANÁLISE SOBRE A IMPORTÂNCIA DO PROCEDIMENTO DE SOLUÇÃO AMISTOSA NO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Gustavo Mira Salles

Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Luiza Vincki Dizioli Fernandes

Graduanda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas

Resumo:

No caso 11.289, José Pereira vs. Brasil, peticionado na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, órgão da OEA, as partes alcançaram acordos através do Procedimento de Solução Amistosa (PSA), método de mediação internacional. Com este procedimento, o objetivo é que se tenha a observância da dignidade da pessoa humana, fundamento máximo dos Direitos Humanos. A vítima, José Pereira, foi submetida a condições de trabalho análogas à escravidão, que, por não terem sido averiguadas e julgadas, acarretaram a negligência do Estado brasileiro. Neste interim, a violação da dignidade da pessoa humana dá margem para a incidência de normas *jus cogens*, imperativas e inderrogáveis, razão pela qual garantem os Direitos Humanos no plano internacional. O tema possui relevância ao passo que a mediação possui notoriedade ao permitir um acordo viável no contexto do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como fica evidente no caso José Pereira vs. Brasil, sendo o objetivo do presente artigo fomentar a eficiência do PSA. Levando em consideração o exposto, a metodologia utilizada foi de pesquisa exploratória, através do estudo do caso e levantamento de problemas e hipóteses, tendo como embasamento doutrinas e artigos científicos. Pretende-se comprovar como a mediação internacional é mais eficaz em resolução de conflitos e na garantia dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Procedimento de solução amistosa; Comissão Interamericana de Direitos Humanos; Direitos Humanos; *Jus cogens*; Caso José Pereira vs. Brasil.

Introdução

Através das resoluções heterocompositivas de litígios – ou seja, quando existe um terceiro sujeito (geralmente um juiz) além das partes, que lhes imporá a decisão final –, os resultados dos conflitos, apesar da solução alcançada, costumam trazer consigo uma série de elementos desagradáveis e penosos. A título de exemplo, fala-se na falta de autonomia dos sujeitos litigantes, na atmosfera de briga que se instaura em algum momento do processo, ou mesmo na iminente vitória de um deles (que pressupõe a necessária derrota do outro).

Em contrapartida, as formas alternativas de solução de conflitos buscam mitigar tais elementos, de forma a propiciar uma resolução consensual do impasse, a partir da qual ambas as partes serão beneficiadas. Ou seja, o objetivo desses métodos é, em análise última, a pacificidade em busca de uma conclusão frutífera. Nessa linha, surge a mediação, uma das modalidades de soluções alternativas. Destaca-se, sobretudo, pela presença de um terceiro imparcial, que atua sem impor decisões às partes. Seu trabalho é, na verdade, auxiliá-las, de modo que possam perceber os meandros de todo o conflito e, a partir disso, solucionarem-no por conta própria¹.

Resta evidente, portanto, o potencial conciliatório e pacificador que tem a mediação. Por essa razão, sua utilização não se restringe a conflitos de natureza local, se mostrando presente, também, nos conflitos de dimensão internacional. A própria Organização das Nações Unidas (ONU), por exemplo, oferece diversos mecanismos que permitem soluções consensuais entre as partes, de modo que, em sua carta, dedica um capítulo inteiro a métodos consensuais de resolução de conflitos, no qual aborda, também, a mediação², o que evidencia a abrangência global do instituto.

Em se tratando do Direito Internacional, temática inescapável é a do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Ao buscar proteger e promover estes direitos em plano global, o DIDH se vale de diversos mecanismos que potencializam esse objetivo. Como exemplo, há a mediação internacional, na qual diversos órgãos internacionais idealizam um procedimento diferente dos processos de tribunais internacionais – tais como a Corte Internacional de Justiça (CIJ) ou a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) –, se valendo dos já mencionados consenso e autonomia entre partes. Assim, destaca-se o Procedimento de Solução Amistosa (PSA), método auto-compositivo de que dispõe a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA). Com ele, lides em que uma das partes seja um Estado violador de Direitos Humanos e, a outra, a vítima, titular daqueles direitos, podem ser resolvidas pacifi-

1 TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017, p. 203.

2 DE MORAIS, C. M. A mediação como um meio de solução pacífica de conflitos internacionais: The mediation as a tool for a pacific resolution of international conflicts. **J² - Jornal Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 25-4627, 29 Fev. 2020.

camente.

Nessa linha, o presente artigo se propõe a expor o Procedimento de Solução Amistosa como mediação internacional, permeando sua faceta pacificadora e, assim, constatando seu caráter protetivo em relação aos Direitos Humanos em plano internacional. Com isso, o objetivo é a comprovação de que a mediação é, em última análise, o método de solução de conflitos mais eficiente à proteção de direitos no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Em vias de concretizá-lo, dado todo o exposto, o presente artigo se vale do Caso 11.289 da CIDH, também conhecido como Caso José Pereira vs. Brasil³. Após fugir de condições de trabalho análogas à escravidão impostas por fazendeiros do Pará⁴, a vítima teve sua causa peticionada junto à CIDH, onde foi utilizado o PSA, contra o Estado do Brasil. Em razão do método autocompositivo, o Brasil, após sua condenação, reconheceu sua responsabilidade, de modo que José Pereira pôde ser indenizado pela violação de Direitos Humanos a que fora submetido. Além disso, a responsabilização internacional rendeu diversas conseqüências benéficas à proteção dos Direitos Humanos no âmbito brasileiro (destrinchadas adiante).

Tendo em vista que o reconhecimento brasileiro de sua responsabilidade é fruto das ferramentas pacificadoras do PSA, este há de ser entendido, então, como método internacional eficiente para a proteção de Direitos Humanos.

Mediação

O modo de resolução de conflitos de maneira pacífica com um terceiro imparcial envolvido tem suas bases desde os primórdios da humanidade. Pesquisadores indicam que é possível o surgimento da mediação antes da escrita e que, seus primeiros registros, se alastram por todo o mundo, desde a cultura oriental até a ocidental. Na China e Japão, a mediação era considerada a primeira medida para resolução de conflito, sendo a estrutura do processo em que uma parte ganha e outra perde não aceita nessas culturas.

A resolução pacífica entre países e nações também é registrada há séculos, sendo tão usual como os conflitos. Ao passar dos anos, a mediação, através de diversos estudiosos, obteve maior aprofundamento e regulamentação em concomitância com o Judiciário criado como centralização da Justiça nos países. Os Estados Unidos são um dos países que mais pesquisaram e desenvolveram o ideal de Mediação. Frank Sander, em 1976, começa o estudo em Harvard do modelo que seria o mais utilizado e recomendado em todo mundo como forma de resolução de conflitos. No ano de 1983 foi fundado o Programa de Negociação da *Harvard Law School* que reuniu Frank Sander e

3 Salvo expressa menção da fonte, todas as referências ao caso 11.289 foram feitas com base no relatório oficial emitido pela CIDH, disponível em: <https://cidh.oas.org/annualrep/2003port/brasil.11289.htm>

4 Estado brasileiro da região do Norte.

outros acadêmicos. Esse programa foi o responsável por fundar o modelo de Harvard de mediação com o intuito de difundir a negociação criativa e sua maior eficiência.

O modelo de Harvard foi adotado pelo Brasil através da Resolução 125 do Congresso Nacional no ano de 2010⁵. O país adota em seu arcabouço jurídico diversos meios de incentivo à solução pacífica de conflitos em contraposição ao processo litigioso. Como exemplo, há a Lei 13.140/2015 que regulamenta a mediação, em seu artigo primeiro e parágrafo único descreve a mediação como:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

Ademais, o Novo Código de Processo Civil de 2015 possui, em seu artigo 3º, parágrafo terceiro (CPC, 2015), a previsão de que os meios de solução consensual de conflitos devem ser incentivados por todos os envolvidos e instâncias do processo. Através de outra ótica, o Brasil também tem sua participação no que tange a resolução pacífica internacional de conflitos. Desde sua cadeira na mesa da ONU, até sua atuação em Órgãos Internacionais e Convenções, o país demarca suas origens na mediação internacional.

Ótica do Direito Internacional

Para que seja contemplado todo o tema do artigo, é importante que seja aprofundado o contexto do direito internacional, como surgiu e seu embasamento legal. Para tal, a obra doutrinária⁶ de Hildebrando Accioly, G. E. do Nascimento e Silva e Paulo Borba Casella será a principal obra para que tenha o objetivo alcançado.

O Tratado de Vestfália, consagrado como o surgimento do Direito Internacional, vinculado em 1648, trouxe em seu conteúdo o princípio da igualdade política entre os estados e uma versão rudimentar do que seria a não ingerência nos assuntos internos dos estados. Nesse início do Direito Internacional há a busca para sobrepor o contexto internacional, sob a figura do consenso, e, concomitantemente, valorizar as questões éticas.

A partir de 1919 é feito o Pacto da Sociedade das Nações⁷ na Confe-

5 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília: CNJ, [2010].

6 ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. Manual de Direito Internacional Público. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. P 53-63.

7 APUD: PRAZERES, Otto. *A Liga das Nações*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922. Disponível em: < <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-Internacionais-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-1919-a-1945/pacto-da-sociedade-das-nacoes-1919.html> > Acesso em 16/11/2021

rência de Versalhes que apresenta em seu preâmbulo:

Considerando que, para desenvolver a cooperação entre as Nações e para lhes garantir a paz e a segurança, importa: aceitar certas obrigações de não recorrer à guerra; manter claramente relações internacionais fundadas sobre a justiça e a honra; observar rigorosamente as prescrições do Direito Internacional, reconhecidas de ora em diante com regra de conduta efetiva dos Governos; fazer reinar a justiça e respeitar escrupulosamente todas as obrigações dos Tratados nas relações mútuas dos povos organizados.

APUD: PRAZERES, Otto. A Liga das Nações. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922.

Esse Pacto apresenta uma nova organização internacional, buscando a regularização das relações entre países e governos com base em princípios. Porém, não teve o mesmo poder e coação como o Tratado anterior, já que a Europa não se encontrava mais unificada.

Com a eclosão da Segunda Guerra Mundial, o direito internacional e a Sociedade das Nações foram altamente prejudicados. Em 1945 foi assinada a Carta da ONU⁸, garantindo que a soberania imposta e o uso excessivo da força não fossem mais aturados com obrigações comuns a todos os estados-membros da organização.

Ao passar dos anos, tornou-se imprescindível a necessidade da proteção internacional das pessoas através dos Direitos Humanos, com isso, diversos tratados e Organizações foram criados. Todavia, a ratificação dos países a estes tratados não é obrigatória, reforçando a convivência harmônica mundial em que não há figura hierárquica superior. Desta forma, os Estados têm o poder de escolha sobre quais regras internacionais irão assinar como lhe melhor convier ao povo que este representa.

Mediação no contexto internacional e dos Direitos Humanos

Expostas as questões iniciais sobre o instituto da mediação, cabe nova abordagem: como ela é aplicada no âmbito internacional.

De maneira geral, todas as formas alternativas de solução de conflitos recaem sobre os casos internacionais com o mesmo intuito que o fazem nos casos do plano nacional: promover o diálogo entre as partes e, através dele, alcançar uma solução amistosa; a mediação internacional, portanto, segue a mesma linha. Nesse âmbito, as resoluções de conflitos possuem diversos elementos, como as partes propriamente ditas (apenas estados ou, como no caso José Pereira vs. Brasil, pessoas físicas) e os órgãos internacionais (organizações, cortes e comissões). Os meios dessas resoluções podem assumir, ainda, tanto o caráter jurídico quanto o caráter político⁹.

8 **ONU. Carta** das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> – Acesso em 16 de novembro de 2021.

9 DE MORAIS, C. M. A mediação como um meio de solução pacífica de conflitos inter-

Dada a sua natureza pacificadora, própria do Direito Internacional dos Direitos Humanos – como bem estabelecem diversos documentos internacionais¹⁰ – a mediação internacional é forma de solução de conflito altamente usada e, principalmente, promovida pelos órgãos internacionais. É o que se confere, a título de exemplo, nos artigos 2º e 33 da Carta da ONU, que determinam o que segue:

Artigo 2. A Organização e seus Membros, para a realização dos propósitos mencionados no Artigo 1, agirão de acordo com os seguintes Princípios:

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por **meios pacíficos**, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

Artigo 33. 1. As partes em uma controvérsia, que possa vir a constituir uma ameaça à paz e à segurança internacionais, procurarão, **antes de tudo**, chegar a uma solução por negociação, inquérito, **mediação** (...) ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.¹¹ (nossos grifos)

Desta feita, a mediação se mostra, no contexto internacional, imprescindível à manutenção da paz e no provimento de soluções de litígios satisfatórias.

Para garantir a conexão do caso a ser estudado, faz-se necessário o entendimento da mediação de conflitos que correm no Sistema Interamericano de Direitos Humanos, da OEA. Aqui, a mediação – junto com outros meios de solução consensual de litígios, como a conciliação – é roupada pelo chamado Procedimento de Solução Amistosa (PSA), que há de promover entre o Estado e a outra parte uma solução pacífica. É usada, pois, num “*espaço participativo para o diálogo entre as supostas vítimas e o Estado*” (LOPES & DAMASCENO, 2020, P. 3).

É possível que se averigüe, portanto, forte semelhança entre esse modelo de solução amistosa internacional e a mediação usual a partir de seus princípios, em que muito se assemelham aos dela. São eles: a preferência que a solução pacífica de qualquer conflito tem sobre as formas contenciosas (ou seja, a sua força *jus cogens* no plano internacional); a margem para que se possa escolher o meio mais adequado ao caso; a força que tem a boa-fé, não devendo ser obstruída por conduta que retarde o método de solução adotado; e o

nacionais: The mediation as a tool for a pacific resolution of international conflicts. **Jº - Jornal Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 25-46, 29 Fev. 2020.

10 A título de exemplo, veja-se o artigo 1 da Carta da OEA: “os Estados americanos consagram nesta Carta a organização internacional que vêm desenvolvendo para conseguir uma **ordem de paz e de justiça** (...)”, disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/q.cartaoea.htm>.

E, ainda, o artigo 1.1. da Carta da ONU que, entre os propósitos da organização, tem-se “**manter a paz e a segurança internacionais** (...)”, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

11 Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm

dever de se ater à solução do conflito, vez figurada¹².

Nessa linha, é possível caracterizar a CIDH (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) como a principal promotora do PSA (Procedimento de Solução Amistosa) e da conseqüente observância de sua natureza *jus cogens* (que não se extrai apenas do primeiro princípio, mas, em última análise, de todos os demais). Essa promoção existe graças ao caráter intermediário da Comissão, que, diante da disparidade política e econômica entre o Estado violador e a vítima¹³, se propõe a aproximá-los, de forma a equiparar o patamar dialógico dos dois, corroborando para a finalíssima solução.

A aproximação entre as partes é efetivada, justamente, pela maneira de resolução de conflitos da CIDH através do uso do PSA; é o que se extrai de sua principal competência: a promoção dos Direitos Humanos¹⁴. Como dito, o Direito Internacional dos Direitos Humanos possui em seu bojo uma inclinação fortíssima à pacificação generalizada, seja de maneira global - como se vê no objetivo primordial adotado pela ONU após o fim da 2ª Guerra Mundial e de sua conseqüente Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹⁵ -, seja de maneira específica - como no caso José Pereira vs. Brasil, conforme destrinchar-se-á adiante. Assim sendo, ao promover os Direitos Humanos e fontes internacionais que os protegem, a CIDH está promovendo, também, a pacificidade para as relações de portes macro e micro no ambiente internacional; e, ao promover a pacificidade, é inevitável que se promova, portanto, formas de soluções amistosas para litígios internacionais.

Em síntese, é cognoscível a forte relação existente entre o uso do Procedimento de Solução Amistosa e a promoção dos Direitos Humanos em se tratando dos litígios internacionais. Essa relação deriva da natureza *jus cogens* que, por sua vez, tem o método alternativo de solução de conflitos, adotado pela OEA. Uma vez que normas dessa natureza funcionam como cláusulas intocáveis do Direito Internacional, compondo a limitação material dos Estados na comunidade internacional¹⁶, o Procedimento de Solução Amistosa exprime-se parte desse grupo à medida que promove o respeito aos Direitos Humanos - por meio do diálogo e do incentivo à pacificidade -, motivo pelo qual é imprescindível à OEA (assim como os demais métodos amistosos das

12 MORAIS, Clarice Moreira de. **Mediação e Arbitragem: Meios de Solução Pacífica de Conflitos Internacionais**. 2019. 119. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019, p. 16.

13 BRUNO, Máira Bogo. **Solução Amistosa de Conflitos Individuais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Alternativa ao Procedimento Contencioso**. 2017. 124 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017, p. 21 e 22.

14 Convenção Americana de Direitos Humanos, artigo 41: “A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos (...).”

15 COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 69.

16 CASELLA, P. B. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 101, p. 86, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67713>. Acesso em: 29 out. 2021.

demais organizações), caso contrário, não haveria meios tão eficazes e céleres para a reparação de direitos feridos no âmbito internacional.

Análise do caso José Pereira vs. Brasil

Diante o exposto, resta clara a força que as formas alternativas de solução de conflito têm, em especial a mediação. Essa força se encontra caracterizada na celeridade e liberdade das partes em participarem do procedimento, sem que lhe sejam impostas decisões judiciais. A participação, pelo prisma do viés internacional, permite às partes maior observância de seus Direitos Humanos ante à autonomia dos Estados em ratificarem tratados. A referida observância se concretiza a partir do Procedimento de Solução Amistosa, permitindo à parte, vítima do Estado violador dos Direitos Humanos, a reparação destes. Isso se dá através da Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH), no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, onde tramitou o caso 11.289, objeto de análise da presente pesquisa.

O caso foi escolhido como base de estudo e fundamentação do trabalho por ter a notoriedade de ser o primeiro em que o Brasil foi condenado no âmbito da OEA, mais especificamente, na CIDH. Além disso, dentre outras alterações, contribuiu para modificação do artigo 149 do Código Penal¹⁷, remodelando seu *caput*, que passou a descrever mais claramente o crime de redução à condição análoga a de escravo, e adicionando mais dois parágrafos, que ampliaram e qualificaram as condutas abrangidas pelo tipo penal¹⁸. Na Comissão foram realizadas reuniões e audiências que se valeram do PSA, procedimento garantidor dos Direitos Humanos no plano Internacional através da solução célere de conflitos.

Dos fatos

Com base no Relatório nº 95/03 (CIDH, 2003), as organizações não governamentais “Américas Watch” e Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) apresentaram em fevereiro de 1994 uma petição à CIDH contra a República Federativa do Brasil. A petição foi encaminhada em março do mesmo ano e respondida em dezembro de 94.

Quanto aos fatos, restou caracterizada a redução da vítima à situação de trabalho análogo à escravidão e, conseqüentemente, violação de seu direito à vida. Desta feita, foi alegado que José Pereira, através de falsas promessas de condições de trabalho, foi atraído, em 1989, à Fazenda “Espírito Santo”, onde foi retido e mantido juntamente com 60 outras vítimas. Para isso, os supostos empregadores se valeram do esquema de endividamento, a partir do qual

17 Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940

18 CHAI, Cássius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de A.; SANTOS, Ricardo Goretta. **Mediação e Direitos Humanos**. São Luís: Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Maranhão: Coleção Global Mediation, 2014. 361 p.

José Pereira estaria devendo serviços no local, sendo, portanto, privado de sua liberdade. Além disso, alegaram que os trabalhadores foram submetidos condições desumanas e ilegais, em que o método para os privar de suas liberdades foi “pura e simplesmente a violência”.

As peticionárias também alegaram a omissão do Estado do Pará, cujos agentes estariam cumpliciando com os fazendeiros, já que o caso José Pereira não seria uma situação isolada. Além disso, o Ministério Público do Trabalho e a Polícia Federal se mantiveram inertes ante a situação, não agindo de forma devida para prevenir ou impedir as violações.

O Brasil foi condenado como culpado pelo caso análogo de escravidão de José Pereira, sendo realizados acordos durante a mediação através do PSA para determinação de medidas que deveriam ser adotadas, visando prevenção, fiscalização e sensibilização acerca do tema. Todavia, será comprovado durante o estudo que o país não cumpriu efetivamente com as recomendações, tendo em conta o caso Fazenda Brasil Verde, que, peticionado em 2015, também teve a conivência do país com uma situação análoga à escravidão.

Análise

Em 1994, as peticionárias apresentaram sua denúncia com base na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e da Declaração Universal dos Direitos Humanos, alegando que o Estado Brasileiro não cumpriu com suas obrigações de garantir a proteção às pessoas que sofriam em condições análogas à escravidão, mostrando-se omisso e cúmplice. O caso José Pereira foi apresentado como principal exemplo da ineficácia estatal. Através dele, o Brasil foi condenado pela CIDH em 24 de fevereiro de 1999 a tomar medidas com relação a situação de trabalho análogo à escravidão, medidas estas que foram determinadas perante acordo por meio do PSA entre as peticionárias e o Brasil, assinado em 18 de setembro de 2003 e apresentados à comissão em 14 de outubro do mesmo ano.

Conforme o exposto, o PSA funciona como ferramenta de otimização da proteção dos Direitos Humanos no plano internacional. Na medida em que permite, enquanto meio alternativo de solução de conflitos, a proximidade entre as partes e o consequente diálogo - o que métodos contenciosos jamais alcançariam -, o procedimento instaura um ambiente pacífico altamente capaz de proteger os Direitos Humanos. Assim, cabe a este tópico a análise de quais são esses direitos, como eles foram violados e quais as medidas tomadas para sua restauração, ou, quando inviável, para as indenizações cabíveis.

Em vias de compreender esses direitos, a base adotada será a Constituição Federal brasileira. Além disso, na análise dos direitos supramencionados, caberá atenção ao fundamento máximo de todos eles: a dignidade da pessoa humana. Constituindo a valia última de cada indivíduo, a dignidade humana, uma vez que lhes impede da coisificação (KANT, 1974 apud CARVALHO RAMOS, 2020, P. 113) e garante uma vida íntegra, está presente em diversos

direitos. No caso José Pereira, foi comprovado a violação de muitos deles, quais sejam:

- i. O Direito à Liberdade, mais especificamente, O Direito à Liberdade de Locomoção, está disposto no artigo 5º, XV da Constituição Federal de 1988¹⁹, conceituada como o direito de qualquer um em ir, vir e permanecer sem qualquer interferência, seja ela estatal ou de particular. Foi um direito violado na medida em que foi impossibilitado a José Pereira que deixasse o recinto ao descobrir que se tratava de falsa promessa de trabalho.
- ii. Previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, o Direito à Vida faz menção direta à igualdade inerente entre todos os indivíduos, que a têm, em igual medida, como inviolável. Para o Estado, a inviolabilidade tem como consequências três obrigações: o respeito, a garantia e a tutela à vida. No caso discutido, o direito violado se apresenta em duas situações, em que a vítima teve sua liberdade violada mantido no local sob condições desumanas; e na negligência do Estado na garantia e tutela à vida, não tomando medidas necessárias para que os agressores fossem devidamente punidos.
- iii. Ao proibir qualquer “*tratamento desumano ou degradante*”, bem como tortura, o inciso III do artigo 5º da Constituição Federal²⁰ busca proteger a Integridade do Indivíduo²¹. Esta pode se alastrar tanto para a matéria física quanto para a matéria psíquica. Referem-se, respectivamente, ao corpo do indivíduo, que não pode ser objeto de tratamento cruel, e à moral, que não deve ser alvo de qualquer tratamento desonroso que cause sofrimento.

Tendo em vista a violação dos direitos supracitados, resta evidente a conclusão da ineficácia do Estado brasileiro na proteção dos Direitos Humanos nesse caso. A partir desta negligência, não restou alternativa senão a atuação da CIDH como meio eficaz de garantir a proteção dos Direitos de José Pereira através da condenação do Brasil. Contudo, a efetividade se dá pelo uso do PSA, que permitiu o consenso de práticas que fossem viáveis ao país, porém significativas, como será discorrido em seguida.

Tais práticas são bem elencadas pelo relatório do caso, emitido pela CIDH. Denominadas “Medidas de Prevenção”, dizem respeito às ações adotadas pelo Estado para erradicar a submissão de trabalhadores a condições análogas a de escravos, podendo ser interpretadas como consequências diretas – e positivas – do uso do PSA.

19 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:

XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

20 III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;

21 Também está presente na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Dentre essas medidas, existem algumas importantes modificações legislativas que fortaleceram a previsão do tipo penal relativo. Aqui, cabe elenco sobretudo do artigo 149 do Código Penal, o qual, a partir do projeto de Lei Nº 5.693²², conceitua melhor o crime de redução a condição análoga a de escravo²³. Juntamente, o Brasil se comprometeu a garantir a aprovação do Projeto de Lei nº 2.130-A/1996, que passaria a prever a exploração de trabalhos escravo e semiescravo como infrações contra a ordem econômica²⁴.

Foram previstas também Medidas de Fiscalização e Repressão do Trabalho Escravo, dentre elas o fortalecimento do Ministério Público do Trabalho; o efetivo cumprimento da legislação através de multas e investigações de responsáveis pela prática do Trabalho Escravo; fortalecer o Grupo Móvel do MTE²⁵; e realização de gestões com o Poder Judiciário e suas entidades para garantir a punição aos autores de crimes de Trabalho Escravo. O Governo também se comprometeu a assinar, até o final de 2003, o Término de Cooperação assinado entre autoridades do Ministério do Trabalho e Ministério Público do Trabalho e proprietários de fazendas; e, por fim, o fortalecimento da Divisão de Repressão ao Trabalho Escravo e de Segurança dos Dignitários -DTESD com o intento de desenvolver as funções da Polícia Federal.

Por fim, as medidas de prevenção dão espaço, também, a todo o esforço voltado para a sensibilização generalizada a respeito do que é o Trabalho Escravo. A partir disso, o Estado brasileiro se prontificou a realizar uma campanha nacional contra a prática do Trabalho Escravo, que buscava trazer maior visibilidade à temática e mais informação aos trabalhadores passivos de exploração. Por meio dela também seria dada publicidade do que foi acordado no PSA do caso.

Em síntese, a violação dos direitos supracitados pelo Estado brasileiro, resultou em sua condenação devido a CIDH, que, por meio do PSA, pôde instaurar o diálogo entre as partes, sem que houvesse um grau elevado de disparidade entre elas (respeitando o princípio da autonomia entre as partes). Isso prova a natureza *jus cogens* do PSA, que, no ambiente internacional se mostrou capaz (e, talvez, o mais capacitado, como será mostrado no tópico subsequente) de garantir os Direitos Humanos.

Conclusão

Tendo em vista o apresentado é possível concluir que o Procedimento de Solução Amistosa, como método de resolução de conflitos, foi capaz de

22 Do Deputado Nelson Pellegrino; lei respectiva: **LEI Nº 10.803/2003**.

23 Art. 149: *reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.*

24 O Projeto de Lei foi arquivado em 2007, vide <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17677>

25 Grupo de resgate de trabalhadores em condição análoga à escravidão, vide <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2019/05/grupo-movel-completa-24-anos-como-referencia-no-combate-ao-trabalho-escravo>.

garantir a proteção dos Direitos Humanos e isso se dá pela natureza *jus cogens* do procedimento, utilizando como exemplo prático o caso 11.289. Desta feita, foi comprovado que através do meio alternativo de resolução de conflitos, PSA, o Brasil foi imputado a diversas obrigações, como o artigo apresentou, para que casos análogos à escravidão sejam resolvidos e prevenidos de ocorrer, diferente de como ocorre no meio heterocompositivo, por meio do qual há mera imposição de decisão pelo terceiro, que em nada auxilia as partes a resolverem a lide por conta própria.

Assim, no caso analisado, José Pereira vs. Brasil, escolhido por sua grande relevância em ser o primeiro que o Brasil tomou parte perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, além de ter suas repercussões em diversas áreas do direito, como alterações no Código Penal, é visível a relevância de um método autocompositivo para que sejam acordadas medidas que beneficiem ambas as partes.

Desta feita, a República Federativa do Brasil chegou a um consenso junto à CIDH de quais medidas deveriam ser adotadas em seu país para que situações de trabalho análogo à escravidão, como ocorreu com José Pereira, fossem evitadas. Conforme disposto no relatório nº 95/03 da própria comissão, comprova-se novamente a força do PSA não apenas pela sua natureza, mas por garantir que o cumprimento do que fora acordado em prol dos Direitos Humanos em âmbito internacional.

Referências

ACCIOLY, Hildebrando; DO NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 874 p

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Lei de Mediação. Brasil,

BRUNO, Maíra Bogo. **Solução Amistosa de Conflitos Individuais perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como Alternativa ao Procedimento Contencioso**. 2017. 124 f. Dissertação (Doutorado) - Curso de Direito, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2017.

CASELLA, P. B. Fundamentos e perspectivas do direito internacional pós-moderno. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 101, p. 433-466, 2006. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67713>. Acesso em: 29 out. 2021.

CHAI, Cássius Guimarães *et al* (org.). **Mediação e Direitos Humanos**. São Luis: Global Mediation, 2014. 361 p.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Informe Nº 95/03, 24 de octubre de 2003. Petición 11.289. Solución Amistosa. José Pereira Brasil. Washington D.C: CIDH, 2003. Disponível em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2003sp/Brasil.12289.htm>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010. Brasília: CNJ, [2010]. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/buscaatos-adm?documento=2579>. Acesso em: 16 de novembro de 2021.

DE MORAIS, C. M. A mediação como um meio de solução pacífica de conflitos internacionais: The mediation as a tool for a pacific resolution of international conflicts. **J² - Jornal Jurídico**, v. 2, n. 1, p. 25-46, 29 Fev. 2020.

LOPES, Ana Maria D'ávila; DAMASCENO, Mara Lívya. Procedimento de solução amistosa perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos: casos brasileiros. **Revista Pensar**, [S.L.], v. 25, n. 2, p. 1-18, 2020. Fundação Edson Queiroz. <http://dx.doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10162>.

MORAIS, Clarice Moreira de. **Mediação e Arbitragem: Meios de Solução Pacífica de Conflitos Internacionais**. 2019. 119. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2019.

ONU. **Carta** das Nações Unidas. 1945. Disponível em: <http://www.onu.org.br/conheca-a-onu/documentos/> - Acesso em 16 de novembro de 2021.

PRAZERES, Otto. **A Liga das Nações**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1922.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. 1040 p.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 4. ed. São Paulo: Forense, 2017. 451 p.

CASO TEITIOTA VERSUS NOVA ZELÂNDIA: UMA ANÁLISE DA EFETIVA PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DO DESLOCAMENTO FORÇADO CAUSADO PELA CRISE CLIMÁTICA

Elisa Maffassioli Hartwig

Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Mestranda bolsista em Direito Público e pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito, Risco e Ecocomplexidade na Universidade do Vale do Rio dos Sinos.

Resumo:

O objeto da presente pesquisa consiste em estabelecer se a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU no Caso Ioane Teitiota Vs. Nova Zelândia oferece um limiar efetivo de proteção dos direitos humanos das vítimas da crise climática. Para isso, o estudo aborda a aplicação dos instrumentos jurídicos oferecidos pelo Direito Internacional dos Refugiados e pelo Direito Internacional dos Direitos Humanos aos deslocamentos causados pelas mudanças climáticas, tal como o princípio da não devolução. O presente trabalho pugna por uma interpretação evolutiva de tais conceitos jurídicos, entendendo o direito humano à vida digna como central na abordagem da migração climática. Assim, foi possível concluir que a decisão do Comitê não forneceu a proteção jurídica necessária e efetiva para os petionários, particularmente em razão da violação ao seu direito humano de gozar de uma vida digna. O método utilizado é o analético, desenvolvido por Enrique Dussel.

Palavras-chave: Caso Ioane Teitiota vs. Nova Zelândia; Crise climática; Deslocamento forçado; Vida digna; Refugiados.

1 Introdução

A crise climática é um dos maiores riscos, senão o maior, que a humanidade enfrenta na atualidade. A mudança climática já contribuiu para diversos desastres ambientais, como ondas de calor que mataram milhares de pessoas, tempestades que contaminaram o abastecimento de águas, propagação de doenças infecciosas como a malária, pelo menos 150.000 mortes adicionais a cada ano no mundo e cinco milhões de anos de vida saudável perdidos (EPS-TEIN; FERBER, 2020, p. 3).

O Painel Intergovernamental sobre Mudanças Climáticas (IPCC) prediz com alto nível de confiança que o aquecimento global atingirá 1.5°C entre 2030 e 2052 caso siga o ritmo atual. Por sua vez, o aumento do nível médio global do mar com um aquecimento de 1.5°C seria de 0,26 a 0,77 m até 2100 (IPCC, 2019. p. 6-9).

Ainda, é importante ressaltar que, conforme esse órgão, esse aquecimento aumentaria os riscos à saúde, aos meios de subsistência e segurança alimentar, ao abastecimento de água, e à segurança humana e crescimento econômico, que seriam ainda maiores caso chegue a 2°C. Ademais, as populações vulneráveis correm um risco desproporcionalmente alto de sofrer consequências adversas por um aquecimento de 1,5 °C ou mais, entre elas aquelas que vivem nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento, objeto da presente pesquisa. Se prevê que a pobreza e as desvantagens dessas populações cresçam à medida que aumente o aquecimento global (IPCC, 2019. p. 11).

Dessa forma, o aumento no nível do mar no ritmo presente, aliado ao aquecimento e acidificação dos oceanos irá aumentar a frequência dos desastres naturais, fazendo com que eventos extremos que ocorriam uma vez por século passem a ocorrer anualmente, o que pode fazer com que nações insulares inteiras deixem de ser habitáveis (NAÇÕES UNIDAS, 2019).

Destarte, as pesquisas desenvolvidas sob os auspícios do IPCC, assim como por cientistas e estudiosos da matéria, apontam para a mesma conclusão: os riscos que as populações de Estados insulares em desenvolvimento enfrentam são diversos. Seja por meio da contaminação da água ou do solo, a impossibilidade de cultivo, a falta de terras, ou a iminência de desastres ambientais, ameaças à vida e à saúde são tangíveis e já estão implicando em uma migração climática a partir desses países.

O Caso Ioane Teitiota Vs. Nova Zelândia se insere nesse contexto, versando sobre a situação de uma família que migrou do Estado do Kiribati, no Pacífico Central, para a Nova Zelândia, em razão do impacto das mudanças climáticas no desfrute de seus direitos humanos. Nesse sentido, o objeto da presente pesquisa consiste em estabelecer se a decisão paradigmática do Comitê de Direitos Humanos da ONU, nesse caso, oferece um limiar efetivo de proteção dos direitos humanos das vítimas da crise climática.

Para isso, a abordagem da presente pesquisa se dará a partir do método analético, pensado por Enrique Dussel, tendo como paradigma uma análise decolonial da realidade do Sul global, em que o “Outro”, como oprimido, é o ponto de partida. Tal método possibilita uma pluralidade de enfoque, passando por uma convergência de povos, pessoas e comunidades excluídas e marginalizadas. Dessa forma, prioriza-se a construção dialógica da crítica a partir da prática da alteridade e de uma teoria da libertação, com ênfase no modo de produção e de conformação da realidade a partir da compreensão do oprimido, do escravizado e do subalternizado.

A técnica de pesquisa é bibliográfica, prioritariamente, através de livros, revistas jurídicas, artigos científicos, entre outros.

2 O Caso Ioane Teitiota versus Nova Zelândia

O caso Ioane Teitiota Vs. Nova Zelândia versa sobre uma comunicação apresentada no dia 15 de setembro de 2015 por um nacional do Estado de Kiribati, alegando que a Nova Zelândia teria violado seu direito à vida (artigo 6.1 do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos - ICCPR) ao expulsá-lo ao seu país de origem. Cabe ressaltar que, o autor e sua esposa chegaram à Nova Zelândia em 2007, onde tiveram três filhos, tendo sua permissão de residência negada em outubro de 2010.

Vale salientar que, a Nova Zelândia ratificou o Protocolo Facultativo referente ao ICCPR, que entrou em vigor para esse país em agosto de 1989, razão pela qual o Comitê de Direitos Humanos (CDH) detinha competência para receber e examinar a comunicação apresentada por Ioane Teitiota.

Frisa-se que, o Estado do Kiribati, localizado no Pacífico Central, é formado por 33 atóis de corais e ilhas, com cerca de 100.000 habitantes, que em sua maioria localizam-se na capital de Tarawa. O país é apontado como um dos primeiros a sofrer impactos mais significativos da mudança do clima, podendo se tornar inabitável dentro de 10 a 15 anos (PEIRÓ, 2018).

Assim, os efeitos da crise climática nesse país são os mesmos vivenciados na maioria dos Estados insulares em desenvolvimento¹. Dentre eles, o autor do caso cita o aumento do nível do mar; a erosão das terras que gera tensões sociais e violência; a má nutrição e o envenenamento por ingestão de frutos do mar contaminados; a falta de abastecimento de água doce; tormentas intensas que submergiam as terras de Tarawa de três a quatro vezes por mês; e, propagação de doenças intensificada pela superlotação. Como efeitos vivenciados diretamente pelo autor e sua família em Kiribati, antes de migrar à Nova Zelândia, bem como depois de ser expulso àquele país, é possível mencionar a falta de saneamento básico, a salinização da água e a erosão das terras que destroem os cultivos e impedem a subsistência da família, bem como problemas de saúde como infecção em razão da falta de água limpa (CDH, 2020a, p. 2-7).

Contudo, verifica-se que tanto o Tribunal Supremo da Nova Zelândia como o CDH, entenderam que o autor não logrou demonstrar de forma sa-

1 Existem diversos efeitos perniciosos da mudança climática para as nações insulares, além do aumento do nível do mar, entre eles: diminuição dos rendimentos agrícolas e disseminação de doenças por vetores em razão das ondas de calor; risco de inundações e contaminação da água doce; períodos de secas ou intensidade da precipitação; e, aumento de eventos climáticos extremos, como ciclones. A superpopulação em centros urbanos, causada pela migração a partir de ilhas mais remotas, acaba por acirrar a disputa por terras e recursos que já são limitados, como os recursos hídricos, sobrecarregando as infraestruturas costeiras. A má qualidade da água, causada por fatores como os resíduos devido ao crescimento da população e urbanização, contribui para a contração de doenças infecciosas e prejudica a saúde humana. Além disso, as principais formas de subsistência das populações insulares, por meio da agricultura e pesca, são comprometidas. A salinização do solo e a intrusão salina nas águas subterrâneas afeta a produção agrícola costeira e prejudica a segurança alimentar. (CARR; RUBENSTEIN; GRAFF, VILLARREAL, 2013, p. 41-53).

tisfatória que a situação em Kiribati fosse de tal precariedade que colocasse em perigo a sua vida e a de sua família. Particularmente, o Comitê observou que

o autor não proporcionou suficiente informação que indique que a água doce seja inacessível, insuficiente ou inapta para o consumo, o que representaria uma ameaça razoavelmente previsível de risco à saúde que comprometeria seu direito a desfrutar de uma vida digna ou lhe causaria uma morte não natural ou prematura (CDH, 2020a, p. 12).

Nesse ponto, é importante destacar que a maioria dos casos de migração ambiental² são bastante complexos, o que dificulta identificar de forma clara quando esses deslocamentos são “voluntários” ou “forçados”. As nações insulares ameaçadas pelo aumento do nível do mar se enquadram nessa complexidade, pois é irrazoável esperar que as populações permaneçam nos territórios das ilhas até que essas de fato afundem. Ao longo do tempo, certos indivíduos decidirão migrar à medida que oportunidades e possibilidades se apresentem, não sendo tão significativo definir o caráter forçado ou voluntário desses movimentos, mas sim proteger os direitos e as necessidades das vítimas da crise climática (SOLOMON; WARNER, 2013, p. 247-248).

Dessa forma, embora a solicitação de proteção de Ioane Teitiota tenha sido negada, é necessário salientar que a decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU foi muito celebrada. Isso porque, pela primeira vez, um órgão internacional reconheceu que obrigações de não devolução³ podem se aplicar no caso em que a expulsão de pessoas possa as expor a violações ao direito à vida (artigo 6, ICCPR) ou à tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante (artigo 7, ICCPR) por efeitos da mudança climática. Ademais, a decisão reconheceu que o risco de que nações inteiras fiquem completamente cobertas pela água é tão extremo, que as condições de vida nesses países podem se tornar incompatíveis com o direito à uma vida digna antes que esse risco se materialize (CDH, 2020a, p. 13).

2 A Organização Internacional para as Migrações define como migrantes ambientais todos aqueles que são obrigados ou escolhem deixar suas residências habituais, para dentro ou fora de seu país, por razões imperiosas de mudança súbita ou progressiva do ambiente que afete negativamente as suas vidas ou condições de vida, de forma temporária ou permanente. Ademais, a migração climática é vista como uma subcategoria da migração ambiental, quando essa mudança no ambiente é causada pela crise climática, podendo estar associada a uma situação de grande vulnerabilidade, particularmente se é forçada (IOM, 2019, p. 31, 64).

3 O princípio de não devolução é um princípio do direito internacional que exige que os Estados se abstenham de extraditar, devolver, ou expulsar pessoas que estejam sob sua jurisdição para terceiros países em que estas possam sofrer risco de tortura, tratamento cruel, desumano ou degradante, ou risco de vida.

3 A proteção oferecida pelo direito internacional dos Direitos Humanos e pelo Direito Internacional dos refugiados aos deslocados pela crise climática

Frisa-se que a migração relacionada a fatores ambientais e climáticos pode se apresentar de diversas formas, sendo a mais significativa por meio de deslocamentos internos, não envolvendo o cruzamento de uma fronteira internacional (SOLOMON; WARNER, 2013, p. 248-249).

Dessa forma, os Princípios Reitores das Nações Unidas sobre Deslocamentos Internos, definem como “deslocados internos”:

(...) todas as pessoas ou grupo de pessoas que tenham sido forçadas ou obrigadas a escapar ou a fugir da sua casa ou do seu local de residência habitual, em particular como resultado ou para evitar os efeitos de um conflito armado, de situações de violência generalizada, de violações dos direitos humanos ou de catástrofes naturais ou provocadas pelo ser humano, e que não tenham atravessado uma fronteira estatal internacionalmente reconhecida (ONU, 1998, p. 5).

Ressalta-se que, ocorrem diversos deslocamentos internos dentro dos Estados insulares⁴, principalmente de ilhas mais remotas para centros urbanos, em busca de melhores condições de vida. Contudo, à medida que os efeitos da mudança climática sobre as ilhas se tornarem mais intensos, o fluxo migratório adquirirá cada vez mais um caráter internacional, justamente pela possibilidade de que nações inteiras se tornem inabitáveis.

Desse modo, hoje já se reconhece a possibilidade de aplicação da categoria do refúgio para pessoas que migram internacionalmente em razão da crise do clima e de desastres ambientais (ACNUR, 2020), embora a Convenção de 1951 sobre o Estatuto dos Refugiados não preveja disposições específicas sobre essas situações.

Tal interpretação está de acordo com uma concepção evolutiva do Direito Internacional dos Refugiados, já que a definição geral de refugiado, disposta no artigo 1º, subitem 2, da Convenção de 1951 já não engloba todas as situações em que uma pessoa se vê obrigada a fugir do seu país por ameaças a sua vida ou a sua incolumidade física. De fato, sabe-se que a inspiração para aquele conceito foi a realidade vivenciada pelos cidadãos europeus - principalmente judeus - durante e posteriormente à Segunda Guerra Mundial (SARTORETTO, 2018, p. 50). É o que confirma a previsão da limitação temporal de sua aplicação aos “acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 na Europa”, indicando, inclusive, que seus elaboradores acreditavam que

4 A escolha de muitos nacionais pelo deslocamento interno, ao invés da migração internacional, explica-se por sua estreita relação com o seu território e meio ambiente, pois, para eles, muitas vezes, a ideia de “recuar” significa abandonar a terra em que seus ancestrais viveram por milhares de anos, algo que não estão dispostos a fazer, exceto como última possibilidade (RIGAUD, 2018).

se trataria de um fenômeno restrito à época e ao espaço (JUBILUT, 2007, p. 25).

Nesse sentido, embora o Protocolo de 1967 tenha retirado o limite temporal estipulado pela Convenção de 1951, destaca-se que a conceituação de refugiado mostra-se, ainda hoje, bastante desatualizada, considerando a realidade dos deslocamentos forçados de pessoas na atualidade (SARTORETTO, 2018, p. 68). É nesse contexto que emerge, em 1969, no Continente Africano, a conceituação específica de refugiado dada pela Convenção da Organização de Unidade Africana, qual seja:

(...) qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade (OUA, 1969).

De igual forma, na América Latina, a Declaração de Cartagena sobre Refugiados de 1984 ampliou o conceito de refúgio, tomando o caso da União Africana como precedente, para definir como refugiado, para além do previsto na Convenção de 1951 e seu Protocolo de 1967, todas as pessoas que

(...) tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública (ACNUR, 1984).

Assim, percebe-se que tanto o documento africano quanto o latino-americano contemplam situações de desastres ambientais e de efeitos das mudanças climáticas ao preverem acontecimentos ou circunstâncias “que perturbem gravemente a ordem pública”. Ademais, tais instrumentos retiram o elemento subjetivo de “fundado temor de perseguição” previsto na Convenção de 1951, desonerando o indivíduo de um ônus de prova excessivo e impondo a obrigação de proteger as pessoas que se encontrem em perigo (MARTINS, 2021, p. 35).

Destaca-se que, o próprio ACNUR (2016) e diversos autores da área se manifestam no sentido de que o termo “refugiado climático” é inapropriado pois a Convenção de 1951 serviria ao propósito específico de proteção contra a perseguição, e que a extensão do termo para aqueles que migram em razão da crise climática poderia comprometer seriamente o regime de proteção de refúgio (SOLOMON; WARNER, 2013, p. 255).

Entretanto, tal entendimento é questionável, pois ignora, em certa medida, o caráter evolutivo dos direitos humanos e a necessidade de que os conceitos jurídicos se adequem às realidades sociais, sem a pretensão de um formalismo excessivo, visto que a função precípua dos sistemas de monitoramento

internacional consiste na proteção dos direitos humanos. Independentemente da aplicação do conceito de refugiado para os deslocados por razões climáticas, hoje já se tem o reconhecimento de que o princípio da não devolução oferece uma proteção ao ser humano desde uma perspectiva climática.

Vale salientar, ainda, que diversos autores propõem modelos de novas Convenções Internacionais para tratar sobre os deslocados pela crise climática. Tais modelos apresentam ideias interessantes, como a possibilidade de um fundo global para financiar as atividades de proteção e reassentamento, assim como uma agência coordenadora independente para monitorar sua aplicação. Conquanto, a possibilidade de um novo instrumento legal, seja ou não sob forma de protocolo da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, depende, ao fim e ao cabo, da vontade política dos Estados. Dada a experiência internacional, os processos de negociação e ratificação costumam ser longos e muitas vezes inconclusivos, o que no caso das nações insulares ameaçadas mostra-se insustentável (SOLOMON; WARNER, 2013, p. 271-275).

Dessa forma, entende-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados oferecem instrumentos jurídicos adequados e efetivos para a proteção dos deslocados em razão da crise climática, necessitando de uma interpretação evolutiva dos órgãos de proteção dos direitos humanos. Nesse sentido, depender da vontade política dos Estados para a celebração de tratados internacionais específicos sobre a migração climática não só não é interessante em razão da morosidade dessas tratativas e dos consensos políticos necessários, mas também se mostra desnecessário diante das inúmeras possibilidades que o arcabouço jurídico internacional já oferece em matéria de proteção dos direitos humanos.

4 A decisão do comitê de Direitos Humanos da ONU e o direito humano de gozar de uma vida digna

Como destacado anteriormente, a solicitação de proteção de Ioane Teitiota foi negada pelo Comitê de Direitos Humanos da ONU, pois este entendeu que o autor não logrou demonstrar de forma efetiva que seus direitos à água potável e à vida digna foram violados em razão da sua expulsão ao Kiribati, realizada pela Nova Zelândia.

Entretanto, frisa-se que houve votos dissidentes dessa decisão, apresentados pelos membros Duncan Laki Mahumuza e Valsilka Sancin, em separado. Nesse sentido, ambos não se conformaram com o ônus da prova, em sua opinião excessivo, que recaiu sobre o autor de demonstrar as ameaças ao direito à vida e, particularmente, ao direito de acesso à água potável em Kiribati. Nas palavras do membro Duncan Laki Mahumuza:

(...) o autor corre um risco real, pessoal e razoavelmente previsível de ameaça ao seu direito à vida como resultado das condições imperantes em Kiribati. A considerável dificuldade em aceder à água doce

devido às condições ambientais deveria ser suficiente para considerar que esse risco existe, sem que seja necessário chegar a um ponto em que a falta de água doce seja total. (...) Deveria bastar o fato de o filho do autor ter sofrido de graves problemas de saúde devido às condições ambientais. É suficiente que o autor e sua família já enfrentem importantes dificuldades para cultivar alimentos e voltar a viver da agricultura de subsistência, da qual dependiam em grande medida. Se olharmos para a situação do autor e sua família, ponderando todos os fatos e circunstâncias imperantes no país de origem do autor, constatamos que o seu meio de subsistência não lhes permite viver com a dignidade que o Pacto procura proteger. (...) O fato de que esta é a realidade de muitos outros habitantes do país não dignifica em nada a situação daqueles que vivem em tais condições. O que é feito pela Nova Zelândia é como forçar alguém que está se afogando a voltar para um barco que afunda, com a “justificativa” de que, afinal, há outros passageiros a bordo. Mesmo quando Kiribati está fazendo o necessário para lidar com suas circunstâncias, enquanto estas continuarem a ser tão nefastas, a vida e a dignidade das pessoas seguem estando em perigo (CDH, 2020b, p. 16).

De acordo com a Observação Geral nº 36 do Comitê de Direitos Humanos, citada na decisão em comento, o direito à vida digna, ou o direito de viver a vida com dignidade, implica que os Estados Partes devem tomar as medidas adequadas para enfrentar condições gerais da sociedade que ameacem esse direito, como por exemplo a degradação do meio ambiente. Igualmente, o direito a uma vida digna abarca o direito de acesso pelos indivíduos a bens e serviços essenciais, como alimentação, água, abrigo, cuidados de saúde, eletricidade e saneamento básico (OHCHR, 2019, p. 6).

De igual forma, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já se manifestou em diversas ocasiões no sentido de que a proteção do meio ambiente é uma condição para a vida digna, assim como o acesso e qualidade da água, a alimentação e a saúde, visto que essas condições impactam de maneira significativa o direito a uma existência digna e as condições básicas para o exercício de outros direitos humanos. Assim, a falta de acesso a essas condições pode, inclusive, implicar em uma violação do direito à integridade pessoal. Portanto, os Estados devem adotar um marco normativo adequado que impeça qualquer ameaça à vida digna, bem como salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso das condições que garantam uma vida com dignidade (CORTE IDH, 2017, p. 47-48).

Sendo assim, não há dúvidas da inter-relação entre a proteção do direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado e, portanto, a um direito fundamental a um clima estável e seguro⁵, e o direito humano essencial

5 De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Tiago Fensterseifer, é possível falar na configuração de um direito fundamental à integridade do sistema climático ou direito fundamental a um clima estável e seguro, a partir de ordens constitucionais assentadas não apenas em um Estado Democrático de Direito e Social, mas também Ecológico. Desse modo, “a integridade e estabilidade climática integra tanto o núcleo essencial do direito funda-

de viver com dignidade, como reconhecido desde o Princípio 1º da Declaração de Estocolmo de 1972 da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, que dispôs que o ser humano tem direito ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna.

De igual forma, frisa-se que a Organização das Nações Unidas reconhece o direito à água potável e ao saneamento como direitos humanos essenciais para o pleno desfrute da vida e de todos os direitos humanos (NACIONES UNIDAS, 2010, p. 3). Destaca-se que, a água necessária para o uso pessoal e doméstico deve ser salubre e ter cor, odor e sabor aceitáveis para o consumo humano. Nesse sentido, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (CDESC) determinou que “a higiene ambiental, enquanto aspecto do direito à saúde, implica a adoção de medidas não discriminatórias [pelo Estado] para evitar os riscos para a saúde que representa a água insalubre e contaminada por substâncias tóxicas” (CDESC, 2003, p. 4).

Assim, parece evidente que os direitos de Ioane Teitiota e sua família à água potável e à vida digna foram violados ao serem expulsos ao Kiribati, precisamente em razão de uma situação de falta de saneamento básico, contaminação e salinização da água que já levou a problemas de saúde graves como infecção pela falta de água limpa. Destaca-se, ainda, que o autor exerce a agricultura de subsistência, a qual depende substancialmente do acesso à água de qualidade.

Dessa forma, em uma interpretação evolutiva do Direito Internacional dos Refugiados, que é o que este trabalho defende em última análise, o princípio da não devolução abarca uma concepção de direito à vida que considera obrigações estatais negativas e positivas. Assim, contempla-se tanto uma proteção diante de execuções extrajudiciais, quanto o direito humano de viver com dignidade, que deve ser garantido pelos Estados. Entende-se que, embora tal perspectiva tenha sido reconhecida pelo Comitê da ONU, não foi devidamente aplicada no caso em tela.

5 Considerações finais

Apesar de a decisão do Comitê ter confirmado que o Direito Internacional dos Refugiados e o princípio da não devolução se aplicam ao contexto das mudanças climáticas e dos deslocamentos gerados por desastres ambientais, verifica-se que essa não forneceu a proteção jurídica necessária e efetiva para a família Teitiota, particularmente no que diz respeito à violação do seu direito humano de gozar de uma vida digna.

Entende-se que o Comitê perdeu uma grande oportunidade de adotar um enfoque mais sensível ao aspecto humano, de forma a conceber a mi-

mental ao meio ambiente quanto o conteúdo do chamado mínimo existencial ecológico, podendo-se falar, inclusive, de um mínimo existencial climático, como indispensável a assegurar uma vida humana digna” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2020).

gração como um direito, e não como um privilégio, especialmente quando a necessidade de migrar é latente. Assim, acabou por se privilegiar o princípio da soberania estatal em decidir por receber ou não os deslocados pela crise climática, mesmo diante de ameaças concretas ao direito à vida, como entendido por membros do próprio Comitê.

Ao conferir demasiado peso à formalidade de conceitos jurídicos, entendendo que o Direito atual clamaria por mais consistência, previsibilidade e universalidade, ignora-se que os desafios impostos pela mudança climática exigem, na verdade, flexibilidade, aplicação individual e capacidade de resposta no tratamento dos casos (BURKETT, 2011, p. 347). Sendo assim, conclui-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados ainda têm muito que evoluir na sua aplicação às situações de migração climática, considerando a particular vivência das nações insulares. Para isso, os avanços regionais sedimentados na Declaração de Cartagena e na Convenção da Organização da Unidade Africana, bem como a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, são exemplos paradigmáticos a serem seguidos.

Referências

ACNUR. **“A mudança climática é a crise de nosso tempo e impacta também os refugiados”**. 2020. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2020/12/10/a-mudanca-climatica-e-a-crise-de-nosso-tempo-e-impacta-tambem-os-refugiados/>. Acesso em: 22.11.2021.

ACNUR. **Declaração de Cartagena de 1984**. Disponível em: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 22.11.2021.

ACNUR. **Perguntas frequentes sobre deslocamentos por mudanças climáticas e catástrofes naturais**. 2016. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/2016/11/09/perguntas-frequentes-sobre-deslocamentos-por-mudancas-climaticas-e-catastrofes-naturais/>. Acesso em: 30.06.2021.

BURKETT, Maxine. **The Nation Ex-Situ: On Climate Change, Deterritorialized Nationhood and the Post-Climate Era**. *Climate Law* 2, 2011, p. 347. Disponível em: <https://www.law.hawaii.edu/files/content/coliver/345-374%20Burkett.pdf>. Acesso em: 22.11.2021.

CARR, Mary-Elena; RUBENSTEIN, Madeleine; GRAFF, Alice; VILLARREAL, Diego. **Sea Level Rise in a Changing Climate: What Do We Know?** In: GERARD, Michael B.; WANNIER, Gregory E. *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*. New York: Cambridge University Press, 2013.

CDESC. **Observación general N° 15**. El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/2002/11. 2003. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2012/8789.pdf>. Acesso em: 22.11.2021.

CDH. Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Pro-

Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016. Anexo I. **Voto particular (disidente) de Duncan Laki Muhumuza, miembro del Comité.** CCPR/C/127/D/2728/2016. 2020b. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en. Acesso em: 22.11.2021.

CDH. **Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016.** CCPR/C/127/D/2728/2016. 2020a. Disponível em: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CCPR/C/127/D/2728/2016&Lang=en. Acesso em: 22.11.2021.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17.** Medio Ambiente y Derechos Humanos. 2017. Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/serica_23_esp.pdf. Acesso em: 22.11.2021.

EPSTEIN, Paul R.; FERBER, Dan. **Changing planet, changing health: how the climate crisis threatens our health and what we can do about it.** Berkeley: University of California Press, 2020. p. 3.

IOM. **Glossary on Migration.** Geneva, 2019. p. 31, 64. Disponível em: <https://www.iom.int/glossary-migration-2019>. Acesso em: 22.11.2021.

IPCC. **Calentamiento global de 1,5°C.** Resumen para responsables de políticas. 2019. Disponível em: https://www.ipcc.ch/site/assets/uploads/sites/2/2019/09/IPCC-Special-Report-1.5-SPM_es.pdf. Acesso em: 22.11.2021.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro.** São Paulo: Editora Método, 2007.

MARTINS, Amanda Rossini. **Direito Internacional dos Refugiados e o Conceito de Safe Third Country.** Andradina: Editora Meraki, 2021.

NACIONES UNIDAS. Asamblea General. **Resolución aprobada por la Asamblea General el 28 de julio de 2010.** 64/292. El derecho humano al agua y el saneamiento. A/RES/64/292. 2010. Disponível em: https://www.un.org/spanish/waterforlifedecade/human_right_to_water.shtml. Acesso em: 22.11.2021.

NAÇÕES UNIDAS. **Oceanos e zonas geladas estão pagando o preço do aquecimento global.** 2019. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2019/09/1688502>. Acesso em: 22.11.2021.

OHCHR. **General comment No. 36.** Article 6: right to life. CCPR/C/GC/36. 2019. Disponível em: <https://undocs.org/CCPR/C/GC/36>. Acesso em: 22.11.2021.

ONU. **Informe del Representante del Secretario General sobre las Personas Internamente Desplazadas, Sr. Francis M. Deng, presentado con arreglo a la resolución 1997/39 de la Comisión de Derechos Humanos.** Principios Rectores de los Desplazamientos Internos. E/CN.4/1998/53/Add.2. 1998. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0022.pdf>. Acesso em: 22.11.2021.

OUA. **Convenção da Organização de Unidade Africana que rege os aspectos específicos dos problemas dos refugiados em África.** Adis-Abeba, 1969. Disponível em: https://www.fafich.ufmg.br/~luernaut/convencao_oua.pdf. Acesso em: 22.11.2021.

em: 22.11.2021.

PEIRÓ, Patrícia. **O primeiro país que o mar vai engolir com a mudança climática**. 2018. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/14/internacional/1536940957_042749.html. Acesso em: 22.11.2021.

RIGAUD, Kanta Kumari et al. **Preparing for Climate Change at Sea Level**. World Bank, Washington, DC, 2018. Disponível em: <https://myworldweb.com/preparing-for-climate-change-at-sea-level/>. Acesso em: 22.11.2021.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Litigância climática, proteção do ambiente e a ADPF 708**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-25/direitos-fundamentais-litigancia-climatica-protacao-ambiente-adpf-708df>. Acesso em: 22.11.2021.

SARTORETTO, Laura Madrid. **Direito dos refugiados: do eurocentrismo às abordagens de terceiro mundo**. Porto Alegre: Arquipélago, 2018.

SOLOMON, Michele Klein; WARNER, Koko. **Protection of Persons Displaced as a Result of Climate Change: Existing Tools and Emerging Frameworks**. In: GERARD, Michael B.; WANNIER, Gregory E. *Threatened Island Nations: Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*. New York: Cambridge University Press, 2013.

PROCESOS MIGRATORIOS POR LA CRISIS CLIMÁTICA: ¿UN NUEVO RETO PARA EL DERECHO INTERNACIONAL?

Carlos Gil Gandía

Profesor de Derecho Internacional Público en la Universidad de Murcia (España).

Doctor en Derecho Internacional Público, Universidad de Murcia.

Resumen:

El cambio climático es una realidad científicamente demostrada, al igual que la capacidad del ser humano de influir en él con su actividad. La lucha contra el cambio climático se ha convertido en una cuestión importante, tanto a nivel nacional como internacional, tanto desde la perspectiva medio ambiental como también humana. En este trabajo abordamos la perspectiva de protección del ser humano respecto a los efectos del cambio climático por el déficit jurídico existente al respecto en el Derecho Internacional, a fin de poner sobre el escenario los avances (o no) y, en su caso, propuestas de mejora.

Palabras clave: Cambio climático, Migrantes, Derechos Humanos, Organización Internacional de las Migraciones; ACNUR.

Introducción

Los movimientos migratorios se presentan como una cuestión compleja y viva, apta de una consideración multidimensional y multidisciplinar. Problema complejo y vivo por varios motivos. El primero, las profundas y generalizadas diferencias económicas entre el Norte global y el Sur global (de LUCAS y NAÏR, 1998), junto con problemas políticos, hambrunas y guerras, a lo que cabe añadir otro mal provocado por el ser humano, el cambio climático. El segundo, la realidad no alimenta la tranquilidad social de los que migran, y ante ello los representantes públicos pueden enviar mensajes equivocados a los ciudadanos en detrimento de los migrantes (REMIRO BROTONS, 2004, p.11). La normativa se presenta como un alboroto de actos de variado carácter y múltiples fuentes cuyo alcance y relaciones forman un puzle disperso, y no siempre adecuada ni eficaz. En este sentido, la realidad jurídico internacional no alimenta la tranquilidad de los *migrantes forzoso por motivos climáticos*, porque no hay un instrumento internacional que regule su situación y derechos exclusivamente, ni siquiera hay un consenso jurídico para conceptualizar a las

personas que se desplazan por motivos del cambio climático. Esto invita a creer que, probablemente, la base jurídica actual no es la adecuada para hacer frente con realismo a la situación. Desde esta perspectiva, se analizará la existencia (o no) de regulación internacional para el grupo vulnerable mencionado, con el objetivo de poner de relieve si existe algún conato de regulación y, por ende, de reconocimiento.

Antropoceno: la semilla del mal de los migrantes forzosos por motivos climáticos

La causa de los movimientos migratorios, aquellas personas obligadas a huir de su tierra, de su casa, se debe a múltiples factores y la huida, ergo, los desplazamientos, es tan antigua como la historia de la humanidad. Las personas que, por las circunstancias que fuere, marchan y huyen de su lugar lo hacen para buscar una zona más adecuada, protectora y justa en el mundo. Es el derecho a tener un lugar en el mundo, principio rector que puso de relieve H. Arendt, sobre el vínculo inseparable entre el cuerpo viviente y el entorno vital, sobre el “yo” y el “nosotros”.

Los movimientos migratorios son un problema complejo y vivo de nuestro tiempo (y bien lo sabemos los europeos históricamente) necesitados de una consideración multidimensional y multidisciplinar, máxime cuando se muestran como una constante estructural y una *miseria* para los que han de migrar¹ porque hemos de tener en cuenta lo siguiente: la necesidad de moverse o desplazarse es signo que implica *vulnerabilidad* (posiblemente agravada a la ya previamente existente), pero la incapacidad de desplazarse podría señalar, todavía más, una mayor exposición a sufrir daños. En cualquier caso, el reloj vital se para y emerge el desarraigo, personal y colectivo, aunque la vida sigue, pero no de igual manera, si acaso incluso termina. Esto se muestra en cualquier causa que provoca migraciones no libres sino forzadas, a saber: política, económica, hambruna..., lo que pone de relieve que la migración es un fenómeno social y de dimensión internacional y, por ende, de actuación internacional. A ellos debemos añadir, hoy por hoy, otro motivo: el cambio climático, pues ya en 1990, el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), desde una perspectiva no jurídica, aunque con intención jurídica advirtió que la migración humana podría ser una de las consecuencias más graves del cambio climático². Pues este motivo, al contrario, quizá de los tradicionales (hambrunas, guerra, políticos), no es posible o muy difícil que las personas regresen a su casa (MYERS, 1993, p.24). No obstante, entiéndase que cada situación de los flujos migratorios ha de abordarse de una manera individual, diferente, atendiendo a las condiciones y necesidades específicas del momento.

1 El término *miseria* evoca al drama humano, en toda su dimensión, que sufren los migrantes. Sobre esta cuestión resulta indispensable leer *La miseria del mundo*, de Pierre Bourdieu, Akal, 1999.

2 Disponible en IPCC - Intergovernmental Panel on Climate Change.

Efectivamente, el cambio climático constituye uno de los principales problemas que afectan actualmente a la Naturaleza y a las condiciones de vida de los habitantes de la Tierra (y demás seres vivos)³, afectando a sus derechos humanos como la vida, la salud, el agua, la alimentación, la vivienda, el desarrollo... Es un desafío civilizatorio y, por tanto, un desafío para el Derecho Internacional, cuyo interés por el medio ambiente y cambio climático es relativamente reciente, encontrando su simiente ya en la segunda mitad del siglo XX, aunque más reciente, final de la primera década del siglo XXI, es el interés los desplazamientos climáticos y la vinculación de los derechos humanos, medio ambiente y cambio climático⁴. El Derecho Internacional encuentra así un desafío particularmente complejo, máxime cuando el cambio climático antropogénico es la semilla del mal que obliga a las personas a escapar de su tierra por motivos climáticos⁵ (elevación del nivel del mar, desertificación, deshielo, contaminación atmosférica)⁶, que se van produciendo de forma

3 La señora Mary Robinson “ha calificado el cambio climático de la mayor amenaza a los derechos humanos en el siglo XXI”, como pone de relieve el informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible, 1 de febrero de 2016, párr. 23.

4 La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocida la existencia inequívoca entre los derechos humanos, medio ambiente y cambio climático, esto es, entre el ser humano y la naturaleza, lo que demuestra una interpretación jurisprudencial alejada del antropocentrismo. Y así lo ha constatado el Tribunal: “Existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos”, en la *Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, solicitada por Colombia, y titulada Medio Ambiente y Derechos Humanos*, párr. 47, y puesto de relieve en *Caso Kanaz Fernández Vs. Honduras*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009. Serie C No. 196. párr. 148.

5 Al respecto señala Borrás cuestión a tener muy presente desde la perspectiva histórica para interpretar el presente y vislumbra el futuro: “El desplazamiento forzado de la población debido a la degradación del medio ambiente no es un fenómeno reciente. Históricamente, las poblaciones han tenido que dejar su tierra porque ésa había sido degradada, ya fuera a causa de desastres naturales, guerra o por sobreexplotación y, consecuentemente, no podía proveerles sustento. Lo que sí es reciente es el potencial para grandes desplazamientos de población como resultado de una combinación del agotamiento de recursos, de la destrucción irreversible del medio ambiente y del crecimiento de la población, entre otros factores. El estado del medioambiente está cambiando en formas que hacen que las poblaciones humanas sean más vulnerables a la presión ambiental” (BORRÁS, 2011, p. 15).

6 En este sentido cabe recordar la memoria del secretario general de las Naciones Unidas para la Asamblea del milenio, celebrada en septiembre del año 2000: “En la actualidad se observan ya algunos indicios que hacen presagiar este futuro. Con la aceleración de la tendencia al calentamiento de la atmósfera, los cambios del tiempo se han hecho más volátiles y extremos, mientras que se han agravado notablemente los desastres que relacionados con el clima. Sólo en 1998, el costo de los desastres naturales superó al de toda la década de los de 1980. Este año murieron decenas de miles de personas, en su mayoría pobres, y se calcula que unos 25 millones de “refugiados ambientales” tuvieron que abandonar sus hogares”. Indicios que ya se han hecho reales, y desplazamientos que, desgraciadamente, se han incrementado. En términos parecidos se pronunció la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: “Climate change has an adverse impact on living conditions of millions of people. Rising sea levels, worsening desertification, lack

paulatina y socavando, lentamente, el bienestar de las gentes, como, por ejemplo, el acceso al agua o la escasez de alimentos por sequías agresivas. En otras palabras, el cambio climático es causa y consecuencia de tales migraciones y la vulneración de sus derechos humanos. Esto pone de relieve que es algo que ya existe pero que previsiblemente se incrementará a futuro y hay que establecer los cimientos jurídicos y culturales para paliarlo y afrontarlo⁷.

A vueltas con la denominación jurídica de un nuevo grupo vulnerable

¿Y de qué forma denominamos a este grupo vulnerable a merced del cambio climático? No hay acuerdo académico ni institucional al respecto. En el presente trabajo nos decantamos por *migrantes forzoso por motivos climáticos* (en consonancia con la OIM), ya que consideramos que el término *refugiado climático* o *ambiental*⁸ (SCOTT, 2020; McADAM, 2013; BORRÁS, 2006) podría desvirtuar la noción jurídica *refugiado*⁹ por las siguientes razones: a) el estatuto que el refugiado tiene reconocido es muy particular¹⁰ y unas características, hoy por hoy, muy definidas en el art. 1 del Estatuto del Refugiado y desarrolladas por el ACNUR, aunque pueden servir como principios guía para elaborar un estatuto propio de los migrantes climáticos; b) el cambio climático como factor de desplazamiento humano no opera, normalmente, por sí solo, salvo el caso de la desaparición física del territorio, sino que coadyuva y agrava otras causas ya existentes, como la pobreza, la desigualdad o la violencia. No obstante, la inexistencia de consenso respecto de la realidad que viven millones de personas que ven en peligro sus vidas por cuestiones climáticas resulta confusa, inútil y perjudicial para este grupo vulnerable.

Las migraciones climáticas –que no son un fenómeno lineal sino más

of drinking water, and other environment-related challenges may also spark conflicts, giving rise to competition for access to resources”, en su resolución *Climate and Migration*, de 21 de abril de 2021.

- 7 De conformidad con lo estipulado por la Organización Internacional de las Migraciones, ese futuro al que nos referimos es 2050. La organización ha realizado la siguiente hipótesis: el número de migrantes climáticos podría alcanzar en el año señalado la cifra de 200 millones de personas. Probabilidades calculadas por el profesor Myers, en su trabajo *Environmental refugees: An emergent security issue*, presentado y defendido en el Foro Económico de Praga en 2005. Y disponible en https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs-31_sp.pdf. Informe que debe ser leído conjuntamente con el informe migraciones y cambio climático de la OIM, elaborado por Oli Brown, en 2008. Disponible en [mrs-31_sp.pdf](https://publications.iom.int/system/files/pdf/mrs-31_sp.pdf) (iom.int).
- 8 En los años setenta fue propuesto el término refugiado ambiental, que al principio no se expandió a los círculos académicos, aunque sí posteriormente. Noción usada en el informe redactado por Essam El-Hinnawi en 1985 para el Programa de Medio Ambiente de Naciones Unidas.
- 9 El ACNUR los denomina desplazados climáticos, no refugiados climáticos o ambientales.
- 10 La base jurídica de protección se halla en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967. Actualmente, noviembre de 2021, la Convención ha sido ratificada por 149 Estados.

bien complejas: vinculadas y entrelazadas con dinámicas de hambruna, conflictos bélicos, pobreza, entre otras¹¹— son conceptualizadas por la Organización Mundial de las Migraciones (OIM) de la siguiente forma:

“Se conoce como migrante por causas ambientales a las personas o grupos de personas que por culpa de cambios medioambientales ineludibles, súbitos o progresivos, que afectan de forma negativa sus vidas o sus condiciones de vida, se ven obligadas a dejar sus hogares habituales, o deciden hacerlo voluntariamente. El desplazamiento puede ser temporal o permanente, en el interior de su país o al extranjero”¹².

Esta definición se caracteriza por su alcance individual o colectiva de personas, y sus elementos espaciales y temporales, amén de la condición esencial de migración forzosa, por mor del agente desencadenante, los efectos del cambio climático, convirtiendo a tales personas en un grupo vulnerable, que se halla en desventaja frente a otros grupos por su falta, como aquí se expone, de su protección jurídica de sus derechos humanos por su no reconocida jurídicamente condición de migrante forzoso por motivos climáticos. Noción que ha de vincularse con el término Antropoceno, cuyo significado en palabras de la UNESCO:

“Para designar las repercusiones que tienen en el clima y la biodiversidad tanto la rápida acumulación de gases de efecto de invernadero como los daños irreversibles ocasionados por el consumo excesivo de recursos naturales”¹³.

Esta definición pone de relieve tres cuestiones: en primer lugar, nuestro modo de vivir y producir y consumir¹⁴; en segundo lugar, los efectos que so-

11 Véase al respecto el informe de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) de 2021, denominado “Huir del clima. Cómo influye la crisis climática en las migraciones humanas, disponible en [informe-huir-del-clima.pdf](#) ([cear.es](#)).

12 Si bien, cabe recordar que la primera noción elaborada al respecto no fue en el marco jurídico sino científico aunque con intenciones jurídicas, por parte del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA), en 1985, conocida como el Informe El Hinnawi: “Toda persona que se ha visto forzada a abandonar su hábitat tradicional, temporal o permanentemente, debido a una disrupción medioambiental marcada (natural o desencadenada por el Hombre), que compromete su existencia y/o afecta seriamente su calidad de vida (...) Se entiende en esta definición por “disrupción medioambiental” cualquier cambio físico, químico y/o biológico en el ecosistema (o recurso de base), que lo convierte en inutilizable, temporal o permanentemente, para sustentar la vida humana”. OIM, “Nota para las Deliberaciones: La Migración y el Medio Ambiente”, Nonagésima cuarta Reunión del Consejo, MC/INF/288, 2007, p. 1-2.

13 Véase, Antropoceno: la problemática vital de un debate científico ([unesco.org](#))

14 A este respecto se pronuncia de la siguiente manera la profesora Teresa Vicente: “La nueva era geológica del antropoceno nos pone de manifiesto la responsabilidad de la humanidad por el daño ocasionado a la naturaleza, debido al modelo de crecimiento ilimitado. Se trata ahora de responder al gran reto del cambio global mediante la construcción de un nuevo modelo de desarrollo basado en las relaciones ecosistémicas de las que forma parte el ser humano, y desde esta nueva racionalidad condicionar el orden jurídico, polí-

bre la naturaleza causa el cambio climático y, en consecuencia, provoca migraciones climáticas¹⁵; en tercer lugar, para mitigar los efectos del Antropoceno este debe ser estudiado de forma holística e integral, incluyendo, por consiguiente, las Ciencias Jurídicas y Sociales, que han de dar respuesta al rostro humano del cambio climático a través de mecanismos jurídicos de protección¹⁶. Porque, ciertamente, un tema como este, merece la atención de la comunidad científica en general, no solo medioambiental, sino también jurídica, que ha sido la última en sumarse al estudio del cambio climático, pues la primera lleva desde los años 70 y la segunda, realmente, desde la primera década del siglo XX, como veremos.

Los datos constatan la realidad antedicha, y esta es, que sí existen los migrantes forzoso por motivos climáticos, porque, evidentemente, sí existe el cambio climático, salvo para los escépticos de turno que, ya sea por cuestiones

tico y económico. Desde esta nueva perspectiva” (Vicente, 2020, p.1).

15 En el mes de agosto de 2021, meses antes de la Cumbre del Cambio Climático celebrada en Glasgow (Escocia) y conocida por la COP 26, el Grupo Intergubernamental de Expertos y Expertas sobre el Cambio Climático (conocida por sus siglas en inglés, ICC, y supone la primera entrega del Sexto Informe de Evaluación (IE6) del IPCC, que se completará en 2022) constató y, por ende, verificó que las emisiones de efecto de gasto invernalero (GEI) procedentes de las actividades humanas son, realmente, responsables del calentamiento global. Poniendo de relieve que se ofrecen estimaciones sobre las probabilidades de traspasar el rubicón del nivel de calentamiento global de 1,5 grados en las próximas décadas, algo que se debe de evitar (pero de momento, noviembre de 2021, vamos hacia un aumento de temperatura de 2,4 grados o más, con consecuencias desastrosas, véase Cop26: world on track for disastrous heating of more than 2.4C, says key report | Cop26 | The Guardian), por las consecuencias que provocaría en el planeta y, por consiguiente, en nosotros, los seres humanos y especialmente graves para los grupos más vulnerables por las razones que fuere. Véase Sixth Assessment Report (ipcc.ch). Este informe se debe de leer e interpretar con el informe de la Organización Mundial de Meteorología de 2020 (*State of the Global Climate 2020*) y un interesante informe del gobierno canadiense al respecto, denominado environment and Climate Change Canada warns western Canadians about dangerous record-high temperaturas (disponible en Environment and Climate Change Canada - Canada.ca), donde se constata, por ambos informes, el incremento de los niveles de temperatura, alcanzando los 47,9 grados el 28 de junio de 2021 en Canadá, y 48,8 grados en algunas partes de Italia.

16 Vinculado con las cuestiones climáticas son las cuestiones medioambientales, en el sentido de derechos de la naturaleza y derechos humanos interpretados desde la perspectiva no antropocéntrica, pues todo ello está relacionado. Así, cabe señalar que en el año 2021 se han producido tres hitos que pueden ayudar a protegernos a todos y a la naturaleza, y consiguientemente, mitigar los efectos del cambio climático, a saber: 1) Reconocimiento del derecho humano al medio ambiente saludable por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (El Consejo de Derechos Humanos declara que tener un medio ambiente limpio y saludable es un derecho humano | Noticias ONU); 2) el nuevo procedimiento (del Consejo de Derechos Humanos respecto del derecho reconocido) conlleva el nombramiento de un relator especial. Deberá recopilar y comunicar los conocimientos, buenas prácticas y retos, y ayudar a los gobiernos a afrontar y mitigar el impacto del cambio climático en los derechos humanos; 3) el Comité de los Derechos del Niño adoptó el 22 de septiembre de 2021 cinco decisiones que, por primera vez en una instancia internacional, reconocen que los individuos pueden exigir responsabilidad a los Estados cuando sus emisiones de CO2 vulneran los derechos humanos fuera de su territorio (daños transfronterizos, ¿y transgeneracionales?), concretamente fue la Comunicación No. 104/2019, de 8 de octubre de 2021.

de interés o por un pensamiento irracional, no existe. Veámoslo en cifras¹⁷. En 2019 las cuestiones climáticas provocaron cerca de 24,9 millones de desplazamientos en 140 países, ha puesto de relieve Andrew Harper (asesor especial de ACNUR sobre acción climática)¹⁸ o en 2020 se batió un nuevo récord de desplazamiento interno, pues se llegó a 40,5 millones de nuevos desplazamientos en 149 países y territorios, según el Centro para el Monitoreo de los Desplazamientos Internos (IDMC)¹⁹. Llegado aquí, nos podríamos formular la siguiente cuestión: ¿Hay ejemplos de países donde se han dado tales desplazamientos? Sí. En Bangladesh (BLACK, DOMINIC, CHOWDHURY, TASNEM, MOTASIN, MAXIMILLAN, 2014), cuyas zonas rurales son foco de las consecuencias climáticas o en la provincia de Khuzestán en Irán (KHAVARIAN-GARMSIR, POURAHMAD, HATAMINEJAD, FARHHODI, 2019), o las gentes de Tokelau, Niue o la isla de Cook, Kiribati, entre otros. Si bien es cierto que el cambio climático afecta a los países menos desarrollados²⁰ (la cuestión ambiental está vinculada con la pobreza y, además, con un elemento deshumanizador, en el peor de los casos, si acaso no siempre) y con menor capacidad de reacción ante una catástrofe natural, no es menos cierto que los países desarrollados capitalistas también son o podrían ser sujetos afectados por motivos climáticos como fue el caso del huracán Katrina, que sacudió los Estados Unidos (2005).

De lo anterior se colige la siguiente interpretación. Lo ideal sería que los Estados cumplieran con sus obligaciones internacionales respecto del cambio climático para evitar, en la medida de lo posible, las migraciones forzadas por motivos climáticos²¹; pero, ante el más que posible incumplimiento, el Derecho Internacional debe dar respuestas de protección. Porque, ciertamente, en la actualidad, los motivos de los desplazamientos han cambiado y, por consiguiente, el panorama de la protección de las personas necesitadas de ella también ha alterado sustancialmente, y se necesitan nuevos enfoques en la interpretación de instrumentos internacionales, amén de, posiblemente, regu-

17 Como no hay una homogeneidad de cifras, la Comisión Europea ha creado el Proyecto *EACH-FOR* (2007) para subsanar y homogenizar el vacío estadístico de las migraciones forzadas por cambio climático. Disponible en el siguiente enlace:

Environmental change and forced migration scenarios | EACH-FOR Project | Fact Sheet | FP6 | CORDIS | European Commission (europa.eu)

18 Véase, ACNUR - 'El cambio climático es la crisis determinante de nuestro tiempo y afecta especialmente a las personas desplazadas'

19 Véase IDMC (2021). Global Report on Internal Displacement (IDMC | GRID 2021 | 2021 Global Report on Internal Displacement (internal-displacement.org)).

20 La Asamblea General de las Naciones Unidas ya puso de manifiesto que "si bien los desastres naturales causan daños a la infraestructura social y económica de todos los países, sus consecuencias a largo plazo son especialmente graves para los países en desarrollo y obstaculizan su desarrollo sostenible", en su resolución A/RES/56/195, de 21 de enero de 2002.

21 La acción temprana y adecuada para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero podría garantizar la reducción a escala mundial de la migración climática interna. Pone de relieve el Informe (2021) *Groundswell Part 2: Acting on Internal Climate Migration*, del Banco Mundial (Groundswell Part 2 : Acting on Internal Climate Migration (worldbank.org)).

lación específica en este sentido.

La regulación internacional de los migrantes forzosos por motivos climáticos

Igual que el Derecho Internacional Contemporáneo, surgido en 1945, necesitaba el valor humanización por la propia violencia indómita acaecida durante la primera mitad del siglo XX, el siglo XXI presenta desafíos en derechos humanos en lo que a los migrantes climáticos se refiere. Para afrontar ese desafío se requiere interpretar el cambio climático sobre la base de los derechos humanos²². Enfoque que se vislumbra, en cierta medida, en instrumentos internacionales, resoluciones y dictámenes de organismos convencionales y extraconvencionales de las Naciones Unidas. Al respecto, entre otros, cabe mencionar la Declaración de Malé sobre la dimensión humana del cambio climático mundial (2007), el Acuerdo de París (2015), en cuyo preámbulo hace alusión en el marco de las obligaciones estatales de abordar el cambio climático, también respecto de las obligaciones en materia de derechos humanos, aunque es el único instrumento o acuerdo multilateral en los que se hallan mencionados (ni siquiera en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, adoptada en Nueva York el 9 de mayo de 1992, ni en el Protocolo de Kioto, adoptado en la ciudad nipona el 11 de diciembre de 1997), pues la vinculación entre derechos humanos, medioambiente y cambio climático es, de hecho, más bien reciente, como así se plasma en el preámbulo de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y Migrantes (2016). Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos (2008) ha vinculado los derechos humanos y cambio climático, en consonancia con los informes del Relator Especial sobre los derechos humanos y medio ambiente. En este mismo sentido se halla el informe sobre cambio climático, desastres naturales y desplazamiento humano elaborado por el ACNUR (2017), así como también el caso de Teitiota, del Comité de los Derechos Humanos (2019)²³, donde se puso de manifiesto que una persona no debe ser retornada a su país de origen si con ello está en riesgo el ejercicio de algún derecho fundamental, y recientemente el Comité de los Derechos del Niño (2021), que vincula los derechos de los niños con la responsabilidad estatal de las emisiones de CO₂, si afectan a los derechos humanos.

Sin embargo, de conformidad con el párrafo anterior, cabe decir que no existe un instrumento internacional jurídicamente vinculante dedicado exclu-

22 Cabe señalar en esta nota que, además, de la interpretación mencionada, se considera que la configuración e interpretación exclusivamente antropocéntrica debe complementarse con la perspectiva biocéntrica y ecocéntrica, más adecuada a los tiempos presentes y futuros, máxime cuando este Derecho está dirigido (o debería) realmente a la defensa de los derechos y que sin legitimidad no merece la pena profundizar en este ordenamiento jurídico que, particularmente, ha de proteger a los grupos más vulnerables.

23 Dictamen aprobado por el Comité a tener del art. 5, párr. 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016, aprobado el 24 de octubre de 2019.

sivamente a la protección jurídica de los migrantes forzosos por motivos de cambio climático, aunque sí existen iniciativas como los Principios de Nansen (2012), que aborda los desplazamientos entre fronteras en el contexto de los desastres repentinos y de evolución lenta del cambio climático y el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (2018), que viene a decir que el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales sí podrían provocar los desplazamientos²⁴, mientras que el Pacto Mundial Sobre los Refugiados (2018), no considera que lo mencionado podría provocar, en sí mismo, los desplazamientos, pero interactúan cada vez más con las causas de estos movimientos migratorios por cuestiones climáticas²⁵. Desde la perspectiva de la gobernanza global de la migración, ambos Pactos presenten un importante cambio y avance por ubicar en el centro de las políticas de gestión los derechos humanos y reconocer y abordar los vínculos entre los movimientos de población y el cambio climático, en consonancia con los Objetivos para el Desarrollo Sostenible, cuyo objetivo 10, meta 2, solicita a los gobiernos que “faciliten la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”. Con todo, si nos fijamos bien en cómo hace referencia los Pactos al vínculo entre desplazamientos y cambio climático, se pone de relieve que la noción “migrante” es más adecuada que la de “refugiado” para la conceptualización de migrantes forzoso por motivos climáticos, debido a que el término refugiado está muy constreñido a la Convención de 1951, y elementos de protección que priman a la cuestión climática, como son los fundadores temores de ser perseguido, por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas²⁶.

Efectivamente, a falta de una regulación jurídica internacional (*hard-law*) concreta se han formulado propuestas varias en el marco universal, entre las que cabe destacar por su amplio consenso académico, las siguientes. En primer lugar, se ha propuesto la adaptación y aplicación efectiva del Estatuto de Refugiado de 1951 y su protocolo de 1967 para proteger a los migrantes forzoso por motivos climáticos (BORRÁS, 2011; FELIPE, 2019; SCOTT, 2020; SOLANES, 2021). En segundo lugar, también se ha planteado la adopción de un instrumento internacional para la protección de los migrantes climáticos (ZARTNER, 2001; DOCHERTY y GIANNINI, 2009; McADAM, 2013).

24 Objetivo 5, 21 (h): “Cooperar a fin de encontrar, desarrollar y reforzar soluciones para los migrantes que se vean obligados a abandonar su país de origen debido a desastres naturales de evolución lenta, los efectos adversos del cambio climático y la degradación ambiental, como la desertificación, la degradación de la tierra, la sequía y la subida del nivel del mar, incluso mediante opciones de reubicación planificada u obtención de visados, en los casos en que les sea imposible adaptarse en su país de origen o regresar a él”.

25 Numeral 8: “El clima, la degradación ambiental y los desastres naturales no provocan, en sí mismos, los desplazamientos de refugiados, pero interactúan cada vez más con las causas de estos movimientos”.

26 Cuestiones que desgrana el Manual de Procedimiento y Criterios para determinar la condición de refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de Refugiados (ACNUR, 2011).

En relación con la primera propuesta, se critica en el presente trabajo por varias cuestiones: a) la posibilidad (antedicha) de vaciar el término refugiado y, también, el mandato de la ACNUR; b) la Convención de 1951 no es un tratado de migraciones²⁷, y esta regulación se realizó en un momento muy concreto (después de la Segunda Guerra Mundial) para una particular población (europeos) que huía de sus hogares, tornándose, por ello, en un instrumento inadecuado para otorgar una protección eficaz y determinada a un nuevo grupo vulnerable y por una causas muy diferentes; 3) la problemática que supone modificar la Convención de 1951, ya que, de un lado, el limitado número de países existentes en aquel entonces limitaron la participación de Estados africanos o asiáticos en la Conferencia de Plenipotenciarios, convirtiéndose excesivamente eurocéntrica, de otro lado, los continuos desafíos y restricciones que está recibiendo el derecho a solicitar asilo por los países del Norte Global²⁸, entre otros, hacen difícil alcanzar cualquier consenso que permita avanzar en los derechos de los refugiados, siendo más previsible una revisión a la baja (retroceder) del texto. Por consiguiente, lo más viable es la adopción, en este caso, de un nuevo tratado que modificar el existente. Respecto de la segunda, se es partidario, aunque, actualmente, se observa falta de voluntad política al respecto, sirva como ejemplo que en la COP 26, donde se ha tratado la cuestión, pero en múltiples “Side Events”²⁹ y cuando se habla de *Loss and Damage* suele surgir la temática, aunque es cierto que no ha sido objeto de las negociaciones ni prioridades en esta COP (ni en ninguna otra), perdiéndose así una oportunidad de un enfoque integrado del cambio climático sobre estrategias de derechos humanos.

Así pues, de conformidad con lo anterior, aquí se propone la siguiente propuesta: dotar de un tratado a la OIM a fin de que pudiera operar sobre cuestiones de migraciones forzadas por motivos climáticos. Desde la perspectiva jurídica, el tratado debería de configurarse desde el enfoque de cambio climático y derechos humanos, a tal fin se fundamentaría de conformidad con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, normas convencionales, multilaterales o bilaterales, cuya naturaleza jurídica es consuetudinaria (derecho a la dignidad y principio de *non refoulement*), procedentes de los Estados u

27 El único tratado de migraciones universal adoptado es la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990.

28 El claro ejemplo es una carta (7 de octubre de 2021) que varios Estados de la UE (Austria, Bulgaria, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Grecia, Hungría, Lituania, Letonia, Polonia y Eslovaquia, véase The letter on the ‘adaptation of the EU legal framework to new realities’ (europa.eu)) han pedido a la UE autorizar las devoluciones en caliente, y a través de ello, la pretendida externalización de los solicitantes, que son enviados a terceros países mientras se tramita el procedimiento, así actúa Reino Unido (The letter on the ‘adaptation of the EU legal framework to new realities’ (europa.eu)), Dinamarca (Observations from UNHCR on Danish law proposal on externalization – UNHCR Northern Europe) y Australia (Australia’s offshore processing of asylum seekers in Nauru and PNG: a quick guide to statistics and resources – Parliament of Australia (aph.gov.au)).

29 Entre otros, mírese el de 3 de noviembre de 2021, SEORS | Side events list (unfccc.int)

organizaciones internacionales en materia de migración, con el añadido de las obligaciones internacionales estatales en cuestiones climáticas. Ciertamente, hay fragmentación de normas tanto en materia de migraciones como de medio ambiente y clima, pero ambas podrían converger en un instrumento internacional. Desde la perspectiva institucional, la OIM sería el órgano adecuado porque actúa en calidad de coordinador en la Red de las Naciones Unidas sobre migración establecida en el Pacto (*Global Compact for Migration*), y apoya a los países para que apliquen las recomendaciones a nivel regional y nacional, lo que supone elaborar políticas migratorias desde la perspectiva climática y medio ambiental y, también, trabaja el vínculo entre migración y cambio climática a través de la División de Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático (Migración y cambio climático)³⁰. Por todo ello, se considera que es un organismo más adecuado que la ACNUR, que, si bien es cierto que ha tratado y trata la materia, también lo es que ello no está entre sus competencias³¹, que, a la postre, pueden alterarse si acaso no ha sucedido ya en la práctica.

Conclusión

Si los Estados hubieran cumplido sus obligaciones climáticas y el modelo productivo y vital capitalista que nos gobierna desde hace tiempo hubiera sido otro, no haría falta este trabajo ni otros. Pero hace tiempo que los seres humanos han dejado de lado la protección de la Naturaleza, por ello necesitamos prepararnos para las consecuencias humanas del cambio climático.

En este trabajo se ha intentado demostrar los desafíos conceptuales, normativos e institucionales que debe afrontar el Derecho Internacional para proteger a ese grupo vulnerable, pues como iusinternacionalistas nuestro razonamiento y nuestro juicio deben estar guiados por la conformidad de las actuaciones del Derecho mencionado. Ciertamente, ha habido pequeños avances en el marco cuasicontencioso de las Naciones Unidas y en instrumentos internacionales no vinculantes, pero la situación invita a la reflexión, a la actuación y a la denuncia de la falta de voluntad estatal de reconocer y proteger a los migrantes forzosos por motivos climáticos. En este trabajo se ha formulado una propuesta viable en torno a la OIM, empero, los vientos de la política migratoria estatal ni, quizá, internacional, no soplan en esta dirección, sino más bien en la negación absoluta del *otro*.

30 En el organigrama de la OIM se creó la División de Migración, Medio Ambiente y Cambio Climático (Migración y cambio climático | International Organization for Migration (iom.int), dentro del Departamento de Gestión de la Migración. Su función es supervisar, apoyar y desarrollar guías o principios rectores de las actividades que vinculan a la migración, el medio ambiente y el cambio climático.

31 Establecidas en el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950.

Referencias

- ACNUR. **La situación de los refugiados en el mundo**, Ginebra, 2012.
- ARENDDT, Hannah. **Los orígenes del totalitarismo**, Taurus, Madrid, 1998.
- BLACK, Richard., DOMINIC, Kniveton., CHOWDHURY Abrar., TASNEEN, Siddiqui., MOTASIM, Billah., MAXMILLAN, Martin. **Climate-related migration in rural Bangladesh: a behavioural model. Population and Environment**, 2014, 36, pp. 85-110.
- BORRÁS, Susana. “El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales”, **Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana: REMHU**, vol. 19, nº. 36, 2011, pp. 11-48.
- BORRÁS, Susana. “Refugiados ambientales. El nuevo desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en **Revista de Derecho**, vol. XIX, nº2, diciembre 2006, pp. 85-108.
- DE LUCAS, Javier y NAÏR, Sami. **El desplazamiento en el mundo**. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales del Gobierno de España. Madrid. 1998.
- DOCHERTY, Bonnie y GIANNINI, Tyler. “Confronting a Rising Tide: a Proposal for a Convention on Climate Change Refugees”, en **Harvard Environmental Law Review**, vol. 33, 2009, pp. 349-403.
- EL-HINNAWI, Essam., “Environmental Refugees”, **United Nations Environment Programm, Nairobi, Kenya**, 1985.
- FELIPE, Beatriz., **Las migraciones climáticas ante el ordenamiento jurídico internacional**. Aranzadi, Navarra, 2019.
- KHAVARIAN-GARMSIR, Amir Reza., POURAHMAD, Ahmad., HATAMINEJAD, Hossein., FARHHODI, Rahmatollah. “Climate change and environmental degradation and the drivers of migration in the context of shrinking cities: A case study of Khuzestan province, Iran”. **Sustainable Cities and Society**, vol. 77, 2019, 101480.
- McADAM, Jane. **Climate Change, Forced Migration, and International Law**. Oxford University Press, 2013.
- MYERS, Norman. “Environmental Refugees in a globally warmed world”, en **Bioscience**, nº 43-11, 1993, pp. 752-761.
- REMIRO BROTONS, Antonio y MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. **Movimientos migratorios y derecho**. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, nº 7, 2003.
- SCOTT, Matthew. **Climate Change, Disasters, and the Refugee Convention**. Cambridge University Press, 2020.
- SOLANES, Ángeles. “Desplazados y refugiados climáticos. La necesidad de protección por causas medioambientales”, en **Anales de la Cátedra Francisco Suárez**, nº55, 2021, pp. 433-460.
- VICENTE, Teresa. “Las relaciones entre la naturaleza y el derecho: justicia climática y derechos humanos. Justicia ecológica y derechos de la naturaleza”, en **Revista**

Electrónica de Derecho Ambiental, nº 37, 2020, pp. 1-25.

ZARTNER, Dana. “Stemming the Flow of Environmental Displacement: Creating a Convention to Protect Persons and Preserve the Environment”, en **Colorado Journal of International Environmental Law and Policy**, vol. 1, 2001, pp. 1-19.

MIGRATE OR NOT MIGRATE, THAT IS THE QUESTION...: RESPUESTAS ADAPTATIVAS AL CAMBIO CLIMÁTICO DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

Justo Corti Varela

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

Álvaro Jarillo Aldeanueva

Universidad Nacional de Educación a Distancia (España)

Resumen:

Esta comunicación analiza si la decisión de migrar ante cambios adversos producidos por el cambio climático (paulatinos o abruptos) puede analizarse desde una perspectiva de género y si ésta es recogida en la legislación y/o práctica internacional. La literatura interrelaciona migraciones y cambio climático, incluso con enfoques transversales donde se evalúa la perspectiva de género (Borràs, Felipe, Ayales, Chindarkar, Gioli, Hunter, Lama, Mahler, Milletto, Rothe). Nuestra hipótesis es que la migración es una respuesta adaptativa donde los roles de género juegan un papel importante tanto en la propia edición inicial entre migrar/no emigrar, o en el propio *iter* migratorio; y que dichos roles no son tenidas en cuenta por la legislación internacional afectada. El objeto de estudio será, por una parte, la literatura que analiza los roles de género en la emigración climática, y por la otra, la legislación internacional que regula dichos flujos.

Palabras clave: Migración climática; Respuestas adaptativas; Perspectiva de género; Protección internacional; Protección de los DDHH; Derecho internacional.

1. Introducción

La relevancia del tema se justifica por el creciente número de migrantes climáticos que toman la decisión de partir por una causa que directa o indirectamente está vinculada al cambio climático según acreditan organismos

internacionales (ACNUR, Banco Mundial, OIM), y la necesidad de dar respuesta a las necesidades especiales de protección que debe tener el derecho internacional según el género del migrante. Para ello, se tendrán en cuenta los contextos que dieron origen a la decisión, incluyendo las vulnerabilidades subyacentes, los factores endógenos y, en especial, la influencia que ejerce el género en cada fase del proceso. La metodología inicial, dada la complejidad del fenómeno, necesariamente es interdisciplinaria o intersectorial, particularmente en cuanto al origen casual de la distinción de género en el proceso de la migración climática. La segunda parte del estudio, la relativa al análisis de la legislación internacional seguirá una metodología jurídico-doctrinal, con el uso, puntual, de herramientas jurídico-sociales, en su caso.

Las migraciones climáticas pueden ser entendidas como un fracaso o como un recurso adaptativo frente a los efectos negativos del cambio climático. Lo que sí cabe es que es una estrategia de último recurso en entornos donde las deficiencias de infraestructura, educación y recursos impide contener y/o amortiguar los cambios. Por ello, aunque no sea necesariamente siempre así, normalmente constituyen un fenómeno propio del Sur Global, y por ello, especialmente cuando son fruto de procesos de degradación progresivos que impactan sobre los medios de vida en entornos rurales, resulta difícil de distinguir con otros procesos migratorios desde economías empobrecidas a otras más ricas.

El hecho de que se trate de procesos migratorios desde sociedades más empobrecidas, tradicionales y rurales, donde los roles de género son impuestos según el sexo, conlleva a una identificación casi automática entre sexo y género. En este artículo hemos preferido hablar de género en vez de sexo, aunque casi siempre nos referiremos a las mujeres, porque el impacto que el cambio climático y la migración tiene sobre éstas es en relación con roles impuestos a su sexo. Centrarnos en los roles en vez del sexo permitirá explorar otros efectos del proceso, incluso positivos desde la perspectiva de género si, por ejemplo, el proceso migratorio climático permite debilitar la imposición de roles. En este supuesto la distinción estaría justificada y permitiría abordar, en un futuro, la relación de cambio climático, migraciones e identidades de género.

En nuestro punto de partida del concepto de mujer-migrante-climática nos encontramos con numerosas normas e iniciativas internacionales referidas a aspectos que conectan con alguno de los tres elementos: mujer, migración y clima. Así, en ámbitos como la protección de los derechos humanos, la regulación de los desplazados por desastres medioambientales, la lucha contra el cambio climático, la prevención de desastres y riesgos naturales, y en otros muchos sectores hacemos referencia a los compromisos de los Estados y de las OOH para proteger a la mujer migrante climática. La primera observación que debemos realizar es que hay gran dispersión normativa y una gran pluralidad de iniciativas políticas que, en conjunto, no forman parte de un todo coherente.

Esta ausencia de coherencia no impide subrayar algunas de las tendencias que se observan en los últimos años en la percepción de estas mujeres que migran por causas relacionadas con el cambio climático. En primer lugar, la invocación excesiva de conceptos como el de refugiado climático provoca cierta confusión en el debate público sobre los intereses que están en juego. Así, según el ámbito donde tenga lugar ese debate (público o académico) se primarán más algunos intereses frente a otros, como la protección de las personas, el cuidado del medioambiente o la migración ordenada. También es frecuente que haya distintas sensibilidades o percepciones respecto de propia percepción de la mujer, ya que en algunos casos se subraya su vulnerabilidad y en otros, como está ocurriendo en estos últimos años, se subraya la necesidad de empoderar al colectivo femenino para que asuman un mayor protagonismo en la gestión climática y en las políticas migratorias. Todo ello hace que sea necesario que nuestro análisis adopte algún tipo de sistemática que permita estudiar los intereses en juego, los bienes jurídicos protegidos y las normas que protegen a esas mujeres-migrantes-climático. En nuestro caso, nuestra aproximación la realizamos a continuación en torno a tres ramas del ordenamiento internacional: el Derecho de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Medioambiente.

2. Hacia un marco conceptual de la migración climática desde una perspectiva de género: dilucidando la complejidad

Las relaciones entre migraciones climáticas y género han sido estudiadas tanto por juristas como por sociólogos y politólogos (Borràs Pentinat 2019, Felipe Pérez 2019a y 2019b, Chindarkar 2012, Gioli y Milan 2018, Hunter David 2011, Lama, Hamza y Wester 2021, Rothe 2017, Gioli, Khan, Bisht, y Scheffran 2012). Entre los perjudicados por el cambio climático, las mujeres constituyen un grupo claramente identificado entre los más vulnerables a los cambios. Estos las afectan más y, además, por condicionamientos socio-culturales, disponen de menos posibilidades de adaptación. La migración puede ser considerada una estrategia o un fracaso adaptativo, probablemente de último recurso, y es de esperar que sea utilizada por las que carecen de otros medios para sobrevivir al nuevo contexto (Kronlid 2014). Esta narrativa lineal (y estática desde la perspectiva del punto de partida) entre género y migraciones climáticas puede ocultar elementos importantes. Por una parte, la decisión de migrar, aunque se desencadene por una causa climática, puede estar precedida de un contexto adverso donde el género es un claro condicionante. Así la decisión más que una solución de último recurso a un problema concreto puede ser una oportunidad para buscar una respuesta drástica y global a un cúmulo de problemas preexistentes que forman un contexto adverso para las mujeres. En clave darwiniana, la presión climática actuaría no como un elemento negativo sino como el catalizador que forzaría un cambio de un contexto de opresión. Queda por ver, según cómo sea el *iter* migratorio y el desenlace final de

la apuesta, si la positividad de la decisión inicial reforzará el empoderamiento o, por el contrario, cimentará (o incluso empeorará) el sometimiento. Intentaremos dilucidar este marco conceptual complejo que puede servir, en el apartado siguiente, para que el derecho internacional lo tenga en cuenta a los fines de proteger a las vulnerables y potenciar su decisión de cambiar su destino en clave de derechos humanos.

a. Elementos estáticos: influencia del género en las migraciones climáticas

El cambio climático afecta con más fuerza a los grupos vulnerables (personas empobrecidas, niñas y niños, ancianos y enfermos, comunidades indígenas) y las mujeres, por los condicionamientos sociales que se le imponen (como cuidadoras y proveedoras de medios de subsistencia del hogar tales como alimentos, agua y energía), concentran en su persona la responsabilidad de dar respuesta a dichos cambios (Denton, 2002). Además, la alta concentración de pobreza en las mujeres, las limitaciones que se les imponen al acceso a la educación y a los recursos económicos (trabajo remunerado, propiedad) reducen significativamente su capacidad de respuesta (Arora-Jonsson, 2011). Como recoge Felipe Pérez (2019b, p.83), incluso la presión social para no aprender habilidades como trepar o nadar hacen que ante un mismo evento adverso mueran más mujeres que hombres.

Sin embargo, y aunque está aceptado que las migraciones son un medio de adaptación (McLeman, y Smit, 2006; PCCM, 2014, 4), la literatura ha presupuesto que las mujeres no suelen migrar, sea porque se sienten responsables de sus hogares, sea porque carecen de recursos para financiar el viaje, o simplemente porque temen a los riesgos de un viaje que, como veremos seguidamente, representa para ellas un alto riesgo añadido (PCCM 2014, Patt, Dazé, y Suarez, 2009).

Aunque la percepción es que migrar es cosa de hombres (Rosenbloom, 2004), lo cierto es que se carecen de estadísticas fiables y desagregadas sobre migraciones y género, y menos aún de migraciones climáticas y género. Tan es así que el *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration* urge la recopilación de este tipo de datos desagregados (al menos por sexo y edad) que permita el diseño de políticas basada en evidencias (Objetivo 1). Si la desagregación por sexos es escasa, las estadísticas prácticamente nunca recogen la orientación sexual y la identidad de género¹. Según datos de Naciones Unidas², sobre la base de información recogida por las agencias nacionales (normalmente censos), los porcentajes de migrantes estarían equiparados en-

1 Portal de Datos Mundiales sobre Migraciones “Genero y Migración (actualizado a 28 septiembre 2021)” Disponible en: [https://www.migrationdataportal.org/themes/gender-and-migration#:~:text=There%20were%20more%20male%20international,-cent%20\(ILO%2C%202018\)](https://www.migrationdataportal.org/themes/gender-and-migration#:~:text=There%20were%20more%20male%20international,-cent%20(ILO%2C%202018))

2 NNUU “International Migrant Stock” 2020. Disponible en: <https://www.un.org/development/desa/pd/es/content/international-migrant-stock>

tre mujeres y hombres (48 y 52% respectivamente), datos que coinciden *grosso modo* teniendo en cuenta la participación laboral femenina, con los de migrantes trabajadoras y trabajadores que publica la OIT³. Si extrapolamos estos datos en las migraciones climáticas, la incidencia del género en la decisión de migrar sería escasa, al menos en términos cuantitativos.

Sin embargo, cuando se buscan datos cualitativos sobre el *momentum* de decidir emigrar, sí que se ven diferencias. El clásico “Birds of Passage are also Women...” (Morokvasic, 1984, 896 y 897) ya distinguía entre las mujeres que emigran para casarse, seguir a su marido (o incluso facilitar su emigración) de las que lo hacían de forma independiente, a veces incentivadas por las propias familias, porque en sus comunidades de origen no tenían futuro o encaje. La edad y la situación familiar (casada/soltera) serían esenciales en este último supuesto, así como el contexto (rural/urbano). Estos elementos cualitativos, desgraciadamente, no se reflejan en las estadísticas. Lo que sí queda claro es que, aun quienes emigran de forma independiente, la decisión de emigrar no sería individual sino muy condicionada por el grupo familiar.

En los contextos rurales, donde el cambio climático tiene mayor impacto, la presión por emigrar o permanecer es doblemente externa en el caso de las mujeres, ya que se ven condicionadas por un contexto cada vez más hostil, en el que normalmente tienen poca capacidad de decisión de cómo mitigar y/o adaptar, y a la vez también carecen de la independencia para decidir entre quedarse o marcharse, ya que les viene socialmente impuesto el rol de elemento esencial o prescindible en su comunidad.

De ser cierta esta afirmación, en un número importante de supuesto las emigrantes climáticas iniciarían su viaje como un simple objeto. Esto no significa, sin embargo, que pueda haber también otros factores subyacentes que poco a poco vayan aflorando en el *iter* migratorio y que lleven a las migrantes climáticas a un proceso de empoderamiento fruto del viaje.

b. Elementos dinámicos: influencia de las migraciones climáticas en las inequidades de género

Una vez tomada la decisión de emigrar, el viaje migratorio puede adquirir muchas vicisitudes, a veces con contenidos positivos y/o negativos desde el punto de vista de la visión de género. Si bien los estudios entre movilidad y género son cuantiosos los que vinculan éstos con el cambio climático son más reducidos (Gioli y Milan, 2018).

La visión clásica hace hincapié en la vulnerabilidad de la mujer. Las mujeres suelen hacer viajes migratorios más cortos y temporales (Hanson, 2010), tendiendo a desplazamientos que en muchos casos no adquieran el alcance de

3 42 y 58% respectivamente. La participación de las mujeres migrantes en el mercado laboral sería superior a las de las no migrantes (63% a 48% respectivamente). OIT “ILO Global Estimates on International Migrant Workers” 2018. Disponible en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_652001.pdf

una migración internacional, lo cual se ajusta al formato de migración climática por evento súbito e intenso (inundación, huracán, etc.) y lo aleja de las migraciones económicas por degradación del medio. Incluso cuando hacen largas travesías, probablemente consientes de los riesgos que implican especialmente para ellas (explotación sexual y violencia de género) acuden con menos frecuencia a organizaciones de tráfico de personas, a medios irregulares de entrada y, en definitiva, disponen de menos oportunidades de solicitar asilo en frontera (Kofman, y Sales, 1997). Incluso el hecho de desplazarse teniendo hijos bajo su cuidado las hace más cautas. Y cuando asumen dichos riesgos no siempre reciben un trato diferenciado acorde a sus necesidades en frontera, fomentando el estereotipo securizado del solicitante hombre que intenta quebrar el sistema migratorio y reduciendo la migración femenina a mecanismos de reagrupación familiar, lo que consolida la dependencia de éstas a estereotipos presentes en las sociedades de origen.

Incluso hay recrudescimiento de vulnerabilidades de género cuando el migrante climático es masculino. Como demuestra Chindarkar, cuando el cabeza de familia toma la decisión de emigrar por razones permanentes debidas al cambio climático (sequía, desertificación, subida del nivel del mar), las mujeres deben asumir el rol aumentando sus obligaciones de cuidado de la familia con las del trabajo fuera del hogar, y sufren aun más riesgos de caer en la pobreza o en redes de explotación (Chindarkar, 2012).

La perspectiva de género desde el ángulo de la vulnerabilidad está ligada a la visión de la migración climática como fracaso adaptativo, a visiones catastrofistas del impacto climático en el flujo de inmigrantes (que llevarían a securizar el fenómeno) y, en definitiva, a la necesidad de reducir y/o reprimir dicha migración, por ejemplo, reconociendo el estatuto de refugiados (o la más laxa protección internacional) en casos aislados, devolviendo al resto y forzando la creación de programas climáticos en origen (Boas, y otros, 2019).

Sin embargo, el *iter* migratorio puede tener una visión menos lineal, más polifacética y, sobre todo, más constructiva. Puede significar no solo un cúmulo de obstáculos que manifiesten vulnerabilidades de género producto del desastre climático (visión conflictiva) sino como una oportunidad de cambio impulsado por la necesidad del nuevo contexto que debilite los roles asignados y conlleve un proceso de empoderamiento. Se trataría de una migración climática como estrategia adaptativa que se nutre de la literatura en migraciones que ve al proceso como un fenómeno antropológico permanente que permite crear resiliencias trato en origen como en destino (Webber, Barnett, 2010; Suliman, 2016) y como una consecuencia natural de las relaciones entre Antropoceno y cambio climático (Bettini, 2019). Se fundamentaría en una perspectiva de género y medioambiente posestructuralista, menos paternalista (y por lo tanto menos masculinizada) que subjetiviza a la migrante climática no sólo como una víctima de un conflicto sino como agente del cambio, como parte de la solución (Roth, 2017). Esta teoría se concretaría, por ejemplo, en facilitar la migración temporal y aprovechar la circunstancia para tejer

redes resiliencia climática entre origen y destino, proponiendo y aplicando soluciones recíprocamente. Se trata de alterar los roles establecidos con soluciones colaborativas, donde las mujeres cuentan con mejores herramientas de actuación, aunque no necesariamente por mujeres, ya lo que se trata es cambiar de políticas masculinizadas a otras equitativas (neutras en clave de género) sin importar el sexo, la orientación sexual o identidad de quien las desarrolla.

3. La mujer-migrante-climática en el Derecho Internacional

En este apartado desarrollamos una breve aproximación a los tres ámbitos principales del ordenamiento internacional en los que los Estados han asumido compromisos respecto del *iter* migratorio que realizan las migrantes climáticas: el Derecho de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional del Medioambiente.

a. La difícil incorporación del concepto de refugiado climático

Siempre que se habla de refugiados y cambio climático surge el concepto de refugiado climático. Este término ha sido ampliamente debatido por la doctrina que también los ha denominado refugiados ambientales o ecológicos. El punto de partida es la conexión evidente entre las crisis medioambientales causadas (o potenciadas) por el cambio climático y los contextos de violencia e inestabilidad que generan, con especial impacto para las mujeres. Son muchos los estudios que han analizado esta conexión (Desai, y Moumita, 2021; Ruysen, y Salome, 2018; Martin, 2010; Humphreys, 2010), el propio Secretario General de Naciones Unidas ha alarmado sobre esta relación entre la degradación ambiental del cambio climático y el impacto desproporcionado que genera en los colectivos de mujeres y niñas⁴. Una de las autoras que ha tratado con mayor rigor y profundidad la viabilidad jurídica del término es la profesora Susana Borrás, que ha afirmado que “refugiado ambiental es toda persona que no puede seguir viviendo en su territorio como consecuencia de causas ambientales de repercusiones anómalas”⁵.

El problema recurrente que debate la doctrina es la viabilidad del concepto de refugiado en las situaciones de huida y migración en las que no es posible probar el elemento de la persecución individual. En esos contextos

4 *Vid.* Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General: *Women, Peace and Security* (S/2019/800), de 9 de octubre de 2019, p.35, par.118. “The global threat of climate change and environmental degradation is poised to exacerbate the already increasing number of complex emergencies, which disproportionately affect women and girls. There is therefore an urgent need for better analysis and concrete, immediate actions to address the linkages between climate change and conflict from a gender perspective”.

5 Esta autora ha realizado excelentes análisis sobre la situación de las personas que huyen de esos contextos de degradación ambiental o de otras situaciones de violencia generadas por la lucha por los recursos naturales: Borrás Pentinat, 2006. Ver también Borrás Pentinat 2001 y Borrás Pentinat 2015-2016.

de escasez y degradación climática, se incrementa la inseguridad y aumenta la violencia (que suele relacionarse con el control de los recursos naturales disponibles y el acceso a las zonas seguras), pero sigue siendo necesario probar la afectación personal y la individualización de la persecución. Al igual que ocurre en cualquier situación de vulnerabilidad y pobreza, las mujeres suelen ser objeto de abusos y la violencia se utiliza como medio de control, provocando matrimonios forzados o explotando la mano de obra de las mujeres.

Muchas de las migraciones climáticas son desplazamientos internos o movimientos a gran escala producidos como reacción frente a la degradación ecológica. Es evidente que existe una huida y que los migrantes son víctimas del cambio climático, pero no hay elementos asimilables a la individualización de la persecución que exige el Derecho de los refugiados (Espósito Massicci y Torres Camprubí, 2011). Los esfuerzos realizados para expandir la interpretación del concepto de refugiado, de forma que asimile a los migrantes, son muy oportunos para que los tribunales nacionales incluyan en el concepto de persecución los supuestos en los que, de forma individualizada, se puede probar un riesgo o peligro para la vida derivado de algún contexto medioambiental, más aún cuando está relacionado con la condición de mujer. Al igual que se ha realizado en los últimos años respecto de personas perseguidas por su condición sexual o por su condición de mujer (cuando, por ejemplo, rechazaban el matrimonio forzoso o podían ser sometidas a prácticas como la ablación genital), parece oportuno tomar en consideración la persecución por motivos climáticos cuando se produzca de forma individualizada (más aún si se conecta con la violación de otros derechos humanos protegidos por instrumentos internacionales). Pero esta especial sensibilidad respecto de los desplazados climáticos no puede asimilarse a la inclusión de un concepto de refugiado climático en el régimen de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados que supusiera la eliminación del requisito de la persecución, al margen de otras consideraciones políticas que tampoco recomiendan iniciar la reforma de la Convención sin que se garantice el necesario consenso de los Estados⁶.

b. La protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos

El ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el que ofrece una mejor protección a la triple dimensión de nuestro concepto de mujer-migrante-climática. Los instrumentos de derechos humanos funcionan a modo de “red de protección” para los derechos de los cuales son titulares. La cooperación es la piedra angular de todo el sistema y no debe entenderse

6 *Vid.* Parlamento Europeo, *The concept of ‘climate refugee’ Towards a possible definition* (PE 621.893), febrero de 2019, p.8: “The Commission’s Directorate-General for Migration and Home Affairs had suggested [...] that there was no need for ‘refugee-type protection’ specifically on climate-related grounds.” Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698753/EPRS_BRI\(2021\)698753_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/698753/EPRS_BRI(2021)698753_EN.pdf)

solo como una cooperación entre Estados o entre estos y las organizaciones internacionales, sino también entre los propios órganos de protección encargados de velar por la aplicación de los distintos instrumentos convencionales⁷.

La falta de coherencia en la protección de la triple dimensión mujer-migrante-climática exige un mayor compromiso con la transversalidad de los efectos del cambio climático y con su impacto en los derechos de las personas, más aún cuando se trata de grupos vulnerables, como las mujeres inmersas en el proceso migratorio. En este sentido, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha afirmado, con carácter general, que “el cambio climático contribuye sustancialmente a las vulneraciones de los derechos humanos y a los movimientos humanos conexos”⁸. Un año después, el Consejo de Derechos Humanos promovió una mesa redonda para analizar la situación de los derechos en el contexto del cambio climático y llegó conclusiones interesantes como la necesidad de reforzar la participación de la mujer en todas las tomas de decisión referidas al cambio climático (lo que influirá positivamente en las actividades de mitigación y adaptación⁹) y llamó la atención a los Estados para que adoptaran medidas relacionadas con el clima “basadas en derechos y sensibles a las cuestiones de género”¹⁰. Todo ello indica la necesidad de conectar los instrumentos de protección individual de los derechos humanos (donde el bien jurídico protegido es la persona, junto con su integridad y sus derechos) con otras obligaciones internacionales en las que el bien jurídico protegido es la naturaleza o alguno de sus componentes (como puede ser la biosfera o cualquier otro espacio protegido).

En este ámbito universal, el Comité para la Eliminación de la Discrimi-

7 Así, en el ámbito de los instrumentos universales de las Naciones Unidas, es bien conocida la interacción existente entre el Comité de Derechos Humanos con otros comités responsables de convenios más específicos como la Convención sobre los Derechos del Niño o la propia Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

8 Consejo de Derechos Humanos, *Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Corregir el déficit de protección de los derechos humanos en el contexto de la migración y el desplazamiento de personas a través de fronteras internacionales a raíz de los efectos adversos del cambio climático y apoyar los planes de adaptación y mitigación de los países en desarrollo destinados a corregir dicho déficit de protección* (A/HRC/38/21P.5), de 28 de abril de 2018, par.10. Ese mismo informe sostiene, por un lado, que las mujeres son un colectivo especialmente vulnerable que ve limitada su capacidad para tomar la decisión de migrar (p.8, par.21) y, por otro lado, recomendaba a los gobiernos que implicaran más a las mujeres en los procesos decisorios relacionados con el cambio climático y la movilidad humana (P.19. par.66,i).

9 *Vid.* Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: Resumen de la mesa redonda sobre “Los derechos de la mujer y el cambio climático: acción climática, mejores prácticas y enseñanzas adquiridas”* (A/HRC/42/26), de 24 de julio de 2019, p.12, par.56. Es bastante relevante que, en el mismo párrafo en el que se indica esta necesidad tomar medidas basadas en derechos, el informe incluya referencias tan dispares como el Acuerdo de París, el Convenio sobre los Pueblos Indígenas y Tribales o las recomendaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

10 *Ibid.* p.12, par.57.

nación contra la Mujer, destaca la *Recomendación general 37 sobre las dimensiones de género de la reducción del riesgo de desastres en el contexto del cambio climático* en la que subraya aspectos como la necesidad de empoderar a las mujeres y garantizar su participación,¹¹ la importancia de su acceso a la justicia y a la administración¹², o la importancia de elaborar mecanismos de vigilancia específicos que tengan en cuenta el género y que se integren con otros marcos existentes como la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático y la Agenda 2030¹³. En el año 2020, varios comités de Naciones Unidas elaboraron una declaración que afirma que el cambio climático afecta de manera diferente a las mujeres y a las niñas,¹⁴ que cada vez son más las personas que se ven obligadas a migrar por desastres medioambientales (incluidos los desplazamientos internos)¹⁵ y, lo más relevante, que “no adoptar medidas para prevenir el previsible menoscabo de los derechos humanos causado por el cambio climático, o no regular las actividades que contribuyen a dicho menoscabo, podría constituir una vulneración de las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos”¹⁶. Esta afirmación confirma la interacción entre los dos bienes jurídicos objeto de protección (la naturaleza y las personas) y muestra la transcendencia de los mecanismos convencionales para, indirectamente, compeler a los Estados en el cumplimiento de sus obligaciones medioambientales.

En esta línea, ha tenido mucho eco el Dictamen aprobado por el Comité de Derechos Humanos en la comunicación presentada por *Ioane Teitiota* contra Nueva Zelanda¹⁷. El Comité concluyó que no podía afirmar que esa denegación de asilo vulneraba el artículo 6 del Pacto¹⁸, pero aceptó que la “la grave degradación del medio ambiente puede afectar negativamente el bienes-

11 *Vid.* Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW/C/GC/37), de 13 de marzo de 2018, p.9, par.26,b.

12 *Ibid.* p.13, 38,c).

13 *Ibid.* p.14, 40,b).

14 Sobre todo, en lo que se refiere a su salud, seguridad y medios de vida. *Vid.* Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, *Declaración sobre los derechos humanos y el cambio climático* (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, Comité de los Derechos del Niño y Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. HRI/2019/1), de 14 de mayo de 2020, p.2, par.4

15 *Ibid.*, p.4, par.14

16 *Ibid.*, p.3, par.10.

17 El reclamante sostuvo que fueron los efectos del cambio climático los que obligaron a migrar desde una isla de Kiribati (entre otros motivos, por ausencia de agua potable) y que por eso solicitó el asilo en Nueva Zelanda, petición que fue rechazada en las distintas instancias nacionales. En este mismo simposio, Elisa Hartwig ha analizado este caso en la comunicación titulada “Caso Teitiota *versus* Nove Zelândia: uma análise da efetiva proteção dos direitos humanos das vítimas do deslocamento forçado causado pela crise climática”

18 Comité de Derechos Humanos, *Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2728/2016* (CCPR/C/127/D/2728/2016), de 23 de septiembre de 2020, pp.13-14, par.9.14.

tar de las personas y dar lugar a la violación del derecho a la vida¹⁹. En otros ámbitos regionales, como el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, son numerosos los asuntos en los que el tribunal ha utilizado otros derechos contemplados en el Convenio²⁰ (como, por ejemplo, el derecho a la vida²¹, el derecho a la propiedad²² o el derecho a la información pública²³) para pronunciarse sobre ámbitos medioambientales que, en principio, no estaban contemplados en el Convenio²⁴. Toda esta jurisprudencia confirma la protección indirecta del medioambiente que ofrecen los órganos jurisdiccionales a través de la defensa de los derechos individuales²⁵.

c. Las mujeres migrantes en el Derecho Internacional del medioambiente

En el ámbito del medioambiente y el desarrollo sostenible, nuestro triángulo de mujer-migrante-climática también ha sido objeto de tratamientos asilados y de cierta fragmentación en lo que se refiere. Así, por ejemplo, la propia Agenda 2030 contempla en el objetivo 5 la igualdad de género y en el objetivo 13 la acción por el clima, lo que obliga a buscar los puntos de conexión entre ambos. El propio Acuerdo de París hace referencias específicas en su preámbulo a los migrantes y a la necesidad de tomar en consideración la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer. En este Acuerdo también se pidió al Mecanismo Internacional de Varsovia que liderara el seguimiento de los efectos adversos del cambio climático, en particular, los desplazamientos de personas (par.49), lo que supone reconocer los peligros del

19 *Ibid.* p.11, par.9.5. Es importante mencionar que este Dictamen contó con dos votos particulares (disidentes) de dos miembros del Comité. En opinión de uno de ellos, Duncan Laki Muhumuza, el recurrente corría el autor corre un riesgo real, personal y razonablemente previsible de amenaza a su derecho a la vida como resultado de las condiciones imperantes en Kiribati.

20 Es bien conocido el caso López-Ostra en el que el derecho a la vida privada y familiar se vinculó con el disfrute de un medioambiente saludable. Tribunal de Derechos Humanos, Asunto *López-Ostra c. España*, N° 16798/90, de 9 de diciembre de 1994.

21 Tribunal de Derechos Humanos, Asunto *M. Özgel y otros c. Turquía*, No. 14350/05, 15245/05 y 16051/05. Sentencia de 17 de noviembre de 2015.

22 Tribunal de Derechos Humanos, Asunto *Odescalchi y Lante della Rovere c. Italia*, N° 38754/07, de 7 de julio de 2015.

23 Tribunal de Derechos Humanos, Asunto *Guseva Vs. Bulgaria*, No6987/07, de 17 de febrero de 2015.

24 El ámbito de la vida privada y familiar ha sido uno de los más prolíficos para “justificar” esa competencia del tribunal para evaluar el medioambiente sano que permita a los individuos disfrutar de una razonable vida privada y familiar, como ocurrió también en el asunto *Moreno Gómez c. España* (N4143/02, de 16 de noviembre de 2004). El TEDH ha elaborado una Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en la que puede consultarse toda esta jurisprudencia (pp.28-30), está disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf

25 De igual forma, es evidente que el TEDH también ha entrado en otros muchos aspectos referidos al asilo y refugio a través de una abundante jurisprudencia (relacionada con derechos protegidos por el Convenio como la prohibición de la tortura y el trato inhumano o degradante) que no procede examinar aquí dadas las limitaciones de esta comunicación.

desplazamiento y su relación con los factores climáticos.

Es evidente que el bien jurídico a proteger es el medioambiente, pero, en lo que afecta al concepto de la mujer-migrante-climática, hasta los expertos de ese ámbito han recabado datos que demuestran la distinta afectación de las mujeres en las migraciones climáticas²⁶. La necesidad de empoderar a las mujeres se hace presente en este ámbito como una herramienta que mejora aspectos relacionados con el *iter* migratorio (como la reducción de su vulnerabilidad) y que puede ser una estrategia de adaptación a los efectos del propio cambio climático y una contribución para identificar soluciones ajustadas las necesidades de género²⁷. Han sido numerosos los llamamientos que se han hecho a los Estados para que integren la perspectiva de género en las políticas medioambientales²⁸ y ello ha dado sus frutos en compromisos como el Plan de Acción sobre Género acordado en la Conferencia de Estados Parte reunida en Bonn en 2017 (COP23)²⁹ y en el compromiso de la COP25 de Madrid titulado “Versión mejorada del programa de trabajo de Lima sobre el género y su plan de acción sobre el género”³⁰. A pesar de que nuestro estudio sea una somera aproximación, podemos concluir que el Derecho Internacional del Medioambiente tampoco es ajeno a la necesidad de incorporar el enfoque de género y que su incorporación se verá reforzada si se refuerza la transversalidad con los otros ámbitos normativos que protegen a la mujer, lo que redundará en una mayor coherencia en la acción política y normativa.

4. La necesidad de interacción entre los distintos ámbitos normativos

El análisis realizado muestra la encomiable labor de los organismos internacionales, pero también confirma la fragmentación existente en el ordenamiento jurídico internacional. A modo de ejemplo, en el año 2016, la *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes* de la Asamblea general, contemplaba, por un lado, la vulnerabilidad de las niñas en las políticas de mi-

26 Vid. Grupo Intergubernamental de Expertos sobre Cambio Climático, *Quinto Informe de Evaluación*, 2014, p.767: “Furthermore, there are well-documented gender differences in displacement from extreme events, especially when women lose their social networks or their social capital, and women are often affected by adverse mental health outcomes in situations of displacement.” Disponible en: <https://www.ipcc.ch/report/ar5/wg2/>

27 Vid. Organización Internacional de Migraciones, *IOM Outlook on Migration, Environment and Climate Change*, p.104. Disponible en: https://publications.iom.int/system/files/pdf/mecc_outlook.pdf

28 La Asamblea General ha instado a los Estados a que “promuevan la integración de la perspectiva de género en las políticas ambientales y relativas al cambio climático” (Asamblea General, Resolución 75/217, *Protección del clima mundial para las generaciones presentes y futuras*, de 29 de diciembre de 2020, par.20)

29 Convención Marco sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, 25 periodo de sesiones, *Establecimiento de un plan de acción sobre el género FCCC/CP/2017/11/Add.1*, de 8 de febrero de 2018.

30 Convención Marco sobre el Cambio Climático, Conferencia de las Partes, 25 periodo de sesiones, *Versión mejorada del programa de trabajo de Lima sobre el género y su plan de acción sobre el género (FCCC/SBI/2019/L.31)*, de 9 de diciembre de 2019.

gración³¹ y, por otro lado, , la necesidad de afrontar los efectos adversos del cambio climático³². Esta fragmentación ha permitido avanzar en los distintos ámbitos con el dinamismo y flexibilidad propios de las relaciones internacionales, pero ello no es óbice para reclamar una mayor interacción y coherencia en la acción normativa internacional.

En esta línea, en lo que afecta a nuestro concepto mujer-migrante-climática, algunas instituciones, como el Parlamento Europeo, han recalcado la necesidad de adoptar un enfoque mucho más amplio a través de conceptos como el de la “justicia climática”. Así, en una resolución del año 2018, subrayó que la igualdad de género es un requisito indispensable para la gestión eficiente de los recursos climáticos³³ y pidió a la Comisión y a los Estados miembros que contribuyan “al pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular, con vistas a salvaguardar la justicia climática mediante el reconocimiento del cambio climático como motor de la migración, aportando contribuciones basadas en los derechos humanos e incorporando la igualdad de género a todos los aspectos del pacto”³⁴. El Consejo de Europa también ha insistido en la necesidad de desarrollar “normas de derecho internacional y normas internas sobre asilo para proteger a las personas afectadas por los efectos del cambio climático en su país de origen.”³⁵ En conclusión, en el estado actual del Derecho Internacional, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es el ámbito más eficaz para proteger los derechos de las mujeres migrantes climáticas en su *iter* migratorio y el enfoque de género es determinante para lograr una mayor interacción y coherencia entre las políticas migratorias y medioambientales. A falta de mayores consensos entre Estados, los compromisos actuales permiten avanzar en el empoderamiento de las mujeres que es fundamental para los procesos de adaptación y mitigación de los efectos del cambio climático, así como para progresar hacia la deseada justicia climática.

Referencias

ARORA-JONSSON, S. “Virtue and vulnerability: Discourses on women, gender and climate change”. *Global environmental change*, 21(2), 2011, pp. 744-751.

BOAS, I., FARBOTKO, C., ADAMS, H., STERLY, H., BUSH, S., VAN DER GEEST, K., & BLONDIN, S. “Climate migration myths”. *Nature Climate Change*, 9(12), 2019, pp. 901-903.

BORRÁS PENTINAT, S.:

31 *Vid.* Asamblea General, Resolución 70/1 (A/RES/71/1), *Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes*, de 3 de octubre de 2016, par.60.

32 *Ibid.* par. 43

33 Parlamento Europeo, *Resolución sobre mujeres, igualdad de género y justicia climática* (2017/2086(INI)), de 16 de enero de 2018, p.5, par.1.

34 *Ibid.* p.7, par.20.

35 Consejo de Europa, Asamblea Parlamentaria, Resolución 2307 (2019), de 3 de octubre de 2019, *A legal status for “climate refugees”*, par.5.4.

- _____. “El estatuto jurídico de protección internacional de los refugiados ambientales”, en *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, Vol.19, n°36, 2001, pp.11-48.
- _____. “Refugiados ambientales: el nuevo desafío del Derecho Internacional del Medio Ambiente”, en *Revista de Derecho*, Vol.XIX, n°2, diciembre 2006, pp.85-118.
- _____. “La migración ambiental: entre el abandono, el refugio y la protección internacional”, en *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, N°. 132, 2015-2016, pp. 31-49.
- _____. “Climate migration, gender and poverty” en Jaria-Manzano & Borràs (Eds.), *Research handbook on global climate constitutionalism*, Edward Elgar Publishing, 2019, pp. 216–234.
- BETTINI, G. “And yet it moves! (Climate) migration as a symptom in the Anthropocene”. *Mobilities*, 14(3), 2019, pp. 336-350.
- CHINDARKAR, N. “Gender and climate change-induced migration: Proposing a framework for analysis” *Environmental Research Letters*, 7(2), 2012. <https://doi.org/10.1088/1748-9326/7/2/025601>.
- DENTON, F. “Climate change vulnerability, impacts, and adaptation: Why does gender matter?”. *Gender & Development*, 10(2), 2002, pp. 10-20.
- DESAI, B. H. y MOUMITA, M., “Role of Climate Change in Exacerbating Sexual and Gender-Based Violence Against Women: A New Challenge for International Law”, en *Global Law and Policy*, 1 Enero 2021, pp. 137 – 157.
- DESAI, B. H. Y MOUMITA, M., “Role of Climate Change in Exacerbating Sexual and Gender-Based Violence Against Women: A New Challenge for International Law”, *Global Law and Policy*, enero 2021, pp. 137 – 157.
- ESPÓSITO MASSICCI, C., TORRES CAMPRUBÍ, A., “Cambio climático y derechos humanos: el desafío de los “nuevos refugiados”, en *Relaciones Internacionales*, N°17, junio 2011, pp. 67-86.
- FELIPE PÉREZ, B. “Perspectiva de género en las migraciones climáticas” Informe ECODES, 2019a, disponible en: <https://migracionesclimaticas.org/>.
- _____. *Las migraciones climáticas ante el Ordenamiento Jurídico Internacional*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019b.
- GIOLI, G., MILAN, A. “Gender, migration and global environmental change” en R. McLeman & F. Gemenne (Eds.), *Routledge handbook of environmental displacement and migration*. Routledge. 2018, pp. 135–150
- HANSON, S. “Gender and mobility: New approaches for informing sustainability”. *Gender, Place & Culture*, 17(1), 2010, pp. 5–23.
- HUMPHREYS, S., *Human Rights and Climate Change*, Cambridge University Press, Ginebra, 2010.
- HUNTER, L., DAVID, E. “Displacement, Climate Change and Gender” en É. Piguet, A. Pécoud y P. de Guchteneire (Eds.), *Migration and Climate Change*, 2011, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 306-310.
- KOFMAN, E., & SALES, R. “Gender differences and family reunion in the Euro-

- pean Union: implications for refugees”. *Refuge: Canada’s Journal on Refugees*, 1997, pp. 26-30.
- KRONLID, D. O., GRANDIN, J. “Mobile adaptation” en D. O. Kronlid (Ed.), *Climate change adaptation and human Capabilities*. U.S. Palgrave and Macmillan, 2014, p. 28.
- LAMA, P., HAMZA M., WESTER M. “Gendered dimensions of migration in relation to climate change”, *Climate and Development*, 13:4, 2021, pp. 326-336.
- MARTIN, S., “Climate Change, Migration and Governance”, en *Global Governance*, Vol. 16, 2010, pp. 397-414.
- MCLEMAN, R., & SMIT, B. “Migration as an adaptation to climate change”. *Climatic change*, 76(1), 2006, pp. 31-53.
- MOROKVASIC M. (1984) “Birds of Passage are also Women...” *International Migration Review*, Vol. 18, No. 4, Special Issue: Women in Migration (Winter, 1984), pp. 886-907, esp. p. 896 y 897.
- PATT, A. G., DAZÉ, A., & SUAREZ, P. “Gender and climate change vulnerability: What’s the problem, what’s the solution?”. En Ruth M. e Ibararán M.E. (eds.) *Distributional impacts of climate change and disasters*. Edward Elgar Publishing, 2009, pp 82-103.
- PCCM (2014) “The Gender Dimension - The decision to migrate” *Pacific Climate Change and Migration Newsletter* 1 (mayo), 2014.
- ROSENBLOOM, S. “Understanding women’s and men’s travel patterns: The research challenge”. en *Research on women’s issues in transportation*, National Research Council (Washington), Vol. 35, 2004, pp. 7–28,
- ROTHER, D. “Gendering resilience: Myths and stereotypes in the discourse on climate-induced migration”. *Global Policy*, 8, 2017, pp. 40–47.
- RUYSSSEN, I. y SALOME, S., “Female migration: A way out of discrimination?”, en *Journal of Development Economics*, Vol. 130, enero 2018, pp. 224-241.
- RUYSSSEN, I. Y SALOME, S., “Female migration: A way out of discrimination?”, *Journal of Development Economics*, Vol. 130, enero 2018, pp. 224-241.
- SULIMAN, S. “Mobility and the kinetic politics of migration and Development”. *Review of International Studies*, 42(4), 2016, pp. 702–723.
- WEBBER, M., & BARNETT, J. *Accommodating migration to promote adaptation to climate change*. The World Bank, 2010.

PLATAFORMAS DIGITAIS: AS NOVAS FORMAS DE TRABALHO E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO SOCIAL NO MUNDO DO TRABALHO COMO EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS EM TEMPOS DE PANDEMIA DA COVID 19

Maria Rafaela de Castro

Doutoranda em Direito na Universidade do Porto – FDUP. Mestre em ciências jurídicas pela Universidade do Porto FDUP. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá. Juíza do Trabalho Substituta do TRT 7 Região no Brasil (Ceará). Professora do GRAN CURSOS on line e de pós graduação em direito do trabalho e processo do trabalho em universidades no Ceará. Autora do livro A greve dos juízes.

Resumo:

É considerável o impacto em escala global da precarização das relações trabalhistas, das condições disruptivas dos novos trabalhos, da economia do biscate etc. O objetivo é estudar a uberização diante da pandemia da COVID 19 com as problemáticas da precarização das relações, das contradições sociais e a baixa qualidade de vida proporcionada aos trabalhadores de plataformas digitais. As dificuldades financeiras foram determinantes para que estes trabalhadores uberizados mantivessem suas atividades, com todos os riscos da contaminação porque não possuíam os meios fáticos para permanecerem em seus lares. A necessidade de laborar em tempos de pandemia trouxe exposição ao vírus diante da inércia das plataformas digitais. Na busca pela efetividade dos direitos sociais, os profissionais informais estão mais vulneráveis e tal deve ser consideradas nas políticas públicas contemporâneas, pois a desproteção social se tornou mais evidente com a pandemia, em torno das consequências da uberização no mundo.

Palavra-chave: Uberização; Precarização; Pandemia; Trabalho; Covid19

Introdução

É essencial pesquisar os reflexos da uberização no período pandêmico porque é nítido o impacto em escala global da precarização das relações trabalhistas, das condições disruptivas dos novos trabalhos, da nanotecnologia, do

capitalismo biotecnológico, da economia do biscate e do *big data* etc.

O objetivo do artigo é tratar como a uberização nos anos de 2020 e 2021, diante da pandemia da COVID 19 ressoou em sérias consequências até os dias atuais. Por isso, o objetivo principal é tratar da uberização em tempos do novo coronavírus e as problemáticas da precarização das relações de trabalho, das contradições sociais e a baixa qualidade de vida proporcionada aos trabalhadores de plataformas digitais.

A justificativa para o aprofundamento do tema é a importância de compreender como os trabalhadores sobreviveram neste período de turbulência humanitária, observando-se quais meios são necessários para manter a dignidade da pessoa humana para este grupo laboral.

A Acumulação Flexível e a Economia do Compartilhamento mascaram e romantizam as relações de trabalho mediante a supressão de direitos fundamentais com a ideia de empreendedorismo, olvidando-se que a situação dos trabalhadores de plataformas digitais foi mais dificultosa que para os obreiros de outros segmentos empresariais e dos que possuem relação de emprego formalizada.

A necessidade de continuar laborando em tempos de pandemia trouxe exposição ao vírus diante da inércia das plataformas digitais com garantias mínimas ao indivíduo. No Brasil, os trabalhadores informais sofrem com a desregulamentação de suas atividades e não foram capazes de aderir ao isolamento social, pois precisavam sustentar o núcleo familiar.

Com isso, na busca pela efetividade dos direitos sociais, os profissionais informais estão ainda mais vulneráveis à situação de quarentena, posto que compõem o setor mais devastado quando há crise econômica. A desproteção social se tornou ainda mais evidente com a pandemia, proporcionando discussões maiores em torno das consequências da uberização no mundo.

1. O fenômeno da uberização

As intensas transformações experimentadas no mundo, notadamente, as relacionadas aos modelos de produção e aos de acumulação de capital, com a 4a Revolução Industrial geraram reflexos profundos no raio de proteção dos direitos sociais dos trabalhadores.

Merece reflexão mais detida a ideia de como compatibilizar trabalhos exercidos na 4a Revolução Industrial e os direitos sociais conquistados no decorrer da História. Isso porque já fazem parte de nossa realidade e são mecanismos de trabalho que movimentam mão de obra em, praticamente, todos os continentes.

A uberização é um reflexo imediado do gig economy e também da modalidade decorrente de work on-demand, através do uso de plataformas digitais que conectam, pela internet (aplicativos digitais) prestadores de serviços com clientes que necessitam daquela atividade.

O fenômeno da uberização suscita a discussão sobre apologia de que o

subemprego pode ser a causa da sobrevivência da economia e do crescimento dos mercados, mantendo o consumo ativo e a economia circulando.

O neoliberalismo, a partir de um discurso de gestão econômica e modernização, considera os direitos do trabalho custos a ser suprimidos para que o capital não seja obstruído e atue sem limites. Porém, é preciso ter cautela para afastar as correntes políticas da pesquisa, detendo-se apenas no aspecto jurídico e nos indicadores econômicos e sociais oficiais na ótica brasileira.

Essas novas formas de trabalho são crescentes em todo o mundo. O modelo de trabalho é vendido como atraente e ideal, pois propaga a possibilidade de se tornar um empreendedor, com flexibilidade de horário e retorno financeiro imediato.

Das novas relações, há a discussão de que existe fragilidade e riscos decorrentes dos novos modelos de contrato de trabalho, oriundos de dispositivos tecnológicos, denominados de *sharing economy* – economia colaborativa ou, cultura de compartilhamento.

Registre-se que se trata de um processo que vai para muito além da Uber e da economia digital, bem como atualização que conferiu visibilidade a características estruturais do mercado de trabalho mundial. Aliás, esclareça-se que, no modelo em estudo, a empresa comporta-se como simples mediadora entre o trabalhador e o cliente, terceirizando todos os elementos possíveis considerados custos do trabalho.

Tudo isso como reflexo da 4ª Revolução Industrial em que atividades tradicionais estão sendo substituídas por softwares aptos a realizarem tarefas com maior eficiência e agilidade, proporcionando a redução de custos e o aumento do lucro, através de pessoas que são afastadas da proteção da legislação trabalhista.

Para essas empresas que fazem uso de plataformas digitais, entrega-se para a multidão de consumidores o trabalho de avaliar e, automaticamente, controlar a qualidade do serviço prestado. É uma forma de controle do trabalho alheia à regulação pública, mas, sim, pela relação de confiança da multidão de consumidores. Isso provoca a erosão gradativa dos direitos sociais desses trabalhadores de plataformas digitais.

2. A uberização na pandemia da covid 19

A Organização Mundial de Saúde declarou pandemia mundial do novo coronavírus em 11/03/2020. No Brasil, houve declaração de calamidade pública reconhecida pelo Governo Federal pelo Decreto Legislativo n. 06, de 20 de março de 2020.

No Brasil, o Decreto 10282/20.03.2020 dispôs em seu artigo 3 que o transporte de passageiros por aplicativo, bem como a entrega presencial de produtos de saúde, higiene, alimentos e bebidas são serviços públicos e atividades essenciais indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Logo, os uberizados não tiveram suas atividades suspensas

sequer nos períodos mais críticos da pandemia no Brasil.

A situação da uberização já apresentava complicadores antes da pandemia, sendo que, com o advento dela, registrou-se o maior número de desempregados. Essa grande massa se reportou ao mercado informal das plataformas digitais também. E os que já estavam no uso dessas ferramentas, tiveram que se manter em atividade quando parte da população era submetida ao trabalho na quarentena em regime de *home office*.

Tudo isso culmina com o fato de que, com a COVID 19, a situação dos uberizados se tornou mais precarizada. Nessa *gig economy*, a chamada economia dos bicos, a classe trabalhadora faz “bicos” de longas e extenuantes jornadas em troca de baixa remuneração e condições de trabalho desumanas.

Dessa feita, quando da existência da pandemia, a uberização compreende diversas formas de trabalho realizadas por intermédio de plataformas digitais, desde o transporte de passageiros nos veículos dos próprios trabalhadores, até serviços de entrega realizados por motoboys no segmento de alimentação e supermercados.

Com parcela da população confinada em casa, percebeu-se que um contingente de trabalhadores uberizados precisaram manter-se em atividade para fins de que parcela da população pudesse cumprir as regras de isolamento social impostas pelo poder público. Surge, no Brasil, em carona desse fenômeno, os motofretistas ou bikeboys.

Nessa situação peculiar da pandemia, os trabalhadores, na sua condição humana, perderam seus postos de trabalho para a revolução tecnológica, submetendo-se a ideia de prestar serviços ou se tornar um empreendedor para as plataformas digitais em momentos críticos da economia mundial sem qualquer proteção trabalhista e previdenciária suficiente.

Além de estarem expostos diretamente à contaminação pela COVID 19, tais trabalhadores estavam na linha de frente, mais propensos a adoecerem e ainda se transformavam em vetores de contaminação na realização das atividades. Com isso, o fosso de desigualdades econômicas e sociais tornou-se mais acentuada.

Isso porque passamos a enxergar contradição: enquanto o mercado formal, com trabalhadores protegidos pela legislação trabalhista e previdenciária, precisava se reorganizar no teletrabalho, exatamente aqueles que estavam na berlinda da proteção social foram submetidos a uma situação de exposição necessária para manter esse outro grupo de trabalhadores em suas casas, conservando-se a ideia de isolamento social.

Então, a precarização se tornou qualificada. Logo, tivemos situações gravosas de profissionais que, sem qualquer amparo até de fornecimento de máscaras e álcool em gel, foram postos nas ruas para fins de movimentar o mercado de *delivery* de alimentos e produtos de gênero correlatos e transporte de pessoas em situações pontuais.

Nesse ponto, enquanto se percebeu uma flexibilização dos direitos sociais como forma de conservação de empregos e rendas, e prejuízos aos tra-

balhadores do mercado formal, o que, por si, já acirrou os ânimos da comunidade jurídica sobre o âmbito de proteção de direitos sociais, no outro lado, os uberizados foram mantidos em situação de marginalização completa de direitos trabalhistas.

Estamos tratando de indivíduos à margem do direito do trabalho, sem que possam usufruir os direitos trabalhistas, surgindo, com isso, um problema de considerável dimensão social e econômica na comunidade mundial, pois é uma situação que se repete, com algumas variações de formato, na maioria dos países.

Alguns denominam de infoproletários, surgidos com o fenômeno da Revolução 4.0, tornando-se um “trabalhador – perfil” num contingente de trabalhadores conectados a essas plataformas digitais.

As plataformas de serviços alegam que têm caráter disruptivo, de modo que as regulamentações existentes não seriam aplicáveis a elas. Especificamente do ponto de vista trabalhista, dizem que a caracterização do vínculo empregatício seria incompatível com a flexibilidade oferecida aos prestadores de serviço. Dessa forma, estes seriam considerados trabalhadores autônomos, haja vista a liberdade no modo de prestar sua atividade.

Numa continuidade em relação ao discurso que predomina desde a reforma trabalhista de 2017, o ano de 2020 está sendo marcado, no Brasil, por discussões sobre a redução de direitos trabalhistas como medida para preservar as empresas e salvaguardar empregos durante a quarentena.

Por outro lado, fortalece-se um discurso contra hegemônico que reivindica proteção aos mais vulneráveis e agravamento da questão social, no centro da qual estão os trabalhadores tragados pela informalidade, inclusive na parte que assim se enquadra por estratégia empresarial e burla da legislação do trabalho. Essa caracterização de uberizado implica que esses profissionais não estão protegidos por nenhum direito trabalhista, nem mesmo os direitos fundamentais, previstos na Constituição. Nesse sentido, reacendem-se as discussões sobre o papel do Direito do Trabalho.

Nos dias atuais, temos ainda o agravamento das pandemias em que o mundo parou, as atividades econômicas cessaram e houve uma crise humanitária. Pela legislação brasileira, ao ser considerada como serviço essencial, houve uma exposição dos trabalhadores de aplicativos em uma situação de maior vulnerabilidade pandêmica e atuando como principal propagador do vírus da COVID 19.

Durante a pandemia, os trabalhadores de plataformas digitais foram requisitados a todo instante para a satisfação tanto do capital (plataforma) quanto da sociedade capitalista que dele se beneficia e foram eles que assumiram a prestação de trabalho, pagando, na maior parte das vezes, pela compra de EPI (equipamento de proteção individual). Algumas ações judiciais foram interpostas em todo o Brasil para fins de obrigar as empresas que operam nas plataformas digitais a custearem as despesas com a compra de EPI.

A população foi orientada a permanecer confinada em seus lares, de

modo que tem sido de grande auxílio a entrega em domicílio, não só de comida, mas também de outros produtos, como remédios e itens de supermercado. Plataformas digitais como iFood e Rappi registraram aumento no volume de vendas.

Nesse contexto, seria de se pensar que os entregadores, que realizam essa função tão essencial, seriam tidos como os heróis da economia. A realidade fartamente noticiada na mídia, entretanto, mostra que, muito pelo contrário, os entregadores presenciam uma nova servidão moderna.

3. Problemática jurisprudencial enfrentada no Brasil com a pandemia da covid 19

As relações de trabalho estão enveredando para uma tragédia social com as políticas neoliberais?

Na esteira da OIT, o Ministério Público do Trabalho ajuizou uma série de demandas nas quais, de forma independente da discussão sobre vínculo empregatício, reivindicou para os entregadores de aplicativo direitos trabalhistas fundamentais, relacionados à remuneração e à saúde e segurança.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região (São Paulo) suspendeu a decisão que obrigava a iFood a pagar um salário mínimo aos entregadores que estivessem no grupo de risco ou com suspeita de contaminação pelo novo coronavírus. A decisão se baseou no argumento de que a empresa não era empregadora dos entregadores, não tem responsabilidade para com eles. Em caminho similar, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) derrubou a obrigatoriedade da Uber de fornecer álcool em gel aos motoristas, haja vista a argumentação da empresa de que isso seria uma obrigação operacionalmente impossível de ser cumprida em relação a pessoas que não estão protegidas por uma relação de emprego.

Há leading case no TRT 3ª Região, através do processo n. MS 0010668-26.2020.5.03.0000, em que houve pedido de tutela de urgência que foi indeferida para que a UBER adotasse medidas sanitárias e urgentes para auxílio do trabalhador de aplicativo na execução de suas atividades em razão da pandemia da COVID 19.

Não houve discussão quanto à relação de emprego ou não desses trabalhadores, mas sobre a efetividade do direito à saúde nos termos do artigo 6º da CF/88. A UBER teria responsabilidade pela saúde dos trabalhadores, especialmente num contexto excepcional e sem precedentes como uma pandemia global nunca antes vista? No caso do TRT 3, em sede de MS, na data de 23 de abril de 2020, o TRT confirmou o direito do trabalhador ao que pretendia e ao que foi negado pelo juiz de primeiro grau, mas apenas parcialmente, como, por exemplo, determinou que a UBER fornecesse máscaras reutilizáveis (preferencialmente, de tecido) e um litro de álcool em gel 70%, mensalmente.

A UBER, em seu sítio eletrônico, desde março de 2020 criou um programa nacional de suporte aos milhares de parceiros que utilizam a platafor-

ma digital em face da pandemia da COVID 19, englobando auxílios na área da saúde, assistência financeira para aqueles diagnosticados com a doença ou quarentena individual determinada por autoridade pública, recursos para ajudar na manutenção de limpeza do veículo, inclusive, reembolso de valores para aquisição de álcool em gel, opção de entregas do “uber eats”, envio de mensagens educativas, disponibilização de canal direto de informação dentre outros.

Nos mesmos moldes, houve decisão de 1o grau de um processo de Belo Horizonte -MG, também TRT3, mas, dessa feita, em desfavor da empresa 99 que também é plataforma digital semelhante à UBER, com preços mais econômicos. Trata-se do processo n. 0010260-62.2020.5.03,0185 da 47a Vara do Trabalho de Belo Horizonte.

Também não houve discussão sobre o vínculo de emprego, mas sim da imposição de regras como medidas de segurança para que o trabalhador pudesse continuar prestando os seus serviços como motorista de aplicativo. Por força do artigo 114 da CF/88, independentemente do rótulo dessa relação, a justiça competente é a trabalhista. Também esse é o entendimento do STF, conforme ADI 3395.

Outro argumento da decisão favorável foi que não há como vislumbrar óbice por força do princípio da intervenção mínima, na forma do artigo 421 do CC, já que a excepcionalidade decorrente de uma pandemia, com calamidade pública e estado de emergência de saúde decretados, principalmente, pelo governo federal em todo o país, é perfeitamente hábil a justificar a exceção prevista do próprio artigo 421.

A argumentação das empresas de aplicativo como a 99 é que adotou medidas voluntárias, por mera liberalidade, afirmando considerar essenciais neste momento a saúde dos MOTORISTAS PARCEIROS, dos passageiros e da sociedade em geral elencando FUNDO DE APOIO de dez milhões de dólares como forma de apoiar financeiramente os condutores em todo o mundo. Essa é a mesma linha de pensamento da UBER que criou um fundo para fins de concessão de um auxílio financeiro aos motoristas parceiros que tiveram a suspensão temporária de sua conta, por estarem em quarentena por recomendação médica ou por ordem de autoridades competentes, mas não infectados pelo vírus, ou por terem sido diagnosticados com a doença. Então, colocam um endereço eletrônico sobre as condições e o termo de uso.

O Tribunal Regional do Trabalho da 7ª Região (Ceará) determinou o pagamento de remuneração mínima aos motoristas da Uber e da 99, bem como o fornecimento de equipamentos de proteção individual. O sindicato da categoria argumentou que, devido à pandemia, houve redução na demanda por transporte individual, de modo que o sustento dos motoristas foi comprometido (TRT DA 7ª REGIÃO (CE)). A Justiça do Trabalho do Ceará determinou que Uber e 99 assegurem o salário de seus motoristas.

Mas a discussão sobre a judicialização torna mais gritante a ideia de precarização das relações de trabalho, na medida em que surge o seguinte ques-

tionamento: reputa-se razoável exigir do motorista isoladamente o custeio das medidas imprescindíveis para a preservação de sua saúde e dos seus clientes? Ou, em razão da pandemia e da excepcionalidade, deve se exigir da ré, que se beneficia diretamente da prestação de serviços deste, a participação nas despesas? Tais questionamentos só reforçam a tese de empobrecimento cada vez maior desses trabalhadores de plataformas digitais e a fragilidade do sistema.

Logo, as novas formas de trabalho tornam necessárias novas formas de proteção social no mundo do trabalho com forma de proporcionar a efetividade dos direitos fundamentais em tempos de pandemia da COVID 19.

4. Conclusões

Ainda é cedo para uma avaliação definitiva das consequências da crise sanitária? Ou já podemos nos conduzir para um resultado pessimista do futuro? A pandemia e as crises dela decorrentes forçam os ramos jurídicos a se colocarem em uma encruzilhada.

O Congresso Nacional brasileiro, no Projeto de Lei n. 837/2020, alterando a Lei do auxílio emergencial durante a pandemia dos R\$600,00 mensais (Lei n. 13.982/2020) aprovou a inclusão expressa dos motoristas de aplicativos no rol dos trabalhadores.

O Direito do Trabalho não pode ser alheio ao chamamento dos trabalhadores para garantir condições mínimas de trabalho, quando se leva em consideração a saúde e o direito à vida digna. É preciso que a Justiça do Trabalho adote uma posição mais ativa no enfrentamento de problemáticas trazidas pela pandemia, como, por exemplo, na obrigação de custeio total ou parcial do fornecimento de EPI para o desempenho dos labores, pois esses trabalhadores podem ser vetores da contaminação do vírus da COVID 19.

É possível que os efeitos do isolamento social e da quarentena no mercado de trabalho causem um desemprego em massa na população, o que levará milhares de pessoas desesperadas a buscarem guarita nas plataformas digitais, que normalmente são de fácil acesso, exigindo somente um cadastro. Dessa forma, haverá um incremento robusto da quantidade de trabalhadores uberizados, pessoas que são exploradas e estão alijadas de qualquer proteção social ou garantia de direitos trabalhistas.

Deve-se conferir limites aos modelos de flexibilidade, omissão e desproteção ao trabalho, ou, do contrário, o fortalecimento do Direito do Trabalho como estratégia para superar a crise social amplificada pela pandemia da COVID-19, de modo a garantir proteções sociais a todos os trabalhadores.

Referências

ANDRÉ, Fernanda Paim Socas. História do Trabalho e Direito do Trabalho. <https://juridicocerto.com/p/fernanda-paim-socas/artigos/historia-do-trabalho-e-direito-do-trabalho-4244>. Acesso em 15 de mar de 2021;

ANTUNES, Ricardo. O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na

era digital. 2a edição. São Paulo: Boitempo, 2018.

BONFANTE, Bruna. Transformações produtivas e direitos humanos trabalhistas. São Paulo, Juruá Editora, 2019.

BRASIL. Decreto Legislativo nº 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943. Dispõe sobre a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da União**, Rio de Janeiro, 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 23 març. 2021.

CARELLI, Rodrigo de Lacerda. Trabalho no século XXI: as normas formas de trabalho por plataformas. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/trabalho-no-seculo-xxi-as-novas-formas-de-trabalho-por-plataformas-30072018>>. Acesso em: 10 set. 2021.

CARPANEZ, Juliana; FERREIRA, Lilian. Economia compartilhada. Disponível em: <<https://tab.uol.com.br/economia-compartilhada/>>. Acesso em: 20 dez 2020.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2017.

Disrupção, economia compartilhada e o fenômeno Uber. *Empório do Direito*, 2017. Disponível em: <<https://emporiiododireito.com.br/leitura/disrupcao-economia-compartilhada-e-o-phenomeno-uber-1508245410>>. Acesso em: 03 març. 2021

Empresas de transporte, plataformas digitais e a relação de emprego: Um estudo do trabalho subordinado sob aplicativos. Ministério Público do Trabalho. Brasília, DF. Gráfica Movimento: 2018. Disponível em: <http://csb.org.br/wp-content/uploads/2019/01/CONAFRET_WEB-compressed.pdf>. Acesso em: 22 de fev. de 2021.

GAIA, Fausto Siqueira. As novas formas de trabalho no mundo dos aplicativos: o caso Uber. São Paulo, 2018. Disponível em:<<file:///C:/Users/pc.000/Desktop/TCC%20P%C3%93S/Fausto%20Siqueira%20Gaia.pdf>> Acesso em: 08 de mar. De 2021.

Gazeta Digital. O Uber, o táxi e a exploração dos motoristas. 2016. Disponível em: <<https://www.gazetadigital.com.br/editorias/opiniao/o-uber-o-taxi-e-a-exploracao-dos-motoristas/480952>>Acesso em 15.01.2021.

HOBBSAWN, Eric. Mundos do trabalho: novos estudos sobre a História Operária, 6a edição, Editora Paz e Terra, Rio de Janeiro, 2015.

Proposta de Recomendação do Conselho relativa ao acesso à proteção social dos trabalhadores por conta de outrem ou por conta própria, 2018. Comissão Europeia, Estrasburgo, 13.03.2018 COM (2018) 132 final. 2018/0059 (NLE). Acesso em 30 de janeiro de 2020.

Revista IHU Online. A uberização da economia e as relações trabalhistas. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/567205-uberizacao-da-economia-e-relacoes-trabalhistas>. Acesso em 01 de fevereiro de 2021.

Revista IHU Online. A uberização do trabalho: subsunção real da virada. <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/565264-uberizacao-do-trabalho-subsuncao-real-da-viracao>. Acesso em 30 de abril de 2021.

SLEE, Tom. Uberização: a nova onda do trabalho precarizado. São Paulo. Editora Elefante, 2017.

O ENFRAQUECIMENTO DOS SINDICATOS E A CONCOMITANTE POTENCIALIZAÇÃO DAS NEGOCIAÇÕES DE DIREITOS TRABALHISTAS VERSUS A PROMOÇÃO DO TRABALHO DECENTE

Nathália Eugênia Nascimento e Silva

Mestranda em Direito pela Universidade Estadual Paulista. Pós-graduada em Direito Material e Processual do Trabalho e em Direito Previdenciário. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Professora contratada do Centro Universitário de Goiatuba.

Resumo:

Tendo em vista o desequilíbrio de poderes entre os envolvidos nas relações laborais, as entidades sindicais são associações de representação primordiais da classe trabalhadora, notadamente nos ajustes e compromissos com a classe patronal. A partir desta hipótese, pretende-se analisar os perigos da prescindibilidade da participação sindical para a negociação das cláusulas convencionais. Intenciona-se, ainda, analisar a aparente contradição existente no fato de se enfraquecer um órgão de negociação coletiva e valorizar demasiadamente a livre pactuação individual, e relacionar este paradoxo com a perspectiva de implantação do trabalho decente. Para o desenvolver da pesquisa, utilizou-se do método dedutivo para a interpretação de textos normativos e doutrinários. Como conclusão parcial, afirma-se que os sindicatos são essenciais para a proteção dos Direitos Humanos Trabalhistas e para a busca do alcance e manutenção do trabalho decente, pois são entes promotores do diálogo social.

Palavras-chave: Sindicatos; Recentes alterações legislativas; Trabalho decente.

Introdução

A Lei n. 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, foi aprovada com a intenção de promover a adequação entre o Direito do Trabalho regulado e à realidade dos trabalhos contemporâneos, bem como aumentar o número de empregos e a competitividade do país. Assim, em nome da necessidade de modernização e, conseqüente, flexibilização, a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) foi drasticamente alterada em suas disposições. Dentre outros aspectos modificados, cita-se, exemplificativamente, novas formas

de contratação, como o contrato de trabalho intermitente; flexibilização da jornada de trabalho, com redução do intervalo intrajornada; alteração de normas de saúde e segurança; e limitação do poder da Justiça do Trabalho.

Neste artigo, pretende-se estudar a perda da rigidez da regulação estatal e a supervalorização da negociação coletiva, promovidas com o intuito de proporcionar dinamicidade às relações laborais, conforme as necessidades de cada empresa e as condições dos trabalhadores. Ainda, em decorrência do incentivo à autonomia coletiva e à prevalência do negociado sobre o legislado, propõe-se a analisar o papel e a força dos sindicatos para a promoção das negociações, diante da facultatividade da contribuição sindical, bem como da manutenção da unicidade sindical e da possibilidade de se criar comissão de representação de empregados em empresas com mais de 200 funcionários, sem qualquer interferência sindical no procedimento eleitoral dos membros.

Não bastasse as supramencionadas alterações, durante a pandemia do COVID-19, reconhecida no Brasil pelo Decreto-Legislativo n. 6, de 18 de março de 2020, em razão da rápida necessidade de negociação, muitas temáticas trabalhistas receberam o permissivo legal de transações diretas entre os trabalhadores e os empregadores, isto é, permitiram-se a livre pactuação, sem a interveniência do ente coletivo representativo da classe hipossuficiente.

Neste contexto, considerando que o trabalho decente é um dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), definido pelas Nações Unidas (ODS n. 8), e que para o seu alcance, a OIT apresenta como estratégia, entre outros pontos de convergências, o respeito aos direitos do trabalho, notadamente a liberdade sindical e o direito de negociação coletiva, bem como o fortalecimento do diálogo social, mister se faz reconhecer a importância dos sindicatos, como associações coletivas promotoras de coalizações em busca da efetivação e garantia de direitos, pois, assim como Graça Druck (2011), reconhece-se que um déficit na promoção do trabalho decente representa, de outro modo, uma precarização social do trabalho.

Para o desenvolvimento deste artigo examinou-se, por meio de levantamento bibliográfico qualitativo e sob o emprego do método dedutivo, a imprescindibilidade dos sindicatos para as negociações das condições laborais, tendo em vista, notadamente, o ideal de combate à precarização do trabalho e, concomitantemente, à intenção de alcançar e promover efetivamente o trabalho decente, nos moldes alçados pela OIT.

O enfraquecimento sindical e a potencialização das negociações de direitos trabalhistas promovidos pela Lei n. 13.467/2017

Os sindicatos são associações de classe em busca de interesses dos representados. No direito do trabalho, os sindicatos dos trabalhadores são os órgãos de representação coletiva desta classe capazes e legítimos para a realização das negociações coletivas. É possível também a formação de sindicatos de empregadores, mas estes, por si, em razão da sua organização produtiva, já

são considerados naturalmente entes coletivos e podem negociar sem o seu respectivo sindicato. Sobre os sindicatos, a CLT, em seu art. 511, apresenta a seguinte definição:

“Art. 511 da CLT. É lícita a associação para fins de estudo, defesa e coordenação dos seus interesses econômicos ou profissionais de todos os que, como empregadores, empregados, agentes ou trabalhadores autônomos ou profissionais liberais exerçam, respectivamente, a mesma atividade ou profissão ou atividades ou profissões similares ou conexas”.

No Brasil, o sistema sindical dos trabalhadores é estruturado por categoria profissional, tendo como limite, ou melhor, base territorial mínima, o Município. Ainda, vige-se o sistema de sindicato único ou unicidade sindical, característica representativa de um sindicalismo autoritário e corporativista. Outra característica de um sindicalismo corporativista é o imposto sindical. No entanto, com a Lei n. 13.467/2017 a contribuição sindical deixou de ser obrigatória. Agora, para o seu desconto é necessária prévia e expressa autorização. Inclusive, o STF reconheceu a constitucionalidade de tal modificação (ADI 5794). Ocorre que:

“a extinção da contribuição, sem uma reforma sindical plena, agravou os problemas que já existiam, pois os sindicatos, malgrado deixando de usufruir de sua principal fonte de arrecadação financeira, mantiveram a obrigação de exercer funções representativa e negocial em prol do interesse de todos, filiados ou não”. (MARANHÃO; MENDES, 2020, p. 513).

Ainda, a supramencionada lei criou a comissão de representação de empregados na empresa (art. 510-A da CLT) e ampliou demasiadamente o leque de permissões para as negociações coletivas. Isso porque, em razão da Lei n. 13.467/2017, o art. 611-A da CLT passou a tratar, de modo exemplificativo, de matérias que a negociação tem prevalência sobre a lei e o art. 611-B, por sua vez, apresenta cláusulas de barreiras à negociação ou um núcleo essencial que não pode ser objeto de transação, isto é, direitos irrenunciáveis e indisponíveis.

A negociação coletiva, por sua vez, pode ser conceituada como uma forma autocompositiva de resolução dos conflitos, tendo em vista que são os próprios sujeitos envolvidos que resolverão a dinâmica de suas controvérsias. O professor Enoque Ribeiro dos Santos define a negociação coletiva como:

“processo dialético por meio do qual os seres coletivos (sindicatos e empresas) discutem uma pauta de reivindicações, devidamente homologada pela Assembleia Geral respectiva, no sentido de estabelecer novas condições de trabalho e de remuneração para as respectivas categorias” (SANTOS, 2018, p. 97).

No direito coletivo do trabalho, a negociação abrange tanto a celebração de acordo coletivo quanto a celebração de convenção coletiva. No primeiro caso, tem-se o sindicato de trabalhadores negociando com a empresa, e no segundo caso tem-se o sindicato de trabalhadores negociando com o sindicato dos empregadores. Por isso, a abrangência do acordo coletivo é menor, enquanto a convenção coletiva envolve um maior alcance do diálogo social. Isso justifica a hierarquia proposta na CLT acerca da prevalência do acordo coletivo sobre a convenção coletiva (art. 620 da CLT), tendo em vista que aquele diploma reflete mais especificadamente as realidades dos envolvidos (critério da especialidade).

A importância da negociação coletiva está em, notadamente, ajustar as condições de trabalho conforme as peculiaridades empresariais, de modo a assentar cláusulas aplicáveis aos signatários daquelas disposições, retirando do Estado o monopólio de criação de normas trabalhistas. Sabe-se que, a lei, por si só, não consegue abarcar o dinamismo e heterogeneidade do mercado de trabalho. Por isso, o reconhecimento internacional da importância da negociação coletiva, presente nas Convenções 98 e 154 da OIT, ambas ratificadas pelo Brasil, e na Declaração de Filadélfia.

Com todas estas alterações de direito coletivo promovidas pela Lei n. 13.467/2017, o professor Enoque Ribeiro afirma que a CLT passou a ter natureza bifronte ou bidimensional, possuindo “uma lente para o direito individual e outra para o direito coletivo do trabalho” (SANTOS, 2018, p. 102). Confira:

“para o direito individual do trabalho, no que respeita ao contrato individual de trabalho entre empregado e empregador, as normas da CLT apresentam-se como normas de imperatividade relativa e absoluta, devendo ser cumpridas em sua integralidade. Já para o direito coletivo do trabalho, estabelecido por meio da negociação coletiva e seus instrumentos jurídicos, as normas da CLT passam a ter a natureza dispositiva, supletiva, ou facultativa, podendo ser livremente afastadas in pejus pela negociação coletiva de trabalho” (SANTOS, 2018, p. 102)

Assim, a CLT apresenta um viés imperativo para o direito individual do trabalho, com exceção quanto à figura do empregado hipersuficiente (art. 444, parágrafo único, da CLT), que além de possuir curso superior deve ter remuneração superior à duas vezes o teto do RGPS, e a possibilidade de compensação individual da jornada de trabalho no caso de banco de horas a ser compensado no mesmo mês da realização da jornada extraordinária, bem como apresenta um viés negocial com disposições afastáveis pelo direito coletivo do trabalho. Isso se deve ao fato de que no direito coletivo não há a mesma desigualdade fática presente no direito individual do trabalho, já que a assimetria é superada na medida em que os sindicatos dos trabalhadores representam a coletividade e, com isso, as mesmas restrições à autonomia individual não são

aplicadas quando se trata da autonomia coletiva.

Pelas disposições expostas, acerca da Lei n. 13.467/2017, nota-se a potencialização das negociações coletivas. Percebe-se, portanto, que houve uma demasiada garantia a autonomia coletiva. No entanto, essa garantia foi ao mesmo tempo esvaziada pelo enfraquecimento dos sindicatos dos trabalhadores (ente responsável pela organização coletiva dos deles).

O enfraquecimento sindical foi imposto pelo fim da contribuição sindical obrigatória e manutenção da unicidade sindical, o que vai de encontro com a Convenção 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil. Nesse sentido, para Ricardo José Macedo de Brito Pereira: a Lei n. 13.467/2017 “eliminou a forma de financiamento, sem apresentar qualquer alternativa, nem medidas para uma reestruturação sindical no intuito de assegurar maior representatividade” (PEREIRA, 2020, s/n).

Outros fatores também contribuem para o enfraquecimento sindical, como, a dispersão dos trabalhadores ocasionada por uma nova tendência mercadológica de desconcentração e incentivo ao teletrabalho. Também se valoriza e apregoa a cultura da individualidade, em um mercado altamente competitivo. A solidariedade se esvazia e, conseqüentemente, a identidade de classe coletiva dos trabalhadores também.

Em um contexto em que os empregos formais tendem a se tornar a exceção e, ao mesmo tempo, crescem demasiadamente os trabalhos informais, precários, *just-in-time*, intermitentes, eventuais e autônomos, Robortella defende que os “os sindicatos devem se voltar para o conjunto do mercado de trabalho e não apenas para seus associados; deve interessar-se pelos desempregados, informais, eventuais, precários etc” (ROBORTELLA, 2017, p. 58).

Não bastasse a contradição demonstrada entre se enfraquecer o órgão coletivo de negociação dos trabalhadores e, concomitantemente, potencializar e estimular as negociações. A Lei n. 13.467/2017 também acrescentou ao art. 8º o §3º da CLT, segundo o qual:

“No exame de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho analisará exclusivamente a conformidade dos elementos essenciais do negócio jurídico, respeitado o disposto no art. 104 da Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), e balizará sua atuação pelo princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva”.

Trata-se disposição que dificulta o controle judicial das cláusulas dos acordos e convenções coletivas. Isso confirma as afirmações do pensador francês Jacques Ellul, segundo o qual: a ordem e a segurança são fins e fundamentos do Direito (ELLUL, 1968). Para ele a grande fórmula é: “a injustiça é preferível à desordem” (ELLUL, 1968, p. 301).

Assim, nos moldes do disposto no art. 8º, §3º, da CLT, em nome da segurança jurídica do direito negociado injustiças poderão ser cometidas, já que ao Poder Judiciário cabe tão somente analisar se: o agente é capaz; o objeto

é lícito, possível, determinado ou determinável; e se a forma é a prescrita ou não defesa em lei. No entanto, esta não é a melhor interpretação hermenêutica-constitucional a ser feita. Primeiro, porque há uma separação inerente aos Poderes (art. 2º da CF), não sendo admissível que o legislativo limite, sobremaneira, a atuação do Poder Judiciário. Segundo, porque a negociação coletiva não pode violar direitos fundamentais.

Por último, cita-se como enfraquecimento sindical a ampla possibilidade de negociação individual, manifestada notadamente neste período pandêmico. Esclarece-se que a própria Constituição, em determinados momentos, permitiu a flexibilização pela via negocial coletiva (art. 7º, inciso XIII e XIV). No entanto, em momento nenhum autorizou a flexibilização individual. Afinal, a negociação direta entre empregado e empregador, em verdade, representa cláusula contratual e, como tal, sujeita-se ao princípio da inalterabilidade contratual lesiva (art. 468, *caput*, da CLT). Pelas considerações expostas, importa o estudo das proposições permissivas de negociações direta entre empregados e empregadores, reconhecidas como traços característicos do Direito Emergencial do Trabalho, que objetivou “assegurar emprego e renda”.

Proposições permissivas de negociações direta entre empregado e empregador e o princípio da interveniência sindical na normatização coletiva

O princípio da interveniência sindical na normatização coletiva encontra respaldo no texto constitucional (art. 8º, inciso III, CRFB/88), segundo o qual “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. O Ministro Maurício Godinho Delgado explana que o princípio “propõe que a validade do processo negocial coletiva submeta-se à necessária intervenção do ser coletivo institucionalizado obreiro – no caso brasileiro, o sindicato” (DELGADO, 2019, p. 1565) (sic).

Assim, para o Direito Coletivo do Trabalho o ajuste direto entre empregado e empregador tem natureza jurídica de mera cláusula contratual, uma vez que a autonomia coletiva perpassa, necessariamente, pelo representante coletivo dos trabalhadores. A negociação direta, nos moldes do art. 617, §3º, da CLT, é permitida nos casos em que há uma omissão dos sindicatos, seguida da negativa ou omissão da federação e confederação, sucessivamente. No entanto, com a Lei n. 13.467/2017, a CLT passou a prever a possibilidade de negociação direta do empregado hipersuficiente com seu empregador e a pactuação do banco de horas para compensação mensal entre empregador e empregado.

Ainda, no momento pandêmico editou-se, dentre outras¹, a MP

1 A MP 927/2020 também trouxe permissões a negociação direta entre empregado e empregadores. No entanto, optou-se por não abarcar tais disposições, pois, apesar de sua vigência pelo prazo de 120 dias, sabe-se que a perda de sua eficácia se deu por não ter

936/2020, convertida na Lei n. 14.020/2020, em que se autorizou a redução de salário e jornada, bem como a suspensão dos contratos de trabalho por acordo individual entre empregado e empregador, mediante o pagamento de um benefício emergencial calculado sobre o valor do seguro-desemprego.

Tal MP, editada em nome da segurança jurídica, teve sua validade reconhecida pelo STF na ADI 6363, pois, apesar da reserva à negociação coletiva, o argumento para tal permissivo em contraposição ao texto constitucional foi o momento extraordinário e excepcional pandêmico vivido em todo o mundo. Nesse sentido, Renata Aparecida Follone e Helimara Moreira Lamounier Heringer afirmam que:

“a flexibilização das normas trabalhistas se mostra, agora mais do que antes, indispensável e necessária para manter a segurança jurídica e para manter o equilíbrio econômico e, ainda, diminuir o impacto causado pela suspensão das atividades econômicas e laborativas no Brasil. Ademais, com o restabelecimento das atividades e dos contratos de trabalho e o fim do estado de calamidade pública, todos os direitos trabalhistas devem ser imediatamente restabelecidos, principalmente, os direitos fundamentais dos trabalhadores, haja vista ser apenas um período de exceção do afastamento de tais direitos fundamentais”.

(FOLLONE; HERINGER, 2020, p. 1292).

Infelizmente, não se pode garantir que com o fim da pandemia os direitos flexibilizados serão restabelecimentos. Ao contrário, na atual sociedade técnica há iminentes riscos de perpetuação da legislação “aceitável” no contexto pandêmico. Por isso, são válidas as preocupações acerca do risco de naturalização do Direito Emergencial do Trabalho, conforme exposto por Gabriela Neves Delgado e Helder Amorim dos Santos². Reconhece-se o estado de exceção que o mundo vive, mas alternativas adotadas em determinados contextos, como o atual, não podem ser normalizadas como padrão para o futuro, ainda mais em detrimento de direitos sociais já desmantelados e pouco efetivados.

Não há dúvida da excepcionalidade do momento da pandemia e de todos os desafios que a circunscrevem. Contudo, sob a justificativa de enfrentamento da crise econômica, a legislação trabalhista brasileira já ofereceu imensa cota de sacrifício, sobretudo nas últimas reformas consolidadas, sem ter experimentado qualquer contrapartida, como a criação de novos postos de trabalho em que respeitado o patamar civilizatório de proteção constitucional ao trabalho (DELGADO; AMORIM, 2021, s/n).

sido analisada pelo Congresso Nacional dentro do supramencionado prazo.

2 DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. **Site Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020>. Acesso em: 04 de out. 2021.

Outro aspecto a ser considerado é a aplicação ou não da Lei n. 4.923/1965 ao momento pandêmico, tendo em vista a disposição do art. 2º, segundo o qual a empresa, que por conjuntura econômica, devidamente comprovada, encontrar-se em situações que recomendem, poderá promover a redução da jornada normal ou o número de dias de trabalho, mediante prévio acordo com a entidade sindical. Discute-se se o pacto individual permitido para o contexto pandêmico, por meio de outra legislação ordinária, também feriria a aludida norma. Nesse sentido, Sônia A. C. Mascaro Nascimento esclarece que apesar da “redução salarial, com proporcional diminuição da jornada de trabalho ser regulada pela Lei n. 4.923/65, não há óbice para que leis ordinárias ou medidas provisórias promovam alterações neste particular” (NASCIMENTO, 2020, p. 424).

Ressalta-se que a pandemia é muito mais do que uma conjuntura econômica, trata-se de crise de saúde pública mundial. Por isso, majoritariamente, apesar das controvérsias doutrinárias, aceitou-se a excepcionalidade das negociações diretas para redução de salário e jornada ou suspensão do contrato de trabalho no contexto pandêmico.

Mesmo diante da previsão de negociação direta, os sindicatos não podem se manter inoperantes. Ao contrário, é neste contexto em que devem tentar se fortalecer e demonstrar a imprescindibilidade de sua participação e atuação para a garantia de boas condições de trabalho e respeito à dignidade dos trabalhadores. No mesmo sentido, explana Joselita Borba que: “esse momento excepcional se revela como oportunidade marcante para o sindicato brasileiro recuperar seu espaço, fortalecer e assumir seu papel como entidade essencial ao exercício da democracia (BORBA, 2020, p. 550). Por tais razões, é relevante o estudo da importância da atuação sindical para o combate a precarização das condições de trabalho e para a promoção do trabalho decente, sendo preocupante os riscos de normalização e aceitação de negociações diretas no pós-período pandêmico.

A importância dos sindicatos no combate a precarização das relações de trabalho e na promoção do trabalho decente

A Agenda do Trabalho Decente foi criada em 1999 pela Organização Internacional do Trabalho. Em 2009, realizou-se a 98ª Conferência Internacional do Trabalho da OIT, em que se adotou “Um Pacto Mundial para o Emprego da OIT”. Trata-se de propostas de ações aos governos, organizações internacionais e empregadores alinhadas ao Programa de Trabalho Decente. Nesta oportunidade, foram elencadas 28 necessidades, subdivididas, em síntese, em quatro diretrizes fundamentais: a) criação de emprego; b) aumento da proteção social; c) respeito aos direitos e garantias e às normas internacionais do trabalho e d) a promoção e o fortalecimento do diálogo social. Essas quatro principais diretrizes representam, em verdade, os eixos centrais da Agenda do Trabalho Decente.

Sobre o quarto eixo, a Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa, de 2008, já o previa e o resumiu da seguinte forma:

iii) promover o diálogo social e tripartismo como os métodos mais apropriados para: - adaptar a aplicação dos objetivos estratégicos às necessidades e circunstâncias de cada país; - transformar o desenvolvimento econômico em progresso social e o progresso social em desenvolvimento econômico; - facilitar a formação de consenso sobre as políticas nacionais e internacionais pertinentes que incidem nas estratégias e programas de emprego e trabalho decente, e - fomentar a efetividade da legislação e as instituições de trabalho, em particular o reconhecimento da relação de trabalho, a promoção de boas relações profissionais e o estabelecimento de sistemas eficazes de inspeção do trabalho (OIT, 2008, s/n).

Defende-se que os sindicatos são essenciais para a equalização dos poderes entre os negociantes. Inclusive, o princípio da liberdade sindical é uma das bases do conceito de trabalho decente. Não observado a plena liberdade sindical, fere-se o trabalho decente e, conseqüentemente, precariza-se as condições de trabalho. Nesse sentido, para Graça Druck (2011) os indicadores que sinalizam um déficit de trabalho decente representam de outra forma uma precarização social do trabalho. Segundo a autora, são indicadores da precarização social do trabalho: a vulnerabilidade das formas de inserção e desigualdades sociais; a intensificação do trabalho e terceirização; a insegurança e saúde no trabalho; a perda das identidades individual e coletiva; o descarte do Direito do Trabalho; e a fragilização da organização dos trabalhadores. Este último indicador de precarização das condições de trabalho está relacionado às dificuldades de organização, estruturação e manutenção das associações sindicais e coletivas, o que, conseqüentemente, é um empecilho a efetiva liberdade sindical, que, por sua vez, como um dos quatro objetivos estratégicos da OIT para a promoção do trabalho é indissociável e a sua não realização prejudica no desenvolvimento dos demais.

Algumas características do sindicalismo brasileiro dificultam a plenitude da liberdade sindical, sendo a primeira delas a consagração da unicidade, segundo a qual é vedada a existência de mais de uma entidade sindical, representativa de categoria profissional ou econômica. Para Ney Maranhão e Felipe Prata Mendes “a liberdade de escolha é incompatível com a imposição de existência de apenas um sindicato, representativo de determinada categoria, em uma mesma base territorial” (MARANHÃO; MENDES, 2020, p. 510). Também, segundo Robortella, esse modelo fere compromissos internacionais assinados pelo Brasil:

“Esse modelo sindical corporativista de unicidade, amarrado a categorias previamente definidas, mesmo com a supressão da contribuição obrigatória continua a ferir compromissos internacionais assumi-

dos pelo Brasil: o artigo 16 do Pacto de São José da Costa Rica, o artigo 22, § 1º, do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos da ONU (1966) e o artigo 8º, “a”, Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU (1966)” (ROBORTELLA, 2017, p. 15-16).

Como segunda barreira a plenitude da liberdade sindical, tem-se o modelo brasileiro de sindicalização por categoria, em que as categorias econômicas e profissionais são formadas conforme a atividade em que se enquadrar o empregador, a exceção das categorias profissionais diferenciadas. É preciso superar o critério de reunião de trabalhadores ao ente coletivo, que hoje segue o critério da especialidade, fato que corrobora para a fragmentação do sindicalismo. O melhor para a formação de sindicatos grandes e fortes é a adoção do critério da agregação, em que os próprios sujeitos decidem como vão se organizar, seja por profissão, por empresa ou por atividade ou por quaisquer outras formas possíveis de junção. Por isso, concorda-se com Ney Maranhão e Felipe Mendes que:

“no plano normativo, são muitas as possibilidades de atuação dos sindicatos, mas, no plano fático, não existem as condições necessárias para que as entidades sindicais assumam um papel de protagonismo no enfrentamento dos reflexos trabalhistas decorrentes da pandemia” (MARANHÃO; MENDES, 2020, p. 514).

Outras considerações quanto à dificuldade de desenvolvimento fático dos sindicatos, no contexto pandêmico, devem-se ao fato da imposição do isolamento social e da necessidade de utilização dos meios digitais e telemáticos para a comunicação das negociações, o que evidencia a necessidade de os sindicatos se adequarem tecnicamente e se incluírem digitalmente, inclusive, com procedimentos menos burocráticos e mais modernos como comunicação eletrônica para convocação, deliberação, decisão, formalização, publicidade, dentre outros, para a negociação coletiva.

A pulverização e enfraquecimento sindical vão de encontro a promoção do trabalho decente, que propugna pelo fortalecimento do diálogo social, que por sua vez exige o fortalecimento e participação do ente representativo dos trabalhadores, enquanto ser coletivo. Tal necessidade é acentuada em um momento de crise em que, em nome de medidas econômicas e da segurança jurídica das empresas e dos empregos, restrições demasiadamente precarizantes são pactuadas. Nesse sentido, Raimundo Simão de Melo afirma que:

“Alguns dizem que os sindicatos poderão atrapalhar a rapidez que os casos exigem e/ou aproveitar para fazer outras reivindicações. Todavia, não me parece ser a melhor solução querer afastar os legítimos representantes dos trabalhadores do diálogo social, exatamente no momento em que ele é mais necessário ainda. Apesar da crise e da calamidade pública, ainda existe um Estado Democrático de Direito no Brasil, pelo que não se pode simplesmente querer negar e anular o pa-

pel das instituições sociais, que representam a sociedade atingida pela crise. Ao contrário, os representantes da sociedade devem ser chamados para, juntamente com os setores patronais e governamentais, no caso das relações de trabalho, buscarem o diálogo tripartite, rápido, é claro” (MELO, 2020, s/n).

Por outro lado, Ricardo Pereira de Freitas Guimarães pondera garantias maiores que estão em jogo, como a vida e a saúde, bem como considera as dificuldades em se celebrar instrumentos coletivos de modo ágil, como o momento exige, razão pela qual continua a afirmar que:

“o ator social constitucionalmente reconhecido para as negociações é o sindicato, mas, na excepcionalidade como a que passamos hoje, acredito que a ponderação deva ser realizada de modo a dar preponderância a outros valores e garantias constitucionais igualmente ou, no caso, de maior importância que a representatividade sindical do momento” (GUIMARÃES, 2020, p. 573).

De toda forma, reitera-se o entendimento acima esposado. Dessa vez, valendo-se das palavras de Joselita Nepomuceno Borba, segundo a qual “o sindicato é essencial à vida em sociedade, como direito que é. Independentemente de anomalias do sistema ou vicissitudes eventualmente enfrentados, nada e ninguém deve- ou pode-cercear a legítima atuação do sindicato” (BORBA, 2020, p. 549). Assim, ainda que diante da previsão de negociação direta, isso não afasta o papel dos sindicatos em promover melhores negociações em busca de dignas condições de trabalho, isto é, em prol do trabalho decente. Tais tratativas, se melhores negociadas, isto é, com condições mais benéficas servirão de estímulo a que outros trabalhadores também se valham destes entes para as suas negociações, em decorrência do enfrentamento da emergência de saúde pública. Também, deve-se considerar que a atuação sindical está prevista no texto constitucional e sua participação em negociação independe de previsão em norma infralegal, tendo em vista que não se trata de norma de eficácia limitada, mas, ao contrário, de norma de eficácia plena, apta a produção de efeitos imediatamente.

Considerações finais

A Lei n. 13.467/2017 merece crítica quanto às tratativas acerca do sistema sindical brasileiro, pois apresentou uma reforma sindical apenas parcial, que, ao contrário de promover e incentivar a liberdade de atuação sindical, promoveu o enfraquecimento destes entes coletivos. Primeiro, por ter extirpado o imposto sindical sem, concomitantemente, acabar com a unicidade sindical e a imposição de filiação por categoria, tendo o Município como base territorial. Segundo, por trazer a prevalência do negociado sobre o legislado, sem efetivamente promover a ampla liberdade sindical, de modo que sua atuação fática não seja condizente com suas potencialidades e incrementos no

âmbito normativo. Terceiro, por criar a figura do empregado hipossuficiente, com base tão somente na existência de diploma em nível superior e na remuneração do trabalhador. Quarto, por criar a comissão de representação de empregados em empresas com mais de 200 empregados, como uma entidade obreira paralela à entidade sindical, sem comunicação com tal entidade.

Ainda, em sequência as alterações sindicais adotadas pela Lei n. 13.467/2017, a pandemia e a Legislação Emergencial do Trabalho, ao permitir a negociação direta entre empregado e empregador, acentuaram as dificuldades a serem superadas pelos sindicatos, notadamente na sua atuação fática.

Entende-se e concorda-se com o momento extraordinário em que o mundo vive, todavia, considerando a situação sindical brasileira, teme-se a propagação e normalização destas situações emergenciais. Por isso, é necessário que as entidades sindicais sejam fortalecidas, o que envolve, além de modificações legislativa, a sua reorganização e readequação, inclusive, com a adesão digital aos meios tecnológicos de atuação.

Os sindicatos precisam se reinventar diante da crise, não só pandêmica, mas também institucional em que vivem. Para tanto, é necessário ampliar o leque de representação e se adequar a realidade de trabalho do Brasil, para além dos formais/empregados, alcançar e representar também os informais, autônomos, temporários e aposentados. Assim, a partir da crise é possível desenvolver-se, para além da busca da efetivação normativa da plena liberdade sindical com a eliminação da unicidade sindical e da obrigatoriedade de filiação por categoria, é necessário a inserção digital e tecnológica, bem como a assunção do protagonismo, ainda que isso exija lutas e muitas resistências.

Os trabalhadores brasileiros e dignas condições de trabalho dependem da atuação conjunta dos sindicatos, da sociedade, do governo e das empresas. Isso, por sua vez, exige uma entidade obreira coletiva forte em busca do diálogo social. Ressalta-se que a atuação sindical tem um viés constitucional primado pela liberdade e independente de regulamentação infraconstitucional e o trabalho decente, nos moldes preconizado pela OIT, está intrinsecamente relacionado às condições de trabalho e a uma entidade sindical que verdadeiramente represente seus trabalhadores em busca da promoção do diálogo social e da ampla liberdade sindical, de modo a verdadeiramente instrumentalizar a governabilidade democrática.

Portanto, apesar da desconsideração do ente coletivo para algumas negociações neste momento de pandemia, defende-se que a excepcionalidade não pode ser propagada e, ainda, acredita-se na luta e fortalecimento sindical em prol do trabalho decente, o que, por sua vez, depende da plena liberdade sindical e do reconhecido efetivo do direito de negociação coletiva, ainda que permitida a negociação direta circunstancial, excepcional e devidamente comprovada.

Referências

- BORBA, Joselita Nepomuceno. **Atuação sindical em tempos de coronavírus**. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord). *O Direito do Trabalho na crise do COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 525- 561.
- DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. O perigo de naturalização da legislação trabalhista de emergência na pandemia. **Site Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-perigo-de-naturalizacao-da-legislacao-trabalhista-de-emergencia-na-pandemia-06072020>. Acesso em: 04 de out. 2021.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 18 ed. São Paulo: LTr, 2019.
- DRUCK, Graça. Trabalho, Precarização e Resistências: novos e velhos desafios? **Caderno CRH**, Salvador, v. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2011.
- FOLLONE, Renata Aparecida; HERINGER, Helimara Moreira Lamounier. A flexibilização das normas trabalhistas e o impacto do atual cenário pandêmico nos direitos fundamentais do trabalhador. **Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania**, n. 8, p. 1277-1297, out/2020.
- GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. Trabalho decente na Organização Internacional do Trabalho e direitos fundamentais sociais no Estado democrático de direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional [recurso eletrônico]**. São Paulo, n. 99, jan./fev. 2017.
- GUIMARÃES, Ricardo Pereira de Freitas. A limitação da atuação sindical em tempos de pandemia. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord). *O Direito do Trabalho na crise do COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 563- 574.
- MARANHÃO, Ney; MENDES, Felipe Prata. **Sindicalismo e pandemia: reflexões críticas**. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord). *O Direito do Trabalho na crise do COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 507-524.
- MELO, Raimundo Simão de. Negociações coletivas na crise do coronavírus. **Site Conjur**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-17/negociacoes-coletivas-cri-se-coronavirus>. Acesso em: 03 de out. 2021.
- NASCIMENTO, Sônia A. C. Mascaró. **Covid-19-Redução de salário e Jornada. Constitucionalidade**. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney (Coord). *O Direito do Trabalho na crise do COVID-19*. Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 421-424.
- OIT. Declaração da OIT sobre a Justiça social para uma Globalização Equitativa, 2008. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/centro-de-informacoes/documentos/WCMS_336918/lang--pt/index.htm. Acesso em: 04 de out. 2021.
- PEREIRA, Ricardo José Macedo de Brito. Covid-19 e a morte da negociação coletiva – Retrocesso à Era Lochner da Suprema Corte Norte Americana. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/covid-19-e-a-morte-da-negociacao-coletiva-27042020>. Acesso dia: 03 out. 2021.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. A Reforma do Direito Coletivo. Prevalência do negociado sobre o legislado. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, PR, v. 6, n. 58, p. 55-62, mar./abr. 2017.

ROBORTELLA, Luiz Carlos Amorim. Perspectivas do Direito Coletivo com a Reforma de 2017. **Revista Direito UNIFACS- Debate Virtual**. Salvador, BA, v. 210, p. 1-23, dez. 2017.

SANTOS, Enoque Ribeiro dos. Supremacia do Negociado em face do legislado. A natureza bifronte (ou as faces) da nova CLT. **Revista TST**, São Paulo, vol. 84, n. 2, abri/jun 2018, p. 96-120.

A POLÍTICA TRABALHISTA BRASILEIRA NO CONTEXTO DA PANDEMIA COVID-19: RESTRICÇÕES À TUTELA E À JURISDIÇÃO

Maurício Godinho Delgado

Doutor em Filosofia do Direito (UFMG) e Mestre em Ciência Política (UFMG). Professor Universitário desde 1978 e Magistrado do Trabalho desde 1989. Advogado inscrito na OAB-MG antes de novembro de 1989. Atualmente é Professor Titular do Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do UDF e Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, ambos em Brasília-DF, Brasil. Autor de livros e artigos em suas áreas de pesquisa, contando com mais de 7.400 citações em obras acadêmicas, em conformidade com o pesquisador internacional *Google Scholar*.

Yuli Barros Monteiro Rodrigues

Mestranda em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas no Centro Universitário do Distrito Federal (UDF), no Brasil. Especialista em Direito do Trabalho pela Cruzeiro do Sul, graduada em Direito desde 2017 e advogada atuante na área trabalhista. *Lattes* disponível em: <<http://lattes.cnpq.br/0382951799614972>>.

Resumo:

O Brasil deflagrou, desde 2016, medidas debilitantes dos mecanismos de tutela jurídica, econômica e social focados no trabalho, quer normativos, coletivos sindicais ou jurisdicionais. Aprofundou-se a concepção de mercantilização do trabalho, combatida pela OIT e pela Constituição de 88. Com a pandemia, os desafios se agravaram. Eis o problema desta pesquisa: qual o impacto suscitado pelas políticas públicas, normas jurídicas e decisões judiciais, editadas na pandemia, para a garantia do trabalho decente? O contexto de reformas trabalhistas prévias à pandemia atuou negativamente (ou não) para o enfrentamento dos novos desafios? Para a resolução do problema, pesquisas bibliográficas e estatísticas, com a aplicação de técnica quali-quantitativa, orientaram o desenvolvimento das análises. É objetivo desta investigação o estudo da existência (ou não) de real adequação entre as iniciativas tomadas pelo Estado brasileiro com as diretrizes da OIT e da Constituição na fase pandêmica.

Palavras-chave: Pandemia; Brasil; Trabalho decente; OIT; Neoliberalismo.

A pandemia COVID-19 – como ficou conhecida a crise sanitária e de escala global decorrente do contágio pelo novo coronavírus – SARS-CoV-2

–, teve seu primeiro caso registrado no final do ano de 2019, na região de Wuhan, na China¹. A partir de então, em razão da rápida e violenta deflagração do contexto pandêmico, medidas de contenção viral tiveram que ser adotadas pelos Governos mundiais, de modo a combater o contágio e a disseminação que, desde o princípio, mostraram alarmante facilidade de transmissão e de transmutação da doença, que logo evoluiu para outras muitas variantes, generalizando a crise, o perigo e o medo.

Em recorte geográfico específico, a pandemia COVID-19 foi, em relação ao Brasil, identificada oficialmente como surto pandêmico no dia 11 de março de 2020², data na qual a OMS declarou a mudança de *status* da doença no País.

A chegada do novo coronavírus em território brasileiro coincidiu com o avanço de outras moléstias, de origem não biológicas, mas que apresentavam equivalente força destrutiva, delineando uma realidade assombrosa de acirramento da desigualdade, de desprezo pela vida humana e de violação às mais básicas garantias sociais. Assim como examinado pelo sociólogo Ricardo Antunes:

Do esboço de um reformismo nos anos 1960, que aguçou o horror das classes burguesas e seus aparatos de força, derrapamos fragorosamente para uma regressão ditatorial e militarizada que durou mais de vinte anos. Aos poucos, reorganizou-se a casa de 1988 e hoje, abril de 2020, em meio a uma confluência horrorosa entre *crise econômica, pandemia mundial do coronavírus e contrarrevolução preventiva* (para recordar Florestan Fernandes) que nos levou a um (des)governo que assusta até o mundo conservador, pelo culto da ignorância exacerbada, ódio generalizado e desprezo completo pela vida, tudo isso embalado pela *razão instrumental* onde tudo vale em prol do capital.³

Os descaminhos neoliberais foram esboçados no Brasil com maior ênfase a partir de 2016, com a aprovação da Lei Orçamentária Anual (LOA), n. 13.225/2016, cujos dispositivos restringiram sobremaneira, como enfatizado por Maurício Godinho Delgado, “o orçamento estatal para instituições e políticas públicas socioeconômicas, cerceando gravemente a elaboração e concretização de políticas públicas no território brasileiro”⁴. Logo a seguir, em grau

1 Informações extraídas do *site*: <https://pebmed.com.br/coronavirus-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-nova-pandemia/>. Acesso realizado em 01 de nov. de 2021.

2 Dados retirados do *site*: <https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso realizado em 01 de nov. de 2021.

3 COSTA, José Ricardo Caetano. **O “estado de mal-estar social” brasileiro** [recurso eletrônico] / José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.) / Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte: IEPREV, 2020, p. 6.

4 DELGADO, Maurício Godinho, *et. al.*. **O Estado Democrático de Direito como parâmetro para a análise das repercussões jurídicas da pandemia do novo coronavírus no Direito do Trabalho brasileiro**. Um estudo de dois diplomas normativos editados em 2020 (MPr. n. 927 e MPr n. 936) e de seu papel no aprofundamento da crise do sindicalismo no Brasil. *In* Trabalho e direitos sociais em tempos de pandemia / Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Kátia Magalhães Arruda, Maria Cecília de Almeida

exponenciado, a Emenda Constitucional n. 95/2021, congelando por 20 anos as despesas estatais, inclusive com relação a uma miríade de políticas públicas imprescindíveis à concretização do projeto constitucional de 1988. Desde então, acentuaram-se as medidas administrativas e alterações normativas aprovadas com forte orientação disruptiva e espírito de desalinhamento social. A Reforma Trabalhista imposta pela Lei nº 13.467/2017, no contexto do avigoreamento da política neoliberal no País, firmou-se como resultado de um caminho explícito de desconstrução do estuário protetivo e social trabalhista.

Na contramão do princípio democrático e dos compromissos endossados constitucionalmente, o conceito de trabalho decente – proposto e reforçado pela Organização Internacional do Trabalho, a partir do ano de 1999, e assumido como agenda e compromisso do Governo brasileiro em 2003⁵ - foi substituído por uma agressiva política trabalhista, retomando-se um esquema de severo desnivelamento contratual e social. O Direito assumiu aspectos que se imaginavam superados na História, tangenciando princípios nucleares do Constitucionalismo Humanista e Social vigente desde 1988 no País, para se aproximar de um anacrônico sentido de instrumento de legitimação de velhas formas de exercício do poder e de generalização da desigualdade. Como apontado por Maurício Godinho Delgado,

A partir da promulgação da Constituição de 1988, o Direito do Trabalho, no Brasil, ganha novos contornos e papel promissor na garantia dos direitos individuais, sociais e coletivos, dando início a uma nova forma de inclusão social e econômica da classe trabalhadora, elevando-se, desse modo, o patamar civilizatório mínimo, e concretizando a mais importante política pública no marco do capitalismo. [...] Após 27 anos de plena vigência da Constituição da República de 1988, com a busca de sua real efetividade – resguardadas as naturais divergências entre as orientações de políticas públicas entre os diversos governos do País no período -, um vasto número de diplomas normativos passou, desde 2016, a fustigar, severamente, a matriz humanista e social da Constituição da República. É que se iniciou, nesse quadro, uma fase histórica de avassaladora dominância do ideário ultraliberalista no Brasil.⁶

Esse contexto de recrudescimento da desigualdade, da ausência de solidariedade, do esfacelamento dos instrumentos de dignificação e humanização

Monteiro Lemos (org.) – Belo Horizonte: RTM, 2020, p. 277.

- 5 Informações extraídas dos *sites*: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm> e https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/WCMS_302662/lang-pt/index.htm. Acesso realizado em 02 de nov. de 2021.
- 6 DELGADO, Maurício Godinho, *et. al.* **O Estado Democrático de Direito como parâmetro para a análise das repercussões jurídicas da pandemia do novo coronavírus no Direito do Trabalho brasileiro.** Um estudo de dois diplomas normativos editados em 2020 (MPr. n. 927 e MPr n. 936) e de seu papel no aprofundamento da crise do sindicalismo no Brasil. *In* Trabalho e direitos sociais em tempos de pandemia / Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Kátia Magalhães Arruda, Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (org.) – Belo Horizonte: RTM, 2020, p. 276-277.

do trabalhador, com a desvinculação entre as políticas econômicas e a tutela da sociedade, especialmente em face de seus grupamentos mais vulneráveis, foi lamentavelmente acirrado pela pandemia COVID-19, intensificando sobremaneira a pobreza e a miséria na sociedade e economia brasileiras.

O que deve ser enfatizado, porém, é o fato de que a pandemia agravou disfunções econômicas e sociais já existentes, não sendo, de forma alguma, a causa original de muitas delas. O elevadíssimo índice de desemprego, por exemplo, alçado à taxa de 14,7% no segundo trimestre de 2021⁷, é um claro exemplo do acirramento de uma tendência já evidenciada anteriormente no País. A taxa de desocupação no Brasil, no quarto trimestre de 2017, correspondia a 11,8%, tendo sido elevada, logo após, no primeiro trimestre de 2018, para 13,1% - distorções construídas e sedimentadas, portanto, muito antes da pandemia⁸. Esse interregno correspondeu ao período imediatamente subsequente à aprovação da Lei nº 13.467/2017, demonstrando a natureza falaciosa da promessa de promoção empregatícia utilizada como fundamento para a proposta neoliberal de desregulamentação dos direitos trabalhistas.

O índice de 14,7% de desemprego lançou-se como o maior percentual já registrado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE desde 2012 no Brasil. São inquestionáveis, na análise das variáveis que conduziram à elevação desse índice, os impactos suscitados pela pandemia do novo coronavírus. Todavia, conforme demonstrado, essa aviltante marca resulta de um processo contextual e temporalmente anterior ao próprio evento pandêmico, sobretudo em país historicamente manchado por um severo quadro de desigualdade, de resistência à realização dos direitos e instrumentos sociais protetivos, a par da lamentável aversão das elites ao respeito e práticas democráticas.

Nesse aspecto, o relatório organizado pela OIT, intitulado “Perspectivas Sociais e do Emprego no Mundo: Tendências 2021”, asseverou que os efeitos oriundos da crise deflagrada pela pandemia COVID-19 foram heterogêneos e impactaram em maior medida os países que já se encontravam absortos numa acentuada crise econômica, social e política, com antigos e persistentes déficits na promoção do trabalho decente, sendo o processo de recuperação econômica, não à toa, desigual. Conforme análise divulgada por meio do relatório supramencionado da OIT,

Déficits no trabalho decente e desigualdades transformaram a pande-

7 BARROS, Alerrandre. **Desemprego fica em 14,6% no trimestre até maio e atinge 14,8 milhões de pessoas.** *Agência IBGE Notícias*, 30 de julho de 2021 e disponível para consulta no *site*: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31255-desemprego-fica-em-14-6-no-trimestre-ate-maio-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

8 BARROS, Alerrandre. **Desemprego recua para 14,1% no 2º tri, mas ainda atinge 14,4 milhões de pessoas.** *Agência IBGE Notícias*, 30 de agosto de 2021. Disponível para consulta no *site*: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31480-desemprego-recua-para-14-1-no-2-tri-mas-ainda-atinge-14-4-milhoes-de-pessoas>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

mia COVID-19 de uma crise de saúde pública em uma crise social e de emprego que acabou com o sustento de milhões de trabalhadores. Existe risco genuíno que sem abrangentes e concertados esforços políticos, a ampliação da desigualdade e a redução no progresso geral no mundo do trabalho persistam em várias dimensões. Ações políticas internacionais são necessárias para garantir o acesso mundial a vacinas e a assistência financeira para o desenvolvimento dos países - inclusive por meio de reestruturação da dívida. Governos, em consulta com os empregadores e organizações de trabalhadores, precisam aproveitar o momento e enfrentar os déficits no trabalho decente, já de longa data, para que os mercados de trabalho possam ser reconstruídos de uma forma mais justa e sustentável.⁹ (tradução pelos autores)

Aliado à desconcertante taxa de desemprego registrada no País durante a pandemia, o coeficiente de Gini - medida utilizada para o aferimento do nível de desigualdade - atingiu, no primeiro trimestre de 2021, a marca de 0,674, superando em 0,032 o índice de 0,642 verificado no mesmo período do ano de 2020¹⁰. Trata-se de evidência estatística de uma realidade assinalada pela ampliação da desigualdade, da pobreza, da injustiça social, da ausência de proteção estatal e, conseqüentemente, pelo desvanecimento do Estado Democrático de Direito próprio do Constitucionalismo Humanista e Social estabelecido em 1988 no Brasil.

Uma série de normas jurídicas e decisões judiciais aprovadas tanto antes do contexto pandêmico (conforme evidenciado, a crise disruptiva iniciou-se anos antes do desembarque do vírus biológico mortífero no Brasil), bem como durante o desenrolar da pandemia, demonstraram a primordialidade conferida pelo Estado às preocupações de ordem econômica. Com o fito de impedir a expansão dos efeitos da crise, direitos fundamentais constitucionalizados foram desregulados ou flexibilizados, ensejando precedentes perigosos em contraponto a conquistas sociais muito custosamente alcançadas.

Ilustrativamente, as Medidas Provisórias de n. 927 e n. 936 – esta posteriormente convertida na Lei n. 14.020/2020 –, nesse congregado de medidas questionáveis, receberam inúmeras críticas, não só por ferirem importantes direitos da classe trabalhadora, como também por enfraquecerem a já fragilizada atuação sindical, a par de, finalmente, centralizarem no empregador poderes contratuais desproporcionais, em contraponto a princípios e regras salvaguardados constitucionalmente.

Alguns dos dispositivos endossados pela então MP n. 936 previam a

9 **World Employment and Social Outlook: Trends 2021.** International Labour Office – Geneva: ILO, 2021. p. 12-13. Disponível para consulta em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_795453.pdf. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

10 TOKARNIA, Mariana. **Felicidade do brasileiro cai em meio a pandemia. Indicador atinge a menor marca em 15 anos.** *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 15 de junho de 2021. Disponível para consulta em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-06/felicidade-do-brasileiro-cai-em-meio-pandemia>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

possibilidade de redução da jornada laboral e dos salários, bem como da suspensão temporária dos contratos de trabalho, tudo sem qualquer intervenção protetora sindical, ou seja, por meio de mero acordo individual entre empregado e empregador, em desprezo manifesto às regras contidas nos arts. 7º, XIII, e 8º, VI, da Constituição de 1988. Apesar do entendimento majoritário firmado pela Suprema Corte no que tange à constitucionalidade do referido critério normativo em julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6363, firma-se, academicamente, compreensão em sentido diverso, considerando esses e outros vários preceitos expedidos nos últimos anos no País como inequívocos instrumentos de precarização do trabalho.

A fórmula absenteísta, de reificação e mercantilização estatuídas nacionalmente durante um dos mais críticos períodos históricos vivenciados no País, relegou os trabalhadores, especialmente os vinculados a setores de prestação de serviços essenciais e de outros cujas atividades não permitiam a transição para a modalidade virtual, telepresencial ou do *home office*, a uma realidade quase que distópica. O negacionismo amplificado, os persistentes ataques à ciência e o inusitado desprezo quanto à adoção de medidas indispensáveis à proteção da vida por parte das políticas públicas tornaram igualmente incertas as condições de segurança no ambiente social e, inclusive, do trabalho. Observe-se importante reflexão acadêmica divulgada no final de 2020:

Existe uma autofagia, hipocrisia e invisibilidade na sociedade diante do sofrimento da força de trabalho. Uma sociedade doente, sujeita às carências humanas, aos comportamentos mais mesquinhos de auto-destruição social. A COVID-19 mostrou que o problema brasileiro não é o vírus. O vírus, na verdade, trouxe à luz o problema real: a intensidade da exploração da força de trabalho no Brasil acirrou as contradições sociais, tornou o ambiente precário, insalubre e insustentável, com exceção de “ilhas” de bem abastados. Para esses bem abastados, o que importa na crise é defender a renda e a apropriação de mais-valor da força de trabalho. Os direitos humanos ficam limitados aos direitos de propriedade, de livre circulação de mercadorias e de segurança jurídica sobre contratos. Ao associarem extração de renda com vida digna, não incluem, ou, no mínimo, restringem os direitos sociais, os coletivos e os difusos e deixam a população permanentemente vulnerável às calamidades.¹¹

Imputar à pandemia COVID-19 a autoria pela configuração do cenário

11 Prim@ facie [recurso eletrônico] : *International Journal: Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/Universidade Federal da Paraíba* – V.1, n. 1(2002)-.—João Pessoa: PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002- Quadrimestral. Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo. Editorial: Direito e Crise em Tempos de Pandemia: a emergência de novos marcos regulatórios (TOMO I)/ Consultores: Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia, Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo, Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges; Consultor especial: Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón. Modo de acesso: Internet. Link: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2501>. Descrição baseada no fascículo: v.19, n. 42 (set./dez.2020). ISSN 1678-2593. P. 9. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

atroz verificado no Brasil nos últimos anos constitui equívoco e, mais, ardil discursivo não amparado pelas evidências fáticas e científicas. As respostas apresentadas oficialmente ou por parte importante da elite socioeconômica do País para o enfrentamento do contexto viral biológico realçam a presença de inúmeras restrições à tutela jurídica em favor da sociedade e de seus segmentos mais necessitados, inclusive o trabalhista, traduzindo, ademais, negativa de acesso também ao firme cumprimento do Direito, em seu aspecto civilizatório, e, portanto, à própria jurisdição.

A crise deflagrada já há vários anos no País e aprofundada com o advento da COVID-19 evidencia que o resgate efetivo do Estado Democrático de Direito constitucionalizado em 1988, com o seu caráter democrático e inclusive não só da sociedade política bem como da sociedade civil, respeitando-se, ademais, a dignidade e centralidade da pessoa humana na ordem jurídica e na vida econômica e social, torna-se tema fundamental à retomada do Direito como instrumento de civilização na realidade brasileira.¹²

Referências

BARROS, Alerrandre. **Desemprego fica em 14,6% no trimestre até maio e atinge 14,8 milhões de pessoas.** *Agência IBGE Notícias*, 30 de julho de 2021 e disponível para consulta no *site*: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31255-desemprego-fica-em-14-6-no-trimestre-ate-maio-e-atinge-14-8-milhoes-de-pessoas>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

BARROS, Alerrandre. **Desemprego recua para 14,1% no 2º tri, mas ainda atinge 14,4 milhões de pessoas.** *Agência IBGE Notícias*, 30 de agosto de 2021. Disponível para consulta no *site*: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/31480-desemprego-recua-para-14-1-no-2-tri-mas-ainda-atinge-14-4-milhoes-de-pessoas>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

COSTA, José Ricardo Caetano. **O “estado de mal-estar social” brasileiro** [recurso eletrônico] / José Ricardo Caetano Costa; Marco Aurélio Serau Junior; Hector Cury Soares (Org.) / Prefácio de Ricardo Antunes – Belo Horizonte: IEPREV, 2020, p. 6.

DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais** – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 33- 58.

DELGADO, Maurício Godinho, *et. al.*. **O Estado Democrático de Direito como**

12 Sobre o tripé conceitual que caracteriza do Estado Democrático de Direito do Constitucionalismo Humanista e Social, claramente inserto na Constituição de 1988 (a pessoa humana, com a sua dignidade; o caráter democrático e inclusivo da sociedade política; o caráter democrático e inclusivo também da sociedade civil), consultar DELGADO, Maurício Godinho. Constituição da República, Estado Democrático de Direito e Direito do Trabalho. In DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais** – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017, p. 33- 58.

parâmetro para a análise das repercussões jurídicas da pandemia do novo coronavírus no Direito do Trabalho brasileiro. Um estudo de dois diplomas normativos editados em 2020 (MPr. n. 927 e MPr n. 936) e de seu papel no aprofundamento da crise do sindicalismo no Brasil. In *Trabalho e direitos sociais em tempos de pandemia* / Ricardo José Macedo de Britto Pereira, Kátia Magalhães Arruda, Maria Cecília de Almeida Monteiro Lemos (org.) – Belo Horizonte: RTM, 2020.

DELGADO, M. G.; DELGADO, G. N. **Constituição da República e Direitos Fundamentais** – dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho. 4. ed. São Paulo: LTr, 2017.

<https://pebmed.com.br/coronavirus-tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-a-nova-pandemia/>. Acesso realizado em 01 de nov. de 2021.

<https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus>. Acesso realizado em 01 de nov. de 2021.

<https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/lang-pt/index.htm>.

https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-decente/WCMS_302662/lang-pt/index.htm.

Prim@ facie [recurso eletrônico] : *International Journal* : **Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas/Universidade Federal da Paraíba** – V.1, n. 1(2002)-.-João Pessoa: PPGCJ/CCJ/UFPB, 2002- Quadrimestral.Editor Gerente: Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo.Editorial: Direito e Crise em Tempos de Pandemia: a emergência de novos marcos regulatórios (TOMO I)/ Consultores:Prof. Dr. Fernando Joaquim Ferreira Maia,Prof. Dr. Jailton Macena de Araújo, Profa. Dra. Maria Creusa de Araújo Borges; Consultor especial: Prof. Dr. Francisco Balaguer Callejón. Modo de acesso: Internet. Link: <https://periodicos.ufpb.br/index.php/primafacie/issue/view/2501>. Descrição baseada no fascículo: v.19, n. 42 (set./dez.2020). ISSN 1678-2593. P. 9. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

TOKARNIA, Mariana. **Felicidade do brasileiro cai em meio a pandemia. Indicador atinge a menor marca em 15 anos.** *Agência Brasil*, Rio de Janeiro, 15 de junho de 2021. Disponível para consulta em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-06/felicidade-do-brasileiro-cai-em-meio-pandemia>. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021.

World Employment and Social Outlook: Trends 2021. International Labour Office – Geneva: ILO, 2021. P. 15. Disponível para consulta em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_795453.pdf. Acesso realizado em 2 de nov. de 2021. Traduzido pelos autores.

ESTUDOS ACERCA DA (DES)NECESSIDADE DE OS EMPREGADORES MOTIVAREM A RESCISÃO CONTRATUAL

Larissa Reis Ferreira

Mestranda em Direito - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Especialista em Direito e Processo do Trabalho e em Direito Constitucional. Bacharela em Direito. Advogada.

Francisco Meton Marques de Lima

Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Piauí. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, Brasil. Desembargador Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional do Trabalho da 22ª Região, Brasil.

Resumo:

O presente artigo objetiva demonstrar que o Ordenamento Jurídico do Brasil ampara a necessidade de motivação da despedida dos empregados, conforme a Convenção Internacional do Trabalho n. 158 e inciso I do art. 7º da Constituição Federal. No entanto, tal garantia vem sendo tangenciado pelos poderes da República, que franqueiam excessivamente o exercício do poder potestativo do empregador, resultando em um país dos mais desiguais do mundo, com um dos mais elevados índices de desemprego, violência e corrupção nos três níveis de governo da federação.

Palavras-chave: Proteção; Despedida arbitrária; Poder potestativo do empregador; Motivação.

Introdução

O presente estudo analisa a necessidade de os empregadores informarem ao empregado despedido o motivo da rescisão contratual, à luz do Ordenamento Jurídico brasileiro, encabeçado pelo inciso I do art. 7º da Constituição Federal de 1988 e os auspícios da Convenção Internacional do Trabalho n. 158, cujos valores adjudicam o respeito à dignidade do ser humano enquanto trabalhador no momento mais difícil, o da perda do emprego. Do mesmo modo, traz-se à discussão a importância e a influência da Organização Internacional do Trabalho e respectivos atos normativos, mesmo os não rati-

ficados, na configuração dos direitos trabalhistas.

Com a palavra (des)necessidade de motivação da despedida pretende-se dizer duas coisas: a) que, a rigor, o Ordenamento Jurídico brasileiro impõe a motivação da despedida do empregado; b) no entanto, os empregadores, com o aval dos poderes constituídos, vêm tangenciando a regra.

A relevância temática justifica-se no valor da continuidade das relações de emprego, como um dado essencial da empresa, da economia, da estabilidade social e, fundamentalmente, da dignidade do cidadão trabalhador. Ademais, o problema do emprego tem que ser encarado como uma questão de Estado, dado o custo econômico para gerar um posto de trabalho, bem como o custo social do posto extinto, devendo-se, por isso, desenvolver políticas de geração de trabalho e estímulo à criação de relações de empregos, como também de preservação dos postos de trabalho e dos empregos, consistentes em medidas obstativas das despedidas não justificáveis, impondo-se, por conseguinte, a motivação dos atos rescisórios, conforme a Convenção Internacional do Trabalho n. 158, o que representa um mínimo civilizatório de respeito ao ser humano.

Nesse conjunto, as despedidas meramente potestativas deverão se fazer acompanhadas de alguma indenização compensatória (que não se confunde com o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tampouco com a multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), ou outro mecanismo que auxilie na inserção do obreiro no mercado de trabalho.

Todavia, na contramão dessa Convenção, ostensivamente acolhida por várias nações (vide, por exemplo, Novo Código do Trabalho Português, Lei n. 99/2003 e Lei Francesa de 13 de julho de 1973), como forma de preservar os postos de trabalho, o Estado brasileiro caminha cada vez a passos mais largos rumo à flexibilização das rescisões contratuais trabalhistas, a formatar um país com excesso de desigualdade, violência e instabilidade social.

O objetivo geral da pesquisa é avaliar a necessidade de os empregadores motivarem a rescisão contratual sem justa causa; consistindo objetivos específicos (a) a interpretação, sob suas máximas potências, das normas aplicáveis à matéria, incluindo a Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, (b) visando a contribuir para a adoção de um procedimento mais justo a ser adotado quando das rescisões sem justa causa dos contratos de trabalho, (c) bem como, na eventual proteção garantida pelo Estado-Juiz aos trabalhadores despedidos sem motivação, inclusive com a possibilidade de fixação de indenização compensatória, o que, em última instância, protege os postos de trabalho e a continuidade do emprego.

Adotar-se-á o método dogmático-jurídico, preponderantemente de natureza aplicada, exploratória, com pesquisas bibliográficas e documentais históricas, conceituais e normativas.

Bases legais e fáticas para a motivação da despedida do empregado

O Brasil ostenta uma das mais elevadas taxas de desemprego do mundo, sem perspectiva de melhoria em prazo previsível¹. O custo para gerar um posto de trabalho é elevadíssimo para os cofres públicos² e o país se alista entre os mais violentos do mundo, cuja origem principal se credita à injustiça social, e entre os em que a corrupção é mais acentuada em todos os níveis de governo.

Essa a principal base fática sobre a qual se assenta a questão da necessidade de proteção do emprego, tanto no tocante à sua geração e estímulo ao reconhecimento das relações empregatícias, quanto em relação à sua preservação.

Do ponto de vista jurídico, entende-se que o Ordenamento brasileiro oferece suporte à proteção do emprego, a partir da Constituição Federal e os auspícios da Convenção Internacional do Trabalho 158, cujos valores adjudicam o respeito à dignidade do ser humano enquanto trabalhador no momento mais difícil, o da perda do emprego.

Ademais, a geração de postos de trabalho, estímulo ao emprego e respectivas preservações é uma questão de Estado, um compromisso de todos os governantes da Terra de Santa Cruz, bastando um dedinho de boa vontade para apreender os comandos normativos que emanam diretamente da Constituição, dos instrumentos internacionais e dos princípios positivos de direito do trabalho, dentre os quais o da proteção e o da continuidade da relação de emprego. Como bem analisa o prêmio Nobel de economia, Joseph Stiglitz:

Nesses períodos, as políticas governamentais, mesmo que não funcionem perfeitamente, poderão melhorar as coisas. Durante as retrações econômicas, por exemplo, o estímulo do governo, através de políticas monetárias e fiscais diminuem o desemprego.³

- 1 Brasil deve ter a 14ª maior taxa de desemprego do mundo em 2021, aponta ranking com 100 países. Em 2020, país ficou na 22ª colocação. Levantamento da Austin Rating, a partir das projeções do último relatório do FMI, aponta que desemprego no Brasil deve subir para 14,5% neste ano, ultrapassando a taxa de países como Colômbia e Peru. In: ALVARENGA, Darlan. Brasil deve ter a 14ª maior taxa de desemprego do mundo em 2021, aponta ranking com 100 países. 2021. G1 ECONOMIA. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/11/brasil-deve-ter-a-14a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-em-2021-aponta-ranking-com-100-paises.ghtml>. Acesso em: 16 nov. 2021.
- 2 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus): ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da covid-19. Ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da Covid-19. 2020. Atualizado em 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 18 nov. 2021.
- 3 STIGLITZ, Joseph E. **Povo, Poder e Lucro** – capitalismo progressista para uma era de descontentamento, Rio de Janeiro: Editora Record, 2020, p. 46.

No âmbito da Constituição Federal, destacam-se os artigos 6^o⁴; 7^o, I⁵; 8^o, VIII⁶ e 170, VII e VIII⁷. Esses comandos devem ser vistos com força cogente, em virtude do princípio da máxima eficácia das normas da Constituição, e harmonizam-se com os deveres do Estado de desenvolver políticas públicas de geração de empregos e com os princípios da Convenção Internacional do Trabalho (CIT) n. 158, quanto à preservação dos empregos. Afinal, não é racional gastar-se tanto para gerar posto de trabalho, como noticiado acima, e não envidar esforço para preservá-lo, pelo menos nos termos do art. 4^o dessa CIT:

Não se dará término à relação de trabalho de um trabalhador a menos que exista para isso uma causa justificada relacionada com sua capacidade ou seu comportamento ou baseada nas necessidades de funcionamento da empresa, estabelecimento ou serviço.

Decerto, a vigência formal da Convenção Internacional do Trabalho n. 158 no Brasil pende de várias controvérsias, que, não obstante, não inviabilizam sua aplicação, como se verá:

I – Aprovada na 68^a reunião da Conferência Internacional do Trabalho (Genebra – 1982), entrou em vigor no plano internacional em 23 de novembro de 1985.

II — Dados referentes ao Brasil:

a) Aprovação – Decreto Legislativo n. 68, de 16.09.1992, do Congresso Nacional; b) ratificação – 05 de janeiro de 1995; c) promulgação – Decreto n. 1.855, de 10.04.1996; d) vigência nacional – 05 de janeiro de 1996; e) Denunciado pelo Decreto n. 2.100, de 20.12.1996.

Todavia, durante o curtíssimo período que seria de sua vigência, o Supremo Tribunal Federal deferiu medida cautelar em favor do setor patronal nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 1480⁸, suspen-

4 Art. 6^o 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.

5 Art. 7^o São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

6 Art. 8^o É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

(...)

VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.

7 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

8 ADI 1480. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur18417/>

dendo sua vigência, sob o argumento de que o inciso I do art. 7º da Constituição pende de regulamentação por lei complementar e que a Convenção ratificada tinha status de lei ordinária. Um argumento logicamente pleno de má vontade trabalhista.

Em 1996, com base no artigo 24 da Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), foi apresentada reclamação porque o Estado Brasileiro não estava cumprindo a Convenção, preferindo o Brasil denunciá-la, pelo Governo do Presidente Fernando Henrique Cardoso. Referido movimento foi objeto de nova ADI, 1625, por ausência de manifestação do Congresso Nacional na denúncia. Encontra-se pendente de julgamento há mais de 25 anos, contabilizando-se um voto por quinquênio. Contabilizam-se até agora seis votos, todos a favor da pretensão. Fantam cinco votos. Em 2008, o Governo do Presidente Lula tentou novamente apresentar a proposta de ratificação da Convenção, mas o Congresso Nacional Rejeitou, em 02 de julho, a Comissão de Relações Exteriores e de Defesa Nacional da Câmara dos Deputados por 20 votos a um⁹, apesar do parecer favorável da Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)¹⁰.

De todo modo, não se deve ignorar a força moral e normativa dessa CIT, dado que o Brasil é membro da OIT, votou pela aprovação desse instrumento, que se harmoniza com o programa da Constituição e os princípios de direito do trabalho.

Nesse sentido, enunciou a Corte de Trinidad e Tobago, numa reclamação movida por Sindicato dos bancários e trabalhadores gerais v. Home Mortgage Bank, Tribunal Laboral de Trinidad e Tobago, 3 de março de 1998, nº 140 de 1997:

os princípios das boas relações industriais ditam que o emprego de trabalhador algum deve ser terminado se não houver uma razão válida para tanto, ligada a sua capacidade de realizar o trabalho para o qual foi contratado ou baseada nos requisitos operacionais do negócio do empregador. Esses princípios são consagrados por escrito na Convenção nº 158 da Organização Internacional do Trabalho. A Convenção nº 158 da OIT deu forma escrita aos princípios, há muito aceitos, das boas relações laborais e não vem ao caso o fato de esta Convenção não ter sido ratificada por Trinidad e Tobago. A Convenção não é aplicável como parte do direito interno de Trinidad e Tobago, mas como prova dos princípios de boas práticas nas relações

false. Acesso em 16 nov. 2021.

9 CONVENÇÃO 158 - Comissão da Câmara rejeita norma da OIT sobre demissão injustificada. **Migalhas**, 13 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/63979/convencao-158---comissao-da-camara-rejeita-norma-da-oit-sobre-demissao-injustificada>. Acesso em: 15 out. 2021.

10 OIT Deputado Vieira da Cunha apresenta voto em separado em favor da Convenção 158 da OIT subsidiado por nota técnica elaborada pela Anamatra. **Migalhas**, 18 de julho 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/62894/deputado-apresenta-voto-em-separado-em-favor-da-convencao-158-da-oit--subsidiado-por-nota-tecnica-elaborada-pela-anamatra>. Acesso em 15 out 2021.

laborais que foram aceitos no plano internacional.¹¹

Ademais, não se deve desdenhar da importância e a influência da Organização Internacional do Trabalho e respectivos atos normativos, mesmo os não ratificados, na configuração dos direitos trabalhistas, por representarem um mínimo civilizatório para o Brasil, ainda eticamente de quatro.

No âmbito dos princípios de direito do trabalho, invoca-se o da continuidade da relação de emprego, consistente em tratar o término do emprego como exceção, conforme escreve Francisco Meton Marques de Lima:

A continuidade é um corolário da continuidade da empresa, pois se a mão de obra constitui um dos elementos essenciais da atividade econômica, deve integrar-se ao empreendimento.¹²

Além disso, como bem colocou Raimundo Simão Melo, a principiologia do direito do trabalho deve ser levada a sério, a partir do princípio da dignidade humana:

O valor ou princípio da dignidade da pessoa humana deve ter sentido de normatividade e cogência e não de meras cláusulas “retóricas” ou de estilo ou de manifestações de bons propósitos, daí porque é preciso dar tratamento adequado aos instrumentos de efetivação dos direitos que poderão realmente garantir a dignidade dos trabalhadores e o valor verdadeiramente social do trabalho, como estabelece a Carta Maior do Brasil de 1988, que destacou expressamente como princípios fundantes da República e da ordem econômica a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho.¹³

Destarte, a pesquisa desenvolvida sinaliza a necessidade de motivação no momento da terminação da relação de emprego.

Importância social, macro e microeconômica do princípio da continuidade

Do ponto de vista macroeconômico, o princípio da continuidade tem suporte e ancora as seguintes situações: em relação à economia, a continuidade das relações de emprego proporciona estabilidade da demanda e de consumo, ativando toda a base produtiva, gerando mais recolhimentos previdenciários e menos demanda pelos benefícios, gerando uma reserva demais positiva.

11 D5 Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito / editado por Xavier Beaudonnet. – Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011. P. 186

12 LIMA, Francisco Meton Marques. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Editora LTr, 2015. p. 137

13 MELO, Raimundo Simão de. **Dignidade da pessoa humana relaciona-se com valor social do trabalho**, Revista Consultor Jurídico, 2017. Não paginado. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/reflexoes-trabalhistas-dignidade-pessoa-humana-relaciona-valor-social-trabalho> . Acesso em: 08 nov. 2019.

Tudo isso vem acompanhado de tranquilidade dos mercados e dos governos;

Para a empresa, indaga-se quanto custa em tempo e dinheiro para a formar uma mão de obra especializada, treinada e adestrada segundo as necessidades e os valores da empresa?

A continuidade no emprego proporciona o aperfeiçoamento do trabalhador, que renderá mais na função que há muito exerce; permite ainda ao empregado conhecer melhor a filosofia de trabalho da empresa, com a incorporação dos ideais ali reinantes, resultando mais fidelidade e amor ao trabalho. Mesmo a mudança de função não impedirá o aprimoramento do empregado, que há muito conhece pormenores da empresa e não terá dificuldade de adaptação à nova função. O empregado sabendo que terá garantia no emprego e ascensão funcional, desde que desempenhe com zelo sua função, terá mais interesse pela empresa, a ela se dedicando como uma parte do seu patrimônio, nela vendo mais do que um simples ganha-pão.

Já a rotatividade de patrões desperta no trabalhador um desamor ao trabalho, motivo pelo qual ele não se interessa pelo que está fazendo: trabalha só para ganhar o pão. Assim, é que o trabalhador, tomando conhecimento de que determinada empresa não atura por muito tempo o empregado, certamente não vestirá a camisa dela e passará a trabalhar sem pensar no objetivo final daquele trabalho, mas pensando somente no salário. Esse fator repercute negativamente na qualidade do produto nacional, vez que cada empresa não produzirá o melhor, reduzindo-lhe a competitividade; repercute também na produtividade; e por fim atrasa o processo de geração da riqueza nacional.

No âmbito da estabilidade social, a fluidez dos empregos repercute diretamente na estabilidade social, partindo do desassossego que provoca nos indivíduos, nas famílias, nas comunidades e na sociedade como um todo, carregando consigo o gérme dos transtornos mentais e da violência.

No tocante à dignidade da pessoa humana enquanto trabalhadora, a continuidade representa o mínimo que a (o) cidadã(o) que vive do seu emprego merece: saber o motivo de sua despedida. Até mesmo para corrigir suas eventuais falhas, se for essa a causa da ruptura contratual.

Além do mais, o problema do emprego, como se disse acima, tem que ser encarado como uma questão de Estado, dado o elevado custo econômico para gerar um posto de trabalho, o inestimável custo social do posto extinto (como se sente aquele que perde o emprego), o que impõe desenvolver políticas de preservação dos postos de trabalho e dos empregos, mediante a utilização dos instrumentos jurídicos citados.

Com efeito, a busca do pleno emprego compõe o VIII princípio da Ordem Econômica iniciada no art. 170 da Constituição Federal Brasileira. Atendendo à necessidade de paralisação de várias atividades durante a pandemia do coronavírus, o governo destinou 51,2 bilhões de reais para o programa emergencial da pandemia do coronavírus, para preservação de 8,5 milhões de

postos de trabalho e beneficiar 24,5 milhões de trabalhadores.¹⁴

Assim, o término da relação de emprego por iniciativa do empregador exclusivamente baseado no poder potestativo deve ser coibido, mediante aplicação de indenização compensatória (que não se confunde com o aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, tampouco com a multa de 40% do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço), ou de medida alternativa que contribua para a reinserção do trabalhador na dinâmica produtiva.

O governo deve desenvolver políticas efetivas de proteção dos empregos, mediante divisão de responsabilidades com as empresas, ora premiando-as pela prioridade na manutenção dos empregos, ora sancionando condutas em contrário.

O Estado brasileiro na contramão da proteção do emprego

Na contramão do direito que emerge da CIT n. 158, cujo objetivo é coibir o despedimento sem justa causa, já adotada em alguns países (vide, por exemplo, Novo Código do Trabalho Português, Lei n. 99/2003¹⁵ e Lei Francesa de 13 de julho de 1973¹⁶), como forma de preservar os postos de trabalho, o Estado brasileiro caminha, ausente de políticas de geração e manutenção dos postos de trabalho, alargando cada vez mais seus passos rumo à flexibilização das rescisões contratuais, mediante um conjunto de ações dos Três Poderes, materializadas na produção de normais legais e jurisprudenciais contrárias à proteção dos trabalhadores, valendo destacar as seguintes:

A Lei n. 13.429¹⁷, de 31/03/2017, liberou geral a terceirização, inclusive para as atividades principais da empresa, trazendo em seu barco um conjunto de ações deletérias à dignidade do trabalhador, como redução dos salários, aumento dos acidentes de trabalho, incontido rodízio de mão de obra e esfa-

14 MINISTÉRIO DA ECONOMIA. **Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus):** ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da covid-19. Ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da Covid-19. 2020. Atualizado em 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 18 nov. 2021.

15 PORTUGAL. Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009. Código do Trabalho. **Diário da República Eletrônico**. Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 15 out. 2021.

16 FRANÇA. Código do Trabalho da França. In: BRÁSILIA. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal Código do trabalho da França. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, p. 551-571, 1992. Trimestral. Tradução de Jean-François Cleaver. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496845>. Acesso em: 2 nov. 2021.

17 BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13429.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

celamento da representação sindical.

A Lei n. 13.467/2017¹⁸, da reforma trabalhista, acrescentou à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o 477-A para dizer que as dispensas coletivas equiparam-se às individuais e prescinde de autorização sindical.

Essa mesma lei revogou os § 1º, 3º e 7º do art. 477 da CLT para eliminar a necessidade de homologação pelo sindicato das rescisões contratuais e dos pedidos de demissão do empregado.

A Lei n. 13.874/2019¹⁹, da liberdade econômica, resultante da Medida Provisória 881, publicada em 20 de setembro de 2019, modifica diretamente a legislação nacional, como o Código Civil; a Lei de Sociedades Anônimas e a Consolidação das Leis do Trabalho, além de várias outras leis, o que afeta diretamente a classe produtora do Brasil, com a proposta de desburocratizar o empreendedorismo no Brasil. Porém, mais uma vez, o governo facilita a vida do empreendedor nas costas dos obreiros, em vez de retirar encargos fiscais.

No âmbito jurisprudencial, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) já havia reduzido várias formas de estabilidades asseguradas pela Constituição Federal e pela CLT, valendo destacar a Súmula n. 369, as Orientações Jurisprudenciais (OJs) 369 da Seção de Dissídios Individuais I – SbDI-I e 365 da SbDI-I:

Súmula 369 do TST, revisada em 2012:

I – *omissis*;

II – O art. 522 da CLT foi recepcionado pela CF/88. Fica limitada, assim, a estabilidade a que alude o art. 543, § 3º, da CLT de sete dirigentes sindicais e igual número de suplentes.

III – O empregado de categoria diferenciada eleito dirigente sindical só goza de estabilidade se exercer na empresa atividade pertinente à categoria profissional do sindicato para o qual foi eleito dirigente. (Ex -OJ 145 da SBDI-1, de 1998)

IV – Havendo extinção da atividade empresarial no âmbito da base territorial do sindicato, não há razão para subsistir a estabilidade. (Ex -OJ 86 da SBDI-1, de 1997)

V – O registro da candidatura do empregado a cargo de dirigente sindical durante o período de aviso prévio, ainda que indenizado, não lhe assegura a estabilidade, visto que inaplicável a regra do § 3º do art. 543 da CLT. (Ex-OJ 35 da SBDI-1, de 1994).²⁰

18 BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. 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. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

19 BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de julho de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado[...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

20 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 369**. Dirigente sindical, estabilidade provisória. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#-

OJ n. 369 da SbDI-I:

O delegado sindical não é beneficiário da estabilidade provisória prevista no art. 8º, VIII, da CF/1988.²¹

OJ n. 365 da SbDI-I:

Membro de conselho fiscal de sindicato não tem direito à estabilidade prevista no art. 543, § 3º, da CLT e 8º, VIII, da CF/88, porquanto não representa ou atua na defesa de direito da categoria respectiva.²²

Todas essas hipóteses cristalizadas nesses precedentes jurisprudenciais são negacionistas das garantias asseguradas pela Constituição Federal e/ou leis, em afronta aos princípios da autonomia sindical e protetor. É uma interpretação *in pejus*, contrária aos fins do direito do trabalho.

No âmbito das empresas estatais, o TST já havia consolidado em sua jurisprudência (OJ 247 da SbDI-I) que não havia necessidade de motivação das despedidas, apesar do art. 37 da Constituição Federal, que impõe aos órgãos da administração pública direta e indireta observância dos princípios da legalidade, publicidade, impessoalidade, moralidade, eficiência; e a Lei n. 9.784/1999, do processo administrativo, acrescentar os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

Levada a matéria ao STF, por meio do RG RECEXTRA 589.998-5-PI, a Suprema Corte conferiu repercussão geral e assentou em 2012 que as estatais precisam motivar as despedidas de empregados²³. Porém, já ganhou repercussão geral a pretensão de reversão desse posicionamento, nos autos do RE 688267, com sinalização favorável do Ministro relator e parecer do Procurador Geral da República contra os trabalhadores.

Em relação aos trabalhadores plataformizados, ou autoescravos, órfãos de qualquer proteção, a cúpula do Judiciário brasileiro vem negando a relação de emprego, bem como toda e qualquer forma de proteção para além do contrato de adesão que assinam.

Considerações finais

O Ordenamento Jurídico brasileiro alberga o princípio da continuidade da relação de emprego, como garantia de um mínimo de civilidade e dignida-

SUM-369. Acesso em: 16 nov. 2021.

21 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ n° 369 da SbDI-I**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008. Disponível em: <http://tst.jus.br/web/guest/ojs>. Acesso em: 16 nov. 2021.

22 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ n. 365 da SbDI-I**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008. Disponível em: <http://tst.jus.br/web/guest/ojs>. Acesso em: 16 nov. 2021.

23 LIMA & LIMA, Francisco Meton Marques de; Francisco Pércles Rodrigues Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**: com índice alfabético e remissivo — 17. ed. — São Paulo: LTr, 2019. p. 20.

de à pessoa do trabalhador, conforme art. 7º, I, da CF e CIT n. 158.

O preceito da CF impõe-se por força do princípio da máxima eficácia das normas da Constituição, e da CIT n. 158 extrai-se a força moral, em virtude de o Brasil haver votado pela sua aprovação e em virtude da irregularidade de sua denúncia.

Ademais, o fato de o Brasil ostentar os mais elevados índices de desigualdade, desemprego e violência do mundo clamam por uma política pública de geração de postos de trabalho e de emprego, bem como de manutenção destes.

Todavia, o Estado brasileiro, em ação conjunta dos Três Poderes alojados no Planalto Central, vem dando incondicional aval ao mais escrachado exercício do poder potestativo do empregador.

Referências

ALVARENGA, Darlan. Brasil deve ter a 14ª maior taxa de desemprego do mundo em 2021, aponta ranking com 100 países. 2021. G1 ECONOMIA. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/04/11/brasil-deve-ter-a-14a-maior-taxa-de-desemprego-do-mundo-em-2021-aponta-ranking-com-100-paises.gh.html>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Planalto, [2018]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 3 set 2020.

BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. **Decreto-Lei nº 5.442, de 01.mai.1943**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452compilado.htm. Acesso em: 3 set 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113429.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. 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. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113467.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.874, de 20 de julho de 2019**. Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado[...]. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. STF. **ADI 1480**. Rel. Min. Celso de Mello. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur18417/false>, acesso em: 16 nov 2021.

BRASIL. STF. **ADI 1625**. Rel. Min. Maurício Correa. Disponível em: <http://portal>.

stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1675413, acesso em: 21 set 2020.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ nº 365 da SbDI-I**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008. Disponível em: <http://tst.jus.br/web/guest/ojs> Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **OJ nº 369 da SbDI-I**. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2008. Disponível em: <http://tst.jus.br/web/guest/ojs>. Acesso em: 16 nov. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula nº 369**. Dirigente sindical, estabilidade provisória. Brasília, DF: Tribunal Superior do Trabalho, 2012. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_351_400.html#SUM-369. Acesso em: 16 nov. 2021.

CONVENÇÃO 158 - Comissão da Câmara rejeita norma da OIT sobre demissão injustificada. **Migalhas**, 13 de julho de 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/63979/convencao-158---comissao-da-camara-rejeita-norma-da-oit-sobre-demissao-injustificada>. Acesso em: 15 out. 2021.

D 5 Direito internacional do trabalho e direito interno: manual de formação para juízes, juristas e docentes em direito / editado por Xavier Beaudonnet. – Turim: Centro Internacional de Formação da OIT, 2011.

FRANÇA. Código do Trabalho da França. In: BRASÍLIA. Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal Código do trabalho da França. Revista de Informação Legislativa, Brasília, v. 29, p. 551-571, 1992. Trimestral. Tradução de Jean-François Cleaver. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496845>. Acesso em: 2 nov. 2021.

LIMA, Francisco Meton Marques de. **Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista**: com índice alfabético e remissivo / Francisco Meton Marques de Lima, Francisco Péricles Rodrigues Marques de Lima. — 17. ed. São Paulo: LTr, 2019.

LIMA, Francisco Meton Marques. **Os princípios de direito do trabalho na lei e na jurisprudência**. 4 ed. São Paulo: Editora LTr, 2015.

MELO, Raimundo Simão de. **Dignidade da pessoa humana relaciona-se com valor social do trabalho**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-dez-22/reflexoes-trabalhistas-dignidade-pessoa-humana-relaciona-valor-social-trabalho>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Confira as medidas tomadas pelo Ministério da Economia em função da Covid-19 (Coronavírus): ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da covid-19. Ministério instituiu grupo de monitoramento dos impactos econômicos da pandemia da Covid-19. 2020. Atualizado em 25 fev. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/marco/confira-as-medidas-tomadas-pelo-ministerio-da-economia-em-funcao-do-covid-19-coronavirus>. Acesso em: 18 nov. 2021.

OIT Deputado Vieira da Cunha apresenta voto em separado em favor da Convenção 158 da OIT subsidiado por nota técnica elaborada pela Anamatra. **Migalhas**, 18 de julho 2008. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/>

quentes/62894/deputado-apresenta-voto-em-separado-em-favor-da-convencao-158-da-oit--subsidiado-por-nota-tecnica-elaborada-pela-anamatra. Acesso em 15 out 2021.

OIT. **Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e seu anexo (Declaração de Filadélfia)**. Disponível em https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilvia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 15 out. 2021.

OIT. **Convenção 158 da Organização Internacional do Trabalho, de 1982**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/convencao-oit-158.pdf>. Acesso em: 22 set 2020.

PORTUGAL. Lei n.º 7, de 12 de fevereiro de 2009. Código do Trabalho. **Diário da República Eletrônico**. Lisboa, 12 fev. 2009. Disponível em <https://dre.pt/dre/legislacao-consolidada/lei/2009-34546475>. Acesso em: 15 out. 2021.

STIGLITZ, E. Joseph. **Povo, Poder e Lucro** – capitalismo progressista para uma era de descontentamento. Rio de Janeiro: Editora Record, 2020.

O TRABALHO DECENTE NO CONTEXTO PANDÊMICO E SUA PERSPECTIVA COMO DIREITO FUNDAMENTAL: DESAFIOS PARA O FUTURO SOB O PRISMA DA DICOTOMIA DO DISCURSO NEOLIBERAL EM CONTRAPOSIÇÃO A ATUAÇÃO DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Renata Osorio Caciquinho Bittencourt

Mestranda no Centro Universitário do Distrito Federal em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas. Professora. Advogada. Pós-Graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário.

Paulo Campanha Santana

Coordenador da Graduação em Direito e do Programa de Mestrado em Direito das Relações Sociais e Trabalhistas do Centro Universitário do Distrito Federal. Advogado. Mestre e Doutor em Direito.

Resumo:

O trabalho decente no contexto pandêmico e sua perspectiva como direito fundamental cingem o objeto desta pesquisa, sob prisma da atuação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do discurso neoliberal, sendo desenvolvida pelo método teórico-propositivo. A Covid-19 ocasionou desafios humanitários, sanitários e socioeconômicos, que afetaram o mundo do trabalho, já em dinâmica mutação diante da Revolução Industrial 4.0, ampliando desigualdades. Justifica-se a relevância da abordagem, haja vista que busca compreender a (in)efetividade das medidas adotadas pela OIT em contraponto ao discurso opositor do liberalismo moderno quanto ao futuro do trabalho, tendo por objetivo investigar quais os caminhos viáveis porvir dentro de um mundo do trabalho pandêmico, mergulhado em caos social, que consiga efetivar o trabalho decente, Direito Humano Fundamental, a partir da análise do discurso neoliberal e da atuação da OIT.

Palavras-chave: Trabalho decente; Direito humano fundamental; OIT; Covid-19.

1. Introdução

O presente ensaio busca analisar o discurso neoliberal em contraposição ao trabalho digno pela perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e de sua atuação em um contexto pandêmico. Quer-se analisar, por meio da observação dos fenômenos históricos a efetividade, ou não, das medidas adotadas pela OIT em liderança aos Estados-Membros.

O Estado de Bem-Estar Social, que inclui o Estado Democrático de Direito, em um recorte laboral, também é objeto da pesquisa na medida em que consiste no mais elevado patamar de sociedade organizada. As fases do capitalismo, por sua vez, serão abordadas a fim de estabelecer o contexto em que a crise da Covid-19 se instala no mundo do trabalho, permitindo uma discussão aprofundada sobre o tema.

Nessa premissa, os desafios humanitários, sanitários e socioeconômicos implementados pela pandemia, considerando o cenário já dinâmico estabelecido pela Revolução Industrial 4.0, resultaram em um mundo ainda mais inóspito para o trabalho, ampliando desigualdades, que só podem ser combatidas em uma prática colaborativa e eficiente, com a compreensão da humanidade do trabalhador em sua fundamentalidade.

2. Trabalho decente como direito fundamental

O advento do sistema capitalista em substituição ao feudal traz um discurso utópico de livre mercado como resposta aos anseios da humanidade em dinâmica evolução. Afastando a estrutura tripartite anterior (nobreza, clero e servos) e uma precária troca de mercadorias, que pressupunha certa autosuficiência, surge um modelo em que o comércio e a troca de moedas, em paulatina expansão na fase mercantilista (ou pré-capitalista, ou Capitalismo Comercial), apresenta um novo paradigma de produção, baseado em um trabalho livre e assalariado, com possibilidade real de mobilidade social dos comerciantes.

A expansão das novas premissas e nova forma de entendimento do mundo, permite o advento da fase seguinte, Capitalismo Industrial, onde “Uma nova miséria urbana se desenvolveu, mais visível, chocante e, sob certo aspecto, extrema do que a miséria rural do Antigo Regime” (PIKETTI, 2013, p. 17). Sob a bandeira do Liberalismo Clássico e do Estado mínimo percebe-se um desenvolvimento econômico impressionante e nítida ascensão da burguesia, pautados em um discurso que defende a ausência de regulamentação pelo Estado como forma de instituir a liberdade de ascensão a toda sociedade, de acordo com seu esforço. Porém, na prática, deságua na precarização extrema das relações de trabalho e abandono dessa parcela da sociedade (em regra a grande maioria).

Mesmo no Capitalismo Financeiro, última e atual fase do sistema, em repetição a estruturação das anteriores, a desigualdade é uma constante característica. Não se está aqui a defender sistema diverso, nem mesmo a querer

se aprofundar nas fases caracterizadoras do capitalismo, cingindo o interesse simplesmente em contextualizar o advento do trabalho como forma de produção que liga o trabalhador ao sistema, inicialmente de forma precarizante e submetido aos regramentos do poder econômico por si só. A regulamentação das relações de labor, com ênfase nas relações de emprego, por meio do Direito do Trabalho e da “afirmação do valor-trabalho” consiste em “um dos mais notáveis marcos de estruturação da democracia social no mundo contemporâneo” (DELGADO, 2017, p. 114) com fito a alcançar o Estado Democrático de Direito pois, na sua ausência, o trabalhador é reduzido a mera ferramenta de produção, afastando de si a referência de pessoa humana.

Quanto ao argumento de livre-mercado, Ha-Joon Chang esclarece tratar-se de mera utopia, visto que está, “assim como a beleza, nos olhos de quem a contempla” (2013, p. 17). Ele defende que todo mercado tem interferência do Estado que estabelece as regras de seu funcionamento, não sendo, em nenhuma hipótese, efetivamente livre. Aduz que as pessoas tendem a ter uma ficta percepção de liberdade, pois “aceitamos tão completamente as regulamentações que os sustentam que elas se tornam invisíveis” (CHANG, 2013, p. 17). A fim de exemplificar e demonstrar a veracidade de seu argumento, aduz:

Para começar, existe um vasto leque de restrições com relação ao que pode ser negociado, e não estou falando apenas das proibições “óbvias” relacionadas com as drogas narcóticas e os órgãos humanos. Os votos eleitorais, os empregos do governo e as decisões judiciais não estão à venda, pelo menos abertamente, nas economias modernas, embora estivessem à venda, no passado, na maioria dos países. As vagas nas universidades normalmente não podem ser vendidas, embora em alguns países o dinheiro possa comprá-las, seja pagando (ilegalmente) as pessoas que fazem a seleção ou (legalmente) por meio de doações em dinheiro à instituição. Muitos países proíbem o comércio de armas de fogo e de bebidas alcoólicas. Em geral, os medicamentos precisam ser explicitamente licenciados pelo governo, com base na prova da sua segurança, antes que possam ser comercializados. Todas essas regulamentações são potencialmente polêmicas, como era a proibição de vender seres humanos (o tráfico de escravos) há um século e meio (CHANG, 2013, p. 18).

Não há, portanto, que se falar em livre-mercado efetivo, ao contrário, o mesmo é regulado de acordo com os fluxos e refluxos do contexto histórico, sendo essa percepção significativa para a compreensão da necessidade de regulamentação do trabalho como um processo natural de uma sociedade democrática, estabelecendo um efetivo elo entre o trabalhador e o capitalismo, reconhecendo sua dignidade como valor fundamental que o define, e não o reduzindo a engrenagem motriz na produção de riquezas. Conforme Maurício Godinho Delgado, nesse contexto, o Direito do Trabalho “torna-se um dos mais eficientes e genéricos mecanismos de realização de justiça social no

sistema capitalista” (2017, p. 116) em contraponto a busca desenfreada por produtividade e lucro da economia de mercado.

Se o valor fundamental da dignidade do trabalhador o define, compreende-se que “o trabalho, enquanto direito universal fundamental, deve basear-se no referencial axiológico da dignidade do ser humano” (DELGADO, 2017, p. 65). Isso porque, conforme ensina Gabriela Delgado, o “Direito do Trabalho corresponde, pois, no mínimo, ao direito a um trabalho digno, o que significa dizer o direito a um trabalho minimamente protegido” (2017, p. 65).

Entende-se que o trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. Ou seja, o valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano.

Onde o direito do trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo com o respeito a integridade física e moral do trabalhador, o direito a contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva.

Se existe um direito fundamental, deve também existir um dever fundamental de proteção. Quando o direito se utiliza da regulamentação jurídica, significa que ele servirá como suporte de valor para proteger o homem em seus direitos (DELGADO, 2017, p. 67).

A ideia de trabalho decente construída pela Organização Internacional do Trabalho desde 1999, que consiste em sinônimo de trabalho digno, remete a coexistência harmônica de dignidade da pessoa humana, equidade, liberdade e segurança que oportunizem trabalho de qualidade e produtivo (OIT Brasília), para além de mero instrumento no sistema de produção capitalista, efetivando a Justiça Social. Aponta a OIT, como orientação para o seu alcance e afastamento das violações, a harmonia de quatro propósitos, quais sejam, a “promoção do emprego produtivo e de qualidade; a ampliação da proteção social; e o fortalecimento do diálogo social”, bem como “o respeito aos direitos no trabalho, especialmente aqueles definidos como fundamentais”, dentre os quais se destacam a eliminação de qualquer trabalho forçado ou infantil, afastamento de qualquer forma de discriminação relacionada ao labor, promoção e defesa das negociações coletivas e da liberdade sindical (OIT Brasília).

Destaca-se, conforme Gabriela Delgado, que “no contexto do Estado democrático de Direito, a estipulação de um direito fundamental ao trabalho digno corresponde a uma conquista do homem, em contraponto as experiências históricas de espoliação das energias humanas com intuítos econômicos” (2017, p. 69). Trata-se, portanto, de estabelecer um nítido progresso social rumo a uma sociedade mais igualitária, que afaste as injustiças, calcando passos efetivos para a busca de implementação do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 8 da ONU que prevê a harmonia do binômio trabalho decente e crescimento econômico para erradicar a extrema pobreza e caminhar para um desenvolvimento sustentável, com igualdade substancial própria do

3. A covid-19 e o contradiscurso neoliberal

O advento da Covid-19 de forma inegável concebeu um mundo diferente. A emergência sanitária espalhou consequências, por exemplo, no equilíbrio de economias e no mundo do trabalho, além de todo o sofrimento no campo da saúde. Muitas empresas não sobreviveram as restrições de funcionamento necessariamente impostas, outras tantas deixaram de operar ante um novo comportamento do consumidor pós início do período pandêmico, por não vislumbrar perspectivas de tais práticas retornarem ao *status quo*. Países pobres sofreram e sofrerão mais, visto que a altíssima informalidade conduziu muitas pessoas a miséria, as quais não contavam com garantias previdenciárias, além do fato dessas nações possuírem um sistema de seguridade social frágil (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020).

Esse cenário sobrepõe mudanças já em curso na história da humanidade, como os desafios das inovações da indústria 4.0 e seus impactos (nesse ensaio em um recorte laboral) e acrescenta mais argumentos ao discurso neoliberal totalizante que vem buscando espaço desde meados de 1970, o qual consiste no avesso do Estado Democrático de Direito. A ideia não é propriamente original, visto que baseada no liberalismo clássico, porém nitidamente aprimorada e extremada. A “revolução neoliberal democrática global se desenvolve a partir da construção de um discurso único, sem alternativas, ou seja, do capitalismo vencedor (...), ao qual todos devem se adaptar, sob pena de “ineficiência” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE (Org.), 2012, p. 145). A maximização da riqueza, consequência da premissa de eficiência se destaca como ponto de impedimento de direitos sociais que atentem contra o livre-mercado (que nunca é efetivamente livre, como já dito anteriormente).

O neoliberalismo se apoia nos pontos de desequilíbrio da humanidade, como a já mencionada Revolução Industrial 4.0, ou o advento da pandemia da Covid-19, dentre outros, para defender o deslocamento de toda e qualquer responsabilidade do Estado para o próprio indivíduo, por si e para si, beneficiando as classes dominantes, as quais menos utilizam as instituições. Usa de técnica de discurso sedutora e psicologicamente eficaz, criando um véu que encobre a realidade sob argumento de “pode-tudo-que-quiser-em-nome-da-liberdade” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE (Org.), 2012, p. 145), afastando da legislação a “função de limitar a satisfação individual em nome do coletivo, entregue, agora, a um mercado vazio e iluminado, em que tudo pode ser vendido e comprado, já que a categoria “Direito Fundamental” é extinta” (FERRAJOLI; STRECK; TRINDADE (Org.), 2012, p. 145) nesse discurso.

Em que pese o discurso neoliberal, a experiência empírica demonstra que as promessas não se traduzem em realidade. A título de ilustração, destaca-se que “a ideologia lhes diz que são livres, mas não têm liberdade para escolher o ofício, para definir o salário, para fixar a jornada de trabalho. A

ideologia lhes diz que todos os homens são iguais, mas percebem que não podem ter moradia, vestuário, transporte, educação, saúde, como os seus patrões” (CHAUI, 2000, p. 544). Destaca-se, portanto, que a classe dominante então, nesse discurso totalizante, ““esquece” a “dignidade do trabalho” e declara o poder político um direito exclusivo dos homens independentes ou livres, isto é, dos que não dependem de outros para viver. Em outras palavras, dos que não precisam trabalhar” (CHAUI, 2000, p. 542). Veja que o discurso de valorização do trabalho volta ao pragmatismo da versão clássica do liberalismo, direcionando muitos trabalhadores a “escolher a autorregulação”, na maioria das vezes por falta de opções diversas, mas algumas delas em razão do convencimento pelo discurso neoliberal, afastando-se das proteções jus-laborais em sua grande maioria e se aproximando do Direito Civil, onde o peso da pactuação recai sob as partes.

O discurso neoliberal caminha de forma contrária ao humanismo social, distanciando o Estado “das suas obrigações intervencionistas por uma sociedade justa e fraterna, sob o argumento de que a felicidade está na liberdade plena do indivíduo, no exercício da autorregulação das suas demandas, trilha que seria a fórmula ideal do contrato social” (RODRIGUES; BITTEN-COURT, 2021, p. 166). O capitalismo humanista e social foi adotado com sucesso como resposta ao fim da 2ª Grande Guerra em muitos países europeus, ao perceberem que uma dignidade mínima para todos, fortalecendo o laço dos trabalhadores com o sistema, possibilitaria a paz universal e duradoura por meio da justiça social. O contrário, o produtor da injustiça social, cria misérias absolutas, retira a dignidade da pessoa e a sua humanidade, colocando-a em um limbo. A resposta social a esse tipo de conduta neoliberal se traduz nos níveis de violência experimentados, que sempre são maiores onde há alta desigualdade e onde o mínimo existencial não é garantido a todos, indistintamente.

O cenário instituído pela pandemia apresentou solo fértil as ideias neoliberais. Na fragilidade das questões sociais, altamente impactadas com a crise apresentada e experimentando diversas disfunções, há a defesa por essa ideologia de uma drástica diminuição dos direitos sociais, ou até afastamento completo, como se esses fossem os responsáveis pela crise, e não a única saída que considera a pessoa humana como centro da ordem social e jurídica. O preço humano não é considerado pelos seus interlocutores, nem mesmo o ambiente de nítida injustiça social gerado pela prática desse discurso. Nesse sentido, Delgado (2017, p. 68) destaca:

A construção desse tipo de diagnóstico e de tais previsões sombrias fundamenta-se em três eixos de argumentação, às vezes expostos de maneira combinada: as mudanças provocadas pela terceira revolução tecnológica do capitalismo; as mudanças vinculadas à reestruturação empresarial nas últimas décadas, quer no plano da descentralização do empreendimento capitalista, quer no plano das alterações nos métodos e sistemas de gestão das empresas e de sua força de trabalho; a

acentuação da concorrência capitalista, inclusive e especialmente no quadro do mercado mundial.

Esses três grandes fatores teriam dado origem a um desemprego estrutural

no sistema capitalista, desemprego supostamente inevitável, ao lado de um

processo irreprimível de perda de relevância, no sistema, da relação de emprego e do próprio trabalho.

Maurício Godinho Delgado (2017, p. 69) destaca que esse contradiscurso via de regra busca justificar as políticas públicas de desvalor do trabalho e do emprego em busca da tratada “eficiência” dos mercados, sob o argumento de que a conduta austera trará Bem-Estar Social, nitidamente combatendo o desemprego. Contraditoriamente, “Tal política pública sistemática tem se acobertado — e se fortalecido — sob o manto explicativo do chamado desemprego estrutural, em seus três eixos (tecnológico, organizacional e mercadológico) (DELGADO, 2017, p. 69)”, demonstrando os resultados objetivos de um capitalismo sem reciprocidade. O discurso neoliberal, ou ultraliberal como tratado por Delgado, portanto, é sagaz em sua estruturação do convencimento, utilizando um discurso sedutor para criar mais desigualdade e sofrimento, direcionando, em suas teias, a responsabilidade a uma suposta falta de “pulso decisório” nas políticas de uma democracia social humanística.

4. Atuação da organização internacional do trabalho: um contraponto necessário para o futuro do trabalho e alcance do Estado de Bem-estar social

O advento da pandemia evidencia a presença do primeiro Cisne Negro do novo século, conforme conceituação de Nassim Taleb, espalhando consequências graves por todo o globo. Isso porque a Covid-19 se amolda a todas as características do conceito estabelecido por Taleb “imprevisibilidade, consequências e explicabilidade retrospectiva” (TALEB, 2015, p. 203). Tal crise sanitária, econômica e social abre espaço para que o discurso neoliberal busque, mais uma vez, se instalar, defendendo ser o portador de todas as respostas e virtudes humanas, por meio de um discurso totalizante. Como visto, tal discurso dissimula uma realidade impraticável, visto que gera efetivamente mais desigualdade, de forma estrutural, sendo necessário empenhar esforços no seu combate.

A Organização Internacional do Trabalho se evidencia, nesse cenário, como verdadeiro contrapoder na busca da efetividade de uma sociedade justa e fraterna, com afastamento dos discursos ilusórios extremos. O trabalho que já vinha sendo realizado, inclusive com a declaração do Centenário da instituição e a constante persecução dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis da ONU se aliam a uma nova frente, uma realidade mais inóspita e desafiadora. A OIT assume então um duplo papel, o de orientar caminhos que

amparem e promovam o trabalho digno, premissa essencial a justiça social e a paz duradoura universal, bem como a de recolher dados e cobrar efetividade dos Estados no cumprimento das Convenções ratificadas com fito a uma recuperação em cadeia, considerando, conforme previsto no preâmbulo da Constituição da OIT que a omissão de qualquer nação em adotar condições humanas de trabalho é um obstáculo no caminho de outras nações que desejam melhorar as condições em seus próprios países (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION).

A preocupação com o futuro do trabalho, que já era realidade antes da pandemia, é reformulada após o advento da Covid-19. Para a OIT “Esta crise tem um rosto humano e, como tal, apela a uma resposta centrada no ser humano” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020b), sendo essa a premissa para toda filosofia e prática de recuperação e construção de um mundo melhor, em especial no aspecto laboral. Para tal enfrentamento a OIT concebeu quatro pilares complementares e interdependentes para alinhar as respostas políticas e direcionar a atuação dos Estados-membro. O 1º pilar consiste em estimular a economia e o emprego, o que pode ser concretizado por diversas frentes, a exemplo de “pacotes de estímulo imediatos para reforçar o setor da saúde, mitigando simultaneamente o impacto sobre as economias e os mercados de trabalho através da concessão de apoio financeiro às empresas (em especial às micro e pequenas empresas) e de apoio ao rendimento para os/as trabalhadores/as” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020b), além de “quando a propagação do vírus tiver sido contida e a atividade normal retomar lentamente, ser necessária uma estratégia de emprego orientada pela procura para uma recuperação a médio e longo prazo do emprego e dos rendimentos” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020b).

O 2º pilar consiste em apoiar as empresas, os empregos e os rendimentos, o que pode ser efetivado, por exemplo, com políticas públicas de atenção a sobrevivência das empresas através de apoio financeiro e fiscal, bem como políticas de incentivo a manutenção do emprego. O 3º pilar, por sua vez, visa proteger trabalhadores e trabalhadoras no local de trabalho o que pode ser implementado, por exemplo, com reforço da segurança e saúde no trabalho, sem prejuízo da adaptação das disposições laborais, da prevenção da discriminação e exclusão, bem como o acesso a cuidados de saúde e licenças remuneradas com a estruturação de um sistema previdenciário e de seguridade social forte. O 4º pilar cinge em apostar no diálogo social para encontrar soluções, confiando em um enfrentamento cooperativo. Essa aposta no “diálogo social inclui todos os tipos de negociação, consulta e intercâmbio de informações entre representantes dos governos, trabalhadores/as e empregadores sobre questões de interesse comum nos domínios económico, laboral e de política social” (INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, 2020b), bem como a implementação de políticas públicas de defesa das instituições representativas de classe, reforçando sua capacidade de resiliência.

Primando pela efetivação dos pilares desenvolvidos, a Organização Internacional do trabalho tem atuado em diversas frentes concomitantes quanto a diferentes condições de trabalhadores, cabendo destacar sua atuação com relação ao combate a desigualdade de gênero, a informalidade laboral, a erradicação do trabalho infantil e análogo a escravo, o combate a todo tipo de discriminação e estigma de trabalhadores, atenta ainda as condições dos trabalhadores domésticos e daqueles que atuam na economia de cuidados, bem como à promoção de oportunidades aos jovens trabalhadores.

Pensar e agir pelo futuro do trabalho em um contexto desafiador como o atual, consiste em tarefa árdua e dinâmica, reformulando-se a todo momento em espelhamento ao fenômeno da globalização em suas mutações constantes. Porém, consiste em oportunidade inigualável de reverter toda atenção a temática para a construção de um futuro ainda melhor, com enfrentamento dos desafios em busca da efetiva Justiça Social.

Isso obriga a criar as condições de um acerto de contas permanente da experiência completa dos efeitos da globalização, ao olhar do objetivo de justiça social, o que pressupõe tirar a democracia social do gueto onde ela está reclusa hoje em dia, e renová-la levando em conta a diversificação das formas de trabalho no mundo contemporâneo. (SUPIOT, 2014, p. 112-113)

Há que se conscientizar em todos os locais que a primazia do trabalho e do emprego não são os causadores das mazelas do mundo, ao contrário, são instrumentos civilizatórios que inserem a pessoa humana no sistema capitalista. Os trabalhadores, em todo o mundo, são a maioria das sociedades, tendo no labor sua fonte manutenção, identificação e inserção social. Promover o trabalho digno, por sua vez, considera e protege a humanidade do trabalhador, tendo por consequência uma sociedade mais igualitária e mais distante dos efeitos colaterais da desigualdade, com ênfase na violência e na miséria. Conforme ensinamento de Gabriela Delgado, “É necessário, pois, reforçar o argumento de que estar protegido pelo trabalho significa também concretizar, no plano constitucional, os direitos fundamentais trabalhistas que assegurem um patamar mínimo de vida digna” (2017, p. 69) em caminhada direcionada ao Estado de Bem-Estar Social.

O Estado de Bem-Estar Social (...) traduz uma das mais importantes conquistas da civilização ocidental. É que, ao agregar, em um conjunto institucional, cultural, jurídico, social e econômico, os ideais de liberdade, igualdade, solidariedade, direitos individuais e sociais, democracia, valorização da pessoa humana, valorização do trabalho e especialmente do emprego, justiça social e bem-estar das populações envolvidas, o EBES se tornou, sem dúvida, a mais completa, abrangente e profunda síntese dos grandes avanços experimentados pela história social, política e econômica nos últimos trezentos anos. (DELGADO; PORTO, 2019, p. 26)

Considerar o cenário desanimador implementado pela pandemia em um mundo que já estava mudando, é um ponto de partida necessário para o enfrentamento realista dos desafios que se apresentam ao futuro do trabalho, sendo inegável o papel estruturante em escala internacional desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho nesse processo por meio da orientação e incentivo de desenvolvimento de políticas públicas pautadas nos 4 pilares apresentados, convergindo em uma busca sempre otimista da construção de uma realidade ainda melhor, onde prevaleça o trabalho decente/digno em contraposição ao discurso neoliberal.

5. Conclusão

O caos social advindo da crise sanitária da Covid-19 afetou, dentre tantas áreas, o mundo do trabalho de forma significativa. O conceito de trabalho digno ou decente empunhado pela Organização Internacional do Trabalho tem encontrado muitas dificuldades em sua implementação, com nítida ampliação das desigualdades em consequência do desafio sanitário.

Imbuído desse cenário, o discurso neoliberal prega a individualidade da pessoa e sua autorregulação enquanto trabalhadora (recorte desse ensaio), defendendo um livre-comércio utópico em face dos direitos sociais. Quer essa ideologia convencer que os indivíduos são autossuficientes, sendo desnecessária a colaboração do Estado e a regulação do trabalho, bastando o esforço individual para alcance da dignidade que lhe é inerente enquanto pessoa.

Tal discurso tem sido combatido pelos esforços visíveis da OIT no sentido de buscar a implementação do trabalho decente em um cenário pandêmico, considerando que a injustiça em qualquer lugar, afeta o desenvolvimento da justiça em todo o globo. Para tanto a OIT concebeu 4 pilares fundamentais e interdependentes, sob os quais se desenvolvem as demais políticas, orientações, implementações, fitando seguir caminhando em direção ao cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU, especialmente o de nº 8, bem como ao Estado de Bem-Estar Social, que contém o Estado Democrático de Direito. Concebeu ainda que os esforços precisam ser coletivos e cooperativos, fundamentando a construção de um mundo do trabalho novo, ainda melhor do que se tinha anteriormente a pandemia.

Referências

CHANG, Ha-Joo. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. Tradução Claudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e os caminhos de reconstrução**. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Gabriela Neves. Estado Democrático de Direito e Direito Fundamental ao Trabalho Digno. In DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. O Estado de Bem-Estar Social (Welfare State) no capitalismo contemporâneo. *In* DELGADO, Maurício Godinho; PORTO, Lorena Vasconcelos. **Welfare State: os grandes desafios do Estado e Bem-Estar Social**. São Paulo: LTr, 2019.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **ILO Constitution**. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO. Acesso em: 21/11/2021.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Restructuring for recovery and resilience**

in response to the COVID-19 crisis. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_emp/---emp_ent/documents/publication/wcms_742725.pdf. Acesso em: 20/11/2021.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION. **Um quadro de políticas para enfrentar o impacto económico e social da crise da COVID-19**. 2020b. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-lisbon/documents/publication/wcms_766107.pdf. Acesso em: 21/11/2021.

FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.), **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

OIT Brasília. **Trabalho Decente**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/trabalho-decente/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 20/11/2021.

PIKETTI, Thomas. **O Capital no século XXI**. Tradução de Mônica Baumgarten-de Bolle. Rio de Janeiro: Ed. Intrínseca. EPUB, 2014.

RODRIGUES, Adriana L. S. Lamounier; BITTENCOURT, Renata Osório Caciquinho. Reforma Trabalhista, Sindicalismo e Desemprego: notas sobre os desafios das tradições de luta em busca do Estado de Bem-Estar Social no Brasil. *In* **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, vol. 87 n° 3 jul/set 2021.

TALEB, Nassim. **A lógica do cisne negro** [recurso eletrônico]: o impacto do altamente improvável. Tradução Marcelo Schild. 1. ed. Rio de Janeiro: Best Seller, 2015.

SUPIOT, Alain. **O Espírito de Filadélfia: a justiça social diante do mercado total**. Tradução Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

O MONITORAMENTO DA OIT NA PANDEMIA DE COVID-19: DADOS, EXPECTATIVAS E DESAFIOS NA ERA DA UBERIZAÇÃO DO TRABALHO

Maria Júlia Militão Bernardes

Pesquisadora no programa de Iniciação Científica da Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Bolsista pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (processo 2020/11010-0).

Resumo:

O presente artigo busca analisar as possíveis relações entre a crise pandêmica e a implantação de tecnologias de informação e comunicação como ferramenta nos postos de trabalho, traduzindo-se no fenômeno da uberização do trabalho. A reflexão proposta parte da análise dos dados disponibilizados nos ILO Monitors - relatórios de monitoramento feitos pela Organização Internacional do Trabalho com a finalidade de acompanhar o status da crise econômica provocada pela pandemia de COVID-19 - em conjunto com a leitura de bibliografia correlata às temáticas abordadas. Conclui-se que os diferentes níveis de desenvolvimento dos países implicam em diferentes perfis de composição do mercado de trabalho, de modo que as discrepâncias entre os níveis de informalidade, quando somados as diferenças locais na garantia legislativa de direitos humanos trabalhistas, demonstram a existência de um fenômeno que, embora tenha proporções globais, complexifica-se quando analisado de pontos de vista locais.

Palavras-chave: Trabalho decente; Uberização do trabalho; Covid-19; Monitoramento.

Introdução

A articulação ocorrida entre os fenômenos da 4ª Revolução Industrial e a pandemia de COVID-19 acarretou desdobramentos econômicos severos para a força trabalhadora mundial e trouxe à tona, de forma mais intensa, as consequências que a desigualdade social provoca especialmente nos campos de concentração de renda e proteção social dos trabalhadores. Se por um lado os horizontes desconhecidos de uma nova doença de alto contágio demandaram uma rápida tomada de decisão visando conter sua disseminação, por outro lado os métodos de enfrentamento que precisaram ser utilizados para tanto culminaram na falta de amparo

a trabalhadores de uma gama de setores econômicos, empurrando-os para a difícil contradição resultante deste cenário: ceder à miserabilidade ou à enfermidade? (ANTUNES, 2020).

Diante de todo esse panorama, as mudanças provenientes da 4ª Revolução Industrial em várias das relações de trabalho existentes potencializaram-se, uma vez que as demandas do cenário pandêmico levaram os trabalhadores a reorganizar as dinâmicas de trabalho até então existentes, visando viabilizar a continuidade destes trabalhos pelo meio digital. Todavia, a necessidade por essas mudanças também acabou por trazer à tona para outros trabalhadores algumas problemáticas vivenciadas, até então, apenas pelos trabalhadores que já estavam inseridos em relações de trabalho cuja natureza envolve as influências das tecnologias de informação e comunicação: a precarização de direitos e da proteção social até então conferida aos trabalhadores e a relativização de conceitos basilares trabalhistas. Tais problemáticas apontadas somam-se, ainda, ao fato de que a iminência das mudanças ocasionadas pela inserção do meio digital nas relações trabalhistas, por ser um fenômeno muito recente, criam um cenário de intensa insegurança no que tange a garantia de direitos fundamentais trabalhistas até então conquistados.

Por esta razão, é necessário observar os fenômenos discutidos sob o prisma da concepção de Trabalho Decente estabelecida pela Organização Internacional do Trabalho. Essa concepção, que se construiu visando não apenas servir de eixo norteador das atividades da agência das Nações Unidas, mas também estabelecer um paradigma para a consolidação dos direitos humanos na seara trabalhista internacional, consolida-se ao menos pela convergência de quatro objetivos estratégicos: a promoção dos direitos fundamentais trabalhistas, a geração de emprego, o fortalecimento do diálogo social e a ampliação da proteção social. Frente a isso, a tendência mundial atual de precarização e flexibilização de direitos que se observa com os desdobramentos da 4ª Revolução Industrial em alinhamento com o avanço de uma agenda política pautada por ideais neoliberais mostram que vários dos desdobramentos dos fenômenos aqui analisados se encontram na contramão da promoção do Trabalho Decente. Assim, discussões acerca de problemáticas como o repasse dos custos do trabalho ao próprio empregado e a (in)existência de direito a desconexão dos empregados, que antes eram restritas apenas aos chamados trabalhadores uberizados, no período pré-pandêmico, estendem-se aos trabalhadores que tiveram de se inserir no contexto do trabalho digital por força da pandemia¹. Além disso, o contexto pandêmico também traz à tona questões como a desproteção que os trabalhadores de plataforma enfrentam nos quesitos de saúde e segurança ocupacional e estabelecimento de jornada, que possuem significativos impactos quanto à higidez física e mental destes, transcendendo, assim, a mera relação ocupacional e influenciando diretamente em suas qualidades de vida como um todo.

1 “Undeniably, however, always-on surveillance is not a by-product of the pandemic. Even before coronavirus struck, devices for tracking, watching, storing, data mining have long colonised workplaces and private spaces, opening the door to an optimised combination of workforce analytics and algorithmic governance (Otto 2019; Mateescu and Nguyen 2019), techniques that let algorithms extrapolate correlations with minimal supervision”. (ALOISI, A.; DE STEFANO, V. (2021), Essential jobs, remote work and digital surveillance: addressing the COVID-19 pandemic panopticon. **International Labour Review**. Accepted Author Manuscript. p. 14. <https://doi.org/10.1111/ilr.12219>)

Os impactos da covid-19: onde estamos e o que fizemos?

Desde o início da pandemia, a Organização Internacional do Trabalho têm disponibilizado relatórios de acompanhamento – os chamados *ILO Monitors* – nos quais, através de um modelo de monitoramento em tempo real, foram realizadas previsões e estatísticas dos dados disponíveis quanto ao avanço dos impactos econômicos e sociais que a crise de COVID-19 trouxe. Até o momento, foram 8 relatórios publicados entre março de 2020 e outubro de 2021, trazendo, sempre que possível, dados desagregados quanto às regiões, países e nível de renda sobre o *status* econômico mundial durante o enfrentamento da pandemia.

Os dados apresentados pelos *monitors* demonstram que as diferenças verificadas no modo de enfrentamento à pandemia variam conforme a região, o valor do PIB e o grau de desenvolvimento dos países, bem como a composição econômica destes: em pequenos países insulares, nos quais a economia muitas vezes gira centralizadamente em torno de atividades turísticas, os impactos pandêmicos foram bem mais desastrosos do que em países cujas economias são mais diversificadas. Ademais, o nível econômico dos países também influenciou na viabilização de possíveis programas de assistência social/fiscal para pessoas físicas e microempresas, o que trouxe consequências diretas ao grau de resiliência de pequenos negócios e núcleos familiares de baixa renda frente às adversidades pandêmicas.

Verificou-se, ainda, um aumento no número de trabalhadores informais na força de trabalho mundial como um todo, sobretudo nos países menos desenvolvidos, onde esta forma de atividade econômica é mais frequente. Desde o primeiro relatório, emitido em 18 de março de 2020, uma das previsões realizadas pela OIT era exatamente neste sentido e, posteriormente, foram realizadas diversas correções das projeções realizadas, devido à superação de expectativas quanto ao aumento do grau de informalização das economias verificado no período pandêmico (isso porque a crise econômica decorrente da COVID-19 tomou proporções muito além do que se esperava quando ocorreu a primeira grande eclosão do vírus, no início de 2020). Além dos trabalhadores informais, outros setores econômicos também colocados em situação de alto risco em função da pandemia incluem turismo, hotelaria, atacado e varejo, manufatura e serviços imobiliários, sendo que, nestes setores, os grupos de trabalhadores mais prejudicados eram os migrantes, jovens e especialmente as mulheres: os dados (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2020c) amalhados pelos relatórios indicam que a força de trabalho, tanto nos setores de alto risco de crise quanto nos setores profissionais responsáveis pelo combate à COVID-19, possuía composição majoritariamente feminina.

Outra tendência observada (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2020d) quanto aos impactos da crise econômica acarretada pelo coronavírus foi a relação entre grau de instrução dos trabalhadores e possibilidades de readaptação do modo de trabalho frente às restrições sanitárias que

foram impostas visando combater o vírus. Trabalhadores que possuíam níveis mais altos de instrução e habilidades mais consolidadas exerciam ofícios cujos modos de execução, em regra, poderiam ser readequados ao contexto de teletrabalho sem grandes perdas na produtividade, ao passo que trabalhadores com nível mais baixo de instrução normalmente se encontravam em postos de trabalho que possuíam a interação interpessoal como elemento fundamental de sua execução, de modo que as medidas de restrição de circulação das pessoas e distanciamento simbolizaram a inviabilização da continuidade de seus negócios. Ainda, cumpre ressaltar que é neste segundo grupo mais impactado que se localizam a maioria dos trabalhadores autônomos e informalizados (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2020d), que foram duplamente impactados, primeiramente, pelo óbice trazido pela pandemia ao exercício de seu labor e, secundariamente, pela ausência de programas de suporte e proteção social que pudessem suprir suas demandas de subsistência de forma digna, dada a situação de vulnerabilidade imposta pela pandemia. Não só isso, mas também se observou que trabalhadores com maiores níveis de instrução eram maioria nos setores econômicos que foram pouco impactados pelas adversidades pandêmicas ou mesmo prosperaram neste período: os últimos dois relatórios, emitidos em janeiro e outubro de 2021 pela Organização Internacional do Trabalho, mostram que os setores de informação, comunicação, atividades financeiras e de seguro registraram crescimento (ainda que relativamente modesto, considerando o histórico pré-pandêmico) nos níveis de empregabilidade. O 7º *ILO Monitor* registrou que, no segundo e terceiro trimestres de 2020, o setor de informações e comunicação contou com um aumento de 5% nos níveis de empregabilidade, enquanto os setores de atividades financeiras e seguros tiveram crescimento de 3.4% deste índice no mesmo período; posteriormente, o 8º *monitor* corroborou essa informação, afirmando que tais setores fecharam o ano de 2020 com crescimento de 1.5% do nível de empregabilidade, mostrando que as áreas supracitadas encontravam-se numa contramão positiva frente às tendências econômicas observadas no ano.

Um outro quadro preocupante observado diz respeito aos jovens que, como já mencionado, são parte do grupo de trabalhadores mais vulnerados pela pandemia. Mais de três quartos (77%) da força trabalhadora jovem mundial encontrava-se em empregos informais antes da pandemia se consolidar e, por conseguinte, exposta à maiores inconstâncias na disponibilidade de renda, além da falta de proteção de direitos e ausência de sindicalização características destes postos de trabalho. Ainda, este cenário mostra-se desigual entre os países quando os dados disponíveis são desagregados de acordo com regiões: as maiores taxas de aumento da informalidade entre jovens empregados durante a pandemia foram reportadas na África (93.4%), na região da Ásia e Pacífico (84.4%) e entre os países árabes (71.2%). Também se registrou um

aumento no número dos chamados jovens “nem-nem”² durante a pandemia, como consequência não apenas da interrupção e/ou remodelação das atividades de instituições de ensino (que precisaram optar entre seguir com suas atividades em modelos de educação à distância ou simplesmente interrompê-las), mas também, novamente, em decorrência do óbice que as medidas de contenção do vírus trouxeram para a continuidade de vários postos de trabalho. Esse cenário de recessão traz não apenas consequências desastrosas para a sustentabilidade econômica deste grupo, mas também impactos na higidez mental: no 4º *ILO Monitor*, a OIT indicou que a incerteza sobre o futuro profissional estava diretamente atrelada ao aumento na ocorrência de problemas de ansiedade e depressão vivenciados pelos jovens durante o período pandêmico, sendo que aqueles que pararam de trabalhar nesse período possuem mais chances de lidar com tais desordens mentais. Todas essas circunstâncias fazem com que especialistas apontem para a probabilidade de que os eventos vivenciados culminem na formação de uma “geração *lockdown*” (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2020d), que enfrentará maiores dificuldades no ingresso e permanência no mercado de trabalho nos próximos anos.

Diante destes principais impactos relatados nos *monitors* até então produzidos, um fator comum observado nos documentos foi a contradição percebida entre o compromisso estabelecido pela OIT de “não deixar ninguém para trás” no processo de recuperação da crise econômica acarretada pela COVID-19 e o distanciamento que a desigualdade de renda entre Estados propicia na viabilização deste processo. Enquanto a agência tripartite apontava a importância da elaboração de programas de amparo de renda e estímulo fiscal como métodos de enfrentamento à crise capazes de conciliar as demandas sanitárias e econômicas que a situação impunha, no atual momento – 20 meses após a decretação da situação pandêmica – as nações de baixa renda se debatem para ter acesso à vacinação enquanto assistem o despencar em seus índices de horas trabalhadas, empregabilidade e produtividade. Um exemplo prático: no relatório de maio de 2020 já era mencionada a possibilidade de eficácia do uso das metodologias de testagem e rastreamento para COVID-19 como medidas de contenção capazes de ensejar um ritmo mais acelerado de retomada econômica, na medida em que permitiriam a adoção de medidas de restrição de circulação menos severas. Mas nos países de renda baixa, a aplicação deste tipo de abordagem mostrou-se, por vezes, um investimento economicamente inviável, ainda que se evidenciasse o custo-benefício favorável de tal. Ainda, o relatório de outubro de 2021 também traça relações entre os índices de vacinação e ritmos de retomada econômica apresentados pelos países, comprovando as previsões: quanto mais vacinada a população, maiores os índices de retomada³. A atual crise vivenciada demonstra que firmar o

2 Designação atrelada aos jovens que não se encontram engajados em quaisquer atividades voltadas à educação, trabalho ou treinamento.

3 “Estimates indicate that, for every 14 persons fully vaccinated in the second quarter of

compromisso de não deixar ninguém para trás torna-se uma ousada promessa a ser feita aos países que, em realidade, já foram deixados há tempos para, hoje, ocuparem a periferia do capital.

Assim, a cooperação internacional mostra sua virtude como elemento indispensável no combate à pandemia de COVID-19, tanto em seus aspectos sanitários quanto econômicos, pois consiste em instrumento eficaz tanto para a mitigação do alastramento do coronavírus numa escala global como também mostra-se uma ferramenta capaz de viabilizar a prestação de assistência necessária para que países mais vulneráveis também tenham condições de enfrentar as consequências da pandemia, possibilitando a resiliência econômica e sanitária destas nações. Buscando nortear as ações de enfrentamento a serem desenvolvidas pelos Estados, a OIT identificou e estabeleceu pilares (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION, 2021) de combate à pandemia a serem seguidos, quais sejam: 1- manter uma política macroeconômica que possa propiciar suporte a renda e investimentos; 2- garantir assistência aos países de renda baixa e média através de medidas de vacinação e criação de políticas públicas; 3- garantir que os grupos de trabalhadores mais vulneráveis - jovens, mulheres, trabalhadores de baixa renda e menor grau de instrução - consigam oportunidades de encontrar trabalhos decentes e não acabem severamente prejudicados pelas consequências de longo prazo dessa crise; 4- encontrar o equilíbrio entre as necessidades de diferentes setores, com a adoção de políticas efetivas para auxiliar os trabalhadores durante as mudanças de mercado de trabalho, bem como as empresas, especialmente as pequenas e 5- implementar estratégias de recuperação baseadas no diálogo social.

Também no contexto pandêmico foram observados diferentes padrões de enfrentamento ao coronavírus adotados pelos países, possibilitando conceituar as formas e abordagem predominantemente empregadas e traçar distinções entre estados protetores e agressores, preventivos e tardios, liberais e sociais:

A crise socio sanitária produzida pela covid19 está definindo duas formas estatais gerais: a do estado protetor e a do estado agressor. O estado protetor é aquele que atualmente está levando adiante al-

2021, one full-time equivalent job was added to the global labour market. This implies that the slow roll-out of vaccination in developing countries has been retarding labour market recovery, increasing the divergence between countries. [...] Evidence shows that higher rates of vaccination are associated with less stringent workplace restrictions (figure 2). Using a scale of workplace restrictions ranging from 1 (most stringent) to 5 (least stringent), an average of 4.2 per cent of the population was fully vaccinated among countries with the most stringent restrictions, while the share was 13.2 per cent among countries with the least stringent restrictions.¹ It is important to note that many other factors can impact the level of workplace closures, such as government policies and the possibility of telework, with the latter being disproportionately an option for higher-skilled occupations and in certain sectors". (INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 8 ed. 2021. p. 2-3. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_824092/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.)

guma política antivírus planejada e que o movimento de autopreservação social considera que pode combater em algum grau a ameaça da Covid19. O estado agressor, por sua vez, é aquele que não adota uma política antivírus e que o movimento de autopreservação social considera que minimiza o problema e que não está disposto ou capacitado para combater a ameaça da Covid19. Por sua vez, é possível identificar em um plano objetivo a formação de pelo menos dois tipos de estados protetores: o estado social protetor e o estado liberal protetor. O primeiro é aquele estado que no momento de direcionar seus recursos prioriza a questão socio sanitária, assim como a inclusão econômica dos estratos baixos e a sustentabilidade material dos estratos médios. O segundo, por outro lado, é aquele que prioriza a recomposição geral do mercado e que, geralmente, não oferece uma proteção econômica complementar à proteção socio sanitária. Junto a isso, é possível identificar dois tipos de solução temporária da proteção estatal, que contribuem na definição da forma-estado que está sendo recriada na presente conjuntura: o estado protetor preventivo e o estado protetor tardio. O primeiro tipo de estado é aquele que mobilizou a proteção socio sanitária sob uma lógica preventiva, antes de ter registrado mortos em seu território e em uma situação de contágio incipiente. Já o segundo orientou-se em direção à proteção, uma vez que o país já se encontrava em uma crise socio sanitária mais ou menos avançada. (TORRES, 2020, p. 3)

Essa diferenciação notada nas formas de enfrentamento adotadas não necessariamente se correlaciona aos níveis de desenvolvimento e renda dos países. Entretanto, as dificuldades vivenciadas por países mais vulneráveis nestes aspectos mostram que a viabilização de abordagens de caráter mais preventivo e/ou social no enfrentamento ao coronavírus acaba sendo comprometida, uma vez que a escassez de recursos para serem empregados nas medidas de enfrentamento às consequências da pandemia acaba impossibilitando sua plena realização. Restam obstaculizadas desde medidas de testagem e vacinação em massa até a elaboração de políticas de auxílio de renda, restando a estes estados apenas abordagens de proteção tardias que, em vários casos, acabam se traduzindo em soluções incapazes de promover um enfrentamento à crise de COVID-19 que seja capaz de abranger suas múltiplas facetas de complexidade, deixando, assim, de atender as demandas provocadas pela crise.

A intensificação da uberização durante a pandemia

A constatação de aumento dos postos de trabalho informais e o escancaramento da fragilidade de proteção social conferida não só a estes trabalhadores, mas também aos autônomos, fizeram com que a crise econômica gerada pelo coronavírus adquirisse o papel de evidenciar desigualdades já intrincadas na esfera de proteção de direitos humanos fundamentais trabalhistas. Enquanto as novas formas de trabalho características da 4ª Revolução Industrial já lidavam com os horizontes da flexibilização de direitos trabalhistas

consolidados, a inclusão de tecnologias de informação e comunicação estendeu-se a formas mais tradicionais de trabalho que até então não lidavam com essa realidade, na tentativa de tentar conferir resiliência e longevidade a estes postos de trabalho durante o momento pandêmico. Este movimento de plataformação, no entanto, apesar de se mostrar uma alternativa para viabilizar a continuidade da atividade econômica neste período de crise, traz consigo outras consequências em diferentes dimensões, especialmente no que diz respeito às formas de controle e organização do trabalho (ABILIO *et al*, 2021). A tendência recente de inserção do meio digital como variável permanente nas relações de trabalho é vista como elemento central deste movimento de transformação:

As plataformas digitais [...] atualmente se firmam como um dos vetores mundiais das formas contemporâneas de centralização de capitais e dispersão controlada do trabalho, na medida em que informalizam o trabalho – uma definição ampla e complexa, [...] –, catalisam novas formas de terceirização e de transferência de riscos e custos, têm papel importante na consolidação da condição de trabalhadores como trabalhadores just-in-time (Abílio, 2020b), e operam por meios técnico-políticos que possibilitam novas combinações entre informação e informalidade, no que pode ser definido como gerenciamento algorítmico do trabalho. (ABILIO *et al*, 2021, p. 33)

É também nesse contexto de plataformação que se pode observar um processo de reconfiguração do conceito de informalidade, na medida em que essas novas formas de organização do trabalho ainda se submetem a um cenário de insegurança jurídica. Isso porque as peculiaridades resultantes da inserção do meio digital como elemento intrínseco a essas formas de labor provocam discussões quanto à possibilidade ou não de subsunção dessas modalidades às garantias trabalhistas já existentes, colocando em xeque a possibilidade de concessão de direitos. Assim, verifica-se uma cadeia de reações: a pandemia atuou como gatilho para o aumento, no mercado de trabalho, da informalização, que, por sua vez, é um conceito que vem sendo reconfigurado, com a emergência da inserção de tecnologias de informação e comunicação como elemento determinante das novas formas de emprego – sendo que a novidade reside não tanto no tipo de labor a ser executado, mas na maneira pela qual ele passa a ser administrado. Todavia, a reconfiguração das relações de informalidade no mundo do trabalho é uma realidade que vem sendo instaurada paulatinamente desde muito antes dos desdobramentos econômicos e sociais resultantes da pandemia de COVID-19. Assim, o que se observa é a aceleração da institucionalização da informalidade e a consequente precarização das relações trabalhistas.

O aumento no número de postos de trabalho de natureza uberizada durante o período pandêmico se deu, majoritariamente, em decorrência da tentativa de trabalhadores complementarem sua renda e compensarem as

eventuais perdas sofridas, de modo a tentar manter algum nível do padrão de vida experienciado no período pré-crise (ANTUNES, 2020). No entanto, enquanto é possível afirmar que a circunstância pandêmica de fato teve grande influência nesse processo, o que deve ser evitada é uma perspectiva friamente determinista sobre o assunto: embora se observe, atualmente, uma tendência para a inserção de novas tecnologias de informação e comunicação, estas mudanças não devem ser encaradas como um cenário inevitável (IVANOVA *et al.*, 2018) ou mesmo necessariamente prejudicial ao trabalhador, dadas as potencialidades da inserção do meio digital como instrumento agregador de valor humano societal às relações trabalhistas através do emprego de lógicas alternativas de organização (GROHMANN, 2020). O período de transformações atualmente vivenciado possui, sobretudo, um aspecto experimental, sendo considerado mais uma espécie dos vários “laboratórios do capital”.

Outro fator importante a ser ressaltado é o perfil econômico dos países: enquanto em nações cujos níveis de desenvolvimento econômico são mais baixos se observa a predominância da informalização econômica – fenômeno observado especialmente nos países do Sul global –, não é possível falar em cenários similares naqueles países que ocupam atualmente papéis hegemônicos na dinâmica capitalista global. Assim, ainda que se falasse em um cenário de inevitabilidade do processo de uberização para a massa trabalhadora dos países, esse processo teria repercussões variadas de acordo com a composição econômica a partir da qual os países se estruturam, fator determinante na inserção das dinâmicas características desse processo em suas respectivas realidades, alinhando-se isso ainda a níveis de instrução e treinamento predominantes no perfil de suas forças trabalhadoras locais. Neste sentido, Abílio (2020, p. 30) ressalta que embora se observe uma tendência global de inserção do modo de exploração do trabalho proposto através da uberização do trabalho, estas “se realizam de acordo com a divisão internacional do trabalho e de acordo com a articulação de desigualdades, que tecem localmente os mercados de trabalho e suas formações nacionais”.

Assim, questões como o atual panorama de insegurança jurídica dotado aos trabalhadores plataformizados e a conseqüente falta de proteção social a eles conferida merecem a devida apreciação e evolução da discussão da temática. Nesta perspectiva, demonstra-se a virtude de uma intervenção pautada pelo tripartidarismo da OIT, que possibilita a atuação conjunta de todas as partes interessadas neste processo de tomada de decisão, que é dotado de extrema relevância e urgência não só para atender a atual demanda dos trabalhadores, mas também para fixação de padrões mínimos aos quais estes postos de trabalho devem se submeter, com a finalidade de promover a garantia da observância de direitos fundamentais trabalhistas.

Algumas iniciativas neste sentido já vem sendo desenvolvidas pela própria OIT, bem como outros atores sociais. Neste sentido, destaca-se o Projeto Fairwork, da Universidade de Oxford e do Centro de Ciências Sociais da WBZ Berlin. Esse projeto tem como objetivo trazer à tona as melhores e

piores realidades atualmente existentes no cenário dos trabalhos de plataforma para, a partir disso, elaborar políticas públicas e medidas de impacto social relevante em prol da garantia de ambientes de trabalho nos quais a precarização não seja mais uma realidade e, por conseguinte, sejam mais seguros, mais bem remunerados e mais justos. Assim, partindo da concepção de Trabalho Decente construída pela OIT, o projeto estabeleceu cinco pressupostos básicos a serem observados na geração de postos de trabalho neste contexto de plataformização, visando garantir a geração de trabalhos decentes neste âmbito. São os pressupostos: remuneração justa, condições justas, contratos justos, gestão justa e representação justa (FAIRWORK, 2021).

Considerações finais

Considerando o panorama obtido a partir dos dados fornecidos pelos ILO *Monitors*, observou-se a existência de uma relação que pode ser traçada entre a tendência de geração de postos de trabalho informais no período pandêmico e o fenômeno da uberização. Assim, a combinação das circunstâncias de crise econômica generalizada e ampla relativização e flexibilização de direitos trabalhistas acabou resultando no aumento da criação de postos de trabalho precarizados, num cenário no qual o trabalhador se viu forçado a optar entre ignorar protocolos de segurança, se expondo às adversidades de uma doença até então desconhecida e altamente contagiosa ou respeitar estes mesmos protocolos, comprometendo a própria subsistência em razão das outras consequências advindas desta decisão.

Todavia, a relação, ainda que existente, é permeada por uma série de fatores, englobando desde o perfil econômico dos países nos quais essa tendência foi mais observada – países de renda baixa ou mediana – e, ainda, o perfil dos trabalhadores que se encaixam mais nessa dinâmica – em sua maioria jovens, migrantes, com baixo nível de instrução. Diante de todo esse cenário, o que se observa, ao final, é uma classe trabalhadora a qual lhe são negados direitos humanos básicos e que, ainda assim, necessita seguir inserida na lógica de um sistema econômico brutal que está disposto a explorá-la ao máximo e garantir que os ônus colaterais desta hiper exploração sejam suportados por esta mesma classe, que acaba responsável até mesmo por arcar com os próprios instrumentos de trabalho.

Frente a todo o panorama analisado, embora seja possível observar a circunstância pandêmica como um catalizador dos processos de plataformização e uberização dos postos de trabalho, estas realidades não são irremediáveis. Ainda que os horizontes do mercado de trabalho se mostrem nebulosamente pessimistas – seja pela recessão econômica causada pela pandemia, seja pela onda de precarização dos postos de trabalho restantes -, essa atual conjuntura é, sobretudo, mais uma novidade no “laboratório do capitalismo” no qual as dinâmicas do trabalho tem sido atualmente inseridas, no qual o experimento corrente tem sido testar em que medida as tecnologias de infor-

mação e comunicação podem servir aos interesses da ação do metabolismo antissocial do capital. Os atuais resultados deste experimento, observáveis nas hodiernas realidades de sucateamento, precarização e fragilidade de proteção social atestadas pelos relatórios, mostram a urgência do debate sobre a observância da concepção de Trabalho Decente e as possibilidades de sua aplicação em postos de trabalho desta natureza, visando mudar este cenário em prol da criação de empregos que respeitem a dignidade do trabalhador tanto nas esferas profissional quanto pessoal.

Referências

ABÍLIO, Ludmila Costhek; AMORIM, Henrique; GROHMANN, Rafael. Uberização e plataformação do trabalho no Brasil: conceitos, processos e formas. **Sociologia**, Porto Alegre, v. 23, n. 57, p. 36, ago. 2021. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/15174522-116484>

ALOISI, A.; DE STEFANO, V. (2021), Essential jobs, remote work and digital surveillance: addressing the COVID-19 pandemic panopticon. **International Labour Review**. Accepted Author Manuscript. p. 14. <https://doi.org/10.1111/ilr.12219>

ANTUNES, Ricardo. **Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado**. São Paulo: Boitempo, 2020.

FAIRWORK. **Principles**: Fairwork is a research project that is working to set and measure decent work standards in the platform economy. 2021. Disponível em: <https://fair.work/en/fw/principles/>. Acesso em: 21 nov. 2021.

FERREIRA, Vanessa Rocha; JUNCQUA, Anna Luiza Andion Farias; SILVA, Fernanda de Oliveira. Teletrabalho e Covid-19: os impactos na vida e na saúde do trabalhador. **Revista Direito Unb**, Brasília, v. 04, n. 02, p. 89-118, ago. 2020.

GROHMANN, Rafael. Plataformização do trabalho: características e alternativas. In: ANTUNES, Ricardo (org.). **Uberização, Trabalho Digital e Indústria 4.0**. São Paulo: Boitempo, 2020. Cap. 6. p. 93-109.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor**: Covid-19 and the world of work. 1 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/WCMS_738753/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor**: Covid-19 and the world of work. 2 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_740877/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor**: Covid-19 and the world of work. 3 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_743146/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor**: Covid-19 and the world of work. 4 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_745963/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 5 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_749399/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 6 ed. 2020. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_755910/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 7 ed. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_767028/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

INTERNATIONAL LABOR ORGANIZATION. **ILO Monitor: Covid-19 and the world of work.** 8 ed. 2021. Disponível em: https://www.ilo.org/global/topics/coronavirus/impacts-and-responses/WCMS_824092/lang--en/index.htm Acesso em: 21 nov. 2021.

IVANONVA, Mirela et al. The App as a Boss?: control and autonomy in application-based management. **Arbeit-Grenze-Fluss**, Frankfurt, n. 2, 24 out. 2018. Europa-Universitat Viadrina.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; COSTA, Anna Jéssica Araújo. Tensões regulatórias no trabalho em plataformas no Brasil: reimaginar a promoção do trabalho decente no mundo digital. **Teoria Jurídica Contemporânea**, Rio de Janeiro, v. 6, p. 1-24, mai. 2021.

TORRES, Esteban. Estados protetores e agressores na sociedade mundial: os efeitos sociais da covid19. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/52886> Acesso em: 16 nov. 2021. DOI: 10.1590/2179- 8966/2020/52886. Tradução de Isabel Petrenko Dória.

UCHÔA-DE-OLIVEIRA, Flávia Manuella. Saúde do trabalhador e o aprofundamento da uberização do trabalho em tempos de pandemia. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, São Paulo, v. 45, n. 22, p. 1-8, 12 jun. 2020. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6369000012520>.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. **The Sustainable Development Goals Report 2020.** 2020. Disponível em: <https://www.un-ilibrary.org/content/books/9789210049603> Acesso em: 04 mai. 2021.

UNITED NATIONS DEPARTMENT OF ECONOMIC AND SOCIAL AFFAIRS. **The Sustainable Development Goals Report 2021.** 2021. Disponível em: <https://unstats.un.org/sdgs/report/2021/> Acesso em: 21 nov. 2021.

TELETRABALHO E PANDEMIA: UMA ANÁLISE DO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO E PORTUGUÊS

Régis Antônio Bersanin Nieddu

Juiz do Trabalho substituto do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região e
Mestrando pela Universidade Lusíada de Lisboa

Resumo:

Tecnologia, necessidade de mercado, crise económica: fatores que pareciam ser os ingredientes à adoção do regime de teletrabalho. Contudo, apesar dos estudos e das análises positivas, permaneceu ele coadjuvante na dinâmica laboral de diversos países. Foi a crise sanitária que, ignorando as vantagens e desvantagens, impôs o teletrabalho de forma emergencial e desordenada, de forma a assegurar a segurança e a saúde públicas. Após quase dois anos do momento em que se fez necessária essa transição abrupta, há que se refletir sobre a legislação adotada quando da eclosão da pandemia, bem como das possíveis medidas hábeis a contornar os efeitos negativos provenientes dessa alteração, com vistas à garantia do trabalho decente. Tratar-se-á, no presente estudo, brevemente sobre teletrabalho em Portugal e no Brasil, notadamente quanto à (im)possibilidade de opção pela adoção pelo regime, às condições laborais dos teletrabalhadores, e ao regular exercício do direito à privacidade.

Palavras-chave: Teletrabalho; Pandemia; Trabalho decente; Privacidade; Tecnologia.

Introdução

Dos tempos remotos até a atualidade, o conceito e a noção de trabalho por conta de outrem vem sofrendo inúmeras alterações, mudanças estas que refletiram diretamente no Direito do Trabalho, a partir do seu surgimento. Vale dizer, o trabalho por conta de outrem precede o Direito do Trabalho, sendo aquele antigo, existente em grande escala já na Idade Antiga. O Direito do Trabalho, por sua vez, é fenómeno recente: data do início do século XX, com a constitucionalização de direitos de segunda geração nas Constituições mexicana e alemã após o término da 1ª Guerra Mundial (1914-1918), tendo se consolidado após o término da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), com largo desenvolvimento em âmbito internacional e nacional de diversos países

européus nas décadas seguintes, período que ficou conhecido como os “30 gloriosos”.¹

As alterações pelas quais passaram o trabalho por conta de outrem e o Direito do Trabalho deram-se pelos mais diversos fatores que se sucederam ao longo do tempo, com impacto direto na sociedade em geral, e nas relações de trabalho em particular: as guerras de conquista por territórios, a era dos descobrimentos por novas terras, as influências filosóficas e religiosas de cada época, as diferentes formas de organização do Estado, as crises económicas e, como não podia deixar de ser, o desenvolvimento tecnológico.

Em um contexto de constante evolução tecnológica e de crises económicas, que desde a década de 70 tornaram-se habituais, insere-se o Direito do Trabalho que, pese embora demasiadamente novo em termos históricos, torna-se velho quando se diz respeito ao acompanhamento da tecnologia. A despeito disso, mantém-se ele firme, buscando encaixar-se e adaptar-se, para conseguir apresentar uma resposta satisfatória à sociedade em geral, e aos atores da relação juslaboral, em particular.

Aliados aos fatores económicos e tecnológicos, um importante evento ocupou lugar de proeminência nos dias atuais, com efeitos diretos na seara laboral: a crise sanitária que se instalou no mundo em razão da disseminação do vírus SARS-CoV-2 fez acelerar uma forma de trabalho há tempos conhecida, mas não muito difundida: o teletrabalho despontou como a principal forma de trabalho nos últimos dois anos na grande maioria dos países, de entre os quais se incluem Brasil e Portugal.

A pandemia exigiu destes dois países, e de tantos outros, a edição de uma legislação emergencial, a par da normatização ordinária já existente, com o objetivo de regular a situação excepcional enfrentada. Alguns pontos dessas legislações serão objeto de um brevíssimo estudo, com enfoque no teletrabalho.

Antes, porém, faz-se necessário tecer alguns comentários sobre o referido instituto.

O teletrabalho

Breves notas

Já dissemos que a influência de fatores sociais nas relações de trabalho é uma constante na história. Não foi diferente com o teletrabalho, forma de trabalho que surgiu em decorrência da crise petrolífera de 1973, fazendo surgir a necessidade de levar o trabalho até o trabalhador (*telecommuting*), evitando, assim, a deslocação do trabalhador ao trabalho (*commuting*).²

1 XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed, Vol 1. Lisboa: Verbo, 2004, p. 51.

2 DRAY, Guilherme Machado - Teletrabalho, sociedade da informação e direito. In MARTÍNEZ, Pedro Romano, coord - *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2002, p. 266.

Nos Estados Unidos, o teletrabalho foi o responsável pelo aumento do emprego e importante para o desenvolvimento económico. Em 1992, já eram cerca de 6 milhões de americanos no exercício das suas funções em teletrabalho.³

Tais números despertaram, na Europa, o interesse acerca dessa nova forma de trabalho: em 1993 foi elaborado o Livro Branco, em que foram ressaltados os resultados positivos do teletrabalho, propondo-se, para o continente europeu, um plano voltado para o crescimento, a competitividade e o emprego, focado na disseminação dos meios tecnológicos, designadamente as Tecnologias de Informação e Comunicação (TIC); na garantia da proteção dos dados pessoais e da segurança dos sistemas de informação, e; na promoção e a disseminação do teletrabalho. Em 2002 é celebrado o Acordo-Quadro sobre teletrabalho, inspirando “[...] a consagração do teletrabalho no ordenamento jurídico da generalidade dos Estados Membros.”⁴

Portugal, seguindo essa inspiração, dispôs de forma pioneira sobre o teletrabalho quando a edição do Código do Trabalho de 2003, primeiramente nos arts. 233º ao 243º do CT, e, a partir da revisão do código, em 2009, nos arts. 165º a 171º do CT.⁵

Enquanto isso, no Brasil, a Lei 12.551/2011, de 15 de dezembro, inseriu de forma sutil a referência ao “trabalho realizado à distância” no art. 6º, *caput*, da CLT, equiparando-o com o trabalho nas instalações da empresa. Consignou, ainda, que os meios telemáticos e “[...] informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio.” (art. 6º, §1º, da CLT). Mas foi em 2017, por meio da Lei nº 13.467, de 13 de julho, que se inseriu na CLT pela primeira vez a expressão “teletrabalho”, no Capítulo II-A, passando a legislação trabalhista a dispor sobre a matéria nos arts. 75-A ao 75-E, da norma consolidada.

Teletrabalho no período da pandemia

Pese embora raríssimas exceções⁶, o teletrabalho sempre ficou relegado ao papel coadjuvante, mantido em percentuais baixos na grande maioria dos países. De acordo com o relatório elaborado pela OIT, apesar das altas

3 Em 1999 o número de teletrabalhadores naquele país já era em torno de 19 milhões. UNIÃO EUROPEIA – Crescimento, competitividade, emprego. Os desafios e pistas para entrar no século XXI: Livro Branco. *Serviços das publicações da União Europeia* (09 mar. 1994), p. 14.

4 DRAY, Guilherme - O acordo-quadro sobre o teletrabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano 61. n.1-4 (Jan.-Dez. 2020). Coimbra: Almedina, 2020, p. 361.

5 O teletrabalho também foi regulamentado em Espanha (art. 2º, alínea b, da Lei nº 28/2020, de 22 de setembro), em Itália (art. 1º, nº 1 do Acordo Interconfederal de 9 de junho de 2004), em França (art. L1222-9 do CT francês).

6 Na Europa, entre 1998/1999, a Holanda contava com 18,2% de teletrabalhadores, a Dinamarca, com 11,6%, a Finlândia, com 10% e a Suécia, com 9%. REBELO, Glória - Flexibilidade e teletrabalho. *Revista Economia Pura. Tendência e mercados*. Ano IV. Nº 44. março 2002, p. 84.

expectativas relativas ao teletrabalho, poucas delas se concretizaram, sendo que “[...] *in Europe and the United States their share of the workforce remained in the low single digits [...]*”.⁷

Em Portugal, apenas 2.464 contratos em regime de teletrabalho foram celebrados em 2010, o equivalente a 0,12% do total de contratos de trabalho, número que foi reduzido a 864 em 2014, equivalente a 0,05% do total de trabalhadores subordinados.⁸

Contudo, conforme já havia adiantado Guilherme Dray, em 2002, o teletrabalho se destacaria como “[...] *a mais marcante de todas as formas de prestação laboral a que se irá assistir no século XXI.*”⁹

O advento da pandemia decorrente da disseminação do vírus SARS-CoV2 elevou o número de teletrabalhadores de forma significativa: 33% da força de trabalho na Europa passou ao regime de teletrabalho, tendo Portugal registado o percentual de 23% da população empregada neste regime¹⁰. No Brasil, 11% dos trabalhadores migraram para o referido regime.¹¹ Em termos numéricos, cerca de 1 milhão de portugueses passaram a se ativar em teletrabalho no ano de 2020¹², enquanto 8,2 milhões de brasileiros passaram a se ativar neste mesmo regime.¹³

De diferentes maneiras, cada país buscou a adoção de medidas que entendeu mais pertinentes a fim de preservar empregos, minimizar os impactos da pandemia na economia, e, acima de tudo, evitar a propagação do vírus, garantindo o mínimo de proteção à sociedade em geral, e aos trabalhadores, em particular.

A urgência da situação levou, contudo, à adoção de medidas repentinas e apressadas, em atropelo à necessária análise prévia das vantagens e desvantagens da adoção do teletrabalho. Algumas questões merecem destaque, a saber, a possibilidade, ou não, de opção pela adoção do regime; as condições laborais dos teletrabalhadores, e o regular exercício do direito à privacidade.

7 ILO – International Labour Organization. Working from home: from invisibility to decent work. Geneva: ILO, 2021, p. 160.

8 MARTINEZ, Pedro Romano - *Código do Trabalho Anotado*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2020, p. 426.

9 DRAY, Guilherme Machado - Teletrabalho, sociedade da informação e direito. In MARTÍNEZ, Pedro Romano, coord - *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2002, p. 261-262.

10 Nos Estados Unidos, perto de 50% da força de trabalho passou a se ativar em regime de teletrabalho. COMISSÃO EUROPEIA – Breve panorâmica do mercado de trabalho. EURES. *Informações sobre o Mercado de Trabalho – National Level* (10/2020).

11 ILO – International Labour Organization. Working from home: from invisibility to decent work. Geneva: ILO, 2021 p. 160.

12 GOMES, Maria Irene - O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas. [Em linha] In *E. Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*. Dra. Maria Miguel Carvalho: JusGov – Research Centre for justice and Governance. University of Minho - School of Law, p. 06.

13 BRASIL. Agência Brasil. IPEA: 11% dos trabalhadores fizeram home office ao longo de 2020. Profissionais de nível superior foram a maioria em trabalho remoto [em linha]. Publicação: 15/07/2021.

Teletrabalho: a (im)possibilidade de opção pelo regime

Análise da legislação ordinária

Uma breve análise da legislação portuguesa dá conta que, tal como no Acordo-Quadro sobre teletrabalho de 2002 (item 3), no CT (art. 167º) o teletrabalho, em condições normais, é estabelecido de forma voluntária, de comum acordo entre trabalhador e empregador, podendo ser revertido a qualquer tempo.¹⁴

A legislação portuguesa converge com a de outros países integrantes da União Europeia, a exemplo da espanhola, ao dispor no art. 5º, nº 1 do Real Decreto-lei 28/2020, que o “[...] *trabajo a distancia será voluntario para la persona trabajadora y para la empleadora y requerirá la firma del acuerdo de trabajo a distancia regulado en este real decreto-ley [...]*”¹⁵, bem como da francesa, que no art. L1222-9 do Código do Trabalho francês insere o caráter de voluntariedade no conceito de teletrabalho.¹⁶

A legislação brasileira dispõe de maneira diversa, conferindo tal opção a apenas uma das partes da relação contratual, no caso, o empregador. Conforme se depreende da leitura do art. 75-C, *caput*, da CLT, a opção pelo regime de teletrabalho está inserida no poder discricionário do empregador, que é quem, na prática, possui o poder de impor as cláusulas constantes do contrato de trabalho e de definir as funções que deverão ser desempenhadas pelo trabalhador.¹⁷ A leitura do §2º do mesmo dispositivo legal, ao dispor que a reversão do teletrabalho para o regime de trabalho presencial pode ser feita mediante “[...] *determinação do empregador, garantido o prazo de transição mínimo de quinze dias, com correspondente registro em aditivo contratual*”, não deixa qualquer dúvida quanto à questão.¹⁸

Ao teletrabalhador remanesce algum poder de discussão quando do exercício das funções, alternadamente na modalidade presencial e telepresen-

14 O CT estabelece apenas duas ressalvas, conferindo ao trabalhador o direito à prestação de serviços em regime de teletrabalho, a saber: **i.** quando envolva violência doméstica, ou; **ii.** quando da existência de filho de até 3 anos. A alteração de regime, em ambos os casos, deve estar condicionada à compatibilidade das funções desempenhadas com o teletrabalho e não pode ser recusada pelo empregador (art. 166º, nºs 2 a 4 do CT).

15 ESPAÑA. Leis, decretos, etc. – Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre. *Ministerio de Empleo y Seguridad Social* [Em linha]. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 253, de 23/09/2020., art. 22º, p. 16.

16 FRANCE. Lois, décrets, etc. - Code du travail. *Légifrance* [Em linha]. Paris: Secrétariat général du Gouvernement, 2021. Dernière modification le 01 juillet 2021, p. 34.

17 FERREIRA. Otávio Bruno da Silva. A proteção do ser humano no contrato de trabalho: privacidade, intimidade e proteção de dados. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*. v.7. n.1. jan/jun 2021.

18 Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência nacional, conforme se depreende da leitura do acórdão do TRT da 2ª Região, de 06/03/2020, ao consignar que a “[...] *determinação de retorno ao regime de trabalho presencial encontra-se inserida no poder diretivo do empregador, sem qualquer necessidade de consentimento do empregado, nos termos do artigo 75-C, §2º, da CLT, incluído pela Reforma trabalhista. E, nem se alegue violação ao artigo 468, da CLT, eis que o artigo 75-C, da CLT trata-se de norma específica ao teletrabalho.*” (TRT-2 1000100072019500384 SP, Relatora: Ivete Bernardes Vieira de Souza, data de publicação: 06/03/2020).

cial, hipótese que se extrai da leitura do §1º do art. 75-C da CLT, único dispositivo legal que contém a expressão “mútuo acordo”.

É possível perceber, assim, uma grande diferença entre a legislação brasileira e a portuguesa, no que tange à forma de instituição do regime de teletrabalho, não forçoso concluir que, no Direito do Trabalho brasileiro detém o empregador demasiado poder quanto ao estabelecimento dos critérios para o desempenho do teletrabalho, restando ao teletrabalhador pouquíssima margem de manobra, notadamente porque, como é cediço, o trabalhador tem à sua disposição um contrato de adesão, sem o necessário poder de negociação sobre as cláusulas dali constantes.

Análise da legislação excepcional

O panorama pandémico que se instalou em todo o mundo ensejou medidas excepcionais ao regime do teletrabalho.

Em Portugal, num primeiro momento, o Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, ao estabelecer “[...] *medidas excepcionais e temporárias relativas à situação epidemiológica do novo Coronavírus - COVID 19*”, instituiu, no art. 29º, nº 1, que, durante “[...] *a vigência do presente decreto-lei, o regime de prestação subordinada de teletrabalho pode ser determinado unilateralmente pelo empregador ou requerida pelo trabalhador, sem necessidade de acordo das partes, desde que compatível com as funções exercidas*”.

Posteriormente, sobreveio o Decreto nº 2-A/2020, de 20 de março que, em “*execução da declaração do estado de emergência*”, passou a prever, em seu art. 6º, que deveria ser “[...] *obrigatória a adoção do regime de teletrabalho, independentemente do vínculo laboral, sempre que as funções em causa o permitam*.” De forma semelhante dispuseram o Decreto-Lei nº 79-A/2020, o Decreto nº 3-A/2021, e o Decreto-Lei nº 6-A/2021, diplomas que, nas palavras de Pedro Martínez trouxeram a “[...] *obrigatoriedade de teletrabalho, mesmo contra a vontade de ambas as partes, sempre que as funções em causa o permitam*.”¹⁹

No Brasil, a regulamentação emergencial se deu, primeiro com a edição da Medida Provisória nº 927/2020, de 22 de março, que teve seu prazo de vigência encerrado em 19 de julho de 2020 e, posteriormente, com a Medida Provisória nº 1.046/2021, de 27 de abril, que teve também seu prazo de vigência encerrado no dia 07 de setembro do mesmo ano. De entre outras questões, tais Medidas Provisórias tiveram o intuito de implantar o teletrabalho como uma das medidas para “[...] *o enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (COVID-19) e a preservação do emprego e da renda* [...]”.

Ao dispor especificamente sobre o regime de teletrabalho, o art. 3º, *caput*, da MP nº 1.046/2021, de 27 de abril, assim como se deu com a MP nº 927/2020, de 22 de março, estabeleceu que a alteração do regime presencial

19 MARTINEZ, Pedro Romano. *Código do Trabalho Anotado*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 434.

para o teletrabalho, ou vice-versa, poderia ser realizada pelo empregador, a seu critério, “[...] *independentemente da existência de acordos individuais ou coletivos, dispensado o registro prévio da alteração no contrato individual de trabalho*” e no prazo de 48 horas (art. 3º, §2º, da MP 1.046/2021).

Aqui, dois pontos são dignos de nota.

O primeiro refere-se aos períodos de vigência. Em Portugal, a despeito da existência de diversos Decretos e Decretos-leis regulando a questão, houve sobre eles uma sobreposição, perdendo um a vigência quando da entrada em vigor do outro. Já na legislação laboral brasileira, a MP nº 927/2020, de 22 de março, perdeu a vigência em 19 de julho de 2020, deixando uma lacuna relativamente à regulamentação da situação emergencial até o advento da MP nº 1.046/2021, de 27 de abril, tendo ela também expirado em 07 de setembro deste ano. Não é demais concluir que tal circunstância acarreta séria insegurança jurídica nas relações de trabalho e um esforço demasiado ao Poder Judiciário, onde desaguarão todos os problemas advindos desses hiatos normativos.

O segundo ponto diz respeito à concessão de poderes durante a crise pandêmica. Sob a vigência do Decreto-Lei nº 10-A/2020, de 13 de março, a legislação portuguesa conferiu ao empregador o poder de definir a opção pelo regime do teletrabalho, entretanto, a partir do Decreto nº 2-A/2020, de 20 de março, o Estado chamou para si a responsabilidade, e o desempenho das atividades em teletrabalho passou a ser obrigatória, independentemente da vontade das partes.

Solução diferente foi a adotada pela legislação excecional brasileira, que aumentou significativamente o poder discricionário do empregador, conforme visto acima.

Analisando os dois sistemas normativos, entendemos ter sido mais acertada a solução dada pela legislação portuguesa, já que o objetivo maior da legislação emergencial é o da preservação da saúde pública, ficando a cargo do Estado, e não do empregador, a deliberação sobre a adoção das medidas urgentes para o efeito, de entre as quais se inclui o teletrabalho obrigatório.

Superada essa questão, passa-se à breve análise do sistema legal direcionado àquele que se ativa em regime de teletrabalho.

Condições laborais do teletrabalhador

As (des)vantagens do teletrabalho

Na análise sobre as vantagens do labor em regime de teletrabalho, aponta a doutrina, em geral, alguns exemplos, a saber: a redução, ou mesmo eliminação dos tempos de deslocação; a eliminação de despesas com transporte e alimentação; a melhor conciliação entre a vida profissional e familiar; a flexibilização do horário de trabalho; o desempenho profissional com maior autonomia; o conforto ao teletrabalhador que se ativa no domicílio; o aumento de produtividade decorrente da eliminação de constante interrupção pelos

colegas de trabalho.²⁰

Paradoxalmente, tais vantagens podem se transformar em desvantagens, a depender de como o teletrabalho é realizado. Com efeito, não raras vezes o teletrabalhador não tem a sua privacidade respeitada; não tem condições de separar a vida profissional da vida familiar, ou mesmo de gerir de maneira satisfatória seus tempos de trabalho e descanso; não consegue exercer suas funções em condições minimamente ergonômicas; acaba isolado em relação aos demais colegas de trabalho.

Todos esses fatores exigem uma regulamentação séria a respeito dos parâmetros e limites em que o teletrabalho deve ser exercido. Vejamos como as legislações brasileira e portuguesa vem tratando a questão.

Sob a ótica da legislação ordinária

É voz pacífica na doutrina e na jurisprudência que o trabalhador não perde o seu *status* de cidadão meramente por celebrar um contrato de trabalho. Nas palavras de Otávio Ferreira, a “[...] a celebração de um contrato de trabalho não implica, pelo trabalhador, em renúncia de qualquer direito assegurado nos textos fundamentais.”²¹ Essa afirmação é relevante quando se diz respeito aos limites do exercício da privacidade do trabalhador, e na importância que se deve ter com a sua saúde, circunstância que guarda íntima relação com a higidez do ambiente de trabalho.

Na legislação trabalhista portuguesa o art. 170º, nº 1 do CT estabelece que o “[...] empregador deve respeitar a privacidade do trabalhador e os tempos de descanso e de repouso da família deste, bem como proporcionar-lhe boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como psíquico”. O art. 169º, nº 1 do CT, por sua vez, garantiu ao teletrabalhador “[...] os mesmos direitos e deveres dos demais trabalhadores.”

Portanto, é voz pacífica que, em Portugal, ao teletrabalhador são também aplicáveis as mesmas disposições referentes à liberdade de expressão e opinião (art. 14º do CT), à integridade física e moral (art. 15º do CT), à privacidade (art. 16º do CT), à proteção dos dados pessoais (art. 17º do CT), a proteção aos dados biométricos (art. 18º do CT), aos testes e exames médicos (art. 19º do CT), à vigilância à distância (arts. 20º e 21º, ambos do CT), e à confidencialidade das mensagens (art. 22º do CT).

É importante registrar que, no último dia 12/11/2021, noticiou-se que teria havido alterações na legislação portuguesa, impondo aos empregadores uma série de medidas relativas ao teletrabalho. As medidas incluiriam o direito à desconexão, com impedimento do empregador em comunicar-se com o

20 DRAY, Guilherme Machado - Teletrabalho, sociedade da informação e direito. In MARTÍNEZ, Pedro Romano, coord - *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2002, p. 270-273.

21 FERREIRA, Otávio Bruno da Silva. A proteção do ser humano no contrato de trabalho: privacidade, intimidade e proteção de dados. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*. v.7. n.1. jan/jun 2021. p. 14.

teletrabalhador nos tempos de descanso, a proibição de discriminação entre o teletrabalhador e o trabalhador presencial, a possibilidade de o teletrabalhador comparecer à empresa de dois em dois meses, de entre outras medidas.

Pese embora tenham alguns veículos de informação dado como certo que tais regras já estariam em pleno vigor, o fato é que se tratam, ainda, de projetos de lei que pendem de votação definitiva, não havendo, até a presente data, nenhuma alteração na legislação até então existente.

Passando ao Brasil, constata-se que não há, na CLT, ou em qualquer outro diploma, disposição específica sobre a privacidade do teletrabalhador, inexistindo menção à proteção da saúde, da privacidade, ou mesmo da proteção de dados do teletrabalhador. A expressão “intimidade”, na CLT, consta apenas do art. 223-C, ao dispor genericamente que a “[...] honra, a imagem, a intimidade, a liberdade de ação, a autoestima, a sexualidade, a saúde, o lazer e a integridade física são os bens juridicamente tutelados inerentes à pessoa física”.

Fazendo-se um esforço interpretativo, constata-se que o artigo 6º da CLT, preconiza que não poderá haver distinção “[...] entre o trabalho realizado no estabelecimento do empregador, o executado no domicílio do empregado e o realizado a distância, desde que estejam caracterizados os pressupostos da relação de emprego”. Assim, entende-se aplicável o disposto no art. 223-C da CLT ao teletrabalhador. Entretanto, há ainda muito o que evoluir na legislação brasileira no que tange ao teletrabalho.

Há também, no referido país, um projeto de lei em curso. Trata-se do PL 5.581/2020, de 17 de dezembro, que transfere ao empregador o dever de garantir aos teletrabalhadores o bem-estar físico e psicossocial mediante diversas medidas, de entre as quais se destacam os direitos à desconexão (arts. 3º, §1º, item I e 8º, §1º), à integração social e prevenção ao isolamento (art. 8º, §2º, item III).²²

Podemos constatar que a conversão em lei do PL 5.581/2020, de 17 de dezembro contribuirá significativamente para o bem-estar dos teletrabalhadores, acarretando um importante avanço normativo sobre o direito de privacidade, como há tempos já vem ocorrendo na União Europeia.

Um outro ponto referente à privacidade do teletrabalhador guarda relação com a propriedade das ferramentas eletrônicas utilizadas. É o que adiante se verá.

O monitoramento das ferramentas eletrônicas e os limites do empregador

Sob a ótica da legislação ordinária

Iniciando a análise pela legislação portuguesa, estabelece o art. 168º, nº 1 do CT que, como regra, os instrumentos necessários à execução do teletrabalho são de responsabilidade do empregador, exceto se houver estipulação

22 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.581/2020, de 17/12/2020 [em linha].

contratual em contrário. Na hipótese de o empregador fornecer as ferramentas eletrônicas necessárias, a lei proíbe ao teletrabalhador a sua utilização para fins não profissionais (art. 168º, nº 3 do CT).

Da leitura da lei, uma interpretação inversa é possível, qual seja, havendo acordo prevendo que será do teletrabalhador a incumbência relativa à aquisição de ferramentas eletrônicas para o desempenho de suas funções, não poderá o empregador restringir a utilização desses instrumentos apenas à prestação de trabalho, sob pena de violação do direito à privacidade e de propriedade do teletrabalhador.

A legislação brasileira parece ter caminhado em outra direção.

Ao remeter ao contrato escrito as disposições relativas à “[...] *responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento dos equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação do trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado* [...]”, o art. 75-D, *caput*, da CLT acabou por (novamente) conferir ao empregador o poder discricionário de estabelecer quem será o responsável pela aquisição e manutenção dos equipamentos necessários à execução do teletrabalho.

Pese embora tenha a legislação brasileira tomado direção distinta, é aqui também possível concluir que a possibilidade de monitoramento dos equipamentos eletrônicos por parte do empregador será menor, caso seja delegada ao teletrabalhador a incumbência de aquisição e manutenção, a fim de que restem resguardados os direitos fundamentais à privacidade e à propriedade.

Vale registrar que, no Brasil, o PL 5.581/2020, de 17 de dezembro, prevê, de maneira mais consentânea com a normatização europeia, que nas hipóteses do teletrabalho integral, incumbirá ao empregador o fornecimento da “[...] *infraestrutura mínima necessária, em condições ergonômicas adequadas, para a prestação dos serviços por teletrabalho*” (art. 5º, §2º). Caso seja aprovado, o texto alterará significativamente a situação jurídica atualmente existente.

Sob a ótica da legislação excepcional

No âmbito da legislação portuguesa, os Decretos nºs 3-A/2021, de 14 de janeiro e nº 7/2021, de 17 de abril, impuseram ao empregador o dever em disponibilizar os “[...] *equipamentos de trabalho e de comunicação necessários à prestação de trabalho em regime de teletrabalho*.”, estabelecendo disposição diversa da existente no art. 168º, nº 1 do CT. Contudo, logo em seguida, relativizou tal obrigação no nº 4 do mesmo artigo, ao autorizar a realização do teletrabalho “[...] *através dos meios que o trabalhador detenha, competindo ao empregador a devida programação e adaptação às necessidades inerentes à prestação do teletrabalho*” quando a disponibilização das ferramentas não for possível, e desde que haja consentimento do trabalhador.

Na legislação brasileira, o art. 3º, §3, da MP nº 1.046/2021, de 27 de abril, a teor do que dispunha a MP nº 927/2020, praticamente repetiu a disposição já constante da CLT, no sentido de que a previsão constará do contrato

escrito, “[...] firmado previamente ou no prazo de trinta dias, contado da data da mudança do regime de trabalho”. Assim, também vale aqui a mesma conclusão sobre os poderes de controle e fiscalização do empregador serão menores caso atribua ao teletrabalhador a responsabilidade pela aquisição e manutenção das ferramentas de trabalho.

A principal diferença da legislação brasileira em relação à portuguesa reside no teor do §4º do art. 3º da MP nº 1.046/2021. Com efeito, a leitura da referida norma permite que se estabeleçam ao menos duas diferenças entre as legislações: a primeira, é a de que a legislação excepcional brasileira traz uma presunção no sentido de que os meios utilizados para a execução do teletrabalho serão do teletrabalhador, circunstância que difere da legislação portuguesa; a segunda, reside no fato de que, pela legislação brasileira, não possuindo o trabalhador os instrumentos necessários à execução do teletrabalho, tem o empregador duas opções: **i.** fornecer ele mesmo os equipamentos, em regime de comodato, e pagar os custos necessários ao seu bom funcionamento ou, **ii.** na impossibilidade de fornecer as ferramentas, mantém o trabalhador, deixando-o à disposição da empresa, com o pagamento da correspondente remuneração e demais encargos (art. 4º, *caput*, da CLT).

Esta última hipótese, que constitui novidade na legislação brasileira, retoma a ideia vigente no princípio da alteridade, que estabelece ser do empregador os riscos da atividade empresarial (art. 2º da CLT), e não está prevista nem na legislação ordinária, nem na legislação excepcional portuguesa.

Conclusão

O teletrabalho, que por muito tempo viveu às sombras do trabalho presencial, atualmente desvela-se como uma das principais modalidades de prestação de serviço existentes, tendo sido ele o responsável por atenuar o caos instalado com a crise sanitária oriunda da disseminação do vírus SARS-CoV-2 em todo o mundo. Só por esse motivo, mereceria o teletrabalho uma preocupação adicional, a fim de que as suas vantagens não se tornem verdadeiras desvantagens.

Nesse sentido, percebe-se uma movimentação, no âmbito legislativo, no sentido de conferir ao teletrabalhador um ambiente hígido, onde melhor poderá exercer suas atividades, resguardando a sua privacidade e sua higidez física e psicossocial, circunstâncias que certamente aumentarão a sua produtividade.

Muitas medidas foram tomadas de maneira apressada, pegando de surpresa empregadores, trabalhadores e governantes.

Passado o período agudo da pandemia (o que se acredita e se espera), é chegado o momento de avaliar a transição do modelo tradicional outrora existente e predominante, qual seja, o trabalho presencial, para o teletrabalho, fazendo com que essa alteração de paradigma se dê sem que haja violação indevida aos direitos fundamentais há muito reconhecidos e resguardados. Os

projetos de lei em ambos os países dão bons indícios nesse sentido, mas é necessário um esforço adicional para que tais disposições passem ao plano de efetiva aplicação, a fim de que atinjam os resultados almejados.

Referências

BRASIL. Agência Brasil. IPEA: 11% dos trabalhadores fizeram home office ao longo de 2020. Profissionais de nível superior foram a maioria em trabalho remoto [em linha]. Publicação: 15/07/2021. Disponível em <https://agenciabrasil.etc.com.br/economia/noticia/2021-07/ipea-11-dos-trabalhadores-fizeram-home-office-ao-longo-de-2020>

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 5.581/2020, de 17/12/2020. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2267606>

COMISSÃO EUROPEIA – Breve panorâmica do mercado de trabalho. *EURES. Informações sobre o Mercado de Trabalho – National Level* (10/2020). [Em linha]. Disponível em EURES - Informações sobre o Mercado de Trabalho - National Level - Comissão Europeia (europa.eu)

DRAY, Guilherme - O acordo-quadro sobre o teletrabalho. *Revista de Direito e de Estudos Sociais*. Ano 61. n.1-4 (Jan.-Dez. 2020). Coimbra: Almedina, 2020.

DRAY, Guilherme Machado - Teletrabalho, sociedade da informação e direito. In MARTÍNEZ, Pedro Romano, coord - *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*. Vol. 3. Coimbra: Almedina, 2002.

FERREIRA. Otávio Bruno da Silva. A proteção do ser humano no contrato de trabalho: privacidade, intimidade e proteção de dados. *Revista de Direitos Sociais, Seguridade e Previdência Social*. v.7. n.1. jan/jun 2021.

GOMES, Maria Irene - O teletrabalho e as condições de trabalho: desafios e problemas. [Em linha] In *E. Tec Yearbook - Artificial Intelligence & Robots*. Dra. Maria Miguel Carvalho: JusGov – Research Centre for justice and Governance. University of Minho - School of Law. ISSN: 2184-707X. p. 141-169. Disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/anuario-etec-2020-2/>.

ILO – International Labour Organization. Working from home: from invisibility to decent work. Geneva: ILO, 2021.

MARTINEZ, Pedro Romano - *Código do Trabalho Anotado*. 13ª ed. Coimbra: Almedina, 2020.

REBELO, Glória - Flexibilidade e teletrabalho. *Revista Economia Pura. Tendência e mercados*. Ano IV. Nº 44. março 2002.

UNIÃO EUROPEIA – Crescimento, competitividade, emprego. Os desafios e pistas para entrar no século XXI: Livro branco. *Serviços das publicações da União Europeia* (09 mar. 1994).

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo - *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed, Vol 1. Lisboa: Verbo, 2004.

O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA NA ERRADICAÇÃO DAS PIORES FORMAS DE TRABALHO INFANTIL

Theanna de Alencar Borges

Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa “Luís de Camões”. Juíza do Trabalho Substituta do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região (Pernambuco). ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1628-527X>. *E-mail*: theannaborges@hotmail.com.

Resumo:

O presente estudo avalia quais são os desafios hodiernos para erradicar as piores formas de trabalho infantil e qual o papel da Justiça do Trabalho brasileira nesse cenário. O trabalho infantil permanece no século XXI como um dos grandes desafios globais, enfrentando atualmente retrocesso nessa seara. O trabalho tem como objetivos investigar as piores formas de trabalho infantil à luz da Convenção 182 da OIT, explicar o panorama brasileiro sobre a questão e discutir quais as principais práticas que podem ser adotadas pela Justiça do Trabalho para contribuir para o desafio da erradicação das piores formas de trabalho infantil e, assim, para o desenvolvimento sustentável do Brasil. A pesquisa é do tipo bibliográfica, com fins descritivo e exploratório, mediante análise da legislação nacional e internacional aplicável. Conclui-se que a atuação da Justiça do Trabalho possui o condão de colaborar para o atingimento da meta 8.7 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável N.º 8 da Agenda 2030 da ONU, contribuindo para a erradicação das piores formas de trabalho infantil e para a promoção do desenvolvimento econômico sustentável brasileiro.

Palavras-chave: Piores formas de trabalho infantil; Direito ao não trabalho; Justiça do Trabalho; Organização Internacional do Trabalho; ODS 8 da Agenda 2030 da ONU.

Introdução

Apesar dos avanços já alcançados anteriormente, no século XXI, a erradicação do trabalho infantil ainda permanece como um dos grandes desafios globais, alcançando também o Brasil, notadamente no que diz respeito às piores formas de trabalho infantil.

Tamanha a relevância do enfrentamento da questão que, em 2015, a Organização das Nações Unidas – ONU, ao criar a Agenda 2030, estabeleceu como seu objetivo de desenvolvimento sustentável – ODS 8 “Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos” (ONU, *sd, on line*).

Para alcançar esse ODS, a ONU estabeleceu a meta 8.7, que consiste em “Tomar medidas imediatas e eficazes para (...) assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, incluindo recrutamento e utilização de crianças-soldado, e até 2025 acabar com o trabalho infantil em todas as suas formas” (ONU, *sd, on line*).

Quatro anos depois, em virtude de a evolução ocorrida nesse cenário ainda ser tímida, em 2019, a Organização Internacional do Trabalho – OIT e a parceria global Aliança 8.7 instituíram o ano de 2021 como o Ano Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil (OIT, *sd a, on line*), visando contribuir para o atingimento da meta 8.7.

Nesse contexto, o objetivo deste estudo consiste em analisar quais são os desafios hodiernos para a erradicação das piores formas de trabalho infantil e, nesse panorama, qual papel incumbe à Justiça do Trabalho brasileira no enfrentamento dessa realidade. Para tanto, a pesquisa realizada foi do tipo bibliográfica e documental, com fins descritivo e exploratório, valendo-se da análise da legislação nacional e dos instrumentos internacionais aplicáveis à temática.

Inicialmente, a pesquisa investiga como estão configuradas as piores formas de trabalho infantil à luz da Convenção 182 da OIT. Em seguida, explica o panorama brasileiro sobre a questão, conforme o Decreto n.º 6.481/2008. Por fim, discute quais as principais práticas que podem ser adotadas pela Justiça do Trabalho brasileira para contribuir para o desafio da erradicação das piores formas de trabalho infantil e, conseqüentemente, para o desenvolvimento sustentável do Brasil.

1 As piores formas de trabalho infantil à luz da Convenção 182 da OIT

As crianças vêm sendo utilizadas como forças de trabalho desde os primórdios do capitalismo industrial. À época, desconsideravam-se os malefícios do exercício do trabalho desenvolvido por seres humanos sem o desenvolvimento completo, razão pela qual não lhes era conferida qualquer forma de proteção.

Nesse aspecto, houve um longo caminho até que se compreendesse que as crianças deveriam ser tratadas como sujeitos de direito, na qualidade de pessoas em fase de desenvolvimento, merecendo, pois, proteção integral, tanto antes como depois do nascimento, inclusive no que diz respeito ao trabalho.

Nesse sentido, merece destaque a Convenção sobre os Direitos da

Criança – CDC, da ONU (UN, 1989, *on line*), que estabeleceu que é dever dos Estados partes assegurar às crianças a proteção e o cuidado necessários para seu bem-estar, tomando as medidas legislativas e administrativas adequadas para essa finalidade (art. 3, n° 2), .

Atualmente, prevalece no âmbito internacional a ideia de que às crianças, que são os seres humanos com idade inferior a 18 (dezoito) anos, deve ser assegurado o direito humano ao não trabalho. Assim, o trabalho infantil ser erradicado e, com mais urgência, aquele tipo em que consistem as suas piores formas, devendo prevalecer o direito à educação adequada.

Quanto aos severos prejuízos que o trabalho infantil acarreta aos menores de 18 anos, Dutra (2019, p. 57) destaca:

“Uma das faces mais perversas do trabalho precoce sobre a vida da criança e do adolescente é privá-los do acesso à escola, além do que o trabalho infantil tem contribuído para o afastamento do convívio afetivo da família e das vinculações socioculturais, inviabilizando-as como pessoas e como cidadãos.”

Assim, é preciso que se atente para o fato de que, embora tenha havido progressos nessa seara, especialmente no que diz respeito à adoção de normas de proteção, a realidade demonstra que remanesce a necessidade urgente de que sejam adotadas medidas para efetiva erradicação do trabalho infantil.

Isso porque, de acordo com pesquisa da OIT e do Fundo das Nações Unidas para a Infância – UNICEF, intitulada “Trabalho Infantil: Estimativas globais de 2020, tendências e o caminho a seguir” (UNICEF; ILO, 2021, *on line*) e divulgada em 2021, globalmente, havia 160 milhões de crianças em situação de trabalho infantil.

Consoante o mencionado levantamento (UNICEF; ILO, 2021, *on line*), somente entre 2016 e 2020 houve um aumento de 8,4 milhões de crianças em situação de trabalho infantil e ainda de 6,5 milhões de crianças e adolescentes de 5 a 17 anos em trabalhos perigosos. No Brasil, por exemplo, em São Paulo, apenas entre maio e julho de 2020 a elevação do trabalho infantil apurada foi de 26%, o que demonstra a atualidade e a urgência de se debater o tema (UNICEF, 2021, *on line*).

Nesse contexto de mudança de perspectiva quanto à proteção que deve ser garantida às crianças, convém destacar que as piores formas de trabalho infantil contemplam as modalidades de trabalho perigoso, tendo em conta que expõem as crianças a certos tipos de riscos. A Convenção de n.º 182 da OIT (OIT, 1999a, *on line*) trata da questão, havendo seu texto sido adotado em 17/06/1999 e entrado em vigor internacional em 19/11/2000 (ILO, 1999, *on line*).

A referida norma está em consonância com o art. 2, alínea “c”, da Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho (OIT, *sd b*, *on line*), que estabelece que todos os membros da OIT possuem o

compromisso que deriva do só fato de pertencer à mencionada organização de “respeitar, promover e tornar realidade, de boa fé e de conformidade com a Constituição, os princípios relativos aos direitos fundamentais que são objeto dessas convenções, isto é: [...] c) a abolição efetiva do trabalho infantil”.

Desta forma, de acordo com o art. 3º da Convenção 182 da OIT, as piores formas de trabalho infantil abrangem:

- “a) todas as formas de escravidão ou práticas análogas à escravidão, como venda e tráfico de crianças, sujeição por dívida, servidão, trabalho forçado ou compulsório, inclusive recrutamento forçado ou obrigatório de crianças para serem utilizadas em conflitos armados;
- b) utilização, demanda e oferta de criança para fins de prostituição, produção de pornografia ou atuações pornográficas;
- c) utilização, recrutamento e oferta de criança para atividades ilícitas, particularmente para a produção e tráfico de entorpecentes conforme definidos nos tratados internacionais pertinentes;
- d) trabalhos que, por sua natureza ou pelas circunstâncias em que são executados, são suscetíveis de prejudicar a saúde, a segurança e a moral da criança.”

Por conseguinte, percebe-se que, com a referida Convenção, a OIT pretende eliminar as formas de trabalho infantil que mais prejudicam as crianças, notadamente a escravidão infantil, a servidão por dívidas, a prostituição, a pornografia, o trabalho perigoso e o recrutamento de crianças para conflitos armados.

Nessa seara, consoante Sússekind (2000, p. 402), “a convenção se aplica a todos os menores de 18 anos, ainda que sem relação de emprego, e exige medidas imediatas e eficazes para a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil”.

Assim, segundo os artigos 4º e 5º da Convenção 182 da OIT, o ordenamento jurídico interno de cada país que ratificá-la deverá definir quais são as atividades que devem ser consideradas como piores formas de trabalho infantil, devendo, para tanto, consultar organizações de empregadores e trabalhadores interessadas. Ademais, deve a lista ser revisada periodicamente, bem como deve haver mecanismos de monitoramento de seu cumprimento.

Ainda em conformidade com o art. 7º da mencionada Convenção, o Estado-membro que a ratificar deverá adotar medidas para, num determinado período, assegurar a reabilitação e a integração social da criança vítima de pior forma de trabalho infantil, bem como deverá garantir a educação fundamental gratuita e, quando possível e adequado, a formação profissional (art. 7º da Convenção 182 da OIT).

Por fim, há que se mencionar a Recomendação 190 da OIT (OIT, 1999b, *on line*), que suplementa a Convenção 182 da OIT, propondo aos Estados a definição dessas formas de trabalho como delitos, com imposição de sanções penais no caso de sua prática.

De se perceber, portanto, que no plano internacional foi garantido um

patamar mínimo de direito às crianças, qual seja, o direito de não trabalhar em atividades perigosas, porquanto implicam severos prejuízos a sua formação física, mental e emocional. No entanto, a realidade global mostra que a simples existência e a conseqüente ratificação da Convenção 182 da OIT por um Estado-membro da OIT não são suficientes para implicar o progresso global na seara da erradicação das piores formas de trabalho infantil.

Nesse sentido, imperioso compreender como as piores formas de trabalho infantil se encontram regulamentadas no Brasil.

2 O panorama brasileiro sobre as piores formas de trabalho infantil

Atualmente, ao menos no plano normativo, no Brasil, as crianças possuem o direito fundamental ao não trabalho, enquanto os adolescentes possuem o direito ao trabalho protegido, que é aquele que pode ser realizado, desde que observados os requisitos legais.

Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/1988 (BRASIL, 1988, *on line*) instituiu um novo patamar de proteção, afastando a doutrina da situação irregular e acolhendo a da proteção integral no seu artigo 227, que foi contemplada no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente, a Lei n.º 8.069/1990 (BRASIL, 1990, *on line*),

Acerca da proteção integral, consoante a doutrina de ISHIDA (2021, p. 23):

“O Estatuto da Criança e do Adolescente perfilha a ‘doutrina da proteção integral’, baseada no reconhecimento de direitos especiais e específicos de todas as crianças e adolescentes (c. art. 3º). Embora a Convenção não faça expressa menção ao termo ‘proteção integral’, esse novo paradigma fica evidenciado diante da grande quantidade de direitos reconhecidos (...).”

Assim, em apertada síntese, crianças e adolescentes devem ser vistos como sujeitos de direitos, a quem a deve ser destinada absoluta prioridade, com respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Nesse sentido, acerca do trabalho infantil, a CRFB/1988 também trouxe progressos, uma vez que, segundo o seu art. 7º, XXXIII, proíbe-se o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 (dezoito) anos, bem como qualquer trabalho a menores de 16 (dezesseis) anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 (quatorze) anos.

Tal proibição decorre da percepção de que os menores de dezoito anos ainda não estão completamente desenvolvidos física, mental e moralmente, carecendo, portanto, de uma maior proteção para que sua integridade física, mental e moral não seja violada, o que é capaz de lhes acarretar severos e irreparáveis prejuízos, dada sua fragilidade e vulnerabilidade.

Ilustre-se, por exemplo, com uma criança que está submetida ao traba-

lho doméstico. A criança estará sujeita a prováveis riscos ocupacionais, como esforços físicos intensos, abusos físico, sexual e emocional, jornadas de trabalho extenuantes, trabalho noturno, exposição ao fogo e calor, movimentos repetitivos, dentre outros. Ela estará, ainda, sujeita a sofrer prováveis repercussões à saúde, tais como afecções músculo-esqueléticas (bursites, tendinites, dorsalgias, sinovites, tenossinovites); contusões; fraturas; ferimentos; queimaduras; alterações na vida familiar; DORT/LER; deformidades da coluna vertebral (lombalgias, lombociatalgias, escolioses, cifoses, lordoses); síndrome do esgotamento profissional e neurose profissional, dentre outros.

Citem-se como exemplos de vítimas do trabalho infantil perigoso os casos de Madalena Gordiano, e de Lucélia Rodrigues da Silva. Madalena trabalhava como empregada doméstica desde os 8 (oito) anos de idade e foi resgatada do trabalho análogo à escravidão em Patos de Minas, havendo perdido a infância e adolescência e pulado direto para a vida adulta (G1 TRIÂNGULO E ALTA PARNAÍBA, 2021, *on line*).

Já Lucélia foi encontrada pela polícia amordaçada e acorrentada pela ex-patroa aos 12 (doze) anos, havendo sido apurado nas investigações que ela, além de fazer as tarefas domésticas era torturada com alicate e submetida a castigos físicos como ter sido colocado pimenta em sua boca, nariz e olhos (G1 GOIÁS, 2021, *on line*). Os exemplos demonstram a severidade dos riscos a que crianças estão expostas quando vítimas das piores formas de trabalho infantil, não tendo sua dignidade minimamente respeitada.

Ainda nesse contexto, impende ressaltar que, no âmbito interno, o Brasil optou por utilizar o critério etário para adotar a nomenclatura “criança” para aquele de até 12 (doze) anos incompletos e “adolescente” para quem possui entre 12 (doze) e 18 (dezoito) anos incompletos, segundo o art. 2º da Lei n.º 8.069/1990 (BRASIL, 1990, *on line*), o que não acarreta qualquer conflito com a normativa internacional.

Por outro lado, quanto às piores formas de trabalho infantil, imperioso destacar que os tratados de direitos humanos não entram automaticamente em vigor, necessitando de um procedimento interno de incorporação (MELO, 2019). Desta forma, a fim de cumprir as determinações da Convenção 182 da OIT, o Brasil regulamentou a questão internamente por meio do Decreto n.º 6.481/2008 (BRASIL, 2008, *on line*), em que foi criada uma lista de atividades em que se verifica o trabalho infantil perigoso, conhecida como lista TIP. Ele também ratificou a Recomendação 190 da OIT.

A citada lista TIP resultou da construção de um trabalho tripartite do governo federal, da Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Infantil – CONAETI e da sociedade civil (CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL, *sd, on line*). Ela contempla 93 (noventa e três) atividades perigosas para os trabalhadores menores de 18 (dezoito) anos, levando em conta os riscos ocupacionais à saúde, à segurança e à moralidade das crianças.

Tais modalidades constantes da lista TIP foram escolhidas em razão dos prováveis riscos ocupacionais que acarretam e ainda das prováveis repercus-

sões à saúde dos trabalhadores infantis, coadunando-se, portanto, com o comando constitucional do artigo 227, que garante a proteção integral a crianças e adolescentes. A lista deixa, pois, “manifestamente clara a tendência crescente da ordem jurídica, desde 1988, de privilegiar a educação, e não o trabalho, como instrumento de formação da personalidade do jovem” (DELGADO, 2019, p. 969).

Entretanto, na prática, o que vem sendo observado é o aumento das piores formas de trabalho infantil, sendo comum que crianças e adolescentes sejam encontrados trabalhando em oficinas, lixões, carvoarias, serviços domésticos, casas de farinha, olarias, feiras, nas ruas e nos semáforos, dentre outros.

Isso se verifica porque, no Brasil, a ocorrência do trabalho infantil e, em especial das suas piores formas, está intrinsecamente associada ao ciclo da pobreza, em que esta conduz ao trabalho precoce, que conduz à evasão escolar, que implica a falta de acesso à educação básica e, por conseguinte à falta de profissionalização e ao subemprego ou ao desemprego na fase adulta, permanecendo o adulto na pobreza e conduzindo à repetição do ciclo entre seus descendentes (CÉSAR; MELO; FURRIEL, 2019), num ciclo de pobreza transgeracional.

Quanto a isso, de se mencionar que, atualmente, a pandemia da COVID-19 acelerou o ritmo de crianças e adolescentes expostas às piores formas de trabalho infantil, num claro retrocesso social. No Estado do Ceará, por exemplo, a cada dois dias uma criança ou adolescente é resgatado do trabalho infantil em 2021, o que representa mais do que o dobro dos flagrantes em todo o ano de 2020 (DIÁRIO DO NORDESTE, 2021, *on line*).

De se perceber que o trabalho infantil perigoso ceifa diariamente os sonhos de diversas crianças, que vêem suas infâncias roubadas pelas mais diversas razões, tais como a obrigação de trabalhar, quando deveriam estar estudando, maior incidência de doenças e acidentes de trabalho, muitas vezes fatais, a perda do direito a uma vida digna e com uma infância sem trabalho.

Tudo isso demonstra a necessidade de atuação de diversos entes para erradicar a prática das piores formas de trabalho infantil, sendo importante investigar quais os desafios que a Justiça do Trabalho, enquanto instituição pertencente ao Poder Judiciário, enfrenta no contexto da erradicação das piores formas de trabalho infantil, o que será feito em seguida.

3 Os desafios da Justiça do Trabalho brasileira para a erradicação das piores formas de trabalho infantil

Para além do acompanhamento da família e da existência de políticas públicas de educação e assistência social, a Justiça do Trabalho brasileira possui relevante papel no contexto da erradicação das piores formas de trabalho infantil, encontrando fundamento para sua missão no art. 114, I, da CRFB/1988, que trata da competência material do referido ramo especializa-

do.

Assim, é certo que, caso haja lide versando sobre as piores formas de trabalho infantil, a Justiça do Trabalho deverá ser provocada a atuar de modo a, comprovada a referida prática degradante, extinguir o vínculo de emprego e conferir à vítima do trabalho infantil todos os efeitos trabalhistas, inclusive o reconhecimento do vínculo de emprego e demais obrigações trabalhistas, aplicando-se a teoria trabalhista das nulidades.

Nesse sentido, a lição de Delgado (2019, p. 356-357):

“(…) Também é proibida a contratação de menores de 18 anos nas atividades referidas na Lista TIP, regulada pelo Decreto n. 6.481/2008, em conformidade com a Convenção n. 182 da OIT(36). Ora, se existente, na prática, o contrato irregular, pagar-se-ão ao empregado menor *todas as parcelas cabíveis*; contudo, imediatamente deve-se extinguir o vínculo *ope judicis*, em face da vedação constitucional. Neste caso, a *capacidade* obreira é que não foi respeitada. Não obstante o grave vício em um dos elementos jurídico-formais do contrato, *todos os efeitos trabalhistas devem ser reconhecidos à pessoa humana trabalhadora*, em face da tutela trabalhista ter sido construída exatamente para proteger a criança e o adolescente – e não para ampliar a perversidade de sua exploração.”

Em se tratando de lides referentes à exploração do trabalho infantil, recentemente houve alteração nos códigos das tabelas processuais unificadas – TPU do Conselho Nacional de Justiça para incluir o Código 9969 - exploração do trabalho infantil (CNJ, *sd, on line*).

Isso se encaixa na competência material da Justiça do Trabalho, mas possui um novo enfoque, com o fim de que tais dados possam ser utilizados como ferramenta de atingimento da meta 8.7 do ODS 8 da Agenda 2030, tanto no que diz respeito ao tempo médio para conclusão das ações judiciais referentes à exploração do trabalho infanto-juvenil (CNJ, 2020, *on line*), como também para o levantamento do quantitativo de ações com esse assunto, ainda desconhecido por muitos. A citada iniciativa do CNJ permite a integração da Agenda 2030 com o Poder Judiciário.

Nesse contexto, para além de conciliar e julgar, a Justiça do Trabalho precisa atuar de forma a protagonizar a busca pela erradicação do trabalho infantil. Nesse sentido, Ishida (2021, p. 26) destaca que “Devem-se superar vetustas desculpas de falta de verba orçamentária, de luta pela não intromissão do Judiciário no Executivo e trocá-las por outras atitudes mais proativas”.

E isso não significa que haverá violação ao princípio da inércia da jurisdição no que diz respeito às lides que forem postas em juízo, já que a inércia à jurisdição somente se refere ao ato de iniciar o processo, conforme Neves (2020, p. 85).

Assim é que o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, do Tribunal Superior do Trabalho – TST deve ser indicado um dos instrumentos de que a Justiça do Trabalho dispõe para uma atuação

mais proativa quanto ao tema. O programa em questão surgiu em 2012 com o nome de Comissão para Erradicação do Trabalho Infantil na Justiça do Trabalho (CETI) e em 2016 sofreu alteração de nome para o já indicado (TST, *sd a, on line*).

Por meio do mencionado programa, o TST e o CSJT pretendem “sensibilizar e instrumentalizar os juízes do trabalho, seus servidores e o conjunto da sociedade brasileira, para, empenhando todos os esforços, reconhecer o trabalho infantil como grave forma de violação de direitos humanos, e a responsabilidade de todos no seu combate e erradicação” (TST, *sd b, on line*).

Apesar dos avanços já existentes no programa, urge que haja uma atuação integrada de seus Gestores Nacionais e Regionais e, inclusive, divulgação das boas práticas de cada Tribunal Regional do Trabalho – TRT nos sítios eletrônicos de todos os regionais, que atualmente totalizam 24 (vinte e quatro), e, ainda, no sítio do programa de âmbito nacional, no Tribunal Superior do Trabalho. Ilustre-se com o fato de que, em consulta ao sítio do TST (TST, *sd c, on line*), somente há a divulgação de boas práticas do TRT da 7ª Região (Ceará).

Outrossim, a Justiça do Trabalho pode, por meio das Escolas Judiciais, planejar e executar capacitações para o público interno (ministro e ministras, desembargadores e desembargadoras, juízes e juízas, servidores e servidoras, estagiários e estagiárias, bem como terceirizados e terceirizadas) e externo, qual seja, a sociedade civil, com eventos abertos para a população em geral, tais como congressos, seminários, palestras e cursos. Tais cursos possuem a capacidade de auxiliar a desconstruir os vários mitos envolvendo o trabalho infantil e a mudança cultural nesse tocante.

Pode aprofundar a atuação, cobrando os temas sobre o trabalho infantil, inclusive suas piores formas, em diversas fases do concurso de ingresso na magistratura do trabalho e para os servidores públicos, bem como na seleção de estágio, além de promover a publicação de artigos acerca da temática na revista do TRT e similares.

Ademais, a Justiça do Trabalho pode fazer a divulgação de campanhas informativas sobre a questão por meio das redes sociais. Tais ferramentas, em geral, trazem retorno rápido de divulgação com baixo custo orçamentário, democratizando o acesso à informação, a exemplo do perfil @combatetrabalhoinfantiljt, que integra o Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, do TST.

Além disso, a Justiça do Trabalho pode criar seus próprios projetos, adaptados às realidades locais, a exemplo do projeto do TRT16 (Maranhão), denominado TRT na Escola (TRT16, *sd, on line*), em que o TRT proporciona capacitação para professores, que multiplicarão as informações para seus alunos e alunas, que funcionarão como potencializadores da divulgação em seus lares e demais círculos de relações sociais.

Ela pode ainda dar suporte ao programa Trabalho, Justiça e Cidadania (ANAMATRA, *on line*), da Associação Nacional dos Magistrados – ANAMATRA, em parceria com as Associações de Magistrados do Trabalho – AMA-

TRAs de cada TRT. O mencionado programa tem por objetivo construir a cidadania por meio da sementeira de noções básicas de direitos fundamentais para estudantes, especialmente de escolas públicas, propiciando, consequentemente, a conscientização sobre direitos e deveres básicos do cidadão para o exercício da cidadania e, ainda, a integração do Judiciário com a sociedade.

Ademais, faz-se necessária a adoção de parcerias para atuação em rede com outras entidades, a exemplo de Ministério Público do Trabalho – MPT, Ministério do Trabalho e Emprego – MTE, universidades locais, componentes do Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil – FNPETI, governos federal, estaduais e municipais, promovendo-se a cooperação extramuros do Judiciário Trabalhista.

Percebe-se, portanto, que a atuação da Justiça do Trabalho por meio das diversas iniciativas apontadas, não esgota as possibilidades de seu protagonismo na busca pela erradicação das piores formas de trabalho infantil. Assim, seu papel mais atuante possui o condão de colaborar para o atingimento da meta 8.7 do Objetivo de Desenvolvimento Sustentável N.º 8 da Agenda 2030 da Organização das Nações Unidas – ONU, contribuindo para efetivamente colaborar para a erradicação das piores formas de trabalho infantil e, consequentemente, para a promoção do crescimento econômico sustentável brasileiro.

Considerações finais

Um dos grandes desafios que ainda remanesce no século XXI é a erradicação do trabalho infantil, especialmente no que diz respeito a suas piores formas, que são consideradas aquelas que trazem maiores riscos para o trabalhador infantil, principalmente a escravidão infantil, a servidão por dívidas, a prostituição, a pornografia, o trabalho perigoso e o recrutamento de crianças para conflitos armados, seja ele empregado ou trabalhador autônomo.

Embora a ONU, a OIT e a UNICEF venham atuando no sentido de reduzir o percentual de trabalhadores infantis, o fato é que a pandemia da COVID-19, ao gerar maior disparidade financeira e social, aprofundou as desigualdades então existentes. Isso conduziu à elevação do número de crianças no trabalho infantil no mundo e no Brasil, inclusive o perigoso, num retrocesso social potencialmente perigoso.

Assim é que se faz necessário compreender que a Convenção 182 e a Recomendação 190 da OIT trouxeram um patamar internacional de atividades que são consideradas perigosas, cabendo a cada país que ratificou as normas regulamentar as atividades que se enquadram como perigosas.

Nesse sentido, no caso do Brasil, o Decreto n.º 6.481/2008 regulamentou a questão, estabelecendo a lista TIP, com 93 atividades que são perigosas para à saúde, à segurança e à moralidade dessas crianças e adolescentes.

Ocorre que a existência das referidas normas, por si só, não é suficiente se não houver uma atuação coordenada da família, da sociedade civil e do

Estado, incluindo as instituições de Justiça, com a finalidade de concretizar a proteção às crianças e aos adolescentes no que diz respeito à erradicação das piores formas do trabalho infantil. Tal conduta permitirá que eles possam, enfim, usufruir do direito de viver como crianças e adolescentes que são, propiciando o exercício de sua dignidade e seu desenvolvimento integral.

Diante desse contexto, incumbe à Justiça do Trabalho atuar de forma proativa, para além de simplesmente conciliar e julgar, para o fim de contribuir para a erradicação do trabalho infantil perigoso, assumindo um protagonismo nessa empreitada, sem se apartar do princípio da inércia do Poder Judiciário no que diz respeito ao julgamento das lides envolvendo exploração do trabalho infantil perigoso.

Como exemplos desse novo papel, que não se esgota nas iniciativas abordadas na pesquisa, cite-se o recolhimento de dados dos processos judiciais, com a elaboração de estatísticas sobre o tema; participação no Programa de Combate ao Trabalho Infantil e Estímulo à Aprendizagem, do Tribunal Superior do Trabalho, com interação entre os gestores regionais e divulgação das boas práticas entre as partes; capacitação para o público interno e externo em eventos promovidos pelas escolas judiciais dos TRTs e do TST; cobrança nos concursos, de ingresso na magistratura do trabalho e para os servidores públicos, bem como na seleção de estágio; promover a publicação de artigos acerca da temática na revista do TRT e similares.

Ademais, a Justiça do Trabalho pode aprofundar o alcance e o engajamento de suas redes sociais, bem como cada TRT pode criar seus próprios projetos de erradicação das piores forma de trabalho infantil e atuar em parceria com outras entidades em rede.

Percebe-se, portanto, que a Justiça do Trabalho possui um novo papel nessa seara, não mais se limitando à missão de processar e julgar a lide, devendo juntar-se ativamente à rede de proteção às crianças e adolescentes.

Nesse sentido, a finalidade da mencionada atuação consiste em resguardar proativamente o direito ao não trabalho de crianças e ao trabalho protegido e decente de adolescentes. Dessa forma, a Justiça do Trabalho brasileira poderá contribuir para erradicar as piores formas de trabalho infantil, e, conseqüentemente, proporcionar à criança e ao adolescente o desenvolvimento adequado e, por conseguinte, propiciar o verdadeiro crescimento sustentado da sociedade brasileira.

Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. **Trabalho, justiça e cidadania. Sobre o programa.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Segundo-Relatorio-Comite-Interinstitucional-14022020.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/DOUconstituicao88.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Decreto n.º 6.481, de 12 de junho de 2008.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. **Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069compilado.htm. Acesso em: 08 set. 2021.

CÉSAR, João Batista Martins; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; FURRIEL, Renata Prieto. O combate ao trabalho infantil: mitos, dogmas, crendices x realidade. *In Trabalho e Humanidade: em homenagem ao centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região.* James Magno Araújo Farias (org). São Paulo: LTr, 2019. p. 55-78.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **2º Relatório Agenda 2030 no Poder Judiciário – Comitê interinstitucional.** Brasília: [sn], 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Segundo-Relatorio-Comite-Interinstitucional-14022020.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Tabela de parametrização de assuntos processuais e os ODS.** Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/02/ODS-Assunto-Parametriza%C3%A7%C3%A3o-Vers%C3%A3o-atualizada-27ago.pdf>. Acesso em: 11 out. 2021.

CRIANÇA LIVRE DE TRABALHO INFANTIL. **Conheça as 93 piores formas de trabalho infantil no Brasil.** Disponível em: <https://livredetrabalhoinfantil.org.br/noticias/reportagens/conheca-93-piores-formas-de-trabalho-infantil-no-brasil/>. Acesso em: 21 jun. 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 18. ed. São Paulo: LTr, 2019.

DIÁRIO DO NORDESTE. A cada dois dias, uma criança ou adolescente é resgatado de trabalho infantil no Ceará em 2021. Fortaleza, 11 de outubro de 2021. Disponível em: <https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/a-cada-dois-dias-uma-crianca-ou-adolescente-e-resgatado-de-trabalho-infantil-no-ceara-em-2021-1.3146729>. Acesso em: 11 out. 2021.

DUTRA, Maria Zuíla Lima. A Convenção n. 182 da OIT e a luta para eliminar as piores formas de trabalho infantil no Brasil. *In Brasil sem trabalho infantil.* ARRUDA, Kátia Magalhães; FARIAS, James Magno Araújo. São Paulo: LTr, 2019.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. Trabalho infantil aumenta pela primeira vez em duas décadas e atinge um total de 160 milhões de crianças e adolescentes no mundo. UNICEF [2021]. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/trabalho-infantil-aumenta-pela-primeira-vez-em-duas-decadas-e-atinge-um-total-de-160-milhoes-de-criancas-e-adolescentes-no-mundo>. Acesso em: 07 set. 2021.

G1 GOIÁS. Após 13 anos, jovem que foi torturada e chegou a ter a língua cortada com alicate diz que superou trauma: ‘Escolhi perdoar’. [s/l], 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/go/goias/noticia/2021/06/10/apos-13-anos-jovem-que-foi-torturada-e-chegou-a-ter-a-lingua-cortada-com-alicate-diz-que-superou-trauma-escolhi-perdoar.ghtml#utm_source=instagram&utm_medium=social&utm_campaign=g1&utm_content=post. Acesso em: 11 out. 2021.

G1 TRIÂNGULO E ALTO PARNAÍBA. Madalena, resgatada de trabalho análogo à escravidão em Patos de Minas, comemora aniversário pela primeira vez e diz: 'Sinto que estou bem'. [s/d], 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/mg/triangulo-mineiro/noticia/2021/07/12/madalena-resgatada-de-trabalho-analogo-a-escravidao-em-patos-de-minas-comemora-aniversario-pela-primeira-vez-e-diz-sinto-que-estou-bem.ghtml>. Acesso em: 11 out. 2021.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **C182 - Worst Forms of Child Labour Convention, 1999 (No. 182)**. ILO [1999]. Disponível em: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO-DE:C182. Acesso em: 20 jun. 2021

ISHIDA, Válter Kenji. **Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência**. 21. ed. Salvador: JusPODIVM, 2021.

MELO, Raimundo Simão de. O papel da OIT em 100 anos de existência e a importância das Convenções 148 e 155 sobre saúde, segurança e meio ambiente do trabalho. **Revista de Direito do Trabalho**. vol. 205. ano 45. p. 163-178. São Paulo: Ed. RT, setembro 2019.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de Direito Processual Civil. 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Objetivo 8. Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todas e todos. ONU [s/d]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/8>. Acesso em: 07 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 2021 Ano Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil. OIT [s/d a]. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/2021-aieti/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 07 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C182 - Convenção sobre proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação. OIT [1999a]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_236696/lang-pt/index.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento. OIT [s/d b]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/--ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336958.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. R190 - Sobre Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e Ação imediata para sua Eliminação. OIT [1999b]. Disponível em: https://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-infantil/WCMS_242762/lang-pt/index.htm. Acesso em: 10 out. 2021.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito internacional do trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 16ª REGIÃO. **Projeto TRT na Escola**. Disponível em: <https://app.trt16.jus.br/ejud/publico/projetos/trtnaescola>. Acesso em: 11 out. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Programa de combate ao trabalho infantil e de estímulo à aprendizagem. Apresentação.** [sd b]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/apresentacao>. Acesso em: 11 out. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Programa de combate ao trabalho infantil e de estímulo à aprendizagem. História.** [sd a]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/historia>. Acesso em: 11 out. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Programa de combate ao trabalho infantil e de estímulo à aprendizagem. Boas práticas.** [sd c]. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/web/trabalho-infantil/lista>. Acesso em: 11 out. 2021.

UNITED NATIONS CHILDREN'S FUND; INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. Child Labour: Global estimates 2020, trends and the road forward. [UNICEF; ILO, 2021]. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---ipec/documents/publication/wcms_797515.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

UNITED NATIONS. Convention on the Rights of the Child. UN [1989]. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx>. Acesso em: 10 out. 2021.

O TRABALHO INFANTIL ARTÍSTICO: RISCOS E DESAFIOS REGULATÓRIOS NO TRATAMENTO DE DADOS DE INFLUENCIADORES MIRINS

Gabriel Chiusoli Ruscito

Graduando em Direito pela Faculdade de Ciências Humanas e Sociais “Júlio de Mesquita Filho”, Campus de Franca. Membro do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo”.

Eliana dos Santos Alves Nogueira

Professora Assistente em Direito Processual do Trabalho na Faculdade de Ciências Humanas e Sociais “Júlio de Mesquita Filho” e Líder do Grupo de Pesquisa (CNPq) “Núcleo de Pesquisa e Observatório Jurídico: (Re)pensando o Trabalho Contemporâneo”.

Resumo:

Diante da desgovernança no tratamento de dados pessoais, adotou-se, em 2018, a Lei Geral de Proteção de Dados. Apesar do avanço, em relação aos dados de crianças e adolescentes, a legislação não alcança a proteção ideal. Analisam-se, ora, os riscos e desafios regulatórios do tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins enquanto trabalhadores artísticos infantis. Pretende-se estabelecer limites precisos quanto à exposição de crianças como influenciadores mirins, seja revisitando o conceito de consentimento à luz do princípio do melhor interesse da criança, evitando-se a exploração comercial do seu trabalho, seja limitando as bases legais de tratamento ao mínimo possível, vinculadas apenas a medidas de proteção deste público. O estudo tem natureza exploratória e descritiva; como método de procedimento, adota-se o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados; e, como método de abordagem, o dedutivo.

Palavras-chave: Influenciadores mirins; LGPD; Trabalho infantil artístico.

1 Introdução

Com o advento das novas tecnologias da informação e comunicação, o mundo passa por mudanças estruturais em seu conteúdo organizacional. Essas alterações não se restringiram ao público adulto. Crianças e adolescen-

tes – também e principalmente – foram tragados para essa nova realidade. Conforme relatório final divulgado pela UNICEF (2017), estima-se que cerca de um terço dos usuários de internet, no mundo, sejam crianças¹. Essa crescente dependência da internet, enquanto um novo veículo de interação social, tomou proporções e ganhou importância nunca antes experimentadas no contexto da pandemia SARS-COV-2, popularmente conhecida como Covid-19, quando milhares de estudantes tiveram que prosseguir com os estudos remotamente.

Tem-se, portanto, que a internet é, atualmente, meio necessário ao livre desenvolvimento de crianças e adolescentes, em decorrência da necessidade de utilização das plataformas virtuais para acompanhamento escolar em razão das medidas de distanciamento social provocadas pela pandemia em curso. Tal tendência deve incorporar-se no cotidiano de crianças e adolescentes e, mesmo após o retorno presencial às salas de aula, a utilização de tais plataformas certamente permanecerá como alternativa para complementação das atividades normalmente desenvolvidas nos ambientes escolares ou como fonte de pesquisa e, sem dúvidas, de entretenimento.

Assim, torna-se aceitável, por necessária à autodeterminação dessas pessoas em estágio especial de desenvolvimento, o excepcional, desde que regular e protegido, trabalho artístico infantil nesse meio pelos influenciadores mirins². Afinal, sem representatividade e senso de pertencimento, não se tem por efetivada a dignidade da criança enquanto pessoa humana.

Nunca é demais ressaltar que o trabalho infantil é exceção, sendo, pois, o não trabalho um direito fundamental das crianças e adolescentes no Brasil³. As raríssimas autorizações juridicamente aceitáveis devem ser estruturadas sempre no **melhor interesse da criança e do adolescente**.

A doutrina do melhor interesse da criança e do adolescente se aplica a todos os fatos e atos da vida humana, inclusive em relação ao tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins. Procurar-se-á, neste pequeno excerto, apontar os riscos e desafios regulatórios do tratamento de dados de crianças e adolescente; investigar-se-á os limites da exposição de crianças como influenciadores mirins; revisitar-se-á o conceito de consentimento; e limitar-se-ão as bases legais de tratamento ao mínimo possível, vinculadas apenas a medidas de proteção deste público, para, então, assegurar a plenitude da dignidade sem que haja a exploração comercial do seu trabalho.

1 Para a UNICEF, no relatório *The State of the World's Children 2017*, criança é todo o indivíduo com 18 anos incompletos (UNICEF, 2017, p. 1).

2 Nesse ponto, a Convenção 138 da OIT, ratificada pelo Brasil, já prevê a necessidade de que, para a participação de crianças em representações artísticas, seja necessária licença individual clausurada concedida para determinada criança, que permita exceções para a proibição de trabalho ou emprego antes da idade mínima, definindo o número limite de horas para a atividade, bem como as condições nas quais ela será permitida, que devem ser definidas, objetivas, pormenorizadas e detalhadas.

3 Vide art. 7º, XXXIII, da CRFB.

2 Dos riscos no tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins

O meio digital, apesar da relatada importância, não foi originalmente desenhado para crianças e adolescentes. Por questões puramente didáticas, dividir-se-ão os riscos do meio digital a esse público em dimensões, a partir da origem do risco no meio digital. Esclarece-se que não há entre as dimensões uma relação hierárquica ou excludente. Em verdade, todos os riscos apontados de forma não exauriente têm a potencialidade de serem igualmente danosos e, conforme se verá, pode haver a sobreposição das diversas camadas de risco.

(i) Riscos inerentes ao meio digital: conforme o alerta da Sociedade Brasileira de Pediatria – SBP – (2019), tendo como pressuposto o especial estágio de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, podem-se citar riscos como dependência digital e uso problemático das mídias interativas; problemas de saúde mental: irritabilidade, ansiedade e depressão; *bullying* e *cyberbullying*, transtornos da imagem corporal e da autoestima; e riscos da sexualidade, nudez, *sexting*, sextorsão, abuso sexual, estupro virtual (2019).

(ii) Riscos relativos à idade: é notório, também, que quanto mais jovem a criança, mais suscetível está às influências externas. É o que concluiu o Conselho Federal de Psicologia (2008) ao ser convocado a se manifestar acerca da publicidade infantil. Nesse mesmo sentido, tem-se o posicionamento da SBP (2019), ao sugerir tempos de exposição à tela diferentes para crianças e adolescentes tomando como paradigma a idade (2019).

(iii) Riscos relacionados ao tempo de exposição: dispensa-se, pois, atividade intelectual mais ampla para concluir que quanto maior a exposição de crianças e adolescentes ao meio digital, maior o risco que se corre. Trata-se de uma relação diretamente proporcional.

(iv) Riscos relacionados à exploração econômica: soma-se o elemento econômico, atualmente integrante [e predominante] do meio digital – que em muito se afastou da concepção libertária em que fora idealizado –, pelo qual se tem, independentemente da idade do usuário da rede, a exposição à propaganda/publicidade abusiva; a exploração econômica da imagem, do trabalho e dos dados; o tratamento irregular de dados pessoais, sua mercantilização e a criação de uma pegada digital (*profiling*).

(v) Riscos relacionados à carência ou precariedade na regulamentação: Apesar de não ser fonte exclusiva do Direito, a falta da lei certa, clara, determinada, bem redigida, completa, adequada, ainda que se exija uma atividade interpretativa, causa diversos conflitos e representa o triunfo da insegurança jurídica, provocando doutrina e, principalmente, o Poder Judiciário à pacificação das controvérsias. Essa camada de riscos, em verdade, atua com um catalisador a todas as outras. Sem uma suficiente regulamentação da atividade de crianças e adolescente no meio digital, intensificam-se todos os perigos e armadilhas que a rede pode representar.

O art. 14 da LGPD, no que tange a última camada de riscos apresentada, dispositivo que pretendeu regular a proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes, não foi redigido com a clareza necessária, ao deixar de estabelecer, de modo claro e preciso, o limite de idade submetido à sua proteção nem as bases legais aceitáveis que autorizam o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes.

É certo que todas as crianças e adolescentes estão expostos aos perigos da precariedade legislativa em relação à proteção de seus dados pessoais. Contudo, no caso dos influenciadores mirins, pelo apelo comercial e a monetização de suas inserções virtuais, agrava-se o problema, trazendo implicações diretamente ligadas à exploração de seu trabalho. Somam-se, nesse ponto, duas qualidades que colocam o ser humano em condição de vulnerabilidade: o fato de ser criança ou adolescente e o fato de ser trabalhador. Esses agentes, portanto, encontram-se em uma condição de hipervulnerabilidade, que, com o amontoado de dimensões de risco, pode colocar em cheque sua sadia qualidade de vida.

Quanto à camada do tempo de exposição – especificamente acerca do risco em relação ao tratamento de seus dados pessoais –, os trabalhadores infantis artísticos são agentes ativos no meio digital; produtores de conteúdo; alimentadores de redes sociais. A própria lógica da atividade de *influencer* exige uma regularidade nas postagens, que acaba por expô-los a todas as demais camadas de risco em tempo e intensidade muito maiores.

É exatamente na dimensão dos riscos relativos à idade que se sobressai o debate acerca do limite de idade submetido à proteção do art. 14 da LGPD, bem como das bases legais aceitáveis em relação ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes. As principais plataformas digitais⁴, por exemplo, exigem idade mínima de 13 anos para sua utilização, idade essa que, no Brasil, o indivíduo é considerado absolutamente incapaz.

Por fim, todos aqueles que se dispõem a ingressar no meio digital [praticamente uma necessidade], estão sujeitos aos riscos inerentes a esse ambiente. Com as crianças e adolescentes não é diferente, em verdade, na ideia de complementariedade e sobreposição das camadas de risco, é pior.

Conclui-se, então, que os influenciadores mirins, qualificados como crianças/adolescentes e trabalhadores, em relação ao tratamento e seus dados pessoais, catalisado pela precariedade de técnica legislativa quando da elaboração do artigo 14 da LGPD, estão profundamente submersos nas mais variadas camadas de risco que o meio digital proporciona, exigindo, assim, por uma investigação apurada, com base nas doutrinas do melhor interesse da criança e da absoluta prioridade, delimitar e limitar, respectivamente, o paradigma etário submetido à proteção do artigo 14 da LGPD e as bases legais

4 Twitter (TWITTER, 2021), Instagram (INSTAGRAM, 2021), TikTok (TIKTOK, 2020) e Youtube (YOUTUBE, 2021); “no entanto, crianças de todas as idades podem utilizar o Serviço e o YouTubeKids, se disponível na região do usuário, caso ele tenha sido ativado pelos pais ou responsável legal.” (YOUTUBE, 2021).

autorizativas do tratamento de dados pessoais influenciadores mirins. É o que se segue.

3 Do limite etário sob a proteção do art. 14 da LGPD

Em relação ao limite etário sob a proteção do art. 14 da LGPD, três são as interpretações possíveis.

A primeira interpretação, por meio de uma leitura rasa da letra fria da Lei, tomando como paradigma os conceitos de criança e adolescente do Estatuto da Criança e Adolescente⁵ (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), concluir-se-ia que, a partir dos 12 anos completos, não mais necessitariam os indivíduos do apoio familiar para o fornecimento do consentimento autorizativo ao tratamento de dados pessoais.

A segunda forma de interpretação, calcada na legislação civil e trabalhista, por sua vez, entende pela interpretação do art. 14 da LGPD à luz da incapacidade absoluta. Eis que a legislação “pertinente” prevê mitigação da maioria absoluta em algumas hipóteses. O art. 4º, inciso I, do Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), por exemplo, estabelece que são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos. Já adentrando ao contexto laboral, uma das qualificações especiais dos influenciadores mirins, a Carta Magna, em seu art. 7º, inciso XXXIII, autoriza relativamente o trabalho àqueles com 16 anos ou mais. A partir de dessa corrente interpretativa, tem-se que o tratamento de dados na hipótese trazida nos parágrafos do art. 14 da LGPD deve estender-se a crianças e adolescentes até a idade de 16 anos de idade (consentimento direto pelo responsável legal). Dos 16 aos 18 anos, o consentimento do adolescente estaria submetido à concordância dos responsáveis legais (assistência ao ato de consentir do adolescente).

Por fim, tem-se uma terceira forma de interpretação, pautada pela análise sistemática da legislação que visa proteger a criança e o adolescente no contexto labor-ambiental e à luz do princípio do seu melhor interesse. Tal interpretação considera que o tratamento de dados de pessoas com idade inferior a 18 anos, quando elegida a base legal do consentimento, só será válido se houver o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Trata-se de uma interpretação sistemática, lógica e teleológica do conteúdo protetivo da LGPD em relação ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes, e, sobretudo, dos influenciadores mirins, regressando algumas casas no tabuleiro jurídico, conectando os princípios que informam todo o sistema, lembrando que os influenciadores mirins, em específico, são qualificados tanto pela idade inadequada para o desenvolvimento de atividades laborais, quanto pela condição de trabalhadores, colocando-os em condi-

5 “Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade” (BRASIL, 1990).

ção de hipervulnerabilidade.

(i) O melhor interesse da criança e adolescente. “Trata-se de princípio orientador tanto para o legislador como para o aplicador, determinando a primazia das necessidades da criança e do adolescente como critério de interpretação da lei, deslinde de conflitos, ou mesmo para elaboração de futuras regras” (AMIN, 2019, p. 78).

(ii) O macro princípio da proteção no âmbito do Direito Individual do Trabalho. Nesse sentido,

Efetivamente, há ampla predominância nesse ramo jurídico especializado de regras essencialmente protetivas, tutelares da vontade e interesses obreiros; seus princípios são fundamentalmente favoráveis ao trabalhador; suas presunções são elaboradas em vista do alcance da mesma vantagem jurídica retificadora da diferenciação social prática. Na verdade, pode-se afirmar que sem a ideia protetiva retificadora, o Direito Individual do Trabalho não se justificaria histórica e cientificamente. (DELGADO, 2019, p. 233-234)

(iii) Princípios da LGPD. Conforme art. 6º da LGPD, o tratamento de dados pessoais deve se dar com fundamento nos princípios da finalidade, adequação, necessidade, livre acesso, qualidade dos dados, transparência, segurança, prevenção, não discriminação e responsabilização e prestação de contas. Em especial atenção ao da finalidade, positivado no inciso I da norma exaltada, o tratamento de dados terá fins a alcançar propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades.

Tem-se, enfim, que o tratamento de dados de influenciadores mirins, a partir do efeito irradiante dos princípios do melhor interesse das crianças e adolescentes e da proteção, bem como dos princípios próprios que norteiam o tratamento de todo e qualquer dado pessoal, há de seguir uma única e exclusiva finalidade: a proteção desse público.

Dessa forma, em relação ao paradigma etário, há de se ressaltar que a plena capacidade para o trabalho inicia-se apenas aos 18 anos completos (SCARABELLI, 2020). No caso brasileiro, é importante observar que a Convenção 138 da OIT já estabelece que a idade mínima para o trabalho não poderá ser inferior à idade de conclusão da escolaridade mínima que, ora, cessa apenas após a conclusão do Ensino Médio, conforme disposto no artigo 208, I da Constituição Federal, fixando a idade final aos 17 (dezessete) anos de idade. Há aqui uma questão que pende de análise mais alargada, no sentido de adequação da própria normativa constitucional, que permite o trabalho a partir dos 16 anos de idade, excetuando-se apenas as atividades insalubres, perigosas, noturnas ou relacionadas no Decreto 6481/2008, conhecido como Lista TIP, emanado em observância à ratificação da Convenção 182 da OIT, que trata da eliminação das piores formas de trabalho infantil.

Entendimento diverso conflita com a noção de maioridade trazida pela

Constituição (plenitude de direitos civis, de responsabilização penal, além de maioria plena para o trabalho apenas aos 18 anos completos); conflita com o ECA – que considera pessoas com idade inferior a 18 anos sujeita à proteção especial em razão de sua peculiar situação de desenvolvimento –; conflita com o Código Civil, já que são absolutamente incapazes os menores de 16 anos e que, de todo modo, a plena capacidade para os atos da vida civil apenas se adquire aos 18 anos e, antes disso, apenas nas hipóteses taxativas legalmente previstas. Concluir de maneira diversa da ora apresentada, portanto, é negar a construção axiológica na qual se sustenta todo o Direito Individual do Trabalho e todas as normas protetivas aos Direitos da Criança e do Adolescente.

Por fim, restam algumas considerações acerca do consentimento. Apesar de receber regulamentação específica no art. 14 da LGPD, as disposições legais gerais acerca do consentimento como base autorizativa para o tratamento de dados pessoais, desde que coadunem com a doutrina da proteção integral, são aplicáveis a crianças e adolescentes.

Dessa forma, o consentimento fornecido pelos pais ou responsável legal, tal como o consentimento de qualquer outro titular de dados pessoais, deve representar uma manifestação livre, informada e inequívoca (art. 5º, inciso XII, da LGPD).

(i) Livre, no sentido de que, mesmo que os representantes legais das crianças e o dos adolescentes não concordem com o tratamento dos dados pessoais de seus representados, o titular não pode ser privado da utilização da fruição do serviço ofertado. Aliás, é exatamente essa a *ratio legis* expressada no § 4º do art. 14 da LGPD, ao prever que o controlador não poderá condicionar a participação dos titulares em jogos, aplicações de internet ou outras atividades ao fornecimento de informações pessoais além das estritamente necessárias à atividade.

(ii) Informada, conforme dispõe o art. 9º da LGPD, para que o titular (e seus pais ou representantes legais) tenha acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca da finalidade específica do tratamento (inciso I); da forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial (inciso II); da identificação do controlador (inciso III); das informações de contato do controlador (inciso IV); das informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade (inciso V); responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento (inciso VI); e dos direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei (inciso VII) (VIOLA; TEFFÈ, 2021).

(iii) Inequívoca

[...] significa que o ato da concordância com o tratamento de dados precisa ser passível de comprovação. A concordância deve ser clara e manifestada em um ato positivo, nos termos previstos no art. 8º da

LGPD, válidos, por analogia, também para o caso do consentimento parental. Não serão admitidos o silêncio, a omissão e opções pré-validadas (HENRIQUES; PITA; HARTUNG, 2021, p. 224)

Como o consentimento, no caso dos influenciadores mirins, há de ser conferido com o apoio parental, algumas precauções, pelo controlador, são necessárias para, de fato, assegurar a validade e legitimidade da manifestação de vontade. Pode-se citar, por exemplo, a utilização de linguagem acessível nos termos de uso das plataformas digitais, de forma a possibilitar que as crianças e adolescentes sejam parte ativa nessa tomada de decisão, promovendo-lhes a autodeterminação informacional e digital. Outra medida interessante seria condicionar o consentimento parental a um sistema de dupla verificação, utilizando outras bases de dados para confirmar que o consentimento foi dado pelo representante legítimo do titular dos dados.

4 Das bases legais para o tratamento de dados de influenciadores mirins

Quanto às bases legais para o tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins, o artigo 14 da LGPD, em seu parágrafo 3º, estabelece a possibilidade de coleta dos dados, uma única vez e sem armazenamento, sem o consentimento, quando a coleta for necessária para contatar os pais ou responsável legal, ou para sua proteção e, em nenhum caso poderão ser repassados a terceiros sem o consentimento de um dos pais ou responsável.

É importante esclarecer que as disposições genéricas do art. 7º da LGPD – o qual prevê as hipóteses legais de tratamento de dados pessoais – não se aplicam indiscriminadamente aos influenciadores mirins. Seu inciso I, por exemplo, que autoriza o tratamento de dados pessoais mediante o fornecimento de consentimento pelo titular, não configura base legal quando o titular tem 18 anos incompletos. Conforme item anterior, a própria LGPD, ainda que sem a técnica legislativa desejada, trouxe regramento específico para o tema, exigindo o consentimento de um dos pais ou do representante e sempre à luz do melhor interesse da criança ou do adolescente.

Em relação ao legítimo interesse (inciso IX do art. 7º da LGPD), algumas considerações precisam ser feitas. O legítimo interesse, em apertada síntese, é aquilo que se espera que o controlador pratique diante da posse dos dados pessoais de alguém. Tal hipótese autorizativa recebe detalhamento no art. 10 da LGPD, o qual apresenta duas dimensões: apoio e promoção de atividades do controlador (inciso I); e proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais (inciso II).

A primeira dimensão, cujo paradigma é o interesse do controlador, é, sem dúvidas, inaplicável quando o titular dos dados é influenciador mirim.

Explica-se. Nada se espera das moderadoras de mídias sociais que não a representatividade e a promoção do senso de pertencimento da criança e do adolescente como forma de efetivação de sua dignidade nas novas tecnologias de informação e comunicação. Portanto, nada que não pudesse ser enquadrado em outra hipótese legal aplicável autorizaria o tratamento de dados pessoais de crianças e adolescente sob o escopo do interesse legítimo do controlador. Em um dos poucos acertos do art. 14 da LGPD, todo o tratamento dos dados pessoais de crianças e adolescente somente será lícito se tomar como centro de gravitação um único interesse: o melhor interesse da criança ou do adolescente.

A segunda dimensão, por sua vez, representa um maior nível de proteção aos titulares, podendo servir de apoio legal ao tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins desde que, novamente, observada a doutrina da proteção integral. Da mesma forma, inaplicável o último inciso (X) do art. 7º da LGPD, que autoriza o tratamento de dados pessoais para a proteção do crédito, pois há de se afastar qualquer interpretação que possa dar azo à exploração econômica dessas pessoas em especial estágio de desenvolvimento.

Noutro frente, desde que respeitado o princípio da finalidade – tendo como paradigma o melhor interesse –, o caso concreto pode permitir o tratamento de dados pessoais de influenciadores mirins, na forma do art. 7º da LGPD, para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador (inciso II); pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres (inciso III), desde que tais políticas públicas sejam planejadas e executadas sob o viés da proteção de crianças e adolescentes, alvo das políticas públicas em seu favor; para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida sempre a anonimização dos dados pessoais (inciso IV), desde que tais pesquisas sejam desenvolvidas com a finalidade de levantamento de dados que possam ser utilizados para medidas de proteção de crianças e adolescentes; para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral (inciso VI), desde que justificadas por iniciativas que visem proteger a criança ou o adolescente; para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular do direito, entendendo-se aqui a própria criança ou o adolescente (inciso VII); e para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária (inciso VIII).

Quanto aos dados pessoais sensíveis, cujo regramento para tratamento está disponibilizado no art. 11º da LGPD, ou seja, aqueles sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico (art. 5º, inciso II, da LGPD), quando vinculado a influenciadores mirins, nas hipóteses arroladas no art. 11, II, da LGPD, abre-se a possibilidade desde que tal tratamento seja necessário,

devidamente justificada e comprovada sua imprescindibilidade para proteção da própria criança ou do adolescente, quanto aplicáveis e sempre de acordo com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, ante a clausura estabelecida pelo art. 14 da LGPD. Releva notar e merece destaque a previsão da alínea g do art. 11º, II da LGPD, quando menciona a possibilidade do tratamento sem o consentimento para garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais. Neste caso, o tratamento de dados para a hipótese de garantia de prevenção à fraude e à segurança do titular refere-se, exclusivamente, à garantia e prevenção em prol de crianças e adolescentes que realizam cadastros em sistemas eletrônicos, como os meios pelos quais elas se utilizam para disponibilização de conteúdos na rede mundial de computadores.

Em síntese, tomando por paradigma a finalidade de promoção do melhor interesse das crianças e adolescentes, são possíveis hipóteses legais que autorizam o tratamento de dados pessoais dos influenciadores mirins – além do consentimento livre, informado e inequívoco para uma finalidade determinada, específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal – aquelas retratadas no art. 7º, incisos II ao VIII da LGPD. Em relação ao legítimo interesse (7º, incisos IX, da LGPD), aceita-se somente a dimensão que pretende a proteção, em relação ao titular, do exercício regular de seus direitos ou prestação de serviços que o beneficiem, respeitadas as legítimas expectativas dele e os direitos e liberdades fundamentais, excluída a possibilidade de tratamento para apoio e promoção de atividades do controlador. Também inaplicável o inciso X do art. 7º da LGPD, por não se poder associar o trabalho infantil artístico excepcional de influenciadores mirins à exploração econômica. Por fim, vê-se possível, ainda, o tratamento de dados sensíveis de influenciadores mirins nas hipóteses expressas no inciso II do art. 11 da LGPD, desde que respeitado o melhor interesse como horizonte e sempre destinados à proteção da própria criança e do adolescente.

5 Conclusão

A presença de crianças e adolescentes nos ambientes virtuais é realidade maciça no mundo atual. A atuação deste público como influenciadores mirins nos remete ao trabalho infantil artístico e aos desafios regulatórios em território nacional.

Não obstante a possibilidade de desenvolvimento de atividades artísticas sob a qualificação de trabalho infantil prevista na Convenção 138 da OIT, mediante autorização clausurada e específica, ela não pode se dar sem a observância dos parâmetros específicos estabelecidos pela legislação nacional, através da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018) quanto ao tra-

tamento de dados de tais crianças e adolescentes.

Ainda que devidamente autorizadas a desenvolverem atividades artísticas em ambientes virtuais, na qualidade de influenciadores mirins, tal não implica autorização para o tratamento de dados pessoais gerais e sensíveis de crianças e adolescentes. A autorização judicial para desenvolvimento de atividades em ambiente virtual não substitui a observância da legislação quanto ao tratamento de dados pessoais gerais e sensíveis, que se encontra regulada sob princípios próprios, que se baseiam no melhor interesse da criança e do adolescente e em sua proteção direta.

A proteção trazida pela LGPD para tratamento de dados de crianças e adolescentes exige interpretação sistemática do ordenamento jurídico nacional, pelo qual tem-se que apenas ao atingir a idade de 18 (dezoito) anos completos é que pode-se pensar no consentimento outorgado pelo próprio jovem para tratamento de seus dados pessoais.

Até a idade de 18 anos completos, o adolescente deve ter seus dados protegidos e eles não podem ser utilizados ou compartilhados sem consentimento específico de um dos pais ou responsável, em nenhuma hipótese, fora daquelas permitidas pelo artigo 14 da LGPD, ou seja, para comunicação com um de seus pais ou responsável legal nas hipóteses em que tal comunicação seja necessária, ou para sua proteção.

O próprio consentimento a ser outorgado por um dos pais ou responsável para o tratamento de dados de crianças e adolescentes, em idade inferior a 18 anos, deve pautar-se pelo princípio do melhor interesse, não podendo ser outorgado fora desta hipótese legal.

A interpretação sistemática de todo o arcabouço legislativo de proteção da infância e adolescência deixa uma única conclusão: o tratamento de dados de crianças e adolescentes no meio digital só pode ser efetuado no seu melhor interesse, via consentimento expresso de um dos pais ou responsáveis e, na ausência de consentimento, para todas as demais hipóteses, o tratamento depende de duas situações reais e concretas, ou seja, a necessidade de contato de um dos genitores ou responsável ou para própria proteção da criança ou do adolescente.

É fato que há um longo percurso a ser construído para sedimentação destas conclusões, notadamente ante o papel regulatório da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que começa a ser estruturada em território nacional. Contudo, a operacionalização de medidas que garantam a proteção de dados de crianças e adolescentes, influenciadores mirins nas redes sociais, dependerá de como serão construídas as estratégias que garantam proteção e impeçam o acesso ou uso inadequado da rede social em malefício das crianças e adolescentes. O desafio que se coloca, doravante, é fazer real o princípio da proteção integral também em meio virtual, à luz do melhor interesse, análise que exige atenção sistemática por parte de todos os atores sociais, notadamente no âmbito das agências reguladoras e do próprio judiciário.

Referências

AMIN, Andréa Rodrigues [et al.]. Princípios orientadores do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. (Coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Editora Saraiva,. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611546/>. Acesso em: 01 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jul. 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **Contribuição da Psicologia para o fim da publicidade dirigida à criança**. Brasília: CFP, 2008. Disponível em: https://site.cfp.org.br/wp-content/uploads/2008/10/cartilha_publicidade_infantil.pdf. Acesso em: 28 ago. 2021.

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

HENRIQUES, Isabella; PITA, Marina; HARTUNG, Pedro. A proteção de dados pessoais de crianças e adolescentes. In: Danilo... [et al.]. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 03 set. 2021.

INSTAGRAM, Inc..**Termos de Uso**. [S.l. s.n.], 2021. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>. Acesso em: 26 ago. 2021.

SCARABELLI, Camila Ceroni. Controle de convencionalidade acerca do trabalho infantil. In: ROCHA, Cláudio Jannottida; PORTO, Lorena Vasconcellos; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; PIRES; Rosemary de Oliveira. (Org.). **A comunicabilidade do direito internacional do trabalho e o direito do trabalho brasileiro**. São Paulo: TiranttoBlanch, 2020.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE PEDIATRIA [Internet]. **Manual de orientação: #menos telas #mais saúde**. Rio de Janeiro: SBP, 2019. Disponível em: https://www.sbp.com.br/fileadmin/user_upload/_22246c-ManOrient_-_MenosTelas_MaisSaude.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

TIKTOK. **Termos de Serviço**. [S.l. s.n.], 2021. Disponível em: https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=pt_BR. Acesso em: 26 ago. 2021.

TWITTER, Inc..**Termos de Serviço do Twitter**. San Francisco: [S.n.], 2021. Disponível em: <https://www.facebook.com/help/instagram/478745558852511>. Acesso em: 26 ago. 2021.

UNICEF. **The State of the World's Children 2017:Children in a Digital World**. Nova York: Division of Communication, 2017. Disponível em: https://www.unicef.org/media/48581/file/SOWC_2017_ENG.pdf. Acesso em: 26 ago. 2021.

VIOLA, Mario; TEFFÉ, ChiaraSpadaccini de. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais dos artigos 7.º e 11. In: Danilo... [et al.]. (Coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Fo-

rense, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992200/>. Acesso em: 03 set. 2021.

YOUTUBE. **Termos de Serviço**. [S.l. s.n.], 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/static?gl=BR&template=terms&chl=pt>. Acesso em: 26 ago. 2021.

A COTA SOCIAL DE APRENDIZAGEM E A INCLUSÃO DE ADOLESCENTES E JOVENS NEGROS E EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE SOCIAL NO MERCADO DE TRABALHO

João Batista Martins César

Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. Desembargador. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba. Curso Avançado para Pós-graduados da Universidade de Sevilha/Espanha. Doutorando pelo Instituto Toledo de Ensino em Bauru/São Paulo

Resumo:

Este estudo pretende demonstrar o potencial da chamada cota social de aprendizagem para promover a inclusão de adolescentes e jovens negros em situação de vulnerabilidade social no mercado de trabalho. Analisa-se a atual composição racial dos trabalhadores infantis, inclusive os que laboram nas ruas, traçando um panorama histórico da desigualdade racial no país. A cota social de aprendizagem pode ser um instrumento para o ingresso formal desse público, auxiliando no combate ao trabalho infantil que envolve, majoritariamente, pessoas pretas e pardas. O instituto dá concretude ao princípio da proteção integral das crianças sob o viés da profissionalização e da promoção da igualdade social, contribuindo para amortizar a dívida histórica que o Brasil tem com as pessoas negras, ajudando a romper o ciclo de miséria e pobreza que as prende desde a abolição inacabada.

Palavras-chave: Jovens negros; Desigualdade; Mercado de trabalho; Aprendizagem Social; Inclusão.

Pré introdução. Esclarecimento acerca da nomenclatura adotada no estudo

Não obstante haja entendimento científico pacífico (biológico, genético, antropológico, histórico e sociológico) de que a divisão dos seres humanos em raças não possui consistência, de acordo com Miranda (2010), a incorporação do conceito sociológico de raça dá visibilidade às discriminações derivadas do seu reconhecimento e classificação pelos outros como pessoa.

Para CUTI (2010) as palavras iniciadas pelo prefixo afro não incorpo-

ram o fenótipo, como ocorre com a palavra negro, que remete a um conjunto de características composto por pele escura, cabelo crespo, nariz largo e lábios carnudos. O termo negro carrega a história social que lhe corresponde, lembrando a reivindicação antirracista. Na palavra afro o fenótipo se dilui, encobrendo o racismo. Ribeiro (2019) afirma que a adoção do termo negro por grande parte dos movimentos sociais que lutam contra a desigualdade racial no Brasil objetiva ressignificar a palavra e combater a dificuldade de autoidentificação, justificada pelo caráter pejorativo do termo.

O IBGE utiliza o termo preto como classificação de cor ou raça nas pesquisas de censo demográfico desde 1872. O manual do instituto define os pardos como pessoas com mistura de cores de pele; geradas a partir de miscigenação entre brancos, pretos e indígenas. Como consequência da luta dos movimentos negros no Brasil, os pardos foram incorporados aos negros na classificação de cor/raça do IBGE, embora contem com parcela de descendentes dos indígenas. A conquista permitiu mostrar que a maior parte da população brasileira é negra e facilitou o processo de luta pela adoção de políticas públicas que beneficiassem o grupo, como a adoção de cotas raciais no ensino superior. Logo, os negros são, para fins estatísticos, a soma das pessoas pretas e pardas.

Neste trabalho, o termo negro foi adotado, a fim de colaborar com a ressignificação suprarreferida.

Introdução

A PNAD Contínua registrou, em 2019, 1,8 milhão de crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos em situação de trabalho infantil, o que representa 4,6% da população nessa faixa etária¹. Desses, 66,1% são pretos ou pardos e 45,9% se ativam em ocupações classificadas entre as piores formas de trabalho infantil. Os estudiosos apontam que o contingente de trabalhadores infantis é maior e a pesquisa não traz dados precisos sobre o trabalho nas ruas, onde predominam crianças negras.

Durante a pandemia de Covid-19, alavancado pela alta na taxa do desemprego e pelo fechamento temporário das escolas, devido ao risco de disseminação do vírus, o trabalho infantil surgiu, equivocadamente, como forma de manter as crianças e adolescentes ocupados e ajudar as famílias. O fato ocorre em meio ao incremento de discursos que reforçam o mito do empreendedorismo e naturalizam o trabalho da criança filha do pobre no contexto da crise. As crianças e adolescentes pretas e pardas foram as mais atingi-

1 <<https://biblioteca.ibge.gov.br/index.php/biblioteca-catalogo?view=detalhes&id=2101777>>. Acesso em 22.11.21.

das^{2 3 4 5 6}.

Levantamento do Banco Mundial com dados apurados até a metade do primeiro semestre de 2021 demonstra que o percentual de crianças negras sem acesso às atividades escolares durante a pandemia, no Brasil, foi praticamente o dobro das brancas, indígenas e asiáticas.

Especificamente com relação à aprendizagem, o pico de contratação foi alcançado em 2018 e 2019, com 444.189 e 470.000 adolescentes e jovens admitidos, respectivamente⁷. Entretanto, no ano de 2021, foram preenchidas apenas 280.863 vagas, representando uma significativa redução⁸.

Em contraste, o desemprego entre os jovens de 18 a 24 anos ficou em 31,4% no 3º trimestre de 2020. É a maior taxa da série histórica com a atual metodologia, iniciada em 2012. Na população em geral, a taxa de desemprego é de 14,6%⁹.

Nesse contexto e considerando o retrocesso vivenciado nos campos democrático e dos direitos humanos, com a ascensão de ideologias e tendências que pareciam superadas, impõe o reforço de temas pacíficos das ciências humanas, como a existência de racismo e desigualdade racial no Brasil e as suas nefastas conseqüências sobre as crianças e adolescentes negros, que impõem a adoção de políticas públicas como a aprendizagem. É o que passa-se a analisar.

As crianças e adolescentes negros na história do Brasil

Escravidão

Rizzini (2013, p. 376) destaca que as crianças pobres trabalham desde o

- 2 Trabalho infantil e pandemia: diagnóstico e estratégias de combate [recurso eletrônico] / Fabiana Dantas Soares Alves da Mota e Zéu Palmeira Sobrinho (Orgs.). EJUD/NETIN — Natal: Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, 2020. e-book; 390 p. <https://ead.trt21.jus.br/pluginfile.php/780/mod_book/chapter/17/E-book%20-%20Trabalho%20Infantil%20e%20Pandemia.pdf>. Acesso em 15.04.21.
- 3 <<https://istoe.com.br/onu-alerta-para-aumento-de-trabalho-infantil-por-conta-da-crise-pela-pandemia/>>. Acesso em 19.04.21.
- 4 <<https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/noticias/materias/aumento-do-trabalho-infantil-durante-pandemia-preocupa-fnptei/>> Acesso em 22.04.21.
- 5 Relatório conjunto da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) aponta que, somente na América Latina e no Caribe, aproximadamente 326 mil crianças e adolescentes entre 5 e 17 anos devem buscar trabalho como resultado da crise econômica e social pós-pandemia. Divulgado em 11.6.2020. <<https://istoe.com.br/onu-alerta-para-aumento-de-trabalho-infantil-por-conta-da-crise-pela-pandemia/>>. Acesso em 22.04.21.
- 6 <<https://revistapesquisa.fapesp.br/risco-de-aumento-do-trabalho-infantil/>>. Acesso em 22.04.21.
- 7 <<https://www.chegadetrabalho infantil.org.br/noticias/materias/lei-do-aprendiz-como-anda-politica-considerada-uma-das-maiores-armas-contr-o-trabalho-infantil-no-brasil/>>. Acesso em 22.11.21.
- 8 <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/aprendizagem-profissional>>. Acesso em 22.11.21.
- 9 PNAD Contínua do 3º Trimestre de 2020 <<https://static.poder360.com.br/2020/11/desemprego-jovens-faixa-etaria-27nov2020.pdf>>. Acesso em 22.04.21

período pós abolição. Laboraram no sistema produtivo em atividades esparsas; para os senhores, no período da escravidão; para os detentores dos meios de produção, no período da industrialização; para os grandes proprietários de terras; para produções artesanais domiciliares ou agrícolas e nas ruas, para manterem a si e/ou a suas famílias.

Na primeira metade do século XVI, com a produção de açúcar, teve início o tráfico de escravos africanos para o Brasil, que perdurou por quase quatro séculos.¹⁰

A história do Brasil é marcada pela desigualdade no acesso da população negra ao sistema educacional e, conseqüentemente, à qualificação profissional e acesso ao mercado de trabalho formal. Goés e Florentino (2013, p. 177–191) relatam que foram utilizadas como mão de obra, principalmente para o trabalho doméstico e a agricultura. Poucas chegavam a ser adultos. No Rio de Janeiro, os inventários das áreas rurais revelam que os escravos com menos de dez anos de idade correspondiam a 1/3 dos falecidos.

O Decreto nº 1.331–A, de 1854, que instituiu o ensino obrigatório no Brasil, apregoava que não seriam admitidos, nem poderiam frequentar a escola, “os meninos que padecerem moléstias contagiosas; os que não tiverem sido vacinados, e os escravos” (DEL PRIORE, 2000, p. 236). Uma parte dessas crianças estava relegada ao abandono e à exploração no trabalho por entidades assistenciais conforme relata Gomes Júnior (2012). A Roda dos Expostos, que funcionava dentro da Santa Casa, como local apropriado para o abandono de recém-nascidos, era um cilindro de madeira com uma abertura para a rua e outra para dentro da instituição, “com uma campainha a ser acionada quando uma criança era colocada na roda e esta roda girava, de modo que o ‘doador’ do recém-nascido não fosse visto” (MARTINS, 2008, p. 29). Utilizava-se para descartar os filhos ilegítimos de senhores com as mulheres escravizadas e para ao abandono de crianças pobres, que ficavam sob os cuidados da entidade assistencial e, posteriormente, inseridas em famílias para o trabalho doméstico ou outros trabalhos. Em razão das explorações, eram altos os índices de mortalidade infantil dentro das Santas Casas.

SANTOS (2019) destaca a escassez de relatos sobre o trabalho infantil na escravidão e ressalta a importância de dar visibilidade à sua existência no período de escravidão, o que explica as bases da legislação do menor e a criminalização das crianças negras abandonadas após a abolição. Este o contexto da naturalização do trabalho infantil doméstico e do trabalho de crianças negras nas ruas.

Sem dar profundidade à polêmica a respeito da queima dos arquivos da escravidão pelo jurista e político baiano Rui Barbosa, cabe lamentar, nesse ponto, a destruição de documentos históricos tão relevantes.

10 Liberati e Dias (2006, p. 20) relatam a exploração sexual de crianças negras.

Abolição inacabada

A Lei Áurea não ofereceu contrapartida ou reparação que possibilitasse aos recém-libertos a efetiva e digna inserção na sociedade, o que culminou na marginalização da população negra, que prevalece até hoje. Por isso, os movimentos negros falam em “abolição inacabada”, já que as crianças negras foram jogadas às ruas, com suas famílias, sem perspectiva de inclusão social e a crise econômica agravou a situação, gerando uma onda de marginalização (LIBERATI e DIAS, 2006, p. 21), mendicância, prostituição e trabalho infantil.

A transição da escravidão para o trabalho livre não aboliu a exploração das crianças brasileiras no trabalho, apenas substituiu um sistema por outro, mais adequado aos princípios norteadores do liberalismo e da industrialização.

O controle em instituições de internação legitimou a exploração do trabalho pelo próprio Estado e a criminalização de crianças e adolescentes pobres, abandonados ou circulantes nas ruas.

Escravos libertos, imigração, industrialização e República

Com a industrialização, os postos de trabalho nas fábricas foram ocupados massivamente pelos imigrantes italianos e espanhóis e a mão de obra dos escravos libertos não foi aproveitada.

Mesmo ocupações urbanas manuais, como costura, carpintaria, ferraria e marcenaria, eram realizadas por pessoas brancas. À população negra restou o trabalho doméstico, rural ou de rua.

Essa desigualdade no acesso ao mercado de trabalho vem penalizando sistematicamente a população negra, conforme destaca Santos (2019), além de estigmatizar e tornar invisível, como formas de trabalho, as atividades informais desenvolvidas nas ruas. Apenas quatro décadas depois da abolição, parte da população negra passa a ser absorvida pelo mercado formal, em ocupações simples e mal remuneradas (FERNANDES, 1965, p. 147).

O estigma da população negra relegada ao abandono e à marginalidade remonta ao período pós-abolição. Esta é a origem da divisão do trabalho manual e assalariado, bem como da exclusão dessas pessoas na sociedade industrial, limitadas às atividades de sobrevivência.

Especificamente com relação à história da exploração da mão de obra infantil, ressalte-se a associação ao ingresso das crianças imigrantes nos processos produtivos fabris, a partir da industrialização, o que ensejou, a partir da Greve Geral de 1917, a regulamentação da idade mínima para o trabalho.

Entretanto, é preciso lembrar que as crianças negras são exploradas desde o período colonial e, após a abolição, passaram a compor a maior parte da população em situação de abandono e marginalidade.

No período Republicano, surgiu o primeiro Código de Menores, no ano de 1927, de cunho higienista, de controle e dominação social. A Roda dos Expostos foi extinta, mas a legislação permitiu a exploração do trabalho da

criança, de forma remunerada ou em troca de casa e comida, caso mais comum.

O trabalho informal nas ruas foi atingido pela legislação higienista, que previa a internação dessas crianças em instituições de correção e disciplina, legitimando o trabalho infantil, nesses casos, como forma de “regeneração”, aprendizado e socialização.

O presidente negro e patrono da educação profissional e tecnológica

Nilo Procópio Peçanha, que ocupou a presidência de 1909 a 1910), é o primeiro e único presidente negro da história do Brasil e o patrono da educação profissional e tecnológica. Foi descrito como “mulato”¹¹ e frequentemente ridicularizado na imprensa em charges e anedotas que se referiam à cor da sua pele. Durante sua juventude, a elite social de Campos dos Goytacazes o chamava de “mestiço de Morro do Coco”¹².

O empoderamento das pessoas negras deve passar pelo reconhecimento de seus feitos. Nesse contexto e dentro do tema ora analisado, é importante lembrar que Nilo Peçanha foi um grande incentivador da criação de escolas técnicas para classes menos favorecidas. Por meio do Decreto 7.566, de 23.9.1909¹³, instituiu as denominadas “Escolas de Aprendizes Artífices”, custeadas pela União e destinadas à formação de operários e contramestres nos ofícios mais necessários em cada Estado, consultados os representantes das indústrias. Eram admitidos alunos entre 10 e 13 anos de idade, sendo preferidos os “desfavorecidos de fortuna”.

O primeiro e único presidente negro do Brasil já tinha a noção da importância da aprendizagem e, especialmente a aprendizagem social, ou seja, destinada às pessoas em vulnerabilidade social.

Por meio do parlamento e dos jornais, Nilo Peçanha incitava a valorização e a multiplicação das profissões técnicas, conforme menciona Gomes (2017, p. 12-13), buscando afastar o estigma de ensino de “ofícios da inferioridade social” que o marcava e marginalizava. Após, tomar conhecimento dos resultados obtidos com o ensino profissional na Suíça e na Bélgica, afirmou que, se soubesse do saldo favorável, não teria criado somente 19 Escolas, mas sim várias delas¹⁴.

11 Expressão que deve ser evitada por remeter à ideia de híbrido por analogia à mula.

12 Giffin, Donald W. (1 de agosto de 1964). «Review». *The Hispanic American Historical Review*. 44 (3): 437-439. doi:10.2307/2511892; «Maxwell». Vrac. PAIXÃO, Marcelo Jorge de Paula (abril de 2005). «Crítica da razão culturalista: relações raciais e a construção das desigualdades sociais no Brasil» (PDF) (tese de doutorado em Sociologia). Rio de Janeiro: Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro. p. 296; op. cit Wikipedia. <https://pt.wikipedia.org/wiki/Nilo_Pe%C3%A7anha#cite_note:-3-3>. Acesso em 24.11.21.

13 <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1900-1909/decreto-7566-23-setembro-1909-525411-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 27.7.21.

14 O entusiasmo do presidente Nilo Peçanha advinha do fato de que a escola de Campos

Assim, deve ser resgatado o ideal de Nilo Peçanha, adotando-se ações afirmativas como a aprendizagem, notadamente as chamadas cotas sociais, já que é a porta segura para o ingresso do adolescente no mercado formal de trabalho, que passa a ser um espaço de promoção da cidadania e igualdade racial.

Avanços e retrocessos políticos. Políticas públicas de promoção da igualdade racial

Na concepção da proteção integral da criança e do adolescente, destaca-se a atuação do Movimento Nacional dos Meninos e Meninas de Rua, na Constituinte de 1987, fundamental para o reconhecimento dos direitos das crianças e adolescentes na Constituição da República de 1988.

Entretanto, para a população socialmente vulnerável, negra em sua maioria, a proteção constitucional ao não trabalho antes da idade mínima ainda é uma abstração jurídica, não vivenciada por eles.

O Brasil tornou-se referência mundial de combate ao trabalho infantil com a adoção dos programas bolsa escola, em 1992, e bolsa família, em 2003. Entre 1992 e 2015, 5,7 milhões crianças e adolescentes de cinco a 17 anos deixaram de trabalhar, o que significou uma redução de 68%.

As políticas públicas adotadas a partir dos anos 2000 contribuíram para a ampliação e democratização do acesso ao ensino superior.

A partir de 2003, as políticas de promoção da igualdade racial construídas pelos movimentos negros desde a década de 1980 ganharam apoio governamental e passaram a apontar para uma possível mudança nos projetos de nação e de território, pois, em 2019, os estudantes pretos ou pardos ocupavam 50,3% das vagas das instituições de ensino superior da rede pública do País.

A sociedade brasileira estava num crescente de consciência crítica sobre seu padrão de relações raciais. Vivenciava-se o tardio reconhecimento e revisão, pela sociedade, das heranças de quase quatro séculos de escravização e de um racismo que, após a abolição, permaneceu e se atualizou, condicionando experiências sociais desiguais e injustas.

Entretanto, a partir do final de 2016, observa-se a estagnação das políticas de acesso à educação a mudança nas políticas públicas a respeito do combate ao trabalho infantil e estímulo à profissionalização e, conseqüentemente, um grave retrocesso.

A partir de 2018, verifica-se o enfraquecimento das políticas de promoção da igualdade racial, pelo Governo Federal e seus gestores, em razão da ascensão de grupos e coalizões de poder que têm na desconstrução da pauta étnico-racial elemento central de seus projetos de sociedade, nação e território. Os retrocessos nas políticas de igualdade de raças, que atualmente

enviou bons trabalhos para a Exposição Internacional de Turim, na Itália, em seu segundo ano de funcionamento foi agraciada com uma medalha de ouro. Ob.cit. p. 85-86.

atingem a democracia, são uma constante, embora as pesquisas revelem números alarmantes de desigualdade racial. Dados do IBGE referentes ao ano de 2018 apontam que, apesar de a população preta ou parda ser maioria no Brasil (55,8%), representa apenas 27,7% das pessoas que estão entre os 10% com os maiores rendimentos. Lado outro, a proporção de pessoas pretas ou pardas com rendimento inferior às linhas de pobreza propostas pelo Banco Mundial, foi maior que o dobro da proporção verificada entre as brancas.

As pessoas pretas ou pardas também constituem a maior parte da força de trabalho. Em 2018, esse contingente correspondia a 57,7 milhões de pessoas, ou seja, 25,2% a mais do que a população branca, que totalizava 46,1 milhões. Entretanto, em relação à população desocupada e subutilizada, que inclui, além dos desocupados, os subocupados e a força de trabalho potencial, as pessoas pretas ou pardas são substancialmente em maior número, pois, apesar de corresponderem a pouco mais da metade da força de trabalho (54,9%), formavam cerca de dois terços dos desocupados (64,2%) e dos subutilizados (66,1%).

O rendimento médio mensal das pessoas ocupadas brancas (R\$ 2.796) foi 73,9% superior ao das pretas ou pardas (R\$ 1.608); as pessoas de cor ou raça preta ou parda receberam apenas 57,5% dos rendimentos daquelas de cor ou raça branca. A menor diferença aparece entre os trabalhadores com nível fundamental completo ou médio incompleto: nessa faixa, pretos e pardos recebem 82% do rendimento por hora dos brancos.

A história contada pelas pessoas brancas e a falsa democracia racial

No curso da história, procura-se esconder os atributos das pessoas negras. Gomes (2021) menciona o “herói invisível”, um mulato vindo do Paranaguá (PR), onde havia uma mineração mais rudimentar, e teria achado ouro em Minas Gerais, salvando a glória de Portugal, que estava seriamente abalada no século 18, depois da guerra contra os holandeses e da União Ibérica. Esse fato compromete a historiografia ufanista brasileira, que atribui aos bandeirantes o desbravamento do sertão e a descoberta do ouro e diamantes, ou seja, a história contada pelo colonizador branco.

A tecnologia de mineração teria vindo da África e não da Europa, já que os portugueses sabiam fazer açúcar, mas não sabiam garimpar, de acordo com Gomes (2021). Eram os africanos que dominavam essas tecnologias (Togo, Costa do Marfim e Gana), portanto, os responsáveis pelo início do garimpo no Brasil. O mesmo historiador afirma que o tráfico negreiro não tinha em conta apenas o vigor físico do escravo, já que os africanos, que vinham dos atuais Guiné-Bissau e Costa do Marfim, sabiam muito bem a pecuária, já os da Nigéria entendiam de metalurgia, os de Gana conheciam a mineração de ouro. Escravos que foram para o Maranhão e para a Carolina do Norte, nos EUA, conheciam o cultivo de arroz e ainda hoje essas regiões produzem esse

produto.

Não há democracia racial no Brasil, parafraseando Wilkerson (2021, p. 31), existe uma pirâmide de castas fundamentada na raça, que é o instrumento básico, o marcador visível, a fachada da casta. Para ela, a raça se refere “às pessoas como negras, brancas, latinas, asiáticas ou indígenas, mas o que está por trás de cada rótulo são séculos de história e de atribuição de pressupostos e valores a traços físicos dentro de uma estrutura hierárquica dos seres humanos”. Prossegue (p. 32) dizendo que a raça: “é o agente visível da força invisível da casta. A casta é a ossatura, a raça é a pele. A raça é o que podemos ver, os traços físicos que receberam um significado arbitrário e se tornaram um resumo do que a pessoa é. A casta é a poderosa infraestrutura que mantém cada grupo em seu lugar”. A casta é a forma de “manter o preto em seu lugar”.

A situação, no Brasil, não é diferente. Pretos e pardos são a base da pirâmide de castas, desde o a chegada dos portugueses, e a mão de obra escrava foi utilizada para o desenvolvimento dos diversos setores econômicos. É esse sistema de castas que procura “naturalizar” a situação das crianças que estão fora da escola, para que possam trabalhar e ajudar no sustento da família, enquanto as crianças das castas dominantes têm acesso à educação atrativa e de qualidade, perpetuando-se o sistema dominante.

A Lei da Aprendizagem e o contrato de aprendizagem

Impõe-se a efetivação de uma política educacional que garanta o acesso da criança e do adolescente à educação gratuita, em tempo integral e de qualidade, desde a primeira infância até o ensino médio, que os prepare para o mundo do trabalho globalizado e para a cidadania plena.

Entretanto, o número de escolas em período integral é diminuto e o Brasil enfrenta profunda desigualdade social e racial, contexto que projeta a aprendizagem como via segura e protegida de ingresso desses jovens no mercado formal de trabalho. Trata-se de caminho para a concretização do direito fundamental à profissionalização que garante o ingresso mensal de recurso financeiro e a continuidade dos estudos com desempenho adequado.

Os países desenvolvidos investem maciçamente na qualificação profissional de seus jovens, pois sabem que o retorno é garantido (1 para 10).

No Brasil, o artigo 429 da CLT, alterado pela Lei n. 10.097, de 19.12.2000 (Lei da Aprendizagem), estabeleceu a cota de aprendizes (percentual mínimo de 5% e máximo de 15% dos trabalhadores existentes na empresa) para as funções que demandem formação profissional.¹⁵

De acordo com o artigo 428 da CLT a aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 e menor de 24 anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica,

15 As micros e pequenas empresas não são obrigadas a cumprir a cota, mas podem contratar aprendizes.

compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.¹⁶

Cota de aprendizagem social – Legislação.

A cota de aprendizagem social está prevista no art. 66 do Decreto Federal nº 9.579, de 22.11.2018¹⁷, a qual autoriza que as empresas, cujas peculiaridades da atividade ou dos locais de trabalho constituam embaraço à realização das aulas práticas, possam contratar aprendizes por meio de entidades qualificadas em formação técnico profissional, que farão a parte prática da aprendizagem em entidade concedente dessa experiência. Para tanto, deve ser assinado termo de compromisso junto ao Ministério do Trabalho. As entidades concedentes da experiência prática do aprendiz social podem ser: I – órgãos públicos; II – organizações da sociedade civil; III – unidades do sistema nacional de atendimento socioeducativo (§ 2º do referido artigo).

A seleção dos aprendizes sociais será realizada a partir do cadastro público de emprego, disponível no sítio eletrônico Emprega Brasil, da Secretaria do Trabalho (§ 5º), e deve priorizar a inclusão de jovens e adolescentes em situação de vulnerabilidade ou risco social, tais como: I – adolescentes egressos do sistema socioeducativo ou em cumprimento de medidas socioeducativas; II – jovens em cumprimento de pena no sistema prisional; III – jovens e adolescentes cujas famílias sejam beneficiárias de programas de transferência de renda; IV – jovens e adolescentes em situação de acolhimento institucional; V – jovens e adolescentes egressos do trabalho infantil; VI – jovens e adolescentes com deficiência; VII – jovens e adolescentes matriculados em instituição de ensino da rede pública, em nível fundamental, médio regular ou médio técnico, incluída a modalidade de Educação de Jovens e Adultos; e VIII – jovens desempregados e com ensino fundamental ou médio concluído em instituição de ensino da rede pública.

Trata-se de meio alternativo de cumprimento da cota de aprendizagem criado com o propósito de superar óbices empresariais relacionados à dificuldade para alocar os aprendizes no estabelecimento, por falta de ambiente propício para acolhê-los (atividades insalubres, perigosas ou penosas) ou outras razões que sejam explicitadas e aceitas pelo Ministério do Trabalho.

A empresa que pretenda se beneficiar da aprendizagem social deve procurar o Ministério do Trabalho para assinar um termo de compromisso, ficando autorizada a contratar adolescentes e jovens em situação de vulnerabilidade social, diretamente ou indiretamente (por meio das entidades de aprendizagem – antigas guardinhas), ficando responsável por todos os encargos trabalhistas. As aulas teóricas serão ministradas pela entidade formadora e a parte prática será desenvolvida junto às entidades previstas no § 2º do artigo 66 do

16 A idade limite de 18 anos foi ampliada para 24 anos pela Lei n. 11.180/2005.

17 Os Decretos Federais nº 5.598, de 1º.12.2005 e 8.740, de 4.5.2016 foram consolidados por meio do Decreto Federal nº 9.579, de 22.11.2018, que reuniu a disciplina da aprendizagem do artigo 43 ao 75.

referido decreto. A entidade qualificadora é responsável pelas aulas teóricas e o acompanhamento pedagógico (§ 4º).

As empresas autorizadas a contratar aprendizes sociais devem ter suas atividades listadas na Portaria MT nº 693¹⁸, de 23.5.2017, sem prejuízo da inclusão de outros setores que se enquadrarem na hipótese do artigo 66 do Decreto nº 9.579/2018.

As empresas precisam aderir à Lei da Aprendizagem, ter responsabilidade social, e abrir vagas para esse público em vulnerabilidade social.¹⁹

Potencial da aprendizagem

Levando-se em consideração os dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PnadC Pnad contínua) 2019²⁰, que apontam a existência de 1,8 milhão de trabalhadores infantis, destes, a faixa etária de 14 e 15 anos corresponde a 25% (442 mil) e a faixa etária de 16 e 17 anos abrange 53,7% (950 mil), percebe-se que 1.392 milhão de adolescentes e jovens poderiam ser incluídos no mercado regular do trabalho por meio da aprendizagem.

Dessa forma, haveria significativa redução do trabalho infantil irregular. Segundo dados da plataforma Smartlabbr MPI²¹, pelo percentual mínimo da cota legal de aprendizagem, o potencial de contratação seria de 877.912 aprendizes. Em 2021, após a queda nas admissões de aprendizes gerada pela pandemia de Covid-2019 no ano de 2020, as contratações voltaram a ocorrer e já são 461.500²² aprendizes. Caso seja aplicado o percentual máximo de 15%, esses números poderiam triplicar.²³

A aprendizagem, além de ser a porta segura para o ingresso do adolescente e do jovem no mercado de trabalho, garante jornada reduzida e exige frequência à escola com aproveitamento adequado.²⁴

Assim, o cumprimento da cota de aprendizagem social tem o potencial de promover a qualificação da mão de obra do país, rompendo o ciclo de pobreza e miséria no qual estas famílias estão inseridas (OLIVA, 2006), na medida que esses adolescentes não abandonarão a escola nem se tornarão

18 <https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/20233549/do1-2017-05-24-portaria-n-693-de-23-de-maio-de-2017-20233505>. Acesso em 23.7.21.

19 Nesse sentido, mencione-se os seguintes processos: 0010746-07.2019.5.15.0037. j. 22.09.20 e 0011686-51.2015.5.15.0153. j. 15.10.2020.

20 <<https://fnpeti.org.br/cenario/>>. Acesso em 23.7.21.

21 <<https://smartlabbr.org/trabalhoinfantil/localidade/0?dimensao=aprendizagem>>. Acesso em 22.7.21.

22 <<https://www.gov.br/produtividade-e-comercio-exterior/pt-br/assuntos/aprendizagem-profissional>>. Acesso em 24.11.21.

23 <<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/especial-cidadania/aprendizagem-e-subutilizada-no-brasil-afirmam-especialistas>>. Acesso em 23.7.21.

24 A continuidade dos estudos é estimulada e 43% dos aprendizes formados pelo CIEE passam a cursar o no ensino superior. <<https://portal.ciee.org.br/institucional/pesquisa-aponta-que-43-dos-aprendizes-formados-pelo-ciee-estao-cursando-o-ensino-superior/>> Acesso em 20.6.2021.

analfabetos funcionais.²⁵

Inserção racial por meio da cota social de aprendizagem

Não se desconhece a necessidade de diferenciar as cotas sociais e raciais. Tampouco se ignora que as cotas sociais não resolvem a desigualdade racial, que existe em qualquer faixa de renda.

Entretanto, diante da ausência de legislação que imponha cotas raciais de aprendizagem, a cota social pode e deve ser utilizada como ferramenta para a inclusão dos jovens negros no mercado de trabalho, pois os dados demonstram que os grupos socialmente vulneráveis (enumerados nos incisos do § 5º do art. 66 do Decreto Federal nº 9.579/2018) são constituídos, majoritariamente, por jovens negros.

A aplicação das medidas socioeducativas tem caráter socialmente seletivo e é majoritariamente dirigida aos adolescentes e jovens pobres e negros (grupos dos adolescentes egressos do sistema socioeducativo ou em cumprimento de medidas socioeducativas; inciso I do § 5º do art. 66 do Decreto Federal nº 9.579/2018), conforme menciona Martins (2018, p. 48). Ressalte-se que os adolescentes aprendizes têm baixa reincidência em ato infracional²⁶.

O Mapa do Encarceramento: os jovens do Brasil elaborado pela Secretaria Nacional de Juventude, em 2015, concluiu que, no período analisado (2005 a 2012), “existiram mais negros presos no Brasil do que brancos”, bem como que “o crescimento do encarceramento é mais impulsionado pela prisão de pessoas negras do que brancas”. O 14º Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 2020 pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, com dados de 2019, revelou que, em 15 anos, a proporção de negros no sistema carcerário cresceu 14%, enquanto a de brancos diminuiu 19%. De cada três presos, dois são negros.

Segundo o IPEA (2011), 70% das famílias chefiadas por pessoas pretas e pardas recebiam benefícios assistenciais do governo (jovens e adolescentes cujas famílias sejam beneficiárias de programas de transferência de renda).

O trabalho infantil atinge predominantemente as crianças e adolescentes pretas e pardas, que representavam 70% das vítimas de trabalho infantil, em 2019.²⁷

O Censo da Educação básica divulgado pelo INEP, em 2020, revela que

25 De acordo com matéria veiculada pelo Correio Braziliense, em 17.1.21, cerca de 76% dos ex-aprendizes informaram que continuam trabalhando ou estudando após a finalização do período na empresa <<https://www.correiobraziliense.com.br/euestudante/trabalho-e-formacao/2021/01/4900907-86-731-vagas-de-aprendiz-foram-fechadas-entre-abril-e-novembro-de-2020.html>>. Acesso em 22.7.21.

26 Franca é o município com o maior percentual de aprendizes no mercado de trabalho e também onde apenas 7% dos jovens da Fundação Casa de Franca retornam ao crime. <https://gcn.net.br/noticias/407051/franca/2020/02/apenas-7-dos-jovens-da-fundacao-casa-de-franca-retornam-ao-crime>. Acesso em 8.12.20.

27 <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/17270-pnad-continua.html?edicao=29652&t=resultados>>. Acesso em 19.04.21.

os alunos pretos e pardos são maioria em praticamente todas as etapas das escolas públicas, em especial na educação de jovens e adultos, em que representam 72,0% dos alunos.

A análise comparada do IBGE entre os dados colhidos em 2012 e os trazidos pela PNAD Contínua no primeiro trimestre de 2021 a participação das pessoas pardas no contingente de desocupados no Brasil passou de 48,9 para 50,9% e a das pessoas pretas subiu de 10,2% para 12,2%, enquanto a dos brancos teve redução, de 40,2% para 36,3%. Note-se que a taxa de desocupação dos negros aumentou enquanto a dos brancos apresentou redução.

Ações afirmativas

É preciso ressaltar que a inserção de jovens negros requer estratégia adequada de contratação, como a não exigência de outros idiomas e menor foco em aspectos técnicos, por exemplo.

Frise-se que as empresas precisam deixar de atribuir a falta de diversidade à falta de qualificação dos candidatos negros, notadamente porque a aprendizagem objetiva justamente a formação profissional desses jovens.

A abertura de vagas de aprendizagem, social ou comum, pode ainda sem implementada com reserva para jovens negros. Cite-se a adesão de várias empresas de grande porte, notadamente do setor bancário, ao Pacto pela Inclusão Social de Jovens Negras e Negros no Mercado de Trabalho de São Paulo proposto pelo Ministério Público do Trabalho, em 2018.

Os empregadores podem e devem ir além. Nos anos de 2020 e 2021, o Magazine Luiza abriu Programas de *Trainee* exclusivos para negros, dedicados a formar as suas próximas lideranças. A iniciativa gerou grande reação e enorme polêmica ao redor da suposta prática do inexistente “racismo reverso”, que é apenas mais um modo de mascarar o racismo perverso com que vivemos, como explica Ribeiro (2018).

Interessante notar que os programas de estágio para jovens negros abertos pela mesma empresa desde 2017 tiveram repercussão positiva e não sofreram semelhantes críticas.

O episódio mostra que, infelizmente, o racismo persiste na tentativa de relegar os jovens negros a ocupações mais simples, reagindo ao menor sinal de inclusão racial em postos de trabalho com melhores remunerações.

Considerações finais

Os altos índices de pessoas pretas e pardas no trabalho infantil refletem os mais de três séculos de trabalho escravo e são a prova do sistema de castas que impera em sociedades que, como o Brasil, cresceram à custa da exploração dessa mão de obra.

É fundamental que a sociedade desperte para a importância da diversidade nas instituições públicas e privadas, e exija a criação de oportunidades que contribuirão para a construção de uma sociedade mais justa, igualitária,

sem quaisquer preconceitos, objetivando reduzir as desigualdades sociais, como determina a Constituição da República (incisos III e IV do art. 3º).

Não basta que as empresas cumpram a cota de aprendizagem, é necessário que utilizem a aprendizagem social, tendo o olhar voltado para os adolescentes negros, a fim de colaborar com a reparação da dívida histórica que o Brasil tem com essas pessoas, que tanto contribuíram para o desenvolvimento da nação, mas, até o momento, continuam ignoradas pela sociedade.

É preciso dar os devidos créditos aos negros pela grande contribuição para o desenvolvimento da nação (mineração, agricultura, artes etc). Ressalte-se a contribuição de Nilo Procópio Peçanha, único presidente negro, patrono da educação profissional e tecnológica e grande incentivador da criação de escolas técnicas voltadas aos jovens em vulnerabilidade social. Esse ideal deve ser resgatado, com a implementação da aprendizagem no potencial máximo, notadamente por meio das chamadas cotas sociais e de ações afirmativas de reserva de vagas às pessoas negras, vez que a aprendizagem é porta segura para o ingresso do adolescente no mercado formal de trabalho, o qual, observadas as propostas, passará a ser um espaço de promoção da cidadania e igualdade racial.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte (MG): Letramento, 2018.

ALVES DA MOTA, Fabiana Dantas Soares; SOBRINHO, Zéu Palmeira (Orgs.). **Trabalho infantil e pandemia: diagnóstico e estratégias de combate.** Natal: EJUD/NETIN. – Tribunal Regional do Trabalho da 21ª Região, 2020. E-book; 390 p.

CARNEIRO, Sueli. **Sobrevivente, testemunha, porta-voz.** In: Revista Cult, nº 223, ano 20, maio 2017. São Paulo: Ed. Bragantini.

CÉSAR, João Batista Martins; MELO, Guilherme Aparecido Bassi de; FURRIEL, Renata Prieto. **O Combate ao Trabalho infantil: Mitos, Dogmas, Crenças x Realidade.** In: Trabalho e humanidade: em homenagem ao Centenário da OIT e aos 10 anos da Escola Judicial do TRT da 16ª Região / James Magno de Araújo organizador. — São Paulo: LTr, 2019, p. 55–78.

CUTI, Luiz Silva. **Quem tem medo da palavra negro.** Revista Matriz/Grupo Caixa Preta, Porto Alegre, novembro de 2010.

DEL PRIORE, M. **A criança negra no Brasil.** In: JACÓ-VILELA, AM. And SATO, L, orgs. Diálogos em Psicologia Social (on line). Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2012. ISBN: 978–85–7982–060–1. p. 245.

SANTOS, Elisiane dos. **Trabalho infantil nas ruas, pobreza e discriminação: crianças invisíveis nos faróis da cidade de São Paulo.** il. Dissertação de Mestrado. São Paulo, 2017.

FERNANDES, Floresta. **A integração do negro na sociedade de classes.** Volume II. No limiar de uma nova era. São Paulo: Dominus Editora, 1965.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. **As Formas de Aprendizagem no Brasil: Questões Emergentes**. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília. vol. 79 n°1 jan/mar 2013.

GOÉS, José Roberto de; FLORENTINO, Manolo. **Crianças escravas, crianças dos escravos**. In: DEL PRIORE, Mary (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2013.

GOMES JUNIOR, Valmir Pereira. **Histórico acerca do direito da criança e do adolescente no direito brasileiro**. <<http://www.webartigos.com/artigos/historico#acerca-do-direito-da-crianca-e-do-adolescente-no-direito-brasileiro/87085/>>. Acesso em 22/11/21.

GOMES; Laurentino. **Escravidão**. Vol. 1 Rio de Janeiro, Livros Globo; 2019.

GOMES, Luiz Claudio Gonçalves. **Escola de Aprendizizes de Artífices de Campos: história e imagens**. Campos dos Goytacazes (RJ): Essentia Editora, 2017.

LIBERATI, Wilson Donizete. DIAS, Fábio Muller Dutra. **Trabalho Infantil**. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2006.

MARTINS, José de Souza. **O Massacre dos inocentes**. A criança sem infância no Brasil. São Paulo: Ed. Hucitec, 1991.

MARTINS, Danuta Dantas de Oliveira. **O Programa de Atendimento aos Egressos da Medida Socioeducativa de Internação no Distrito Federal no contexto da ofensiva neoliberal: descortinando a realidade do Distrito Federal**. 2018. 127 f., il. Dissertação de Mestrado UNB.

MIRANDA, Monique. **Classificação de raça, cor e etnia: conceitos, terminologia e métodos utilizados nas ciências da saúde no Brasil, no período de 2000 a 2009**. Rio de Janeiro: s.n., 2010.

OLIVA, José Roberto Dantas. **O princípio da proteção integral e o trabalho da criança e do adolescente no Brasil**. São. Paulo: LTr, 2006.

RAMOS, Lázaro. **Na minha pele**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2017.

RIBEIRO, Djamila. **Quem tem medo do feminismo negro?** São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

RIBEIRO, Djamila. **Pequeno manual antirracista**. 1ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

RIZZINI, Irma. Pequenos Trabalhadores do Brasil. In: DEL PRIORE, Mary (org.). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 2013, p. 376.

WILKERSON, Isabel. **Casta: as origens de nosso mal-estar**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2021.

Apoio Cultural:



www.edbrasilica.com.br
contato@edbrasilica.com.br



www.edicoesbrasil.com.br
contato@edicoesbrasil.com.br

Anais de Artigos Completos - Volume 10 VI CIDHCoimbra 2021

Organizadores:

Vital Moreira

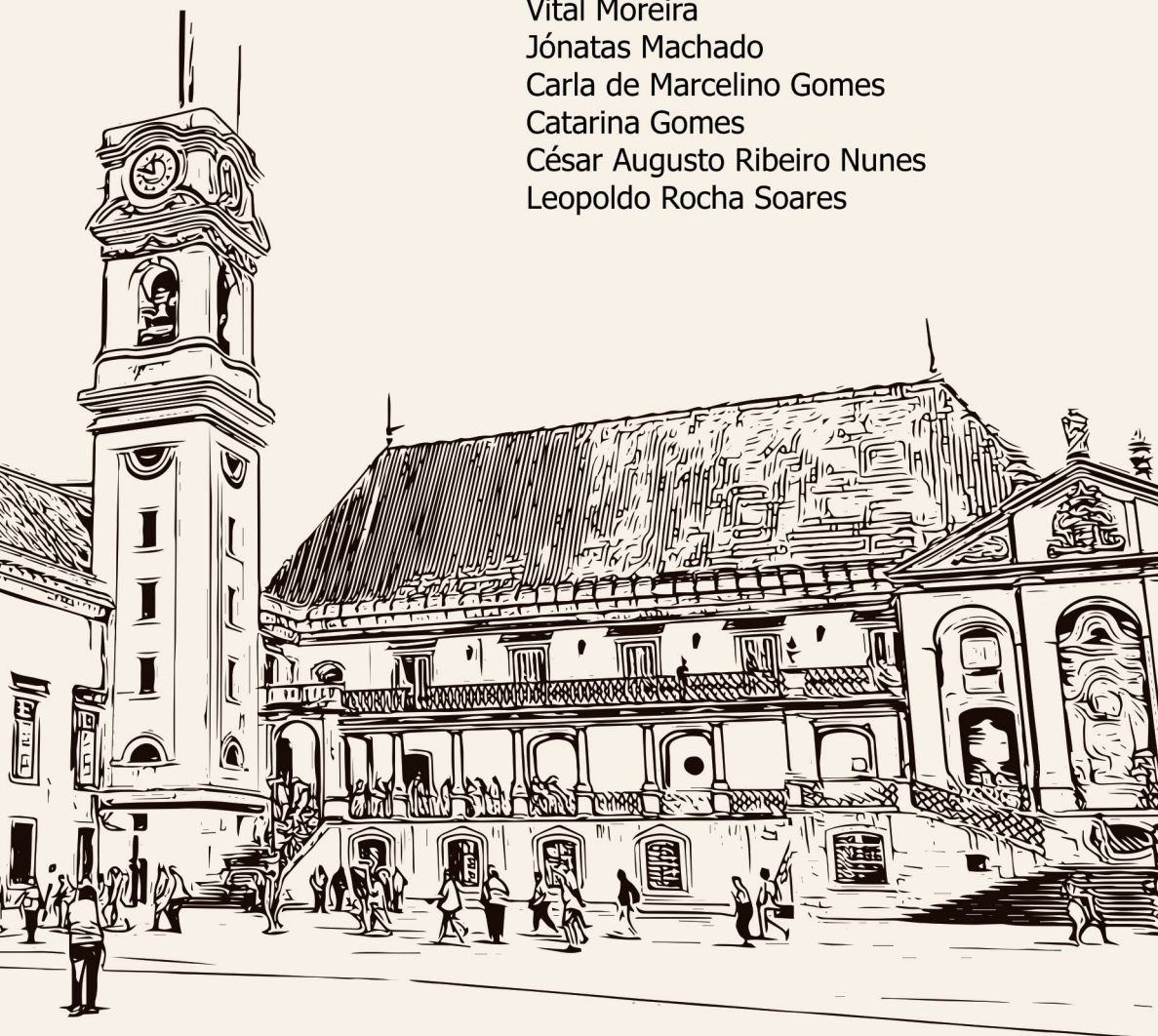
Jónatas Machado

Carla de Marcelino Gomes

Catarina Gomes

César Augusto Ribeiro Nunes

Leopoldo Rocha Soares



ISBN 978-65-89537-25-0



9 786589 115372 50

